

Brücken bauen

Festschrift für Thomas Koller

Herausgegeben von:

Susan Emmenegger

Stephanie Hrubesch-Millauer

Frédéric Krauskopf

Stephan Wolf



Stämpfli Verlag

Susan Emmenegger/Stephanie Hrubesch-Millauer/
Frédéric Krauskopf/Stephan Wolf (Hrsg.)

Brücken bauen



Thilo

Susan Emmenegger/Stephanie Hrubesch-Millauer/
Frédéric Krauskopf/Stephan Wolf (Hrsg.)

Brücken bauen

Festschrift für Thomas Koller



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2657-1

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Judocu ISBN 978-3-0354-1583-4

printed in
switzerland



© Stämpfli Verlag AG Bern

Vorwort

Am 22. August 2018 feiert Thomas Koller seinen 65. Geburtstag. Mit dieser Festschrift feiern wir ihn als Lehrer, Mentor, Kollegen, Weggefährten und Freund.

Die Festschrift trägt den Titel «Brücken bauen». Es ist ein Tribut an den herausragenden Wissenschaftler Thomas Koller, der in seiner Forschung durchweg die Verbindungslinien zwischen den verschiedenen Rechtsgebieten ins Zentrum rückt. Was er mit der Dissertation zum Verhältnis zwischen AHV und Eherecht begann und mit der Habilitation zur Interdependenz zwischen Privatrecht und Steuerrecht weiterführte, hat ihn während seiner gesamten akademischen Laufbahn begleitet. Trotz seines phänomenalen Wissens über alle Einzelaspekte des Obligationenrechts hat sich Thomas Koller nie im juristischen Paragraphenwald verloren. Es ging und geht Thomas Koller immer darum, die Rechtsfragen in einen grösseren Zusammenhang zu stellen und eine kohärente Gesamtlösung zu suchen.

Grenzüberschreitende Brücken hat Thomas Koller mit seinen rechtsvergleichenden Forschungsprojekten und sodann als Mitbegründer und langjähriger Leiter des Berner Vienna Moot Court-Teams gebaut. Über ein Jahrzehnt lang haben die Berner Studierenden unter seiner Schirmherrschaft in diesem prestigereichen Schiedsgerichts-Wettbewerb zu Fragen des internationalen Kaufrechts debattiert. Sie haben ihren Teams und der Berner Rechtsfakultät zahlreiche Höhepunkte und Auszeichnungen beschert.

«Brücken bauen» ist gleichzeitig ein Tribut an den Universitätsdozenten Thomas Koller, der sich stets für den Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis einsetzte, namentlich auch in Zusammenarbeit mit dem Bernischen Anwaltsverband und dessen Weiterbildungsveranstaltungen. Das Bild der Brücke steht auch für den Rechtswissenschaftler Thomas Koller, der sich für den interdisziplinären Austausch innerhalb der Universität engagierte, etwa im Rahmen des Dozentenclubs. Brücken hat Thomas Koller als langjähriger Finanzchef der Fakultät auch zur Universitätsleitung gebaut. Er hat in seiner umsichtigen Art und Weise dafür gesorgt, dass wichtige Fakultätsprojekte finanziert wurden und unter seinem Deputat insgesamt ausgezeichnete Arbeitsbedingungen für die Fakultätsangehörigen herrschten.

Die Liste liesse sich beliebig fortführen. Thomas Koller hat als Lehrer und Wissenschaftler zahlreiche Brücken gebaut – er ist ein wahrer *pontifex!*

Thomas Koller wurde in Luzern geboren. Nach dem Abschluss des Studiums an der Berner Rechtsfakultät war er Assistent am Romanistischen Seminar bei Professor Horst Albert Kaufmann. Für das Anwaltspatent kehrte er nach

Luzern zurück, danach folgte der Schritt in die Praxis als Rechtskonsulent bei der heutigen UBS. 1983 promovierte Thomas Koller mit einer Arbeit über «Die eidgenössische Alters- und Hinterlassenenversicherung im Verhältnis zum schweizerischen Eherecht». In den Jahren 1983 bis 1987 war er Gerichtsschreiber der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, wo er sich schwergewichtig mit dem Steuerrecht befasste.

Dank eines Stipendiums des Schweizerischen Nationalfonds konnte Thomas Koller ab 1987 an seiner Habilitationsschrift zur Interdependenz zwischen Privatrecht und Steuerrecht arbeiten. Er legte damit den Grundstein für die Verleihung des Grossen Walther Hug-Preises, dem prestigeträchtigsten Wissenschaftspreis für schweizerische Juristinnen und Juristen, mit dem er 1998 ausgezeichnet wurde. Von 1990 bis 1994 war Thomas Koller wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zivilistischen Seminar der Universität Bern. Im Jahr 1993 erhielt er die *venia docendi* für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts. Im Jahr 1994 trat er die Nachfolge von Prof. Eugen Bucher am Zivilistischen Seminar der Universität Bern an, 1997 wurde er vom Extraordinarius zum Ordinarius befördert.

Thomas Koller findet immer Zeit, um über rechtliche Fragen zu diskutieren und sie von allen Seiten zu beleuchten. Das interne *bon mot* am Zivilistischen Seminar lautet nicht von ungefähr: Thomas Koller weiss nicht nur immer alles, er weiss immer alles besser! Seine Publikationen reichen von der Verwandtenunterstützung, dem Stiftungsrecht und dem Familienrecht über das Sozialversicherungs- und das Steuerrecht bis hin zu den Grundfragen des OR AT und BT, dem AGB-Recht und dem Wiener Kaufrecht. Kennzeichnend für seine Schriften ist die wissenschaftliche Strenge, gepaart mit dem Verantwortungsbewusstsein eines Wissenschaftlers, der – etwa im AGB-Recht – auch denjenigen eine Stimme gibt, die sich sonst wenig Gehör verschaffen könnten. Darüber hinaus hat Thomas Koller die humorvolle Distanz zur Rechtswissenschaft behalten: Geradezu Kultstatus erlangt hat sein Jusletter-Beitrag vom 1. April 2013 mit dem Titel «die neue bundesrätliche Verordnung über das Grillieren auf Balkonen vom 7. Februar 2013 (BGV) und ihre Reflexwirkungen auf das Privatrecht» – ein Aprilscherz, der es unter den abgerufenen Beiträgen auf den Spitzenplatz schaffte.

Thomas Koller wirkte im Laufe seiner universitären Laufbahn in zahlreichen universitären und ausseruniversitären Gremien. Besonders erwähnt seien an dieser Stelle seine Tätigkeit als Leiter des Kompetenzzentrums für Informatik und Recht, seine Arbeit als Fachredaktor der «Aktuellen Juristischen Praxis» und seine Mitwirkung im Beirat des Instituts für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen an der Bucerius Law School in Hamburg.

Eine Festschrift und deren Vorwort beschränken sich zwangsläufig auf den beruflichen Lebensweg des Geehrten. Nichtsdestotrotz soll hier nicht uner-

wähnt bleiben, dass Thomas Koller aus dem Familienkreis ganz offenkundig Kraft, Inspiration und sein inneres Gleichgewicht schöpft. Die Familie ist ihm wichtig. Für den Familiennachwuchs der jüngeren Professorenschaft und deren Besuche am Zivilistischen Seminar hat er die familieneigene Lego-Eisenbahn gestiftet. Hinzu kommen seine weiteren Interessen: Thomas ist ein Aare-Schwimmer, Modelleisenbahn-Aficionado und bekennender St. Pauli-Fan. Letzteres hat den Anreiz für die Forschungsaufenthalte am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg sicherlich befördert; die Wissenschaft hat davon profitiert!

Der Herausgeberschaft bleibt der Dank: ein herzliches Dankeschön an Rechtsanwältin Helen Zemp und BLaw Marius Meier für die umsichtige Betreuung der Beiträge. Ein Dankeschön auch dem Stämpfli Verlag für die zuvorkommende Zusammenarbeit und die Unterstützung bei der Drucklegung. Der grösste Dank gebührt allerdings dem Jubilar für die wunderbaren Jahre der Zusammenarbeit und des Austauschs. Die Herausgeber und die Mitwirkenden an der Festschrift wünschen Dir, Thomas, für die kommenden Jahre alles Gute!

Bern, im Herbst 2018

Susan Emmenegger
Stephanie Hrubesch-Millauer
Frédéric Krauskopf
Stephan Wolf

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
REGINA E. AEBI-MÜLLER/LORENZ DROESE	
Das Kind, der Staat und der Vorschuss	1
Das Bundesgericht und die Passivlegitimation im Abänderungsverfahren bei Bevorschussung des Kindesunterhalts durch das Gemeinwesen	
YEŞİM M. ATAMER	
Unlauterer Wettbewerb durch Nutzung von ungültigen AGB?	35
FRANÇOIS BOHNET/PASCAL JEANNIN	
Beweislast und Mitwirkungspflicht im Verfahren um Anfechtung des Anfangsmietzinses	59
CHRISTOPH BRUNNER/DAVID MÖCKLI	
Das Vertragsaufhebungsrecht des Käufers aufgrund wesentlicher Vertragsverletzung des Verkäufers bei Beschaffenheitsmängeln	75
Ein Lösungsvorschlag für eine sachgerechte Berücksichtigung des Kriteriums der zumutbaren Verwendbarkeit oder Absetzbarkeit der mangelhaften Ware durch den Käufer	
ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN	
Der Anwaltsvertrag – Berührungspunkte zwischen dem Privatrecht und dem Berufsrecht der Anwälte	109
MARTIN EGDEL	
Errichtung von Quasidienstbarkeiten durch AGB	135
Bemerkungen zum Umgang mit «Leitungsdienstbarkeiten» im Massengeschäft der Strom- und Telekommunikationsunternehmen	
MIRJAM EGGEN	
Smart Contracts und allgemeine Geschäftsbedingungen	155
SUSAN EMMENEGGER/NICOLA JEGHER/SERAINA GRAF	
Für Hilfspersonen wird nicht gehaftet – oder doch?	177
Art. 101 Abs. 2 OR im Lichte der Ungewöhnlichkeitsregel	

WALTER FELLMANN

**Anwaltskanzlei als Körperschaft – Fanal für den Umbruch im
Anwaltsmarkt**.....195

ANDREAS FURRER/NICOLAI BRUGGER

UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records.....215
Ansatz für die Rechtsvereinheitlichung der Schnittstelle zwischen
papiergebundenen und elektronischen Dokumenten

THOMAS GEISER

Zwangsbehandlungen nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht.....261

ERNST GIGER

Massgeblichkeit und Kohärenz – ein Widerspruch?.....277
Vom Massgeblichkeits- und Kohärenzprinzip im Unternehmens-
steuerrecht

SIBYLLE HOFER

«Die Prüfung ist die Hauptsache»305
Eine kleine Geschichte juristischer Prüfungen in Bern (1709-1895)

STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MELANIE BÜRKI

Der Erbteilungsvertrag – ausgewählte Aspekte.....319

MARC HÜRZELER

Begünstigtenordnung zweite und dritte Säule – Quo vadis?345

PETER JUNG

**Die Behandlung der unvorhergesehenen extremen Leistungs-
erschwerung nach neuem französischem Recht**.....357

UELI KIESER

Familienrecht und Sozialversicherungsrecht – eine Skizze375

CHRISTA KISSLING

Nichtigkeit von Verträgen als Folge von Privatbestechung?397

FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/RAPHAEL MÄRKI/CHIARA IMELDA WIRZ

Gefahrensatz – Ding oder Unding?.....437
Klärung und Erklärung einer Rechtsfigur

JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/ALEJANDRO MORALES SANCHO/
MARCO OESTER

Falsus Procurator – national und international.....457

PETER V. KUNZ

Vertragsfreiheit sowie Unternehmensübernahmen471

SIMON LAIMER

**Internationaler Gütertransport auf der Strasse zwischen Einheits-
privatrecht und Kollisionsrecht**.....485

HARDY LANDOLT

Ersatzpflicht für den Besuchsschaden499

ULRICH MAGNUS

CISG and Arbitration Agreements513

ADRIANO MARANTELLI

**«Dealing» statt Vertrag im internationalen Steuerrecht – ein Streif-
licht auf die grenzüberschreitende Betriebsstättenbesteuerung**537

ALEXANDER R. MARKUS

**Gerichtsstände grenzüberschreitender Einzelverfahren im
Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz**615
Aussonderungs-, Admassierungs- und Forderungseinziehungsklage
unter dem revidierten IPRG

ARIANE MORIN

La protection des consommateurs dans les contrats liés643

ROLAND MÜLLER

Die Bedeutung des Verschuldens im schweizerischen Arbeitsrecht657

KURT PÄRLI

**Krankentaggeldversicherung als Instrument zur Sicherung des
Erwerbseinkommens bei Krankheit**685
Vorschlag für eine umfassende Untersuchung als Grundlage adäquater
Problemlösung

PASCAL PICHONNAZ

La modification des conditions générales et l'application temporelle de l'article 8 LCD703

WOLFGANG PORTMANN/VANIA DOBREVA

Aspekte des Arbeiterschutzes im Licht der Privatautonomie727
Ein Beitrag aus schweizerischer und europäischer Sicht

THOMAS PROBST

Die Rechte des Flugzeugpassagiers – oder – «Wenn einer im verspäteten Flugzeug sitzt, dann kann er was erleben...»763

HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA/

RUTH BLOCH-RIEMER

Die Entschädigung des Stiftungsrats im Privat-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht.....795

ARNOLD F. RUSCH

Schenkung als Vertrag835

JÖRG SCHMID

Die Globalübernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Konsumentenverträgen.....851

Nicht gelesene AGB im Lichte von Konsens und Vertrauensprinzip

CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN

Das sachenrechtliche Akzessorietätsprinzip im Spannungsfeld zwischen Forderungsbindung und Flexibilisierung.....867

Insbesondere zur Relevanz dieses Prinzips bei der Grundpfandverschreibung

FELIX SCHÖBI

Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts und ihre Grenzen889

IVO SCHWANDER

Das IPR des Schuldvertragsrechts – zwischen methodischen Unschärfen und Bedürfnissen der Praxis.....903

ANNETTE SPYCHER

Das «caput controversum» im Zusammenhang mit in Eheschutzverfahren vereinbarten Unterhaltsbeiträgen – «handle with care».....919

HUBERT STÖCKLI

Der Verbraucherbauvertrag – Novelle im BGB937
Eine Darstellung mit Blick auf die Revisionsarbeiten in der Schweiz

CORINNE WIDMER LÜCHINGER

Die Berücksichtigung ausländischen Rechts im Rahmen von Art. 20 und 119 OR.....955

STEPHAN WOLF

Die Vollmacht im Erbgang des Vollmachtgebers – zu einer Schnittstelle zwischen Obligationen- und Erbrecht.....975

Das Kind, der Staat und der Vorschuss

Das Bundesgericht und die Passivlegitimation im Abänderungsverfahren bei Bevorschussung des Kindesunterhalts durch das Gemeinwesen

REGINA E. AEBI-MÜLLER/LORENZ DROESE*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	2
II.	Abänderung von Kindesunterhaltsbeiträgen im Allgemeinen	3
III.	Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen im Allgemeinen	4
	A. Kantonale Regelung der Voraussetzungen der Bevorschussung.....	4
	B. Bundesrechtliche Regelung der Rechtsfolgen einer allfälligen Bevorschussung.....	6
IV.	Zusammenspiel von Abänderungsverfahren und Bevorschussung.....	8
	A. BGE 143 III 177	8
	1. Sachverhalt.....	8
	2. Rechtliche Erwägungen.....	8
	B. Weitere einschlägige Urteile.....	11
	1. Zur Passivlegitimation im Kontext der Abänderungsklage.....	11
	2. Zum Umfang der Legalzession	11
	C. Kritische Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	13
	1. Legalzession noch nicht bevorschusster Unterhaltsbeiträge?	13
	a) Zum Wortlaut von Art. 289 Abs. 2 ZGB.....	13
	b) Unvereinbarkeit mit allgemeinen Grundsätzen der Zession.....	13
	c) Legalzession einzelner bevorschusster Forderungen – oder des Stammrechts auf Unterhalt?	15
	aa) Problemstellung	15
	bb) Kein Übergang des Stammrechts auf das bevorschussende Gemeinwesen.....	17

* Prof. Dr. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Fachbereich Privatrecht, Universität Luzern; Prof. Dr. LORENZ DROESE, Fachbereich Privatrecht, Universität Luzern.
Janine Camenzind, MLaw, danken wir für das sorgfältige Zusammentragen von Literatur und Rechtsprechung sowie für erste Textentwürfe, Dr. iur. Anne-Sophie Morand für das Korrekturlesen und wertvolle Hinweise.

2.	Legitime Interessen des Gemeinwesens an der Teilnahme am Abänderungsprozess?.....	21
3.	Materiell- und prozessrechtliches Chaos: Die am Abänderungsprozess nebeneinander, konkurrierend, teilnehmend und geteilt Beteiligten.....	24
	a) Ausgangslage.....	24
	a) Notwendige Streitgenossenschaft.....	25
	b) Einfache Streitgenossenschaft.....	26
	c) Nebenintervention.....	27
	d) Streitverkündung.....	28
	e) Einseitige Modifikation der Sachlegitimation zufolge Bevorschussung?.....	29
	f) Rückkopplung der Gestaltungswirkung auf die Aktivlegitimation?.....	29
	g) Zusammenfassung.....	30
4.	Sprechen praktische Gründe für die bundesgerichtliche Rechtsprechung?.....	31
5.	Befriedigt (wenigstens) das Ergebnis?.....	32
6.	Das Beste zum Schluss: Rechtsmissbrauchsverbot als Grundlage für eine Aktivlegitimation des Gemeinwesens?.....	32
V.	Fazit.....	34

I. Einleitung

Der Jubilar ist bekannt für seine zuweilen scharfe, aber immer sorgfältig begründete Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Was liegt daher näher, als dem vorliegenden Beitrag ebenfalls ein Urteil zugrunde zu legen. Ob die daran geübte Kritik trifft, sei dem Urteil des Lesers überlassen. Jedenfalls passt der Entscheid, der die Autoren zum vorliegenden Beitrag inspiriert hat, gut zu den Interessen des Jubilars: An der Schnittstelle zwischen Zivil- und Sozialrecht, mit einem Seitenblick auf das Prozessrecht. Die Rede ist von BGE 143 III 177, der sich mit der Frage befasst, wie Verfahren um Abänderung von Kindesunterhaltsbeiträgen mit der kantonalrechtlich geregelten Alimentenbevorschussung zu koordinieren sind. Im Zentrum steht dabei die Passivlegitimation im durch den Alimentengläubiger eingeleiteten Abänderungsprozess.¹ Zum besseren Verständnis des Entscheids müssen einige Be-

¹ Nachfolgend wird auf die Problematik der Prozessstandschaft des gesetzlichen Vertreters des Kindes im Unterhalts- bzw. Abänderungsprozess nicht näher eingegangen, steht doch diese Frage nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Gläubigerstellung bezüglich des Unterhaltsanspruchs.

merkungen zur Abänderung von Kindesunterhaltsurteilen sowie zur Bevorschussung vorausgeschickt werden (nachfolgend II. und III.).

II. Abänderung von Kindesunterhaltsbeiträgen im Allgemeinen

Der Kindesunterhaltsbeitrag soll nach Art. 285 Abs. 1 ZGB u.a. «der Lebensstellung und der Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen».² Vorhersehbaren Veränderungen entweder des Bedarfs des Kindes oder der Leistungsfähigkeit der Eltern kann und sollte im Unterhaltsentscheid Rechnung getragen werden. Solche Veränderungen bringt namentlich die Entwicklung des Kindes; typischerweise wird der Kindesunterhaltsbeitrag deshalb nach dem Alter des Kindes abgestuft. Indessen können auch im Urteilszeitpunkt nicht vorhersehbare Änderungen der Verhältnisse eintreten, etwa die Einschränkung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Eltern als Folge beruflicher oder gesundheitlicher Schwierigkeiten. Gemäss Art. 286 Abs. 2 ZGB setzt das Gericht bei «erheblicher Veränderung der Verhältnisse» den Unterhaltsbeitrag «auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes neu fest oder hebt ihn auf». Ist der Alimentenschuldner nicht (mehr) leistungsfähig und kann auch kein hypothetisches Einkommen aufgerechnet werden, so ist die Aufhebung der Leistungspflicht die einzig mögliche Konsequenz. Denn anders als der bloss *Leistungsunwillige* kann der *Leistungsunfähige* nicht zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet werden.³

Die Abänderung wirkt grundsätzlich ab dem Zeitpunkt der Klageeinreichung,⁴ mithin ab Begründung der Rechtshängigkeit.⁵ Rechtshängig wird das Abänderungsverfahren gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO im Zeitpunkt der Einreichung des Schlichtungsgesuches. Ist die Klage des Alimentenschuldners oder des Alimentengläubigers erfolgreich, so findet die Anpassung des Kindesunterhaltsbeitrages somit auf dieses Datum hin statt, falls nicht anders beantragt.

Die Abänderungsklage, die auf Aufhebung, Herabsetzung oder Sistierung der Unterhaltspflicht abzielt, ist eine Gestaltungsklage.⁶ Ihre Guttheissung führt

² Die Revision des Kindesunterhaltsrechts per 1. Januar 2017 hat daran nichts geändert.

³ BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 285 N 19, m.w.H.

⁴ BGE 128 III 305 E. 6a; eingehend zur Frage, weshalb die Abänderung durch den Alimentenschuldner nicht in analoger Anwendung von Art. 279 Abs. 1 ZGB auch für das der Klageerhebung vorangehende Jahr verlangt werden kann, BGE 127 III 503 E. 3.b/aa.

⁵ Art. 64 Abs. 2 ZPO; BGE 142 III 782 E. 3.1.3.2.

⁶ DANIEL SUMMERMATTER, Zur Abänderung von Kinderalimenten, in: FamPra.ch 2012, S. 38 ff., 39, m.w.H.

dazu, dass rückwirkend auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung die Unterhaltspflicht entfällt oder herabgesetzt wird.

Für das Abänderungsverfahren gelten, wie für sämtliche Kinderbelange, die Untersuchungs- und die Officialmaxime (Art. 296 ZPO).⁷ Indessen ist zu beachten, dass die Anwendung dieser Prozessmaximen primär im Interesse des Kindes erfolgt. So ist beispielsweise nicht denkbar, dass in Anwendung der Officialmaxime das Gericht den Unterhaltsbeitrag im Abänderungsprozess tiefer festlegt als den Betrag, den der Alimentenschuldner (noch) zu zahlen bereit ist.⁸ Selbständige Unterhalts- und Abänderungsklagen erfolgen im vereinfachten Verfahren (Art. 295 ZPO).

III. Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen im Allgemeinen

A. Kantonale Regelung der Voraussetzungen der Bevorschussung

Leider werden Kindesunterhaltsbeiträge in der Praxis nicht immer zuverlässig geleistet. Die Gründe dafür sind verschieden, und verschieden sind auch die Möglichkeiten der Abhilfe: Sind die Eltern unfähig, für den Lebensunterhalt des Kindes aufzukommen, so ist an Sozialversicherungsansprüche sowie an die Unterstützungspflicht von Verwandten in aufsteigender Linie (Art. 328 ZGB, konkret: Grosseltern) zu denken – ein Thema, zu dem der Jubilar reichlich publiziert hat, das hier aber nicht vertieft werden soll. Kann der Unterhalt des Kindes auf diese Weise nicht sichergestellt werden, hat subsidiär die Sozialhilfe – nach ihren Ansätzen – dafür aufzukommen.⁹ Anders verhält es sich, wenn die Eltern oder ein Elternteil zwar leistungsfähig, aber leistungsunwillig sind bzw. ist. Für diese Sachlage hat das Gesetz Vollstreckungshilfen vorgesehen. In Art. 291 ZGB hat der Bundesgesetzgeber als rein zivilrechtliches Instrument die Schuldneranweisung geregelt. Zuweilen aber – etwa wenn die Unterhaltspflichtigen zwar ein erhebliches Vermögen, doch geringe Einkünfte haben – genügt diese Möglichkeit nicht. Das kantonale öffentliche Recht sieht daher einerseits Leistungen der Inkassohilfe vor (wobei seit Inkrafttreten der Revision des Kindesunterhaltsrechts am 1. Januar 2017 der Bundesrat die Kompetenz hat, diese Leistungen festzulegen, nArt. 290 Abs. 2 ZGB¹⁰). Andererseits findet oftmals – wiederum gestützt auf

⁷ Exemplarisch: SUMMERMATTER (Fn. 6), S. 46, m.w.H.

⁸ SUMMERMATTER (Fn. 6), S. 46, m.w.H.

⁹ BK-HEGNAUER, Art. 293 ZGB N 12.

¹⁰ Botschaft Kindesunterhalt, BBl 2014 529 ff., 558.

kantonales öffentliches Recht¹¹ – eine Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge durch das Gemeinwesen statt. Bei der Ausgestaltung der Regeln zur Bevorschussung von Kindesunterhaltsleistungen sind die Kantone frei, d.h. nur an allgemeine Verfassungsprinzipien wie das Willkürverbot und das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden.¹² Diese Rechtslage hat dazu geführt, dass die Bevorschussung von Unterhaltsleistungen je nach Kanton von unterschiedlichen Voraussetzungen abhängt. Manche Kantone richten erst dann Leistungen aus, wenn entsprechende Inkassobemühungen erfolglos geblieben sind,¹³ andere machen die Leistungen von bestimmten Einkommens- und Vermögensverhältnissen abhängig.¹⁴ Viele sehen überdies eine Höchstgrenze vor, bis zu welcher Unterhaltsansprüche bevorschusst werden.¹⁵ Die aus dieser Rechtszersplitterung resultierende Ungleichbehandlung anspruchsberechtigter Kinder je nach Wohnsitzkanton wurde schon verschiedentlich kritisiert. Darüber hinaus birgt sie Konfliktpotenzial bei interkantonalen Sachverhalten.¹⁶

Unbestritten ist immerhin, dass die Alimentenbevorschussung keine Sozialhilfe ist,¹⁷ was von einigen Kantonen sogar ausdrücklich festgehalten wird. Das Gemeinwesen leistet unter diesem Titel also nicht *à fonds perdu*, sondern richtet lediglich an Stelle und auf Rechnung der säumigen Eltern (d.h.: vorläufig) Vorschüsse aus.¹⁸ Ein Anspruch auf Bevorschussung besteht daher nur soweit, als dem Kind seinerseits gegen den säumigen Elternteil tatsächlich ein

¹¹ Die Regelung einer Alimentenbevorschussung ist mangels einer bundesrechtlichen Kompetenz (vgl. Art. 115 BV) ausschliesslich den Kantonen überlassen; der Bundesgesetzgeber darf diese Pflicht auf der Grundlage der geltenden Verfassung weder selbst erfüllen noch den Kantonen zwingend vorschreiben; BK-HEGNAUER, Art. 293 ZGB N 23; s. auch CHRISTOPH HÄFELI, Das Recht des Kindes auf Feststellung der Vaterschaft und die Regelung des Unterhaltsanspruchs nach der ZGB-Änderung vom 21. Juni 2013 (Inkrafttreten: 1. Juli 2014), in: ZKE 2014, S.189 ff., 198; vgl. ferner CR-PERRIN, Art. 293 N 3.

¹² Vgl. BK-HEGNAUER, Art. 293 ZGB N 23.

¹³ So etwa Basel-Landschaft, s. Sozialhilfegesetz vom 21. Juni 2001 (SHG) § 25a (SRBL 850).

¹⁴ Vgl. etwa für den Kanton Luzern: Sozialhilfegesetz vom 16. März 2015 (SHG) § 45 Abs. 1 lit. d (SRL 892); für den Kanton Bern: Gesetz über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen vom 6. Februar 1980 Art. 4 Abs. 1 lit. c (BSG 213.22).

¹⁵ Häufig wird diese Obergrenze bei der maximalen einfachen Waisen- und Kinderrente gemäss AHV/IV-Gesetzgebung festgelegt, so etwa im Kanton Zürich, s. Kinder- und Jugendhilfegesetz vom 14. März 2011 (KJHG) § 23 Abs. 2 (SRZH 852.1); oder im Kanton Bern, s. Gesetz über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen (BSG 213.22) Art. 6 Abs. 1.

¹⁶ Anschaulich MARC HÄUSLER/NINA SCHEIDEGGER, Die Alimentenbevorschussung im interkantonalen Verhältnis, Jusletter vom 1. Juli 2013, Rz. 1 ff.

¹⁷ BGE 138 III 145 E. 3.3.1 m.H. auf die Gesetzesmaterialien.

¹⁸ IRENE VOLLENWEIDER, Alimentenbevorschussung bei Uneinbringlichkeit der Unterhaltsbeiträge, in: FamPra.ch 2006, S. 1 ff., 3 f.

Unterhaltsanspruch zusteht.¹⁹ Die Bevorschussung von Unterhaltsleistungen soll dem Kind nur das Risiko der Uneinbringlichkeit abnehmen, nicht aber die Leistungsunfähigkeit des Unterhaltspflichtigen ausgleichen.²⁰ Das Risiko einer Verschlechterung der Leistungsfähigkeit der Unterhaltspflichtigen trägt in diesem Fall also das unterhaltsberechtigende Kind. Deshalb verlangen die Kantone für die Bevorschussung fast immer einen gültigen Unterhaltstitel (Urteil oder genehmigte Unterhaltsvereinbarung).²¹ Auch daran ist das Gemeinwesen nach Massgabe des kantonalen Rechts in der Regel jedoch nicht gebunden, wenn zweifelhaft erscheint, dass der Unterhaltstitel der tatsächlichen Leistungsfähigkeit der Eltern und den Bedürfnissen des Kindes entspricht (Art. 285 Abs. 1 ZGB).²² Damit wird es einem leistungsunfähigen Elternteil verunmöglicht, dem Kind einen Anspruch auf Vorschussleistungen zu verschaffen, indem er Unterhaltsverpflichtungen eingeht, die seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit – und damit seine Rückerstattungsmöglichkeit – von vornherein übersteigen.²³ Bei Leistungsunfähigkeit des Alimentenschuldners ist deshalb die Bevorschussung einzustellen und es müssen die Regeln der Sozialhilfe zur Anwendung gelangen.²⁴

B. Bundesrechtliche Regelung der Rechtsfolgen einer allfälligen Bevorschussung

Die Bevorschussung erfolgt zwar, wie erwähnt, nach den Bestimmungen des kantonalen Rechts – ihre wichtigste Rechtsfolge ist aber bundesrechtlich geregelt: Gemäss Art. 289 Abs. 2 ZGB geht der Unterhaltsanspruch nach erfolgter Bevorschussung auf das Gemeinwesen über. Es handelt sich nach unbestrittener Auffassung um eine Legalzession.²⁵ Das Gemeinwesen subrogiert somit i.S.v. Art. 166 OR in die Rechtstellung des Alimentenkläubigers.

¹⁹ BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 293 N 5.

²⁰ Botschaft Kindesverhältnis BBl 1974 II 1 ff., 66; CYRIL HEGNAUER, Elterliche Unterhaltspflicht, Leistungsfähigkeit und Bevorschussung, in: ZVW 1986, S. 61 ff., 62; VOLLENWEIDER (Fn. 18), S. 7 f.

²¹ BK-HEGNAUER, Art. 293 ZGB N 31; vgl. zum Beispiel § 44 Abs. 2 SHG-LU (Fn. 14); § 23 Abs. 1 KJHG-ZH (Fn. 15); Art. 3 Abs. 2 Gesetz über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen des Kantons Bern (Fn. 15).

²² Vgl. BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 293 N 5, der festhält, dass «die Behörde selbständig und unabhängig von gerichtlicher bzw. kindesschutzbehördlicher Genehmigung die Anspruchsvoraussetzungen [...] zu prüfen hat, und zwar sowohl quantitativ [...] als auch zeitlich».

²³ Dazu ausführlich HEGNAUER (Fn. 20), S. 61, 63; s. auch hinten, 6.

²⁴ VOLLENWEIDER (Fn. 18), S. 6 und 8 f.; vgl. CR-PERRIN, Art. 293 N 2.

²⁵ Statt aller: BK-HEGNAUER, Art. 293 ZGB N 22.

Wie es der Wortlaut von Art. 289 Abs. 2 ZGB ausdrücklich festhält, geht der Unterhaltsanspruch «mit allen Rechten» (im französischen Text: «avec tous les droits») auf das Gemeinwesen über. Mit dem Anspruch des Kindes gehen folglich (in Übereinstimmung mit Art. 170 OR) auch die damit verbundenen Nebenrechte über. Gemeint sind jene Rechte, die ihrer Natur nach abtretbar und nicht höchstpersönlich sind.²⁶ Dazu gehören unbestrittenermassen etwa prorogierte Gerichtsstände und die SchKG-Privilegien. Ebenso gehört dazu – jedenfalls für fällige und früher erbrachte Leistungen²⁷ – das Klagerecht gemäss Art. 279 ZGB.²⁸

Obschon die Bevorschussung nach dem Gesagten von Sozialhilfeleistungen zu unterscheiden ist, kann sich das Gemeinwesen, das ohne einen verbindlichen Unterhaltstitel für den Unterhalt des Kindes aufgekommen ist, ebenfalls auf die Legalzession berufen.²⁹ Diese Sachlage tritt häufig ein, wenn die Verwandtenunterstützungspflicht nach Art. 328 f. ZGB eingreift, wofür Art. 329 Abs. 3 ZGB betreffend die Subrogation des Gemeinwesens auf Art. 289 Abs. 2 ZGB verweist.³⁰ Ebenso kommt es vor, dass die Vaterschaft nach der Geburt des Kindes zunächst unklar ist und deshalb bis zum Vorliegen eines Vaterschafts- und Unterhaltsentscheids das Gemeinwesen das Kind unterstützt. Verfügt der rechtskräftig ermittelte Vater über ein überdurchschnittliches Einkommen, so kann sich der ausgerichtete Unterhaltsbeitrag als ungenügend erweisen.³¹ Bei dieser Sachlage hat der Vater nicht nur nach Art. 289 Abs. 2 ZGB dem Gemeinwesen den vorgeschossenen Unterhaltsbeitrag zu erstatten, sondern überdies dem Kind die Differenz zum – angesichts seiner eigenen Verhältnisse – gebührenden Unterhalt zu leisten. Diesen kann das Kind selbst einfordern, wozu es nach Art. 279 Abs. 1 ZGB nicht nur für die Zukunft, sondern auch rückwirkend für ein Jahr vor Klageerhebung berechtigt ist.

²⁶ BGE 106 III 18 E. 2, 20; vgl. auch CHK-REETZ/BURRI, Art. 170 OR N 5 ff.; PHILIP MANI, Die Subrogation des Unterhaltsanspruchs infolge öffentlicher Unterstützung, in: ZKE 2017, S. 277 ff., 283.

²⁷ BSK ZGB I-BREITSCHMID/KAMP, Art. 289 N 11.

²⁸ BSK ZGB I-BREITSCHMID/KAMP, Art. 289 N 10; Botschaft Kindesverhältnis BBl 1974 II 1 ff., 64.

²⁹ Anstatt vieler: CR-PERRIN, Art. 289 ZGB N 9, m.w.H.

³⁰ Zur Textgeschichte s. BK-HEGNAUER, Art. 289 ZGB N 5.

³¹ Vgl. Art. 285 Abs. 1 ZGB, wonach der Unterhaltsbeitrag nicht nur den Bedürfnissen des Kindes, sondern auch der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen soll.

IV. Zusammenspiel von Abänderungsverfahren und Bevorschussung

A. BGE 143 III 177

1. Sachverhalt

Dem Entscheid BGE 143 III 177 (= Urteil des Bundesgerichts 5A_399/2016 bzw. 5A_400/2016 vom 6. März 2017) liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Kindsvater C. war aufgrund eines Urteils seit dem Jahr 2008 verpflichtet, für seine Tochter einen Beitrag von CHF 850 (zuzüglich Kinderzulagen) zu bezahlen. Da er dieser Pflicht nicht nachkam, wurden die Unterhaltsbeiträge mit monatlich CHF 737 durch die Sozialen Dienste der Stadt Chur bevorschusst. Mit Schlichtungsgesuch vom 27. August 2013 und anschliessender Klage verlangte C. die vollständige Aufhebung seiner Unterhaltspflicht, wobei er seine Klage ausschliesslich gegen seine Tochter (und nicht gegen das bevorschussende Gemeinwesen) richtete. Während das erstinstanzliche Gericht die Unterhaltspflicht *pro futuro* auf CHF 650 herabsetzte, reduzierte das von C. angerufene Kantonsgericht Graubünden mit Urteil vom 19. April 2016 den Unterhaltsbeitrag mit Wirkung ab 27. August 2013 (d.h. ab Rechtshängigkeit der Klage) bis Ende April 2016 auf den durch das Gemeinwesen bevorschussten Betrag und hob die Verpflichtung zur Leistung eines Unterhaltsbeitrages mit Wirkung ab dem 1. Mai 2016 (also dem auf den Erlass des Urteils folgenden Monat) ganz auf. Dabei stellte das Kantonsgericht für das Bundesgericht verbindlich fest, dass der Alimentenschuldner seit dem Jahr 2012 vollumfänglich arbeitsunfähig ist und dass ihm spätestens seit März 2012, d.h. seit dem erstmaligen Bezug von Sozialhilfe, weder ein tatsächliches noch ein hypothetisches Erwerbs- oder Ersatzeinkommen angerechnet werden konnte. Das Kantonsgericht befand allerdings, dem bevorschussenden Gemeinwesen, das nicht Partei des Verfahrens gewesen sei, könne der Ausgang des Verfahrens nicht entgegengehalten werden. Die *rückwirkende* Aufhebung der Unterhaltsverpflichtung wurde aus diesem Grund auf den Betrag beschränkt, der die Bevorschussung überstieg. Entsprechend führte die bereits bei Klageeinreichung bestehende, völlige Leistungsunfähigkeit des C. erst für die auf den Berufungsentscheid folgende Zeit zur Aufhebung der Unterhaltspflicht. Diese Sichtweise wird durch das Bundesgericht geschützt.

2. Rechtliche Erwägungen

Die amtlich publizierten Erwägungen des Bundesgerichts beschäftigen sich einzig mit der Rechtsfrage, «ob die Stadt Chur im Prozess um die Aufhebung

der Kinderunterhaltsbeiträge passivlegitimiert ist, soweit sie die Alimente bevorschusst hat.»³²

Dazu hält das Bundesgericht in E. 6.3.2 zunächst fest, Gegenstand der Legalzession seien auch künftige Unterhaltsforderungen, von denen feststehe, dass sie bevorschusst würden. Es verweist zur Begründung auf BGE 137 III 193, der freilich eine Schuldneranweisung gemäss Art. 291 ZGB und in diesem Zusammenhang die Frage betrifft, ob das bevorschussende Gemeinwesen selber die Schuldneranweisung für künftige, noch nicht fällige Unterhaltsbeiträge verlangen kann (s. hinten, 2). Ist aber das Gemeinwesen auch Gläubiger für inskünftig fällig werdende Unterhaltsbeiträge, muss der Abänderungskläger, so das Bundesgericht weiter, «nach allgemeiner Regel [...] auch das Gemeinwesen ins Recht fassen, wenn er den Umfang seiner Beitragsverpflichtung reduzieren lassen will.» Bei einer teilweisen Subrogation seien «sowohl das Kind (resp. dessen Vertreter) wie auch das Gemeinwesen nebeneinander passivlegitimiert» (E. 6.3.3).

Einige Ungereimtheiten dieser Konstruktion fallen dem Bundesgericht gleich selber auf; die entsprechenden Erwägungen können deshalb zum Zweck der vorliegenden Urteilskritik nur geringfügig gekürzt wiedergegeben werden. So liest man etwa, was folgt: «Es besteht allerdings die Besonderheit, dass der Gegenstand der Herabsetzungsklage – nämlich das Dauerschuldverhältnis zwischen dem unterhaltsansprechenden Kind und dem unterhaltspflichtigen Elternteil – nicht identisch ist mit der konkreten, periodischen Unterhaltsforderung, die das Gemeinwesen (teilweise) bevorschusst hat resp. bevorschussen wird. Die Passivlegitimation des Gemeinwesens durchbricht den Grundsatz, wonach allein der Zedent Adressat von Willenserklärungen des Schuldners bleibt, welche das Schuldverhältnis als Ganzes betreffen [...]. Diese Regel kommt im Bereich des Art. 289 Abs. 2 ZGB auch insoweit nicht zum Tragen, als das Gemeinwesen, welches für den Kindesunterhalt aufkommt, zur Unterhaltsklage oder zur Klage auf Abänderung des Unterhaltsbetrags befugt ist [...]. Das Gemeinwesen subrogiert zunächst in die konkrete Unterhaltsforderung, zumal deren Bevorschussung massgebender Rechtsgrund – und Rechtfertigung – für den Eintritt des Gemeinwesens in die Rechtsstellung des Unterhaltsgläubigers ist. [...] Im Falle einer Herabsetzungsklage verschafft die Passivlegitimation dem Gemeinwesen darüber hinaus auch prozessuale Befugnisse, durch welche es auf das Dauerschuldverhältnis zwischen dem unterhaltsberechtigten Kind und dem unterhaltsverpflichteten Elternteil einwirken kann. Diese Befugnisse haben gleichsam eine überschüssende Wirkung, weil sie nicht auf tatsächlich bevorschusste (oder noch zu bevorschussende) Unterhaltsansprüche beschränkt sind. Während das von der Herabsetzungsklage betroffene Kind die mit der einzelnen Forderung verbunde-

³² BGE 143 III 177 E. 6.

nen Nebenrechte im Umfang der Legalzession verliert, tangiert die Subrogation seine Gestaltungsrechte und prozessualen Befugnisse hinsichtlich des Dauerschuldverhältnisses nicht. Mithin bleibt das Kind selbst dann neben dem Gemeinwesen passivlegitimiert, wenn dieses in zeitlicher und quantitativer Hinsicht vollständig in den Unterhaltsanspruch subrogiert.» (E. 6.3.3).

Die nächste Erwägung widmet sich mit Recht – wenngleich im Ergebnis unbefriedigend – der Problematik, dass die Interessen des Kindes durchaus nicht jenen des Gemeinwesens entsprechen müssen: «Es stellt sich die Frage, wie es sich mit der Interessenlage des Gemeinwesens verhält, welches anstelle des Unterhaltspflichtigen für den Kindesunterhalt aufkommt. Sofern das betreffende Interesse nicht mit demjenigen des Kindes übereinstimmt, verunmöglichte eine geteilte Passivlegitimation gegebenenfalls eine koordinierte Prozessführung und eine gemeinsame Rechtsvertretung von Kind und Gemeinwesen [...]. [Die] Alimentenbevorschussung, abhängig von den anwendbaren kantonalen Bestimmungen, [ist] nicht zwingend an eine Sozialhilfeabhängigkeit des Haushaltes gebunden, in welchem das Kind wohnt. Wenn eine Herabsetzung oder Aufhebung von Unterhaltsbeiträgen nicht zu einer entsprechenden Aufstockung der vom gleichen Gemeinwesen aufzubringenden Sozialhilfe führt, entspricht das fiskalische Interesse eines (formal beklagten) subrogierenden Gemeinwesens theoretisch demjenigen des klagenden Leistungspflichtigen [...]. In einem solchen Fall wäre aber zu beachten, dass das Gemeinwesen im Rahmen der Alimentenbevorschussung deswegen in die Stellung des Kindes eingetreten ist, weil das kantonale Recht es zu dieser Form der Wahrung von Kindesinteressen verpflichtet. In diesem Kontext darf die zuständige Behörde keinen Abänderungsprozess mit dem fiskalisch motivierten Ziel führen, die Stellung des Kindes zu verschlechtern [...]. Insoweit ist das Gemeinwesen nicht legitimiert, selber auf Herabsetzung des Unterhaltsbeitrages zu klagen [...]. Vorbehalten bleibt eine Aktivlegitimation des bevorschussenden Gemeinwesens allenfalls, wenn der Unterhaltspflichtige trotz offensichtlich veränderter Verhältnisse in rechtsmissbräuchlicher Absicht nichts unternimmt. Bei einer Herabsetzungsklage des Unterhaltspflichtigen ist das Gemeinwesen als (mit-)beklagte Partei prinzipiell ebensowenig befugt, sich den Rechtsstandpunkt des Klägers zu eigen zu machen. Erscheint dem Gemeinwesen der zu bevorschussende Betrag zu hoch, hat es seine Leistung gestützt auf das einschlägige kantonale Recht zu korrigieren. Schliesslich ist das Gemeinwesen selbstredend nicht gehalten, den Standpunkt des Kindes zu unterstützen, wenn sich dieses einem offensichtlich begründeten Herabsetzungsbegehren des Unterhaltspflichtigen widersetzt.» (E. 6.3.4).

B. Weitere einschlägige Urteile

1. *Zur Passivlegitimation im Kontext der Abänderungsklage*

BGE 143 III 177 ist kein «Ausrutscher», sondern wurde in BGer 5A_643/2016 vom 21. Juni 2017 bestätigt, ohne dass das Bundesgericht in rechtlicher Hinsicht Ergänzungen oder Relativierungen angebracht hätte. Vor allem aber hat der publizierte Entscheid in der unpublizierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwei Vorläufer. Bereits im Entscheid 5A_634/2013 vom 12. März 2014 kam das Bundesgericht zum Schluss, sowohl das Kind als auch das Gemeinwesen seien im Abänderungsverfahren passivlegitimiert. Noch weiter ging das Bundesgericht in seinem Entscheid BGer 5A_499/2015 vom 20. Januar 2016. In diesem Verfahren hatte die Vorinstanz, das Obergericht des Kantons Aargau, die Abänderungsklage des Unterhaltsschuldners wegen fehlender Passivlegitimation der Kinder abgewiesen, weil die Unterhaltsbeiträge vollumfänglich bevorschusst worden waren. Das Bundesgericht schützte die Begründung, wonach das Stammrecht auf Unterhalt als Folge der Bevorschussung auf das Gemeinwesen übergegangen sei, ohne allerdings Überlegungen zur Legalzession anzustellen. Damit verneinte es implizit auch die Abänderung für die Zukunft, d.h. für die Zeit nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheids; BGE 143 III 177 geht somit hinter diese radikale Position zurück. Dass es nicht besonders elegant ist, den Entscheid dogmatischer Grundfragen in unpublizierten, in Dreierbesetzung gefällten Urteilen zu skizzieren, die in der Literatur zu Recht kaum Beachtung gefunden haben, bedarf der Erörterung nicht, ebenso wenig, dass dieses Vorgehen die Überzeugungskraft des gleichsam nachgeschobenen publizierten Entscheides nicht steigert.

2. *Zum Umfang der Legalzession*

Auch mit Blick auf Umfang und Folgen der Legalzession ist BGE 143 III 177 kein Solitär. «Vorgespart» wurden die darin angestellten Überlegungen in gewisser Weise bereits in BGE 137 III 193 E. 3.8. Dort war allerdings keine Unterhalts- bzw. Abänderungsklage, sondern die Frage zu beurteilen, ob auch das bevorschussende Gemeinwesen eine Schuldneranweisung nach Art. 291 ZGB verlangen könne. Da die Schuldneranweisung nicht für ausstehende, sondern nur für den jeweils fällig werdenden Unterhaltsbetrag zulässig ist, musste das Bundesgericht, um das Begehren des bevorschussenden Gemeinwesens gutheissen zu können, tief in die argumentative Trickkiste greifen. Dies tat es, als es erwog, die Subrogation nach Art. 289 Abs. 2 ZGB umfasse auch künftige, «während der Dauer der bewilligten Bevorschussung fällig

werdenden Beträge»³³ und den solcherart gesteckten «weiten Rahmen der Subrogation» namentlich damit begründete, dass dem Gemeinwesen die Befugnis zur Unterhaltsklage zustehe. Mit der erfolgreichen Unterhaltsklage als Ausfluss des Rechts auf Unterhalt überhaupt werde erst ein Dauerschuldverhältnis geschaffen, das anschliessend periodisch die je einzelnen Unterhaltsforderungen entstehen lasse.³⁴ Dieser Argumentation muss man freilich – unter Verweis auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung und die einhellige Lehre – entgegenhalten, dass der Unterhaltsanspruch des Kindes nicht die Folge einer erfolgreichen Unterhaltsklage ist, sondern von Gesetzes wegen kraft des rechtlichen Kindesverhältnisses entsteht.³⁵ Die Unterhaltspflicht ist, um es mit den blumigen Worten des Bundesgerichts auszudrücken, «die natürliche Folge einer jeden Zeugung».³⁶ Bloss der Unterhaltstitel, auf den sich später die Vollstreckung oder Bevorschussung stützt, ist durch Urteil oder Vertrag erst noch zu schaffen, wobei das Vorhandensein eines solchen Titels nichts daran ändert, dass der Unterhaltsanspruch auch rückwirkend entfallen kann (u.a. bei erfolgreicher Anfechtung des Kindesverhältnisses³⁷). Die folgenden Ausführungen beziehen sich ausschliesslich auf die Frage der Passivlegitimation im durch den Alimentenschuldner eingeleiteten Abänderungsprozess bzw. auf die «Teilhabe» des bevorschussenden Gemeinwesens an einem solchen Prozess.

³³ BGE 137 III 193 E. 3.8.

³⁴ BGE 137 III 193 E. 3.8.

³⁵ Daher geht der Unterhaltsanspruch auch rückwirkend unter, wenn das rechtliche Kindesverhältnis nachträglich aufgelöst wird, und es ist dann vielmehr der neue Registervater – ebenfalls rückwirkend – in der Pflicht, vgl. nur die Regeste von BGE 129 III 646 zur Klage des früheren Registervaters gegen seinen «Rechtsnachfolger»: «Wird das rechtliche Kindesverhältnis zum Registervater durch Anfechtungsklage beseitigt, entfällt dessen Unterhaltsverpflichtung rückwirkend auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung, während gleicherweise das rechtliche Kindesverhältnis zum anerkennenden leiblichen Vater rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt entsteht. Als Folge hat der Registervater gegen den leiblichen einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Ersparnisbereicherung).» S. ferner die zahlreichen Literaturhinweise dazu in E. 4.1 der Erwägungen.

³⁶ BGE 129 III 646 E. 4.3.

³⁷ Vgl. auch dazu BGE 129 III 646.

C. Kritische Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

1. Legalzession noch nicht bevorschusster Unterhaltsbeiträge?

a) Zum Wortlaut von Art. 289 Abs. 2 ZGB

Der Wortlaut von Art. 289 Abs. 2 ZGB ist auslegungsbedürftig und namentlich im Hinblick auf das hier interessierende Problem nicht eindeutig. Die Bestimmung lautet: «Kommt jedoch das Gemeinwesen für den Unterhalt auf, so geht der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über.» Von einer zeitlichen Abfolge oder von Teilforderungen ist in keiner der drei Sprachversionen die Rede. Konkreter wird der später³⁸ im Zusammenhang mit dem neuen Scheidungsrecht erlassene aArt. 131 Abs. 3 ZGB (seit dem 1. Januar 2017: Art. 131a Abs. 2 ZGB, inhaltlich unverändert), der erklärt: «Soweit das Gemeinwesen für den Unterhalt der berechtigten Person aufkommt, geht der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über.» (Kursivschrift hinzugefügt). Während die französischsprachige Version ebenso unverbindlich bleibt wie bei Art. 289 Abs. 2 ZGB («lorsque»), ist die italienischsprachige Textfassung dem deutschen «soweit» näher («nella misura in cui»). Die deutsche und italienische Versionen des Gesetzestexts machen so deutlich, was gemeint ist: Der Übergang findet nur insoweit – in dem Umfang – statt, in dem *tatsächlich* eine Bevorschussung erfolgt. Da die Legalzession für Scheidungsunterhalt und für Kindesunterhalt unbestrittenermassen identisch geregelt werden sollte,³⁹ die jüngere Bestimmung aber (wenigstens in der deutschen und italienischen Fassung) präziser ist, steht der Ansicht, es seien noch nicht bevorschusste, erst in der Zukunft überhaupt entstehende Unterhaltsbeiträge in die Legalzession einzuschliessen, der Gesetzeswortlaut entgegen.

b) Unvereinbarkeit mit allgemeinen Grundsätzen der Zession

Die zessionsrechtlichen Regeln nach Art. 166 ff. OR sind auf die Legalzession grundsätzlich analog anwendbar.⁴⁰ Die Stellung des bevorschussenden

³⁸ Mit Inkrafttreten am 1. Januar 2000.

³⁹ Dazu Botschaft Scheidungsrecht BB1 1996 I 1 ff., 122.

⁴⁰ Siehe u.a. CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, N 1381; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 90.57; vgl. auch PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 3553; CHK-REETZ/BURRI, Art. 166 OR N 16.

Gemeinwesens ergibt sich aus dem Privatrecht, sodass es nicht hoheitlich gegen den Alimentenschuldner vorgehen kann.⁴¹ Daher muss auch das «oberste Gebot» des Zessionsrechts gelten, nämlich der Grundsatz, dass die «Forderungsabtretung in keiner Hinsicht zu einer Verschlechterung der Stellung des [...] Schuldners führen darf, und in allen Zweifelsfragen zugunsten des Schuldners entschieden werden muss».⁴² Bleibt die Forderung aber durch die (Legal-)Zession in ihrem Bestand unverändert,⁴³ kann das Gemeinwesen «von den Eltern nur Unterhaltsleistungen ersetzt verlangen, welche diese [...] dem Kind hätten erbringen müssen».⁴⁴ Daraus wiederum folgt: Geht die zederte Forderung nachträglich, d.h. nach erfolgter Abtretung unter, weil ein Gestaltungsurteil auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung zurückwirkt, so könnte nach den allgemeinen zessionsrechtlichen Regeln auch der Zessionar (hier: das bevorschussende Gemeinwesen) die Forderung nicht mehr geltend machen. Verhielte es sich anders, so würde der Forderungsübergang die Rechtsstellung des Schuldners unzulässigerweise verschlechtern.⁴⁵ Besonders deutlich wird dies, wenn man mit einem wesentlichen Teil der Lehre die Zession im Lichte der Durchgangstheorie betrachtet, wonach selbst die im Voraus abgetretene Forderung «für eine logische Sekunde» beim Zedenten entsteht.⁴⁶ Danach muss der Zedent (hier: das Kind als Unterhaltsgläubiger) im Moment der Entstehung der konkreten Forderung (hier: der periodischen Unterhaltsforderung) noch über diesen Anspruch verfügen. Sind die periodischen Unterhaltsforderungen aber während des Abänderungsverfahrens in der Schwebe und entfallen sie schliesslich mit dem Urteil rückwirkend auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung hin, so können die nicht existenten Einzelforderungen nicht auf das Gemeinwesen übergegangen sein und von diesem gegen den Schuldner durchgesetzt werden.

Der Abänderungsentscheid ist ein Gestaltungsurteil, das auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung zurückwirkt (vorne, II.). Führen die während der Rechtshängigkeit der Abänderungsklage erfolgten Vorschusszahlungen dazu, dass das Gemeinwesen gegen den Alimentenschuldner Unterhaltsforderungen durchsetzen kann, die – wie das Urteil zeigt – nicht mehr existieren bzw. nie existierten, so widerspricht dies zessionsrechtlichen Grundsätzen. BGE 143 III 177 widerspricht mit anderen Worten Art. 169 OR, wonach der Schuldner

⁴¹ CR-PERRIN, Art. 289 ZGB N 8; BK-HEGNAUER, Art. 289 ZGB N 77.

⁴² EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht), 2. Aufl., Zürich 1988, S. 560.

⁴³ BUCHER (Fn. 42), S. 567 und 579.

⁴⁴ BK-HEGNAUER, Art. 289 ZGB N 82.

⁴⁵ Anstatt vieler: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 40), Rz. 3473, m.w.H.

⁴⁶ BUCHER (Fn. 42), S. 546 f.; der Durchgangstheorie folgt im Übrigen auch das Bundesgericht, BGE 130 III 248 E. 4.1; BGer 4A_302/2016 E. 2.1.2.

(hier: der Unterhaltspflichtige) Einwendungen und Einreden,⁴⁷ die der abgetretenen Forderung entgegenstehen (hier: Einwendung des Wegfalls des Unterhalts auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung), auch gegen den Erwerber (hier: das bevorschussende Gemeinwesen) geltend machen kann, denn zu diesen zählt auch der Eintritt einer Resolutivbedingung.⁴⁸ Zum gleichen Ergebnis gelangt man im Übrigen, wenn man umgekehrt den Gedankengang des Bundesgerichts zu Ende denkt: Alsdann müsste ein Registervater dem Gemeinwesen den bevorschussten Unterhalt auch dann erstatten, wenn das Kindesverhältnis nachträglich aufgehoben wird, obwohl das Gestaltungsurteil nicht nur das Kindesverhältnis, sondern auch den Kindesunterhalt auf den Zeitpunkt der Geburt hin entfallen lässt.⁴⁹ Dass dies nicht nur zessionsrechtlichen, sondern ebenso zentralen kindesrechtlichen Grundvorstellungen widerspräche, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Hinzu kommt ein Weiteres: Durch Willenserklärung oder *ex lege* abtretbar «sind Forderungen als isolierte subjektive Rechte auf eine bestimmte Leistung, nicht dagegen die die Forderungen begründenden Schuldverhältnisse».⁵⁰ Daher gilt im Kontext der Abtretung der Grundsatz, dass allein der Zedent Adressat von Willenserklärungen des Schuldners bleibt, welche das Schuldverhältnis als Ganzes betreffen.⁵¹ Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dies im Zusammenhang mit der Legalzession als Folge der Bevorschussung einer Unterhaltsleistung anders sein soll, zumal der Gesetzgeber insofern keine Sonderregel formuliert hat. Auch aus diesem Grund ist die Passivlegitimation des Gemeinwesens im Abänderungsprozess zu verneinen.

c) **Legalzession einzelner bevorschusster Forderungen – oder des Stammrechts auf Unterhalt?**

aa) **Problemstellung**

Bis vor Kurzem – und nach hier vertretener Auffassung: mit Recht – war unbestritten, dass die Subrogation lediglich Unterhaltsforderungen umfassen kann, die das Gemeinwesen tatsächlich beglichen hat, womit künftige Forde-

⁴⁷ Entgegen dem verkürzenden Wortlaut von Art. 169 OR sind nicht nur Einreden im engeren Sinn, sondern unbestrittenermassen auch Einwendungen gemeint, d.h. Tatsachen, aus denen folgt, dass die Forderung nicht entstanden oder bereits untergegangen ist; exemplarisch CHK-REETZ/BURRI, Art. 169 OR N 3, m.w.H.

⁴⁸ BUCHER (Fn. 42), S. 567 f.; CHK-REETZ/BURRI, Art. 169 OR N 6; dies ergibt sich im Übrigen schon aus dem bekannten, aus den justinianischen Digesten stammenden Rechtsgrundsatz «Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet».

⁴⁹ Vgl. vorne, Fn. 35.

⁵⁰ BUCHER (Fn. 42), S. 539.

⁵¹ Siehe u.a. BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 170 N 8 und 10, m.w.H.

rungen ausschieden.⁵² Nach dieser Logik fand der gesetzliche Rechtsübergang an das Gemeinwesen «erst mit der Auszahlung des geschuldeten Betrags an die Alimentengläubigerin» statt.⁵³ Wie erwähnt (vorne, 1 a), entspricht dies dem Gesetzeswortlaut, der die Ansprüche des bevorschussenden Gemeinwesens auf die effektiv ausbezahlten Geldbeträge beschränkt, sodass tatsächlich nur eine Bevorschussung – und keine Fürsorgeleistung (vorne, III. A) – erfolgt. Der Forderungsübergang findet nach diesem Ansatz jeweils für die periodisch geschuldeten Unterhaltsforderungen in dem Moment und in dem Umfang statt, in dem das Gemeinwesen seine Zahlungen an das Kind (bzw. an den Obhutsinhaber, vgl. Art. 289 Abs. 1 ZGB) geleistet hat. In ebendiesem Sinne sehen auch die – auf den beurteilten Sachverhalt anwendbaren – Gesetze des Kantons Graubünden vor, dass (nur) «im Umfang der ausgerichteten Vorschüsse» ein Übergang des Unterhaltsanspruchs auf die Gemeinde stattfindet.⁵⁴ Daran ändert es nichts, dass rechtsgeschäftlich auch künftige Forderungen abgetreten werden können,⁵⁵ denn hier handelt es sich nicht um eine rechtsgeschäftliche Abtretung, sondern eine Legalzession. Deren rechtspolitische Legitimation besteht allein darin, dass der neue Gläubiger den bisherigen bereits befriedigt hat.⁵⁶ Ist die Befriedigung nicht erfolgt, so fehlt es auch an einem triftigen Grund für die weitreichenden Folgen der Subrogation.

Im hier interessierenden BGE 143 III 177 versucht das Bundesgericht, dieses Problem zu umgehen, indem es nicht nur die einzelne bereits bevorschusste Forderung an das Gemeinwesen übergehen lässt, sondern «auch künftige Unterhaltsforderungen, von denen feststeht, dass sie zu bevorschussen sein werden» (a.a.O., E. 6.3.2). Das Bundesgericht glaubt, sich dafür auf seine eigene Rechtsprechung berufen zu können, wo sich in BGE 137 III 193 E. 3.8

⁵² BK-HEGNAUER, Art. 289 ZGB N 85; HANS ZWAHLEN, Passivlegitimation bei der Herabsetzung von bevorschussten Unterhaltsbeiträgen, in: BE N^o 18/2016, S. 35; DAVID RÜETSCHI, Prozessuale Fragen im Kontext der Schuldneranweisung, in: FamPra.ch 2012, S. 657 ff., 662; vgl. ferner KURT AFFOLTER, Unterhaltsklage des von der Sozialhilfe unterstützten Kindes und gesetzliche Subrogation, in: ZKE 2017, S. 164 ff., 166.

⁵³ RÜETSCHI (Fn. 52), S. 662, unter Hinweis auf FamKomm Scheidung/SCHWENZER (2. Aufl. 2011), Art. 131 ZGB N 10 ff. (für die 3. Aufl. 2017 vgl. entsprechend die Kommentierung von Art. 131a ZGB N 55 ff.).

⁵⁴ Art. 10 der VO über die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen für unterhaltsberechtigter Kinder, BR 215.050; selbstredend ist es nicht Sache des kantonalen Rechts, den Umfang der bundesrechtlich vorgegebenen Legalzession zu umschreiben; das Zitat zeigt aber doch immerhin, welches Verständnis der Normadressat davon hat.

⁵⁵ Darauf verweist das Bundesgericht in BGE 137 III 193 E. 3.8 im Kontext der Schuldneranweisung; exemplarisch aus der Literatur: BUCHER (Fn. 42), S. 543; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 40), Rz. 3438. Tatsächlich können die Legalzession und die rechtsgeschäftliche Abtretung konkurrieren, da gewisse Kantone als Voraussetzung für die Bevorschussung eine Abtretungserklärung verlangen. Auf diese Sondersituation ist nachfolgend nicht weiter einzugehen.

⁵⁶ CHK-REETZ/BURRI, Art. 166 OR N 2.

(im Kontext der Schuldneranweisung) der vorsichtig formulierte Hinweis findet, dass nicht die einzelne Forderung, sondern das Stammrecht auf Unterhalt an das Gemeinwesen übergehe.⁵⁷ In der Tat ist die Lehre vom Übergang des Stammrechts die einzige dogmatische Möglichkeit, die dem Bundesgericht die Rechtfertigung des von ihm angestrebten Resultats erlaubte. Nur: Ein Zeitpunkt, in dem «feststeht», welche «künftigen Unterhaltsforderungen [...] zu bevorschussen sein werden», lässt sich schlechterdings nicht bestimmen. So beantwortet sich die Frage, wie lange und in welchem Umfang bevorschusst wird, primär nach kantonalem Recht. Dieses geht dabei die verschiedensten Wege und sieht beispielsweise die Befristung des Anspruchs auf Bevorschussung vor, den *ex lege*-Untergang des Anspruchs bei Eintritt bestimmter Tatsachen (die keineswegs in der Person des Alimentenschuldners liegen müssen, sondern auch die Vermögenssituation des Kindes betreffen können) oder die jederzeitige Abänderbarkeit bei Veränderung der tatsächlichen oder gesetzlichen Grundlagen der Bevorschussung. Angesichts eines Sachverhalts, wie er BGE 143 III 177 zugrunde liegt, hätte das Gemeinwesen nach kantonalem Recht bereits zu Beginn oder im Verlaufe des Abänderungsprozesses seine Bevorschussung einstellen oder beschränken können (vgl. dazu auch hinten, 2). Weil aber für den Alimentenschuldner klar sein muss, wer Gläubiger der (nächsten periodischen) Forderung ist, bleiben nur zwei Lösungen: Entweder gehen die Forderungen jeweils im Moment der Zahlung auf das Gemeinwesen über oder das Stammrecht auf Unterhalt wird auf das Gemeinwesen übertragen. Ob der Übergang des Stammrechts, die der bundesgerichtlichen Rechtsprechung implizit zugrunde liegt, überzeugt, ist nunmehr zu prüfen.

bb) Kein Übergang des Stammrechts auf das bevorschussende Gemeinwesen

Gegen die (in BGE 137 III 193 angedeutete und in BGer 5A_499/2015 ausdrücklich vertretene) Auffassung, dass die Bevorschussung durch das Gemeinwesen zum Übergang des Stammrechts auf Unterhalt führe, sind Bedenken angebracht. Dass der Unterhaltsanspruch nach dem Wortlaut von Art. 289 Abs. 2 ZGB «mit allen Rechten» übergeht, bedeutet nur (aber immerhin), dass die Nebenrechte (i.S.v. Art. 170 OR), d.h. die akzessorischen,

⁵⁷ Dabei bezieht sich das Bundesgericht insbesondere auf ANDREAS HAFFTER, Der Unterhalt des Kindes als Aufgabe von Privatrecht und öffentlichem Recht, Zürich 1984, S. 213 f. Aus der jüngeren Literatur s. etwa MANI (Fn. 26), S. 279 sowie STEINER MARTINA PATRICIA, Die Anweisung an die Schuldner, Die Voraussetzungen der Massnahmen nach Art. 132 Abs. 1, Art. 177 und Art. 291 ZGB sowie Art. 13 Abs. 3 PartG, Zürich 2015, Rz. 802; nähere dogmatische Erläuterungen zur Problematik des Übergangs des Stammrechts fehlen freilich hier wie dort.

der Sicherung der Forderung dienenden Rechte an das bevorschussende Gemeinwesen übergehen.⁵⁸ Auflösende Gestaltungsrechte hingegen, die nicht mit der Forderung als solcher verknüpft sind, sondern sich gegen das Schuldverhältnis bzw. das Stammrecht als solches wenden, gehen nicht über.⁵⁹ In der zessionsrechtlichen Literatur ist anerkannt, dass zwischen der (rechtsgeschäftlich oder von Gesetzes wegen) zedierten Forderung einerseits und dem der Forderung zugrunde liegenden Schuldverhältnis andererseits zu unterscheiden ist.⁶⁰ Letzteres – und die mit diesem einhergehenden Rechte und Pflichten – bleibt von der Zession der (Einzel-)Forderung somit unberührt.

Mit Bevorschussung der Alimentenforderung subrogiert das Gemeinwesen daher (nur, aber immerhin) in die mit der konkret bevorschussten (Einzel-)Forderung verbundenen Rechte und Nebenrechte: Gegenstand der Subrogation ist einzig der Anspruch auf Geldzahlung,⁶¹ nicht das der Zahlung bzw. Zahlungspflicht zugrunde liegende, auf dem rechtlichen Kindesverhältnis beruhende Schuldverhältnis. Dass dieses nicht auf das Gemeinwesen übergehen kann, ergibt sich bereits aus seiner höchstpersönlicher Natur und ferner daraus, dass die Höhe der Unterhaltsforderung – jedenfalls seit der am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Gesetzesrevision zum Betreuungsunterhalt – in unmittelbarem Zusammenhang mit der Obhut bzw. Betreuung des Kindes steht: Wer dem Gemeinwesen – mit BGE 143 III 177 – die Passivlegitimation für künftig (allenfalls) zu bevorschussende Unterhaltsleistungen zugesteht, müsste es auch zur (persönlichen oder Fremd-)Betreuung sowie zur Unterhaltspflicht des anderen Elternteils Stellung nehmen lassen, denn ohne diese Parameter ist die Unterhaltspflicht eines Elternteils nicht zu klären.⁶² Mindestens der höchstpersönliche (und damit der Abtretung von vornherein unzugängliche) Aspekt der Betreuung kann aber von der Legalzession nicht umfasst sein, bezieht sich diese doch nach der systematischen Stellung der Norm (Art. 289 Abs. 2 ZGB) nur auf die «Erfüllung» (so die Marginalie) des Barunterhalts.

⁵⁸ Vgl. BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 170 N 8 f.

⁵⁹ Vorne, I b); s. ferner das Urteil des KG SG vom 28. Juni 2005, in: FamPra.ch 2005, S. 987 ff., 988.

⁶⁰ Dazu u.a. BUCHER (Fn. 42), S. 571; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 40), Rz. 3461 ff.; BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 170 N 10, Art. 164 OR N 5; KUKO-LARDELLI, Art. 164 OR N 13; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 24 ff.; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1984, S. 356 f.

⁶¹ BK-HEGNAUER, Art. 289 ZGB N 81.

⁶² Denkbar ist etwa, dass der Alimentenschuldner auf Abänderung klagt, weil das Kind mittlerweile nicht mehr unter der Obhut der Mutter steht, sondern bei ihm wohnt, oder weil er behauptet, das Kind sollte nicht mehr vollumfänglich von der obhutsberechtigten Mutter betreut werden, sondern eine (kostengünstigere) Fremdbetreuung in Anspruch nehmen.

Schliesslich ist der vom Bundesgericht in diesem Zusammenhang vertretene Ansatz auch widersprüchlich: Wäre das Gemeinwesen (zufolge des Übergangs des Unterhalts-Stammrechts) tatsächlich für alle *pro futuro* zugesprochenen Beträge passivlegitimiert, so ist nicht verständlich, warum es sich denn ab dem Urteilszeitpunkt den gegen das Kind erstrittenen Entscheid entgegenhalten lassen müsste: Vielmehr wäre alsdann wegen (insoweit) fehlender Passivlegitimation die Abänderungsklage kurzerhand abzuweisen und der Prozess gegen das Gemeinwesen neu anzuheben (wie in BGer 5A_499/2015, dazu vorne, 1).⁶³ Wenn das Bundesgericht in BGE 143 III 177 davor zurückscheute, so zeigt sich, dass es ihm letztlich nur um eine Art «Gutgläubenschutz» für das Gemeinwesen ging. Auch wer diese – mit der retroaktiven Natur der Abänderungsklage allerdings kollidierende – Absicht billigt, muss anerkennen, dass sie *de lege lata* keine Stütze findet. Ihre praktischen Konsequenzen wären überdies unangemessen, wobei insbesondere vier, teilweise zusammenhängende Punkte im Vordergrund stehen:

- Würde als Folge der Bevorschussung tatsächlich das Stammrecht – d.h. der Unterhaltsanspruch an sich – auf das bevorschussende Gemeinwesen übergehen, so ist nicht einzusehen, weshalb das Kind überhaupt noch passivlegitimiert ist (ausser, es werde nicht der gesamte geschuldete Betrag bevorschusst). Dass aber das Kind keine Gestaltungsfreiheit mehr für die Zukunft hat, widerspricht diametral der zivilrechtlichen Ausgangslage.⁶⁴ Auch das Bundesgericht selbst geht in BGE 143 III 177 E. 6.3.3 davon aus, dass das Dauerschuldverhältnis zwischen Vater und Kind nicht identisch sei mit der konkreten periodischen Unterhaltsforderung, und es hält ausdrücklich dafür, dass die Subrogation die «Gestaltungsrechte und prozessualen Befugnisse hinsichtlich des Dauerschuldverhältnisses nicht» tangiere (a.a.O., E. 6.3.3).
- Würde man der Auffassung des Bundesgerichts folgen, dann müsste das Gemeinwesen auch in den durch das Kind gegen den Alimentenschuldner eingeleiteten, auf eine Erhöhung der Alimente gerichteten Abänderungsprozess eingebunden werden. Wie und auf welcher Seite des Prozesses, ist freilich wiederum fraglich, denn die Interessenlage des Gemeinwesens muss jener des Kindes oder des Unterhaltspflichtigen nicht entsprechen.

⁶³ Auch die Rechtsfigur der Prozessstandschaft hilft hier nicht weiter: Eine Prozessstandschaft liegt vor, wenn anstelle oder neben dem Rechtsträger kraft Gesetzes eine andere Person prozessführungsbefugt ist, wie dies etwa bei der Durchsetzung von Unterhaltsforderungen angenommen wird (BGE 129 III 55). Vom Sonderfall von Art. 260 SchKG abgesehen, verändert die Abtretung die Rechtsträgerschaft; kommt es zum Prozess, so macht der Zessionar ein eigenes Recht im eigenen Namen geltend, so dass Aktivlegitimation und Prozessführungsbefugnis kongruent sind.

⁶⁴ Ähnlich MYRIAM GRÜTTER/JEAN-LUC RIOULT, Scheidung in knappen finanziellen Verhältnissen unter Einbezug des Sozialrechts, in: Achte Schweizer Familienrechtstag, Bern 2016, S. 313 ff., 340.

- Der Übergang des Stammrechts würde – jedenfalls bei einer unbefristet, d.h. «bis auf weiteres» zugesprochenen Bevorschussung, dazu führen, dass die Forderungen des Kindes bis zum Eintritt der Volljährigkeit, allenfalls sogar darüber hinaus, an das Gemeinwesen übergangen, was offenkundig wenig sachgerecht ist.⁶⁵ Wie in der Literatur mit Recht vermerkt wird, soll die gesetzliche Subrogation der Sicherung des Unterhaltsanspruchs des Kindes dienen und nicht dazu, dessen Forderung zum Verschwinden zu bringen.⁶⁶ Der Übergang des Stammrechts soll daher – auch wenn das Bundesgericht dies nicht ausspricht – wohl nur bedingt erfolgen.⁶⁷
- Der Übergang des Stammrechts wäre schliesslich auch deshalb nicht sachgerecht, weil die Bevorschussung nach kantonalen (Spiel-)Regeln abgeändert werden kann, in gewissen Kantonen sogar zum vornherein befristet ist und jedenfalls mit einem Wohnsitzwechsel des Alimentengläubigers untergeht. Diese sich möglicherweise während des Verfahrens ändernden Umstände, auf die der Alimentenschuldner keinen Einfluss hat, müssten zu einer erheblichen Unsicherheit mit Bezug auf die Passivlegitimation führen, denn der Wegfall der Bevorschussung hätte die Rückübertragung des Stammrechts an das Kind zur Folge.

Wollte man von einem Übergang des Stammrechts an das Gemeinwesen ausgehen, so würde dies nichts daran ändern, dass sich das Gemeinwesen sämtliche Änderungen mit Bezug auf dieses Stammrecht entgegenhalten lassen müsste, mithin auch eine kraft Abänderungsurteils und rückwirkend auf die Klageeinreichung ergangene Aufhebung der Verpflichtung.⁶⁸ Wie man es auch dreht und wendet, die bundesgerichtliche Konstruktion überzeugt rechtsdogmatisch nicht. Dass der Alimentenschuldner «nach allgemeiner Regel»⁶⁹ sowohl gegen das Kind wie auch gegen das Gemeinwesen vorgehen müsse, ist vor dem Hintergrund dieser Überlegungen eine allzu knappe Begründung.

⁶⁵ RÜETSCHI (Fn. 52), S. 662 f.

⁶⁶ FRANÇOISE BASTONS BULLETTI/LUDOVIC FARINE, Les avances de contributions d'entretien en cas d'impossibilité de recouvrer les dites contributions auprès de leur débiteur, in: ZVW 2008, S. 32 ff., 44 f.

⁶⁷ RÜETSCHI (Fn. 52), S. 663, der offen lässt, ob von einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung ausgegangen werden müsste.

⁶⁸ Das lässt sich, wie bereits im Kontext der Zession der Einzelforderung dargelegt, am Beispiel des Registervaters illustrieren: Wird dessen Vaterschaftsanfechtungsklage rechtskräftig gutgeheissen, so entfällt dessen Vaterschaft rückwirkend auf die Geburt hin und das Gemeinwesen kann von ihm die mit Blick auf seine (damals bestehende) Vaterschaft bevorschussten Unterhaltsbeiträge nicht einfordern. Da es sich auch bei der Klage auf Aufhebung des Kindesunterhalts um eine Gestaltungs- bzw. beim gutheissenden Urteil um ein Gestaltungs- (vorne, II), darf in diesem Zusammenhang nichts anderes gelten.

⁶⁹ BGE 143 III 177 E. 6.3.3.

2. *Legitime Interessen des Gemeinwesens an der Teilnahme am Abänderungsprozess?*

Nicht nur die in BGE 143 III 177 vom Bundesgericht angestellten zessionsrechtlichen Überlegungen wecken Zweifel. Auch die Frage nach dem Interesse des Gemeinwesens, auf diese Weise vor der Rückwirkung der Gestaltungsklage geschützt zu werden, verdient nähere Untersuchung.

Ratio legis von Art. 289 Abs. 2 ZGB ist primär, dass der Alimentenschuldner nicht davon profitieren soll, dass das Gemeinwesen an seiner Stelle den geschuldeten Unterhalt bezahlt hat.⁷⁰ Ohne die bundesrechtlich geregelte Legalzession hätte das vorleistende Gemeinwesen nämlich wegen des zivilrechtlichen Charakters des Kindesunterhaltsanspruchs keinen unmittelbaren Anspruch gegen den Alimentenschuldner, sondern wäre auf die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) verwiesen.⁷¹ Die unmittelbar mit der Unterhaltsforderung als solcher verknüpften (u.a. schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen) Privilegien könnten dabei nicht geltend gemacht werden. Bei Art. 289 Abs. 2 ZGB geht es also nicht darum, dem Gemeinwesen zu erlauben, eine beim unterstützten Unterhaltsberechtigten nicht bestehende Forderung einzufordern und so das Sozialhilfebudget zu entlasten. Nicht umsonst betrifft die Norm, wie eingangs dargelegt, nicht leistungsunfähige, sondern allein leistungsunwillige Alimentenschuldner. Die unterhaltsrechtliche Ausgangslage ist insofern klar: Ein Unterhaltsanspruch besteht nur dann und nur insoweit, als der Schuldner überhaupt leistungsfähig ist – und nur soweit ein Unterhaltsanspruch besteht, rechtfertigt sich eine Bevorschussung.

Nun trifft es zu, dass das Gemeinwesen vom Ausgang des Abänderungsprozesses betroffen ist, wenn sich die ausbezahlten Vorschüsse schliesslich – d.h. nach Rechtskraft des Abänderungsentscheids – als zu hoch herausstellen. Diese (nur mittelbare) Betroffenheit ergibt sich aber allein daraus, dass die Abänderung rückwirkend (auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit) erfolgt. Sie entspricht dem Risiko des abänderungsbeklagten Unterhaltsberechtigten, der während hängigem Abänderungsprozesses weiterhin Leistungen in der angefochtenen Höhe entgegennimmt (und allenfalls auch ausgibt). Ein anderes Interesse des Gemeinwesens als die Deckung dieser vom unterstützten Unterhaltsgläubiger übernommenen Position ist nicht ersichtlich. Dies zeigt sich namentlich daran, dass die Situation nicht spiegelbildlich ist: Erweisen sich die Vorschüsse als zu gering, weil der Unterhaltsbeitrag im Abänderungsprozess nicht herabgesetzt, sondern in Gutheissung einer Widerklage heraufgesetzt wird, so hat das Kind nach den kantonalen Regeln keinen An-

⁷⁰ BGE 138 III 145 E. 3.3.2 m.H. auf die Materialien.

⁷¹ Vgl. BK-HEGNAUER, Art. 289 ZGB N 38; BGE 123 III 161 E. 4.c).

spruch auf «nachträgliche Bevorschussung». Für diese Asymmetrie zugunsten des Gemeinwesens sprechen gute Gründe – nur sprechen die gleichen Gründe gegen die Annahme einer umfassenden Legalzession.

Wie bereits erwähnt, geht es dem Bundesgericht letztlich nicht um den Übergang des Stammrechts, sondern allein um eine Frage des «Wissens»: Das Gemeinwesen soll – im Unterschied zum unterhaltsberechtigten Kind – in seinem Vertrauen auf den Bestand der bevorschussten Unterhaltspflicht im ursprünglich festgelegten Umfang geschützt werden. Ein solcher Vertrauensschutz auf Kosten des zahlungsunfähigen (und nicht bloss zahlungsunwilligen) Alimentengläubigers ist nicht erforderlich, da es den Kantonen freisteht, bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ohne weiteres die Bevorschussung einzustellen und das Kind an die Sozialhilfe zu verweisen.⁷² Daher gibt es keinen Grund, die Kantone mittels der fragwürdigen Legalzession eines künftigen, angesichts der wirtschaftlichen Situation des Pflichtigen ungerechtfertigten Unterhaltsbeitrages zur Ergreifung oder auch nur zur Teilnahme an einer Abänderungsklage zu berechtigen.⁷³ Dabei liegt auf der Hand, dass das Gemeinwesen die Bevorschussung nur dann rechtzeitig herabsetzen oder einstellen kann, wenn es über die wirtschaftliche Lage des Unterhaltspflichtigen und namentlich über Abänderungsklagen unterrichtet ist. In der Literatur wird denn auch mit Recht gefordert, dass das bevorschussende Gemeinwesen die Anspruchsvoraussetzungen und damit insbesondere die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen laufend zu überprüfen habe.⁷⁴ Eine solche Pflicht des Gemeinwesens ist in verschiedenen kantonalen Gesetzen ausdrücklich verankert. Überdies kann die kantonale Gesetzgebung auch den Alimentengläubiger verpflichten, entsprechende Auskunft zu erteilen bzw. Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Eine entsprechende umfassende Informations- und Dokumentationsobliegenheit, verbunden mit der Pflicht, Änderungen zu melden, kennen ebenfalls zahlreiche kantonale Erlasse, darunter auch – dies sei mit Blick auf den BGE 143 III 177 zugrunde liegenden Sachverhalt hervorgehoben – das bündnerische Recht. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass in diesem Fall das kantonale Recht eine Pflicht zur «unverzöglichen» Meldung jeglicher Veränderungen zu Einkommen und Vermögen des Kindes und seiner Eltern und Stiefeltern (!) ausdrücklich statuiert,⁷⁵ erscheint es ungerechtfertigt, das Kind bzw. das Gemeinwesen auf Kosten des offenkundig schon längere Zeit leistungsunfähigen, invaliden und sozialhilfeab-

⁷² Einige Kantone statuieren eine unmittelbare Einstellung der Bevorschussung bei Uneinbringlichkeit der Alimente, vgl. VOLLENWEIDER (Fn. 18), S. 8.

⁷³ A.M. etwa BK-HEGNAUER, Art. 286 ZGB N 60 und Art. 289 ZGB N 95.

⁷⁴ CYRIL HEGNAUER, Soll der Ausdruck «elterliche Gewalt» ersetzt werden?, in: ZVW 1993, S. 63 ff., 88 ff., 93 f.

⁷⁵ Art. 9 der VO über die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen für unterhaltsberechtigende Kinder, BR 215.050.

hängigen Alimentenschuldners zu schützen, erst recht nicht, wenn weder das Kindesunterhaltsrecht noch die Grundsätze des Zessions- und Prozessrechts dazu Anlass geben. Hinzugefügt sei, dass es auch ohne weiteres zulässig wäre, wenn die Kantone einen Vorschuss, der (zufolge Missachtung einer entsprechenden Meldeobliegenheit) während des Verfahrens ausbezahlt wurde, als unrechtmässig bezogen zurückverlangen würden. Auch dafür dürfte im Kanton Graubünden bereits eine hinreichend konkrete Norm bestehen.⁷⁶

Zusammengefasst: Anstatt dem bevorschussenden Gemeinwesen eine Parteistellung «neben» dem Unterhaltsgläubiger zu gewähren, ist dieses auf eine im kantonalen Recht zu verankernde Kontrollpflicht sowie auf eine komplementäre Informationspflicht des Unterhaltsgläubigers zu verweisen.⁷⁷ In BGE 143 III 177 hat das Bundesgericht nicht das Kind geschützt, sondern ein Problem des Gemeinwesens gelöst, das dieses angesichts ausreichender kantonalen Rechtsgrundlagen selbst verschuldet hat.

Klarzustellen ist schliesslich Folgendes: Die hier ausgeführten Argumente stellen nicht in Frage, dass dem Gemeinwesen ein Klagerecht zusteht, solange überhaupt noch kein Unterhaltstitel existiert, das Gemeinwesen den Kindesunterhalt aber dennoch finanziert. Diese Klagelegitimation lässt sich mit den in der Vergangenheit bezahlten Unterhaltsbeiträgen begründen, in die das Gemeinwesen – soweit der Alimentenschuldner leistungsfähig ist – gestützt auf die Legalzession subrogiert. Das Gemeinwesen kann allerdings auch im Rahmen einer solchen Unterhaltsklage nicht verbindlich und zu Lasten des Kindes einen Unterhalt in bestimmter Höhe vereinbaren. Wurden etwa bei unbekanntem Vater nur CHF 500 bevorschusst, doch wäre aufgrund der Vermögensverhältnisse des später ermittelten Vaters das Doppelte geschuldet, so muss das Kind die Differenz nachfordern können. Auch hier fragt sich, ob die Klage des bevorschussenden Gemeinwesens zweckmässig ist und den Interessen der Beteiligten entspricht. Eine durch die Mutter oder einen Beistand des Kindes geführte Unterhaltsklage, mit der von Beginn weg der gebührende Unterhalt (unter Einschluss des Betreuungsunterhalts) geklärt und verbindlich festgesetzt wird, dürfte der Interessenlage aller Beteiligten besser entsprechen. Wie auch immer man diese Frage beantwortet: Aus dem Klagerecht des Gemeinwesens lässt sich ohne dogmatische Hürdensprünge kein Recht auf Teilnahme an einer Abänderungsklage ableiten.⁷⁸

⁷⁶ Art. 11 Abs. 2 der VO über die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen für unterhaltsberechtigte Kinder.

⁷⁷ Ähnlich ZWAHLEN (Fn. 52), S. 36.

⁷⁸ Vgl. auch Urteil des KG SG vom 28. Juni 2005, in: FamPra.ch 2005, S. 987 ff., 988.

3. *Materiell- und prozessrechtliches Chaos: Die am Abänderungsprozess nebeneinander, konkurrierend, teilnehmend und geteilt Beteiligten*

a) **Ausgangslage**

Bei der Lektüre von BGE 143 III 177 stellt sich nicht nur die Frage, ob die vom Bundesgericht skizzierte Rechtsträgerschaft vor dem Hintergrund des Kindesunterhalts- und des Zessionsrechts zu überzeugen vermag. Vielmehr muss man sich auch fragen, wie der vom Bundesgericht unter materiellrechtlichen Gesichtspunkten entwickelten Lösung denn prozessual Rechnung zu tragen wäre. Ausgangspunkt bildet dabei der Begriff der Sachlegitimation: Sachlegitimiert ist, wen das materielle Recht als aus dem strittigen Recht berechtigt bzw. verpflichtet bezeichnet.⁷⁹ Fehlt es an der Sachlegitimation, so ist Klageabweisung die Folge,⁸⁰ denn entweder ist die Klägerin nicht berechtigt oder der Beklagte nicht verpflichtet. Um die Frage, wie es damit nach erfolgter Legalzession bestellt ist, vollführt das Bundesgericht in BGE 143 III 177 einen eigentlichen Eiertanz: So heisst es, dass Kind und Gemeinwesen bei einer teilweisen oder vollständigen Subrogation «nebeneinander» passivlegitimiert seien (E. 6.3.3) bzw. über eine «geteilte Passivlegitimation» (E. 6.3.4) bzw. gar eine «konkurrierende Passivlegitimation» (E. 6.3.5) verfügten oder, nochmals anders formuliert, dass «das bevorschussende Gemeinwesen [...] an der Passivlegitimation des Kindes teilhaben» (E. 6.3.6) müsse.⁸¹ Was dies wohl bedeuten mag? Zunächst hält BGE 143 III 177 fest, was damit *nicht* gemeint ist: Nicht gemeint ist (entgegen BGer 5A_499/2015), dass bei vollständiger Bevorschussung die Passivlegitimation vom Kind auf das Gemeinwesen überginge. Vielmehr betont das Bundesgericht, dass das Kind auf jeden Fall passivlegitimiert bleibe und «seine Gestaltungsrechte und prozessualen Befugnisse hinsichtlich des Dauerschuldverhältnisses nicht» tangiert würden.⁸² So sehr man dieser Erkenntnis beipflichten möchte, so sehr fragt man sich, was dies nun prozessual bedeutet.

⁷⁹ WALTHER J. HABSCHIED, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, Rz. 270.

⁸⁰ BGer 4A_1/2014 vom 26. März 2014 E. 3.2.

⁸¹ Im bereits erwähnten (s. vorne, 1) früheren Entscheid BGer 5A_634/2013 ist ferner von einer Koordination des Prozessfortgangs die Rede, während in BGer 5A_499/2015 ausschliesslich (und damit auch für die Zukunft) das Gemeinwesen als passivlegitimiert erachtet wurde, was zur Abweisung der gegen das Kind gerichteten Abänderungsklage führte (BGer 5A_634/2013 E. 4.1).

⁸² BGE 143 III 177 E. 6.3.3.

a) Notwendige Streitgenossenschaft

Die Unsicherheit über die positiven prozessualen Konsequenzen der bundesgerichtlichen Rechtsauffassung ergibt sich zunächst weniger daraus, was das Bundesgericht sagt, als daraus, was es nicht sagt. Muss das Kind auf jeden Fall, also auch bei vollständiger Bevorschussung, passivlegitimiert bleiben⁸³ und hat das Gemeinwesen an seiner Passivlegitimation teil, so läge es nahe, eine notwendige Streitgenossenschaft anzunehmen. Allein, das Bundesgericht nimmt diesen Begriff nicht in den Mund. Eine notwendige Streitgenossenschaft liegt nach Art. 70 Abs. 1 ZPO vor, wenn «mehrere Personen an einem Rechtsverhältnis beteiligt [sind], über das nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann». Die Notwendigkeit gemeinsamen Vorgehens ergibt sich dabei nicht aus dem Prozessrecht, sondern ist der prozessrechtliche Reflex eines materiell-rechtlich begründeten Zusammenhangs.⁸⁴ Einer Partei, die klagt oder beklagt wird, ohne dass ihre notwendigen Streitgenossen am Prozess beteiligt wären, fehlt es an der Sachlegitimation; die Folge ist die (Sach-) Abweisung. Bei Gestaltungsclagen (wie der Abänderungsklage) liegt eine notwendige Streitgenossenschaft immer dann vor, wenn diese auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses zielen, an dem mehrere Personen beteiligt sind, was bei «geteilter Passivlegitimation» (E. 6.3.4) wohl der Fall wäre.⁸⁵ Warum also keine notwendige Streitgenossenschaft? Die Antwort dürfte sich aus den Folgen der notwendigen Streitgenossenschaft ergeben: Notwendige Streitgenossen werden im Verfahren wie *eine* Partei behandelt,⁸⁶ was ein gemeinsames, übereinstimmendes Handeln im Prozess erfordert. Rechtsbegehren, Tatsachenbehauptungen, Klageanerkennung usw. sind bei der notwendigen Streitgenossenschaft grundsätzlich nur von Bedeutung, wenn sie von den Streitgenossen gemeinsam vorgenommen werden.⁸⁷ Dem Kind würden somit «seine Gestaltungsrechte und prozessualen Befugnisse hinsichtlich des Dauerschuldverhältnisses» nur noch soweit zur Verfügung stehen, als es diese in Übereinstimmung mit dem Gemeinwesen ausübt. Überdies müsste – denn dies ist der Zweck der notwendigen Streitgenossenschaft – für die Streitgenossen ein einheitlicher

⁸³ BGE 143 III 177 E. 6.3.3.

⁸⁴ BGE 118 II 168 E. 2.b; 109 II 140 E. 3; CPC-JEANDIN, Art. 70 ZPO N 3.

⁸⁵ BGE 140 III 598 E. 3.2.

⁸⁶ STEPHEN V. BERTI, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, Rz. 73.

⁸⁷ BGE 142 III 782 E. 3.1.2; BGer 4A_361/2010. Anstatt vieler: BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 29. Zwar wäre es grundsätzlich zulässig, dass ein Streitgenosse gegenüber dem Gericht erklärt, das Urteil vorbehaltlos gegen sich gelten zu lassen, sodass der andere den Prozess alleine führen kann. Dies ist freilich nur im Bereich der Dispositionsmaxime erlaubt (THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017, Rz. 220), der Kindesunterhalt folgt aber der Offizialmaxime, Art. 296 Abs. 3 ZPO.

Entscheid ergehen. Unterschiedliche Rechtsfolgen für Kind und Gemeinwesen, wie sie BGE 143 III 177 mit Blick auf den Zeitpunkt des Entfallens der Unterhaltspflicht erkannte, wären somit ausgeschlossen. Schliesslich: Wäre das Gemeinwesen in das Stammrecht auf Unterhalt eingetreten, so müsste (wie in BGer 5A_499/2015) zwingend eine Sachabweisung erfolgen, wenn nur ein notwendiger Streitgenosse (etwa: nur das Kind) eingeklagt würde. In BGE 143 III 177 zieht das Bundesgericht keine prozessrechtlichen Konsequenzen aus seinem materiell-rechtlichen Lösungsansatz, denn es ging ihm offensichtlich weder um das übereinstimmende Ergebnis, das die notwendige Streitgenossenschaft bezweckt, noch um das übereinstimmende Verhalten, das sie zur Folge hat. Da die notwendige Streitgenossenschaft aber nicht in das Ermessen des Gerichts gestellt ist, schürt das unerklärte Ausbleiben der Folgerung Zweifel an der Richtigkeit der Prämisse.

b) Einfache Streitgenossenschaft

Unter umgekehrten Vorzeichen präsentiert sich die Lage mit Blick auf die einfache Streitgenossenschaft. Einfache Streitgenossen sind voneinander unabhängig; Art. 71 ZPO ändert nichts daran, dass eine Mehrheit von Streitgegenständen und Parteien besteht, die in verschiedenen Urteilen unterschiedlich beurteilt werden können.⁸⁸ Unterschiedliche Entscheide (etwa mit Bezug auf den Zeitpunkt der Abänderung) gegenüber Kind und Gemeinwesen wären somit ohne weiteres möglich. Auch würde eine – latente oder manifeste – Interessenkollision zwischen Gemeinwesen und Kind einer einfachen Streitgenossenschaft nicht entgegenstehen. Probleme ergeben sich an anderer Stelle: Eine einfache Streitgenossenschaft beruht auf Freiwilligkeit. Eine Obliegenheit des Abänderungsklägers, das Gemeinwesen und Kind «zugleich» einzuklagen, scheidet damit ebenso aus wie die Abweisung einer einzig gegen das Kind gerichteten Abänderungsklage zufolge fehlender Passivlegitimation bei vollständiger Bevorschussung.⁸⁹ Auch von der «Teilhabe» eines Streitgenossen an der Passivlegitimation des anderen kann unter diesen Umständen schwerlich die Rede sein. Im Übrigen wäre eine einfache Streitgenossenschaft nicht einmal dann ohne weiteres möglich, wenn das Gemeinwesen den Vater nur bezüglich bevorschusser, das Kind nur bezüglich nicht bevorschusser Unterhaltsleistungen ins Recht fassen würde. Alsdann erscheint zumindest fraglich, ob für das Gemeinwesen die besonderen Verfahrensbestimmungen über die Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 295–296 ZPO) gelten müssten: Weshalb das Gemeinwesen in den Genuss von dem Kind zugeordneten, rein prozessrechtlichen Erleichterungen wie

⁸⁸ BGE 140 III 520.

⁸⁹ BGer 5A_499/2015 E. 2.3.

dem Offizial- und dem Untersuchungsgrundsatz gelangen sollte, will nicht einleuchten. Diese rein prozessualen Aspekte des Kindesunterhalts müssen keineswegs zwingend als «Rechte» i.S.v. Art. 289 Abs. 2 ZGB verstanden werden. Eine einfache Streitgenossenschaft ist jedoch ausgeschlossen, wenn für die einzelnen Klagen (gegen das Kind einerseits, das Gemeinwesen andererseits) nicht die gleiche Verfahrensart anwendbar ist (Art. 71 Abs. 2 ZGB). Weil eine Vermischung der Verfahrensarten unzulässig ist, müsste das Gericht von Amtes wegen die Klagen trennen.⁹⁰ Wenn das Bundesgericht getrennte Verfahren gegen Kind und Gemeinwesen aber gerade vermeiden will, so kann es nicht an die einfache Streitgenossenschaft gedacht haben.

c) Nebenintervention

Sowohl das Bundesgericht als auch die Vorinstanz in BGE 143 III 177 erwogen, dass für eine Beiladung des bevorschussenden Gemeinwesens die prozessrechtliche Grundlage fehle.⁹¹ Dem ist zuzustimmen.⁹² Das einer «Beiladung» wohl am nächsten kommende zivilprozessrechtliche Institut, die Nebenintervention i.S.v. Art. 74 ZPO, kann das vom Bundesgericht Erhoffte – die Durchsetzung der im Wege der Legalzession erlangten Ansprüche gegen den Unterhaltsschuldner – nicht leisten.⁹³ Die Nebenintervenientin darf neben jene Hauptpartei treten, an deren Obsiegen sie ein rechtliches Interesse hat. Das eigene rechtliche Interesse der Nebenintervenientin aber bestimmt sich mit Blick auf eine mögliche spätere Auseinandersetzung zwischen ihr und der von ihr unterstützten Partei. Die Nebenintervenientin greift also kraft mittelbarer Betroffenheit in eine Auseinandersetzung ein, in der sie selbst gerade nicht sachlegitimiert ist. Daraus folgt denn auch die Beschränkung ihrer prozessualen Befugnisse gemäss Art. 76 ZPO: Die Nebenintervenientin darf nicht über den Streitgegenstand verfügen und sich nicht in Widerspruch zur Hauptpartei setzen,⁹⁴ deren Entscheidungsfreiheit so erhalten bleibt. Übersteuert die Hauptpartei Handlungen der Nebenintervenientin, so ist diese in künftigen Auseinandersetzungen mit der Hauptpartei durch die Einrede des schlecht geführten Prozesses geschützt. Damit zeigt sich: Die vom Bundesge-

⁹⁰ SUTTER-SOMM (Fn. 87), Rz. 215.

⁹¹ BGE 143 III 177 E. 6.1 S. 179 und E. 6.3.5 S. 182.

⁹² BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 25; ausdrücklich gegen eine Beiladung spricht sich auch der Entscheid BGer 5A_634/2013 E. 4.2 aus.

⁹³ So etwa ZWAHLEN (Fn. 52), S. 36; vgl. auch HEINZ HAUSHEER/ANNETTE SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl. 2010, N 11.13, die jedoch auch die Möglichkeit eines gewillkürten Parteiwechsels ansprechen. In diese Richtung wohl auch FRANÇOIS BOHNET/ALLEGRA SCHÄR, Note zu BGer 5A_399/2016/5A_400/2016 vom 6. März 2017 [nachmals BGE 143 III 177], SZZZP 2017, S. 231 f.

⁹⁴ BERTI (Fn. 86), Rz. 83.

richt geschaffene Figur einer geteilten Sachlegitimation wird von der Nebenintervention nicht abgebildet, zumal sie keine «geteilte Sachlegitimation» voraussetzt, sondern umgekehrt dazu dient, die Nachteile fehlender Sachlegitimation auszugleichen. Entsprechend erübrigt sich die Frage, auf wessen Seite denn das Gemeinwesen in einen Abänderungsprozess intervenieren sollte. Dies wäre nicht leicht zu beantworten: Das rechtliche Interesse des Gemeinwesens könnte nur darin bestehen, die rückwirkende Herabsetzung bereits bevorschusster Unterhaltszahlungen abzuwenden, um sich das Rückgriffsrecht gegen den Unterhaltspflichtigen zu erhalten. Dies aber wäre durch das tatsächliche Interesse des Gemeinwesens und das von diesem zu wahrende öffentliche Interesse nicht notwendigerweise gedeckt: Dem Gemeinwesen kann schwerlich daran liegen, den Unterhaltsschuldner in einer überfordernenden Zahlungspflicht festzuhalten und so die Notwendigkeit künftiger Vorschusszahlungen (ohne realistische Aussicht auf Erstattung) zu begründen.

d) Streitverkündung

Ähnliche Fragen wie bei der Nebenintervention stellen sich mit Blick auf das strukturell verwandte Institut der Streitverkündung. Eine Streitverkündung des beklagten Kindes an das Gemeinwesen käme in Betracht, weil die erfolgreiche Abänderungsklage zu einer Rückforderung der während des Prozesses ausgerichteten Bevorschussung führen kann. Auch ist die Streitverkündung einer Partei an eine andere zulässig, wenn es sich dabei nicht um die Prozessgegnerin, sondern um eine einfache Streitgenossin handelt.⁹⁵ Alsdann handelt es sich aber um zwei unabhängig zu führende (Art. 71 Abs. 3 ZPO), nur aus Gründen der Zweckmässigkeit vorläufig (Art. 125 lit. b ZPO) in einem Verfahren zusammengefasste Prozesse. Die für die einfache Streitgenossenschaft geschilderten Probleme stellten sich damit auch hier. Wie die Nebenintervention setzte somit auch die Streitverkündung voraus, dass man – wie dies hier vertreten wird – das Gemeinwesen als im Abänderungsprozess nicht bzw. nicht aufgrund des gleichen Rechtsverhältnisses als passivlegitimiert betrachtet. Mit BGE 143 III 177 wäre sie daher ebenso unvereinbar wie mit den anderen, in der gleichen Reihe stehenden Entscheiden 5A_499/2015 und 5A_634/2013.

⁹⁵ KUKO-DOMEJ, Art. 78 ZPO N 5; LORENZ DROESE, Streitverkündung, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), HAVE Haftpflichtprozess 2018, Zürich 2018, S. 115 f.

e) Einseitige Modifikation der Sachlegitimation zufolge Bevorschussung?

Zu bedenken ist schliesslich, dass die vom Bundesgericht vertretene Auffassung zu einer Änderung der Sachlegitimation während Rechtshängigkeit der Abänderungsklage führen könnte. Wurden keine vorsorglichen Massnahmen angeordnet und zieht sich das Abänderungsverfahren in die Länge,⁹⁶ so könnte es dazu kommen, dass der Unterhaltsschuldner während des Verfahrens erstmals seine Zahlungen einstellt und das Kind – gestützt auf den zwar angefochtenen, doch nach wie vor gültigen Unterhaltstitel – eine Bevorschussung in Anspruch nimmt. Da die ZPO aber weder den nachträglichen Prozessbeitritt noch die Beiladung kennt, würde wegen der nachträglich einsetzenden, doch umfassenden Bevorschussung das Stammrecht *während des Prozesses* auf das Gemeinwesen übergehen. Entsprechend hätte es das Gemeinwesen in der Hand, mit dem Bevorschussungsentscheid nachträglich die Sachlegitimation zu beeinflussen und damit die Abweisung der Abänderungsklage zu bewirken. Dass dies weder sachgerecht ist noch den gesetzgeberischen Intentionen entspricht, liegt auf der Hand.

f) Rückkopplung der Gestaltungswirkung auf die Aktivlegitimation?

Die Gutheissung der Gestaltungsklage führt zum Gestaltungsentscheid. Mit der formellen Rechtskraft dieses Entscheids tritt auch die Gestaltungswirkung ein, womit die Sachrechtslage die vom Gericht angeordnete Änderung erfährt.⁹⁷ Diese Änderung beschränkt sich nicht, wie die materielle Rechtskraft, auf die Parteien, sondern gilt grundsätzlich *erga omnes*. Von diesem Grundsatz gibt es allerdings Ausnahmen; so bewirkt die Gutheissung einer erbrechtlichen Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage eine Rechtsänderung nur *inter partes*.⁹⁸ Entsprechend stellt sich die Frage, ob mit BGE 143 III 177 eine solche Ausnahme nun auch für die Abänderungsklage gilt. Dies ist zu verneinen. Die Reduktion der Gestaltungswirkung auf das Verhältnis *inter partes* wird bei der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage damit gerechtfertigt, dass es «im Belieben der Beteiligten steht, ob und allenfalls wieweit sie eine letztwillige Verfügung gelten lassen wollen.»⁹⁹ Eine solche Dispositionsfreiheit besteht bei der Klage auf Herabsetzung des Unterhalts nicht. Auch scheint es, dass das Bundesgericht umgekehrt aus der *erga omnes*-Wirkung des Gestaltungs-

⁹⁶ In BGE 143 III 177 lagen zwischen dem Schlichtungsgesuch vom 27. August 2013 und dem zweitinstanzlichen Urteil vom 19. April 2016 mehr als zweieinhalb Jahre.

⁹⁷ BERTI (Fn. 86), Rz. 497.

⁹⁸ BGer 5A_727/2009 E. 4.3; BGE 81 II 33 E. 3 S. 36.

⁹⁹ BGE 81 II 33 E. 3 S. 36.

entscheidungs auf die Legitimation in der Sache schliessen möchte. Hier handelt es sich um eine doppelte Verwechslung. Zunächst: Dass eine Rechtsgestaltung Folgen für Dritte hat, macht diese nicht zu Parteien des Gestaltungsprozesses. Vielmehr liegt die Lösung jeweils auf der Ebene der rechtzeitigen Information des Dritten über die erfolgte Rechtsgestaltung. So hat etwa der Mieter die Nebenpflicht, den Vermieter über Zivilstandsänderungen zu unterrichten, von denen dieser nach Art. 266m, Art. 266n und Art. 273a OR potentiell betroffen ist.¹⁰⁰ Sodann: Das Problem, dem das Bundesgericht mit seinen Überlegungen zur Sachlegitimation Herr werden möchte, ergibt sich nicht aus der Gestaltungs-, sondern aus der Rückwirkung des Abänderungsentscheids. Würde das Gestaltungsurteil nicht auf die Klageeinreichung zurückwirken, sondern erst *ex nunc* Geltung beanspruchen, so wäre die vom Bundesgericht angestrebte Rechtslage ohne weiteres gegeben. Auch daran zeigt sich, dass das Bundesgericht die Lösung am falschen Ort sucht.

g) Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich, dass die ZPO für den vom Bundesgericht dem Gemeinwesen zgedachten Part keine prozessuale Rolle bereitstellt. Die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung führt so zu einem «merkwürdigen Dreiparteienverfahren»¹⁰¹, wobei die Merkwürdigkeit noch zunimmt, wenn neben dem Unterhalt weitere Punkte (z.B. Obhut und Betreuungsanteile) strittig sind. Diese Fragen können den Kindesunterhalt zwar unmittelbar beeinflussen, doch dürfte in diesen Zusammenhängen selbst in den Augen des Bundesgerichts eine doppelte Sachlegitimation ausser Betracht fallen. Der vom Bundesgericht harmlos als «überschiessend» bezeichneten,¹⁰² in Wahrheit aber systemwidrigen prozessualen Befugnisse des Gemeinwesens bedürfte es nicht, wenn man sich materiell-rechtlich auf die hier vertretene Auffassung besinnt, wonach die Legalzession selber keine überschüssende Wirkung zuungunsten des Alimentenschuldners zeitigen kann und nur gegebene, nicht aber inexistenten Unterhaltsforderungen an das Gemeinwesen übergehen können (vorne, 1).

¹⁰⁰ BSK OR I-WEBER, Art. 266m/266n N 2 i.f.; ZK-HIGI, Art. 266m OR N 26 f.

¹⁰¹ ZWAHLEN (Fn. 52), S. 36.

¹⁰² BGE 143 III 177 E. 6.3.3.

4. *Sprechen praktische Gründe für die bundesgerichtliche Rechtsprechung?*

Der Entscheid BGE 137 III 193, in dem sich die (magere) rechtliche Begründung für die Theorie findet, wonach nicht nur die einzelne Forderung, sondern auch das Stammrecht auf das bevorschussende Gemeinwesen übergeht, folgt einem pragmatischen Ansatz und fördert so die Effizienz der Durchsetzung von Forderungen gegenüber dem säumigen Alimentenschuldner (vgl. a.a.O., E. 3.8). Auch in der Literatur wird der Übergang des Stammrechts auf Unterhalt auf das Gemeinwesen – soweit nicht bloss ein Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung erfolgt – mit Praktikabilitätsgründen gerechtfertigt, wobei wiederum ein Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung an die Stelle der Begründung tritt.¹⁰³ Dem Gedanken der Praktikabilität wird man für die Schuldneranweisung grundsätzlich wohl zustimmen können, obwohl die Frage offen bleibt, ob es nicht in vielen Fällen einfacher wäre, wenn der Unterhaltsgläubiger die Anweisung gleich selber verlangen würde. Denn wenn – was häufig zutrifft – nur ein Teil des Unterhaltsanspruchs bevorschusst wird, muss das Kind ohnehin selbst den Restbetrag beim Alimentenschuldner (bzw. bei dessen Schuldnerin) eintreiben, was die Dinge unnötig verkompliziert.

Im hier interessierenden Kontext der Abänderungsklage ist dagegen nicht ansatzweise ersichtlich, welchem praktischen Bedürfnis die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Legalzession dienen soll. In der Praxis ist jedenfalls offenbar regelmässig nicht bekannt, dass die Sachlegitimation zufolge Legalzession geändert hat.¹⁰⁴ Zudem sind die bevorschussenden Behörden oftmals gar nicht in der Lage, entsprechende Prozesse zu führen.¹⁰⁵ Das Praktikabilitätsargument (mit dem ohnehin nicht leichtfertig jegliche rechtsdogmatischen Überlegungen übersprungen werden dürfen) überzeugt aber auch deshalb nicht, weil «unterhaltsrechtliche Verfahren regelmässig auch von familiären Konflikten geprägt sind, an denen das Gemeinwesen zu beteiligen kein Anlass besteht».¹⁰⁶ Dass die mit der Bevorschussung beauftragten Behörden ihrerseits nicht unbedingt glücklich sind mit der ihnen aufgenötigten Parteilstellung, zeigen verschiedene Stellungnahmen.¹⁰⁷

¹⁰³ Vgl. etwa SUMMERMATTER (Fn. 6), S. 41.

¹⁰⁴ MANI (Fn. 26), S. 281 f.

¹⁰⁵ MANI (Fn. 26), S. 287 f.

¹⁰⁶ KG SG, Urteil vom 24. Mai 2017, FO.2015.18/1 E. 2.d).

¹⁰⁷ Exemplarisch MANI (Fn. 26), S. 278.

5. *Befriedigt (wenigstens) das Ergebnis?*

Schliesslich vermag auch das konkrete Ergebnis von BGE 143 III 177 kaum zu überzeugen. Das Urteil führt dazu, dass der Alimentenschuldner während rund zweieinhalb Jahren mehr Unterhalt zahlen muss, als es seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entspricht. Das ist umso stossender, als keineswegs gewiss ist, dass er (bzw. sein Rechtsvertreter) von der Legalzession (bzw. von der diese bewirkenden Bevorschussung) überhaupt sichere Kenntnis hatte. Nach dem anwendbaren Recht des Kantons Graubünden ist nämlich die Anhörung des Alimentenschuldners für Bevorschussungsentscheide nicht erforderlich. Da der Betroffene selber Sozialhilfebezüger und damit offensichtlich mittellos war, wäre es naheliegend und auch verständlich, wenn der Versuch unterblieben wäre, die bevorschussten Beträge vom Alimentenschuldner zurückzuerlangen. Auch dies könnte dazu führen, dass er von der Bevorschussungsverfügung – die ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen Alimentengläubiger und Gemeinwesen betrifft – keine Kenntnis hatte. Doch selbst wenn – was in den meisten Fällen zutreffen dürfte – der Unterhaltsschuldner über die Bevorschussung im Bilde ist, ändert dies nichts daran, dass die Konstruktion des Bundesgerichts nicht sicherzustellen vermag, dass der Alimentenschuldner über alle nötigen Informationen (Höhe der Bevorschussung, Befristung usw.) verfügt, deren er zur richtigen Einleitung des Abänderungsprozesses in der vom Bundesgericht erwarteten Weise bedarf. Dass im Zweifelsfall immer sowohl gegen das Kind als auch gegen das Gemeinwesen geklagt werden muss (wobei, wie dargelegt, dessen prozessuale Stellung unklar bleibt), ist schon aus Kostengründen unzumutbar. Das Kind selber hat davon keinerlei Vorteil, weil es ohne Bevorschussung Anspruch auf (nicht rückerstattungspflichtige) Sozialhilfeleistungen gehabt hätte, die kaum geringer ausgefallen wären. Dass das durch das Urteil allein privilegierte Gemeinwesen seine Interessen anders hätte schützen können und müssen, wurde bereits dargelegt (vgl. dazu insb. vorne, 2).

6. *Das Beste zum Schluss: Rechtsmissbrauchsverbot als Grundlage für eine Aktivlegitimation des Gemeinwesens?*

In der Lehre wurde früh erkannt, dass die Alimentenbevorschussung zahlungsunwillige oder -unfähige Schuldner dazu verleiten kann, Unterhaltspflichten einzugehen, die sie nicht erfüllen (können). So hat etwa bereits HEGNAUER bemerkt, die Alimentenbevorschussung werde zweckwidrig benutzt, wenn behördlich genehmigte Unterhaltsverträge dazu genutzt würden, dem Gemeinwesen den Unterhalt des Kindes eines zahlungsunfähigen oder

-unwilligen Alimentenschuldners zu überbinden.¹⁰⁸ Solche Fälle lassen sich nicht völlig vermeiden, auch wenn das Gericht aufgrund der im Kindesrecht geltenden *Offizialmaxime* von vornherein keine offensichtlich überhöhten Unterhaltsbeiträge festsetzen sollte. Was in dieser Lage zu tun ist, ist nicht Thema des vorliegenden Beitrags. Ein Aspekt dieser Frage gehört aber in diesen Zusammenhang: Wenn das Bundesgericht *obiter* erklärt, das Gemeinwesen sei zur selbständigen Klage auf Abänderung bzw. Aufhebung befugt, «wenn der Unterhaltspflichtige trotz offensichtlich veränderter Verhältnisse in rechtsmissbräuchlicher Absicht nichts unternimmt» (E. 6.3.5), so kann ihm aus grundsätzlichen Überlegungen nicht gefolgt werden. Zunächst bleibt unklar, welches Recht der Unterhaltspflichtige missbraucht haben soll. In Frage steht kein (allenfalls zweckwidriger) Rechtsgebrauch, sondern vielmehr das Gegenteil: Untätigkeit. Das Bundesgericht erkennt den Rechtsmissbrauch nämlich darin, dass der Unterhaltspflichtige von seinem Recht, eine Abänderung zu verlangen, keinen Gebrauch macht, wissend, dass das Gemeinwesen Vorschüsse leisten wird, die er, da zahlungsunfähig, ohnehin nicht würde zurückerstatten können. Was das Bundesgericht hier andeutet, ist also nichts anderes als eine Pflicht des zahlungsunfähigen Schuldners zur Klageerhebung im öffentlichen Interesse. Einem derartigen *Novum* wünschte man eine stabilere und vor allem spezifischere Grundlage als Art. 2 Abs. 2 ZGB. Dies umso mehr, als es näher läge, den Rechtsmissbrauch darin zu sehen, dass der *Unterhaltsberechtigte* «trotz offensichtlich veränderter Verhältnisse» weiterhin auf der Zahlungspflicht des Pflichtigen besteht, da ihm dessen wirtschaftliche Lage angesichts der Bevorschussung durch das Gemeinwesen gleichgültig ist. Die Rechtsfolge des Rechtsmissbrauchs wäre alsdann die Verweigerung der Durchsetzung des rechtsmissbräuchlich geltend gemachten Anspruchs (hier: die Verweigerung der Bevorschussung), nicht aber die Schaffung einer Aktivlegitimation *sui generis* zwecks Ersatzvornahme für den klageunwilligen Unterhaltspflichtigen.¹⁰⁹ Im Übrigen: Gegen wen hätte sich diese auf Art. 2 Abs. 2 ZGB gestützte Klage zu richten? Gegen das Kind und den Alimentenschuldner? Oder wäre das Kind – entgegen seiner Interessenlage – zwingend an der Seite des Gemeinwesens am Abänderungsprozess beteiligt? Wenn ja: Woraus ergäbe sich seine Kooperationspflicht? Diese Fragen werfen ein Schlaglicht auf eine allgemeinere Problematik: Eine einzelne, zunächst als «pragmatisch», «zweckmässig» oder «praktisch» angepriesene Systemwidrigkeit verlangt in der Folge oftmals weitere dogmatische Abstriche, die dann weniger pragmatisch als vielmehr abenteuerlich erscheinen.

Von diesen konstruktiven Schwierigkeiten einmal abgesehen, verlangen keine sachlichen Gründe die Aktivlegitimation des Gemeinwesens (vgl. vorne, 2).

¹⁰⁸ CYRIL HEGNAUER, Genehmigung von Unterhaltsverträgen (Art. 287 ZGB) und Alimentenbevorschussung, in: ZVW 1987, S. 96 ff., 97.

¹⁰⁹ Vgl. BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 ZGB N 204.

Das kantonale Recht ist frei, die Bevorschussung an die Bedingung zu knüpfen, dass die im Unterhaltstitel festgelegten Zahlungen nicht überhöht sind. Ebenso kann es vorsehen, dass – wenn dies (etwa angesichts einer hängigen Unterhaltsklage) zweifelhaft erscheint – nur ein Teil der vom Pflichtigen (scheinbar noch) geschuldeten Unterhaltsleistungen bevorschusst wird. Indem es den Alimentengläubiger verpflichtet, entsprechende Auskünfte zu erteilen bzw. Unterlagen vorzulegen, könnte das kantonale Recht ferner dafür sorgen, dass dem Gemeinwesen die Grundlagen für eine informierte Entscheidung zur Verfügung stehen. Mit der rechtzeitigen Einstellung allenfalls überhöhter Vorschusszahlungen ist dem Gemeinwesen ohnehin besser gedient als mit der Sachlegitimation in einem (womöglich langwierigen und aufwendigen) Abänderungsverfahren.

V. Fazit

Der Unterhaltsschuldner in BGE 143 III 177 hatte seine Beschwerde in Zivilsachen konkret damit begründet, dass die Subrogation nach Art. 289 Abs. 2 ZGB nur hinsichtlich bereits bevorschusster Unterhaltsleistungen eintrete. «Das Aufhebungsbegehren beziehe sich nur auf Unterhaltsbeiträge, die nach Eintritt der Rechtshängigkeit fällig wurden. Ob, in welchem Umfang und wie lange die Bevorschussung andauern werde, sei bei Beginn der Rechtshängigkeit aber ungewiss. Die klagende Partei könne unmöglich vorhersehen, wie sich die massgebenden Parameter bis zum Berufungsentscheid entwickeln würden. Die Aufhebung des Unterhaltsanspruchs betreffe zudem das Dauer-schuldverhältnis zwischen Unterhaltsverpflichtetem und Unterhaltsansprecherin. Auflösende Gestaltungsrechte, die nicht mit der einzelnen periodischen Forderung verknüpft seien, sondern sich gegen das zugrunde liegende Schuldverhältnis richteten, gehörten nicht zu den Nebenrechten, welche von einer Legalzession erfasst würden.» (a.a.O., E. 6.2). Mit dieser Argumentation lag er, wie aufgezeigt, richtig – und dennoch unterlag er in Lausanne. Bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung bei nächster Gelegenheit überdenkt.

Unlauterer Wettbewerb durch Nutzung von ungültigen AGB?

YEŞİM M. ATAMER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	35
II.	Marktversagen als Grund für eine AGB-Kontrolle.....	37
	A. Ökonomische Begründung der Nutzung von AGB.....	37
	B. Marktversagen wegen fehlenden Konditionenwettbewerbs.....	41
	C. Methoden der AGB-Kontrolle.....	43
III.	Lauterkeitsrecht als Schutz gegen ungültige AGB.....	46
	A. Entwicklungen in der EU.....	46
	B. Entwicklungen in Deutschland.....	49
	C. Folgerungen für das schweizerische und türkische Recht.....	53
	1. Konkurrentenklagen sind zum Schutz der Wettbewerbsordnung von Bedeutung.....	53
	2. Voraussetzungen einer Konkurrentenklage.....	54
IV.	Ergebnis.....	56

I. Einleitung

Die rechtspolitische Entscheidung, im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb («UWG»)¹ die Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen («AGB») zu regeln, wurde schon von vielen Seiten und insbesondere vom Jubilar eingehend kritisiert.² Die in der Lehre vertretene Ansicht³, dass eine

* Prof. Dr. YEŞİM M. ATAMER, LL.M., Istanbul Bilgi Universität.

¹ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241, Stand 1. Juli 2016.

² Vgl. THOMAS KOLLER, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, S. 943 ff.; DERS., Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP 2014, S. 19, 21 ff.; FLORENT THOUVENIN, Art. 8 N 22 ff., in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2013 (zit. BSK UWG-BEARBEITER); THOMAS PROBST, Rz. 290 ff., in: Ernst Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016 (zit. Kramer/Probst/Perrig-BEARBEITER).

³ BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 47-49, 58; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016, Rz. 46.02; HANS-UELI VOGT, Art. 33, in: Claire Huguenin/Reto M. Hilty (Hrsg.), OR 2020, Zürich

Regelung bezüglich der offenen Inhaltskontrolle direkt im OR vorzuziehen wäre, da es sich um eine vertragsrechtliche Problematik handelt, wird von der Autorin dieser Zeilen geteilt. Ziel dieses Beitrags ist es aber nicht, diese Kritik zu wiederholen. Es soll stattdessen der Frage nachgegangen werden, ob eine Regelung im UWG bezüglich AGB rechtssystematisch gänzlich verfehlt ist,⁴ oder ob die Nutzung von ungültigen AGB wirklich auch den Wettbewerb zwischen den Konkurrenten negativ beeinflusst und deswegen die lauterkeitsrechtlich ausgerichteten Rechtsbehelfe eigentlich eine Rolle spielen könnten.

Die Frage ist auch aus türkischer Perspektive wichtig, da die Türkei in Bezug auf die Formulierung des türkischen Lauterkeitsrechts, wie in vielen anderen Bereichen, der Schweiz gefolgt ist.⁵ Mehrere Bestimmungen des UWG und unter anderem der sehr kritisierte Art. 8 in seiner alten Fassung wurden 2012 wörtlich in das türkische Handelsgesetzbuch («tHGB»)⁶ aufgenommen und sind somit geltendes Recht. Gemäss Art. 55 Abs. 1 (f) tHGB handelt jemand unlauter, der vorformulierte AGB in irreführender Weise zum Nachteil der anderen Vertragspartei verwendet. Anders als der schweizerische Gesetzgeber hat aber der türkische zusätzlich die Richtlinie 1993/93/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen («KlauselRL»)⁷ im Jahre 2003 im Konsumentenschutzgesetz⁸ umgesetzt. Hinzu kommt, dass im Jahre 2012 eine wesentliche Revision des türkischen OR («tOR») in Kraft trat, mit der in Art. 20-25 die Geltungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle von AGB eingeführt wurde.⁹ Momentan wird deswegen der verbliebene Anwendungsbereich der lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen im tHGB rege diskutiert.

Das Thema soll folgendermassen angegangen werden: Zuerst wird kurz in Erinnerung gerufen, warum ein Schutz vor AGB nötig ist und welche Rolle AGB auf dem Markt spielen. Hier werden insbesondere die Argumente der ökonomischen Analyse des Rechts übernommen. Danach wird in einem rechtsvergleichenden Teil die Entwicklung im deutschen Recht dargelegt, wo eine AGB-Inhaltskontrolle im BGB zwar vorgesehen ist, jedoch anders als in der Schweiz und in der Türkei keine spezielle Regelung im Gesetz gegen den

2013; vgl. zu den verschiedenen Gesetzgebungsvorstössen ALEXANDER BRUNNER, Entwicklung des schweizerischen Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 22 ff. in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014.

⁴ So z.B. BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 25.

⁵ ÜNAL TEKINALP, Grundzüge der türkischen Handelsrechtsreform 2011, ZBJV 2013, S. 81, 87.

⁶ Türk Ticaret Kanunu, Resmi Gazete (Amtsblatt) 14.02.2011, sayı 27846.

⁷ ABl. L 95 /29 vom 21. April 1993, zuletzt geändert am 22. November 2011.

⁸ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Resmi Gazete 28.11.2013, sayı 28835.

⁹ Dazu M. MURAT INCEOĞLU/YEŞİM M. ATAMER, Das neue türkische Obligationenrecht vom 11. Januar 2011 – ein Überblick zu den wichtigsten Änderungen, ZBJV 2013, S. 67, 71-72.

unlauteren Wettbewerb («dUWG»)¹⁰ bezüglich AGB gegeben ist. Einige Gerichtsentscheide neueren Datums zeigen aber, dass Konkurrentenklagen im Bereich der AGB-Kontrolle in Deutschland Verbreitung finden. In diesem Abschnitt soll auch kurz auf die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern («UGP-RL»)¹¹ eingegangen werden, da auch der EuGH dazu tendiert, die Nutzung von AGB als unlautere Geschäftspraktik zu qualifizieren. Im letzten Abschnitt werden die rechtsvergleichenden Ergebnisse für das schweizerische sowie das türkische Recht ausgewertet.

I. Marktversagen als Grund für eine AGB-Kontrolle

A. Ökonomische Begründung der Nutzung von AGB

Überall auf der Welt nutzen Unternehmer AGB mit der gleichen Motivation: Die juristisch gesehen problemlose Begründung ist die Rationalisierung von Massenverträgen.¹² Es liegt auf der Hand, dass Banken, Versicherungsgesellschaften, Dienstleistungsanbieter, Transporteure und ähnliche Unternehmen ihre Verträge mit ihren Kunden nicht bei jeder Transaktion von neuem aushandeln können. Gleichförmige AGB ersparen dem Unternehmer sowie den Kunden Zeit und Kosten einer mühsamen Verhandlung, sie senken überflüssige Transaktionskosten¹³, erleichtern die Berechnung von vertragsverbundenen Risiken und vereinfachen die Organisation, da alle Verträge zentral verwaltet werden können. Oft sind die dispositiven Gesetzesregeln auch nicht ausreichend, um anspruchsvollen Geschäftsbeziehungen gerecht zu werden, so dass es AGB bedarf, um diese Lücken zu füllen. Diese berechtigten Gründe der AGB-Nutzung können nicht beanstandet werden.

¹⁰ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), zuletzt geändert am 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 233).

¹¹ ABl. L 149/22 vom 11. Juni 2005.

¹² BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 7; Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (Fn. 2), Rz. 2; PASCAL PICHONNAZ, Art. 8 LCD N 14, in: Vincent Martenet/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), *Loi contre la concurrence déloyale (LCD)*, Basel 2017 (zit. Martenet/Pichonnaz-BEARBEITER); JÜRGEN BASEDOW, Vor § 305 N 2, in: Wolfgang Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 7. A.*, München 2016 (zit. MüKo BGB-BEARBEITER). Vgl. zur Geschichte der AGB-Nutzung PHILLIP HELLWEGE, *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre*, Tübingen 2010, S. 21 ff.

¹³ Vgl. zu diesem Begriff ALEXANDER MORELL, *Demand, Supply, and Markets*, in Emanuel V. Towfigh/Niels Petersen (Hrsg.), *Economic Methods for Lawyers*, Cheltenham 2014, S. 32, 56 f.

Problematisch wird es erst, wenn AGB dafür eingesetzt werden, alle mit dem Vertrag verbundenen Risiken auf den Kunden abzuwälzen.¹⁴ Sie tun dies, indem sie systematisch vom dispositiven Recht zu Lasten der Kunden abweichen und damit den Interessen des Unternehmers auf unangemessene Weise Rechnung tragen. Folgende AGB-Bestimmungen aus B2C-Bankverträgen in der Türkei sollen als Beispiel dienen:

- Bestimmungen, die die Haftung der Bank für eine vertragswidrige Handlung der Erfüllungsgehilfen ausschliessen;
- Bestimmungen, die den Schaden verbunden mit einer rechtswidrigen Nutzung von Kundendaten im Internetbanking vollständig dem Kunden aufbürden;
- Bestimmungen, die der Bank das Recht geben, bei einem Kreditvertrag mit fixem Zinssatz jederzeit die Zinsen zugunsten der Bank an den Leit-zins anzupassen.

Alle diese Klauseln haben gewichtige finanzielle Folgen, da sie Risiken auf ökonomisch irrationelle Weise auf den Kunden überwälzen. Damit Vertragsklauseln als ökonomisch effizient qualifiziert werden können, müssen sie Risiken nach bestimmten Prinzipien verteilen.¹⁵ Falls z.B. eine der Parteien ein Risiko mit geringem Kostenaufwand verhindern kann, hingegen die andere Partei diese Möglichkeit gar nicht oder nur zu einem vergleichsweise viel höheren Preis hat, dann ist es ökonomisch gesehen rationell, dass die erste Partei das Risiko trägt und bei ihrer Kostenkalkulation diese Kosten mit veranschlagt. Das Prinzip des *cheapest cost avoider*¹⁶, d.h. dass derjenige Vertragspartner, der durch wirtschaftlich sinnvolle Massnahmen am besten das Risiko vermeiden oder vermindern kann, das Risiko tragen soll, wird z.B. bei einem Haftungsausschluss für Erfüllungsgehilfen unterlaufen. Es ist der Un-

¹⁴ Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (Fn. 2), Rz. 5; Martenet/Pichonnaz-PICHONNAZ (Fn. 12), Art. 8 LCD N 16; MATTEO FORNASIER, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 2013, S. 155 f.

¹⁵ Dazu HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. A., Berlin 2012, S. 434 ff.; PETER BEHRENS, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen, 1986, S. 155 ff.; EVA MARIA BELSER, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Zürich 2000, S. 175 ff., siehe auch S. 395 ff. Allgemein zum Effizienzprinzip als Grund zum Eingriff in den Marktmechanismus HORST EIDENMÜLLER, Effizienz als Rechtsprinzip, Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. A., Tübingen 2005, S. 81 ff.; JOACHIM BEIMOWSKI, Zur ökonomischen Analyse Allgemeiner Geschäftsbedingungen, München 1989, S. 136 ff. Vgl. zur Kritik des ökonomischen Ansatzes im Rahmen der AGB-Kontrolle HELLWEGE (Fn. 12), S. 554 ff.

¹⁶ BEHRENS (Fn. 15), S. 158 ff.; SCHÄFER/OTT (Fn. 15), S. 252 f.; PIETRO TRIMARCHI, Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischer Sicht, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) 136 (1972), S. 118, 124 ff.; STEFAN KIRSTEN, Verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für Sachmängel beim Warenkauf, Tübingen 2009, S. 231 ff.

ternehmer, nicht der Kunde, der einen Einfluss auf das Verhalten der Erfüllungsgehilfen ausüben kann. Er wählt sie aus, instruiert und kontrolliert sie. D.h. dass er ein Schadenspotential besser erkennen und durch erforderliche Massnahmen kostengünstiger vermeiden könnte.¹⁷ Hinzu kommt, dass AGB-Bestimmungen, die das Risiko des Einsetzens von Helppersonal dem Kunden aufbürden, zu einem sogenannten *moral hazard* führen. Mit diesem Begriff werden Fälle umschrieben, in denen eine Person nicht die volle Verantwortung für ihr Verhalten tragen muss und deswegen kein Interesse daran hat, die eventuelle Entstehung oder Vergrößerung eines Schadens zu verhindern.¹⁸ Der Unternehmer spart also durch solche AGB-Bestimmungen Kosten.

Sollte sich ein Risiko trotz optimaler Sorgfalt nicht vermeiden lassen, oder die Vermeidung mit einem im Vergleich zur Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu grossen Kostenaufwand verbunden sein, wird die Regel des *cheapest cost avoider* leerlaufen. In diesem Fall muss man schauen, wer von den Parteien in der Lage ist, das Risiko mit geringstem Kostenaufwand zu versichern und die extra Kosten durch Preisauf- bzw. -abschlag zu reflektieren (*cheapest insurer*).¹⁹ Den geringsten Kostenaufwand hat derjenige, der die Eintrittswahrscheinlichkeit und die Höhe des Risikos am günstigsten ermitteln und die Transaktionskosten für die Versicherung am niedrigsten halten kann.²⁰ Im Falle des Internetbankings liegt es auf der Hand, dass ein Ausschluss der Bankenhaftung vor allem einen *moral hazard* wie beim Haftungsausschluss für Erfüllungsgehilfen verursacht. Falls die Banken sowieso nicht für den Schaden haften müssen, werden sie auch nicht versuchen, ihr System so sicher wie möglich zu gestalten. Hinzu kommt aber, dass sie sich auch gegen das Restrisiko (*residual risk*), das trotz aller Vorkehrungen unvermeidbar ist, besser schützen können. Banken können nämlich ein solches Missbrauchsrisiko statistisch viel besser erfassen und sich durch die *banker's blanket bond* (BBB), eine Versicherungspolice, die genau diese Art von Missbrauchsfällen abdeckt, versichern. Die Prämien würden durch verschiedene Gebühren an alle Kunden weitergeleitet.²¹

¹⁷ BEIMOWSKI (Fn. 15), S. 77.

¹⁸ Vgl. hierzu ROBERT COOTER/THOMAS ULEN, *Law & Economics*, 6. A., Boston 2012, S. 48; SCHÄFER/OTT (Fn. 15), S. 163 f.

¹⁹ Dazu RICHARD POSNER/ANDREW ROSENFELD, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, *The Journal of Legal Studies* 6 (1977), S. 83, 90; SCHÄFER/OTT (Fn. 15), S. 437 ff.; BEHRENS (Fn. 15), S. 164 ff.; KIRSTEN (Fn. 16), S. 242 ff.

²⁰ POSNER/ROSENFELD (Fn. 19), S. 83, 91.

²¹ Vgl. zur Frage der Haftung von Banken bei Legitimationsmängeln JEAN-MARC SCHALLER, *Legitimationsmängel*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Basel 2017, S. 45 ff.; ARNOLD F. RUSCH, *Schadensabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle*, *SZW* 2012, S. 439 ff. Vgl. zu der ab 13. Januar 2018 geltenden Fassung von § 675v BGB zur Haftung des Zahlers bei missbräuchlicher Nutzung

Natürlich sind in AGB auch Klauseln zu finden, die, obwohl sie eine Risiko-
regelung beinhalten, nicht nach den *cheapest cost avoider-* und *cheapest insu-*
*rer-*Prinzipien beurteilt werden können. Die Regelung, dass die Bank jeder-
zeit den Zinssatz in einem Kreditvertrag ändern kann, ist ein Beispiel dafür.
In einem Kreditvertrag mit bestimmter Dauer und einem fixen Zinssatz tragen
beide Seiten das Risiko, dass sich der Leitzins und somit die auf dem Markt
angebotenen Zinssätze ändern. Dieses Änderungsrisiko kann von keiner der
Parteien verhindert oder versichert werden. D.h. dass man hier fragen müsste,
welche der beiden Parteien der überlegene Risikoträger ist (*superior risk*
bearer).²² SCHÄFER/OTT legen die Kriterien folgendermassen fest²³: «*Ob*
jemand bei Nichtexistenz von Versicherungen ein Risiko besser tragen kann,
hängt somit vor allem von zwei Umständen ab, erstens von den Informations-
kosten, die aufgewendet werden müssen, um das Risiko überhaupt zu erken-
nen, und zweitens von den internen Möglichkeiten eines Unternehmens, das
Gesetz der grossen Zahl für sich arbeiten zu lassen.» Falls eine der Parteien
eine bessere Marktübersicht und einen leichteren Zugang zur Information hat,
kann sie das Risikopotential auch besser einschätzen und durch ihre Preispoli-
tik besser abfedern. Eine Klausel, die der Bank auch bei Kreditverträgen mit
fester Laufzeit ermöglicht, die negativen Marktentwicklungen direkt auf den
Kunden abzuwälzen, ist deswegen ineffizient. Die Bank bräuchte keine detai-
llierten Marktanalysen mehr zu machen, könnte die Kunden durch einen
relativ niedrigen Zinssatz anziehen, später aber von der Möglichkeit Gebra-
uch machen, den Zinssatz zu erhöhen.

Insgesamt kann die rationalisierende und somit kostenreduzierende Wirkung
der AGB-Nutzung nicht geleugnet werden. Doch die konkreten AGB-
Klauseln zeigen, dass der eigentliche ökonomische Grund für die Einsetzung
von AGB in den allermeisten Fällen in der Überwälzung von Risiken auf die
Kunden liegt. Durch derartige Klauseln sparen Unternehmen immense Kosten
und verschaffen sich somit einen Preisvorteil.²⁴

eines Zahlungsinstruments CHRISTIAN HOFMANN, Das neue Haftungsrecht im Zah-
lungsverkehr, Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 2018, S. 62 ff.

²² SCHÄFER/OTT (Fn. 15), S. 442 ff.

²³ SCHÄFER/OTT (Fn. 15), S. 443.

²⁴ Vgl. HELMUT HEISS, Art. 8 UWG N 46, in: Reto Heizmann/Leander Loacker (Hrsg.),
UWG – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich 2018 (zit. Heizmann/
Loacker-BEARBEITER); Martenet/Pichonnaz-PICHONNAZ (Fn. 12), Art. 8 LCD N 28.

A. Marktversagen wegen fehlenden Konditionenwettbewerbs

Auf einem Konkurrenzmarkt wird sich der Kunde prinzipiell über die Qualität und den Preis von Gütern und die Geschäftsbedingungen informieren, diese Informationen vergleichen und somit die für ihn passendste Variante aussuchen können. Der Wettbewerb entfaltet hier eine regulierende Wirkung, sodass sich ein gesetzlicher Schutz vor Fremdbestimmung erübrigt.²⁵ Der Gesetzgeber kann davon ausgehen, dass die Parteien die vertraglichen Risiken effizient und somit auch fair zuordnen, da die Parteien vollständig informiert sind.²⁶ Sollte die von einer Partei vorgeschlagene Risikozuordnung der Kostenvermeidung zuwiderlaufen, könnte die informierte Partei auf Konkurrenten ausweichen und damit den Anbieter dazu zwingen, seine Konditionen zu verbessern.

Es ist heute jedoch unstrittig, dass bei Konsumentenverträgen die AGB-Kennnismnahme sowie der Vergleich wegen zu hoher Informationskosten unterbleibt.²⁷ Das Einsetzen von AGB bedeutet zwar für den Verwender eine Minderung der Transaktionskosten, für den Konsumenten aber genau das Gegenteil. Er trägt die Informationskosten bezüglich der Feststellung der gesetzlichen Risikoverteilung, die Kosten eines Vergleichs dieser Gesetzesbestimmungen mit den Lösungen in den AGB und des Aushandelns neutraler Vertragsklauseln.²⁸ Der Konsument wird oft nicht einmal Zugang zu den Informationen haben, deren er für eine gesunde Risikokalkulation bedarf.²⁹ Zu einem Konditionenwettbewerb kommt es aus dem gleichen Grund auch nicht, da die Informationskosten verbunden mit dem Vergleich verschiedener Konditionen auf dem Markt (*screening*) zu hoch sind. Der Konsument handelt eigentlich in einer rationalen Ignoranz.³⁰ Die wirtschaftliche Vernunft gebietet, sich bei Verträgen mit geringem Wert nicht mit den AGB auseinan-

²⁵ LARS LEUSCHNER, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, Weshalb M&A-Verträge nicht der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB unterliegen, AcP Bd. 207 (2007), S. 491, 499.

²⁶ PATRICK C. LEYENS/HANS-BERND SCHÄFER, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP Bd. 210 (2010), S. 771, 780.

²⁷ BEHRENS (Fn. 15), S. 170-171; LEYENS/SCHÄFER (Fn. 26), S. 783 ff.; BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 13; FORNASIER (Fn. 14), S. 158; BEIMOWSKI (Fn. 15), S. 15; HEIN KÖTZ, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, S. 209, 211 ff.; STEFAN HENNIGS, Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln, Berlin 2017, S. 63 ff. Vgl. dazu schon WALTER STICHER, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem, Luzern 1981, S. 54 ff.

²⁸ BELSER (Fn. 15), S. 394.

²⁹ BEHRENS (Fn. 15), S. 171.

³⁰ Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (Fn. 2), Rz. 7.

derzusetzen.³¹ Auf einem solchen Markt können sich natürlich auch die Anbieter durch eine Informationsaufdeckung (*signalling*) nicht von anderen Anbietern differenzieren³², da die Konsumenten gleichgültig sind gegenüber Informationen, deren Aufarbeitung im Vergleich zum Vertragswert zu kostspielig ist.³³

Diese unüberwindbare Informationsasymmetrie bei Konsumenten-AGB ist es, die auch auf einem vollständigen Konkurrenzmarkt ein Marktversagen verursacht.³⁴ Wenn die AGB keinen Wettbewerbsparameter darstellen, wird jeder Anbieter versuchen, durch ein niedrigeres AGB-Niveau eine höhere Produzentenrente zu erzielen; kundenfreundliche AGB werden infolge einer negativen Auslese eliminiert. Es kommt zu einem Verschlechterungswettbewerb (*race to the bottom*).³⁵ Anbieter können die ungünstigsten AGB nutzen, ohne einen Verlust von Kunden befürchten zu müssen. Die Marktkontrolle und somit die Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus versagt.³⁶ Das Marktversagen führt zu einer ineffizienten Risiken- und Ressourcenallokation.

Wieweit das Argument der rationalen Ignoranz auch für B2B-Geschäfte angenommen werden kann, ist eine kontrovers diskutierte Frage, auf die hier nicht im Detail eingegangen werden kann.³⁷ Doch erscheint es überzeugend, auch in diesem Rahmen mit der Relation des Vertragswerts zu den Informationskosten zu argumentieren. Je höher der Vertragswert ist, desto niedriger sind die Informationskosten im Vergleich zum Vertragswert, sodass es im unternehmerischen Rechtsverkehr oft vom Kunden erwartet werden kann, zu

³¹ HAJO MICHAEL HOLTZ, Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht, Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von UWG und dem Recht der AGB, Baden-Baden 2010, S. 87; SCHÄFER/OTT (Fn. 15), S. 554; MARKUS STOFFELS, AGB-Recht, 3. A., München 2015, Rz. 86.

³² LEYENS/SCHÄFER (Fn. 26), S. 783 f.

³³ Vgl. zur Rolle von Informationsbeschaffung (*screening*) und Informationsaufdeckung (*signalling*) zum Abbau von Informationsasymmetrien KLAUS ULRICH SCHMOLKE, Contract Theory and the Economics of Contract Law, in Emanuel V. Towfigh/Niels Petersen, Economic Methods for Lawyers, Cheltenham 2014, S. 102 ff.

³⁴ Vgl. zur Kritik an der Begründung, dass die AGB-Kontrolle zum Schutz der «schwächeren Partei» geschehen muss KÖTZ (Fn. 27), S. 210 f.; FORNASIER (Fn. 14), S. 147 ff.

³⁵ KÖTZ (Fn. 27), S. 213; LEYENS/SCHÄFER (Fn. 26), S. 784.

³⁶ BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 15.

³⁷ Vgl. dazu LEYENS/SCHÄFER (Fn. 26), S. 790 ff.; Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (Fn. 2), Rz. 8 ff.; LARS LEUSCHNER, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen – Unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen, Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, 2014, passim.

verhandeln.³⁸ Auch ein bestimmter Lerneffekt wird bei B2B-Verträgen eintreten, da Unternehmer wiederholt gleichartige Verträge mit gleichen Vertragspartnern abschliessen.³⁹ D.h. dass die Informationsbeschaffung bezüglich des AGB-Inhalts und die Suche nach besseren Konditionen kostengünstiger wird. Trotzdem wird es aber auch in B2B-Geschäften Konstellationen geben, wo die Verhandlungsposition des Unternehmers nicht besser ist als die des Konsumenten. In diesen Fällen ist die negative Auswirkung des Marktversagens für Handelsleute genauso gegeben. Ein pauschaler Ausschluss von B2B-Geschäften aus der AGB-Kontrolle erscheint deswegen als verfehlt.⁴⁰

B. Methoden der AGB-Kontrolle

Ziel der AGB-Kontrolle besteht somit darin, ein Marktversagen infolge unüberwindbarer Informationsasymmetrien auszugleichen. Da AGB keinem Konditionenwettbewerb unterliegen und somit nur kundenungünstigste AGB auf dem Markt Verbreitung finden können, müssen Gesetzgeber eingreifen, um diesem Marktversagen entgegenzusteuern.⁴¹ Die wohl meistverbreitete Reaktion der Gesetzgeber ist bis heute, eine richterliche *ex post*-Inhaltskontrolle einzuführen,⁴² und somit den Gerichten die Aufgabe zu ertei-

³⁸ LEUSCHNER (Fn. 25), S. 524; DERS. (Fn. 37), S. 290; THE LAW COMMISSION AND THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Contracts*, Presented to the Parliament of the United Kingdom by the Secretary of State for Constitutional Affairs and Lord Chancellor by Command of Her Majesty Laid before the Scottish Parliament by the Scottish Ministers February 2005, N 2.40 und 5.55; TOBIAS MIETHANER, *AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung*, Tübingen 2010, S. 209-211; SCHÄFER/OTT (Fn. 15), S. 554-555; ANDREAS STOMPS, *Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr*, Eine Untersuchung des deutschen Rechts mit Bezügen zum englischen Recht und dem DCFR am Beispiel von Haftungsklauseln, Baden-Baden 2011, S. 292; ROUVEN F. BODENHEIMER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen im englischen und deutschen Recht*, Frankfurt 2012, S. 199; LEYENS/SCHÄFER (Fn. 26), S. 790 ff.; Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (Fn. 2), Rz. 10; HANS SCHULTE-NÖLKE, *No Market for 'Lemons': On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts*, *European Review of Private Law* 2015, S. 195, 212 f.

³⁹ LEYENS/SCHÄFER (Fn. 26), S. 784.

⁴⁰ Vgl. zur diesbezüglichen Kritik der neuen Fassung des Art. 8 UWG ERNST A. KRAMER, *Konzeptionsfragen zur Vertragsinhaltskontrolle*, ZSR 2018, S. 295, 320 ff.; JÖRG SCHMID, *Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG*, ZBJV 2012, S. 1, 7; ISABELLE WILDHABER, *Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr*, SJZ 2011, S. 537 ff.

⁴¹ BELSER (Fn. 15), S. 185.

⁴² Vgl. zu den Vor- und Nachteilen einer *ex ante*-Kontrolle von AGB durch Verwaltungsbehörden ALEXANDER BRUNNER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, in: Ernst Kramer (Hrsg.), *Konsumentenschutz im Privatrecht*, Basel 2008, S. 124 ff.; Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (Fn. 2), Rz. 16; HENNIGS (Fn. 27), S. 87 ff.

len, Klauseln, «die entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil der Gegenpartei ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursachen» (Art. 3 KlauselRL), die Durchsetzung zu verweigern. Mit der Revision des Art. 8 UWG ist nun auch im schweizerischen Recht einer solchen offenen Inhaltskontrolle die Tür geöffnet. In der Lehre wird überwiegend angenommen, dass unlautere und damit nach Art. 2 UWG widerrechtliche AGB nichtig im Sinne von Art. 19/20 OR sind.⁴³

Es liegt auf der Hand, dass in erster Linie die Kunden selbst klageberechtigt sein müssen, um ihre Rechte zu schützen. Doch ist seit langem schon bekannt, dass nur ein Bruchteil der Konsumenten eine solche Klage einreicht, da entweder der Streitwert zu niedrig und deswegen die Hürde zum Klagen zu gross ist, oder das Wissen über die Rechtslage fehlt.⁴⁴ Sollte es doch jemand wagen und die Widerrechtlichkeit von bestimmten Klauseln gerichtlich feststellen lassen, dann nützt wiederum dieser Entscheid wegen ihrer *inter partes*-Wirkung nicht, weitere Einsetzung derselben AGB zu verhindern.⁴⁵ Deswegen verwundert es nicht, dass schon die KlauselRL in Art. 7 Abs. 2 Organisationen, die ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben, aktivlegitimiert hat, Gerichte anzurufen, damit diese über die Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln entscheiden können.⁴⁶ Durch die Richtlinie 2009/22/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinte-

⁴³ THOMAS PROBST, Art. 8 UWG N 291, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum UWG, 2. A., Bern 2016 (zit. SHK UWG-BEARBEITER); MARKUS VISCHER, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 2014, S. 964, 974; PASCAL PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, BR 3/2012, S. 140, 144; BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 144; KOLLER (Fn. 2), AJP 2014, S. 34; SCHMID (Fn. 40), S. 16; PETER GAUCH U.A., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. A., Zürich 2014, Rz. 1155; SCHWENZER (Fn. 3), Rz. 46.05; FELIX BUFF, Vertragliche Anpassungsklauseln im schweizerischen Recht, Zürich 2016, S. 270; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2014, Rz. 636; Heizmann/Loacker-HEISS (Fn. 24), Art. 8 UWG N 244. So auch die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BBl 2009 S. 6151, 6180.

⁴⁴ HENNIGS (Fn. 27), S. 72.

⁴⁵ Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (Fn. 2), Rz. 17. Vgl. dazu auch YESİM M. ATAMER, Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contracts Might Not Always Be the Right Answer – Insights from Behavioural Law and Economics, The Modern Law Review (2017, Volume 80), S. 624, 639 ff.

⁴⁶ Vgl. zur Beziehung der individuellen/kollektiven und judiziellen/administrativen Rechtsdurchsetzung HANS W. MICKLITZ, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, München 2012, S. 87 ff.

ressen⁴⁷ wurde diese Klagemöglichkeit weiter ausgebaut und für verschiedenste Bereiche des Konsumentenschutzes eingeführt. Klageberechtigt sind sogenannte «qualifizierte Einrichtungen», die unabhängige öffentliche Stellen oder Organisationen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher sein können. Sie sollen gemäss Art. 2 (1) die Anordnung der Einstellung oder des Verbots eines Verstosses verlangen und gegebenenfalls Massnahmen wie die Veröffentlichung des Entscheids oder auch die Verhängung einer Geldbusse im Falle einer Nichtbeachtung des Entscheids beanspruchen können.

Interessant ist es zu sehen, dass es der schweizerische Gesetzgeber noch in den 80er-Jahren genau wegen der erweiterten Klagebefugnisse vorgezogen hatte, die AGB-Problematik im UWG anzugehen.⁴⁸ Gemäss Art. 10 UWG wurde neben den Kunden auch Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen, das Recht gegeben, eine Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Feststellungsklage einzureichen. Die Botschaft (1983) betont, dass «*durch den Gebrauch unbilliger AGB [...] die Interessen mindestens einer Marktpartei – die der Konsumenten, möglicherweise auch jene wirtschaftlich schwächerer Handelspartner in wettbewerbsrelevanter Hinsicht berührt [wird]*».⁴⁹ Obwohl bis heute von dieser Klagemöglichkeit kein Gebrauch gemacht worden ist⁵⁰, kann sich dies in Zukunft noch ändern. Sicherlich ist es ein weiterer wichtiger Schritt, dass mit der Revision im Jahre 2009 nun auch der Bund aktivlegitimiert ist, im Interesse mehrerer Personen oder einer Gruppe von Angehörigen einer Branche Klage zu erheben, oder sogar einzugreifen, falls «*andere Kollektivinteressen bedroht oder verletzt sind*».⁵¹ THOUVENIN begrüsst diese Änderung berechtigterweise und betont, dass damit der Bund erstmals die Möglichkeit erhalten hat, gegen branchenweit benutzte missbräuchliche AGB-Klauseln vorzugehen.⁵²

⁴⁷ Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. 1.5.2009, L 110/30. Dem folgte eine Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013 zur geplanten Überarbeitung dieser Richtlinie, ABl. 26.07.2013, L201/60. Zuletzt wurde am 11. April 2018 der Vorschlag für die revidierte Unterlassungsklagenrichtlinie publik gemacht, siehe COM(2018) 184 final.

⁴⁸ Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), BBl 1983 II 1009, S. 1071.

⁴⁹ Botschaft 1983 (Fn. 48), S. 1072.

⁵⁰ Vgl. Kramer/Probst/Perrig-PROBST (Fn. 2), Rz. 522; BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 138; GAUCH U.A. (Fn. 43), Rz. 1157b.

⁵¹ Botschaft 2009 (Fn. 43), S. 6162-6163. Vgl. zu diesen Klagen Kramer/Probst/Perrig-PROBST (Fn. 2), Rz. 521 ff.

⁵² BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 138. Vgl. dazu auch AHMET KUT/DEMIAN STAUBER, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 132 ff.

Die hier interessierende Frage ist, wieweit die Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln als ein unlauteres Verhalten qualifiziert werden sollte, um dadurch als dritte Variante auch den Marktkonkurrenten des Verwenders eine Klagemöglichkeit gegen diese AGB zu gewähren. Bis heute scheint diese dritte Variante in der Schweiz und in der Türkei kein grosses Aufsehen erregt zu haben.⁵³ Dies ist nicht verwunderlich, da wohl alle Marktteilnehmer vom Verschlechterungswettbewerb profitieren. Solange alle durch die Nutzung von unwirksamen AGB ihre Kosten senken und keiner von Kunden oder Konsumentenorganisationen auf Unterlassung verklagt wird, wird sich dieses Bild wohl auch nicht ändern. Falls sich aber, wie zu hoffen ist, eine effektive gerichtliche Inhaltskontrolle von ungültigen AGB-Klauseln auch in der Schweiz verbreiten sollte, kann man erwarten, dass Mitbewerber, die selbst durch eine Verbandsklage zur Unterlassung gezwungen worden sind, auch andere zur Rechenschaft ziehen. Die Entwicklungen in der EU und in Deutschland, auf die unten eingegangen werden soll, deuten darauf hin.

II. Lauterkeitsrecht als Schutz gegen ungültige AGB

A. Entwicklungen in der EU

Schon die Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln hatte in ihrer Präambel (Erwägungsgrund «EG» 2) unterstrichen, dass die unterschiedliche Handhabung von missbräuchlichen Vertragsklauseln zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann. Ziel der Richtlinie sei es, durch die Harmonisierung der richterlichen Inhaltskontrolle von Vertragsbestimmungen zwischen Konsumenten und Unternehmern den Wettbewerb zu fördern (EG 7).⁵⁴ Auch in Art. 7 Abs. 1 wird betont, dass die Mitgliedstaaten nicht nur im Interesse der Verbraucher, sondern auch der gewerbetreibenden Wettbewerber dafür sorgen müssen, dass angemessene und wirksame Mittel gegen die Verwendung missbräuchlicher Klauseln eingesetzt werden. Die Richtlinie selbst hat jedoch den Mitbewerbern kein direktes Klagerecht gegeben, sondern nur den Verbraucherorganisationen.

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken aus dem Jahre 2005 spricht die AGB-Problematik nicht direkt an. Sie sieht aber in Art. 7 Abs. 1 vor, dass Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern als irreführende Unterlassungen qualifiziert werden müssen, falls sie diesem «*wesentliche Informationen*»

⁵³ BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 137: «*Nur geringe Bedeutung wird hingegen der Klage der übrigen Marktteilnehmer nach Art. 9 zukommen.*» Vgl. auch SHK-UWG-PROBST, Art. 8 N 307 f.

⁵⁴ MüKo BGB-BASEDOW (Fn. 12), Vor § 305 BGB N 18-19.

vorenthalten. Gemäss Art. 7 Abs. 4 lit. d sind Zahlungs- Liefer- und Leistungsbedingungen sowie Bestimmungen bezüglich der Verfahren zum Umgang mit Verbraucherbeschwerden wesentliche Informationen im Rahmen eines Kaufvertrages, wenn diese Vertragsbedingungen von «den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt abweichen». KÖHLER schliesst daraus, dass die UGP-RL den Unternehmen nicht verbietet, unwirksame AGB zu verwenden, sondern nur, über diese nicht gehörig aufzuklären.⁵⁵ Die Information, dass bestimmte AGB-Klauseln vom gesetzlichen Vorbild abweichen, würde es dem Verbraucher ermöglichen, eine aufgeklärte geschäftliche Entscheidung zu treffen. Unlauter ist demnach die Verletzung der Informationspflicht, da der Verbraucher schon vor Vertragsschluss über solche Klauseln informiert werden möchte.⁵⁶

In der Lehre wird hingegen weitgehend vertreten, dass die Nutzung von unwirksamen AGB an sich schon eine unlautere Geschäftspraxis darstellt.⁵⁷ Die UGP-RL bestimmt nämlich in ihrer Generalklausel Art. 5 Abs. 2, dass eine Geschäftspraxis unlauter ist, wenn sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht⁵⁸ widerspricht und sie dazu geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Da man davon ausgehen kann, dass die Nutzung von unwirksamen AGB immer bewusst geschieht und somit der Verwender willentlich zwingende gesetzliche

⁵⁵ HELMUT KÖHLER, Zur Mitbewerberklage gegen die Verwendung unwirksamer AGB, Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 31.05.2012 – I ZR 45/11 – Missbräuchliche Vertragsstrafe, Wettbewerb in Recht und Praxis («WRP») 2012, S. 1475, 1476; DERS., Konkurrentenklage gegen die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 2008, S. 177, 180.

⁵⁶ HELMUT KÖHLER, § 3a UWG N 1.286, in: Helmut Köhler/Joachim Bornkamm/Jörn Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 36. A., München 2018 (zit. Köhler/Bornkamm/Feddersen-BEARBEITER). KÖHLER vertritt die Position, dass die KlauselRL, ausser dem Aspekt der Informationspflicht des Unternehmers bezüglich der AGB, die Anwendung der UGP-RL ausschliesst (N 1286).

⁵⁷ So z.B. FORNASIER (Fn. 14), S. 230 ff.; MüKo BGB-BASEDOW (Fn. 12), § 306 BGB N 38-39; HANS-W. MICKLITZ/NORBERT REICH, «Und es bewegt sich doch»? – Neues zum Unionsrecht der missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, EUZW 2012, S. 126, 127 ff.; SALVATORE ORLANDO, The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice, European Review of Contract Law 2011, S. 25 ff. Differenzierend je nachdem, ob die Missbräuchlichkeit der Klausel evident ist RUTH M. JANAL, Unlautere Geschäftspraktiken und unwirksame Geschäftsbedingungen – zu den Wechselwirkungen zwischen UGP-Richtlinie und Klauselrichtlinie, ZEuP 2014, S. 740, 748.

⁵⁸ Gemäss Art. 2 lit. h UGP-RL ist die «berufliche Sorgfalt» der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei denen billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass der Gewerbetreibende sie gegenüber dem Verbraucher gemäss den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich anwendet. Vgl. dazu NORBERT REICH/HANS-W. MICKLITZ/PETER ROTT/KLAUS TONNER, European Consumer Law, 2. A., Cambridge 2014, Rz. 2.25.

Vorschriften missachtet, ist es relativ leicht, eine Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflicht zu begründen.⁵⁹ Auch das Erfordernis der wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers wird für den Fall der AGB-Nutzung befürwortet. Nach BASEDOW ist ausschlaggebend, ob die zu beurteilende Geschäftspraxis die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers bedroht.⁶⁰ Dies ist in der Tat der Fall, da der Konsument rein wegen der Transaktionskosten, die eine Untersuchung der AGB mit sich bringen würde, einer Fremdbestimmung des Vertragsinhalts zustimmen muss. Sollte die Leistung wegen der für den Konsumenten ungünstigen AGB preislich günstiger angeboten werden, so kommt hinzu, dass der Kunde sich im Ergebnis für die falsche Leistung entscheidet, da die Auswirkung der AGB auf das Preis-Leistungsverhältnis vom Konsumenten nicht eingeschätzt werden kann.

Der EuGH hat sich bis heute nur in einem Entscheid mit der Beziehung der KlauselRL und der UGP-RL auseinandergesetzt. In dem Fall *Pereničová*⁶¹ ging es um die Frage, ob eine Geschäftspraxis, die darin bestand, in einem Kreditvertrag einen geringeren als den realen effektiven Jahreszins anzugeben, als eine irreführende Handlung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UGP-RL einzustufen ist. Das Gericht bejahte dies, sofern diese Praxis den Durchschnittsverbraucher tatsächlich oder voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen würde, die er ansonsten nicht getroffen hätte. Damit wird Organisationen und zuständigen Personen, einschliesslich Mitbewerbern, die Möglichkeit gegeben, gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a UGP-RL gerichtlich oder verwaltungsrechtlich gegen solche Geschäftspraktiken vorzugehen. Da jedoch in dieser Richtlinie keine vertragsrechtlichen Konsequenzen für missbräuchliche Geschäftspraktiken vorgesehen sind (Art. 3 Abs. 2 UGP-RL), führte der EuGH weiter aus, wie die Lage unter der KlauselRL zu bewerten ist. Demnach stellt die Feststellung des unlauteren Charakters einer Geschäftspraxis einen Anhaltspunkt unter mehreren dar, wenn der zuständige Richter gemäss Art. 4 Abs. 1 der KlauselRL seine Beurteilung über den missbräuchlichen Charakter der Vertragsklauseln fällt. Das Gericht entschied aber nicht darüber, ob die Verwendung von unwirksamen AGB stets eine unlautere Geschäftspraxis im Sinne der UGP-RL darstellt.

⁵⁹ FORNASIER (Fn. 14), S. 230-231.

⁶⁰ MüKo BGB-BASEDOW (Fn. 12), § 306 BGB N 40.

⁶¹ EuGH, Urt. v. 15.03.2012, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič gegen SOS financ spol. s r. o.*, ECLI:EU:C:2012:144. Vgl. zu diesem Entscheid HANS-W. MICKLITZ/NORBERT REICH, AGB-Recht und UWG – (endlich) ein Ende des Kästchendenkens nach *Pereničová* und *Invitel*, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2012, S. 257 ff.

B. Entwicklungen in Deutschland

Anders als in der Schweiz und der Türkei beinhaltet das deutsche UWG keine explizite Bestimmung bezüglich der Nutzung von ungültigen AGB. Durch die Umsetzung der UGP-RL wurden zwar die oben erwähnten Bestimmungen der Richtlinie in das dUWG eingefügt, doch damit auch die EU-rechtliche Diskussion, wieweit die Thematik ausschliesslich für B2C-Verträge und abschliessend nur für irreführende Informationsvermittlung geregelt ist, mitübernommen.⁶² Die Hauptfrage ist, ob für diese Bereiche von einer Sperrwirkung der UGP-RL ausgegangen werden muss. Falls angenommen wird, dass das Verbraucherschützende Lauterkeitsrecht durch die UGP-RL vollständig harmonisiert wurde⁶³, dann würde sich wenigstens für B2C-Geschäfte die Frage verbieten, ob die AGB-Kontrollnormen des BGB (§§ 307-309) als Marktverhaltensvorschriften qualifiziert werden können, und somit ein Zuwiderhandeln den Rechtsbruchtatbestand gemäss § 3a dUWG erfüllt. Als Argument für diese Ansicht wird vertreten, dass das Unterlassungsklagengesetz⁶⁴ nur Verbraucherverbänden eine Klagemöglichkeit gegen ungültige AGB einräumt, nicht aber den Konkurrenten. Damit soll der Gesetzgeber eine geschlossene Regelung bezüglich der Klageberechtigten vorgesehen und bewusst die Konkurrentenklagen ausgeschlossen haben.⁶⁵

Die in den letzten Jahren gefestigte Rechtsprechung zeigt jedoch, dass der BGH und die meisten Instanzgerichte weder das System der Unterlassungsklagen als abschliessendes Rechtssystem bewerten, noch die UGP-RL als ein Hindernis dafür sehen, §§ 307-309 BGB, die keinen unionsrechtlichen Hintergrund haben, als Marktverhaltensregeln im Sinne von § 3a dUWG zu qualifizieren. Einer der ersten Entscheide des BGH zu dieser Problematik fiel im Jahre 2011. Der Sachverhalt war folgendermassen⁶⁶: Die Klägerin (eine Ge-

⁶² Vgl. zum Stand dieser Diskussion z.B. Köhler/Bornkamm/Feddersen-KÖHLER (Fn. 56), § 3a UWG N 1.7 ff.; AXEL METZGER, Die Entwicklung des Rechtsbruchtatbestands nach der Umsetzung der UGP-Richtlinie – ein Zwischenbericht, GRUR 2015, S. 687, 690 f.; JOCHEN GLÖCKNER, Rechtsbruchtatbestand oder ... The Saga Continues!, GRUR 2013, S. 568, 572 ff.

⁶³ So z.B. ANSGAR OHLY, § 3a UWG N 7a, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. A., München 2016 (zit. Ohly/Sosnitza-BEARBEITER).

⁶⁴ Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstössen vom 27. August 2002 (BGBl. I S. 3422, 4346), zuletzt geändert am 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2446).

⁶⁵ Ohly/Sosnitza-OHLY (Fn 63), § 3a UWG N 78a. Vgl. zur Kritik dieser Auffassung JÜRGEN DEMBOWSKI, Sollen Mitbewerber bei der AGB-Kontrolle im Abseits stehen?, S. 325, 331 ff., in: FS Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, München 2014; RÜDIGER MANN, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, WRP 2007, S. 1035, 1040 f.; HOLTZ (Fn. 31), S. 98 ff.; HENNIGS (Fn. 27), S. 245 ff.

⁶⁶ BGH Urteil vom 31.3.2010 – I ZR 34/08, NJW 2011, S. 76 ff.

werbetreibende) hatte bei eBay unter ihrer nicht als Gewerbetreibende registrierten Benutzerkennzeichnung einen Telefonapparat beim Beklagten gekauft. In den AGB war ein Gewährleistungsausschluss vorgesehen. Die Klägerin nahm daraufhin den Beklagten gemäss § 3a dUWG (a.F. § 4 Nr. 11 dUWG) auf Unterlassung in Anspruch, da die AGB einen wettbewerbsrechtlich unzulässigen Gewährleistungsausschluss beinhalteten. Der BGH führte aus, dass «[d]ie Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses geeignet [ist], dem Unternehmer Kosten zu ersparen, indem er Verbraucher durch einen – wenn auch nicht durchsetzbaren – Gewährleistungsausschluss davon abhält, seine Gewährleistungsansprüche geltend zu machen. Der Unternehmer kann dadurch in die Lage versetzt werden, günstigere Preise zu kalkulieren. Die angegriffene Klausel ist deshalb geeignet, den Absatz der Waren zu fördern». § 476 I 1 BGB (a.F. § 475 I 1 BGB) verbietet für Konsumentenverträge den Ausschluss oder die Begrenzung der Gewährleistungsansprüche. Der BGH entschied, dass diese Verbotsnorm dazu bestimmt ist, auch im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Obwohl das Gericht auch auf die Frage einging, ob allgemein alle Bestimmungen im BGB, die ein Klauselverbot enthalten, Marktverhaltensregeln gemäss § 3a dUWG darstellen, hat es sich darauf begrenzt, zu betonen, dass die Problematik in der Lehre umstritten ist, aber diese Auseinandersetzung keine Rolle bezüglich der Qualifizierung von § 476 I 1 BGB spielt.

Das Gericht musste sich im Jahre 2012 diesmal mit der Frage auseinandersetzen, ob die §§ 307-309 BGB als Marktverhaltensregelungen einzustufen sind. Im Streitfall vertrieben beide Parteien über das Internet Ersatz- und Zubehörteile für geländegängige Kraftfahrzeuge. Die Klägerin mahnte den Beklagten wiederholt wegen seiner AGB ab, da die Widerrufsbelehrung fehlerhaft war und durch die Einführung einer Mängelrügefrist die Rechte des Verbrauchers ungebührlich eingeschränkt wurden. Zuerst führte das Gericht aus, dass § 476 I 1 BGB zum Gewährleistungsausschluss, § 477 I BGB (a.F. § 479 I BGB) zum Inhalt der Garantieerklärung und § 355 BGB zum Widerrufsrecht des Verbrauchers nach gängiger Rechtsprechung Marktverhaltensregeln darstellen. Das Gericht erkannte aber weiter an, dass wenigstens in Bezug auf die Paragraphen 307⁶⁷, 308 Nr. 1⁶⁸, 309 Nr. 7 a⁶⁹ BGB die gleiche Schlussfolgerung gezogen werden muss, da diese Bestimmungen auch dazu geeignet sind, die wirtschaftlichen Interessen des Durchschnittsverbrauchers spürbar zu

⁶⁷ Generalklausel bezüglich der Inhaltskontrolle von AGB.

⁶⁸ Verbot von unangemessen langen oder nicht hinreichend bestimmten Fristen in AGB für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung.

⁶⁹ Verbot von Haftungsausschlussklauseln bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit.

beeinflussen.⁷⁰ Trotz ihrer Unwirksamkeit könnten diese Bestimmungen nämlich den Verbraucher davon abhalten, berechnigte Ansprüche gegen den Verwender geltend zu machen. Damit wurde die Tür für eine wettbewerbsrechtliche Kontrolle von AGB weitgehend geöffnet.

Neuere Gerichtsentscheide zeigen wiederholt, dass Mitbewerberklagen an Bedeutung gewinnen und gerade dann eingereicht werden können, wenn Verbraucherverbände passiv bleiben.⁷¹ Das OLG München untersagte z.B. im Verfahren gegen einen Strom- und Gaslieferanten, eine unwirksame Preisanpassungsklausel zu verwenden. Das Gericht stellte ausserdem fest, dass die Antragstellerin (eine GmbH), die mehrere Entscheide gegen Wettbewerber erstritten hatte, mit denen die Verwendung unwirksamer Klauseln untersagt wurde, keine sachfremden Interessen verfolge.⁷² In einem anderen Fall waren die Parteien Mitbewerber auf demselben sachlichen und räumlichen Markt und boten bundesweit Waren im Internet zum Verkauf an. Die beklagte Partei hatte sich durch ihre AGB unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Lieferfristen vorbehalten, was gegen § 308 Nr. 1 Alt. 2 BGB verstösst. Das OLG Hamm führte aus, dass der Zweck der AGB-Regelungen nicht nur der Schutz der Vertragspartner vor Benachteiligungen durch einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit sei, sondern auch *«die Abwendung von Nachteilen, die dem Wirtschaftsverkehr durch den nicht funktionierenden Konditionenwettbewerb drohen»*.⁷³

Die Rechtsprechung, §§ 307-309 BGB als Marktverhaltensvorschriften i.S.v. § 3a dUWG zu qualifizieren, wird heute in der deutschen Lehre überwiegend befürwortet.⁷⁴ Der gelegentlichen Gerichtspraxis, dass der Inhalt von AGB nur die Abwicklung des Vertrages betrifft und somit in einer Phase an Bedeutung gewinnt, in der kein Wettbewerb mehr möglich ist,⁷⁵ wird berechtigter-

⁷⁰ BGH Urteil vom 31. 5.2012 – I ZR 45/11, GRUR 2012, S. 949 ff. Vgl. dazu STOFFELS (Fn. 31), S. 153-154.

⁷¹ METZGER (Fn. 62), S. 690.

⁷² OLG München, 10.04.2014, BeckRS 2015, 630. So auch OLG München, 16.07.2015, BeckRS 2015, 13252.

⁷³ OLG Hamm, 12.01.2012, NJOZ 2013, S. 545. Siehe auch OLG Hamburg, 10.12.2012, Multimedia und Recht 2013, S. 505.

⁷⁴ So z.B. KÖHLER (Fn. 55), WRP 2012, S. 1475 ff.; WOLFGANG SCHAFFERT, § 4 Nr. 11 UWG N 359, in: Peter W. Heermann/Jochen Schlingloff (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. A., München 2014; CARL V. JAGOW, § 3a UWG N 70, in: Henning Harte-Bavendamm/Frauke Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 4. A., München 2016; Köhler/Bornkamm/Feddersen-KÖHLER (Fn. 56), § 3a UWG N 1.288; DEMBOWSKI (Fn. 65), S. 325 ff.; MANN (Fn. 65), S. 1042 f.; METZGER (Fn. 62), S. 690; HOLTZ (Fn. 31), S. 153 ff.; HENNIGS (Fn. 27), S. 194 ff. Vgl. zur Frage, wie weit auch §§ 305-305c BGB zur AGB-Einbeziehungskontrolle als Marktverhaltensvorschriften qualifiziert werden können METZGER (Fn. 62), S. 690 f.; HENNIGS (Fn. 27), S. 198 f.

⁷⁵ So z.B. OLG Hamburg, 13.11.2006, BeckRS 2006, 14945.

weise entgegengebracht, dass es um die unzulässige Risikoverteilung auf den Verbraucher geht und diese bereits im Vorfeld des konkreten Vertragsabschlusses erfolgt.⁷⁶ Die AGB-Regelungen dienen einem reibungslosen Warenabsatz und besitzen deswegen eine Aussenwirkung.⁷⁷ Sie sind wirtschaftsrechtliche Normen, die Nachteile abwenden, welche durch den fehlenden Konditionenwettbewerb entstehen könnten. Während das AGB-Recht die jeweiligen Vertragspartner vor unangemessenen Vertragsklauseln schützt, ist der Anknüpfungspunkt des dUWG die Lauterkeit von Wettbewerbshandlungen.

Das praktische Bedürfnis für eine AGB-Kontrolle durch Mitbewerber wird meist auch dadurch gerechtfertigt, dass es im Interesse der Verbraucher und Mitbewerber sowie im Interesse der Allgemeinheit liegt, den Geschäftsverkehr von unwirksamen AGB zu bereinigen und dadurch einen unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten.⁷⁸ Auch wenn im deutschen Recht durch das Unterlassungsklagegesetz insbesondere Verbraucherverbänden eine Möglichkeit gegeben ist, Musterprozesse zu führen, um die Wirksamkeit bestimmter AGB überprüfen zu lassen, ist dies bei der Vielzahl der verschiedenen Märkte nicht immer effektiv möglich. Deswegen wird einer parallelen Klagemöglichkeit der Mitbewerber Bedeutung beigemessen.⁷⁹ Es besteht grundsätzlich eine Gesetzeskonkurrenz.⁸⁰ Wie von METZGER betont wird: «§ 4 Nr. 11 UWG (n.F. § 3a dUWG) trägt heute entscheidend dazu bei, Vollzugsdefizite in ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten mit den Instrumenten des «private enforcement» zu beheben oder jedenfalls abzumildern. Diese Entwicklung dürfte sich in näherer Zukunft kaum umkehren lassen, auch nicht bei Beachtung der UGP-Richtlinie.»⁸¹

⁷⁶ MANN (Fn. 65), S. 1041; HOLTZ (Fn. 31), S. 128 f.

⁷⁷ MANN (Fn. 65), S. 1043.

⁷⁸ KÖHLER (Fn. 55), WRP 2012, S. 1478.

⁷⁹ METZGER (Fn. 62), S. 690; JANAL (Fn. 57), S. 753; KÖHLER (Fn. 55), WRP 2012, S. 1478; Köhler/Bornkamm/Feddersen-KÖHLER (Fn. 56), § 3a UWG N 1.285.

⁸⁰ ANDREAS FUCHS, Vorbem. zu § 307 BGB N 89, in: Peter Ulmer/Hans Erich Brandner/Horst-Diether Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 12. A., Köln 2016 (zit. Ulmer/Brandner/Hensen-BEARBEITER).

⁸¹ METZGER (Fn. 62), S. 692.

C. Folgerungen für das schweizerische und türkische Recht

1. *Konkurrentenklagen sind zum Schutz der Wettbewerbsordnung von Bedeutung*

Die Tendenzen in der EU sowie in Deutschland verdienen Zuspruch. Obwohl bis heute weder in der Schweiz noch in der Türkei von einer erfolgreich geführten Konkurrentenklage berichtet wird, sollte diese Möglichkeit trotzdem nicht unterbewertet werden. Nutzung von ungültigen AGB ist nur möglich, weil der Konditionenwettbewerb wegen eines Marktversagens ausbleibt. Einem solchen Marktversagen muss aber mit allen Mitteln entgegengewirkt werden. In diesem Rahmen ist der Verbraucherindividualschutz durch eine AGB-Inhaltskontrolle genauso von Bedeutung wie ein abstrakt-genereller, wettbewerbsbezogener Schutz.⁸² Die Eliminierung von ungültigen AGB auf dem Markt dient auch dem Schutz der vertikalen Marktgegenseite, da durch solche AGB Vorteile gegenüber Kunden und somit gegenüber Konkurrenten geschaffen werden.⁸³ Durch übermässige Verminderung von Transaktionskosten und Risikoabwälzung werden gesetzestreue Mitbewerber wirtschaftlich benachteiligt, was zu einem ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung führt.⁸⁴

Hinzu kommt, dass dem kollektiven Rechtsschutz durch Konsumentenorganisationen auch Durchsetzungsdefizite anhaften.⁸⁵ Finanzielle und personelle Beschränkungen spielen hier die Hauptrolle.⁸⁶ Die immense Vielfalt der verschiedenen Branchen-AGB macht es für solche Organisationen fast unmöglich, in allen Bereichen aktiv zu sein. Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen bleiben von Verbandsklagen verschont.⁸⁷ Es erscheint deswegen auch unter diesem Gesichtspunkt sinnvoll, die Verwendung ungültiger AGB durch

⁸² HOLTZ (Fn. 31), S. 71.

⁸³ HENNIGS (Fn. 27), S. 268.

⁸⁴ HOLTZ (Fn. 31), S. 158 f.

⁸⁵ Vgl. zur Lage in Deutschland HENNIGS (Fn. 27), S. 75 ff.; CAROLINE MELLER-HANNICH/ARMIN HÖLAND, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzzinstrumente, S. 1 ff., abrufbar unter: http://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Service/AnWis/Heft523.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 17.05.2018). In der Türkei haben bis heute die Verbraucherorganisationen fast nie eine Unterlassungsklage gegen die Nutzung von ungültigen AGB eingereicht. Siehe dazu ECE BAŞ SÜZEL/EVRİM ERIŞİR, Enforcement and Effectiveness of Consumer Law in Turkey, in: Hans-W. Micklitz/Geneviève Saumier (Hrsg.), Enforcement and Effectiveness of Consumer Law, Cham 2018, S. 645 ff. Vgl. auch die Literatur zitiert in Fn. 50.

⁸⁶ Heizmann/Loacker-HEISS (Fn. 24), Art. 8 UWG N 256; Ulmer/Brandner/Hensen-WITT (Fn. 80), Vor § 1 UKlaG N 8 ff.

⁸⁷ Ulmer/Brandner/Hensen-WITT (Fn. 80), Vor § 1 UKlaG N 8; HENNIGS (Fn. 27), S. 79.

die Konkurrentenklage zu bekämpfen. Dadurch würde sich die Zahl der potenziellen Verfolger eines Verstosses um ein Vielfaches erhöhen.⁸⁸

2. Voraussetzungen einer Konkurrentenklage

Die in Deutschland geführte Diskussion, ob die §§ 307-309 BGB gleichzeitig als Marktverhaltensregeln qualifiziert werden können und deswegen deren Missachtung auch einen Rechtsbruch im Sinne des UWG darstellt, ist für die Schweiz und die Türkei gegenstandslos. Beide Länder qualifizieren durch eine explizite Regelung im Gesetz die Verwendung von missbräuchlichen Geschäftsbedingungen als eine unlautere Handlung. In beiden Ländern wird in der Lehre vertreten, dass AGB, die Art. 8 UWG (bzw. Art. 55 Abs. 1 (f) tHGB) verletzen, einen Rechtsbruchtatbestand gemäss Art. 2 UWG (bzw. Art. 54 tHGB) darstellen.⁸⁹ Art. 2 UWG definiert jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflussen kann, als unlauter und widerrechtlich.⁹⁰ Wie oben schon dargestellt, ist die Nutzung von AGB ein Geschäftsgebaren⁹¹, das unmittelbar mit der Absatzförderung oder des Waren- oder Dienstleistungsbezugs eines Unternehmens zusammenhängt.⁹² Die Nutzung von ungültigen AGB ist geeignet, die Interessen der

⁸⁸ HENNIGS (Fn. 27), S. 79.

⁸⁹ BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 137; SHK UWG-JUNG (Fn. 43), Art. 2 N 107 und 114a; Kramer/Probst/Perrig-PROBST (Fn. 2), Rz. 520; SEVILAY UZUNALLI, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi [*Kontrolle von AGB durch die Bestimmungen zum unlauteren Wettbewerb*], IÜHFM 2013, S. 383, 411; YEŞİM M. ATAMER, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak [*Kontrolle der AGB nach dem neuen Türkischen Obligationenrecht – Im Vergleich zu Art. 6 des Konsumentenschutzgesetzes und Art. 55 des Türkischen Handelsgesetzbuches*], Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2012, S. 9, 70. STICHER vertrat diesen Standpunkt schon für das alte UWG aus dem Jahre 1943, in dem keine mit Art. 8 vergleichbare Norm gegeben war, vgl. STICHER (Fn. 27), S. 180 ff., insbesondere S. 189 ff.

⁹⁰ Vgl. zu den Tatbestandselementen von Art. 2 UWG SHK UWG-JUNG (Fn. 43), Art. 2 N 10 ff. und speziell zum Rechtsbruch N 107 ff.; BSK UWG-HILTY (Fn. 2), Art. 2 N 17 ff.

⁹¹ Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. d UGP-RL ist jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschliesslich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt, eine Geschäftspraktik.

⁹² HELMUT KÖHLER, Die Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln: ein Fall für das UWG – Zugleich Besprechung der BGH Entscheidungen «Gewährleistungsausschluss im Internet» und «Vollmachtsnachweis», GRUR 2010, S. 1047, 1048; HOLTZ

Mitbewerber und sonstiger Marktteilnehmer zu beeinträchtigen. Somit ist es ein wirtschaftsrelevantes Verhalten, das eine spürbare Auswirkung auf den Markt hat.⁹³ Diese Beeinträchtigung ist auch von einem bestimmten Gewicht, da die Wiederholungsgefahr vermutet werden kann.⁹⁴ Deswegen erscheint es richtig, hier von einer Verletzung von Art. 2 UWG (bzw. Art. 54 tHGB) auszugehen.

Nicht von Bedeutung ist es aber, ob die konkrete AGB-Bestimmung z.B. auf die Vertragsabschlussphase zugeschnitten ist oder nicht.⁹⁵ Eine Irreführung durch den AGB-Inhalt ist nämlich keine Voraussetzung.⁹⁶ Wie oben dargelegt, spielen AGB wegen eines inhärenten Informationsproblems ohnehin keine Rolle als Wettbewerbsparameter. Falls Kunden zu einem bestimmten Thema nicht informiert werden können, weil sie diese Information nicht wahrnehmen, macht es auch keinen Unterschied, ob die Information im konkreten Fall richtig, falsch, oder irreführend war.⁹⁷ Unerheblich ist es auch, ob die betreffende Klausel tatsächlich in einen Vertrag einbezogen wird.⁹⁸ Die Verwendung von AGB bedeutet nicht nur ihre Einbeziehung in den Vertrag, sondern auch die Empfehlung der Nutzung von bestimmten AGB durch einen Berufsverband, deren Wiedergabe in Angeboten, Annahmeerklärungen, öffentlichen Aushängen oder in Rechnungen.⁹⁹

Für die Geltendmachung der negatorischen Rechtsbehelfe bedarf es eines drohenden oder andauernden unlauteren Verhaltens.¹⁰⁰ Sollte dies gemäss Art. 2 UWG feststehen, so haben die Klageberechtigten unabhängig von einem Schaden oder einem Verschulden des Täters einen Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung der Rechtswidrigkeit. Im Rahmen der

(Fn. 31), S. 122; BGH Urteil vom 31.3.2010 – I ZR 34/08, NJW 2011, S. 76 ff., Rz. 21.

⁹³ Vgl. zur Voraussetzung der Wettbewerbsbeeinflussung SHK UWG-JUNG (Fn. 43), Art. 2 N 11 ff.

⁹⁴ SHK UWG-JUNG (Fn. 43), Art. 2 N 112.

⁹⁵ HOLTZ (Fn. 31), S. 136.

⁹⁶ SHK UWG-JUNG (Fn. 43), Art. 2 N 114a; HENNIGS (Fn. 27), S. 144 f.; KÖHLER (Fn. 92), S. 1050.

⁹⁷ Anders aber Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS (Fn. 80), Vor § 307 BGB N 90c ff. Vgl. dazu auch PETER JUNG, Die systematische Stellung der offenen AGB-Inhaltskontrolle im UWG – Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme, S. 142 f., in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014; Heizmann/Loacker-HEISS (Fn. 24), Art. 8 UWG N 47.

⁹⁸ VISCHER (Fn. 43), S. 968; ARNOLD F. RUSCH/ANDREAS SCHIRRMACHER, Konsumentenorganisationen im AGB-Streit, ZBJV 2013, S. 683, 687; KÖHLER (Fn. 92), S. 1051; HENNIGS (Fn. 27), S. 133. Anders aber BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 134; Kramer/Probst/Perrig-PROBST (Fn. 2), Rz. 452.

⁹⁹ HENNIGS (Fn. 27), S. 117 ff.

¹⁰⁰ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK (Fn. 2), Art. 9 N 12.

AGB-Kontrolle wird der Unterlassungsanspruch im Mittelpunkt stehen. Die Rechtskontrolle gemäss Art. 8 UWG wird im Falle der Konkurrentenklage eine abstrakte AGB-Kontrolle sein.¹⁰¹ Um festzustellen, ob ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien vorhanden ist, das in Treu und Glauben verletzender Weise den Konsumenten zum Nachteil gereicht, muss dem Richter ein gewisser Massstab gegeben sein.¹⁰² Diesen Massstab des nicht mehr Erlaubten liefern zuvorderst die zwingenden Rechtsbestimmungen.¹⁰³ Dem folgen alle unmittelbar oder sinngemäss auf den Vertrag anzuwendenden dispositiven Normen, die Anwendung gefunden hätten, wären die AGB nicht Vertragsinhalt geworden.¹⁰⁴ Auch die im Anhang der Klausel-RiLi befindliche Liste von grundsätzlich bedenklichen Klauseln kann in der Schweiz eine gewisse Indizfunktion ausüben.¹⁰⁵ Der Richter wird dann die konkret in Frage gestellten AGB-Bestimmungen mit den jeweiligen Referenznormen vergleichen und feststellen müssen, ob zum Nachteil des Konsumenten eine ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten vorgenommen worden ist.¹⁰⁶ Bei dieser Bewertung muss er auch die berechtigten Interessen des Verwenders berücksichtigen.

III. Ergebnis

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass für eine effektive Bekämpfung von ungültigen AGB-Bestimmungen jede Möglichkeit eingesetzt werden sollte. Es gibt keinen Grund, neben der Individual- und Verbandsklage die Konkurrentenklage auszuschliessen. Die deutsche Gerichtspraxis zeigt, dass es klagefreudige Konkurrenten gibt, die gerade gegenüber KMU, die oft von Konsumentenorganisationen verschont bleiben, eine besondere Rolle spielen kön-

¹⁰¹ Heizmann/Loacker-HEISS (Fn. 24), Art. 8 UWG N 175; VISCHER (Fn. 43), S. 969 ff.; FLORENT THOUVENIN, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, in: Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 6; vgl. zur Diskussion BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 89 ff.

¹⁰² Für die Einführung eines Katalogs konkreter Klauselverbote z.B. KRAMER (Fn. 40), S. 312; SCHMID (Fn. 40), S. 19.

¹⁰³ RUSCH/SCHIRRMACHER (Fn. 98), S. 688.

¹⁰⁴ THOUVENIN (Fn. 101), Rz. 45; SCHMID (Fn. 40), S. 11; Kramer/Probst/Perrig-PROBST (Fn. 2), Rz. 465 ff. So schon ERNST A. KRAMER, Art. 19-20 OR N 158, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Band VI/1/2/1a, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern 1991.

¹⁰⁵ Kramer/Probst/Perrig-PROBST (Fn. 2), Rz. 488, N 525; VISCHER (Fn. 43), S. 971 f. und 976; KUT/STAUBER (Fn. 52), Rz. 126 ff.; SCHMID (Fn. 40), S. 15 f.; BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 76; KRAMER (Fn. 40), S. 306 Fn. 43.

¹⁰⁶ Vgl. zu den Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 8 UWG im Detail: Kramer/Probst/Perrig-PROBST (Fn. 2), Rz. 451 ff.

nen. Sicherlich ist es empfehlenswert, die AGB-Inhaltskontrolle explizit im OR zu regeln und somit ein rein vertragsrechtliches Problem dort anzugehen, wo es *sedes materiae* auch geregelt werden müsste. Doch sollte das nicht bedeuten, dass man Art. 8 UWG unbedingt streicht. Diese Bestimmung hat vielleicht in der Schweiz eine offene Inhaltskontrolle durch Gerichte über Jahre hinaus verzögert, doch hat sie trotzdem ihre Berechtigung im UWG. Sollten die Gerichte nun durch die neue Fassung von Art. 8 UWG mehr dazu tendieren, eine effektive AGB-Inhaltskontrolle auszuüben, könnte auch in der Schweiz die Konkurrentenklage an Bedeutung gewinnen. Wenn man bedenkt, dass AGB-Texte weitgehend im Internet verfügbar sind, könnten Mitbewerber eine stärkere Motivation haben, ungültige AGB-Bestimmungen durch Unterlassungsklagen zu bekämpfen, um dadurch einen unverfälschten Wettbewerb zu erreichen.¹⁰⁷ Das Gleiche ist auch für die Türkei zu erhoffen, wo eine offene Inhaltskontrolle zwar schon seit Jahren möglich ist, doch diesbezügliche Individual- sowie Verbandsklagen bis heute nur selten erhoben wurden.

¹⁰⁷ Deswegen wäre es auch zu empfehlen, darüber nachzudenken, wie man diese Klagemöglichkeit für Konkurrenten attraktiver gestalten könnte. Eine Alternative wäre, die in Deutschland weitverbreitete vorprozessuale Abmahnung im Rahmen des UWG explizit zu regeln. Vgl. dazu Köhler/Bornkamm/Feddersen-BORNKAMM (Fn. 56), § 12 UWG N 1.3 ff.; HANS-W. MICKLITZ/PETER ROTT, § 5 UKlaG N 9 ff., in: Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 5. A., München 2017.

Beweislast und Mitwirkungspflicht im Verfahren um Anfechtung des Anfangsmietzinses

FRANÇOIS BOHNET/PASCAL JEANNIN*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	59
II.	Grundsätze der Beweislast.....	61
III.	Rechtsbegründende Tatsachen.....	62
	A. Zulassungsvoraussetzungen.....	62
	B. Voraussetzungen für die Gutheissung der Klage.....	64
IV.	Die Mitwirkungspflicht des Vermieters an der Beweisaufnahme.....	67
V.	Rechtshindernde Tatsachen.....	70
	A. Luxusobjekt.....	70
	B. Andere Berechnungsmethode.....	71
	1. Bruttorendite.....	72
	2. Orts- und quartierübliche Mietzinse.....	72
	3. Nettorendite.....	73
VI.	Schlussfolgerungen.....	73

I. Einleitung

Das Prinzip der Vertragsfreiheit liegt auch dem Mietrecht zu Grunde.¹ Vermieter und Mieter sind in der Gestaltung ihres Vertragsverhältnisses frei, insbesondere was den Mietzins betrifft. Jedoch stärkt der chronische Mangel an Wohn- und Geschäftsraum die Verhandlungsposition des Vermieters und führt zu einem Ungleichgewicht auf dem Mietmarkt.² Diese Feststellung ist alles andere als neu, musste der Gesetzgeber doch bereits kurz nach Inkrafttreten des OR im Jahre 1912 mittels öffentlich-rechtlicher Bestimmungen in den Markt eingreifen und insbesondere den Anspruch der Vermieter auf Mietzinserhöhung beschränken.³

* FRANÇOIS BOHNET, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Neuchâtel und PASCAL JEANNIN, MLaw, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Seminar für Mietrecht der Universität Neuchâtel.

¹ Die Autoren danken Herrn MLaw XAVIER FITZ für die sprachliche Korrektur.
² ZK OR-HIGI, Vorbem. Art. 253-274g N 6 und Vorbem. Art. 269-270e N 75; DAVID LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008, S. 371.

³ LACHAT (Fn. 1), S. 371.

³ ZK OR-HIGI, Vorbem. Art. 253-274g N 25.

Auf der Grundlage des Verfassungsartikels von 1972⁴ hat der Bundesgesetzgeber ein System geschaffen, das die Missbrauchsbekämpfung im Bereich des Mietrechts zum Ziel hat, insbesondere bei der Festsetzung der Mietzinse. Das System weist dem Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen die Rolle der schwächeren Vertragspartei zu und möchte ihn vor Missbräuchen durch den als stärkere Vertragspartei angesehenen Vermieter schützen.⁵ Dafür stellt das Gesetz den Mieterinnen und Mietern insbesondere die Möglichkeit zur Verfügung, Mietzinse, die sie für missbräuchlich halten, gerichtlich anzufechten. Mieterinnen und Mieter können während der Dauer des Mietvertrags eine Mietzinserhöhung anfechten (Art. 270b OR) und eine Mietzinssenkung verlangen, sollten wesentliche Änderungen der Berechnungsgrundlagen zu einem übersetzten Mietzins führen (Art. 270a OR). Ebenso können Mieterinnen und Mieter den Anfangsmietzins innert 30 Tagen nach Übernahme der Sache anfechten. Unter «Anfangsmietzins» im Sinne von Art. 270 OR ist der Mietzins eines erstmals abgeschlossenen Mietvertrags zu verstehen. Dies setzt voraus, dass zwischen den beiden Parteien nicht bereits ein Mietvertrag über das gleiche Mietobjekt besteht.⁶ Die Anfechtung des Anfangsmietzinses ist dann von Erfolg gekrönt, wenn sich der Anfangsmietzins als missbräuchlich im Sinne eines der Kriterien von Art. 269 oder 269a OR herausstellt.

In jedem Prozess ist die Frage nach der Beweislast zentral. Wer hat die Beweise für den rechtserheblichen Sachverhalt beizubringen und was geschieht, wenn ein rechtserheblicher Sachverhalt unbewiesen bleibt? Stellt die Höhe eines Mietzinses das Streitobjekt dar, ist die Beantwortung dieser Fragen besonders komplex. Insbesondere sorgen die Regeln betreffend die Überprüfung der Mietzinse dafür, dass es nicht immer ganz einfach ist, den Sachverhalt zu bestimmen, der im konkreten Einzelfall rechtserheblich ist. Der vorliegende Beitrag hat zum Ziel, die Beweislastverteilung im Verfahren um Anfechtung des Anfangsmietzinses etwas genauer zu ergründen. Es handelt sich hierbei um einen «juristischen Dauerbrenner» des «neuen» Mietrechts von 1989, zu welchem Professor THOMAS KOLLER während der letzten Jahrzehnte öfters Stellung bezogen hat.⁷ Der Beitrag beruht im Wesentlichen auf einem für das

⁴ Art. 36^{septies} aBV; Art. 109 BV.

⁵ CPra Bail-BOHNET, Vorbem. Art. 269-270e OR N 2.

⁶ CPra Bail-DIETSCHY, Art. 270 OR N 4 ff.; JEAN-JACQUES SCHWAAB, La fixation et la contestation du loyer initial, in: François Bohnet/Pierre Wessner (Hrsg.), 15^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2008, S. 1 ff., Rz. 53.

⁷ Man denke etwa an die jährlichen Rückblicke auf die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, z.B. ZBJV 154 (2018), S. 208 ff. (für die im Jahr 2016 ergangene Rechtsprechung, mit MANFRED STRIK); ZBJV 152 (2016), S. 1 ff. (für die im Jahr 2014 ergangene Rechtsprechung); ZBJV 152 (2016), S. 785 ff. (für die im Jahr 2015 ergangene Rechtsprechung); ZBJV 150 (2014), S. 917 ff., (für die im Jahr 2013 ergangene Rechtsprechung); ZBJV 149 (2013), S. 876 ff. (für die im Jahr 2012 ergangene Rechtsprechung).

19. Mietrechtsseminar der Universität Neuenburg durch dieselben Autoren verfassten Beitrag über die Beweislastverteilung im Mietrecht.⁸

II. Grundsätze der Beweislast

Nach Art. 8 ZGB hat jede Partei, sofern es das Gesetz nicht anders vorsieht, das Vorhandensein jener behaupteten Tatsachen zu beweisen, aus denen sie Rechte ableitet. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung verteilt diese Norm die Beweislast für alle auf Bundesrecht beruhenden Forderungen und bezeichnet, daraus abgeleitet, welche Partei die Konsequenzen der Beweislosigkeit zu tragen hat.⁹

Die Regeldichte der Norm genügt nicht, um daraus einen Schluss für jeden Einzelfall ziehen zu können.¹⁰ Die Norm muss deshalb unter Beachtung des Grundzwecks von Beweislastnormen – das Risiko eines wegen unvollständig gebliebener Sachverhaltsfeststellung materiell unrichtigen Urteils derjenigen Partei aufzuerlegen, für welche dies am wenigsten unbillig erscheint – konkretisiert werden.¹¹ Dabei sind den Schwierigkeiten, im Verfahren den Beweis eines bestimmten Sachverhalts zu erbringen, der Art der Forderungen, den Eigenschaften des strittigen Beweises sowie der Beachtung des Gleichheitsgebots Rechnung zu tragen.¹²

Diese Konkretisierung erfolgt unter Zuhilfenahme der «Normentheorie», welche vom deutschen Zivilprozessualisten LEO ROSENBERG entwickelt wurde und deren Kerngehalt wie folgt lautet: «Jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm [...] zu beweisen».¹³ Gemäss der Normentheorie ist anhand der Interpretation der materiellrechtlichen Normen und der Beziehungen zwischen ihnen zu bestimmen, welcher Rechtsatz für welche Partei «günstig» ist. Die verschiedenen Rechtsnormen ergänzen sich, schliessen sich aus oder haben untereinander keine Berührungspunkte.¹⁴ Es können grundsätzlich drei Kategorien von Normen unterschieden werden: Normen, welche

⁸ FRANÇOIS BOHNET/PASCAL JEANNIN, *Le fardeau de la preuve en droit du bail*, in: François Bohnet/Blaise Carron (Hrsg.), *19^e Séminaire sur le droit du bail*, Neuchâtel 2016, S. 1 ff.

⁹ BGE 139 III 7 E. 2; 129 III 18 E. 2.6; 127 III 519 E. 2a.

¹⁰ BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 127; BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 8 N 38.

¹¹ BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 134; BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 8 N 39.

¹² CR CC I-PIOTET, Art. 8 ZGB N 30 (mit Verweisen).

¹³ LEO ROSENBERG, *Die Beweislast*, 5. Aufl., München 1965, S. 98 f. Bei der ersten Auflage dieses Werks handelt es sich um ROSENBERGS im Jahre 1900 veröffentlichte Dissertation «Die Beweislast nach der Civilprozessordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuche». ROSENBERG war zu diesem Zeitpunkt gerade einmal 21 Jahre alt.

¹⁴ ROSENBERG (Fn. 13), S. 99 ff.

die Begründung eines Rechts regeln, solche, die die Begründung eines Rechts ausschliessen und solche, die ein Recht zerstören. Normen können also in rechtsbegründende, rechtshindernde und rechtszerstörende Normen unterteilt werden.¹⁵

Dementsprechend werden Tatsachen, deren Vorhandensein gemäss einer rechtsbegründenden Norm ein Recht entstehen lassen, als «rechtsbegründende Tatsachen» bezeichnet, solche, deren Vorhandensein die Entstehung eines Rechts gemäss einer rechtshindernden Norm hemmen, als «rechtshindernde» und solche, deren Vorhandensein gemäss einer rechtszerstörenden Norm ein Recht beenden, als «rechtszerstörende Tatsachen».¹⁶ Die Grundregel kann also dahingehend präzisiert werden, dass die klägerische Partei die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen trägt, die beklagte Partei diejenige für die rechtshindernden und rechtszerstörenden Tatsachen.¹⁷ In der Schweiz folgt die herrschende Lehre¹⁸ sowie das Bundesgericht¹⁹ der Normentheorie.

III. Rechtsbegründende Tatsachen

A. Zulassungsvoraussetzungen

Die Normen betreffend den Schutz gegen missbräuchliche Mietzinse sind lediglich auf die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen anwendbar.²⁰ Auf eine Anfechtung eines Anfangsmietzinses eines anderen Mietobjekts wird nicht eingetreten. Als «Wohnräume» im Sinne des Gesetzes gelten Räume, in welchen die Mieterin oder der Mieter die wesentlichen Handlungen ihres bzw. seines Privatlebens vornimmt.²¹ «Geschäftsräume» sind Räume, welche zum Betrieb eines Gewerbes oder einer anderen wirtschaftlichen Tätigkeit

¹⁵ ROSENBERG (Fn. 13), S. 105 f.; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 134 ff.; BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 8 N 38; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017, N 851.

¹⁶ CR CC I-PIOTET, Art. 8 ZGB N 31; FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile, 2. Aufl., Neuchâtel 2014, Rz. 1170 ff.; BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 11 Rz. 50.

¹⁷ ROSENBERG (Fn. 13), S. 106.

¹⁸ BOHNET (Fn. 16), Rz. 1168 ff.; CR CC I-PIOTET, Art. 8 ZGB N 31; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 129 ff.; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 169; *contra*: ZK ZGB-EGGER, Art. 8 N 9; SUTTER-SOMM (Fn. 15), N 852 ff.. Für eine kritische Betrachtung in der deutschen Lehre, siehe: DIETER LEIPOLD, Beweismass und Beweislast im Zivilprozess, S. 17 ff.

¹⁹ Z.B. BGer, 29.11.2016, 4A_295/2016, E. 5.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.1.3.1; 130 III 321 E. 3.1; 128 III 271 E. 2a.

²⁰ CPra Bail-BOHNET, Vorbem. Art. 269-270e OR N 4; BSK OR I-WEBER, Art. 269 N 3.

²¹ LACHAT (Fn. 1), S. 116.

dienen.²² Unserer Ansicht nach²³ ist die Tatsache, dass es sich bei einem Mietobjekt um Wohn- oder Geschäftsraum handelt, eine vom Mieter zu beweisende, rechtsbegründende Tatsache, da ihr Vorhandensein eine Voraussetzung für das Zustandekommen des Rechts, den Mietzins anzufechten, darstellt.

Gleich verhält es sich beim Anfangsmietzins:²⁴ Nur ein solcher kommt als Streitobjekt nach Art. 270 OR in Frage. Wie bereits erwähnt²⁵ ist in diesem Zusammenhang das Nichtvorhandensein eines vorbestehenden Mietvertrags über dasselbe Objekt zwischen denselben Parteien die relevante Tatsache. Bleibt diese unbewiesen, wird auf das Gesuch um Anfechtung des Anfangsmietzinses nicht eingetreten.

Zudem ist die Anfechtung des Anfangsmietzinses nur unter einer der folgenden Bedingungen möglich:

- *Zwangslage*: Der Mieter sah sich wegen einer persönlichen oder familiären Notlage oder wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsabschluss gezwungen (Art. 270 Abs. 1 Bst. a OR). Bei der «familiären Notlage» handelt es sich um eine Ermessensfrage. Der Begriff ist weit auszulegen. Die Frage, die sich das Gericht im Wesentlichen zu stellen hat, ist, ob von der Mieterin oder vom Mieter hätte erwartet werden können, auf den Abschluss des Mietvertrags zu verzichten, weil sie bzw. er den Mietzins für zu hoch befindet.²⁶ Die «Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume» beziehen sich auf den Fall des Wohnungsmangels, welcher gegeben ist, sofern die Leerstandsquote unter 1,5 % liegt.²⁷ Ausserdem ist Wohnungsmangel eine Voraussetzung dafür, dass die Kantone die Verwendung des Formulars gemäss Art. 269d OR beim Abschluss eines neuen Mietvertrags für obligatorisch erklären dürfen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass in denjenigen Gebieten, in welchen die Verwendung des Formulars obligatorisch ist, zwangsläufig Wohnungsmangel herrscht.²⁸ Ist dies der Fall, so braucht die individuelle Zwangslage nicht bewiesen zu werden, denn bei Wohnungsnot besteht rein aufgrund der Marktlage ein Zwang zum Abschluss des Mietvertrags – auch zu missbräuchlichen Bedingungen.²⁹

²² LACHAT (Fn. 1), S. 123.

²³ BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 23 Rz. 58.

²⁴ So auch ZK OR-HIGI, Art. 270 N 79.

²⁵ Hiervor, S. 60.

²⁶ CPra Actions-BOHNET, § 73 Rz. 4; SCHWAAB (Fn. 6), Rz. 87; SVIT-K, Art. 270 OR N 10.

²⁷ CPra Actions-BOHNET, § 73 Rz. 4; SCHWAAB (Fn. 6), Rz. 89 ff.

²⁸ Zu diesem Thema, siehe auch: BGE 136 III 82.

²⁹ BGE 142 III 442 E. 3.1.4.

- *Erheblicher Mietzinsaufschlag*: Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Anfechtung des Anfangsmietzinses auch dann möglich, wenn der Vermieter den Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht hat (Art. 270 Abs. 1 Bst. b OR). Die Erhöhung ist «erheblich», wenn sie 10 % übersteigt.³⁰

Die diesen zwei Voraussetzungen zugrunde liegenden Tatsachen sind rechtsbegründend: Das Recht des Mieters auf Anfechtung des Anfangsmietzinses entsteht nur, wenn eine dieser Voraussetzungen erfüllt ist. Der Mieter trägt die Beweislast für das Vorhandensein besagter Tatsachen.³¹

Der Mieter hat den Mietzins innert 30 Tagen nach Übernahme des Mietobjekts anzufechten. Es handelt sich hierbei um eine Verwirkungsfrist.³² Sieht das Gesetz vor, dass ein Recht innert einer bestimmten Frist ausgeübt werden muss und für deren Nichteinhaltung die Verwirkung des Rechts, stellt die Wahrung der Frist eine rechtsbegründende Tatsache dar.³³ Ob die Frist eingehalten wurde, bestimmt sich nach Art. 143 Abs. 1 ZPO. Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden. Bezogen auf die Anfechtung des Anfangsmietzinses setzt der Nachweis der Fristgerechtigkeit den Beweis des Zeitpunkts der Entgegennahme des Mietobjekts sowie jenen der Übergabe des Anfechtungsgesuchs an die Post, respektive direkt an die Schlichtungsbehörde, voraus.³⁴

B. Voraussetzungen für die Gutheissung der Klage

Materiell setzt die Herabsetzung des Anfangsmietzinses dessen Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 269 OR voraus. Die Tatsachen, aus denen folgt, dass der Anfangsmietzins missbräuchlich ist, stellen somit rechtsbegründende Tatsachen dar, denn ihr Vorhandensein begründet das Recht des Mieters auf

³⁰ BGE 136 III 82 E. 3.4. Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass der alte Mietzins zuerst an die Veränderung der Grundlagen, auf welchen seine Berechnung beruht, anzupassen ist: CPra Bail-DIETSCHY, Art. 270 OR N 46; dieser Ansicht folgen die Gerichte gewisser Kantone, so z.B. jene Neuenburgs (DB 1996 N 20) und Waadts (hierzu: SÉBASTIEN FETTER, La contestation du loyer initial, Diss. Bern 2005, Rz. 416 und Fn. 931).

³¹ ZK OR-HIGI, Art. 270 N 79.

³² BGE 131 III 566 E. 3.2; CPra Bail-DIETSCHY, Art. 270 OR N 51.

³³ BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 624; BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 8 N 53.

³⁴ BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 23 Rz. 57.

Herabsetzung des Anfangsmietzinses. Der Mieter trägt folglich die Beweislast dafür.³⁵

Wir teilen die Meinung FETTERS,³⁶ wonach sich die Missbräuchlichkeit des Mietzinses in erster Linie anhand der vom Mieter vorgebrachten Kriterien bestimmt und nicht nach den vom Vermieter vorgebrachten Gründen zur Erhöhung des Mietzinses gegenüber dem Vormietzins.³⁷ Diese können dem Vermieter als Gegenargument zu den vom Mieter vorgebrachten Argumenten dienen. Daraus ergibt sich, dass die Tatsachen, aus denen die Missbräuchlichkeit des Mietzinses hervorgeht, rechtsbegründende Tatsachen sind. Die vom Vermieter angegebenen Gründe zur Erhöhung des Mietzinses kann der Vermieter als rechtshindernde Tatsachen vorbringen.³⁸ Ist die Verwendung des amtlichen Formulars zur Bekanntgabe des Anfangsmietzinses obligatorisch, darf der Vermieter nur diejenigen Gründe vorbringen, welche er im Formular erwähnt hat.³⁹

Die Qualifikation der Missbräuchlichkeit als rechtsbegründende Tatsache ist nicht unbestritten. Das Bundesgericht ist der Meinung, beim missbräuchlichen Mietzins handle es sich um eine Form von Rechtsmissbrauch und somit um einen typischen Fall einer rechtshindernden Tatsache.⁴⁰ Wir teilen diese Ansicht nicht, denn wir betrachten die Anfechtung des Anfangsmietzinses als eine Klage auf Mietzinssenkung, nicht als eine auf Bestreitung einer Mietzinserhöhung. Der eingeklagte Anspruch ist jener des Mieters auf Senkung des Anfangsmietzinses. Somit handelt es sich bei der Missbräuchlichkeit des Mietzinses um eine rechtsbegründende und nicht um eine rechtshindernde Tatsache.⁴¹ An der eigentlichen Beweislastverteilung ändert diese Sichtweise allerdings nichts. Es obliegt dem Mieter, den Lebenssachverhalt zu beweisen, aus welchem die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses hervorgeht.

Mit dieser Erkenntnis ist jedoch noch nicht viel gewonnen: Es stellt sich die Frage, welche Tatsachen denn *genau* zu beweisen sind. Die Beantwortung dieser Frage erfordert einen kleinen Exkurs in die wohl tiefsten Abgründe des schweizerischen Mietrechts, nämlich jene der Mietzinsgestaltung. Art. 269 und 269a OR sehen Kriterien zur Bestimmung, ob ein Mietzins missbräuchlich ist, vor. Es können zwei Kategorien von Kriterien unterschieden werden: absolute und relative. Erstere führen zu einer von der früheren Mietzinsgestaltung unabhängigen Berechnung des zulässigen Mietzinses,⁴² letztere erlauben die Bestimmung der Missbräuchlichkeit des Mietzinses unter Bezugnahme

³⁵ BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 24 Rz. 59.

³⁶ FETTER (Fn. 30), Rz. 484.

³⁷ So jedoch BGE 139 III 13 E. 3.2.3.2 sowie LCHAT (Fn. 1), S. 535 ff.

³⁸ BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 24 f. Rz. 60.

³⁹ BGE 139 III 13 E. 3.1.2; LCHAT (Fn. 1), S. 535; SALOME ISABELLE DAÏNA, Le caractère abusif du loyer initial: qui doit prouver quoi?, CdB 2009 97, S. 100.

⁴⁰ BGE 139 III 13 E. 3.1.3.2.

⁴¹ So auch: LAURENT BIERI, AJP 2014 1398, S. 1400.

⁴² CPra Bail-BOHNET, Vorbem. Art. 269-270e OR N 13; BSK OR I-WEBER, Art. 269 N 5.

auf die frühere Mietzinsgestaltung.⁴³ Die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses wird grundsätzlich anhand absoluter Kriterien überprüft,⁴⁴ also anhand der Nettorendite (Art. 269 OR), der orts- und quartierüblichen Mietzinses (Art. 269a Bst. a OR) oder der Bruttorendite (Art. 269a Bst. c OR).⁴⁵

Als *Nettorendite* im Sinne von Art. 269 OR wird das Verhältnis zwischen vom Vermieter in das Mietobjekt investierten Eigenmitteln und den Mietzinseinnahmen, nach Abzug der Betriebskosten und Schuldzinsen, bezeichnet. Der Mietzins ist missbräuchlich, sofern die Nettorendite um mehr als 0,5 % höher liegt als der Referenzzinssatz für Hypotheken.⁴⁶ Folgende Tatsachen sind zur Bestimmung der Nettorendite rechtserheblich:⁴⁷

- der vom Vermieter für das Mietobjekt bezahlte Kaufpreis beziehungsweise die Baukosten des Mietobjekts;
- die vom Vermieter in das Mietobjekt investierten *Eigenmittel*;
- die vom Vermieter in das Mietobjekt investierten *Fremdmittel*;
- die Betriebs- und Unterhaltskosten;
- die vom Vermieter auf das geliehene Fremdkapital zu entrichtenden Schuldzinsen,
- der Mietzins.

Folglich trägt der Mieter die Beweislast für diese Tatsachen. In Wirklichkeit wird er jedoch nur äusserst selten in der Lage sein, den Beweis zu erbringen, denn die dazu nötigen Informationen und Beweismittel dürften sich mehrheitlich in den Händen des Vermieters befinden. Diesem Problem begegnet die Rechtsprechung mit der Einführung einer Mitwirkungspflicht des Vermieters, auf welche noch zurückzukommen ist.⁴⁸

Die Bestimmung der Nettorendite setzt weiter die Kenntnis des Referenzzinssatzes für Hypotheken sowie des Landesindex der Konsumentenpreise voraus. Hierbei handelt es sich um notorische Tatsachen, die keines Beweises bedürfen.⁴⁹

⁴³ CPra Bail-BOHNET, Vorbem. Art. 269-270e OR N 13.

⁴⁴ Grundlegend dazu: BGE 121 III 364 E. 2b; CPra Bail-BOHNET, Vorbem. Art. 269-270e OR N 14; BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 24 Rz. 59; FETTER (Fn. 30), Rz. 476; ZK OR-HIGI, Art. 270 N 59.

⁴⁵ CPra Bail-BOHNET, Vorbem. Art. 269-270e OR N 12; BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 24 Rz. 59; FETTER (Fn. 30), Rz. 484.

⁴⁶ BGE 141 III 245 E. 6.3; 125 III 421 E. 2b; 123 III 17 1 E. 6a; 122 III 257 E. 3a; BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 25 Rz. 61. Der Referenzzinssatz wird durch das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung vierteljährlich erhoben: Art. 12a VMWG.

⁴⁷ CPra Bail-BOHNET, Art. 269 OR N 6 ff.; BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 25 Rz. 61.

⁴⁸ Hiernach, S. 67 f.

⁴⁹ BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 25 Rz. 62; LCHAT (Fn. 1), S. 418.

Stützt sich der Mieter auf die *orts- und quartierüblichen Mietzinse* im Sinne von Art. 269a Bst. a OR, hat er nachzuweisen, dass der angefochtene Mietzins diese übersteigt. Der orts- und quartierübliche Mietzins wird anhand der Mietzinse für Wohn- und Geschäftsräume, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der Mietsache vergleichbar sind, bestimmt (Art. 11 Abs. 1 VMWG). Es kommen nur Objekte in Frage, die in allen diesen Punkten mit dem Mietobjekt, dessen Mietzins bestritten ist, vergleichbar sind. Eine Abwägung zwischen den Vor- und Nachteilen der verschiedenen Mietobjekte ist lediglich in diesem Rahmen zulässig.⁵⁰ Der Mieter hat also den orts- oder quartierüblichen Mietzins dadurch nachzuweisen, dass er mindestens fünf⁵¹ Mietobjekte in der gleichen Ortschaft oder im gleichen Quartier vorschlägt und für jedes Vergleichsobjekt die Lage, die Grösse, die Ausstattung, den Zustand und die Bauperiode beweist.⁵²

Stützt sich der Mieter auf das Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit, hat er den üblichen Mietzins zu beweisen.⁵³ Dabei wird er ebenfalls auf Probleme stossen, denn nur in den seltensten Fällen verfügt er über das dazu nötige Beweismaterial.

IV. Die Mitwirkungspflicht des Vermieters an der Beweisaufnahme

Die dem Mieter auferlegte Beweislast wird durch verschiedene Elemente etwas abgemildert. Wir beschränken uns im vorliegenden Beitrag auf eines dieser Elemente, nämlich die Mitwirkungspflicht des Vermieters an der Beweisaufnahme. Diese hat die Rechtsprechung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet, insbesondere für die Fälle, in denen der Vermieter alleine über die Mittel zum Beweis der entscheiderelevanten Tatsachen verfügt.⁵⁴ Nach konstanter Rechtsprechung hat der Vermieter, wenn der Mieter einen übersetzten Ertrag geltend macht, die zur Berechnung der Nettoertragsrate nötigen, in seinem Besitze befindlichen Dokumente herauszugeben.⁵⁵ Verweigert der Vermieter die Herausgabe, kann das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung daraus ableiten, dass der Mietzins in Wirklichkeit miss-

⁵⁰ BGE 141 III 569 E. 2.2.3.

⁵¹ BGE 141 III 569 E. 2.2.3; 136 III 74 E. 3.1; 123 III 317 E. 4a und 4d.

⁵² CPra Bail-BOHNET/BROQUET, Art. 269a OR N 26.

⁵³ BGer, 28.01.2008, 4A_421/2007, E. 4.

⁵⁴ BGer, 15.02.2016, 4A_461/2015, E. 3.2; BGer, 19.02.2009, 4A_576/2008, E. 2.4=DB 2009 N 25; CPra Bail-DIETSCHY, Art. 270 OR N 63; DAÏNA (Rz. 39), S. 100.

⁵⁵ BGE 139 III 13 E. 3.1.3.2; BGer, 15.02.2016, 4A_461/2015, E. 3.2; BGer, 19.02.2009, 4A_576/2008, E. 2.4=DB 2009 N 25.

bräuchlich ist.⁵⁶ Sofern das Gericht über keine Dokumente verfügt, oder die Dokumente unvollständig sind, hat es eine gesamthafte Würdigung aller ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel vorzunehmen, wobei es insbesondere das Verhalten des Vermieters und allfällige durch die Parteien eingereichte Statistiken zu berücksichtigen hat.⁵⁷ Die Rechtsprechung ist von grosser Tragweite, denn in der Praxis verfügt meist nur der Vermieter über die Beweismittel zum Nachweis der Missbräuchlichkeit des Mietzinses.

Selbst in den nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung ergangenen Entscheiden leitet das Bundesgericht die Mitwirkungspflicht des Vermieters weiterhin allein aus dem Prinzip von Treu und Glauben ab. Die Art. 160 ff. ZPO finden in diesem Zusammenhang keine Erwähnung,⁵⁸ obwohl sie eine allgemeine Mitwirkungspflicht für Parteien und Dritte betreffend alle Beweismittel und unabhängig von der anwendbaren Prozessmaxime⁵⁹ vorsehen und dem Gericht erlauben, die unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung in der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (Art. 164 ZPO). Wir sind der Ansicht, dass die Mitwirkungspflicht des Vermieters nunmehr einen Anwendungsfall dieser Bestimmungen darstellt.⁶⁰

Formell ändert die Mitwirkungspflicht nichts an der Beweislastverteilung: Bleibt die Behauptung, die Nettorendite sei übersetzt, unbewiesen, unterliegt der Mieter im Verfahren. Die Mitwirkungspflicht – oder besser gesagt: deren Nichtbeachtung durch den Vermieter – entfaltet ihre Konsequenzen zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich dem der Beweiswürdigung.⁶¹

Die Rechtsprechung für den Fall, dass der Mieter geltend macht, der angefochtene Anfangsmietzins erlaube dem Vermieter die Erzielung eines übersetzten Ertrags, kann als gefestigt bezeichnet werden. Wie ist nun aber die Lage, wenn der Mieter geltend macht, der Anfangsmietzins liege über den orts- und quartierüblichen Mietzinsen? Sucht man darauf eine Antwort, stösst man ziemlich schnell auf ein äusserst umstrittenes Urteil des Bundesgerichts vom 6. Dezember 2013⁶² (welches, wie wir dank THOMAS KOLLER wissen,

⁵⁶ BGer, 19.02.2009, 4A_576/2008, E. 2.4=DB 2009 N 25; BGE 122 III 257 E. 4b; LACHAT (Fn. 1), S. 428; FETTER (Fn. 30), Rz. 517; ZK OR-HiG, Art. 270 N 86.

⁵⁷ BGer, 01.03.2016, 4A_465/2015, E. 4.5; BGer, 15.02.2016, 4A_461/2015, E. 3.3; siehe auch: PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, Fixation du loyer initial admissible lorsque le bailleur ne fournit pas les pièces nécessaires au calcul de rendement net (arrêt 4A_461/2015), Newsletter Bail.ch, April 2016.

⁵⁸ BGE 142 III 568 E. 2.1=DB 2016 N 19; BGer, 15.02.2016, 4A_461/2015, E. 3.2.

⁵⁹ BK ZPO II-RÜETSCHI, Vorbem. Art. 160-167 N 11.

⁶⁰ So auch: KGer NE, 02.02.2016, CACIV.2015.27, E. 5.

⁶¹ BGer, 19.02.2009, 4A_576/2008, E. 2.4=DB 2009 N 25; BGE 122 III 257 E. 4b; LACHAT (Fn. 1), S. 428; FETTER (Fn. 30), Rz. 517; ZK OR-HiG, Art. 270 N 86.

⁶² BGE 139 III 13. Kritisch dazu: PHILIPPE CONOD, Contestation du loyer initial: fardeau de la preuve lorsque le bailleur s'est prévalu des loyers usuels dans la formule officielle, Newsletter Bail.ch, Februar 2013, S. 3 f., sowie BEAT ROHRER, Urteil des

gelegentlich auch als «Samichlaus-Urteil» bezeichnet wird⁶³). Darin hat das Bundesgericht die Beschwerde eines Mieters gutgeheissen, der einen gegenüber dem Vormietzins um 43 % erhöhten Anfangsmietzins angefochten hat, den Beweis der orts- und quartierüblichen Mietzinse jedoch nicht hatte erbringen können. Das Bundesgericht hat erwogen, dass es im Rahmen der Mitwirkungspflicht des Vermieters ebendiesem oblegen hätte, fünf Vergleichsobjekte vorzubringen, um den orts- und quartierüblichen Mietzins zu bestimmen, zumal der Anfangsmietzins mehr als 10 % über dem Niveau des Vormietzinses lag.⁶⁴ Uns scheint jedoch, dass das Bundesgericht hier in Wirklichkeit eine Vermutung eingeführt hat, wonach Anfangsmietzinse, die unter der Begründung der Orts- und Quartierüblichkeit um mehr als 10 % gegenüber den Vormietzinsen erhöht werden, missbräuchlich sind, und das Urteil somit auf die Frage nach der Mitwirkungspflicht des Vermieters bei der Bestimmung der orts- und quartierüblichen Mietzinse keine Antwort enthält.⁶⁵

Wie dem auch sei: Mit der Einführung der Art. 160 ff. ZPO wären eigentlich keine dogmatischen Verrenkungen mehr nötig, um die Mitwirkungspflicht des Vermieters zu begründen. In der Praxis besteht jedoch ein entscheidender Unterschied gegenüber dem Fall, in welchem der Mieter eine übersetzte Nettorendite geltend macht: Während man vom Vermieter grundsätzlich erwarten kann, dass er über die zur Berechnung der Nettorendite nötigen Dokumente verfügt,⁶⁶ ist dies nicht unbedingt der Fall für die fünf zur Bestimmung der orts- und quartierüblichen Mietzinse nötigen Vergleichsobjekte.⁶⁷ Dementsprechend kann sich der Mieter in diesem Fall weniger darauf verlassen, dass der Vermieter im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht die nötigen Dokumente liefern wird.

Bundesgerichts 4A_491/2012 vom 6. Dezember 2012, BGE 139 III 13=MRA 2/2013, S. 15 ff.

⁶³ THOMAS KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, ZBJV 150 (2014), S. 917 ff., 938.

⁶⁴ BGE 139 III 13 E. 3.2.

⁶⁵ Ähnlich sieht dies auch THOMAS KOLLER. Für ihn handelt es sich jedoch um eine Umkehr der Beweislast, nicht um eine Vermutung. Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Rechtsinstituten ist in der Praxis jedoch belanglos: BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 16 Rz. 41 ff.

⁶⁶ BGer, 15.02.2016, 4A_461/2015, E. 4.1.

⁶⁷ So auch: FETTER (Fn. 30), Rz. 521; DAÏNA (Rz. 39), S. 101.

V. Rechtshindernde Tatsachen

A. Luxusobjekt

Welche Argumente kann der Vermieter nun dem Mieter entgegenhalten? Er kann einmal geltend machen, der angefochtene Mietzins falle gar nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen. Insbesondere kann er einwenden, das Mietobjekt sei eine luxuriöse Wohnung oder ein luxuriöses Einfamilienhaus mit sechs oder mehr Wohnräumen (Art. 253b Abs. 2 OR). Unserer Ansicht nach handelt es sich dabei um eine rechtshindernde Tatsache, denn der Gesetzgeber hat die Bestimmung negativ formuliert («Die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen (Art. 269 ff.) *gelten* [...] *nicht* für...» [Hervorhebung hinzugefügt]). Es dürfte sich somit um eine Ausnahmebestimmung handeln: Die zusätzlich zu den rechtsbegründenden Tatsachen auftretende Tatsache, dass es sich um ein Luxusobjekt handelt, lässt das Recht auf Mietzinsenkung ausnahmsweise nicht entstehen.⁶⁸

Auf den Begriff des «Luxusobjekts» im Sinne von Art. 253b Abs. 2 OR möchten wir hier noch kurz etwas näher eingehen: Ein Mietobjekt fällt unter diese Bestimmung, sofern zwei Bedingungen erfüllt sind, nämlich die Mindestanzahl von sechs Wohnräumen, Küche nicht eingerechnet, und die luxuriöse Ausstattung.⁶⁹ Der Mietzins solcher Objekte wird allein durch den Markt bestimmt.⁷⁰ Um den Anwendungsbereich der Bestimmungen zum Schutz gegen missbräuchliche Mietzinse nicht über Gebühr einzuschränken, ist der Begriff des «Luxus» eng auszulegen: Das übliche Niveau des Komforts muss klar überschritten sein. Hinweise auf den luxuriösen Charakter sind die Verwendung von Marmor im Eingangsbereich, ein Schwimmbad und/oder eine Sauna, mehrere Badezimmer/Duschgelegenheiten, besonders grosszügige Zimmer oder eine besonders grosse Gesamtfläche, Umschwung oder eine besonders geschützte Umgebung. Es reicht nicht aus, wenn nur eines oder einige wenige dieser Merkmale vorhanden sind. Der Luxus muss sich aus den gesamten Umständen ergeben.⁷¹ Da es sich bei den Merkmalen

⁶⁸ BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 28 f. Rz. 70.

⁶⁹ BGer, 11.01.2016, 4A_257/2015, E. 3.1; BGer, 16.03.2004, 4C.5/2004, E. 4.1=Sem. Jud. 2004 I 385=DB 2005 N 7; BSK OR I-WEBER, Art. 253a/253b N 6; CR CO I-LACHAT, Art. 253b OR N 5; ZK OR-HIGI, Art. 253a-253b N 66.

⁷⁰ BGer, 11.01.2016, 4A_257/2015, E. 3.1; BGer, 16.03.2004, 4C.5/2004, E. 4.1=Sem. Jud. 2004 I 385=DB 2005 N 7; BSK OR I-WEBER, Art. 253a/253b N 6; ZK OR-HIGI, Art. 253a-253b N 66.

⁷¹ BGer, 11.01.2016, 4A_257/2015, E. 3.1; BGer, 16.03.2004, 4C.5/2004, E. 4.2=Sem. Jud. 2004 I 385=DB 2005 N 7; BSK OR I-WEBER, Art. 253a/253b N 7; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, Art. 253b OR N 10; CR CO I-LACHAT, Art. 253b OR N 5; ZK OR-HIGI, Art. 253a-253b N 75.

des Luxus wie dargelegt um rechtszerstörende Tatsachen handelt, trifft den Vermieter die Beweislast für deren Vorhandensein.⁷²

B. Andere Berechnungsmethode

Kann der Vermieter zur «Verteidigung» dem Mieter auch eine andere Methode zur Berechnung des Mietzinses entgegenhalten, nach welcher der angefochtene Anfangsmietzins nicht missbräuchlich ist? Die Beantwortung dieser Frage setzt voraus, dass wir uns kurz mit dem Verhältnis zwischen den verschiedenen Kriterien beschäftigen: Das Kriterium der Nettoendite hat grundsätzlich Vorrang gegenüber anderen.⁷³ Macht der Mieter geltend, die Nettoendite sei übersetzt, kann der Vermieter eigentlich nur den vom Mieter vorgebrachten Sachverhalt bestreiten. Dieser Grundsatz kennt jedoch Ausnahmen. In einigen Fällen ist das Kriterium der Nettoendite nicht ausschlaggebend und der Vermieter kann eine andere Methode einwenden, wie wir nachfolgend besprechen werden.

Wie hiervor bereits erwähnt, ist der Vermieter in jenen Kantonen, die eine Formularpflicht für den Abschluss eines Mietvertrags vorsehen,⁷⁴ an die im Formular angegebenen Erhöhungsgründe gebunden.⁷⁵ Somit kann er als rechtshindernde Tatsachen nur jene Argumente geltend machen, welche er bereits im Formular als Erhöhungsgründe angegeben hat.⁷⁶

⁷² BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 29 Rz. 71.

⁷³ PETER ZAHRADNIK, Fragen im Zusammenhang mit der Anfechtung der Anfangsmiete und der Formularpflicht, mp 2014, S. 267 ff., 282; BGE 124 III 310 E. 2b; BGer, 11.10. 2011, 4A_276/2011, E. 5.4.

⁷⁴ Gegenwärtig handelt es sich dabei um die Kantone Genf, Waadt, Neuenburg, Freiburg, Zug, Zürich und Nidwalden: ZAHRADNIK (Fn. 73), Fn. 72. Im Kanton Basel-Stadt wurde am 10. Juni 2018 eine Volksinitiative, die die Einführung der Formularpflicht vorsieht, mit einem Ja-Stimmenanteil von über 72% angenommen (Kantonale Volksinitiative «Mieterschutz beim Einzug (JA zu bezahlbaren Neumieten)»: http://www.staatskanzlei.bs.ch/politische-rechte/initiativen/zustandegekommen.html#page_section3_section4; letzte Konsultation: 13.06.2018). Wann die Formularpflicht in Kraft treten wird, war bei Redaktionsschluss des vorliegenden Beitrags noch nicht bekannt.

⁷⁵ Zur Frage, ob der Vermieter auch einen unveränderten Anfangsmietzins zu begründen hat, siehe: FRANÇOIS BOHNET, Muss bei Abschluss eines neuen Mietvertrages der Mietzins auch dann unter Verwendung des offiziellen Formulars begründet werden, wenn der Mietzins gegenüber dem vorherigen Mieter unverändert geblieben ist? CdB 2017, S. 33 ff.

⁷⁶ FETTER (Fn. 30), Rz. 484.

1. *Bruttorendite*

Wenn es sich beim Mietobjekt um eine «neuere Baute» im Sinne von Art. 269a Bst. c OR handelt, ist der Anfangsmietzins nur missbräuchlich, wenn die *Bruttorendite* übersetzt ist.⁷⁷ Eine «neuere Baute» ist ein Mietobjekt, das vor weniger als zehn Jahren erstellt (oder totalsaniert) worden ist.⁷⁸ Als *Bruttorendite* wird das in Prozenten ausgedrückte Verhältnis zwischen dem Nettomietzins und dem gesamten investierten Kapital (also ohne Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital) bezeichnet.⁷⁹ Letzterer Wert ist mit den Anlagekosten (Art. 15 VMWG) identisch.⁸⁰ Am Anfang der Lebensdauer einer Immobilie können die Betriebs- und Unterhaltskosten kaum zuverlässig ermittelt werden. Deshalb sind diese in pauschalisierter Form zu berücksichtigen, indem der zulässige Renditesatz erhöht wird. Dieser liegt bei maximal 2-2,5 % über dem Referenzzinssatz.⁸¹

Die nicht-missbräuchliche *Bruttorendite* ist in dieser Konstellation rechtshindernd, weil sie dem Recht des Mieters auf Senkung des Anfangsmietzinses aufgrund eines übersetzten Nettoertrags entgegensteht. Zur Berechnung der *Bruttorendite* gegenüber der *Nettorendite* sind keine zusätzlichen Tatsachen relevant. Der Vermieter hat also nur das Alter seiner Liegenschaft zu beweisen: Wenn der Mieter die Tatsachen, aus welchen die übersetzte *Nettorendite* hervorgeht, nicht beweisen kann, verliert er den Prozess sowieso. Allerdings hat ihm der Vermieter in aller Regel im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht die dazu nötigen Beweismittel zur Verfügung zu stellen.⁸²

2. *Orts- und quartierübliche Mietzinse*

Wenn es sich beim Mietobjekt um eine Altbaute handelt, kann der Vermieter einwenden, der Mietzins entspreche den orts- oder quartierüblichen Mietzinse (Art. 269a Bst. a OR).⁸³ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist unter einer Altbaute ein Mietobjekt zu verstehen, welches «vor mehreren

⁷⁷ BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 30 Rz. 72; FETTER (Fn. 30), Rz. 485.

⁷⁸ BSK OR I-WEBER, Art. 269a N 14; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, Art. 269a OR N 10; LACHAT (Fn. 1), S. 489; ZK OR-HIGI, Art. 269a N 146; *contra*: SVIT-K, Art. 269a OR N 88; für die Autoren des SVIT-Kommentars ist ein Mietobjekt «neuer», sofern es weniger als 15 Jahre alt ist.

⁷⁹ BSK OR I-WEBER, Art. 269a N 13; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, Art. 269a OR N 103; LACHAT (Fn. 1), S. 490; ZK OR-HIGI, Art. 169a N 152 f.

⁸⁰ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, Art. 269a OR N 102 f.; SVIT-K, Art. 269a OR N 87; ZK OR-HIGI, Art. 269a N 152.

⁸¹ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, Art. 269a OR N 106; BGE 118 II 124 E. 5.

⁸² BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 30 Rz. 72.

⁸³ FETTER (Fn. 30), Rz. 485.

Jahrzehnten gebaut[...] oder erworben[...]» worden ist.⁸⁴ Unter «vor mehreren Jahrzehnten» ist eine Zeitspanne von 30 Jahren oder mehr zu verstehen.⁸⁵ Der Vermieter kann in diesem Fall dem Mieter als rechtshindernde Tatsachen das Alter des Mietobjekts und den orts- oder quartierüblichen Mietzins entgegenhalten, wofür er die Beweislast trägt. In der Praxis dürfte dieser Fall allerdings selten sein, denn der Mieter wird den Nettomietzins kaum beweisen können, da die Beschaffung derart alter Dokumente nur sehr schwer möglich sein dürfte. Diese Beweisschwierigkeiten sind denn auch einer der Gründe, weshalb die orts- und quartierüblichen Mietzinse bei Altbauten Vorrang haben⁸⁶. Ist dem Mieter bekannt, dass das Mietobjekt schon seit Jahrzehnten dem Vermieter gehört, wird er den Mietzins wohl von Anfang an mit dem Argument der Überschreitung der orts- und quartierüblichen Mietzinse anfechten.

3. *Nettorendite*

Nun kann der Mieter nicht nur den übersetzten Ertrag geltend machen, sondern auch die Überschreitung der orts- und quartierüblichen Mietzinse. In diesem Fall kann der Vermieter einwenden, er erreiche nur eine ungenügende Nettorendite.⁸⁷ In dieser Konstellation ist der Umstand, dass die Nettorendite tiefer liegt als der um ein halbes Prozent erhöhte Referenzzinssatz, rechtshindernd. Der Vermieter trägt also die Beweislast für die Tatsachen, aus welchen die Nettorendite hervorgeht.⁸⁸

VI. **Schlussfolgerungen**

Zur Überprüfung der Mietzinse hat der Gesetzgeber ein kompliziertes System von Regeln und Ausnahmen und manchmal gar von Ausnahmen von den Ausnahmen vorgesehen. Die gleiche Regel kann je nach Situation rechtsbegründend oder rechtshindernd sein. Dementsprechend trifft je nach Situation den Mieter oder den Vermieter die Beweislast für ein- und denselben Sachverhalt.

Diese Lösung entspricht dem Grundgedanken der Beweislastverteilung, das Risiko eines wegen unvollständig gebliebener Sachverhaltsfeststellung materiell unrichtigen Urteils derjenigen Partei aufzuerlegen, für welche dies am wenigsten unbillig erscheint, nur schlecht. Es ist nicht einzusehen, inwiefern

⁸⁴ BGE 140 III 433 E. 3.1.2.

⁸⁵ BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 30 Rz. 72.

⁸⁶ BGE 139 II 13 E. 3.1.2.

⁸⁷ FETTER (Fn. 30), Rz. 486.

⁸⁸ BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 31 Rz. 73.

es unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt erscheint, wenn je nach Situation einmal der Mieter und einmal der Vermieter die Beweislast für ein- und dieselben Tatsachen trägt, obwohl in der Praxis in den allermeisten Fällen sowieso nur der Vermieter über das nötige Beweismaterial verfügt.

Die Lösung ist vom dogmatischen Gesichtspunkt aus gesehen unbefriedigend und würde zudem in der Praxis ohne Korrektur zum systematischen Unterliegen des Mieters bei Anfechtung des Anfangsmietzinses und somit zur faktischen Unanwendbarkeit einer wichtigen Bestimmung zum Schutz gegen missbräuchliche Mietzinse führen. Dem hat die Rechtsprechung durch Herleitung einer Mitwirkungspflicht des Vermieters an der Beweisaufnahme aus dem Prinzip von Treu und Glauben entgegengewirkt. Der Vermieter hat die Dokumente zu liefern, die zum Beweis der rechtserheblichen Tatsachen nötig sind und über welche nur er verfügt. Das Gericht kann im Rahmen der Beweiswürdigung eine Verletzung dieser Mitwirkungspflicht in Betracht ziehen und daraus ableiten, dass der Mietzins in Wirklichkeit missbräuchlich ist. Diese Rechtsprechung kann nunmehr auch auf Art. 160 ff. ZPO abgestützt werden. Dogmatisch handelt es sich dabei, wie das Bundesgericht jeweils betont, nicht um eine Beweislastumkehr, sondern um eine wichtige Abmilderung für den Mieter, welche im Endeffekt einer Umkehr der Beweislast sehr nahe kommt.

Das Vertragsaufhebungsrecht des Käufers aufgrund wesentlicher Vertragsverletzung des Verkäufers bei Beschaffenheitsmängeln

Ein Lösungsvorschlag für eine sachgerechte Berücksichtigung des Kriteriums der zumutbaren Verwendbarkeit oder Absetzbarkeit der mangelhaften Ware durch den Käufer

CHRISTOPH BRUNNER/DAVID MÖCKLI*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	76
II.	Gegenüberstellung der typischen Interessen von Verkäufer und Käufer	80
	A. Typische Verkäuferinteressen	80
	B. Typische Käuferinteressen.....	82
	C. Beurteilung der typischen Interessenlage und Vorschlag von Beweislastregeln, je nachdem, ob Massenware vorliegt oder nicht	83
	1. Massenware.....	83
	2. Keine Massenware	86
III.	Rechtsprechung.....	87
	A. Fallkonstellation «Massenware»	87
	1. Kobaltsulfat (Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. April 1996; CISG-online Nr. 135).....	87
	2. Tiefkühlfleisch (Urteil des Bundesgerichts vom 28. Oktober 1998, CISG-online Nr. 413).....	89
	3. Walzdraht (Urteil des Bundesgerichts 4A_264/2013 vom 23. September 2013 [Walzdraht I]; Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 [Walzdraht II])	90
	4. Edelstahlblech (Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Januar 2004, CISG-online Nr. 918)	93

* Prof. Dr. CHRISTOPH BRUNNER, LL.M. (Berkeley), Rechtsanwalt in Bern, Lehrbeauftragter an der Universität Bern; MLaw DAVID MÖCKLI, Zivilistisches Seminar, Universität Bern.

5. Kompressoren für tragbare Klimaanlage (US Court of Appeals, 2 nd Circuit, 6. Dezember 1995, CISG-online Nr. 140).....	94
6. Nachgezuckerter Wein (Cour de Cassation, 23. Januar 1996, CISG-online Nr. 159).....	95
7. Gerollte Metallbleche (Cour de Cassation, 26. Mai 1999, CISG-online Nr. 487).....	95
B. Fallkonstellation «keine Massenware» (Unikate; Einzelanfertigungen und dgl.).....	96
1. Einrichtung eines Eiscafés (Urteil des Oberlandesgerichtes Hamburg [Hanseatisches Oberlandesgericht] vom 25. Januar 2008, CISG-online Nr. 1681).....	96
2. Abfüllanlage (Urteil des Bundesgerichts vom 18. Mai 2009, CISG-online Nr. 135).....	97
3. Kunstwerk «New Coke 1985» von Andy Warhol (Oberster Gerichtshof, 16. Dezember 2015, CISG-online Nr. 2663).....	98
C. Rechtsprechung nach nationalen Kaufrechten (rechtsvergleichende Aspekte).....	99
1. Deutschland (Einbauküchen-Fall).....	99
2. Schweiz (Whirlpool-Fall).....	102
3. England (The Hansa Nord - Zitrusfruchtfleischgranulat).....	103
IV. Fazit.....	107

I. Einleitung

Den Anlass zu diesem Beitrag gaben die «Walzdraht-Entscheide» des Bundesgerichts aus dem Jahr 2013 und 2015¹. Die ausgesprochen verkäuferfreundliche Grundhaltung der Entscheide wurde vom Jubilar in seiner Analyse der akkreditivrechtlichen Aspekte kritisiert. Er hat aber auch darauf hingewiesen, dass «*der gelieferte Walzdraht nicht unerhebliche Qualitätsmängel aufzuweisen [schien]*» – im Zentrum der Entscheide stand die vertraglich vereinbarte Mindestzugfestigkeit und eine schliesslich festgestellte Mangelhaftigkeit von rund 83 % des Walzdrahtes². Der Jubilar stellte die – wie wir meinen – rhetorische Frage: «*War es wirklich sachgerecht, die Schwelle der Wesentlichkeit so hoch anzusetzen? Oder anders gewendet: Verdient eine*

¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_264/2013 vom 23. September 2013 (Walzdraht I); Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 (Walzdraht II). Zu diesen Entscheiden sowie denjenigen der Vorinstanz (Handelsgericht des Kantons Zürich) siehe unten III. A. 3.

² Urteil des Bundesgerichts 4A_264/2013 vom 23. September 2013, Sachverhaltsdarstellung in Ziff. A.h.

Verkäuferin, die solche Vertragsverletzungen begeht, wirklich Schutz vor der Vertragsaufhebung?» An anderer Stelle wurde bereits die Meinung vertreten, dass diese Frage mit einem klaren «nein» beantwortet werden sollte³.

Die Frage, ob eine vertragswidrige Beschaffenheit der Ware als wesentliche Vertragsverletzung im Sinne von Art. 25 CISG zu qualifizieren ist, ist von praktischer Bedeutung, da dem Käufer nur in diesem Fall ein Aufhebungsrecht zusteht (Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG). Er kann dieses bekanntlich nicht durch Nachfristansetzung erzwingen (vgl. Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG, wonach eine Nachfristansetzung nur im Fall der Nichtlieferung möglich ist)⁴.

Der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar. Nach der in Art. 25 CISG enthaltenen Definition muss die vertragstreue Partei infolge der Vertragsverletzung einen Nachteil erleiden, der ein solches Ausmass hat, dass ihr Interesse an der Durchführung des Vertrags im Wesentlichen entfällt. Es ist die Aufgabe von Rechtsprechung und Lehre, mittels Fallgruppen sowie praxistauglichen und möglichst vorhersehbaren Kriterien die mit der Anwendung von Art. 25 CISG im Einzelfall verbundene Rechtsunsicherheit auf ein Minimum zu reduzieren. Eine Statuierung von konkreten Anwendungskriterien muss sich an der *ratio legis* der Bestimmung ausrichten und in diesem Rahmen einen sachgerechten Interessenausgleich zwischen Verkäufer und Käufer herbeiführen.

³ CHRISTOPH BRUNNER, in: Christoph Brunner/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2013 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, Jusletter vom 24. November 2014 Rz. 1 ff. (im Folgenden BRUNNER, Rechtsprechung 2013) bzw. DERS., in: Christoph Brunner/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2015 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, Jusletter vom 17. Oktober 2016 Rz. 1 ff. (im Folgenden BRUNNER, Rechtsprechung 2015).

⁴ Siehe YESIM M. ATAMER/MIRIAM EGGEN, Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht, ZBJV 153/2017 S. 767; CHRISTOPH BRUNNER/BENJAMIN LEISINGER, in: SHK-Stämpfli Handkommentar, UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl. 2014, N 14 zu Art. 25 CISG (im Folgenden SHK-BRUNNER/LEISINGER bzw. generell SHK-BRUNNER/BEARBEITER); BEATE GSELL, in: Kommentar zum UN-Kaufrecht, Heinrich Honsell (Hrsg.), 2. Aufl. Berlin 2009, N 39 zu Art. 25 CISG (im Folgenden HONSELL/GSELL); ULRICH MAGNUS, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung von Ulrich Magnus 2018, Berlin 2018, N 21 zu Art. 49 CISG (im Folgenden STAUDINGER/MAGNUS); MARKUS MÜLLER-CHEN, in: SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, 4. Aufl. 2016, N 8 zu Art. 49 CISG; HANNS-CHRISTIAN SALGER, in: International einheitliches Kaufrecht, Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG von Wolfgang Witz/Hans-Christian Salger/Manuel Lorenz, 2. Aufl. Frankfurt am Main 2016, N 4 zu Art. 49 CISG; ULRICH SCHROETER, in: SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, 4. Aufl. 2016, N 49 zu Art. 25 CISG (im Folgenden SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER).

Bei Beschaffenheitsmängeln⁵ wird Wesentlichkeit nur bei schwerwiegenden Mängeln bejaht⁶. Zwar haben in erster Linie die Parteien die Möglichkeit, vertraglich festzulegen, welche Sachmängel eine wesentliche Vertragsverletzung darstellen und somit den Käufer berechtigen sollen, den Kaufvertrag aufzuheben. In der Regel wird eine solche Vereinbarung jedoch nicht getroffen⁷. Es ist daher zu prüfen, inwiefern der Vertragszweck aus objektiver Sicht durch die Vertragsverletzung beeinträchtigt wird⁸. Wie anschliessend illustriert wird, *verlangen gemäss konstanter Rechtsprechung deutsche und schweizerische Gerichte – so etwa auch das Bundesgericht im eingangs erwähnten Walzdraht-Fall – für die Bejahung der Wesentlichkeit, dass die mangelhafte Ware einer anderweitigen Verarbeitung oder Verwendung durch den Käufer nicht zugänglich ist und auch der Absatz der mangelhaften Ware durch den Käufer im gewöhnlichen Geschäftsverkehr, wenn auch etwa mit einem Preisabschlag, ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht möglich oder zumutbar ist*⁹. Generell wird in der deutschsprachigen Rechtsprechung und Kommentarliteratur überwiegend angenommen, es liege kein wesentlicher Vertragsbruch vor, wenn die mangelhafte Ware noch in zumutbarer Weise – ggf. mit einem Preisnachlass – verwendbar ist bzw. weiterverarbeitet werden kann oder absetzbar (weiterveräusserbar) ist; insofern erscheine es als angemessen, die Rechtsbehelfe des Käufers auf Minderung und/oder Schadenersatz zu beschränken¹⁰. Die deutsche bzw. schweizerische Rechtspre-

⁵ Beschaffenheitsmängel liegen bei Waren vor, die im Sinne von Art. 35 CISG vorab bezüglich «Qualität und Art» («quality and description») nicht den Anforderungen des Vertrags (Art. 35 Abs. 1) oder den objektiven Mindeststandards (Art. 35 Abs. 2) entsprechen.

⁶ Siehe etwa die Kasuistik bei SHK-BRUNNER/LEISINGER (Fn. 4), N 17 zu Art. 25 CISG m.w.H.; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 4), N 9 zu Art. 25 CISG; UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016, Art. 25 CISG, S. 114 ff., http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests.html (besucht am 25. Mai 2018).

⁷ Vgl. SÖRREN CLAAS KIENE, Vertragsaufhebung und Rücktritt des Käufers im UN-Kaufrecht und BGB, Baden-Baden 2010, S. 97.

⁸ HONSELL/GSELL (Fn. 4), N 12 zu Art. 25 CISG; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 4), N 13 zu Art. 25 CISG.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_264/2013 vom 23. September 2013 E. 3.1.3 (Walzdraht I); Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.1, 6.2 (Walzdraht II; unten III. A. 3.); Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. April 1996, CISG-online Nr. 135, E. II. 2. c) aa, dd) (Kobaltsulfat-Fall; unten III. A. 1.).

¹⁰ SHK-BRUNNER/LEISINGER (Fn. 4), N 17 zu Art. 25 CISG; URS PETER GRUBER, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3: Schuldrecht, Besonderer Teil I §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG, 7. Aufl. München 2016, N 22 zu Art. 25 CISG (im Folgenden MünchKomm/GRUBER); HONSELL/GSELL (Fn. 4), N 43 zu Art. 25 CISG; BURGHARD PILTZ, UN-Kaufrecht, 3. Aufl. Heidelberg 2001, Rz. 271; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER (Fn. 4), N 51 zu Art. 25 CISG m.w.H.; Siehe etwa auch Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.1: «Der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG ist

chung ist vorab aus diesem Grund in der Annahme einer wesentlichen Vertragsverletzung infolge von Beschaffenheitsmängeln zurückhaltender als Entscheidungen aus Frankreich oder den USA¹¹. Käufer könnten versuchen, bei den Vertragsverhandlungen die Aufnahme einer entsprechenden vertraglichen Klausel zu verlangen, was aber wohl regelmässig verhandlungstechnisch nicht realistisch ist¹².

Es stellt sich damit die Frage, ob die Voraussetzung des Fehlens einer zumutbaren Verwendbarkeit bzw. Absetzbarkeit der mangelhaften Ware durch den Käufer für die Bejahung des Vertragsaufhebungsrechts aufgrund wesentlicher Vertragsverletzung aufgegeben werden sollte oder ob der Anwendungsbereich bzw. die Anwendungskriterien dieses Erfordernisses sinnvoll eingegrenzt werden sollten.

Der vorliegende Beitrag zeigt, dass das genannte Erfordernis in gewissen Fallkonstellationen durchaus ein sachgerechtes Voraussetzungsmerkmal für das Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung darstellen kann. Allerdings ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass beim Verkauf von Massware (standardisierte Ware) bei schwerwiegenden Mängeln eine zumutbare

restriktiv auszulegen. Bei Zweifeln, ob eine wesentliche Vertragsverletzung gegeben ist, ist davon auszugehen, dass eine solche nicht vorliegt (...). Das UN-Kaufrecht geht vom Vorrang der Vertragserhaltung aus: Der Vertrag soll im Zweifel auch bei Störungen Bestand haben, die Vertragsaufhebung hingegen die Ausnahme sein. Der Käufer soll in erster Linie die anderen Rechtsbehelfe, namentlich Minderung und Schadenersatz, in Anspruch nehmen, während die Rückabwicklung ihm als letzte Möglichkeit zur Verfügung steht, um auf eine Vertragsverletzung der anderen Partei zu reagieren, die so gewichtig ist, dass sie sein Erfüllungsinteresse im Wesentlichen entfallen lässt. Ob die Vertragsverletzung nach dem dargelegten Massstab wesentlich und die schärfste Sanktion der Vertragsaufhebung gerechtfertigt ist, hängt dabei entscheidend von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.»

¹¹ Vgl. ANDREA K. BJÖRKLUND, in: UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Stefan Kröll/Loukas Mistelis/Pilar Perales Viscasillas (Hrsg.), 2. Aufl. München Oxford Baden-Baden 2018, Rz. 6 zu Art. 25 CISG (im Folgenden KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS/BJÖRKLUND); MIRJAM EGGEN, Die Vertragsaufhebung nach CISG, in: Jusletter 27. Februar 2017 S. 7 m.w.H.; vgl. auch BRIGITTA LURGER, Die wesentliche Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG, IHR 3/2001, S. 97.

¹² ALLISON E. BUTLER, Caveat Emptor: Remedy-Oriented Approach Restricts Buyer's Right to Avoidance Under Article 49(1)(a) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und Warenvertriebs (IHR) 5/2003 S. 212 empfiehlt den Käufern, sich gegenüber der besagten Rechtsprechung deutschsprachiger Gerichte vertraglich durch folgende Klausel abzusichern: «*Seller shall strictly adhere to all terms of the Agreement. If the product delivered by the Seller fails to comply with said terms of the Agreement or fails to conform to the Buyer's satisfaction, even if said non-conformity still permits usage of said product by the Buyer, then said non-conformity as described herein shall constitute a fundamental breach of this Agreement. Seller hereby agrees to waive its right to cure said defects unless requested by the Buyer.*» Vgl. auch KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS/BJÖRKLUND (Fn. 11), Rz. 17 zu Art. 25 CISG.

Verwendbarkeit bzw. Absetzbarkeit durch den Käufer unter Abwägung der betroffenen Verkäufer- und Käuferinteressen nur ausnahmsweise bejaht werden sollte.

Im Folgenden (II.) werden die typischen Interessen von Verkäufer und Käufer einander gegenübergestellt und unter Verwendung der Fallgruppe «*Massenware*» sowie von *Beweislastregeln* Kriterien vorgeschlagen, um den Anwendungs- bzw. Wirkungsbereich des erwähnten Erfordernisses sachgerecht einzuschränken. Es wird die These aufgestellt, dass je nach Fallkonstellation die typischen Verkäufer- bzw. Käuferinteressen unterschiedlich ins Gewicht fallen oder überhaupt nicht Beachtung finden sollten. Entsprechend kommt der Frage, ob die mangelhafte Ware durch den Käufer in zumutbarer Weise verwendbar bzw. absetzbar ist, je nach Konstellation eine unterschiedliche Bedeutung zu, welche durch eine sachgerechte Beweislastregelung reflektiert werden sollte.

Anschliessend (III.) wird in einer Analyse einschlägiger CISG-Entscheide und einzelner unter nationalen Kaufrechten ergangener Entscheide die Problematik illustriert und der vorgeschlagene Lösungsansatz einem «Tauglichkeitstest» unterzogen.

Im Fazit (IV.) wird der vorgeschlagene Lösungsansatz zur Berücksichtigung der Frage der Verwendbarkeit bzw. Absetzbarkeit der mangelhaften Ware durch den Käufer im Rahmen von Art. 25 CISG im Lichte des Rechtsprechungsteils abschliessend gewürdigt.

II. Gegenüberstellung der typischen Interessen von Verkäufer und Käufer

A. Typische Verkäuferinteressen

Die teilweise rigorose Anwendung des Kriteriums der zumutbaren Absetzbarkeit oder Verwertbarkeit durch den Käufer in der Rechtsprechung deutschsprachiger Gerichte zu Art. 25 i.V.m. Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG (Aufhebungsrecht des Käufers bei Beschaffenheitsmängeln) scheint massgeblich durch die sogenannte *ultima ratio*-Doktrin geprägt zu sein. Danach ist der Vertrag so lang als nur möglich aufrecht zu erhalten, um so dessen Rückabwicklung zu verhindern¹³. Mit der Einschränkung des Vertragsaufhebungsrechts soll der

¹³ PETER HUBER, Typically German? Two Contentious German Contributions to the CISG, *Belgrade Law Review* 2011 S. 151; HONSELL/GSELL (Fn. 4), N 43 zu Art. 25 CISG; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6. Aufl. Tübingen 2016, Rz. 331; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER (Fn. 4), N 51 zu Art. 25 CISG

im internationalen Handel typischerweise aufwendige, risikobehaftete und kostspielige Rücktransport der mangelhaften Ware verhindert werden. Wurde die Ware dem Käufer geliefert, so kann die Vertragsaufhebung den grenzüberschreitenden Rücktransport der Ware zum Verkäufer nach sich ziehen. Damit sind regelmässig erhebliche Transport-, Lagerungs- und Versicherungskosten sowie zoll- und devisenrechtliche Schwierigkeiten und Risiken verbunden. Ausserdem soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Verkäufer vermutungsweise mehr Schwierigkeiten haben wird als der Käufer, die mangelhafte Ware im Land des Käufers zu verkaufen bzw. den verbliebenen wirtschaftlichen Wert so gut als möglich auszuschöpfen, wenn sich diese bereits dort befindet¹⁴. Vor diesem Hintergrund hat der Verkäufer ein Interesse, einen bedeutenden logistischen und finanziellen Aufwand durch Rückabwicklung zu vermeiden, dass also die Vertragsaufhebung eben nur als «ultima ratio» zugelassen wird, wenn andere Rechtsbehelfe wie Minderung und Schadenersatz nicht zu einem «angemessenen» Interessensausgleich führen¹⁵.

Weiter ist der Verkäufer davor zu schützen, dass der Käufer den Vertrag aufgrund von «Kleinigkeiten» aufheben kann¹⁶. Der Verkäufer soll insbesondere davor geschützt werden, dass der Käufer einen (nicht schwerwiegenden) Mangel als Vorwand nimmt, um den Vertrag in Tat und Wahrheit nicht wegen des Mangels, sondern eines bereits bei Vertragsschluss bestehenden unvorteilhaften Geschäftsabschlusses oder einer seit Vertragsschluss eingetretenen negativen Marktpreisentwicklung aufzuheben¹⁷.

In diesem Sinn soll der Verkäufer gemäss Art. 25 CISG davor geschützt werden, dass der Käufer den Vertrag aufheben kann, wenn der Vertragszweck

m.w.H.; NILS SCHMIDT-AHRENDTS, Das Verhältnis von Erfüllung, Schadenersatz und Vertragsaufhebung im CISG, Tübingen 2007, S. 36; Urteil des Bundesgerichts 4C.179/1998 vom 28. Oktober 1998 (CISG-online Nr. 413) E. 2b insb. unter Hinweis auf den Kobaltsulfat-Fall des Bundesgerichtshofs (siehe unten III. A. 1.): «Dabei ist im Auge zu behalten, dass das UN-Kaufrecht vom Vorrang der Vertragserhaltung ausgeht: Der Vertrag soll im Zweifel auch bei Störungen Bestand haben, die Vertragsaufhebung hingegen die Ausnahme sein (...). Der Käufer soll in erster Linie die anderen Rechtsbehelfe, namentlich Minderung und Schadenersatz, in Anspruch nehmen, während die Rückabwicklung ihm als letzte Möglichkeit zur Verfügung steht, um auf eine Vertragsverletzung der anderen Partei zu reagieren, die so gewichtig ist, dass sie sein Erfüllungsinteresse im Wesentlichen entfallen lässt (...).»

¹⁴ KIENE (Fn. 7), S. 100 f.; EGGEN (Fn. 11), S. 8 f.

¹⁵ Vgl. hierzu JUAN CARLOS DASTIS, Das Rücktrittsrecht des Käufers im Europäischen Privatrecht, 2016, S. 253, wonach dieser Umstand «in allen Urteilen und Kommentierungen zu Art. 49 CISG stets betont wird»; NINA FREIBURG, Das Recht auf Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht, 2000, S. 49; HUBER (Fn. 13), S. 151.

¹⁶ Siehe diesbezüglich für das englische Recht unten III. C. 3.

¹⁷ Siehe dazu illustrativ den Entscheid *Cehave N.V. v Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. (The Hansa Nord)* [1976] QB 44 Court of Appeal, unten III. C. 3.

aus objektiver Sicht durch die Vertragsverletzung nicht erheblich beeinträchtigt ist.

B. Typische Käuferinteressen

Ausgangspunkt für die typischen Käuferinteressen ist die Feststellung, dass zusätzliche Kosten, Lasten und Risiken, die infolge der Vertragswidrigkeit der Ware anfallen, nach dem Verursacherprinzip grundsätzlich nicht vom Käufer, sondern vom Verkäufer getragen werden sollten. Dem Käufer sollte nicht die mühselige und risikobehaftete Aufgabe verbleiben, seine Aufwendungen und Auslagen als Schadenersatz bei einem möglicherweise geographisch ebenso weit entfernten wie unkooperativen Verkäufer einzutreiben, wenn dies nicht angesichts eines «angemessenen» Interessenausgleichs unumgänglich ist¹⁸.

Wird das Recht zur Vertragsaufhebung verneint, trägt der Käufer das Risiko, den aufgrund der Mangelhaftigkeit bestehenden Wertverlust entweder als Minderung oder Schadenersatz geltend zu machen, zu beziffern, zu beweisen und vom Verkäufer einzutreiben. Die erwähnte *ultima ratio*-Doktrin lässt dieses Risiko weitgehend unberücksichtigt («*Der Vertrag soll im Zweifel auch bei Störungen Bestand haben, die Vertragsaufhebung hingegen die Ausnahme sein (...). Der Käufer soll in erster Linie die anderen Rechtsbehelfe, namentlich Minderung und Schadenersatz, in Anspruch nehmen, während die Rückabwicklung ihm als letzte Möglichkeit zur Verfügung steht (...)*»¹⁹) und blendet damit praktische Schwierigkeiten des Käufers bei der Rechtsdurchsetzung seines Minderungs- oder Schadenersatzanspruchs aus. In der Praxis ist diese allerdings oft mit diversen erheblichen Schwierigkeiten und Risiken verbunden. So kann es bei Massenwaren (Rohstoffen, Halbfabrikaten und anderen standardisierten Waren), die erheblichen Marktschwankungen unterliegen, schwierig sein, den Minderwert der Mangelhaftigkeit vom Wertverlust durch Rückgang des Marktwerts seit Vertragsschluss abzugrenzen und zu beweisen. Will der Käufer Schadenersatz infolge Minderwert verlangen, muss er zudem die Schadensminderungspflicht (Art. 77 CISG) beachten und läuft generell Gefahr, den Schadensnachweis nicht oder nicht voll erbringen zu können. Dies spricht gegen eine zu strenge Handhabung des Kriteriums der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung bei Beschaffenheitsmängeln. Für die Beurteilung der Frage, ob ein angemessener Interessenausgleich vorliegt, wenn dem Käufer die Vertragsaufhebung versagt wird und er auf andere Rechtsbehelfe wie Minderung und

¹⁸ MICHAEL BRIDGE, *The International Sale of Goods*, 4. Aufl. Oxford 2017, S. 670.

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.179/1998 vom 28. Oktober 1998 (CISG-online Nr. 413) E. 2b insb. unter Hinweis auf den Kobaltsulfat-Fall des Bundesgerichtshofs (siehe unten III. A. 1.).

Schadenersatz verwiesen wird, darf daher nicht bloss auf das (theoretische) Vorliegen anderer Rechtsbehelfe (Minderung, Schadenersatz) verwiesen werden, sondern es müssen die damit verbundenen erheblichen Schwierigkeiten und Risiken gebührend mitberücksichtigt werden.

C. Beurteilung der typischen Interessenlage und Vorschlag von Beweislastregeln, je nachdem, ob Massenware vorliegt oder nicht

Eine Gegenüberstellung der typischen Verkäufer- und Käuferinteressen kann aufgrund der folgenden Kriterien erfolgen:

- Welche Partei soll das Risiko der Verwendbarkeit der mangelhaften Ware tragen?
- Ist im Fall einer Vertragsaufhebung ein Rücktransport zum Versendungs-ort (im Fall eines Versendungskaufs) überhaupt notwendig, oder kann dem Verkäufer zugemutet werden, allenfalls mittels Zuziehung von Dritten, die mangelhafte Ware weiter abzusetzen oder zu verwerten?
- Ist es sachgerecht, dass der Käufer die Last und Kosten sowie das Risiko tragen muss, die Werteinbusse der mangelhaften Ware beweisen zu müssen?

Die zentrale Prämisse des primären typischen Verkäuferinteresses ist, dass die Aufhebung des internationalen Kaufvertrags zu einem grossen finanziellen und logistischen Aufwand führt, und dass der Verkäufer ein legitimes und schützenswertes Interesse hat, dass ein solcher Aufwand vermieden wird. Ob indessen in jeder Situation im Sinne einer tatsächlichen Vermutung davon auszugehen ist, dass ein solcher Aufwand entsteht, ist mehr als fraglich. Im Vordergrund steht hier aber nicht etwa der Spezialfall des Kaufs von Software, wo offensichtlich ist, dass ein solcher Aufwand typischerweise nicht entstehen kann²⁰, sondern der praktisch sehr häufige Fall des Verkaufs von Massenware.

1. Massenware

Die Berücksichtigung des Rückabwicklungsaufwands im Rahmen der Abwägung der Verkäufer- und Käuferinteressen erscheint generell bei Massenware (Rohstoffe, Halbfabrikate und andere standardisierte Ware mit gängigem Marktwert) auch im Fall eines Distanzkaufs als ungerechtfertigt. Bei Mas-

²⁰ KIENE (Fn. 7), S. 105.

senware sollte aufgrund einer Abwägung der (übrigen) Verkäufer- und Käuferinteressen in der Regel dem Verkäufer die Last und das Risiko der Verwertbarkeit überbunden werden. In der heutigen hochspezialisierten weltweiten Dienstleistungsgesellschaft darf aufgrund einer tatsächlichen Vermutung davon ausgegangen werden, dass der Verkäufer von Massenware entweder selber oder durch von ihm beigezogene Dritte die Ware anderweitig verwenden (weiterveräußern) kann, und dies meistens ohne Rücktransport der Ware an den Herstellungsort oder Versandungsort.

Es erscheint in diesem Zusammenhang auch nicht als sachgerecht, dem Verkäufer das Risiko und die Last der Absetzbarkeit (Weiterverkauf) der mit einem schwerwiegenden Mangel behafteten Ware nur dann zuzuschieben, wenn er über ein ausgebautes Vertriebsnetz oder einen Kundenstamm verfügt (womöglich noch im Land des Lageorts), oder wenn die Absetzbarkeit für ihn im Vergleich zum Käufer leichter oder gleich schwer ist²¹. All dies sollte grundsätzlich belanglos sein. Die Last, die mangelhafte Ware anderweitig abzusetzen, sollte grundsätzlich der Verkäufer tragen. Eine Umkehr dieser Last vom Verkäufer auf den Käufer sollte nur dann angenommen werden, wenn der Verkäufer darlegt und beweist (*Substanziierungs- und Beweislast des vertragswidrigen Verkäufers*²²), dass eine Verwendung²³ oder ein Weiter-

²¹ In diesem Sinne aber wohl MünchKomm/GRUBER (Fn. 10), Rz. 22 zu Art. 25 CISG; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER (Fn. 4), N 50 ff., N 54 zu Art. 25 CISG; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 4), N 27 zu Art. 25 CISG.

²² Explizit a.M. Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.2.2, 6.3 (Walzdraht II).

²³ Man könnte sich fragen, ob zwischen der zumutbaren eigenen Verwendbarkeit durch den Käufer einerseits und eines zumutbaren Weiterverkaufs durch den Käufer an Dritte andererseits zu differenzieren ist, indem im ersten, nicht aber im zweiten Fall dem Käufer dennoch die entsprechende Beweislast überbunden würde, etwa aufgrund der grösseren Beweishöhe des Käufers. Tatsachen aus dem eigenen Zuständigkeitsbereich, die ihr deutlich besser als der anderen Partei bekannt sein müssen, muss grundsätzlich diejenige Partei nachweisen, die die Herrschaft über diesen Bereich hat (STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 4], N 69 zu Art. 4 CISG). Bei Massenware erscheint indessen eine solche Differenzierung als nicht sachgerecht, wenn im Übrigen ein schwerwiegender Mangel nachgewiesen ist. Die zumutbare Verwendbarkeit kann als Ausnahmeregel verstanden werden, die von derjenigen Partei zu beweisen ist, welche diese anruft (STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 4], N 68 zu Art. 4 CISG). Ferner müsste der Käufer ja beweisen, dass die eigene Verwendung der mangelhaften Ware nicht zumutbar ist. Dies kann als unbestimmte negative Tatsache angesehen werden (Lehrbuchbeispiel: Beweis, dass ein Konkurrenzverbot nicht verletzt wurde), wo der Beweis nur durch eine grosse (oder gar unendliche) Anzahl positiver Umstände dargelegt werden müsste, um die negative Tatsache lückenlos zu beweisen. Unbestimmte negative Tatsachen sind nicht von dem zu beweisen, der daraus ein Recht ableitet. Auch dieser Aspekt spricht gegen die Differenzierung, auch wenn eine klare Abgrenzung von unbestimmten und bestimmten Negativa (wo keine Beweislastumkehr greift) nicht möglich ist (zum Ganzen TARKAN GÖKSU, in: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2016, N 19 zu Art. 8 ZGB).

verkauf der mangelhaften Ware durch den Käufer offenkundig unverhältnismässig leichter ist als eine Verwertung (Weiterverkauf) durch den Verkäufer, und zwar selbst dann, wenn vom Verkäufer grundsätzlich verlangt wird, dass er für die Absetzbarkeit auf seine Kosten Dritte zuzieht²⁴. Dem Käufer steht der Gegenbeweis offen. Zudem hat der Käufer die Fakten betreffend das Schicksal der Ware nach der Annahme bis zum jeweils aktuellen Zeitpunkt offen zu legen. Versäumt er dies, dürfte ihm regelmässig der Beweis der Schwere der Vertragsverletzung misslingen oder es ist von einer Beweislastumkehr auszugehen. Infolge einer «*adverse inference*»²⁵ bzw. einer nachteiligen Schlussfolgerung ist zu vermuten, dass der Käufer die Ware in zumutbarer Weise selber verwenden oder absetzen konnte.

Behauptet der Verkäufer, die – vom Käufer bewiesene, an sich schwerwiegende – mangelhafte Beschaffenheit habe für die Verwendbarkeit durch den Käufer keine erhebliche Bedeutung, was impliziert, dass dem Käufer zuzumuten ist, die Ware selbst zu verwenden, so trägt der Verkäufer dafür ebenfalls die Beweislast.

Abgesehen vom Kriterium der Verwendbarkeit bzw. Absetzbarkeit der mangelhaften Ware trägt natürlich der Käufer die Beweislast für das Vorliegen eines schwerwiegenden Mangels²⁶.

Diese Beweislastregeln sind direkt aus dem CISG (Art. 25) abzuleiten²⁷. Dogmatisch kann die vorgeschlagene Beweislastverteilung für das Kriterium der zumutbaren Verwendbarkeit bzw. Absetzbarkeit der mangelhaften Ware durch den Käufer auf das Vorliegen einer gesetzlichen, durch Auslegung von Art. 25 CISG abzuleitenden Tatsachenvermutung (Fallkonstellation: Massenware)²⁸ sowie das Bestehen einer Ausnahmeregelung (oder rechtshindernden Tatsache), welche von der Partei zu beweisen ist, die diese Tatsache anruft, gestützt werden.

²⁴ Siehe dazu auch unten III. A. 1. *in fine*.

²⁵ Vgl. GREENBERG/LAUTENSCHLAGER, *Adverse Inferences in International Arbitral Practice*, ICC International Court of Arbitration Bulletin 22-2/2011 S. 43 ff.

²⁶ Vgl. KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS/BJÖRKLUND (Fn. 11), Rz. 19 zu Art. 25 CISG.

²⁷ H.M.; siehe SHK-BRUNNER/MURMANN/STUCKI (Fn. 4), N 56 zu Art. 4 CISG; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 4), N 63 zu Art. 4 CISG; FRANCO FERRARI, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG)*, 6. Aufl. 2013, N 49 zu Art. 4 CISG.

²⁸ Vgl. zu Art. 8 ZGB, wobei dies unter dem CISG gleichermaßen gelten sollte: GÖKSU (Fn. 23), N 18 zu Art. 8 ZGB.

2. Keine Massenware

Keine Massenware liegt insbesondere dann vor, wenn Kaufgegenstand ein Unikat ist oder die Ware auf spezifische Bedürfnisse des Käufers zugeschnitten ist (z.B. Einzelanfertigung)²⁹. In solchen Konstellationen erscheint es zunächst als sachgerecht, zwischen dem Kriterium einer zumutbaren eigenen Verwendbarkeit durch den Käufer und einer zumutbaren Absetzbarkeit (Weiterverkauf) durch den Käufer zu differenzieren³⁰. Im Unterschied zu Massenwaren fällt bei Unikaten oder Einzelanfertigungen der Umstand ins Gewicht, dass die Ware vermutungsweise nicht leicht weiterverkauft werden kann. Daher scheint es als sachgerecht, vom Käufer grundsätzlich den Nachweis zu verlangen, dass er die mangelhafte Ware nicht in zumutbarer Weise *selbst verwenden* kann (insofern: Beweislast des Käufers)³¹. An diesen Nachweis sollten indessen keine allzu strengen Voraussetzungen geknüpft werden, insbesondere wenn der Käufer bereits das Vorliegen einer – ansonsten – schwerwiegenden Vertragsverletzung nachgewiesen hat oder die Umstände die Unzumutbarkeit einer eigenen Verwendung nahe legen.

Hinsichtlich der Frage eines zumutbaren Weiterverkaufs (Absetzbarkeit an Dritte), sollte indessen wiederum die gleiche Beweislastregel gelten wie bei Massenware. Ist das Vorliegen eines schwerwiegenden Mangels (auch unter Berücksichtigung der fehlenden eigenen Verwendbarkeit) erstellt, ist eine wesentliche Vertragsverletzung zu bejahen, es sei denn, der Verkäufer vermöge nachzuweisen (*Substanziierungs- und Beweislast des vertragswidrigen Verkäufers*), dass ein Weiterverkauf (Absetzbarkeit an Dritte) durch den Käufer unverhältnismässig leichter ist als durch den Verkäufer, und zwar selbst dann, wenn vom Verkäufer grundsätzlich verlangt wird, dass er für die Absetzbarkeit auf seine Kosten Dritte zuzieht. Typischerweise wird in einer Konstellation, wo die mangelhafte Ware für die eigene Produktion bzw. die

²⁹ Gemäss Art. 3 CISG findet das UN-Kaufrecht nicht nur auf Verträge über bereits fertig gestellte Waren Anwendung, sondern auch auf solche über erst zu erzeugende oder herzustellende Waren. Dabei ist an sich gleichgültig, ob die herzustellende Ware individuell für den Käufer zu fertigen ist (z.B. Spezialmaschine) oder ob es sich um standardisierte Ware handelt. Die Gleichstellung (und Unterstellung unter das CISG) gilt allerdings nur, soweit der Käufer (Besteller) nicht einen wesentlichen Teil der für die Erzeugung oder Herstellung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung stellen muss (Art. 3 Abs. 1, 2 HS). Siehe etwa SHK-BRUNNER/FEIT (Fn. 4), N 3 zu Art. 3 CISG.

³⁰ Bei Massenware ist eine derartige Differenzierung auch nicht durch Beweislastregeln geboten; vgl. dazu oben Fn. 23.

³¹ Ausschlaggebend sollte die grössere Beweislage des Käufers sein; das Kriterium der Ausnahmeregel sollte im Unterschied zur Fallkonstellation Massenware keine Berücksichtigung finden, da bei Unikaten, Einzelanfertigungen und dgl. die fehlende zumutbare Verwendbarkeit durch den Käufer als Teilbereich des Nachweises der Schwere der Vertragswidrigkeit anzusehen ist. Vgl. dazu oben Fn. 23.

Bedürfnisse des Käufers ungeeignet ist und ansonsten ein schwerwiegender Mangel vorliegt, der Käufer berechtigt sein, den Vertrag aufzuheben³².

III. Rechtsprechung

Nachstehend wird die Bedeutung des Kriteriums der Verwendbarkeit oder Absetzbarkeit der mangelhaften Ware durch den Käufer durch ausgewählte CISG-Entscheide und unter nationalen Rechten ergangene Entscheide illustriert und im Lichte der vorstehenden Bemerkungen, der erwähnten Fallkonstellationen und vorgeschlagenen Beweislastregeln gewürdigt.

A. Fallkonstellation «Massenware»

1. *Kobaltsulfat (Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. April 1996; CISG-online Nr. 135)*

Eine deutsche Käuferin hatte von einer niederländischen Verkäuferin 15'000 t Kobaltsulfat von «technischer Qualität» und englischen Ursprungs gekauft. Geliefert wurde Kobaltsulfat in «Futtermittelqualität» und mit Ursprung in Südafrika. Eine Nachbesserung war nicht möglich. Die Käuferin beanstandete mehrfach die Warenqualität, die gelieferten Analysenzertifikate sowie die südafrikanische Herkunft des Kobaltsulfats und versuchte, den Vertrag aus verschiedenen Gründen aufzuheben. Unter anderem führte sie an, sie exportiere ihre Ware vornehmlich nach Indien und Südostasien und hätte dort – wegen des Südafrika-Embargos – «ungeahnte Schwierigkeiten» gehabt. Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) folgte dieser Argumentation nicht und verneinte eine gültige Vertragsaufhebung. Die Käuferin habe nicht genügend dargetan, dass die Exportfähigkeit der Ware hinsichtlich der genannten Länder für sie wesentlicher Vertragsinhalt gewesen sei. Weder habe die Käuferin potentielle Abnehmer in einem dieser Länder benannt oder ihre bisherigen Exportgeschäfte konkret dargelegt noch habe sie behauptet, dass eine Verwertung in Deutschland oder eine Ausfuhr in ein anderes Land nicht oder nur mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten möglich gewesen wäre. Der Bundesgerichtshof hielt fest, dass eine wesentliche Vertragsverletzung nur vorliege, wenn der Käuferin der Weiterverkauf der mangelhaften Ware im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nicht möglich und zumutbar sei. Dies setze jedoch voraus, dass die Veräusserung, wenn auch mit einem Preisabschlag, ohne

³² Vgl. SHK-BRUNNER/LEISINGER (Fn. 4), N 17 zu Art. 25 CISG; KIENE (Fn. 7), S. 101 f.

unverhältnismässigen Aufwand vonstattengehen könne. Da die Käuferin dies nach Ansicht des BGH nicht genügend substantiiert dargetan hatte, wurde die Klage insofern infolge ungenügender Beweisführung durch die Käuferin abgewiesen.

Der Entscheidung des BGH kommt grosse Bedeutung für die bisherige Rechtspraxis der deutschen – und auch schweizerischen Gerichte³³ – zu, weil der BGH darin erstmals zum Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung als Voraussetzung zur Vertragsaufhebung Stellung nahm³⁴.

Es ist indessen nicht ersichtlich, weshalb es der Käuferin im Kobaltsulfat-Fall eher zuzumuten gewesen wäre als der Verkäuferin, das Kobaltsulfat weiter zu veräußern. Dass der BGH von der Käuferin verlangte, die mangelhafte Ware ins Ausland zu exportieren, lässt sich jedenfalls nicht mit dem Zweckgedanken der «ultima ratio»-Doktrin begründen, wonach eine Vertragsaufhebung möglichst zu vermeiden ist, um die mit einem Rücktransport der Ware verbundenen Kosten und Risiken zu verhindern. Wird ein Export der Ware in ein Drittland als zumutbar erachtet, so kann es genauso gut der für die Lieferung der mangelhaften Ware verantwortlichen Verkäuferin auferlegt werden, für deren Weiterverkauf besorgt zu sein. Der BGH setzte daher die Schwelle der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung übermässig hoch an, indem er von der Käuferin den Nachweis, dass es für sie unzumutbar sei, die offensichtlich nicht den vertraglichen Vereinbarungen entsprechende Ware in einem Drittland abzusetzen, verlangte.

Nach dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz handelte es sich bei der verkauften Ware (Kobaltsulfat) zweifellos um Massenware (Rohstoff mit gewissen Spezifikationen). Daher hätte der Entscheid nicht mit der Begründung des BGH entschieden werden können, die Käuferin habe nicht genügend substantiiert dargetan, dass ihr der Weiterverkauf der mangelhaften Ware im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nicht möglich und zumutbar bzw. bloss mit unverhältnismässigen Aufwand möglich gewesen wäre. Stattdessen wäre wohl von einem schwerwiegenden Mangel auszugehen gewesen, den die Käuferin grundsätzlich zur Vertragsaufhebung aufgrund wesentlicher Vertragsverletzung berechtigt hätte, es sei denn, die Verkäuferin hätte nachweisen können (Beweislast zu Lasten der Verkäuferin), dass eine Absetzbarkeit für die Käuferin unverhältnismässig leichter gewesen wäre als für sie, und dies selbst unter Berücksichtigung der Pflicht der Verkäuferin, für den Weiterverkauf Dritte beizuziehen. Mit anderen Worten hätte die Verkäuferin nachweisen müssen, dass es ihr selbst unter Mandatierung von Dritten unver-

³³ Vgl. etwa den Tiefkühlfleisch-Entscheid des Bundesgerichts 4C.179/1998 vom 28. Oktober 1998 (CISG-online Nr. 413) E. 2b.

³⁴ ROBERT KOCH, Zu den Voraussetzungen der Vertragsaufhebung wegen einer wesentlichen Vertragsverletzung, RIW 8/1996 S. 687.

hältnismässig schwerer fallen würde, die mangelhafte Ware weiter zu verwenden. Übliche Kosten der Mandatierung eines Dritten, die (unter Abzug der Gewinnmarge des Dritten) in ähnlicher Höhe auch bei der Käuferin anfallen würden, können dabei im Rahmen der Unverhältnismässigkeitsprüfung keine Rolle spielen. Die Unverhältnismässigkeit kann nur im Einzelfall, unter Berücksichtigung der Höhe des Kaufpreises und weiterer Umstände bestimmt werden, muss aber offenkundig sein. Die Umkehr der Beweislast zu Lasten der vertragswidrig handelnden Verkäuferin hätte wohl im Kobaltsulfat-Fall dazu geführt, dass die wesentliche Vertragsverletzung und damit das Recht zur Vertragsaufhebung hätte bejaht werden müssen.

2. *Tiefkühlfleisch (Urteil des Bundesgerichts vom 28. Oktober 1998, CISG-online Nr. 413)*

Eine deutsche Verkäuferin hatte einer Schweizer Käuferin Fleisch für die industrielle Fleischverarbeitung in Ägypten geliefert. Die Käuferin machte die Aufhebung des Vertrags geltend mit der Begründung, das Fleisch sei mangelhaft gewesen. Dieses wies einen Minderwert von 23,5 % wegen eines überhöhten Fettanteils und von 2 % zufolge Blut und Nässe in den Fleischstücken auf. Im Übrigen wurde das Fleisch als qualitativ gut beurteilt, namentlich auch bezüglich der Haltbarkeit bzw. in bakteriologischer Hinsicht. Das Bundesgericht liess die Vertragsaufhebung nicht zu. Es hielt unter Verweis auf den Kobaltsulfat-Fall fest, dass es darauf ankomme, ob eine anderweitige Verarbeitung oder der Absatz der Ware im gewöhnlichen Geschäftsverkehr, wenn auch etwa mit einem Preisabschlag, ohne unverhältnismässigen Aufwand möglich und zumutbar ist. Die Käuferin habe offeriert, das Fleisch zum tieferen Flankenpreis zu übernehmen. Daraus schloss das Bundesgericht, dass die Käuferin die Absicht hatte, das Fleisch im Rahmen ihrer Handelstätigkeit trotz des Minderwerts zu einem tieferen Preis in Ägypten abzusetzen. Das Bundesgericht erachtete die Vertragsaufhebung daher nicht als angemessene Rechtsfolge.

Auch wenn in diesem Fall möglicherweise weiteren Faktoren eine Relevanz zukommt (wie beispielsweise dem möglichen Zeitdruck bei der Weiterverarbeitung des Fleisches aufgrund der Verderblichkeit der Ware), dürfte es sich bei Tiefkühlfleisch um Massenware handeln, womit es der entsprechenden Beurteilung zugänglich ist. Es kann angenommen werden, dass für Fleisch im Bestimmungsland Ägypten ein grosser Markt besteht. Bei einer Vertragsauflösung wäre ein Rücktransport zur Verkäuferin also nicht notwendig gewesen, weshalb der Zweckgedanke der Vermeidung unnötiger Kosten und Risiken bei der Aufrechterhaltung des Vertrags keine Rolle spielen kann. Es ist auch im Tiefkühlfleisch-Fall nicht ersichtlich, weshalb der Käuferin der Wei-

terverkauf der mangelhaften Ware eher zugemutet werden kann als der Verkäuferin. Nach dem vorgeschlagenen Lösungsvorschlag hätte die Verkäuferin beweisen müssen (Beweislast), dass eine Weiterveräusserung durch sie oder durch sie mandatierte Dritte im Vergleich zu einer Weiterveräusserung durch die Käuferin unverhältnismässig wäre. Indessen trägt wie erwähnt (oben II. C. 1.) – abgesehen vom Kriterium der Verwendbarkeit bzw. Absetzbarkeit der mangelhaften Ware – die Käuferin die Beweislast für das Vorliegen eines schwerwiegenden Mangels. Vorliegend wäre es durchaus möglich gewesen, das Vorliegen eines schweren Mangels zu verneinen, zumal der Minderwert von 23,5 % nicht derart gravierend erscheint (und zudem offenbar bereits beziffert war) und die Käuferin offeriert hatte, das Fleisch zum tieferen Flankenpreis zu übernehmen. Im Ergebnis könnte daher der Entscheid auch bei Berücksichtigung des hier vorgeschlagenen Lösungsansatzes gleich ausgefallen sein.

3. *Walzdraht (Urteil des Bundesgerichts 4A_264/2013 vom 23. September 2013 [Walzdraht I]; Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 [Walzdraht II])³⁵*

Verkäuferin in der als «Walzdraht-Fall» bekannt gewordenen Rechtsstreitigkeit war eine Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz. Die Verkäuferin bezweckte insbesondere den Kauf und Verkauf von Stahl aller Art. Käuferin war eine Gesellschaft mit Sitz in Italien. Sie produzierte Stahl sowie Halberzeugnisse aus Stahl für das Bauwesen.

Die Parteien hatten innerhalb einer Woche zwei Kaufverträge abgeschlossen: Einen Vertrag über den Verkauf von 5'000 t Walzdraht mit einem Durchmesser von 6,5 mm («Walzdraht 6,5 mm») sowie einen Vertrag über den Verkauf von 2000 t Walzdraht mit einem Durchmesser von 8 mm («Walzdraht 8 mm»). Die Parteien hatten vereinbart, dass der gesamte Walzdraht eine Mindestzugfestigkeit von 400 Megapascal («MPa») aufzuweisen habe. Wie die Verkäuferin offenbar zwei Wochen nach der Verschiffung erfuhr und anschliessend der Käuferin mitteilte, wiesen 12 von 101 Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm sowie 33 von 93 des Walzdrahtes 8 mm eine Zugfestigkeit von weniger als 400 MPA auf. Die Parteien vereinbarten darauf eine Vertragsänderung mit einer Preisreduktion von USD 30.00 pro MT für Walzdraht 6,5 mm und Walzdraht 8 mm ohne Mindestzugfestigkeit von 400 MPA. Die Verkäuferin war aber auch nach der Vertragsänderung verpflichtet,

³⁵ Vgl. auch oben Fn. 3.

abgesehen von 593 t des Walzdrahtes 6,5 mm, weiterhin Walzdraht mit einer Mindestzugfestigkeit von 400 MPA zu liefern³⁶.

Am Bestimmungsort in Italien gab die Käuferin mit Zustimmung der Verkäuferin eine Prüfung des Walzdrahtes in Auftrag. Der Prüfungsbericht zeigte auf, dass die Zugfestigkeit des Walzdrahtes 8 mm bei rund 47 % der Proben unter 400 MPA lag. In der Folge teilte die Käuferin der Verkäuferin mit, dass sie den Walzdraht wegen Qualitätsmängeln nicht annehme. Daraufhin gab auch die Verkäuferin eine Untersuchung des gesamten Walzdrahtes in Auftrag. Die Untersuchung ergab, dass rund 83 % der Proben des Walzdrahtes 6,5 mm und des Walzdrahtes 8 mm unter 400 MPA lag.

In der Folge erklärte die Käuferin die Aufhebung der Kaufverträge. Die Verkäuferin reichte daraufhin beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage auf Schadenersatz wegen unberechtigter Annahmeverweigerung ein. Das Handelsgericht wies die Klage der Verkäuferin mit Urteil vom 3. April 2010 ab³⁷. Es hielt fest, dass die Verkäuferin mit Ausnahme des in der Vertragsänderung festgelegten Teils verpflichtet gewesen wäre, Walzdraht mit einer Mindestzugfestigkeit von 400 MPA zu liefern (E. 5.3.5). Das Gericht mass der vertraglich vereinbarten Mindestzugfestigkeit von 400 MPA wesentliche Bedeutung zu, weshalb es von einer wesentlichen Vertragsverletzung gemäss Art. 25 CISG ausging, welche die Käuferin zur Nichtannahme des Walzdrahtes und zur Aufhebung der Kaufverträge gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG berechnete (E. 5.8.1).

In der Folge gelangte die Verkäuferin an das Bundesgericht. Dieses hielt in seinem Urteil vom 23. September 2013 (Walzdraht I³⁸) fest, dass der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG restriktiv auszulegen sei. Bei Zweifeln, ob eine wesentliche Vertragsverletzung gegeben ist, sei davon auszugehen, dass eine solche nicht vorliegt. Der Käufer solle in erster Linie die anderen Rechtsbehelfe, namentlich Minderung und Schadenersatz, in Anspruch nehmen, während die Rückabwicklung ihm nur als letzte Möglichkeit zur Verfügung stehe. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kam das Bundesgericht über eine Vertragsauslegung zum Schluss, dass die Einhaltung einer Zugfestigkeit von 400 MPA für die Parteien nicht von absoluter Wesentlichkeit gewesen sei (E. 3.2 ff.)³⁹. Durch die Vertragsänderung habe

³⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015, Sachverhaltsdarstellung in Ziff. A.f.

³⁷ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. April 2013 (CISG-online Nr. 2562).

³⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_264/2013 vom 23. September 2013; siehe dazu auch die kritischen Bemerkungen von BRUNNER, Rechtsprechung 2013 (Fn. 3).

³⁹ Insbesondere in diesem entscheidenden Punkt vermögen die Überlegungen des Bundesgerichts nicht zu überzeugen: BRUNNER, Rechtsprechung 2013 (Fn. 3), Rz. 20 ff.

die Käuferin der Verkäuferin zu verstehen gegeben, dass sie grundsätzlich bereit sei, Walzdraht mit einer Mindestzugfestigkeit von weniger als 400 MPA zu einem reduzierten Preis zu akzeptieren. In der Folge hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut, hob das Urteil der Vorinstanz auf und wies die Sache zur Neuurteilung an diese zurück.

Das Handelsgericht hielt in seinem zweiten Urteil vom 17. September 2017⁴⁰ fest, die Käuferin habe nicht rechtsgenügend dargelegt, inwiefern eine Mindestzugfestigkeit von 400 MPA eine zwingende Voraussetzung für ihren Produktionsprozess sei. Es sei deshalb auch nicht erwiesen, dass der gelieferte Stahl nicht zur Herstellung normkonformer Betonstahlmatten verwendbar war (E. 4.2.3.1). Des Weiteren habe die Verkäuferin nicht gewusst und es sei für sie auch nicht vorhersehbar gewesen, dass Stahl mit einer Zugfestigkeit von unter 400 MPA für die Käuferin unbrauchbar gewesen wäre (E. 4.2.3.2). Im Ergebnis kam das Handelsgericht zum Schluss, dass ein Vertragsaufhebungs- und damit auch ein Zurückweisungsrecht der Käuferin mangels einer wesentlichen Vertragsverletzung zu verneinen sei. Das Handelsgericht verpflichtete entsprechend die Käuferin zur Zahlung von Schadenersatz im siebenstelligen Bereich an die Verkäuferin.

Das Bundesgericht bestätigte in seiner zweiten Entscheidung vom 2. April 2015 (Walzdraht II⁴¹) die Auffassung der Vorinstanz, wonach der Walzdraht für die Käuferin verwendbar war (E. 6.2.1.) und wonach die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung betreffend die fehlende Mindestzugfestigkeit des Walzdrahtes 6,5 mm und 8 mm verneint wurde (E. 6.6).

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, vermag die Argumentationslinie des Bundesgerichts nicht zu überzeugen⁴². Der Umstand, dass die Parteien vertraglich eine spezifische Mindestzugfestigkeit vereinbart haben, spricht dafür, dass sie dieser eine wesentliche Bedeutung zugemessen haben. Aus der anfänglichen Bereitschaft der Käuferin, im Rahmen der erwähnten Vertragsänderung einen geringen Teil des Walzdrahtes ohne Mindestzugfestigkeit zu akzeptieren, hätte nicht ihr Einverständnis abgeleitet werden dürfen, zu rund 80 % mangelhaften Walzdraht zu erhalten. Immerhin hat das Bundesgericht

⁴⁰ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2014 (CISG-online Nr. 2656).

⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015. Siehe dazu auch die kritischen Bemerkungen von BRUNNER, *Rechtsprechung 2015* (Fn. 3), Rz. 1 ff.

⁴² BRUNNER, *Rechtsprechung 2013* (Fn. 3), Rz. 1 ff.; DERS., *Rechtsprechung 2015* (Fn. 3), Rz. 1 ff.. Zu den dokumentenakkreditiv-rechtlichen Aspekten siehe THOMAS KOLLER, *Ist die Pflicht des Verkäufers zur fristgerechten Andienung korrekter Dokumente beim Akkreditivgeschäft eine wesentliche Vertragspflicht gemäss Art. 25 CISG? Gleichzeitig mit Bemerkungen zum «chinesisch-italienisch-schweizerischen Walzdraht-Fall»*, IHR 3/2016 S. 89 ff.

in einem späteren Urteil die Produktionseinbusse einer Abfüllanlage im Umfang von 71 % als wesentliche Vertragsverletzung beurteilt⁴³.

Im Walzdraht II-Entscheid stützte das Bundesgericht die Erwägung des Handelsgerichts (im 2. Entscheid), wonach die Unbrauchbarkeit des Walzdrahtes für die Käuferin nicht erwiesen sei⁴⁴. Zudem habe es die Käuferin versäumt, substantiiert darzulegen, welche Umstände darauf schliessen liessen, dass die Verkäuferin die Besonderheiten des Produktionsprozesses bei der Käuferin gekannt hatte oder hätte kennen müssen und damit die Unbrauchbarkeit des Walzdrahtes durch die Käuferin hätte erkennen können⁴⁵.

Vorab ist nicht ersichtlich, weshalb die italienische Käuferin eher in der Lage hätte sein sollen, den Walzdraht einfacher bzw. zu einem besseren Preis abzusetzen als die schweizerische Verkäuferin, welche selber als Händlerin von Stahl fungierte.

Angesichts der in diesem Beitrag entwickelten Kriterien zur Beurteilung der Wesentlichkeit von Beschaffenheitsmängeln kann festgehalten werden, dass der Walzdraht klar eine Massenware darstellt. In Anbetracht dieses Umstandes wäre grundsätzlich davon auszugehen gewesen, dass die Last, den Walzdraht an Dritte abzusetzen, der Verkäuferin und nicht der Käuferin oblag. Die Verkäuferin hätte die Beweislast tragen müssen und darlegen und beweisen müssen (*Substanziierungs- und Beweislast des sich vertragswidrig verhaltenden Verkäufers*), dass es angesichts der Verwertungsmöglichkeiten der Käuferin offenkundig unverhältnismässig wäre, von ihr (selbst unter Zuzug Dritter) einen Weiterverkauf der mangelhaften Ware an Dritte zu verlangen. Aus dem Sachverhalt sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach der Verkäuferin der entsprechende Beweis hätte gelingen können. Aus Sicht der Autoren hätte das Bundesgericht deshalb, wie das Handelsgericht dies in seinem ersten Entscheid getan hat, die Aufhebung des Kaufvertrags durch die Käuferin schützen sollen.

4. *Edelstahlblech (Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Januar 2004, CISG-online Nr. 918)*

Eine deutsche Käuferin kaufte von einer niederländischen Verkäuferin Edelstahlbleche einer bestimmten Qualität und mit im Einzelnen bezeichneten Abmessungen. Der Abnehmer der Käuferin verkaufte den Stahl seinerseits weiter. Die Beschaffenheit des Stahls und die falsche Abmessung der einzel-

⁴³ Vgl. auch unten 3. B. II.

⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.4; BRUNNER, Rechtsprechung 2015 (Fn. 3), Rz. 6.

⁴⁵ Ibid.

nen Stahlbleche wurden dann vom Endabnehmer beanstandet. Das Oberlandesgericht verweigerte der Käuferin die Aufhebung des Vertrags. Die Käuferin habe es einerseits verpasst, die behauptete Schlechtlieferung rechtzeitig zu rügen. Andererseits zeige der Umstand, dass der Endabnehmer der Käuferin lediglich einen kleinen Teil vom Kaufpreis als Schadenersatz verlangte, dass die Stahllieferung überwiegend brauchbar war und auch verwendet wurde.

Nach dem vorgeschlagenen Lösungsansatz trifft bei Vorliegen von Massware an sich die Verkäuferin die Beweislast, dass eine Verwendung oder ein Weiterverkauf der mangelhaften Ware durch den Käufer offenkundig unverhältnismässig leichter ist als eine Verwertung (Weiterverkauf) durch den Verkäufer. Wie erwähnt muss allerdings der Käufer die Fakten betreffend das Schicksal der Ware nach der Annahme bis zum jeweils aktuellen Zeitpunkt offen legen (oben II. C. 1.). Dazu hätte vorliegend auch der Umstand gehört, dass der Endabnehmer der Käuferin die Ware angenommen hatte und bloss einen kleinen Teil vom Kaufpreis als Schadenersatz verlangt hatte. Entsprechend wäre das Vertragsaufhebungsrecht ebenfalls zu verneinen gewesen, selbst wenn die Käuferin rechtzeitig gerügt hätte.

5. *Kompressoren für tragbare Klimaanlage (US Court of Appeals, 2nd Circuit, 6. Dezember 1995, CISG-online Nr. 140)*

Eine amerikanische Verkäuferin lieferte einer italienischen Käuferin Kompressoren für tragbare Klimaanlage, welche gegenüber den vertraglichen Vereinbarungen eine geringere Kühlkapazität und einen höheren Energieverbrauch aufwiesen. Diverse Versuche, die Mängel zu beheben, schlugen fehl. Das Berufungsgericht hielt fest, dass die Kühlleistung und der Energieverbrauch wichtige Faktoren für den Wert eines Produktes darstellten und dass deshalb eine wesentliche Vertragsverletzung vorliege. Das Gericht prüfte nicht, ob die Klimaanlage noch in zumutbarer Weise von der Käuferin mittels Preisabschlag absetzbar gewesen wären.

Nach dem vorgeschlagenen Lösungsansatz hätte die Verkäuferin die Beweislast getragen, dass eine Absetzbarkeit der mangelhaften Klimaanlage durch die Käuferin offenkundig unverhältnismässig leichter wäre als eine Verwertung (Weiterverkauf) durch die Verkäuferin. Nach dem Sachverhalt wäre dieser Beweis der Verkäuferin nicht gelungen, da die Käuferin nicht Weiterverkäuferin bzw. Händlerin war⁴⁶; aber selbst wenn die Käuferin Händlerin

⁴⁶ Vgl. auch LURGER (Fn. 11), S. 97.

gewesen wäre, hätte der entsprechende Nachweis wohl kaum erbracht werden können.

6. *Nachgezuckerter Wein (Cour de Cassation, 23. Januar 1996, CISG-online Nr. 159)*

Eine italienische Verkäuferin hatte einer französischen Importeurin nachgezuckerten Wein geliefert, den diese zwar nicht als Genusswein, jedoch (allenfalls zu einem stark herabgesetzten Preis) als Industrialkohol hätte weiterverkaufen können. Der französische Kassationshof schützte die Vertragsauflösung ohne die Möglichkeit der Weiterverwendung des gelieferten Weins durch die Käuferin zu prüfen.

Nach dem vorgeschlagenen Lösungsansatz hätte die Verkäuferin die Beweislast getragen, dass eine Absetzbarkeit des Weins durch die Käuferin offenkundig unverhältnismässig leichter wäre als eine Verwertung durch die Verkäuferin. Diesen Nachweis hätte die Verkäuferin kaum erbringen können, schon nur weil die Käuferin Importeurin von Wein und nicht von Industrialkohol war und zudem die Verkäuferin ggf. unter Zuzug Dritter den Weiterverkauf als Industrialkohol selber hätte veranlassen müssen.

7. *Gerollte Metallbleche (Cour de Cassation, 26. Mai 1999, CISG-online Nr. 487)*

Die französische Käuferin erhielt von der deutschen Verkäuferin gerollte Metallbleche, welche sowohl in der Menge, der Abmessung als auch der Qualität die vertraglichen Vereinbarungen verletzten. Das Gericht hielt fest, dass die Metallbleche von der Käuferin für den geplanten Gebrauch (Platten für Wärmeaustauschköpfe) absolut ungeeignet waren. Mit der Frage, ob die Metallbleche von der Käuferin in einer anderen Weise verwendet oder allenfalls weiterverkauft werden könnten, setzte sich das Gericht nicht auseinander.

Auch in diesem Fall wäre das Ergebnis nach dem vorgeschlagenen Lösungsansatz in aller Wahrscheinlichkeit nicht anders ausgefallen als im vorherigen Fall. Die Verkäuferin hätte die Beweislast getragen, dass eine Verwendung oder Absetzbarkeit der Metallbleche durch die Käuferin offenkundig unverhältnismässig leichter wäre als eine Verwertung durch die Verkäuferin, selbst wenn die Verkäuferin Dritte für die Verwertung zuzieht. Dieser Beweis wäre der Verkäuferin kaum gelungen. Demgegenüber wäre der Ausgang des Ver-

fahrens nach dem Ansatz des Bundesgerichtshofs im Kobaltsulfat-Fall oder des Bundesgerichts im Walzdraht-Fall wohl offen gewesen.

B. Fallkonstellation «keine Massenware» (Unikate; Einzelanfertigungen und dgl.)

1. Einrichtung eines Eiscafé (Urteil des Oberlandesgerichtes Hamburg [Hanseatisches Oberlandesgericht] vom 25. Januar 2008, CISG-online Nr. 1681)

Ein niederländischer Verkäufer lieferte einer spanischen Käuferin das Inventar für die Einrichtung eines Eiscafé und den Betrieb der dazugehörigen Eisproduktion in Palma de Mallorca. Zusätzlich hatte sich der Verkäufer verpflichtet, die Einrichtung betriebsbereit aufzustellen. Zwischen den Parteien war streitig, wer das Inventar für das Eiscafé nach dessen Lieferung tatsächlich installiert hatte. Jedenfalls nahm das Eiscafé daraufhin notdürftig seinen Betrieb auf, während die Einrichtung für die Eisproduktion nicht installiert wurde. Aufgrund der fehlenden vertragsgemässen betriebsbereiten Aufstellung der Maschinen für die Eisproduktion und den Eiscafébetrieb versuchte die Käuferin, den Vertrag aufzuheben. Dies versagte ihr das Oberlandesgericht namentlich unter Hinweis auf den Kobaltsulfat-Fall (oben III. A. 1.) und den Tiefkühlfleisch-Fall (oben III. A. 2.). Das Gericht hielt fest, bei der Lieferung mangelhafter Ware müsse diese für die Käuferin weitgehend ohne Interesse sein. Könne sie die Ware, wenn auch unter Einschränkungen, nutzen, werde eine wesentliche Vertragsverletzung in der Regel verneint. Die Käuferin habe das Inventar für das Eiscafé nach eigenem Vorbringen notdürftig selbst in Betrieb genommen und das Eiscafé während mehrerer Monate damit geführt. Das Oberlandesgericht schloss daraus, dass das Inventar für seinen Zweck verwendbar gewesen sei.

Vor dem Hintergrund der vorliegend vorgenommenen Unterscheidung zwischen dem Verkauf von Massenware und demjenigen von Einzelanfertigungen kann festgehalten werden, dass das (gebrauchte) und bei der Käuferin zu installierende Inventar für das Eiscafé und die Eisproduktion sicherlich keine Massenware ist. Der Verkäuferin würde es aufgrund der spezifischen Eigenschaften der Ware und der konkreten Umstände des Falles vermutlich sehr schwerfallen, diese weiter zu veräussern. Dazu ist der Markt auf einer kleinen Mittelmeerinsel zu beschränkt. In einem solchen Fall ist das Risiko, dass die Ware bei einer Vertragsauflösung zurück zum Verkäufer transportiert werden muss, grösser als bei Massenware.

Wie oben gesehen (II. C. 2.) erscheint es als sachgerecht, in einer solchen Konstellation vom Käufer grundsätzlich den Nachweis zu verlangen, dass er die mangelhafte Ware nicht in zumutbarer Weise *selbst verwenden* kann (insofern: Beweislast des Käufers). An diesen Nachweis sollten keine allzu strengen Voraussetzungen geknüpft werden, insbesondere wenn der Käufer bereits das Vorliegen einer – ansonsten – schwerwiegenden Vertragsverletzung nachgewiesen hat oder die Umstände die Unzumutbarkeit einer eigenen Verwendung nahe legen. Im vorliegenden Fall legten indessen die Umstände vielmehr die Zumutbarkeit der eigenen Verwendung nahe. Die Käuferin zeigte nicht auf, weshalb sie überhaupt keine Verwendung für die mangelhafte Ware hat. Die Käuferin nahm zumindest das Inventar für das Eiscafé in Betrieb und erbrachte damit den Nachweis, dass die Einrichtung für sie nicht vollständig unbrauchbar war. Aufgrund dieser Überlegungen wäre auch unter Berücksichtigung der hier vorgeschlagenen Kriterien der Fall gleich zu entscheiden gewesen wie dies das Oberlandesgericht Hamburg getan hat.

2. *Abfüllanlage (Urteil des Bundesgerichts vom 18. Mai 2009, CISG-online Nr. 135)*

Eine Schweizer Verkäuferin und eine spanische Käuferin vereinbarten die Lieferung einer Abfüll- und Verpackungsanlage. Nach der Installation der Anlage wollte die Käuferin einen Abnahmelauf durchführen. Dabei waren sich Käuferin und Verkäuferin über die Leistungsfähigkeit der Anlage uneins. Während die Käuferin auf einer Leistung von 180 Flacons pro Minute bestand, erklärte die Verkäuferin, dass eine solche Gesamtleistung weder möglich noch vereinbart sei. Nachdem Versuche der Verkäuferin gescheitert waren, eine entsprechende Leistungsfähigkeit zu erzielen, erklärte die Käuferin die Auflösung des Vertrags.

Das Bundesgericht hielt fest, dass sich die Parteien übereinstimmend auf eine Produktionslinie mit einem Gesamtausstoss von 180 Einheiten pro Minute geeinigt hätten, die Maschinenanlage jedoch nur eine Leistung von 52 Flacons pro Minute erbracht habe. Die gelieferte Maschinenanlage erbrachte somit lediglich 29% der vereinbarten Leistung. Bei einer Produktionseinbusse von 71% entgehe der Käuferin gemäss Bundesgericht objektiv gesehen im Wesentlichen, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen. Dies stelle einen Mangel von erheblichem Gewicht dar. Zudem sei die Abfüll- und Verpackungsanlage speziell auf die Bedürfnisse der Käuferin zugeschnitten konzipiert worden und deshalb sei ihr ein Weiterverkauf der Maschinenanlage unmöglich bzw. unzumutbar. Das Bundesgericht schützte daher die Aufhebung des Vertrags durch die Käuferin.

Zu diesem Fall kann festgehalten werden, dass bei einer Produktionseinbusse von 71 % die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung als offensichtlich erscheint. Offen bleibt, wie das Bundesgericht die Situation im Abfüllanlagen-Fall beurteilt hätte, wenn die Verkäuferin die Anlage soweit hätte nachbessern können, dass eine konstante Verarbeitungsgeschwindigkeit von 115 Flacons pro Minute erreicht worden wäre, was die Verkäuferin (allerdings vergeblich) behauptet hatte. Immerhin war ein Durchsatz von 180 Flacons pro Minute vertraglich vereinbart worden, womit diese Leistung als wesentlich für die Käuferin verstanden werden kann. Die Käuferin brachte auch vor, sie hätte den Vertrag nicht geschlossen, wenn sie die tatsächliche Leistungsfähigkeit der Anlage gekannt hätte, denn schon die alte Anlage, die von ihr bisher für die Konfektionierung der Produkte benutzt worden sei, habe eine ähnliche Leistungsfähigkeit aufgewiesen. Und Minderung wäre gemäss der Käuferin schon deshalb nicht in Frage gekommen, weil die Produktivitätseinbusse innerhalb der Lebensdauer der Anlage den Kaufpreis bei weitem überstiegen hätte. Damit hatte die Käuferin, welche nach dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz insoweit die Beweislast trug, hinreichend dargetan, dass die Anlage für sie unbrauchbar war bzw. ihr nicht zumutbar war, diese trotz der schwerwiegenden Mängel dennoch selbst zu verwenden. Somit ist am Ergebnis des Entscheids nichts auszusetzen; die Zulassung der Aufhebung des Vertrags erscheint als zutreffend.

3. *Kunstwerk «New Coke 1985» von Andy Warhol (Oberster Gerichtshof, 16. Dezember 2015, CISG-online Nr. 2663)*

Eine Käuferin erstand von der Verkäuferin ein Unikat-Handsiebdruck von Andy Warhol. Bei einer Neurahmung des Werks 18 Monate nach dem Kauf wurden am Werk erhebliche Mängel wie Knicke im Karton und Kratzer auf der Farboberfläche festgestellt, welche eine Wertminderung von ca. 35 % nach sich zogen. Die Mängel waren für die Käuferin beim Kauf nicht zu erkennen gewesen. Der Oberste Gerichtshof hielt fest, es sei naheliegend und damit auch objektiv zu erwarten, dass der Erwerber eines hochpreisigen, nach seinen berechtigten Erwartungen mängelfreien Kunstwerks kein Interesse mehr am Kaufgegenstand habe, sobald er erfährt, dass dieser teilweise unheilbare Mängel aufweist, welche eine Wertminderung von ca. 35 % nach sich ziehen. Des Weiteren verwies das Gericht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Kobaltsulfat-Fall, wonach keine wesentliche Vertragsverletzung vorliege, wenn der Käuferin eine anderweitige Verwendung oder der Absatz der Ware im gewöhnlichen Geschäftsverkehr ohne unverhältnismässigen Aufwand möglich ist. Vorliegend war es der Verkäuferin als professionelle Galeristin während mehr als acht Monaten nicht gelungen,

einen Kaufinteressenten für das Kunstwerk zu finden. Damit war für das Gericht klar, dass man der nicht beruflich im Kunstmarkt tätigen Käuferin nicht zumuten könne, das Werk weiter zu veräussern. Die Vertragsaufhebung durch die Käuferin wurde demnach geschützt.

Nach dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz hätte die Käuferin die Beweislast getragen, dass sie die mangelhafte Ware nicht in zumutbarer Weise selbst verwenden kann. An diesen Nachweis sollten keine allzu strengen Voraussetzungen geknüpft werden. Demgegenüber hätte die Verkäuferin die Beweislast getragen, dass ein Weiterverkauf (Absetzbarkeit an Dritte) durch die Käuferin unverhältnismässig leichter wäre als durch die Verkäuferin. Aufgrund des Sachverhalts ergibt sich ohne weiteres, dass nach diesem Lösungsansatz der Entscheid gleich ausgefallen wäre.

C. Rechtsprechung nach nationalen Kaufrechten (rechtsvergleichende Aspekte)

1. Deutschland (Einbauküchen-Fall)

Der deutsche Bundesgerichtshof hatte mit Urteil vom 13. Juli 2016, Az. VIII ZR 49/15, einen Fall zu entscheiden, in dem die Käuferin von der Verkäuferin eine Einbauküche für ihren Haushalt erstand. Kurz nach dem Einbau der Küche zeigten sich mehrere Mängel, welche die Klägerin rügte. Ausserdem bat sie um «schnelle Behebung» der Mängel. Später stellte sie eine spezifische Frist hierzu, nach deren ergebnislosem Ablauf sie den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärte. Ein Sachverständiger kam in seinem Gutachten zum Befund, dass die wichtigsten Bereiche der Küche nicht oder nur bedingt funktionierten; eine befriedigende Lösung könne nur durch deren Abbruch und den Einbau einer neuen Küche gefunden werden. Nachdem die Käuferin die Verkäuferin vergeblich zum Ausbau der Küche aufgefordert hatte, nahm sie diesen selbst vor und lagerte die Küche ein.

Der BGH hielt in seinen Erwägungen fest, dass der Rücktritt wirksam erfolgt sei. Die Käuferin habe eine genügend konkrete Frist für die Nachbesserung der Sachmängel gesetzt. Überdies wäre die Käuferin gemäss § 440 Satz 1 deutsches Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) auch ohne vorherige Fristsetzung zum Rücktritt berechtigt gewesen, weil die ihr zustehende Art der Nacherfüllung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls unzumutbar gewesen sei (§ 440 Satz 1 Alt. 3 BGB). Der BGH berücksichtigte, dass die Käuferin eine ungewöhnliche Häufung grober Montagefehler der Verkäuferin beim Einbau der Küche beanstandet hatte.

Das BGB und das CISG sehen ähnliche Rechtsbehelfe vor⁴⁷. Das Leistungsstörungenrecht des BGB verwendet in § 280 Abs. 1 BGB denn auch den einheitlichen Zentralbegriff der «Pflichtverletzung» und lehnt diesen bewusst an das UN-Kaufrecht an. Dabei wird darauf abgestellt, dass der Schuldner objektiv die ihm zufallende Pflicht nicht erfüllt⁴⁸. Während § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB eine Vertragsaufhebung nur für unerhebliche Mängel ausschliesst, muss unter dem UN-Kaufrecht eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegen. Die Voraussetzungen für die Vertragsaufhebung unter dem CISG sind somit strenger als jene unter deutschem Kaufrecht⁴⁹. Dem Käufer steht bei der Lieferung einer sachmangelhaften Ware unter dem BGB der Rechtsbehelf des Rücktritts vom Vertrag gemäss § 323 Abs. 1 BGB erst nach dem fruchtlosen Ablauf einer von ihm gesetzten, angemessenen Frist gemäss § 439 Abs. 1 BGB zur Verfügung, es sei denn, die Ansetzung der Frist sei entbehrlich. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB) oder, wie im oben erwähnten Fall, die Nachbesserung dem Käufer nicht zugemutet werden kann (§ 440, 3. Alt. BGB; gemäss § 440 BGB ist Nachfristansetzung entbehrlich, «wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist»).

Im Hinblick auf die Zulässigkeit des Rücktritts (nach der Terminologie des CISG: Vertragsaufhebung) bei Beschaffenheitsmängeln unterscheidet sich daher die Regelung gemäss BGB von derjenigen nach CISG sowohl hinsichtlich der erforderlichen Schwere der Vertragsverletzung (BGB: «nicht unerheblich»; CISG: «wesentlich») als auch der Bedeutung einer Nachfristansetzung (BGB: i.d.R. erforderlich; CISG: keine Voraussetzung, aber allenfalls ein Indiz für das Vorliegen von Wesentlichkeit⁵⁰).

Wie erwähnt schliesst § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB einen Rücktritt bei unerheblichen Pflichtverletzungen aus. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist von einer Geringfügigkeit eines behebbaren Mangels und damit von einer Unerheblichkeit der Pflichtverletzung in der Regel auszugehen, wenn die Kosten der Mangelbeseitigung im Verhältnis zum Kaufpreis geringfügig sind. In einem Urteil vom 28. Mai 2014 entschied der BGH, dass bei

⁴⁷ KIENE (Fn. 7), S. 59.

⁴⁸ KIENE (Fn. 7), S. 56.

⁴⁹ SCHLECHTRIEM/SCHROETER (Fn. 13), Rz. 328; vgl. auch Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. Mai 2014, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2014 S. 3229, Rn. 48-51.

⁵⁰ Siehe dazu etwa SHK-BRUNNER/LEISINGER (Fn. 4), N 15-16 zu Art. 25 CISG; vgl. auch oben Fn. 4.

einem behebbaren Mangel⁵¹ im Rahmen der nach den Umständen des Einzelfalls vorzunehmenden Interessenabwägung von einer Unerheblichkeit in der Regel dann nicht mehr auszugehen ist, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand mehr als 5% des Kaufpreises beträgt⁵². Bemerkenswert ist, dass der BGH eine Erhöhung der Erheblichkeitsschwelle über 5% aufgrund der im Schrifttum vereinzelt vertretenen Auffassung, eine deutliche Abstufung zwischen untergeordneten und erheblichen, zur Vertragsaufhebung berechtigenden Mängeln sei sachgerecht, weil sie eher den Massstäben des CISG entspräche, ausdrücklich abgelehnt hat⁵³. Der BGH nahm dabei namentlich auf die – wie oben (II.) gezeigt problematische – *ultima ratio*-Doktrin Bezug und die dahinter stehende «Überlegung, dass die Rückabwicklung gerade eines internationalen Handelskaufs in der Regel unwirtschaftlich» sei⁵⁴. Wie gesehen ist indessen diese Prämisse undifferenziert und ungeeignet, um daraus konkrete Folgerungen abzuleiten. Dem Argument, ein im internationalen Verhältnis aufwendiger Rücktransport der Ware über die Grenze sei möglichst zu vermeiden, kommt im Rahmen einer umfassenden Prüfung der Interessenlage von Verkäufer und Käufer jedenfalls bei Massenware keine oder höchstens eine untergeordnete Bedeutung zu. Daher sollten für die Auslegung der wesentlichen Vertragsverletzung bei Beschaffenheitsmängeln nach CISG die Anforderungen an die Wesentlichkeit nicht überspannt werden.

Wäre der eingangs erwähnte Einbauküchen-Fall nach CISG zu beurteilen gewesen⁵⁵, hätte es sich nach dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz um keine Massenware gehandelt, so dass die Käuferin den Nachweis der unzu-

⁵¹ Auch bei einem nicht bzw. nicht innert nützlicher Frist behebbaren Sachmangel setzt die Rechtsprechung die Erheblichkeitsschranke nicht allzu hoch an. Sh. Beschluss des Oberlandesgerichts Köln vom 20. Dezember 2017, Az. 18 U 112/17, in: Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV) 2018 S. 72: Der durch die Verwendung einer Manipulations-Software in einem Gebrauchtwagen (VW Beetle Design TDI) begründete Sachmangel ist nicht unerheblich im Sinne des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB, da die notwendige Software nicht zur Verfügung stand, als die vom Hersteller zu verantwortende, flächendeckende Täuschung und der Einsatz der Manipulations-Software entdeckt wurden und als die Klägerin wiederholt Nachbesserung verlangte. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. Mai 2014, in: NJW 2014 S. 3229.

⁵² Ibid., Rn. 28, 48-51.

⁵³ Ibid., Rn. 50. Der BGH führt weiter aus (Rn. 51): «Diese Maßstäbe [scil. des CISG] lassen sich nicht auf § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB übertragen. Eine solche Übertragung war, wie sowohl der unterschiedliche Wortlaut der Art. 49 Abs. 1 Buchst. a, Art. 25 CISG sowie des Art. 3 Abs. 6 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB als auch der Umstand, dass sich in den Materialien des Schuldrechtsreformgesetzes und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keine Hinweise für eine insoweit beabsichtigte Anknüpfung an die Maßstäbe des CISG zeigen, auch weder vom Gesetzgeber der Schuldrechtsreform noch vom Richtliniengeber der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie beabsichtigt.»

⁵⁵ Dabei wird – in Abänderung des Sachverhalts gemäss dem BGH-Urteil – unterstellt, dass kein Konsumentenkauf vorliegt (vgl. Art. 2 lit. a CISG).

mutbaren Verwendung hätte nachweisen müssen. Es darf aufgrund des Sachverhalts davon ausgegangen werden, dass die Käuferin diesen Nachweis erbracht hätte. So hatte ja das Gutachten festgehalten, eine befriedigende Lösung könne nur durch Abbruch der alten Küche und Einbau einer neuen Küche gefunden werden. Die Schwere bzw. Wesentlichkeit der Vertragswidrigkeit im Sinne von Art. 25 CISG wäre damit erstellt gewesen.

2. *Schweiz (Whirlpool-Fall)*

In seinem Urteil BGE 4A_252/2013 vom 2. Oktober 2013 hatte das Bundesgericht einen Fall zu entscheiden, bei dem ein Schweizer Ehepaar von einer französischen Verkäuferin einen bereits als Ausstellungsobjekt genutzten Whirlpool erstanden hatte. Dieser wurde nach der Lieferung mittels eines Krans in eine speziell dafür vorbereitete Betonmulde im Innern der Villa der Käufer eingelassen. Der Whirlpool wies einige Mängel auf. So war ein Holzelement der Verkleidung beschädigt, der Whirlpool liess sich nicht an das schweizerische Stromnetz anschliessen und eine Bedienungsanleitung fehlte. Auf Reklamation des Käufers hin liess die Verkäuferin unter anderem die elektrische Vorrichtung ersetzen. Wie ein nachträglich erstelltes Gutachten ergab, bot die neue elektrische Vorrichtung aber keinen genügenden Schutz gegen einen Stromschlag. Der Käufer rügte weitere Mängel des Whirlpools, wovon einige in der Folge durch die Verkäuferin beseitigt werden konnten. Da der Whirlpool aber zwei Tage nach der Reparatur bereits wieder versagte und weiterhin gewisse Mängel bestanden, machte der Käufer schliesslich die Wandelung geltend. Er forderte die Verkäuferin auf, den Whirlpool auf eigene Kosten abzutransportieren und den Käufern den Kaufpreis zurückzuerstatten.

Da ein Konsumentenvertrag vorlag (Art. 2 lit. a CISG), war das schweizerische OR und nicht das CISG anwendbar. Das Bundesgericht prüfte, ob die angestrebte Wandelung im vorliegenden Fall gerechtfertigt war. Nach Art. 205 Abs. 2 OR steht es dem Gericht frei, bloss Ersatz des Minderwerts zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen. Das Bundesgericht führte aus, dass mehrere Mängel in ihrer Gesamtheit zu betrachten seien. Trotz der Nachbesserungen durch die Verkäuferin seien drei Mängel unbehoben geblieben, wobei jedoch nur die Gefahr eines elektrischen Schlags einen wesentlichen Mangel darstelle. Es sei jedoch nicht erstellt, dass dieser Mangel nicht oder nur mit hohem Kostenaufwand behebbar sei. Das Bundesgericht kam daher zum Schluss, dass die verbliebenen Mängel eine Wandelung nicht rechtfertigen würden und bezeichnete eine solche als grob unverhältnismässig («gravement disproportionnée»). Dies war auch der Tatsache geschuldet, dass der Aufwand für den

Ausbau und Abtransport des Whirlpools aufgrund von dessen fester Verankerung im Innern des Hauses beträchtlich gewesen wäre. Da es die Käufer versäumten, eventualiter eine Minderungsforderung substantiiert geltend zu machen und zu beweisen, konnte das Bundesgericht bzw. die Vorinstanz auch nicht Ersatz des Minderwerts zusprechen.

Das Bundesgericht diskutierte in Erwägung 4 die gemäss Art. 205 Abs. 2 OR relevanten Kriterien, wann eine Wandelung im schweizerischem Kaufrecht gerechtfertigt ist⁵⁶. Dabei ist rechtsvergleichend insbesondere interessant, dass die schweizerische Rechtsprechung stark darauf abstellt, dass die Unannehmlichkeiten, welche die Wandelung für den Verkäufer nach sich ziehen, zu den Vorteilen, die der Käufer daraus zieht, verhältnismässig sein müssen.

Auch insofern lässt sich eine Parallele zum hier vertretenen Lösungsansatz ziehen. Danach wäre vorliegend nicht von Massenware auszugehen, insbesondere weil der Whirlpool im Innern des Gebäudes montiert worden war und dessen Abtransport sich als schwierig und kostspielig erwiesen hätte. Insofern hätten die Käufer die Beweislast für den Nachweis getragen, dass sie die mangelhafte Ware nicht in zumutbarer Weise selbst verwenden könnten. Dieser Nachweis wäre ihnen aufgrund der im Entscheid erwähnten Gründe nicht gelungen. Überwiegen gesamthaft gesehen die Nachteile, welche ein Verkäufer aufgrund der Vertragsaufhebung erleidet (etwa Kosten, Aufwand und Risiken beim Rücktransport der mangelhaften Ware) in unverhältnismässiger Weise den Vorteil, welcher der Käufer aus der Vertragsaufhebung zieht, so spricht dies dafür, dass diese ungerechtfertigt ist. Gerade im internationalen Verhältnis ist dabei der Umstand zu beachten, dass eine Einzelanfertigung schwieriger abzusetzen ist als Massenware. Oder anders ausgedrückt: Je spezifischer die Eigenschaften der mangelhaften Ware, desto mehr Aufwand muss der Verkäufer bei deren Weiterverkauf betreiben, um einen geeigneten Käufer zu finden und desto höher ist die Gefahr, dass die Ware zum Verkäufer zurückverschifft werden muss.

3. *England (The Hansa Nord - Zitrusfruchtfleischgranulat)*

Im Fall *Cehave N.V. v Bremer Handelgesellschaft m.b.H (The Hansa Nord)* kaufte die Käuferin von der Verkäuferin zum Preis von rund GBP 100'000 Zitrusfruchtfleischgranulat, welches zur Beimischung als Viehfutter verwendet werden sollte⁵⁷. Die Ware kam jedoch mit Hitzeschäden im Hafen von Rotterdam an. Der Käufer verweigerte die Annahme der vorbezahlten Ware

⁵⁶ BRUNNER, Rechtsprechung 2013 (Fn. 3), Rz. 119 ff., 131.

⁵⁷ *Cehave N.V. v Bremer Handelgesellschaft m.b.H. (The Hansa Nord)* [1976] QB 44 Court of Appeal.

mit dem Argument, sie sei nicht wie ausdrücklich in Ziffer 7 des Vertrags statuiert «in gutem Zustand⁵⁸» geliefert worden. Bei Ankunft der Ware in Rotterdam war der Marktpreis der Ware auf rund GBP 86'000 gefallen. Die Verkäuferin weigerte sich, den Kaufpreis für die Ware zurückzuerstatten. Das Granulat wurde schliesslich in Rotterdam gemäss einer Gerichtsanordnung versteigert, wobei die ursprüngliche Käuferin über eine Drittpartei das Granulat zu einem Bruchteil des ursprünglichen Kaufpreises (rund GBP 30'000) erwerben konnte. Die Käuferin verwendete die Ware daraufhin wie ursprünglich vorgesehen als Viehfutter, dies jedoch aufgrund des Hitzeschadens in einem geringeren Mischverhältnis als geplant. Der *Court of Appeal* bejahte trotz einer objektiven Wertminderung der Ware um 25 % aufgrund der tatsächlichen Verwendung als Viehfutter ihre Tauglichkeit zum Gebrauch. Das Gericht befand, dass die Verletzung der Vertragsklausel «Lieferung in gutem Zustand» keine sog. «condition», sondern einen sog. «innominate» bzw. «intermediate term» betraf, weshalb nur eine schwerwiegende Vertragsverletzung zum Rücktritt berechtige. Eine Vertragsaufhebung wurde der Käuferin deshalb verwehrt und sie wurde auf das Recht, Schadenersatz für den Minderverwert zu verlangen, verwiesen.

Zu dieser Entscheidung wurde bemerkt, dass Ziffer 7 des Vertrags von den Parteien nicht ausdrücklich als «condition» (Bedingung) eingestuft worden sei und dass das Gericht auch nicht verpflichtet gewesen sei, daraus eine Bedingung abzuleiten. Daher sei das Gericht zum Schluss gelangt, dass Ziffer 7 eine Zwischenklausel («intermediate term») und keine Bedingung («condition») sei. So habe Lord Denning MR erklärt, dass für geringfügige Abweichungen vom vertraglichen Standard («small-scale deviations from the contractual standard») eine Preisreduktion der geeignete Rechtsbehelf sein sollte und dass der Käufer kein Recht haben sollte, die gesamte Lieferung abzulehnen, es sei denn, der Mangel sei ernsthaft und erheblich («serious and substantial»)⁵⁹. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass ein Gericht nicht leichthin bereit sein sollte, eine Vertragsklausel als «Bedingung» auszulegen, deren Verletzung ein Vertragsaufhebungsrecht begründet und nicht als eine Klausel, deren Verletzung bloss Schadenersatzfolgen hat. Dies insbesondere

⁵⁸ Die Vertragsklausel (Clause 7) lautete: «Shipment to be made in good condition ...».

⁵⁹ EWAN MCKENDRICK, *Contract law*, 8. Aufl. Oxford New York 2018, S. 773: «To similar effect is the following passage from the judgement of Roskill LJ (at pp. 70-71): In my view, a court should not be over ready, unless required by statute or authority to do so, to construe a term in a contract as a «condition» any breach of which gives rise to a right to reject rather than as a term any breach of which sounds in damages... In principle, contracts are made to be performed and not to be avoided according to the whims of market fluctuation and where there is free choice between two possible constructions I think the court should tend to prefer that construction which will ensure performance, and not encourage avoidance of contractual obligations.»

im Hinblick auf das Missbrauchspotential, dass ein Käufer versucht, den Vertrag infolge ihm nachteiliger Marktschwankungen aufgrund einer (nicht hinreichend schweren) Vertragsverletzung aufzuheben⁶⁰. Entsprechend findet man auch die Aussage, «Anglo-Australian law» anerkenne in Zweifelsfällen eine Auslegungsregel, wonach eher von einer Pflicht («promise»; wohl i.S. eines «intermediate term») als einer Bedingung («condition») auszugehen sei⁶¹. Gemeinhin gilt, dass ausser im Fall, in dem eine Klausel von den Parteien als «condition» charakterisiert wurde, der Käufer den Vertrag nur aufheben kann, wenn die Vertragsverletzung hinreichend schwer ist⁶².

Gemäss englischem Recht beurteilen sich die Folgen verschiedener Pflichtverletzungen nach den Regeln des englischen *Sale of Goods Act* von 1979 (SGA) und den Regeln des *Common Law*. Die Rechtsbehelfe der Käufer knüpfen an unterschiedliche Typen von Pflichtverletzungen an. Grundsätzlich sind unter dem SGA zwei Sorten von vertraglicher Schlechterfüllung möglich. Einerseits kann der Verkäufer gegen eine – gesetzlich⁶³ oder vertraglich vorgesehene – «condition» (Bedingung) verstossen. Eine «condition» bezeichnet jede vertragliche Verpflichtung, die so gewichtig ist, dass die Gegenpartei ihre eigenen Vertragspflichten nur erfüllen muss, wenn die Bedingung eingehalten wird⁶⁴. Indessen kann der Käufer den Kaufvertrag bei einem Nicht-Konsumentengeschäft nicht auflösen, wenn eine gesetzliche Condition nach Art. 13 ff. SGA nur geringfügig verletzt wurde (Art. 15A SGA). Damit soll verhindert werden, dass der Käufer den Vertrag aufgrund von Banalitäten bzw. aufgrund von Preisschwankungen der Ware auf dem Markt aufheben kann⁶⁵. Bei den vertraglich stipulierten «conditions» greift diese Einschränkung nicht, wohl aber die oben erwähnte Auslegungsregel. Neben der «condition» ist im englischen Kaufrecht auch die «warranty» vorgesehen. Gemäss Art. 61 Abs. 1 SGA hat die Verletzung einer «warranty» stets nur die Leistung von Schadenersatz bzw. die Minderung des Kaufpreises zur Folge⁶⁶. Als

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ JOHN W. CARTER/G. J. TOLHURST/ELISABETH PEDEN, Developing the Intermediate Term Concept, *Journal of Contract Law* 22/2006 S. 268, S. 277 f.

⁶² Ibid., S. 270; siehe auch INGEBORG SCHWENZER, in: CISG-AC Opinion n° 5, The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents, 7 May 2005, N 2.2.

⁶³ Vgl. Art. 12 ff. SGA; so gilt beim Kauf nach Probe oder Muster gemäss Art. 14 SGA der Umstand als Condition, dass die Ware der Probe bzw. dem Muster entspricht.

⁶⁴ DONAL NOLAN, Classification of statements as to goods, in: Benjamin's Sale of Goods, Michael Bridge (Hrsg.), 10. Aufl. London 2017, Rz. 10-026 f.

⁶⁵ DONAL NOLAN, Remedies in respect of defects, in: Benjamin's Sale of Goods, Michael Bridge (Hrsg.), 10. Aufl. London 2017, Rz. 12-026.

⁶⁶ In *Dick Bentley Productions Ltd v Harold Smith (Motors) Ltd* [1965] 1 WLR 623 wurde die Äusserung eines Gebrauchtwagenhändlers hinsichtlich der bereits durch das zu verkaufende Fahrzeug zurückgelegten Meilen als Warranty beurteilt; vgl. NOLAN (Fn. 65), Rz. 10-018.

dritte Kategorie besteht neben der «condition» und der «warranty» (zwischen drin) wie erwähnt der «intermediate» oder «innominate term». Bei einer Verletzung des «innominate term» entscheidet wie gesehen das Gericht je nach deren Schwere über die Möglichkeit der Vertragsaufhebung. Bei einer Schlechtlieferung ist der Käufer nur zur Vertragsaufhebung befugt, wenn diese gegen eine vertraglich stipulierte «condition» oder einen «intermediate term» verstösst⁶⁷.

Die Ausführungen zeigen, dass auch unter dem englischen Kaufrecht, ähnlich wie unter dem CISG, der Käufer bei Beschaffenheitsmängeln nicht leichthin vom Vertrag zurücktreten kann. Während das englische Kaufrecht die Vertragsverletzungen in verschiedene Kategorien unterteilt, kennt das CISG nur die Unterscheidung in wesentliche und unwesentliche Vertragsverletzungen. Beide Systeme begründen – wohl notgedrungen – eine gewisse Rechtsunsicherheit. Es kann aber gesagt werden, dass im Wesentlichen beide Systeme eine grobe Verletzung der Käuferinteressen verlangen, um dem Käufer die Auflösung des Vertrags zu erlauben. Zwar wurde bemerkt, das CISG gehe in den Anforderungen an die Vertragsverletzung, welche zu einer Vertragsaufhebung berechtigt, tendenziell etwas weiter⁶⁸. Demgegenüber wurde aber auch darauf hingewiesen, dass es bei einer «einfühlsamen Auslegung» des CISG, welches den Parteiwillen in den Vordergrund stelle, durchaus sein könne, dass unter Art. 25 CISG ähnliche Ergebnisse wie nach englischem Recht erzielt werden können⁶⁹.

Eine solche Konvergenz würde durch den hier vorgeschlagenen Lösungsansatz begünstigt. Im *The Hansa Nord*-Entscheid zugrundeliegenden Sachverhalt hätte dies bei Annahme von Massenware dazu geführt, dass der Käufer die Schwere der Vertragswidrigkeit hätte beweisen müssen und der Verkäufer, dass eine Verwendung oder ein Weiterverkauf der mangelhaften Ware durch den Käufer offenkundig unverhältnismässig leichter ist als eine Verwertung (Weiterverkauf) durch den Verkäufer. Vorliegend wäre vorab und abgesehen vom Kriterium der Verwendbarkeit bzw. Absatzbarkeit durch den Käufer wohl auch nach dem CISG davon auszugehen gewesen, dass der Mangel nicht i.S. von Art. 25 CISG genügend schwer war. Die objektive Wertminderung (ohne Marktveränderung) betrug rund 25 % und die tatsächliche Verwendbarkeit als Viehfutter und damit die Tauglichkeit zum beab-

⁶⁷ NEVI AGAPIOU, Buyer's remedies under the CISG and English sales law: a comparative analysis, Diss. Leicester 2016, S. 159.

⁶⁸ DIES. (Fn. 68), S. 165.

⁶⁹ ALASTAIR C. L. MULLIS, Termination for Breach of Contract in C.I.F. Contracts Under the Vienna Convention and English Law; Is There a Substantial Difference?, in: Contemporary Issues in Commercial Law, Essays in honor of Prof. A.G. Guest, Eva Z. Lomnicka/Christopher George John Morse (Hrsg.), London 1997, S. 137 ff., <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mullis.html> (besucht am 25. Mai 2018).

sichtigten Verwendungszweck war erwiesen. Erstellt war auch, dass die Käuferin selbst das mangelhafte Granulat für eigene Verwendung gebrauchen konnte und wollte, weshalb (ohnehin) wohl auch Unverhältnismässigkeit anzunehmen wäre.

IV. Fazit

Die vorstehende Analyse einschlägiger Entscheide zeigt, dass der oben II. C. 1./2. vorgeschlagene Lösungsansatz einer differenzierten Beweislastregelung, je nach Vorliegen von Massenware oder anderer Ware (Unikate, Einzelanfertigungen und dgl.), zu sachgerechten Ergebnissen führen sollte, die auf einem angemessenen Interessenausgleich beruhen. Der von deutschsprachigen Gerichten bisher angewandte Ansatz ignoriert unseres Erachtens eine sachgerechte Abwägung der gegenseitigen typischen Interessen von Verkäufer und Käufer. Weiter ist zu konstatieren, dass die Entscheide von Gerichten ausserhalb des deutschsprachigen Raums, die sich nicht oder höchstens beiläufig mit diesem Kriterium befassen, bei Anwendung des vorgeschlagenen Lösungsansatzes wohl nicht anders ausgefallen wären.

Der vorgeschlagene Lösungsansatz verhindert, dass eine Vertragsaufhebung allzu restriktiv gehandhabt wird, ohne das Kriterium der zumutbaren Verwendbarkeit oder Absatzbarkeit durch den Käufer ganz ausser Acht zu lassen. Gewisse Fallkonstellationen zeigen, dass dieses Kriterium durchaus seine Berechtigung haben kann⁷⁰.

Der vorgeschlagene Lösungsansatz trägt damit auch dem Umstand Rechnung, dass die im deutschsprachigen Raum vorherrschende Anwendung des Kriteriums der zumutbaren Verwendbarkeit und Absatzbarkeit durch den Käufer im Rahmen von Art. 25 CISG tendenziell zu einer systematischen und ungerechtfertigten Benachteiligung des Käufers führen kann⁷¹. Verschiebt sich die Auslegung des CISG durch die Gerichte weiter zuungunsten der Käufer (wie etwa im Walzdraht-Fall), so besteht die Gefahr, dass sich diese über kurz oder lang vom CISG ab-, und anderen, käuferfreundlicheren Kaufrechten zuwenden⁷², oder aber versuchen, allfällige Streitigkeiten nicht durch deutschsprachige Gerichte, welche käuferfeindliche Tendenzen aufweisen, entscheiden zu lassen. Die Analyse der deutschsprachigen Rechtsprechung hat jedenfalls gezeigt, dass es eines klaren Korrektivs bedarf. Ein (blosser) Appell, generell

⁷⁰ Vgl. oben III.

⁷¹ Kritisch auch BRIDGE (Fn. 18), Rz. 12.04; EGGEN (Fn. 11), S. 17 f.; HUBER (Fn. 13), S. 155 ff.; PETER HUBER/ALASTAIR C. L. MULLIS, *The CISG*, 1. Aufl. München 2007, S. 231.

⁷² KOLLER (Fn. 42), S. 91.

dürften an die Unzumutbarkeit einer Weiterveräußerung oder -verwendung durch den Käufer keine überhöhten Anforderungen gestellt werden, da das Vertragsaufhebungsrecht nicht ausgehöhlt werden dürfte⁷³, erscheint spätestens nach dem Walzdraht-Entscheid des Bundesgerichts als ungeeignet, die erforderliche Korrektur herbeizuführen.

⁷³ So etwa noch SHK-BRUNNER/LEISINGER (Fn. 4), N 17 zu Art. 25 CISG.

Der Anwaltsvertrag – Berührungspunkte zwischen dem Privatrecht und dem Berufsrecht der Anwälte

ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	110
II.	Berührungspunkt auf der Ebene «Vertragsmängel»	112
	A. Vorbemerkungen	112
	B. Fallbeispiele betreffend die Honorarvereinbarung	112
	1. Fallbeispiel 1: Lukratives Willensvollstreckermandat	112
	2. Fallbeispiel 2: Pactum de quota litis?.....	112
	C. Rechtsgrundlagen	113
	1. Auftragsrecht.....	113
	2. Berufsrecht	114
	D. Analyse der Fallbeispiele.....	116
	1. Fallbeispiel 1: Lukratives Willensvollstreckermandat	116
	2. Fallbeispiel 2: Pactum de quota litis?.....	117
	E. Fazit	119
III.	Berührungspunkte auf der Ebene «Leistungsstörungen»	119
	A. Vorbemerkungen	119
	B. Qualitativ mangelhafte Leistung.....	120
	1. Fallbeispiele	120
	a) Fallbeispiel 1: Rechtsunkenntnis	120
	b) Fallbeispiel 2: Rechtsanwalt mit Schlafdefizit	121
	2. Rechtsgrundlagen.....	122
	a) Auftragsrechtliche Pflicht zur vertragsgemässen Besorgung der Geschäfte oder Dienste.....	122
	b) Berufsrechtliche Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Ausübung des Anwaltsberufs.....	123
	3. Analyse der Fallbeispiele	124
	a) Fallbeispiel 1: Rechtsunkenntnis	124
	b) Fallbeispiel 2: Rechtsanwalt mit Schlafdefizit	125
	4. Fazit.....	126
	C. Geheimhaltung.....	127

* Dr. ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN, Rechtsanwältin, Oberassistentin an den Universitäten Bern und Zürich und Lehrbeauftragte an der Universität Bern.

1. Fallbeispiel: Der alles entscheidende Internet-Link	127
2. Rechtsgrundlagen	128
a) Auftragsrechtliche Pflicht zur Verschwiegenheit	128
b) Berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses	129
3. Analyse des Fallbeispiels	130
4. Fazit	132
IV. Schlussbemerkungen	132

I. Einleitung

Der Jubilar hat in seiner immensen Schaffenskraft seine Forschung immer wieder auf interessante Schnittstellen zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht, namentlich dem Steuer- sowie Sozialversicherungsrecht, fokussiert. In Anlehnung an diese «Forschungstradition» soll in diesem Beitrag ebenfalls eine solche Schnittstelle, nämlich jene zwischen dem Privatrecht und dem Berufsrecht der Anwälte, beleuchtet werden.

Anwälte stehen einerseits in einem **privatrechtlichen Vertragsverhältnis** zu ihren Klienten, welches in der Regel als einfacher Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR zu qualifizieren ist.¹ Nachfolgend wird dieses Vertragsverhältnis als Anwaltsvertragsverhältnis bzw. Anwaltsvertrag bezeichnet. Andererseits unterstehen namentlich im Monopolbereich tätige Anwälte der staatlichen Aufsicht (vgl. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 BGFA) und haben insbesondere die in Art. 12 und Art. 13 BGFA statuierten, **öffentlich-rechtlichen² Berufspflichten** einzuhalten, die Teil des Berufsrechts der Anwälte bilden.³

Berufsrecht und Privatrecht haben **unterschiedliche Zwecke**: Der Gesetzgeber hat das Berufsrecht als Ausfluss des öffentlichen Interesses zum Schutz einer funktionsfähigen Rechtspflege erlassen. Das Berufsrecht dient somit letztlich dem **Schutz des rechtsuchenden Publikums und dem Vertrauen der Öffentlichkeit in die Anwaltschaft**. Individuell-rechtliche Anliegen der

¹ WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992, Art. 394 OR N 144; KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, Zürich/Basel/Genf 2009, Nr. 34; GIOVANNI ANDREA TESTA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Diss. Zürich, Zürich 2001, S. 3.

² Zur Rechtsnatur des Berufsrechts als öffentliches Recht vgl. z.B. SCHILLER (Fn. 1), Nr. 36; FELIX WOLFFERS, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Seine Funktion und öffentlich-rechtliche Stellung, Diss. Bern, Zürich 1986, S. 111.

³ SCHILLER (Fn. 1), Nrn. 36 f.

Mandanten werden durch das Berufsrecht höchstens indirekt und als Nebeneffekt des Schutzes öffentlicher Interessen geschützt.⁴ Dem Privatrecht dagegen kommt vor allem die Funktion des **Wirtschaftsorganisationsrechts** zu, indem es die organisatorischen Rahmenbedingungen für unser Wirtschaftssystem schafft und einen Katalog an Instrumenten anbietet, die es den privaten Teilnehmern am Wirtschaftsleben ermöglichen, ihre Aufgaben zu erfüllen.⁵ Das Privatrecht sieht auch entsprechende Rechtsbehelfe vor, mit denen die einzelnen Akteure ihre vom Privatrecht geschützten Positionen im Streitfall rechtlich durchsetzen können.

Trotz der unterschiedlichen Zwecke und der grundsätzlich bestehenden gegenseitigen Unabhängigkeit von Privatrecht und Berufsrecht sind diese beiden Rechtsgebiete **miteinander verzahnt**. Besonders viele Berührungspunkte ergeben sich namentlich aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Klienten. In den folgenden Abschnitten sollen daher **ausgewählte Berührungspunkte**, die sich aus dem **Anwaltsvertragsverhältnis** ergeben, untersucht werden. Systematisch orientiert sich die Analyse an den privatrechtlichen «Prüfstufen»⁶, auf die üblicherweise bei der Beurteilung eines Vertrags hinsichtlich Konsens, Gültigkeit bzw. Vertragsmängel und richtiger Erfüllung bzw. Leistungsstörungen Bezug genommen wird, wobei die Untersuchung im Folgenden auf die Berührungspunkte auf den Prüfstufen Vertragsmängel und Leistungsstörungen beschränkt wird.

⁴ WALTER FELLMANN, in: Walter Fellmann/Gaudenz Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Art. 12 BGFA N 2 f., unter anderem mit Hinweis auf den Entscheid der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt vom 20. November 2006, E. 2.2; WOLFFERS (Fn. 2), S. 173. Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 1. Dezember 2015 (2C_1074/2015), E. 2, wo das Bundesgericht ausführt: «Das anwaltsrechtliche Disziplinarverfahren dient dem allgemeinen öffentlichen Interesse an der korrekten Berufsausübung durch die Rechtsanwälte und nicht der Wahrung individueller Anliegen.»

⁵ THOMAS KOLLER, Wechselwirkungen zwischen privatrechtlichen Rechtsgeschäften und ihren Steuerfolgen – Ein Beispiel für die enge Verzahnung zweier rechtlicher Subsysteme, in: ZBJV 134/1998 S. 309 ff., S. 315.

⁶ Vgl. z.B. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Nrn. 2483 ff.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Nrn. 286 ff.; JEAN-MARC SCHALLER, Die Anspruchsmethode, in: AJP 1/2011 S. 3 ff., S. 7 f.

II. Berührungspunkt auf der Ebene «Vertragsmängel»

A. Vorbemerkungen

Aus **privatrechtlicher Perspektive** kann ein Anwaltsvertrag an **Vertragsmängeln** leiden, die dessen Gültigkeit beeinträchtigen. Zu diesen Vertragsmängeln zählen unter anderem Mängel in der Handlungsfähigkeit einer Partei, Formmängel, Inhaltsmängel, die Übervorteilung und Willensmängel.⁷ Das **Berufsrecht** hingegen knüpft aufgrund seiner Teleologie, die vor allem im Schutz öffentlicher Interessen begründet liegt, für eine disziplinarische Sanktion nicht an das Bestehen von privatrechtlichen Vertragsmängeln, sondern an eine **Verletzung einer Berufspflicht** an. Dennoch ist namentlich mit Bezug auf die **Honorarvereinbarung** zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Klienten eine interessante Schnittstellenthematik auszumachen. Nachfolgend soll diese Schnittstelle genauer untersucht werden.

B. Fallbeispiele betreffend die Honorarvereinbarung

1. *Fallbeispiel 1: Lukratives Willensvollstreckermandat*

Rechtsanwalt K. wurde im Nachlass von L. als Willensvollstrecker eingesetzt. Als Honorar wurde nebst einem Stundensatz auch eine Pauschale von 2 % des Nachlassvermögens vereinbart. Die Nachlassabwicklung erweist sich als durchschnittlich komplex. Nach Abschluss seines Willensvollstreckermandats stellt Rechtsanwalt K. dem Nachlass eine Honorarforderung über CHF 31'000.00, was den vereinbarten 2 % des Nachlassvermögens entspricht. Zusätzlich dazu macht Rechtsanwalt K. ein auf Stundenbasis berechnetes Honorar von CHF 25'000.00 geltend. Eine Mischrechnung zwischen Pauschalhonorar und stundenbasiertem Honorar ergibt einen Stundensatz in der Grössenordnung von knapp CHF 540.00.⁸

2. *Fallbeispiel 2: Pactum de quota litis?*

Rechtsanwalt D. schliesst mit Frau E. einen Anwaltsvertrag ab betreffend Vertretung in einer komplexen erbrechtlichen Streitigkeit. Frau E. ist der An-

⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 6), Nrn. 289 ff.

⁸ Sachverhalt angelehnt an den dem Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 12. April 2012 (KG120004-O) zu Grunde liegenden Sachverhalt.

sicht, dass ihr im Zusammenhang mit einem Erbfall CHF 250'000.00 als Erbin zustünden, die ihr von den anderen Erben vorenthalten würden. Rechtsanwalt D. schätzt den Streitwert gar auf Dutzende von Millionen. Inhalt des Anwaltsvertrags bildet auch eine Honorarvereinbarung, wonach Frau E. dem Rechtsanwalt D. lediglich eine Anzahlung von CHF 2'000.00 bzw. 9 Stunden à CHF 200.00 plus CHF 200.00 Sekretariatspauschale zu zahlen habe. Jeglicher weitere Aufwand sei nicht auf Stundenbasis zu vergüten, sondern gehe allein auf das Risiko von Rechtsanwalt D. Zusätzlich dazu vereinbaren die Parteien einen Bonus von 15 % zu Gunsten von Rechtsanwalt D. an einem allfälligen Prozessgewinn.⁹

C. Rechtsgrundlagen

1. Auftragsrecht

Das Auftragsrecht – als Teilgebiet des Privatrechts – ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit geprägt (Art. 19 Abs. 1 OR). Danach steht es den Parteien frei, den Inhalt des Anwaltsvertrags und damit auch Höhe und inhaltliche Ausgestaltung des Honorars beliebig festzulegen.¹⁰ Art. 19 Abs. 1 OR setzt der Vertragsfreiheit jedoch insoweit Grenzen, als der Inhalt eines Vertrags nur «*innerhalb der Schranken des Gesetzes*» von den Parteien beliebig vereinbart werden darf. Folgende gesetzliche «Schranken» sind für den vorliegenden Beitrag vor allem von Interesse:

- **Höhe des Anwaltshonorars:** Mit Bezug auf die privatrechtlich zulässige Höhe des Anwaltshonorars setzt insbesondere Art. 21 OR zum Schutz vor Übervorteilung eine Schranke.¹¹ Wird durch eine Honorarvereinbarung ein offenes Missverhältnis zwischen der Leistung des Rechtsanwalts und der Gegenleistung des Klienten begründet und hat der Rechtsanwalt den Abschluss einer solchen Honorarvereinbarung durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns seines Klienten herbeigeführt, so ist die Honorarvereinbarung für den übervorteilten Klienten gemäss Art. 21 OR einseitig unverbindlich. Bei der Prüfung der Angemessenheit eines Anwaltshonorars sind die allgemeinen Grundsätze des Auftragsrechts beizuziehen. Relevante Kriterien sind demnach unter anderem die für die Durchführung des Auftrags erforderliche Ausbildung,

⁹ Sachverhalt angelehnt an den dem Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 7. Mai 2015 (KG140026-O), E. I. zu Grunde liegenden Sachverhalt.

¹⁰ In diesem Sinne auch BK-FELLMANN (Fn. 1), Art. 394 OR N 428 m.w.H.

¹¹ Vgl. BK-FELLMANN (Fn. 1), Art. 394 OR N 428.

das besondere Können des beauftragten Anwalts, die Schwierigkeit und Dringlichkeit der Aufgabe sowie das Mass an Verantwortung.¹²

- **Inhaltliche Ausgestaltung der Honorarvereinbarung:** Hinsichtlich der zulässigen inhaltlichen Ausgestaltung der Honorarvereinbarung beinhaltet Art. 20 OR eine weitere Schranke, wonach namentlich ein Vertrag, der einen widerrechtlichen Inhalt hat, nichtig oder teilnichtig ist. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob sich die Widerrechtlichkeit eines privatrechtlichen Vertrags auch aus einer öffentlich-rechtlichen Gesetzesbestimmung und namentlich aus einer Verletzung von Art. 12 lit. e BGFA ergeben kann. In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht zu dieser Frage spezifisch mit Bezug auf das Berufsrecht der Anwälte Stellung genommen und festgehalten, dass sich die Widerrechtlichkeit eines privatrechtlichen Vertrags auch aus einer öffentlich-rechtlichen Gesetzesbestimmung ergeben könne, sofern die Nichtigkeit als Rechtsfolge ausdrücklich im betreffenden Gesetz vorgesehen sei oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergebe. Das Bundesgericht führte weiter aus, dass Art. 12 lit. e BGFA die Nichtigkeit eines Erfolgshonorars zwar nicht als Rechtsfolge vorsehe, diese Rechtsfolge sich aber aus Sinn und Zweck der erwähnten Bestimmung, welche unter anderem den Schutz der Klienten bezwecke, ergebe.¹³

2. *Berufsrecht*

Bei der Beurteilung der Angemessenheit der **Höhe des Anwaltshonorars** knüpft das Berufsrecht grundsätzlich an die im Privatrecht geltende Vertragsfreiheit an und belässt den Parteien eines Anwaltsvertrags diesbezüglich einen grossen Spielraum. Ist jedoch eine Honorarvereinbarung in privatrechtlicher Hinsicht unangemessen, was namentlich dann der Fall ist, wenn der Tatbestand der Übervorteilung gemäss Art. 21 OR erfüllt ist, kann die betreffende Honorarvereinbarung zusätzlich auch die anwaltliche Berufspflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Ausübung des Anwaltsberufs (Art. 12 lit. a BGFA¹⁴) verletzen.¹⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung ist jedoch für

¹² BK-FELLMANN (Fn. 1), Art. 394 OR N 413.

¹³ BGE 143 III 600 ff. (615) E. 2.8.1. Vgl. auch WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2. Aufl., Bern 2017, Nr. 451. Für eine vertiefte Auseinandersetzung betreffend das Zusammenspiel zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht hinsichtlich der Frage der Nichtigkeit vgl. NICOLAS ROUILLER, *Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit*, Diss. Basel, Bern 2002.

¹⁴ Namentlich die Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern sowie die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich prüfen die Angemessenheit einer Honorarforderung unter dem Titel von Art. 12 lit. a BGFA. Vgl. zur Zürcher Praxis ALEXANDER BRUNNER/MATTHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI,

eine berufsrechtliche Disziplinierung gestützt auf Art. 12 lit. a BGFA nicht zwingend vorausgesetzt, dass der Tatbestand von Art. 21 OR (vollumfänglich) erfüllt ist. Massgebend für eine Disziplinierung erscheint vielmehr, ob im konkreten Fall ein derart gravierendes Missverhältnis zwischen dem Honorar des Anwalts und seiner Leistung besteht, dass vor dem Hintergrund des Schutzes des rechtsuchenden Publikums und des Vertrauens der Öffentlichkeit in den Anwaltsstand eine berufsrechtliche Disziplinierung als im öffentlichen Interesse liegend und verhältnismässig erscheint. Nebst der Höhe der Überforderung können aus berufsrechtlicher Perspektive sodann auch weitere Umstände, namentlich die Art und Weise, wie der Anwalt die Überforderung geltend macht (z.B. durch irreführende Angaben oder durch Ausübung von unzulässigem Druck auf den Klienten), bei der rechtlichen Beurteilung berücksichtigt werden.¹⁶ In der Praxis werden in diesem Sinne denn auch nur *«krasse Überforderungen»* berufsrechtlich geahndet. Das bedeutet, dass nur in schwerwiegenden Fällen von einer Verletzung der Berufspflicht gemäss Art. 12 lit. a BGFA ausgegangen wird, nämlich dann, *«wenn das geforderte Honorar krass übersetzt, unverhältnismässig, schlicht nicht nachvollziehbar ist»*.¹⁷

Hinsichtlich der **inhaltlichen Ausgestaltung der Honorarvereinbarung** schränkt das Berufsrecht mit Art. 12 lit. e BGFA die privatrechtliche Vertragsfreiheit in beträchtlichem Ausmass ein. Denn gemäss der Berufspflicht in Art. 12 lit. e BGFA darf ein Rechtsanwalt vor Beendigung eines Rechtsstreits mit seinem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschliessen. Er darf sich auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten. Danach ist es aus berufsrechtlicher Sicht unzulässig, wenn sich ein Anwalt vor oder während eines laufenden Mandats von seinem Klienten ein Honorar versprechen lässt, das zumindest grösstenteils vom Ausgang des Verfahrens abhängig ist (sog. Erfolgshonorar bzw. *pactum*

Anwaltsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, 4. Kapitel N 29 sowie zur Berner Praxis MARTIN STERCHI, Die Praxis der Anwaltskammer des Kantons Bern 2006, in: in dubio 4/2007 S. 196 ff., S. 202.

¹⁵ BEAT HESS, Das Anwaltsgesetz des Bundes (BGFA) und seine Umsetzung durch die Kantone am Beispiel des Kantons Bern, in: ZBJV 140/2004 S. 89 ff., S. 119 f.

¹⁶ FELLMANN (Fn. 4), Art. 12 BGFA N 169 m.w.H.

¹⁷ Vgl. Beschluss der Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 12. April 2012 (KG120004-O), E. 5 und Hinweis auf die Praxis der genannten Aufsichtscommission in GEORG PFISTER, Aus der Praxis der Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich zu Art. 12 BGFA, in: SJZ 105/2009 S. 285 ff., S. 290. Auch die Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern befolgt eine vergleichbare Praxis und setzt für das Vorliegen einer Verletzung von Art. 12 lit. a BGFA *«das Stellen einer klar übersetzten Honorarrechnung»* voraus. Vgl. dazu STERCHI (Fn. 14), S. 202.

de quota litis).¹⁸ Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle noch zu erwähnen, dass das Verbot des Erfolgshonorars nur für streitige Rechtsfälle gilt, mithin auf den förmlichen Prozess begrenzt ist.¹⁹

D. Analyse der Fallbeispiele

1. Fallbeispiel 1: Lukratives Willensvollstreckermandat

Es ist zu untersuchen, ob das von Rechtsanwalt K. mit L. vereinbarte Honorar in privat- und berufsrechtlicher Hinsicht noch als angemessen qualifiziert werden kann. Werfen wir zunächst einen Blick auf das Berufsrecht und namentlich die **Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung (Art. 12 lit. a BGFA)**: Das aufgeführte Fallbeispiel ist an einen Sachverhalt angelehnt, der der Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich zur Beurteilung vorgelegt wurde. Die Aufsichtscommission verweist in ihrem Beschluss zunächst auf die ständige Praxis, wonach die Aufsichtsbehörde nur einzuschreiten habe, wenn die Rechnung des Anwalts krass übersetzt sei. Sie führt weiter aus, dass die Entschädigung in erster Linie den erbrachten Leistungen objektiv angemessen sein müsse und im zu beurteilenden Sachverhalt keinerlei Hinweise bestünden, wonach das von Rechtsanwalt K. veranschlagte Honorar als krass übersetzt zu qualifizieren wäre. Namentlich der Stundensatz von knapp CHF 540.00 sei aus disziplinarrechtlicher Perspektive nicht als unangemessen zu werten, weshalb kein genügender Anfangsverdacht für die Eröffnung eines Disziplinarverfahrens bestehe.²⁰ Dieser Schlussfolgerung ist im Ergebnis zuzustimmen. Denn ein Stundensatz von CHF 540.00 ist im Quervergleich für ein durchschnittlich komplexes Willensvollstreckermandat zwar eher hoch, in der Anwaltspraxis aber dennoch anzutreffen und aus disziplinarrechtlicher Sicht zumindest **nicht** als **krass übersetzt** zu qualifizieren. Gegen eine Verletzung der in Art. 12 lit. a BGFA vorgesehenen Berufspflicht spricht sodann der Umstand, dass dem Fallbeispiel auch **keine Hinweise** auf allfällige **weitere, erschwerende Umstände**, wie z.B. Irreführung durch Rechtsanwalt K., zu entnehmen sind.

¹⁸ FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Bern 2009, N 1588; BRUNNER/HENN/KRIESI (Fn. 14), 4. Kapitel N 243 ff.; BENOÎT CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, Tome I, *Le cadre légal et les principes essentiels*, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2016, S. 77.

¹⁹ FELLMANN (Fn. 4), Art. 12 BGFA N 125 m.w.H.

²⁰ Vgl. Beschluss der Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 12. April 2012 (KG120004-O), E. 5 und E. 6. Zur disziplinarrechtlichen Zuständigkeit der Aufsichtscommissionen bei von Anwälten ausgeführten Willensvollstreckermandaten vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts vom 3. September 2001 (2P.139/2001), E. 3.

Gestützt auf die Analyse des Fallbeispiels aus berufsrechtlicher Sicht lässt sich nicht automatisch der Schluss ziehen, dass das von Rechtsanwalt K. geltend gemachte Willensvollstreckerhonorar auch aus **privatrechtlicher Perspektive** und vor dem Hintergrund von Art. 21 OR angemessen ist. Wie bereits dargelegt, sind aus auftragsrechtlicher Perspektive für die Beurteilung der Angemessenheit unter anderem folgende Kriterien relevant: Die für die Durchführung des Auftrags erforderliche Ausbildung, das besondere Können des beauftragten Anwalts, die Schwierigkeit und Dringlichkeit der Aufgabe sowie das Mass an Verantwortung. Gestützt auf den kurzen Sachverhalt im Fallbeispiel lässt sich die Angemessenheit nicht abschliessend beurteilen. Relevant erscheint jedoch insbesondere der Umstand, dass Rechtsanwalt K. vermutlich aufgrund seiner spezifischen und qualifizierten anwaltlichen Fähigkeiten als Willensvollstrecker eingesetzt wurde, was auch entsprechend honoriert werden darf. Die Frage der Angemessenheit kann jedoch mit Bezug auf den Tatbestand der Übervorteilung offen bleiben, da sich im Weiteren keinerlei Hinweise auf eine auf Seiten des Auftraggebers bestehende Schwächelage aus dem Sachverhalt ergeben, die von Rechtsanwalt K. hätte ausgebeutet werden können. Insgesamt liegt damit **keine Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR** vor und es ist von der privatrechtlichen Gültigkeit der Honorarvereinbarung auszugehen.

2. Fallbeispiel 2: *Pactum de quota litis*?

Es ist zunächst zu prüfen, ob der Inhalt der zwischen Rechtsanwalt D. mit Frau E. geschlossenen Honorarvereinbarung mit dem von **Art. 12 lit. e BGFA** vorgesehenen **Verbot des Erfolgshonorars** vereinbar ist. Die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich ist mit Bezug auf eine ähnliche Honorarvereinbarung, wie sie gemäss dem aufgeführten Fallbeispiel zwischen Rechtsanwalt D. und Frau E. geschlossen wurde, zum Schluss gekommen, dass eine solche Abmachung im Ergebnis einem nach Art. 12 lit. e BGFA unzulässigen «*pactum de quota litis*» entspreche, da das Honorar von Rechtsanwalt D. im Wesentlichen auf einer prozentualen Gewinnbeteiligung beruhe, zumal die vereinbarte Prämie für die Leistung der ersten neun Arbeitsstunden in Anbetracht des mutmasslichen Streitwerts und der aufwendigen forensischen Auseinandersetzung offensichtlich völlig ungenügend im Verhältnis zum Aufwand gewesen sei und Rechtsanwalt D. insbesondere im Falle eines Misserfolgs kein kostendeckendes Honorar erzielt hätte.²¹ Man kann sich durchaus fragen, ob eine solche, doch eher starre rechtliche Betrachtungsweise den Zugang zum Markt betreffend an-

²¹ Vgl. Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 7. Mai 2015 (KG140026-O), E. II.6.3-II.6.5.

waltliche Dienstleistungen nicht zu stark behindert. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die internationale Tendenz eher in Richtung Liberalisierung der inhaltlichen Ausgestaltung der Honorarvereinbarung zu gehen scheint.²² Es erstaunt daher nicht, dass diese Thematik in der Lehre immer wieder kontrovers diskutiert wird.²³ Auf die verschiedenen Lehrmeinungen und die für oder gegen ein Erfolgshonorar vorgebrachten Argumente soll aber vorliegend nicht vertieft eingegangen werden, da das Bundesgericht auch in jüngster Zeit am grundsätzlichen Verbot des Erfolgshonorars festhält. Als Gründe dafür werden vom Bundesgericht angeführt, dass dadurch einerseits die Unabhängigkeit des Anwalts gewährleistet und andererseits die Gefahr der Übervorteilung von Mandanten vermindert werde.²⁴ Zulässig hingegen ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch namentlich eine zusätzlich zum Stundenhonorar vereinbarte Erfolgsprämie (sog. *pactum de palmario*), sofern der Rechtsanwalt unabhängig vom Ausgang des Verfahrens ein Honorar erzielt, das nicht nur seine Selbstkosten deckt, sondern ihm auch noch einen angemessenen Gewinn ermöglicht.²⁵ In Fallbeispiel 2 sind die Voraussetzungen für ein zulässiges *pactum de palmario* aber klar nicht erfüllt, da Rechtsanwalt D. gestützt auf die Honorarvereinbarung kein Honorar erzielen kann, das sowohl die Selbstkosten decken als auch einen angemessenen Gewinn ermöglichen würde, weshalb gestützt auf die geltende Rechtslage und die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung ein **Verstoss** gegen Art. 12 lit. e BGFA **zu bejahen** ist.

Geht man davon aus, dass die Honorarvereinbarung zwischen Rechtsanwalt D. und Frau E. berufsrechtlich unzulässig ist, da sie gegen Art. 12 lit. e BGFA verstösst, ist weiter zu prüfen, welche **privatrechtlichen Rechtsfolgen** sich daraus ergeben. Hierbei ist eine interessante Schnittstelle zwischen dem Berufsrecht und dem Privatrecht auszumachen. Denn unter Berücksichtigung der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die gegen Art. 12 lit. e BGFA verstossende, zwischen Rechtsanwalt D. und Frau E. abgeschlossene Honorarvereinbarung **widerrechtlich** und daher gestützt auf Art. 20 OR **nichtig oder teilnichtig**.

²² Vgl. rechtsvergleichende Übersicht in BGE 143 III 600 ff. (607) E. 2.6.3.

²³ Vgl. die Übersicht zu den in der Lehre vertretenen Meinungen in BGE 143 III 600 ff. (612) E. 2.7.4 sowie in FELLMANN (Fn. 13), Nrn. 436 f.

²⁴ BGE 143 III 600 ff. (612 f.) E. 2.7.4; Urteil des Bundesgerichts vom 24. Juli 2006 (2A.98/2006), E. 2.1.

²⁵ BGE 143 III 600 ff. (613 f.) E. 2.7.5.

E. Fazit

Hinsichtlich der Anforderungen an die **Angemessenheit des Honorars** überschneiden sich Berufsrecht und Privatrecht in der praktischen Rechtsanwendung weitestgehend und belassen den Parteien vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit einen grossen Spielraum. Es ist aber festzuhalten, dass das Berufsrecht in der Tendenz wohl etwas «toleranter» ist als das Privatrecht. Dieser Schluss ergibt sich einerseits aufgrund der Auslegung der relevanten Bestimmungen: Für eine Verletzung von Art. 12 lit. a BGFA ist unter anderem in objektiver Hinsicht eine «*krasse Überforderung*»²⁶ bzw. «*das Stellen einer klar übersetzten Honorarrechnung*»²⁷ vorausgesetzt, während Art. 21 OR lediglich ein «*offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung*» verlangt. Andererseits spricht auch die Teleologie des öffentlich-rechtlichen Berufsrechts, welches dem Schutz des rechtsuchenden Publikums und des Vertrauens der Öffentlichkeit in den Anwaltsberuf dient, dafür, dass nur qualifiziertes anwaltliches Fehlverhalten zusätzlich zu den möglichen privatrechtlichen Rechtsbehelfen auch noch disziplinarrechtlich geahndet wird.²⁸

Bezüglich der **inhaltlichen Ausgestaltung der Honorarvereinbarung** ergibt sich eine interessante Interdependenz zwischen dem Privatrecht und dem Berufsrecht, da die privatrechtliche Vertragsfreiheit durch das berufsrechtliche Verbot der Vereinbarung von Erfolgshonoraren teilweise eingeschränkt wird.

III. Berührungspunkte auf der Ebene «Leistungsstörungen»

A. Vorbemerkungen

Wird ein Anwaltsvertrag nicht oder nicht richtig erfüllt, stellt sich aus **privatrechtlicher Perspektive** die Frage, ob der Anwalt daraus vertraglich haftbar wird und seinem Klienten Schadenersatz zu leisten hat. Anspruchsgrundlagen für eine solche **vertragliche Haftung** bilden die Art. 398 Abs. 2 i.V.m.

²⁶ Vgl. Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 12. April 2012 (KG120004-O), E. 5.

²⁷ Vgl. zur Praxis der Aufsichtsbehörde des Kantons Bern STERCHI (Fn. 14), S. 202.

²⁸ Zur Teleologie des Berufsrechts vgl. FELLMANN (Fn. 4), Art. 12 BGFA N 2 f., unter anderem mit Hinweis auf den Entscheid der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt vom 20. November 2006, E. 2.2.

Art. 97 OR.²⁹ Im Tatbestand sind für eine vertragliche Haftung kumulativ eine Verletzung des Anwaltsvertrags, das Bestehen eines Schadens, ein Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden sowie ein Verschulden des Anwalts erforderlich. Das **Berufsrecht** setzt für eine disziplinarische Sanktion nach Art. 17 BGFA die **schuldhafte Verletzung einer Berufspflicht**, d.h. namentlich eine Verletzung einer in Art. 12 oder Art. 13 BGFA aufgeführten Berufspflicht, voraus.³⁰ Schaden und Kausalzusammenhang im Sinne des Privatrechts sind nicht erforderlich.

Das Auftragsrecht und das Berufsrecht sind grundsätzlich **unabhängig** voneinander. So stellt nicht jede Verletzung einer Berufspflicht auch eine privatrechtliche Verletzung des Anwaltsvertrags dar. Zu nennen ist beispielsweise die in Art. 12 lit. j BGFA statuierte Berufspflicht, wonach Anwälte den Aufsichtsbehörden jede Änderung der sie betreffenden Daten im Register mitzuteilen haben. Wird diese Berufspflicht verletzt, so wird dies im Regelfall keine privatrechtliche Haftung des Anwalts nach sich ziehen. Umgekehrt stellt auch nicht jede privatrechtliche Verletzung des Anwaltsvertrags bzw. Leistungsstörung auch eine Verletzung einer Berufspflicht dar. Es ergeben sich diesbezüglich aber gewisse Berührungspunkte, unter anderem zur Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA und zu Art. 13 BGFA, auf die im Folgenden einzugehen ist.

B. Qualitativ mangelhafte Leistung

1. Fallbeispiele

a) Fallbeispiel 1: Rechtsunkenntnis

Am 9. Dezember 1986 wurde die am 11. September 1970 geschlossene Ehe zwischen den Eheleuten B. und C. geschieden. B. war damals durch Rechtsanwalt A. vertreten. Rechtsanwalt A. verfasste eine Ehescheidungskonvention, die von den Eheleuten am 16. September 1986 unterzeichnet und vom Gericht alsdann genehmigt wurde. Diese Scheidungskonvention enthielt unter anderem einen indexierten Unterhaltsbeitrag zu Gunsten von C. von monatlich CHF 400.00 während acht Jahren. Am 16. September 1986 unterzeichneten B. und C. sodann eine ebenfalls von Rechtsanwalt A. aufgesetzte Erklä-

²⁹ THOMAS MÜLLER, Die Haftung des Anwaltes – ausgewählte Aspekte, in: in dubio 2/2015 S. 57 ff., S. 60.

³⁰ GL.M. wohl auch TOMAS POLEDNA, in: Walter Fellmann/Gaudenz Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Art. 17 BGFA N 16 ff.

nung, wonach C. unwiderruflich und endgültig auf das Inkasso der Unterhaltsbeiträge gemäss der Scheidungskonvention verzichte. Diese Erklärung wurde dem Gericht nicht zur Genehmigung unterbreitet, was der damaligen kantonalen Praxis entsprach. Diese kantonale Praxis widersprach jedoch der Bestimmung in Art. 158 Ziff. 5 aZGB, wonach die als Zusatzvereinbarung verfasste Verzichtserklärung, um gültig zu sein, erst nach Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils hätte abgegeben oder zumindest hätte bestätigt werden müssen. Diese Auslegung wurde damals so von der Lehre vertreten und entsprach auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Nachdem sie nie zuvor etwas verlangt hatte, betrieb C. den B. im Jahre 1995 für die Rente der letzten acht Jahre. B. erhob Rechtsvorschlag, welcher jedoch durch Erteilung der definitiven Rechtsöffnung beseitigt wurde. Der Rechtsöffnungsentscheid wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Zusatzvereinbarung mit Inkassoverzicht von C. mangels gerichtlicher Genehmigung gemäss Art. 158 Ziff. 5 aZGB unbeachtlich sei. In der Folge bezahlte B. den in Betreuung gesetzten Betrag an C. und beantragte zudem seinerseits mit Klage, dass Rechtsanwalt A. zur Zahlung von Schadenersatz aus Anwaltshaftung zu verpflichten sei.³¹

b) Fallbeispiel 2: Rechtsanwalt mit Schlafdefizit

Rechtsanwalt X. war in einem gegen Y. wegen mehrfacher Vergewaltigung etc. geführten Strafverfahren der amtliche Verteidiger von Y. Im Rahmen dieses Mandats wurde Rechtsanwalt X. zur Einvernahme eines Zeugen vorgeladen, erschien jedoch ohne vorgängige Entschuldigung nicht zu diesem Termin. Y. wurde zu dieser wichtigen Zeugeneinvernahme nicht vorgeladen, da dies der Geschädigtenvertreter so beantragt hatte. Eine weitere Zeugeneinvernahme hat Rechtsanwalt X. sodann ohne die Zustimmung seines Mandanten vorzeitig verlassen mit der Erklärung, er habe keine Ergänzungsfragen an die Zeugin. Derselbe Rechtsanwalt X. fungierte auch als amtlicher Verteidiger von Z., gegen den ein Strafverfahren wegen Förderung der Prostitution, Menschenhandels etc. geführt wurde. Z. wurde im Verlauf des Strafverfahrens insgesamt 17 Mal einvernommen. Zu zwei dieser Einvernahmen erschien Rechtsanwalt X. verspätet, ein erstes Mal um 20 Minuten, ein zweites Mal – nachdem er telefonisch hatte erreicht werden können – um rund 40 Minuten mit der Begründung, er habe verschlafen.³²

³¹ Vgl. Sachverhalt in BGE 127 III 357 ff. (358 f.).

³² Vgl. (ähnlicher) Sachverhalt im Beschluss der Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 6. Februar 2014 (KG130016-O), E. I. und III.

2. *Rechtsgrundlagen*

a) **Auftragsrechtliche Pflicht zur vertragsgemässen Besorgung der Geschäfte oder Dienste**

Die **Hauptpflicht** bei der Erfüllung des Anwaltsvertrags besteht gemäss Art. 394 Abs. 1 OR in der **vertragsgemässen Besorgung** der einem Anwalt übertragenen Geschäfte oder Dienste. Diese Bestimmung wird mit Bezug auf die vom Beauftragten geforderte Sorgfalt von Art. 398 Abs. 2 OR dahingehend konkretisiert, wonach der Beauftragte dem Auftraggeber für **getreue und sorgfältige Ausführung** des ihm übertragenen Geschäfts haftet.³³ Diese gesetzliche Umschreibung ist sehr allgemein gehalten, weshalb die Hauptpflicht eines Anwalts in der Regel erst durch den vom Parteiwillen bestimmten Inhalt eines Anwaltsvertrags Konturen erhält. Der beauftragte Anwalt verletzt diese Pflicht, wenn er die ihm vom Klienten als Auftraggeber übertragene Aufgabe nicht sorgfältig löst. Ob ein Anwalt sorgfältig gehandelt hat, beurteilt sich nach einem **objektivierten Sorgfaltsmassstab**.³⁴ Konkret ist von einem Anwalt zu verlangen, dass er sich einerseits gewissenhaft verhält und andererseits auch über die zur Ausübung des Anwaltsberufs erforderlichen Fachkenntnisse verfügt und diese Fachkenntnisse sachgerecht anzuwenden vermag. Insbesondere darf der Klient davon ausgehen, dass ein Anwalt mit den massgebenden Gesetzen, der publizierten höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Standardliteratur vertraut ist.³⁵ Erfüllt ein Anwalt diese Hauptpflicht der vertragsgemässen Besorgung nicht oder nicht mit der genügenden Sorgfalt, liegt eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR vor.³⁶ Wie eingangs erwähnt, setzt eine vertragliche Haftung zusätzlich zu einer Vertragsverletzung auch noch das Vorliegen eines Schadens, eines Kausalzusammenhangs zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden und ein Verschulden voraus.

³³ Vgl. BK-FELLMANN (Fn. 1), Art. 398 OR N 19 ff. und N 341.

³⁴ FELLMANN (Fn. 13), Nr. 1196 und Nr. 1207; BK-FELLMANN (Fn. 1), Art. 394 OR N 234 ff. Vgl. auch BGE 117 II 563 ff. (566 f.) E. 2a und JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Nr. 1909a.

³⁵ FELLMANN (Fn. 13), Nrn. 1496 ff. Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 7. Februar 2002 (4C.316/2001), E. 2b)aa), allerdings betreffend Anforderungen an die auftragsrechtliche Sorgfalt bei der Tätigkeit als Steuerberater.

³⁶ BGE 117 II 563 ff. (567) E. 2a; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 34), Nrn. 1919 ff.

b) Berufsrechtliche Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Ausübung des Anwaltsberufs

Gemäss der in Art. 12 lit. a BGFA statuierten Berufspflicht haben Anwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben. Als öffentlich-rechtliches Pendant zum privatrechtlichen Begriff der Vertragsverletzung werden unter bestimmten Voraussetzungen auch **grobe Fehler des Anwalts bei der Mandatserfüllung** unter die Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA subsumiert und können entsprechend sanktioniert werden. Die Hürde, damit ein Anwalt aufgrund einer qualitativ mangelhaften oder unzweckmässigen Mandatserfüllung gestützt auf das Berufsrecht diszipliniert wird, ist jedoch dezidiert höher angesiedelt als jene, die sich mit Bezug auf das Vorliegen einer Vertragsverletzung aus dem Privatrecht ergibt. So hat nicht jede privatrechtliche Schlechterfüllung des Anwaltsvertrags auch eine Verletzung der Berufspflicht gemäss Art. 12 lit. a BGFA zur Folge. Sinn und Zweck von Art. 12 lit. a BGFA ist denn auch nicht, im Verhältnis zwischen dem Anwalt und dem Klienten die Qualität der Mandatsführung zu regeln. Vielmehr soll Art. 12 lit. a BGFA – wie auch die übrigen Berufspflichten des BGFA – dem Schutz des rechtsuchenden Publikums und der Gewährleistung des geordneten Gangs der Rechtspflege dienen.³⁷ Aus diesem Grund erfasst der Tatbestand von Art. 12 lit. a BGFA **nur grobes Fehlverhalten**, welches objektiv eine solche Schwere erreicht, dass zusätzlich zu den Rechtsbehelfen aus dem Auftragsrecht auch noch eine berufsrechtliche Sanktion im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist. Diese Schwelle ist erst bei einer qualifizierten Norm- bzw. Sorgfaltswidrigkeit erreicht, weshalb disziplinarrechtlich nur grobes, schuldhaftes, d.h. vorsätzliches oder fahrlässiges, Fehlverhalten zu ahnden ist.³⁸ Vor diesem Hintergrund ist es Praxis namentlich der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich, dass sie bei mangelhafter Mandatsführung nur einschreitet und einen Anwalt diszipliniert, wenn *«erschwerende Umstände vorliegen, die auf eine unverantwortliche Berufsausübung schliessen lassen»*. Denn *«das Berufsrecht soll sicherstellen, dass der Anwalt seine Aufgaben nicht wesentlich unrichtig oder grob*

³⁷ FELLMANN (Fn. 4), Art. 12 BGFA N 15. Vgl. auch Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 3. April 2008, auszugsweise veröffentlicht in: ZR 107/2008 Nr. 36 E. 10.1.3.

³⁸ Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2009 (2C_379/2009), E. 3.2; FELLMANN (Fn. 13), Nr. 216; POLEDNA (Fn. 30), Art. 17 BGFA N 18. Vgl. auch BOHNET/MARTENET (Fn. 18), N 1202; CHAPPUIS (Fn. 18), S. 53; SCHILLER (Fn. 1), Nrn. 1472 ff. und MICHEL VALTICOS, in: Michel Valticos/Christian M. Reiser/Benoît Chappuis (Hrsg.), *Commentaire de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA)*, Commentaire Romand, Basel 2010, Art. 12 LLCA N 24 f.

fahrlässig fehlerhaft erfüllt».³⁹ Disziplinarisch geahndet «werden nur offensichtlich krasse Fehlleistungen, verbunden mit subjektiv erschwerenden Umständen, insbesondere Vorsatz oder Böswilligkeit».⁴⁰

3. Analyse der Fallbeispiele

a) Fallbeispiel 1: Rechtsunkenntnis

Es stellt sich zunächst die Frage, ob Rechtsanwalt A. aufgrund seiner fehlenden Rechtskenntnisse seine aus Art. 394 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR fließende, **anwaltliche Sorgfaltspflicht** verletzt hat. Das Bundesgericht, welches den vorgestellten Fall zu beurteilen hatte, bejahte diese Frage. Dies mit der Begründung, Rechtsanwalt A. habe von der Lehre und Praxis einheitlich vertretenes, klares und damit nicht interpretationsbedürftiges Recht, dessen Kenntnis zu den Sorgfaltspflichten des Anwalts gehöre, verkannt.⁴¹ Diese rechtliche Beurteilung ist zwar in der Konsequenz sehr einschneidend, doch im Ergebnis nicht zu beanstanden, zumal die Kenntnis der massgebenden Gesetze und der diesbezüglichen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu einer der elementarsten Sorgfaltspflichten des Rechtsanwalts gehört. Es ist jedoch sogleich relativierend anzufügen, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung allein nicht ausreichend ist, um eine Haftung von Rechtsanwalt A. gestützt auf Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 OR zu begründen. Vielmehr ist neben einem misslungenen Exkulpationsbeweis von Rechtsanwalt A. auch noch der Nachweis eines Schadens und des Kausalzusammenhangs zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis, d.h. der Sorgfaltspflichtverletzung, und dem geltend gemachten Schaden erforderlich. Ob diese Tatbestandsvoraussetzungen ebenfalls gegeben sind, lässt sich gestützt auf den Sachverhalt nicht abschliessend beurteilen.

³⁹ Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 6. Februar 2014 (KG130016-O), E. IV.2. Auch die Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern hat eine vergleichbare Praxis und ahndet qualitative Mängel in der Erfüllung des Anwaltsvertrags disziplinarisch nur, sofern «*der Anwalt den Auftraggeber nicht nach bestem Wissen berät oder gar vorsätzlich den Interessen des Klienten zuwiderhandelt*». Vgl. MARTIN STERCHI, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, Bern 1992, Art. 10 FG N 7 b mit Hinweis auf die Rechtsprechung der Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern.

⁴⁰ Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 3. April 2008, teilweise veröffentlicht in: ZR 107/2008 Nr. 36 E. 10.1.3. Zur aktuellen Zürcher Praxis vgl. auch ALEXANDER BRUNNER/ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN, Neues aus der Praxis der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich, in: SJZ 113/2017 S. 477 ff., S. 482.

⁴¹ BGE 127 III 357 ff. (360 ff.) E. 2 und E. 3.

Weiter ist zu prüfen, ob diese durch Rechtsanwalt A. begangene (privatrechtliche) Sorgfaltspflichtverletzung zusätzlich auch eine **Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Berufspflicht** – namentlich der in Art. 12 lit. a BGFA statuierten Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Ausübung des Anwaltsberufs – darstellt. Dies ist, soweit dies gestützt auf den knappen Sachverhalt beurteilt werden kann, zu verneinen. Zwar hat Rechtsanwalt A. durch die fehlerhafte rechtliche Beurteilung einen Fehler in der Mandatserfüllung begangen, doch handelt es sich meiner Auffassung nach zumindest nicht um eine derart schwere Sorgfaltspflichtverletzung, dass zusätzlich zu den Rechtsbehelfen aus dem Auftragsrecht auch noch eine berufsrechtliche Sanktion im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein würde. Namentlich bestehen in objektiver Hinsicht keinerlei Hinweise darauf, dass Rechtsanwalt A. ein derartiger Fehler bereits im wiederholten Fall unterlaufen sein könnte. Zudem ergeben sich aus dem Sachverhalt auch keine Anzeichen, wonach Rechtsanwalt A. vorsätzlich gehandelt haben könnte. Zusammenfassend liegt zwar eine unsorgfältige Berufsausübung vor, die jedoch aus berufsrechtlicher Sicht nicht die in objektiver und subjektiver Hinsicht erforderliche Schwere für eine Disziplinierung nach Art. 17 BGFA erreicht.

b) **Fallbeispiel 2: Rechtsanwalt mit Schlafdefizit**

Das Verhalten von Rechtsanwalt X. könnte sowohl privatrechtliche als auch berufsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Beginnen wir wiederum mit der Analyse der **privatrechtlichen Grundlagen**. Es ist zu prüfen, ob Rechtsanwalt X. durch sein Verhalten die von Art. 394 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR vorausgesetzten Anforderungen an ein gewissenhaftes Verhalten verletzt und dadurch den zwischen ihm und seinen Mandanten Y. und Z. bestehenden Anwaltsvertrag mangelhaft erfüllt hat. Dies ist – unter Vorbehalt einer anderweitigen Parteivereinbarung – zu bejahen, zumal das Verhalten von Rechtsanwalt X. unter Berücksichtigung eines objektiven Sorgfaltsmassstabs den auftragsrechtlichen Anforderungen an ein gewissenhaftes Verhalten zweifellos nicht entspricht. Da den Mandanten Y. und Z. aus dem Verhalten von Rechtsanwalt X. vermutlich jedoch kein Schaden im Rechtssinn erwachsen ist, wird es wohl dennoch nicht zu einer privatrechtlichen Haftung von Rechtsanwalt X. kommen.

Sodann stellt sich die Frage, ob das Verhalten von Rechtsanwalt X. eine solche Schwere erreicht, dass zusätzlich zu den – zumindest theoretisch – möglichen privatrechtlichen Rechtsbehelfen auch noch eine **berufsrechtliche Sanktion** im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist. Konkret zu prüfen ist, ob Rechtsanwalt X. durch sein Verhalten seine Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung (Art. 12

lit. a BGFA) mehrfach verletzt hat, indem er unentschuldigt nicht an einer Zeugeneinvernahme teilgenommen hat, eine Zeugeneinvernahme vorzeitig verlassen hat und zweimalig verspätet zu Einvernahmen erschienen ist. Die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich ist bei der Beurteilung des vorgestellten Fallbeispiels zum Schluss gekommen, dass die Voraussetzungen für eine berufsrechtliche Disziplinierung gestützt auf Art. 12 lit. a BGFA vorliegen. So sei die unentschuldigte Nichtteilnahme an der Einvernahme eines Zeugen und das vorzeitige Verlassen einer Zeugeneinvernahme als schwere und wider besseres Wissen erfolgte Verletzung des Mandanteninteresses zu qualifizieren. Es liege eine unsorgfältige und unverantwortliche Berufsausübung vor, die disziplinarrechtlich zu ahnden sei.⁴² Auch das zweimalige verspätete Erscheinen zu den Einvernahmen im Rahmen des für Z. geführten Mandats wertete die Aufsichtskommission als disziplinierungswürdige, unsorgfältige Berufsausübung. Dies vor allem vor dem Hintergrund der von Rechtsanwalt X. vorgebrachten Entschuldigungen für seine Verspätungen, welche nicht auf einem in guten Treuen ausgeübten Ermessen gründen, sondern eine saloppe Einstellung zur Einhaltung von für einen Strafverteidiger wichtigen Terminverpflichtungen offenbaren würden.⁴³ Diese Beurteilung erscheint sachgerecht, zumal es sich im vorliegenden Fallbeispiel sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht um gravierende Sorgfaltspflichtverletzungen des betreffenden Rechtsanwalts handelt und die Öffentlichkeit – insbesondere bei amtlichen Verteidigungen in Strafverfahren – vor solchen anwaltlichen Fehlleistungen zu schützen ist. Insgesamt erscheint es vor dem Hintergrund eines derart gravierenden anwaltlichen Fehlverhaltens als verhältnismässig, wenn zusätzlich zu einer allfälligen privatrechtlichen Haftung auch noch eine disziplinarrechtliche Sanktion hinzukommt.

4. *Fazit*

Die Analyse der beiden Fallbeispiele zeigt, dass mit Bezug auf die (Haupt-) Pflicht eines Anwalts, seine ihm übertragenen Aufgaben vertragsgemäss durchzuführen, das Privatrecht und namentlich das Auftragsrecht bei einem unsorgfältigen Handeln des Anwalts die Schwelle für das Vorliegen einer Vertragsverletzung in der Tendenz etwas tiefer ansetzt als dies im Berufsrecht mit Bezug auf die Anforderungen an eine sorgfältige und gewissenhafte Ausübung des Anwaltsberufs der Fall ist. Namentlich bei einmaligen, leichten bis

⁴² Vgl. Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 6. Februar 2014 (KG130016-O), E. V.A.

⁴³ Vgl. Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 6. Februar 2014 (KG130016-O), E. V.B.3.

mittelschweren «Verfehlungen» mit Bezug auf die Qualität der anwaltlichen Dienstleistungen, die weder vorsätzlich noch grobfahrlässig begangen wurden, wird vielfach zwar eine privatrechtliche Vertragsverletzung, jedoch keine Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Berufspflicht vorliegen. Eine solche **graduelle Abstufung** hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals Schlechterfüllung bzw. unsorgfältiges anwaltliches Handeln zwischen Privatrecht und Berufsrecht ist denn auch sachgerecht, zumal die Berufspflichten des BGFA – wie bereits oben erwähnt⁴⁴ – gerade nicht der (zusätzlichen) Sanktionierung von privatrechtlichen Vertragsverletzungen, sondern in erster Linie dem Schutz des rechtsuchenden Publikums und der Gewährleistung des geordneten Gangs der Rechtspflege dienen und in der Regel nur die Disziplinierung von grobem Fehlverhalten dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht und mit dem Zweck des Berufsrechts kompatibel ist.

C. Geheimhaltung

1. Fallbeispiel: Der alles entscheidende Internet-Link

Die X. AG, welche schon länger von der Anwaltskanzlei B. AG rechtlich beraten wird, ist Anbieterin von Systemen zur elektronischen Datenverarbeitung und hat als solche für die Y. AG bis Ende 2009 Dienstleistungen erbracht. Die Y. AG wurde Ende 2009 von der Z. AG aufgrund einer Patentstreitigkeit verklagt. Daraufhin hat die Y. AG der X. AG den Streit verkündet. Auch im Zusammenhang mit dieser Patentstreitigkeit wurde die X. AG von einem Mitarbeiter der Anwaltskanzlei B. AG beraten und vertreten. Im Jahre 2011 wurde die Y. AG von der Z. AG erneut eingeklagt. Bei diesem Verfahren wurde die Z. AG von Rechtsanwalt A., der für die Anwaltskanzlei B. AG tätig war, vertreten. Im Rahmen dieser Vertretung, namentlich zur Klarstellung, dass keine Interessenkollision vorliegen würde, informierte Rechtsanwalt A. die Z. AG in mehreren Schreiben über den Umstand, dass die X. AG in einem Einspruchsverfahren vor dem Europäischen Patentamt gegen eine Drittpartei von einem Mitarbeiter der Anwaltskanzlei B. AG vertreten werde. In der Folge wurde Rechtsanwalt A. von der X. AG bei der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich verzeigt. Die X. AG warf Rechtsanwalt A. unter anderem eine Verletzung des Berufsgeheimnisses vor. Rechtsanwalt A. machte in seiner Stellungnahme zu seiner Verteidigung geltend, die beim Europäischen Patentamt geführten Einspruchsverfahren würden öffentlich geführt und seien in allen Aktenbestandteilen einsehbar. Zum Beweis gab er einen Internet-Link an. Tatsache ist jedoch, dass über den von Rechtsanwalt A. in seiner Stellungnahme angebe-

⁴⁴ Vgl. III.B.2.b) oben.

nen Internet-Link zwar das Einspruchsverfahren der X. AG ersichtlich wird. Nicht ersichtlich ist jedoch, dass die X. AG in diesem Einspruchsverfahren von einem Mitarbeiter der Anwaltskanzlei B. AG vertreten wird.⁴⁵

2. *Rechtsgrundlagen*

a) **Auftragsrechtliche Pflicht zur Verschwiegenheit**

Aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht des Anwalts gemäss Art. 398 Abs. 2 OR fliesst als **Nebenpflicht** auch eine **Pflicht zur Verschwiegenheit**. Der Umfang der vertraglichen Pflicht zur Verschwiegenheit wird durch **Auslegung des Anwaltsvertrags** ermittelt, wobei primär das Geheimhaltungsinteresse des Klienten, wie es für den beauftragten Anwalt erkennbar ist bzw. nach den Umständen erkennbar war, massgebend ist.⁴⁶ Je nach Intensität der Pflicht zur Verschwiegenheit unterscheidet die Lehre zwischen einer eigentlichen Geheimhaltungspflicht und einer Pflicht zur Diskretion:

- **Geheimhaltungspflicht:** Bei der Geheimhaltungspflicht geht es nicht in erster Linie darum, dass der Anwalt vom Klienten anvertraute Geheimnisse wahrt, sondern es geht vielmehr um Verschwiegenheit als solches. Massgebend zur Beurteilung, ob eine Information, die der Anwalt im Rahmen seines Anwaltsmandats erhalten hat, an Dritte weitergegeben werden darf oder nicht, ist nicht, was objektiv geheimhaltungswürdig ist, sondern allein das (*subjektive*) *Geheimhaltungsinteresse* des Klienten, so wie es für den beauftragten Anwalt erkennbar war bzw. nach den Umständen erkennbar sein musste.⁴⁷ Dies ist in der Konsequenz richtig, zumal aus privatrechtlicher Sicht und vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit die Rechte und Pflichten des Anwalts bei der Erfüllung des Anwaltsvertrags weitestgehend von den involvierten Parteien selbst in individueller bzw. subjektiver Weise bestimmt werden können.
- **Pflicht zur Diskretion:** Die Pflicht zur Diskretion geht umfangmässig etwas weniger weit als die eigentliche Geheimhaltungspflicht. Denn anders als die Geheimhaltungspflicht, die vom Anwalt zum Schutz eines Geheimnisses auch sichernde Massnahmen fordert, genügt es zur Wahrung der Pflicht zur Diskretion, wenn der beauftragte Anwalt und dessen Hilfspersonen ihre im Rahmen des Mandats erlangten Kenntnisse nicht selbst aktiv weitertragen. Praktische Bedeutung kommt der Pflicht zur

⁴⁵ Vgl. (ähnlicher) Sachverhalt im Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 2. Februar 2012 (KG110011-O), E. I. und II.

⁴⁶ FELLMANN (Fn. 13), Nrn. 1257 ff.; BK-FELLMANN (Fn. 1), Art. 398 OR N 40 ff.

⁴⁷ FELLMANN (Fn. 13), Nrn. 1263 ff.; BK-FELLMANN (Fn. 1), Art. 398 OR N 49 ff.

Diskretion insbesondere in jenen Fällen zu, wo es an einem Geheimnis fehlt, da die relevante Tatsache offenkundig oder allgemein zugänglich ist und daher das Interesse des Auftraggebers an Geheimhaltung nicht tangiert ist. Als Ausfluss der Pflicht zur Diskretion hat der Anwalt aber auch mit der Bekanntgabe von solchen an sich bekannten Informationen zurückhaltend umzugehen.⁴⁸

b) Berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses

Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klient wird auch disziplinarrechtlich durch Art. 13 BGFA geschützt. Gemäss Abs. 1 Satz 1 der erwähnten Bestimmung unterstehen Anwältinnen und Anwälte zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist. Umfangmässig schützt Art. 13 BGFA sämtliche Informationen, die der Klient seinem Anwalt anvertraut hat oder die der Anwalt bei der Erfüllung seines Mandats wahrgenommen hat, solange diese Informationen **Geheimnischarakter** aufweisen.⁴⁹ Eine Information weist Geheimnischarakter auf, sofern folgende zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens ist erforderlich, dass die betroffene Information weder öffentlich bekannt noch für jedermann zugänglich ist (**objektive Voraussetzung**). Zweitens muss der Klient als Geheimnisherr auch effektiv ein Interesse an der Geheimhaltung haben, wobei dessen Geheimhaltungswille zu vermuten ist (**subjektive Voraussetzung**).⁵⁰ Das Berufsrecht schützt sodann nur solche Berufsgeheimnisse, die aus der **anwalts-typischen Tätigkeit** stammen.⁵¹ In **sachlicher** Hinsicht fliesst aus dem Berufsgeheimnis einerseits eine Schweigepflicht, wonach der Anwalt Informationen mit Geheimnischarakter Unbefugten nicht mitteilen darf. Andererseits fliesst daraus auch eine Geheimhaltungspflicht, die nicht nur die Weitergabe von geheimen Informationen untersagt, sondern den Anwalt verpflichtet,

⁴⁸ FELLMANN (Fn. 13), Nrn. 1267 f.; BK-FELLMANN (Fn. 1), Art. 398 OR N 56 f.

⁴⁹ BGE 97 I 831 ff. (838) E. 4; BOHNET/MARTENET (Fn. 18), N 1841 ff.; BRUNNER/HENN/KRIESI (Fn. 14), 5. Kapitel N 5 f.; HANS NATER/GAUDENZ ZINDEL, in: Walter Fellmann/Gaudenz Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Art. 13 BGFA N 97 ff.

⁵⁰ BOHNET/MARTENET (Fn. 18), N 1834 ff.; BRUNNER/HENN/KRIESI (Fn. 14), 5. Kapitel N 8; NATER/ZINDEL (Fn. 49), Art. 13 BGFA N 87 ff.; SCHILLER (Fn. 1), Nrn. 427 ff. Differenzierend, aber im Ergebnis gl.M. PASCAL MAURER/JEAN-PIERRE GROSS, in: Michel Valticos/Christian M. Reiser/Benoît Chappuis (Hrsg.), Commentaire de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA), Commentaire Romand, Basel 2010, Art. 13 LLCA N 207 ff.

⁵¹ BOHNET/MARTENET (Fn. 18), N 1841; BRUNNER/HENN/KRIESI (Fn. 14), 5. Kapitel N 7; CHAPPUIS (Fn. 18), S. 162 und S. 183 ff.; NATER/ZINDEL (Fn. 49), Art. 13 BGFA N 114 ff.; SCHILLER (Fn. 1), Nr. 415.

konkrete Schutzvorkehrungen zu treffen, damit Dritte keinen Zugang zu vertraulichen Klienteninformationen erhalten können (z.B. schalldichte Wände in den Sitzungszimmern, sichere Verwahrung von Akten und anderen Datenträgern mit vertraulichen Informationen).⁵²

3. *Analyse des Fallbeispiels*

Indem Rechtsanwalt A. die Z. AG über den Umstand informiert hat, dass die X. AG in einem Einspruchsverfahren vor dem Europäischen Patentamt von einem Mitarbeiter der Anwaltskanzlei B. AG vertreten wird, könnte Rechtsanwalt A. einerseits seine Berufspflicht aus Art. 13 BGFA missachtet haben. Andererseits könnte zusätzlich auch die auftragsrechtliche Pflicht zur Verschwiegenheit verletzt worden sein.

Beginnen wir mit der Prüfung, ob Rechtsanwalt A. seine aus Art. 13 BGFA fliessende **berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses** verletzt hat. Zu bejahen ist ohne Weiteres, dass Rechtsanwalt A. aus seiner anwaltstypischen Tätigkeit über den Bestand des Mandats zwischen seinem Arbeitgeber und der X. AG Kenntnis erhielt. Es stellt sich weiter die Frage, ob diese Information in objektiver Hinsicht Geheimnischarakter aufweist. Grundsätzlich⁵³ ist auch der Name des Klienten sowie die Tatsache, dass ein Mandat zwischen einem Anwalt und einem Klienten besteht oder Bestand hatte, vom Berufsgeheimnis gedeckt.⁵⁴ Im aufgeführten Fall kann zudem auch nicht davon ausgegangen werden, dass diese Information öffentlich bekannt oder für jedermann zugänglich war, zumal sich der Bestand des offengelegten Mandatsverhältnisses gerade nicht über den von Rechtsanwalt A. angegebenen Internet-Link ableiten liess und auch keine Hinweise erkennbar waren, dass die Information anderweitig öffentlich zugänglich oder bekannt war. Auch in subjektiver Hinsicht ist gestützt auf den dargelegten Sachverhalt davon auszugehen, dass die X. AG ein Interesse an der Geheimhaltung hatte, da sie offenbar namentlich einer Preisgabe dieser Information an die Z. AG nicht zugestimmt hat. Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass Rechtsanwalt A. durch sein Verhalten seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses **verletzt** hat.⁵⁵

⁵² BRUNNER/HENN/KRIESI (Fn. 14), 5. Kapitel N 36 ff.; SCHILLER (Fn. 1), Nrn. 532 ff.

⁵³ Zu den wenigen – hier nicht weiter relevanten – Ausnahmen vgl. BRUNNER/HENN/KRIESI (Fn. 14), 5. Kapitel N 10.

⁵⁴ NATER/ZINDEL (Fn. 49), Art. 13 BGFA N 107; SCHILLER (Fn. 1), Nr. 425.

⁵⁵ In diesem Sinne hat auch die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich entschieden. Vgl. Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 2. Februar 2012 (KG110011-O), E. III.B.

Sofern die X. AG den Anwaltsvertrag mit der Anwaltskanzlei B. AG geschlossen hat, wäre zudem zu prüfen, ob die sich aus Art. 398 Abs. 2 OR ergebende **vertragliche Pflicht zur Verschwiegenheit** verletzt worden sein könnte, was dogmatisch als positive Vertragsverletzung zu qualifizieren wäre. Wie bereits ausgeführt, ist zur Beurteilung, ob die Information, dass zwischen der Anwaltskanzlei B. AG und der X. AG ein Mandat besteht, vertraulich ist, der betreffende Anwaltsvertrag auszulegen. Massgeblich ist somit alleine das subjektive Geheimhaltungsinteresse der Klientin X. AG. Gestützt auf die Angaben im Fallbeispiel ist davon auszugehen, dass die X. AG mit einer Offenlegung dieser Information nicht einverstanden war und folglich auch in privatrechtlicher Hinsicht ein schützenswertes, subjektives Geheimhaltungsinteresse vorlag, welches durch die Offenlegung gegenüber der Z. AG verletzt wurde, was als positive Vertragsverletzung zu qualifizieren ist. Da der X. AG aus der positiven Vertragsverletzung jedoch vermutlich kein Schaden erwachsen ist, wird es zu keiner privatrechtlichen Haftung von Rechtsanwalt A. kommen. Falls Anzeichen bestünden, dass Rechtsanwalt A. die geheimhaltungswürdige Information auch in Zukunft weiterzuverbreiten beabsichtigt, hätte jedoch immerhin eine Unterlassungsklage Aussicht auf Erfolg.⁵⁶

Mit Blick auf die Berührungspunkte zwischen Berufsrecht und Privatrecht erscheint schliesslich eine mögliche Variante des vorgestellten Fallbeispiels interessant: Hätte der von Rechtsanwalt A. angegebene Internet-Link das Mandatsverhältnis zwischen der Anwaltskanzlei B. AG und der X. AG offengelegt, würde die von Art. 13 BGFA vorausgesetzte objektive Voraussetzung entfallen. Selbst wenn die X. AG in diesem Fall in subjektiver Hinsicht an der Vertraulichkeit der Information festhalten würde, bestünde kein Spielraum mehr für eine Disziplinierung von Rechtsanwalt A. gestützt auf Art. 13 BGFA. Denn der **Schutzumfang von Art. 13 BGFA**, der die Natur einer öffentlich-rechtlichen Norm aufweist, **kann privatrechtlich nicht ausgedehnt werden**.⁵⁷ In privatrechtlicher Hinsicht wäre allerdings auch in dieser Variante denkbar, dass eine positive Vertragsverletzung vorliegen könnte. Dies wäre namentlich dann der Fall, wenn eine Verletzung der auftragsrechtlichen Pflicht zur Diskretion vorläge.

Bestätigt durch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 31. Mai 2012 (VB.2012.00172).

⁵⁶ Für weitere Ausführungen zu den privatrechtlichen Rechtsfolgen eines Verstosses gegen die Pflicht zur Verschwiegenheit vgl. BK-FELLMANN (Fn. 1), Art. 398 OR N 96 ff.

⁵⁷ SCHILLER (Fn. 1), Nr. 440.

4. *Fazit*

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Schutzbereiche des Privatrechts und des öffentlich-rechtlichen Berufsrechts mit Bezug auf die Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses bzw. die Pflicht zur Verschwiegenheit in weiten Teilen überschneiden und sich **gegenseitig ergänzen**. Der Schutzbereich der auftragsrechtlichen Pflicht zur Verschwiegenheit, deren Umfang privatautonom und in subjektiver Weise von den Vertragsparteien bestimmt wird, kann teilweise auch über den Schutzbereich von Art. 13 BGFA hinausgehen, da der Umfang der auftragsrechtlichen Pflicht zur Verschwiegenheit subjektiv von den Vertragsparteien bestimmt wird und namentlich auch eine Pflicht zur Diskretion mit Bezug auf objektiv nicht geheimhaltungswürdige Informationen vereinbart werden kann, wohingegen das öffentlich-rechtliche Berufsrecht nur die Preisgabe von objektiv schützenswerten Informationen sanktioniert. Zudem bezieht sich die auftragsrechtliche Pflicht zur Verschwiegenheit – anders als die berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses – nicht nur auf Informationen, die der Anwalt aus seiner anwaltstypischen Tätigkeit erfahren hat, sondern umfasst auch darüberhinausgehende Tätigkeitsbereiche des beauftragten Anwalts.⁵⁸

IV. **Schlussbemerkungen**

Betrachtet man das Anwaltsvertragsverhältnis, welches zwischen einem Rechtsanwalt und seinem Klienten besteht, so untersteht dieses Rechtsverhältnis zunächst den Regeln des Privatrechts und insbesondere den Bestimmungen zum einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR). Wird beispielsweise ein Anwaltsvertrag vom Rechtsanwalt unsorgfältig erfüllt, wird er unter Umständen seinem Klienten daraus schadenersatzpflichtig. Rechtsanwältinnen kommt darüber hinaus jedoch aufgrund ihrer verantwortungsvollen Position auch eine besondere Stellung in unserem Rechtsstaat zu, weshalb ihre Tätigkeit nicht nur den Regeln des Privatrechts untersteht, sondern zusätzlich auch an im öffentlichen Interesse erlassenen, öffentlich-rechtlichen Berufspflichten gemessen wird, deren Verletzung ebenfalls sanktioniert werden kann.

Wie die Analyse der Fallbeispiele gezeigt hat, bestehen **zahlreiche Berührungspunkte** zwischen den privatrechtlichen Vorschriften des Auftragsrechts und den öffentlich-rechtlichen Berufspflichten gemäss BGFA: In gewissen Bereichen **entsprechen sich** privatrechtliche Vorschriften und öffentlich-rechtliche Berufspflichten weitestgehend. Zu nennen ist hier beispielsweise die Pflicht zur Geheimhaltung bzw. Verschwiegenheit, die sowohl privat-

⁵⁸ Gl.M. FELLMANN (Fn. 13), Nr. 537. Teilweise a.M. SCHILLER (Fn. 1), Nr. 396.

rechtlich als auch berufsrechtlich in ähnlichem Umfang geschützt ist (vgl. III.C oben). In anderen Bereichen sind die **privatrechtlichen Vorschriften strenger** als die öffentlich-rechtlichen Berufspflichten. So können etwa bereits leichte bis mittelschwere Sorgfaltspflichtverletzungen, die sich ein Anwalt bei der Erfüllung des Anwaltsvertrags zu Lasten kommen lässt, eine privatrechtliche Haftung nach sich ziehen. Eine berufsrechtliche Disziplinierung ist indes erst möglich, wenn es sich um grobes, schuldhaftes Fehlverhalten handelt (vgl. III.B oben). Schliesslich gibt es auch Bereiche, in denen das **öffentlich-rechtliche Berufsrecht** die privatrechtliche **Privatautonomie** der Parteien **einschränkt**. Zu nennen ist hier beispielsweise das in Art. 12 lit. e BGFA statuierte berufsrechtliche Verbot des Erfolgshonorars, welches über die Bestimmung von Art. 20 OR die Vertragsfreiheit der Parteien eines Anwaltsvertrags mit Bezug auf die inhaltliche Ausgestaltung der Honorarvereinbarung einschränkt (vgl. II.D.2 oben).

Errichtung von Quasidienstbarkeiten durch AGB

Bemerkungen zum Umgang mit «Leitungsdienstbarkeiten» im Massengeschäft der Strom- und Telekommunikationsunternehmen

MARTIN EGGEL*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	136
II.	Ausgangslage.....	137
III.	Rechtliche Einordnung der Sachverhalte.....	139
	A. Eigentumszuständigkeit an Leitungen.....	139
	1. Spezialgesetzliche Bestimmungen.....	139
	2. Allgemeines Zivilrecht.....	140
	3. Änderung der Eigentumszuständigkeit: Übertragung einer Möbelie oder Immobilie?.....	141
	B. Erstellung, Nutzung, Unterhalt und Verlegung von Leitungen.....	142
IV.	Rechtswirkungen.....	144
	A. Nur ausnahmsweise Begründung einer Dienstbarkeit.....	144
	1. Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung und Eintragung in das Grundbuch.....	144
	2. Nachträgliche öffentliche Beurkundung gestützt auf Standardverträge?.....	145
	3. Öffentliche Beurkundung von Standardverträgen und deren Folgen.....	147
	B. Vertragliche Regelung.....	150
	1. Wirkung inter partes.....	150
	2. Drittwirkung im Ergebnis?.....	151
V.	Synthese.....	152

* Dr. iur. MARTIN EGGEL, LL.M. (Georgetown), Rechtsanwalt, Oberassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

Für die massgebliche Unterstützung bei der Themensuche und kritische Durchsicht des Manuskripts danke ich Frau Dr. iur. Caroline von Graffenried, LL.M. (Georgetown), ehemalige Assistentin am Lehrstuhl des Jubilars.

I. Einleitung

Verträge des Immobiliarsachenrechts erfordern weitestgehend die Einhaltung der Form der öffentlichen Beurkundung. Demgegenüber ist das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen typischerweise mit der Schriftform verbunden. Wenn auch bisweilen die Frage thematisiert wird, ob es nicht prinzipiell denkbar sei, dass sich in öffentlich beurkundeten Verträgen Allgemeine Geschäftsbedingungen finden können¹, so sind die Berührungspunkte zwischen Immobiliarsachenrecht und Allgemeinen Geschäftsbedingungen doch eher überschaubar², gerade weil für beide Gebiete eben unterschiedliche Formerfordernisse typisch sind.

Eine in der Schweiz bisher weitgehend unbeachtet gebliebene Schnittstellenproblematik stellt die (versuchte) Errichtung von (Leistungs-)Dienstbarkeiten mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen dar³. Der Jubilar hat sich in seinem akademischen Wirken in Schrift und Vortrag verschiedentlich und über einen langen Zeitraum zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) geäußert⁴, weshalb der nachfolgende Beitrag hoffentlich wohlwollende Aufnahme bei ihm finden wird.

¹ HUBERT STÖCKLI/LISA AESCHIMANN, Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung, ZBGR 95/2014, S. 73 ff.; Votum THOMAS KOLLER, Podiums- und Plenumsdiskussion, in: Stephan Wolf/Martin Eggel (Hrsg.), 50 Jahre Schweizerisches Stockwerkeigentum, Bern 2016 (INR Band 18), S. 162 f.

² Praktisch wichtige Berührungspunkte ergeben sich beispielsweise auf dem Gebiet der Grundpfandrechte. Dazu nur etwa FRANZISKA MARTHA BETSCHART, Der Grundpfandvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Diss. Luzern 2011, Zürich 2011, N 35, 1002.

³ In Deutschland schon früh PAUL GIESEKE, Leitungen auf fremden Grundstücken, in: Heinrich Lehmann/Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Recht und Wirtschaft, Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann, Berlin 1958, S. 95 ff., S. 103.

⁴ THOMAS KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – dargestellt anhand einer Deckungsausschlussklausel in der Betriebshaftpflichtversicherung, recht 1999, S. 43 ff.; DERS., Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), Sachwortaufsatz, in: Max Boemle/Max Gsell/Jean-Pierre Jetzer/Paul Nyffeler/Christian Thalman (Hrsg.), Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 33 f.; DERS., AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (CISG) – Probleme aus schweizerischer Sicht, in: Friedrich Harrer/Wolfgang Portmann/Roger Zäch (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, S. 223 ff.; DERS., Einmal mehr: das Bundesgericht und die verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, S. 943 ff.

II. Ausgangslage

Um die einleitend angesprochene Schnittstellenproblematik anschaulich zu machen, sollen zwei Anwendungsfälle dargestellt werden, die zugleich die Ausgangslage für die weiteren Erörterungen bilden.

- a. Jeder Grundeigentümer, der auf seinem Grundstück eine Wohn- oder Geschäftsbaute errichten will, hat aus praktischen und zum Teil auch rechtlichen Gründen eine genügende Erschliessung sicherzustellen. Dazu zählt u.a. die *Stromversorgung*. In diesem Zusammenhang wird er sich an den örtlichen Stromversorger wenden und diesen um Anschluss ans und Nutzung des Verteilnetzes ersuchen. Folgende AGB – von zwei zufällig ausgewählten schweizerischen Stromversorgungsunternehmen unterschiedlicher Grösse – dürften dabei nicht untypisch sein. So sehen die «AGB Netzanschluss und Netznutzung» der BKW Energie AG⁵ vor:

Ziff. 15.9: «Der Kunde erteilt oder verschafft der BKW auf seinem Grundeigentum und in seinen Gebäuden oder Anlagen vor Beginn der Arbeiten entschädigungslos die Zutritts- und Durchleitungsrechte (Dienstbarkeit) für die Versorgungsanlagen der BKW. Er verpflichtet sich, das Durchleitungsrecht (Dienstbarkeit) auch für solche Anlagen zu erteilen, die für die elektrische Versorgung Dritter sowie zur Übertragung von Daten Dritter bestimmt sind. Die Kunden haben für die Anlagen (Kabel, Hausanschluss, Zähler) und soweit notwendig und zumutbar weitere Anlagen (Transformationsstation, Verteilkabine) den erforderlichen Platz zur Verfügung zu stellen. Der Kunde gewährt der BKW eine entsprechende Dienstbarkeit samt Zutrittsrecht nach den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches (ZGB). Er erteilt der BKW ferner die Durchleitungsrechte für das Einschlaufen einer BKW-Leitung in die Anlage des Kunden. Der Aufstellungsort der Transformatorenstation oder Verteilkabine/-nische wird von der BKW in Absprache mit dem Kunden festgelegt. Ferner hat der Kunde auf seinem Grundstück das notwendige Ausholzen von Bäumen und Sträuchern zuzulassen. Der Kunde ermächtigt die BKW, diese Dienstbarkeiten im Grundbuch eintragen zu lassen. Die BKW erteilt bei Dahinfallen einer Dienstbarkeit die entsprechende Lösungsbeurteilung. Der Kunde beschafft sich für seine Anschlussleitungen die Durchleitungsrechte auf dem Grundeigentum Dritter auf eigene Kosten.»

Eine ähnliche Bestimmung findet sich in den «Geschäftsbedingungen (AGB) Energie Brig-Aletsch-Goms» der EnBAG AG⁶:

Art. 6 Abs. 6: «Die Grundeigentümer sowie die Baurechtsberechtigten erteilen oder verschaffen der EnBAG kostenlos für die zu erstellende Anschlussleitung ab dem Anschlusspunkt bis zur Grenzstelle das Durchleitungsrecht.

⁵ Stand 1.1.2018.

⁶ Stand 1.10.2009.

Mit der Einräumung des Durchleitungsrechts wird auch der Zugang für den Unterhalt und die Instandhaltung gewährleistet. Sie verpflichten sich, das Durchleitungsrecht auf ihrem Eigentum auch für Leitungen zu erteilen, die für die Versorgung Dritter bestimmt sind. EnBAG ist berechtigt, durch Zuleitungen und Anschlüsse erforderliche Dienstbarkeiten zu ihren Lasten ins Grundbuch eintragen zu lassen.»

In diesen AGB geht es offensichtlich um die Errichtung von Dienstbarkeiten im Sinne des Zivilgesetzbuches, also von beschränkten dinglichen Rechten.

- b. Entscheidet sich ein Grundeigentümer in der Schweiz, Bauten an das Glasfasernetz anzuschliessen, so wird er ein entsprechendes Ersuchen an die Swisscom AG richten. Die einschlägigen AGB der Netzbetreiberin «Vertragsbedingungen Neuerschliessung Breitbandnetzanschluss FTTH»⁷ sehen dabei u.a. vor:

2.3. Erschliessungs-/Kabelleitungsrechte

Ziff. 2.3.1: «Der Eigentümer räumt der Netzbetreiberin auf die Dauer des Bestandes der Hausanschlussleitung das Recht ein, das Gebäude an das Telekommunikationsnetz der Netzbetreiberin anzuschliessen, die notwendige Hausanschlussleitung zu errichten, zu betreiben, zu unterhalten, zu erneuern und fortbestehen zu lassen.»

Ziff. 2.3.2: «Dieses Recht beinhaltet die Duldung sämtlicher Bestandteile der Gebäudeerschliessung [...]»

Die zitierten Klauseln erinnern stark an die Terminologie von Dienstbarkeitsverträgen, bisweilen werden in späteren Ziffern der Vertragsbedingungen auch klar sachenrechtliche Begriffe verwendet (Durchleitungsrecht in Ziff. 2.3.3; Alleineigentum in Ziff. 2.5.1). Die Vermutung liegt ebenfalls hier nahe, dass es um die Errichtung von Dienstbarkeiten im Sinne des Zivilgesetzbuches geht.

Nachfolgend wird nun zu untersuchen sein, was für Rechtswirkungen diesen «Leitungsdienstbarkeiten» betreffenden Klauseln der AGB der genannten Versorgungsunternehmen zukommen⁸. Dazu sind zunächst die für die rechtliche Einordnung der Sachverhalte relevanten Normen darzustellen⁹.

⁷ Version V2-1/Ausgabedatum 1.2.2017 (identisch noch die nach Abgabe des Beitrags aktualisierte Fassung V2-2/Ausgabedatum 1.3.2018).

⁸ IV. hienach.

⁹ III. sogleich.

III. Rechtliche Einordnung der Sachverhalte

A. Eigentumszuständigkeit an Leitungen

1. Spezialgesetzliche Bestimmungen

Zu beachten sind vorliegend zwei Spezialerlasse, nämlich das Elektrizitäts-¹⁰ sowie das Fernmeldegesetz¹¹. Gemäss Art. 15a EleG stehen Leitungen (mit den erforderlichen Nebenanlagen) zur Übertragung und Verteilung von Elektrizität im Eigentum der Unternehmen der Energiewirtschaft, die sie erstellt oder von Dritten erworben haben¹². Ähnlich hält Art. 37 Abs. 1 FMG fest, dass Leitungen zur fernmeldetechnischen Übertragung im Eigentum der Fernmeldedienstanbieterinnen stehen, die sie erstellt oder von Dritten erworben haben¹³. Diese Bestimmungen sprechen den Unternehmen der Energiewirtschaft bzw. den Anbietern von Fernmeldediensten das Eigentum an den Leitungen spezialgesetzlich zu¹⁴. Hier wird folglich kraft Gesetzes das Akzessionsprinzip durchbrochen und ebenso das Publizitätsprinzip (Eintragung ins Grundbuch) – auch für unterirdische Leitungen¹⁵ – nicht umgesetzt¹⁶. Die Frage nach der Eigentumszuständigkeit an Leitungen wird damit durch das Gesetz beantwortet und es bedarf keiner vertraglichen Abrede oder gar Dienstbarkeit zur Durchbrechung des Akzessionsprinzips, wie dies etwa Art. 676 Abs. 1 ZGB vorsieht¹⁷.

Die genannten Bestimmungen machen nun aber nicht entbehrlich, dass der jeweilige Leitungseigentümer über einen Titel verfügt, der ihm mindestens die Erstellung und Beibehaltung der Leitung erlaubt, dann aber wohl auch

¹⁰ Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG) vom 24. Juni 1902 (SR 734.0).

¹¹ Fernmeldegesetz (FMG) vom 30. April 1997 (SR 784.10).

¹² Zum Verteilnetz gehören auch die Hausanschlussleitungen, auf die sich die obenwähnten AGB beziehen. Dazu MEINRAD HUSER, Leitungen zwischen privatem und öffentlichem Sachenrecht, ZBGR 4/2016, S. 221 ff., S. 241, m.w.H.

¹³ Etwa HUSER (Fn. 12), S. 242 f.

¹⁴ Siehe MICHÈLE BALTHASAR, in: Brigitta Kratz et al. (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016, Art. 15a N 13 ff.; PHYLLIS SCHOLL, Eigentum an Stromleitungen und den erforderlichen Nebenanlagen – Auslegung von Art. 15a EleG, Jusletter 15. April 2013, Rz. 3; HUSER (Fn. 12), S. 241; BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 676 N 4; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Leitungsdienstbarkeiten im Sinn von Art. 676 ZGB, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Dienstbarkeiten, Referate der Luzerner Weiterbildungsveranstaltung vom 13. September 2016, Zürich 2017 (LBR Band 115), S. 55 ff., S. 86.

¹⁵ Dazu III.A.2. sogleich.

¹⁶ Ausführlich EleG-Komm.-BALTHASAR (Fn. 14), Art. 15a N 13 ff.; HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), S. 88 f.

¹⁷ Dazu ebenfalls III.A.2. sogleich.

Unterhaltsarbeiten, Verlegung u.ä. regelt¹⁸. M.a.W. ergibt sich zwar die *Eigentumszuständigkeit* aus dem Gesetz¹⁹, nicht aber das Recht, eine Leitung überhaupt zu errichten, zu unterhalten und zu belassen. Dazu ist den genannten Spezialgesetzen nichts zu entnehmen²⁰.

2. Allgemeines Zivilrecht

Neben den hievor erwähnten spezialgesetzlichen Bestimmungen – die für die vorliegende Ausgangslage durchgehend allein einschlägig sein dürften – sieht auch Art. 676 Abs. 1 ZGB eine von den grundsätzlichen zivilrechtlichen Regelungen abweichende Eigentumszuordnung vor, nämlich, dass Leitungen zur Versorgung und Entsorgung, *die sich ausserhalb des Grundstücks befinden, dem sie dienen*, wo es nicht anders geordnet ist, dem Eigentümer des Werks und zum Werk gehören, von dem sie ausgehen oder dem sie zugeführt werden²¹. Diese Durchbrechung des Akzessionsprinzips bedarf nun aber – gemäss Art. 676 Abs. 2 und 3 ZGB – einer Grundlage in einem öffentlich beurkundeten Dienstbarkeitsvertrag sowie der Publizität (Eintragung in das Grundbuch für unterirdische Leitungen resp. Erstellung bei oberirdischen, wahrnehmbaren Leitungen). Der Dienstbarkeitsvertrag zur Errichtung einer Leitungsdienstbarkeit gemäss Art. 676 ZGB mit seinem dinglichen Vollzug begründet ein Baurecht *sui generis*²². Bei nicht äusserlich wahrnehmbaren, unterirdischen Hausanschlussleitungen – und um solche geht es in der hievor beschriebenen Ausgangslage – wäre eine Eintragung ins Grundbuch zur Her-

¹⁸ Dazu auch EleG-Komm.-BALTHASAR (Fn. 14), Art. 15a N 19; HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), S. 89; ebenso SCHOLL (Fn. 14), Rz. 4; BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 676 N 4; Entscheid BGer 2C_401/2010 vom 14.12.2012, E. 2.4.4 (für – gesetzlich durchaus vergleichbar – Rohrleitungen). Siehe III.B. hienach.

¹⁹ Ebenso EMIL THOMAS TOBLER, Die dinglichen Rechte des Zivilgesetzbuches dargestellt am Beispiel der Leitungen, Diss. Bern 1951, Bern 1953, S. 98. Diese kann – besonders bei der Versorgung mit Elektrizität – hinsichtlich der Haftung bedeutend sein (Werkeigentümerhaftung, Art. 58 OR).

²⁰ Ausnahme mögen etwa die Art. 35 ff. FMG sein, die für gewisse Grundeigentümer (Grundstücke im Gemeingebrauch) die Pflicht vorsehen, die Benutzung des Bodens für Bau und Betrieb von Leitungen zur Verfügung zu stellen.

²¹ Zur *ratio legis* PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Band II, 3. Aufl., Bern 2002, Rz. 1668a. Die Bestimmung trägt auch dazu bei, die sog. «Y-Regel» einzuhalten. Zu dieser etwa AWA Amt für Wasser und Abfall, Eigentumsabgrenzung und öffentlich-rechtliche Sicherung von öffentlichen Leitungen, Bern 2012, S. 9 ff. Zur Entstehung vgl. die Hinweise bei ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, 5. Aufl., Bern 1981, Art. 676 ZGB N 1.

²² HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), S. 55 ff. Zu den weiteren, vom Eigentum nicht abhängigen Befugnissen betreffend Leitungen siehe III.B. sogleich.

beiführung der gesonderten Eigentumszuständigkeit demnach unerlässlich, sofern die Zuweisung nicht schon spezialgesetzlich erfolgt²³.

Darüber hinausgehend ist eine abweichende Eigentumszuordnung allein an den Leitungen nicht zulässig²⁴. Es ist kraft Akzessionsprinzips der Grundeigentümer auch Eigentümer der Leitung.

3. *Änderung der Eigentumszuständigkeit: Übertragung einer Mobilie oder Immobilie?*

In der Literatur wird – besonders *vor dem Hintergrund der spezialgesetzlichen Eigentumsregelungen* – die Auffassung vertreten, die in Durchbrechung des Akzessionsprinzips erfolgende Eigentumszuweisung dahingehend zu verstehen, dass die Leitungen nunmehr zu *Fahrnissachen* werden²⁵. Eine solche Schlussfolgerung ist aber unzulässig: Die spezialgesetzlichen Normen und Art. 676 Abs. 1 ZGB setzen die allgemeinen sachenrechtlichen Regeln nicht generell ausser Kraft. Die Leitungsrohre werden – und bleiben auch unter den genannten Bestimmungen – Bestandteile des Bodens²⁶, womit ihnen keine eigenständige Sachqualität zukommen kann. Sie bilden nach wie vor eine einheitliche Sache mit dem Grundstück, in dem sie verbaut sind, und sind deshalb – mit dem Boden – eine Immobilie. Wenn nun auch – in Durchbrechung des Akzessionsprinzips – ein eigenständiges Eigentumsrecht am Grundstücksbestandteil «Leitung» möglich ist, so ändert dies nichts an der Qualifikation als Immobilie²⁷: Was dauernd und fest mit dem Boden verbunden wird, wird als Bestandteil desselben selbst unbeweglich und damit zur Immobilie. Damit gelten auch für die Übertragung solcher Eigentumsrechte die Formerfordernisse des Immobiliarsachenrechts²⁸. Eine Übertragung von

²³ Als denkbare Alternative zur Schaffung von Publizität wird etwa der ÖREB-Kataster vorgeschlagen. Siehe dazu HUSER (Fn. 12), S. 231 f.

²⁴ Es sei denn, gewisse Leitungsteile lassen sich als Mobilien qualifizieren. Dazu III.A.3. a.E.

²⁵ SCHOLL (Fn. 14), Rz. 14.

²⁶ Implizit HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), S. 55 ff., die festhält, dass es sich bei Leitungen nicht um Zugehör des Werks i.S. von Art. 644 ZGB handeln könne. A.M. BSK ZGB II-WIEGAND, Art. 642 N 25.

²⁷ Wenn etwa beim ordentlichen Baurecht davon auszugehen ist, die auf dem belasteten Grundstück errichteten Bauten stünden im Eigentum des Baurechtsberechtigten, so macht das diese Bauten nicht zu Fahrnissachen. An diesen ist die Bestellung eines Baurechts vielmehr gerade nicht möglich; zu alledem BSK ZGB II-ISLER/GROSS, Art. 779 N 13.

²⁸ Ebenso BSK ZGB II-ISLER/GROSS, Art. 779 N 26d.

Eigentum an Leitungen in einzugschriftlicher Form – etwa in AGB²⁹ – ist demnach *de lege lata* ausgeschlossen.

Anders mag die Sache dann liegen, wenn man *Rohr* und *Leitung*(*skabel*) trennt. Sofern solchenfalls – unter Respektierung der allgemeinen sachenrechtlichen Regeln (insb. Art. 642 ZGB)³⁰ – eine Leitung als Fahrnissache qualifiziert werden könnte, würden auf sie auch die mobiliarsachenrechtlichen Regeln zur Anwendung kommen. Eine Eigentumsübertragung gestützt auf ein – wie vorliegend – einzugschriftliches Verpflichtungsgeschäft wäre diesfalls möglich und hinsichtlich der Publizitätsmittel wäre eine Besitzverschaffung mittels Tradition oder allfälliger Traditionssurrogate ausreichend. Jedenfalls wäre daran auch eine vom Grundeigentum abweichende Eigentumszuständigkeit denkbar³¹.

B. Erstellung, Nutzung, Unterhalt und Verlegung von Leitungen

Von den Eigentumsverhältnissen an den Leitungen, die sich aus Spezialgesetz, einem Dienstbarkeitsvertrag oder dem Akzessionsprinzip ergeben³², ist das Recht zu unterscheiden, eine Leitung überhaupt zu errichten resp. einzuziehen, dann vor allem aber auch zu nutzen, zu unterhalten, zu erneuern sowie allenfalls zu verlegen³³. Die Einräumung eines solchen Rechts ist nötig, sowohl wenn das Eigentum an der Leitung – spezialgesetzlich oder gestützt auf Art. 676 ZGB – beim Versorgungsunternehmen liegt, wie auch wenn es nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln beim Grundeigentümer verbleibt³⁴.

²⁹ So etwa Art. 6 Abs. 7 AGB EnBAG: «Sollte auf einer Zuleitung, die durch ein Grundstück Dritter führt, zu einem späteren Zeitpunkt ein weiterer Kunde angeschlossen werden, so geht auch die Rohranlage auf dem Grundstück des Dritten bis zur Parzellengrenze des neuen Kunden in das Eigentum der EnBAG über vgl. Anhang 1.»

³⁰ Es darf insbesondere keine feste äussere und dauerhafte Verbindung vorliegen. Dazu etwa BSK ZGB II-WIEGAND, Art. 642 N 14 ff.; BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 21), Art. 642 ZGB N 17 ff.

³¹ Siehe etwa Art. 6 Abs. 3 AGB EnBAG und VI. Anhänge AGB EnBAG.

³² Ausnahmsweise – bezüglich beweglicher Teile – auch aus schuldrechtlichem Übertragungsvertrag und dessen Erfüllung. Siehe III.A.3. soeben.

³³ EleG-Komm.-BALTHASAR (Fn. 14), Art. 15a N 19.

Überdies auch die Verpflichtungen, das jederzeitige Betreten des belasteten Grundstücks zwecks Überwachung der Leitung zu dulden, auf einem Schutzstreifen bestimmter Breite über oder unter der Leitung keine baulichen Massnahmen und keine Pflanzungen vorzunehmen, bestandesgefährdende Einwirkungen zu unterlassen usw. So GIESEKE (Fn. 3), S. 96 f.

³⁴ Zum Unterschied von Eigentum und Durchleitung HUSER (Fn. 12), S. 227 f., 242 f.

Diese Befugnisse werden vornehmlich über eine Grund- oder Personaldienstbarkeit eingeräumt, zulässig ist aber auch ein schuldrechtlicher Vertrag auf Durchleitung³⁵. Schliesslich können sie ebenfalls im Zuge der Errichtung einer Leitungsdienstbarkeit gemäss Art. 676 ZGB – die auch die Eigentumszuständigkeit beeinflusst³⁶ – begründet werden.

Vorzugsweise wird in solchen Vereinbarungen – in Worten oder planlich – zunächst genau festgehalten, was für eine Ausgestaltung der Leitungsvorrichtungen zulässig ist (Lage, Grösse, ober- oder unterirdisch, Leistungsfähigkeit, Baumaterial, Rohr und Rohrinhalt)³⁷. Weiter ist die zulässige Nutzung zu umschreiben. Darunter fällt insbesondere auch die Klärung der Frage, ob eine Nutzung zugunsten (auch) der Nachbarschaft, der Allgemeinheit oder anderer Anbieter möglich ist und ob allfällige dafür notwendige bauliche Anpassungen zulässig sind³⁸. Eng mit der Nutzung hängen weiter Unterhalt und Erneuerung zusammen. Hier dürfte es sinnvoll sein, wenigstens dem Grundsatz nach Stellung zu nehmen insbesondere zu Intensität, allfälligen Kostenfragen³⁹ und etwa zeitlichen Aspekten. Damit verbunden, allenfalls aber auch ein eigenständiges Anliegen, ist schliesslich ein Anspruch auf Verlegung der Leitung, bei der ebenfalls Kostenfragen und Gründe zu bestimmen sind. Für all die erwähnten Befugnisse ist Folgendes zu beachten: Je nachdem, in welcher Art – als Dienstbarkeit oder obligatorisch – diese eingeräumt werden, sind unterschiedliche Aspekte regelungsbedürftig und -fähig. So ist etwa zu bedenken, dass Kostentragungsregeln für den Unterhalt nicht ohne weiteres Teil der Dienstbarkeit werden⁴⁰. Bei obligatorischer Einräumung der Befugnisse ist zu beachten, dass eine Kündigung – anders als bei Dienstbarkeiten – grundsätzlich möglich sein muss⁴¹. Dagegen ist für Dienstbarkeiten ein Verlegungs- oder auch Lösungsanspruch bereits von Gesetzes wegen vorgesehen (Art. 693, 736 und 742 ZGB). Welche Regeln für die gewählte Art der

³⁵ So etwa GIESEKE (Fn. 3), S. 96 f.; siehe auch EleG-Komm.-BALTHASAR (Fn. 14), Art. 15a N 20, die auch auf eine prekaristische Einräumung hinweist.

³⁶ Dazu III.A.2. soeben. Zur Frage, ob diese als Grund- oder Personaldienstbarkeit zu errichten ist, vgl. die Hinweise bei BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 676 N 9.

³⁷ FRANZ XAVER BRÜCKER, Das nachbarrechtliche Durchleitungsrecht unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung zum Notwegrecht, zum Überbaurecht und zum Notbrunnenrecht, Diss. Zürich 1991, Zürich 1991, S. 176.
Implizit Ziff. 15.9 AGB BKW.

³⁸ Etwa Art. 6 Abs. 5 AGB EnBAG; Ziff. 2.3.3 AGB Swisscom.

³⁹ Etwa Art. 6 Abs. 9 AGB EnBAG; Ziff. 2.4 AGB Swisscom.

⁴⁰ Siehe dazu etwa BSK ZGB II-PETITPIERRE, Art. 741 N 16.

⁴¹ Äusserst – und allenfalls gar schon unzulässigerweise – beschränkend etwa Ziff. 5 AGB Swisscom.

Dass bei Dauerschuldverhältnissen eine Kündigung möglich sein muss, ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen; statt vieler HANS MERZ, Schweizerisches Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1. Teilband, Basel/Frankfurt am Main 1984, S. 129.

Einräumung der Befugnisse Geltung beanspruchen können, ist im Einzelfall zu prüfen. Zentraler Unterschied ist jedenfalls die Wirkung *erga omnes* oder *inter partes* und damit insbesondere die Wirkung auch für Rechtsnachfolger.

In der besprochenen Ausgangslage versuchen die Unternehmen jeweils – wenn man nach dem Wortlaut urteilt –, sich diese Befugnisse durch die Errichtung einer Dienstbarkeit zu sichern. Zugrunde liegt allerdings eine vertragliche Abrede in der – für das Sachenrecht untypischen – Form von einfachschriftlichen AGB.

IV. Rechtswirkungen

A. Nur ausnahmsweise Begründung einer Dienstbarkeit

1. *Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung und Eintragung in das Grundbuch*

Wie hievor bereits erwähnt⁴², sind die Wendungen in den zitierten AGB kaum anders zu verstehen, als dass die soeben besprochenen Befugnisse im Sinne einer Dienstbarkeit begründet werden sollen.

Seit der letzten Teilrevision des Sachenrechts bedürfen Verträge auf Errichtung einer Dienstbarkeit gemäss Art. 732 Abs. 1 ZGB ausnahmslos der Form der öffentlichen Beurkundung. Im Vorentwurf zur Teilrevision des Sachenrechts von 2004 war noch eine Ausnahme von der Beurkundungspflicht vorgesehen, dies mit Hinweis darauf, dass es der öffentlichen Beurkundung zukommenden Schutzfunktion diesfalls nicht bedürfe, da es sich grösstenteils um von Fachleuten ausgearbeitete, standardisierte Massenverträge handle⁴³. Im Rahmen der Vernehmlassung hat sich gezeigt, dass insbesondere auch bedeutende Interessenvertreter aus der Rechtspraxis sich für eine Streichung ebendieser Ausnahme einsetzten⁴⁴, während für eine explizite Beibehaltung

⁴² Siehe II. hievor.

⁴³ Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht), Bericht zum Vorentwurf, Vernehmlassungsvorlage, März 2004, S. 27 f.

⁴⁴ So der Schweizerische Anwaltsverband (SAV), der Schweizerische Notarenverband (SNV), der Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter (VSGV) und die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK BE). Siehe Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht), 2005, S. 263 ff. Stellvertretend ein Auszug aus der Stellungnahme des SNV, S. 264: «Die in Absatz 2 vorgesehene Ausnahme macht insofern keinen Sinn, als solche standardisierten Dienstbarkeitsverträge in der Regel nur auf Seiten des Berechtigten von einem Fachmann begutachtet (oder sogar formuliert) werden; auf Seiten des Verpflichteten besteht aber das Bedürfnis nach der

und erweiternde Klarstellung – wenig überraschend – einzig die Swisscom eintrat^{45, 46}. Trotz einiger Stimmen in den Räten, die sich für die Beibehaltung der Ausnahme aussprachen⁴⁷, ist sie schliesslich nicht Gesetz geworden. Der seither geltenden umfassenden Pflicht zur öffentlichen Beurkundung von Dienstbarkeitsverträgen entsprechen nun die vorgelegten AGB offensichtlich nicht.

Zur Errichtung der Dienstbarkeit wäre zudem eine Eintragung ins Grundbuch nötig, es sei denn, die Leitung ist äusserlich wahrnehmbar (Art. 676 Abs. 3 ZGB)⁴⁸. In den AGB der BKW (Art. 15.9) und der EnBAG (Art. 6.6 a.E.) finden sich jeweils Vollmachten hinsichtlich der grundbuchlichen Anmeldung. Dazu ist aber zu bemerken, dass eine Eintragung ins Grundbuch gestützt auf eine Vollmacht gemäss Art. 86 GBV nur dann möglich ist, wenn beglaubigte Unterschriften der Eigentümergeber beigebracht werden.

Zu prüfen bleibt immerhin noch, ob eine öffentliche Beurkundung bei dieser Ausgangslage von den Unternehmen selbständig nachgeholt resp. zum Abschluss gebracht werden könnte.

2. *Nachträgliche öffentliche Beurkundung gestützt auf Standardverträge?*

Es wäre denkbar, dass die Versorgungsunternehmen eine nachträgliche öffentliche Beurkundung gestützt auf die einfachschriftliche Erteilung einer entsprechenden Vollmacht in den AGB ohne weitere Mitwirkung des Dienst-

mit der Beurkundung einhergehenden Rechtsbelehrung.» Ebenso die Universität Lausanne (S. 264), anders dagegen die Universität Genf (S. 264).

⁴⁵ Zusammenstellung der Vernehmlassungen (Fn. 44), S. 268 f.

⁴⁶ Viele weitere Vernehmlassungsteilnehmer äusserten sich nur allgemein zur Einführung der generellen Beurkundungspflicht. Zusammenstellung der Vernehmlassungen (Fn. 44), S. 259 ff. Hier hielten sich die Voten die Waage. So wurde die Regelung etwa begrüsst von den Kantonen Solothurn (S. 261), Wallis (S. 262), Basel-Stadt (S. 260) und Tessin (S. 261; m.H. darauf, dass eben nicht Spezialisten einer Partei die andere Partei genügend informieren könnten). Ablehnend äusserten sich etwa die Kantone Appenzell Ausserrhodens (S. 259), Luzern (S. 260), Thurgau (S. 261), Zug (S. 262) und Zürich (S. 262), die Schweizerische Volkspartei (SVP; S. 262) und der Hauseigentümerverband (HEV; S. 263).

⁴⁷ Etwa die Ständeräte Rolf Schweiger und Konrad Graber, je mit Hinweis auf den unverhältnismässig grossen Aufwand. Amtl. Bull. SR 2009, Sitzung vom 22.9.2009.

⁴⁸ Der Umstand, dass eine Eintragung in das Grundbuch allenfalls entfallen kann, ändert überdies nichts daran, dass das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft öffentlich zu beurkunden ist; HANSHEIRI Inderkum, Artikel 676 ZGB und sein Verhältnis zu Artikel 691 ZGB, in: BN 2014, S. 256 ff., S. 262; auch BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 21), Art. 676 ZGB N 29.

barkeitsbelasteten zu erreichen versuchen⁴⁹. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedarf eine Vollmacht zum Abschluss eines formgültigen Geschäfts nicht derselben Form wie das abzuschliessende Geschäft⁵⁰. Insofern wäre ein solches Vorgehen grundsätzlich möglich. Dem stünden freilich mehrere gewichtige Einwände entgegen⁵¹, weshalb diese Methode von den Unternehmen zu Recht nicht ins Auge gefasst wird. Allfällige Vollmachten in den AGB betreffen allein die Grundbucheintragung⁵², der Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen sieht in seinem Dienstbarkeitsmustervertrag

⁴⁹ Zur Bevollmächtigung aus AGB etwa ROGER ZACH/ADRIAN KÜNZLER, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 32 OR N 6.

⁵⁰ BGE 112 II 332; BGE 99 II 162; zur ablehnenden Haltung der h.L. siehe die Hinweise bei BSK OR I-SCHWENZER, Art. 11 N 14; jüngst eingehend CONRADIN CRAMER, Die Form der Vollmacht für öffentlich zu beurkundende Verträge, AJP 3/2018, S. 281 ff.

⁵¹ Zunächst wäre fraglich, ob – da die Erteilung der Vollmacht in AGB (zum Begriff IV.A.3.) erfolgen würde – eine solche Abrede überhaupt vom Konsens der Parteien erfasst wäre (zur Konsenskontrolle allgemein PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014, Rz. 1128 ff.; ESTHER WIDMER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG, Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken, Diss. Bern 2014, Zürich/St. Gallen 2015, S. 31 ff.). Da vor allem in der Konstellation des privaten, nicht gewerblich agierenden Vertragspartners von einer Globalübernahme auszugehen ist, gelten nach der Ungewöhnlichkeitsregel solche (nachteiligen) Klauseln nicht, mit denen eine Partei nicht gerechnet hat und nicht rechnen musste (etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, ebd., Rz. 1128c, 1136 ff.; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, Rz. 619 ff.). Nach bundesgerichtlicher Praxis kommt die Regel zum Tragen, wenn der betroffenen Partei die Branchenerfahrung fehlt (subjektives Element) und die Klausel geschäftsfremd ist (objektives Element; KOLLER [Fn. 4], S. 949; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, ebd., Rz. 1138; HUGUENIN, ebd., Rz. 623). Weil Verbraucher kaum je in den entsprechenden Branchen geschäftserfahren sind und eine Vollmachterteilung in einem Formularvertrag, zumal zur Begründung eines zeitlich unbegrenzt dauernden beschränkten dinglichen Rechts, erheblich aus dem gesetzlichen Rahmen fällt (siehe etwa BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 413 f. und BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7) – gerade, weil seit der Revision des Immobiliarsachenrechts die öffentliche Beurkundung für die rechtsgeschäftliche Begründung als absolute Regel für Sachenrechte vorgesehen wäre –, ist eine dahingehende Vollmachterteilung wohl als nichtig anzusehen.

Weiter wäre fraglich, ob das (kantonale) Recht der Urkundspersonen – und insbesondere die Berufspflichten (dazu IV.A.3. sogleich) – ein solches Vorgehen überhaupt zulassen. So schreibt etwa Art. 43 Notariatsverordnung des Kantons Bern (NV; BSG 169.112) vor, dass die Urkundsperson die Identität und Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien und bei Vertretungsverhältnissen die Vertretungsbefugnis zu prüfen hat. Zu letzterem STEPHAN WOLF, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, Art. 43 NV N 18 ff.

Zu Einwänden seitens des Grundbuchsrechts IV.A.1. soeben.

Zu prüfen wären auch Fragen der Doppelvertretung und – wiederum – damit zusammenhängende Fragen der Berufspflichten der Urkundsperson.

⁵² Dazu IV.A.1. soeben.

einzig eine – ebenfalls nicht unproblematische⁵³ – Beurkundung von Dienstbarkeitsverträgen gestützt auf eine eigenständige Vollmacht vor⁵⁴.

3. *Öffentliche Beurkundung von Standardverträgen und deren Folgen*

Damit bleibt – sofern man die entsprechenden Befugnisse als Dienstbarkeit errichten möchte – nur die öffentliche Beurkundung wenigstens der die Dienstbarkeit betreffenden Bestimmungen der Standardverträge. Eine Urkundsperson müsste damit faktisch Massenverträge öffentlich beurkunden.

Dass es sich diesfalls um AGB handelt, lässt sich – trotz des Verfahrens der öffentlichen Beurkundung, der Einhaltung der Berufspflichten der Urkundsperson und der Tatsache, dass ein beschränktes dingliches Recht begründet werden soll⁵⁵ – kaum mehr ernsthaft bestreiten⁵⁶. AGB sind Vertragsklauseln, die hinsichtlich des Abschlusses einer unbestimmten Vielzahl gleichartiger Verträge vorformuliert und von den Parteien nicht individuell verhandelt werden⁵⁷. Dass es vorliegend zu individuellen Abreden in je neuer Formulierung mit unterschiedlichen Urkundspersonen kommen wird – die Urkundsperson allenfalls eigene Muster verwendet⁵⁸ –, ist eher unwahrscheinlich⁵⁹.

⁵³ Ebenso Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE), Dienstbarkeitsverträge – Muster 2011, Redaktionshilfe für die Erstellung von Dienstbarkeitsverträgen in der Elektrizitätswirtschaft, Ausgabe 2011/Version 2014, S. 5. Hier könnte einzig der Einwand der Nichtigkeit infolge Ungewöhnlichkeit wegfallen, da es durch die Vorlage einer separat zu unterzeichnenden und klar so bezeichneten Vollmacht nicht zu einer Globalübernahme kommt. Die weiteren Schwierigkeiten (Fn. 51 hievore) bleiben.

⁵⁴ Siehe VSE (Fn. 53), S. 27 f., wonach die Zulässigkeit einer solchen Praxis mit einer zuständigen Urkundsperson und dem zuständigen Grundbuchamt abzuklären sei.

⁵⁵ Für das deutsche Recht etwa JÜRGEN F. BAUR/ROLF STÜRNER, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009, S. 48 ff.; HANS HERMANN SEILER, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3 Sachenrecht, Einleitung zum Sachenrecht, §§ 854-882, Berlin 2012, Einl. zum SachenR, Rz. 78 ff., m.H. auf die Diskussion.

⁵⁶ Dazu – in anderem Zusammenhang – überzeugend STÖCKLI/AESCHIMANN (Fn. 1), *passim*, m.w.H. Zur Abgrenzung von der Verwendung von Vertragsmustern BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 1 N 49.

⁵⁷ So HUGUENIN (Fn. 51), Rz. 605; KOLLER, Sachwortaufsatz (Fn. 4), S. 33; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 51), Rz. 1118 ff.; JÖRG SCHMID, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 148/2012, S. 1 ff., S. 6. Zu den Merkmalen der Vorformulierung, Vielzahl und individuellen Verhandlung STÖCKLI/AESCHIMANN (Fn. 1), S. 85 ff.

⁵⁸ Dazu MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder Selbstverantwortung?, SJZ 108/2012, S. 177 ff., S. 185, m.w.H.

Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Versorgungsunternehmen – allenfalls im Anschluss an eine einmalige vertiefte Zusammenarbeit zur erstmaligen Ausarbeitung mit einer von ihr ausgewählten Urkundsperson in Kantonen mit freiberuflichem Notariat – auf der Beurkundung «ihrer» standardisierten Bestimmungen bestehen werden. Die Interessenwahrungspflicht der Urkundsperson stünde einem Vorgehen, bei dem Formulierungen einer Partei – in der Form von AGB – oder wenigstens weitgehende Instruktionen betreffend die vertraglichen Abreden entgegengenommen werden, nicht entgegen, jedenfalls solange der Gegenpartei eine kritische Würdigung ermöglicht wird⁶⁰.

Was wären die Folgen? Wenn auch das Verfahren der öffentlichen Beurkundung nichts am Charakter der Bestimmungen als AGB ändern würde, so ergäben sich durch dieselbe doch Unterschiede zur einfachschriftlichen Abfassung, und zwar hinsichtlich der AGB-Kontrolle. Durch die Rechtsbelehrungspflicht der Urkundsperson⁶¹, aufgrund der den Parteien zu erklären ist, wie weit man von der dispositiven Gesetzeslage abweicht⁶², und durch das Hauptverfahren selbst⁶³ kann immerhin nicht mehr von einer Globalübernahme gesprochen werden. Eine Prüfung nach der Ungewöhnlichkeitsregel entfällt damit. Unklar ist, ob das Beurkundungsverfahren ebenfalls eine Auslegung nach der Unklarheitenregel ausschliesst: Eine solche ist jedenfalls in Betracht zu ziehen, wenn eine Partei stark überwiegend Einfluss auf die Formulierungen genommen hat⁶⁴. Demgegenüber dürften die Instrumente der offenen Inhaltskontrolle anwendbar sein⁶⁵. Grundsätzlich zur Anwendung kommen wird insbesondere Art. 8 UWG⁶⁶, handelt es sich doch bei einer

⁵⁹ A.M. offensichtlich SNV (Fn. 44) hievor.

⁶⁰ Dazu besonders CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 883, 1686 ff., 1820 ff. und 1840 ff. Siehe zur Unparteilichkeit auch PETER RUF, Notariatsrecht Skriptum, Langenthal 1995, N 1003 f.; KNB-PFAMMATTER (Fn. 51), Art. 37 NG N 10, 13; STÖCKLI/AESCHIMANN (Fn. 1), S. 80 f.; MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, 2. Aufl., Bern 2014, N 241 ff.

⁶¹ Etwa Art. 35 NG/BE. Dazu KNB-WOLF/PFAMMATTER (Fn. 51), Art. 35 NG N 13 ff. Zur Rechtsbelehrungspflicht im Allgemeinen RUF (Fn. 60), N 876 ff.; LOUIS CARLEN, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, S. 124 ff.

⁶² Besonders BRÜCKNER (Fn. 60), N 1753 ff.; MOOSER (Fn. 60), N 211 ff.; STÖCKLI/AESCHIMANN (Fn. 1), S. 81 f.

⁶³ Etwa die Pflicht zur Lesung. Dazu BRÜCKNER (Fn. 60), N 1890 ff.; CARLEN (Fn. 61), S. 92 f.; KNB-WOLF (Fn. 51), Art. 46 NV N 12 f.

⁶⁴ Zur Auslegungskontrolle im Allgemeinen etwa HUGUENIN (Fn. 51), Rz. 627 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 51), Rz. 1144 f.; WIDMER (Fn. 51), S. 46 ff.

⁶⁵ Zur diesbezüglichen Zurückhaltung des Bundesgerichts KOLLER (Fn. 4), S. 951 f.; siehe auch HUGUENIN (Fn. 51), Rz. 634 ff.

⁶⁶ Dazu STÖCKLI/AESCHIMANN (Fn. 1), *passim*. Zur AGB-Inhaltskontrolle über Art. 8 UWG im Allgemeinen etwa MARIUS STUCKI, Art. 8 UWG: Die neue AGB-Inhaltskontrolle aus Sicht eines Studienabgängers, Jusletter vom 10. März 2014, *passim*, insb. zu den Tatbestandselementen Treu und Glauben (Rz. 13), Missver-

Erschliessung im Rahmen der Grundversorgung um einen Vertrag der – wenn ein privater Bauherr die eigene Liegenschaft erschliesst – zu «persönlichen oder familiären Zwecken»⁶⁷ abgeschlossen wird. Es dürften in diesem Zusammenhang besonders die jeweils getroffenen Kosten- und Haftungsregeln kritisch zu würdigen sein⁶⁸. Anders ist freilich im gewerblichen Bereich zu entscheiden, wenn etwa ein Bauunternehmer Vertragspartner eines Versorgungsunternehmens ist⁶⁹.

Folgende Bemerkung mit Blick besonders auf die *freiberuflichen* Urkundspersonen scheint angezeigt: Würden die betroffenen Versorgungsgesellschaften in grossem Stil – entgegen der vermutlich derzeit vorherrschenden Praxis – zur Beurkundung von solchen Massenverträgen übergehen wollen⁷⁰, wäre dies wohl dem Ansehen des Berufsstandes nicht wirklich zuträglich. Weil einzelfallweise Abweichungen von den Standardformulierungen von den Versorgungsunternehmen eher nicht akzeptiert werden dürften, wären einige Aspekte des die Kosten rechtfertigenden Mehrwerts der öffentlichen Beurkundung und der Urkundsperson selbst kaum noch zu vermitteln⁷¹. Einem gerade mit Blick auf die Kosten gefühlt immer stärker unter Begründungsdruck geratenden Berufsstand⁷² wäre damit nicht gedient. Vor diesem Hintergrund ist es naheliegend, davon auszugehen, dass die Urkundspersonen mit

hältnis (Rz. 14 ff.) und erheblich und ungerechtfertigt (Rz. 17 ff.); weiter WIDMER (Fn. 51), S. 51 ff.

⁶⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 51), Rz. 1152b; SCHMID (Fn. 57), S. 9. Vgl. auch STUCKI (Fn. 66), Rz. 8.

⁶⁸ Siehe auch IV.B.1.

⁶⁹ Zum persönlichen Anwendungsbereich etwa STUCKI (Fn. 66), Rz. 5 ff.; SCHMID (Fn. 57), S. 7 ff.; ANTON K. SCHNYDER, Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: Alexander Brunner et al. (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, S. 39 ff., S. 42 f.; STÖCKLI/AESCHIMANN (Fn. 1), S. 92 f.

⁷⁰ Zu den rechtlichen Grundproblemen von AGB KOLLER, Sachwortaufsatz (Fn. 4), S. 33 («unklar abgefasst, einseitig, unausgewogen und oft sogar täuschend»).

⁷¹ Zu den Funktionen des Notariats und der öffentlichen Beurkundung – etwa Übereilungsschutz, Sicherheit und Klarheit des Dokuments, Grundlage für eine Registereintragung – sowie der damit zusammenhängenden Berufspflichten RUF (Fn. 60), N 6, 1256 ff.; MOOSER (Fn. 60), N 427 ff.; CARLEN (Fn. 61), S. 89, 124; BRÜCKNER (Fn. 60), N 239 ff.; JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Ausgewählte bundesrechtliche Probleme, Diss. Fribourg 1987, Fribourg 1988, S. 11 ff. Das soll nicht heissen, dass kein Nutzen bestünde, er liesse sich in diesem Kontext aber kaum noch vermitteln.

⁷² Etwa Bericht PUE (Preisüberwachung), Kantonale Notariatstarife, Vergleich der Gebühren für die öffentliche Beurkundung verschiedener Rechtsakte, Juli 2007 (dazu JEAN-PIERRE BECHER, Notariatsgebühren sind Verwaltungsgebühren – nicht staatlich administrierte Preise, Jusletter 20. August 2007; JÜRGEN SCHMID, Preisüberwacher, Notariatsgebühren und Amtsnotariat, Jusletter 1. Oktober 2007); aus bernischer Sicht etwa Motion Kohli (017-2016); Motion Brönnimann (138-2015); Motion Behnd (102-2010).

einer Ausnahme wie im Vorentwurf von 2004 vorgesehen besser hätten leben können, als von den eigenen Interessenverbänden angenommen und zum jetzigen Zeitpunkt wohl nichts gegen die weitgehende Nichteinhaltung des Beurkundungserfordernisses seitens der Versorgungsunternehmen einzuwenden haben werden.

B. Vertragliche Regelung

1. Wirkung inter partes

Wenn nun die Form der öffentlichen Beurkundung nicht eingehalten wird und keine Dienstbarkeit begründet werden kann, heisst das nicht, dass Abreden in einfachschriftlicher Form keine Wirkungen zukommen⁷³. Jedes Rechtsverhältnis, das Inhalt eines beschränkten dinglichen Rechts sein kann, kann auch als obligatorisches Recht ausgestaltet werden⁷⁴. Sämtliche hievordargelegten Befugnisse können – mit Wirkung *inter partes* – ohne weiteres in einfacher Schriftform oder gar formlos begründet werden. Vorliegend ist regelmässig von einer zulässigen Konversion des formungültigen Vertrages auf Errichtung einer Dienstbarkeit in ein obligatorisches Geschäft auszugehen⁷⁵.

Dabei zu beachten ist, dass einer entsprechenden obligatorischen Abrede nicht die gleichen Wirkungen zukommen können. Während eine Dienstbarkeit etwa im Grunde zeitlich unbegrenzt ist – als dingliches Recht potentiell ewig dauert – kann ein obligatorisches Dauerschuldverhältnis gekündigt werden. Ein kategorischer, zeitlich unbegrenzter Kündigungsausschluss würde gegen Art. 27 ZGB verstossen⁷⁶. Weiter ist etwa eine Vormerkung im Grundbuch nicht möglich⁷⁷. Gleichwohl wird eine solche Vereinbarung mit Wirkungen *inter partes* für die Versorgungsunternehmen in vielen Fällen völlig ausreichend sein, besonders wenn die Eigentümerschaft am benutzten Grundstück nicht oder selten wechselt⁷⁸.

⁷³ Dazu schon die Hinweise III.B. hievord.

⁷⁴ INDERKUM (Fn. 48), S. 263; GIESEKE (Fn. 3), S. 96 f.

⁷⁵ Dazu MARTIN GERMANN, Der Vertrag zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit, Diss. Luzern 2007, Bern 2008, N 430 ff., 443 ff.; zur Konversion bei Formungültigkeit im Allgemeinen BSK OR I-SCHWENZER, Art. 11 N 25 f.

⁷⁶ GIESEKE (Fn. 3), S. 96 f.

⁷⁷ INDERKUM (Fn. 48), S. 263.

⁷⁸ Dazu GIESEKE (Fn. 3), S. 101, nach dem deshalb bspw. die Regelung betreffend Leitungen in öffentlichen Strassen durch eine Vereinbarung *inter partes* mit dem Gemeinwesen ausreichend sein dürfte.

Weil es sich um AGB-Klauseln handelt, gelten auch hier die bereits angesprochenen Kontrollmechanismen⁷⁹. Je nach konkreter rechtsgeschäftlicher Gestaltung – etwa einer für den Belasteten besonders nachteiligen Kostenregelung oder aussergewöhnlich unvorteilhaft ausgestalteten Pflicht zur Duldung der Verlegung – können diese Mechanismen von entscheidender Bedeutung sein. Hinzuweisen ist auf die Ungewöhnlichkeitsregel im Rahmen der Geltungskontrolle bei einer Globalübernahme⁸⁰, die Auslegungsregel *in dubio contra stipulatorem* sowie – je nach Konstellation – die Inhaltskontrolle, insbesondere gestützt auf Art. 8 UWG.

2. *Drittwirkung im Ergebnis?*

Einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien kommt grundsätzlich keine Wirkung gegenüber Drittpersonen zu, und sie bindet folglich auch keinen späteren Erwerber des benützten Grundstücks. Im Ergebnis wird eine solche Drittwirkung aber häufig gleichwohl erreicht. Denn die meisten Erwerber werden vermutlich ohnehin in den schuldrechtlichen Vertrag eintreten oder einen identischen abschliessen, da sie selber ein Interesse an einer fort-dauernden Erschliessung und einem entsprechenden Vertragsverhältnis mit dem Versorgungsunternehmen haben⁸¹.

Weiter könnte man noch an Folgendes denken: Sind Personen – als Eigentümer eines anderen Grundstücks oder in anderer Sache – bereits Vertragspartner des jeweiligen Versorgungsunternehmens, so könnte man durchaus dahingehend argumentieren, dass sich *je nach vertraglicher Formulierung* gewisse gleichlaufende Verhaltenspflichten auch bezüglich weiterer Leitungen in anderen Grundstücken ergeben, wenn solche Grundstücke später erworben werden⁸².

De facto dürfte man damit einem dinglichen Recht nahekommen. Die weite Verbreitung der AGB durch die grosse Marktpräsenz der Versorgungsunternehmen würde damit im Ergebnis – aber nicht juristisch – zu einer Wirkung *quasi erga omnes* führen⁸³.

⁷⁹ Siehe IV.A.3.

⁸⁰ Siehe Fn. 51 hievor.

⁸¹ GIESEKE (Fn. 3), S. 101.

⁸² Da die Versorgungsunternehmen allerdings Dienstbarkeiten zu begründen versuchen, werden sich solche Klauseln kaum finden. Gleiches gilt für Überbindungsklauseln, deren Vereinbarung in einem von Anfang an als Geschäft *inter partes* ausgestalteten Vertrag naheliegend wäre; dazu GIESEKE (Fn. 3), S. 103; INDERKUM (Fn. 48), S. 263; in BGE 84 II 6 ff. S. 9 E. 1 ergab sich eine solche gar implizit aus dem Vertrag.

⁸³ Zur Standardisierungsfunktion von AGB KOLLER, Sachwortaufsatz (Fn. 4), S. 33. Zum Begriff der Standardisierung im Allgemeinen CHRISTOPH ALEXANDER KERN,

V. Synthese

Aus den vorstehenden Ausführungen lassen sich verschiedene Erkenntnisse gewinnen.

Zunächst einmal liegt ein Lehrstück vor über das Verhältnis von normativen zu tatsächlichen Realitäten. Wenngleich einem grossen Teil der Versorgungsunternehmen bewusst sein wird, dass mit einem Verzicht auf eine öffentliche Beurkundung und grundbuchliche Behandlung – besonders mit Blick auf Rechtsnachfolger der Kunden – gewisse Unsicherheiten und allenfalls nachteilige Rechtsverhältnisse verbunden sein können, so macht ihr jetziges Vorgehen gleichwohl Sinn. Die auch für Dritte verbindliche Festlegung der Rechtslage, die für die Versorgungsunternehmen vorteilhaft sein dürfte, rechtfertigt aus wirtschaftlicher Sicht die kostspielige durchgängige öffentliche Beurkundung und den grundbuchlichen Vollzug offensichtlich nicht. Aus ökonomischer Perspektive wird man sich gut mit den wenigen Fällen abfinden können, in denen eine Wirkung des Standardvertrages bei einem späteren Erwerber nicht hergestellt werden kann, und in einem möglichen Streitfall eine individuelle Lösung herbeiführen. Diese mag dann zwar im Einzelfall weniger günstig für die Versorgungsunternehmen sein, als wenn man formgültig eine Dienstbarkeit errichtet hätte, mit Blick auf die erzielte Kostenersparnis infolge Verzichts auf die konsequente öffentliche Beurkundung und grundbuchliche Behandlung wird dies allerdings nicht ins Gewicht fallen. Paradoxerweise dürften auch die Urkundspersonen – insbesondere die freiberuflichen – als «Hüter der Form» für einmal zufrieden sein, wenn die vorgeschriebene Form nicht eingehalten wird⁸⁴.

Weiter können – in Verbindung mit dem soeben Erläuterten – Folgerungen für eine gute Gesetzgebung gezogen werden. Wenn einmal ein politischer Entscheid hinsichtlich der Gestaltung gefallen ist, fällt den Juristen die Aufgabe zu, eine rechtstechnisch sinnvolle Umsetzung vorzuschlagen⁸⁵. Dabei ist immer auch zu berücksichtigen, dass jedes rechtliche Instrument in einem Kontext steht. Wenn also politisch entschieden wird, dass bei solchen Massenverträgen die schwächere Vertragspartei zu schützen ist, so ist es an den Juristen (und ihren Verbänden), entsprechende rechtliche Massnahmen auf ihre Tauglichkeit zu untersuchen. Vorliegend hätte man erkennen können, dass dieses Ziel durch Einführung der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung nicht zu erreichen ist und auf eine andere Lösung hinwirken müssen.

Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts, Ein Beitrag zur Standardisierung übertragbarer Güter, Habil. Freiburg 2011, Tübingen 2013, S. 9 ff.

⁸⁴ Dazu IV.A.3. hievor.

⁸⁵ Zur Arbeitsteilung zwischen Politik und Recht jüngst JOACHIM RÜCKERT, Prinzipienjurisprudenz?!, recht 2017/4, S. 300 ff., S. 306 f.

Auch das gehört zu den Grundsätzen guter Gesetzgebung⁸⁶. Wenigstens bleiben die Kunden der Versorgungsunternehmen nun von belastenden Dienstbarkeiten verschont: Der Übereilungsschutz der öffentlichen Beurkundung greift also, wenn auch in ungewohnter Weise, durch Unterlassung.

⁸⁶ Zur Folgenabschätzung und allgemein statt vieler WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *Innovation und Recht – Recht und Innovation, Recht im Ensemble seiner Kontexte*, Tübingen 2016, S. 155 ff.

Smart Contracts und allgemeine Geschäftsbedingungen

MIRJAM EGGEN*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	155
II.	Terminologie.....	158
	A. Smart Contract.....	158
	B. Allgemeine Geschäftsbedingungen	159
	C. Fazit.....	161
III.	Smart Contracts als AGB.....	161
	A. Ausgangslage.....	161
	B. Konsens	162
	C. Form	163
	D. Inhalt.....	165
	E. Fazit.....	165
IV.	Ausstrahlungswirkung von Smart Contracts.....	167
	A. Ausgangslage.....	167
	B. Smart Contract als Technologie.....	167
	C. Smart Contract als Auslegungsmittel	168
	D. Smart Contract als «Erfüllungsgehilfe».....	169
	E. Fazit.....	169
V.	Auffangfunktionen für Smart Contracts.....	170
	A. Ausgangslage.....	170
	B. Leistungsstörungen.....	170
	C. Smart Contract von Dritten.....	171
	D. Fazit.....	173
VI.	Ergebnis	174

I. Einleitung

Smart Contracts haben den rechtlichen Alltag noch nicht erobert. Ihr Einsatzbereich beschränkt sich zurzeit auf einen kleinen Teil von Transaktionen.¹

* Prof. Dr. MIRJAM EGGEN, LL.M., Rechtsanwältin, Universität Bern. Ich danke Frau Meret Lüdi, Hilfsassistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, für ihre Rechercharbeiten im Zusammenhang mit dem vorliegenden Aufsatz.

¹ Zu den Einsatzmöglichkeiten von Smart Contracts vgl. MARKUS KAULARTZ, Rechtliche Grenzen bei der Gestaltung von Smart Contracts, in: Jürgen Taeger (Hrsg.),

Die auf der Blockchain angelegten und selbstausführenden Programme weisen jedoch ein grosses Potential auf.² Zum einen kann ihre Funktionsweise durch die Parteien anhand des Programmcodes transparent eingesehen werden. Zum anderen verhindert die automatisierte Abwicklung ein einseitiges Eingreifen einer Partei in den Erfüllungsvorgang: Vereinbarte Leistungen werden nach Eintreten gewisser Parameter automatisch geliefert. Die Abwicklung des Programms über die Blockchain bewirkt schliesslich eine hohe Sicherheit gegen Manipulationen durch eine Partei oder durch Dritte: Der Code kann nachträglich nicht mehr modifiziert werden. Die automatisierte Abwicklung von Verträgen unter Beizug von Smart Contracts erscheint somit äusserst vielversprechend.³

Während Smart Contracts die praktische Abwicklung von Geschäften erleichtern können, geht ihre Einführung nicht zwingend mit einer vereinfachten Rechtslage einher. So ist bereits die rechtliche Einordnung von Smart Contracts Gegenstand zahlreicher Abhandlungen.⁴ Zwar legt der Ausdruck «Smart Contract» den Schluss nahe, dass der Programmcode zugleich ein

Smart World, Smart Law?, Weltweite Netze mit regionaler Regulierung, Tagungsband Herbstakademie 2016, Edewecht 2016, S. 1027 f.

² Zur Definition von Smart Contracts vgl. unten, Abschnitt II.A.

³ JÖRN HECKMANN/MARKUS KAULARTZ, Selbsterfüllende Verträge, Smart Contracts, Quellcode als Vertragstext, c't 2016, Heft 24, S. 139.

⁴ CHRISTOPHER D. CLACK U.A., Smart Contracts Templates, foundations, design landscape and research directions, London 2016, abrufbar unter: <https://arxiv.org/pdf/1608.00771.pdf> (zuletzt besucht am 13.12.17); GABRIEL OLIVIER BENJAMIN JACCARD, Smart Contracts and the Role of Law, in: Jusletter IT 23. November 2017; MARKUS KAULARTZ/JÖRN HECKMANN, Smart Contracts, Anwendung der Blockchain-Technologie, CR 2016, S. 618 ff.; MARKUS KAULARTZ, Herausforderungen bei der Gestaltung von Smart Contracts, InTeR 2016, S. 201 ff.; KRISTIAN LAUSLAHTI U.A., Smart Contracts, How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices?, ETLA Report, 2017, abrufbar unter: <https://www.etla.fi/wp-content/uploads/ETLA-Raportit-Reports-68.pdf> (zuletzt besucht am 13.12.17); STEPHAN D. MEYER/BENEDIKT SCHUPPLI, «Smart Contracts» und deren Einordnung in das schweizerische Vertragsrecht, recht 2017, S. 204 ff.; MAX RASKIN, The Law and Legality of Smart Contracts, 1 Geo. L. Tech. Rev. (2017), S. 305 ff.; MARIUS SPANCKEN U.A., Kryptowährungen und Smart Contracts, 2016, abrufbar unter: https://www.hb.fh-muenster.de/opus/fhms/volltexte/2016/1246/pdf/FuE_Kryptowahrungen_und_Smart_Contracts_Abschlussbericht.pdf (zuletzt besucht am 13.12.17); ALEXANDER SAVELYEV, Contract Law 2.0: «Smart» Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law, abrufbar unter: <https://wp.hse.ru/data/2016/12/14/1111743800/71LAW2016.pdf> (zuletzt besucht am 13.12.17); STEFAN THOMAS/EVAN SCHWARTZ, Smart Oracles: A Simple, Powerful Approach to Smart Contracts, GitHub, 17. Juli 2015, abrufbar unter: <https://github.com/codius/codius/wiki/Smart-Oracles:-A-Simple,-Powerful-Approach-to-Smart-Contracts> (zuletzt besucht am 13.12.17); ROLF H. WEBER, Leistungsstörungen und Rechtsdurchsetzung bei Smart Contracts, Eine Auslegeordnung möglicher Problemstellungen, in: Jusletter 4. Dezember 2017.

Vertrag ist.⁵ Dies wird jedoch in der Literatur regelmässig verneint oder zumindest relativiert.⁶ Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass der Smart Contract die Vertragserfüllung betreffe, jedoch nicht zwingend auch den Vertragsschluss manifestiere.⁷

Die folgenden Ausführungen können die erwähnte Thematik nicht in ihrer ganzen Fülle behandeln. Sie beschränken sich auf die Frage, wie sich Smart Contracts zu allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) verhalten. Smart Contracts automatisieren die Vertragsabwicklung und sind damit geeignet, eine Standardisierung der Geschäfte zu erreichen. Standardisierte Vertragsbeziehungen werden oft durch allgemeine Geschäftsbedingungen begleitet. In welcher Relation stehen diese Formulklauseln und Smart Contracts? Nach einer terminologischen Übersicht wird *erstens* untersucht, ob Smart Contracts durch die Parteien als allgemeine Geschäftsbedingungen eingesetzt werden können. Ist eine solche Verschmelzung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft überhaupt denkbar? Können AGB als Programmcode festgehalten werden? *Zweitens* befasst sich der Aufsatz mit Konstellationen, in denen dem Smart Contract durch die Parteien keine unmittelbare vertragsrechtliche Bedeutung zugewiesen wird. In welcher Weise strahlen Smart Contracts hier auf die vertragliche Vereinbarung aus? Stimmen die Parteien durch den Einbezug des Smart Contract sämtlichen Eigenschaften zu, die der Code enthält? Die Ausführungen befassen sich *drittens* mit der Frage, welche Auffangfunktionen bei Divergenzen zwischen dem Parteiwillen und dem Programmcode eingesetzt werden können. In diesem Zusammenhang wird auch erörtert, inwiefern sich die Verwendung von Smart Contracts, die durch Dritte bereitgestellt werden, auf die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien auswirkt. Nicht Gegenstand der Abhandlung bildet die Frage, ob Smart Contracts als individuell ausgehandelte Parteiabreden in den Vertrag einfließen können.⁸ Die Ausführungen beziehen sich auf das schweizerische Recht.

⁵ JANA ESSEBIER/DOMINIC A. WYSS, Von der Blockchain zu Smart Contracts, in: Jusletter 24. Dezember 2017, Rz. 31.

⁶ Verneinend KAULARTZ/HECKMANN (Fn. 4), S. 621; relativierend MEYER/SCHUPPLI (Fn. 4), S. 207 f.

⁷ KAULARTZ/HECKMANN (Fn. 4), S. 621; MEYER/SCHUPPLI (Fn. 4), S. 208; WEBER (Fn. 4), Rz. 2 f.

⁸ Zur Abgrenzung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und individuellen Vertragsklauseln vgl. ERNST A. KRAMER, in: Ernst A. Kramer u.a. (Hrsg.), Schweizerisches Recht der AGB, Bern 2016, Rz. 82 ff. (zit. Kramer/AUTOR). Zur ökonomischen Begründung der AGB-Kontrolle siehe PATRICK C. LEYENS/HANS-BERND SCHÄFER, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP 2010, S. 772 ff.

II. Terminologie

A. Smart Contract

Der Begriff des Smart Contract ist kein gefestigter Rechtsbegriff. Erstmals verbreitet wurde er durch den amerikanischen Juristen und Kryptographen NICK SZABO.⁹ Dieser formulierte die Idee, «Verträge in Software und Hardware darzustellen, so dass Leistung und Gegenleistung durch die Programmlogik vorgegeben werden».¹⁰ Dadurch sollten die Transaktionskosten gesenkt und die Rechtssicherheit für die Parteien erhöht werden.¹¹ Diese beiden Zielsetzungen können mit dem Aufkommen der Blockchain-Technologie erstmals erreicht werden.

Aus einer technologieneutralen Perspektive bezeichnen KAULARTZ/HECKMANN einen Smart Contract als Software, «die rechtlich relevante Handlungen (insbesondere einen tatsächlichen Leistungsaustausch) in Abhängigkeit von digital prüfbareren Ereignissen steuert, kontrolliert und/oder dokumentiert».¹² Andere Definitionen stützen sich direkt auf die Blockchain-Technologie ab. So bezeichnen MEYER/SCHUPPLI Smart Contracts als «digitale Programme, die sich, gestützt auf die Blockchain-Architektur, beim Eintritt gewisser Bedingungen selbst ausführen und aufgrund der dezentralen und kryptografischen Ausgestaltung der Blockchain selbstdurchsetzend und manipulationssicher sind».¹³

Bereits bei der Begriffsdefinition des Smart Contract wird die eingangs beschriebene Unklarheit über das Verhältnis zwischen Code und Vertrag deutlich. Während sich Autoren wie GLARNER/MEYER auf den technischen Aspekt des Smart Contract beziehen und diesen «als eine Sammlung von Softwarefunktionen» verstehen, die «selbstdurchsetzend und manipulationssicher sind»,¹⁴ bezeichnet ESSEBIER Smart Contracts als «sich selbst ausführende

⁹ NICK SZABO, *The Idea of Smart Contracts*, 1997, abrufbar unter: <https://archive.is/wIUOA> (zuletzt besucht am 13.12.17); DERS., *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, *First Monday* Vol. 2 No. 9, 1997, abrufbar unter: <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469> (zuletzt besucht am 13.12.17); DERS., *Smart Contracts*, 1994, abrufbar unter: <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (zuletzt aufgerufen am 13.12.17); ebenso KAULARTZ/HECKMANN (Fn. 4), S. 618; MEYER/SCHUPPLI (Fn. 4), S. 207.

¹⁰ KAULARTZ/HECKMANN (Fn. 4), S. 618.

¹¹ ESSEBIER/WYSS (Fn. 5), Rz. 35; KAULARTZ/HECKMANN (Fn. 4), S. 618.

¹² KAULARTZ/HECKMANN (Fn. 4), S. 618.

¹³ MEYER/SCHUPPLI (Fn. 4), S. 208.

¹⁴ ANDREAS GLARNER/STEPHAN D. MEYER, *Smart Contracts in Escrow-Verhältnissen*, in: *Jusletter* 4. Dezember 2017, Rz. 18. Vgl. auch FELIX GANTNER, «Code is Law»

oder selbst vollziehende Verträge, die in einer Blockchain gespeichert und repliziert werden können»¹⁵ und richtet damit ihre Definition am Vertragscharakter der Applikationen aus.¹⁶

Im folgenden Beitrag wird ein Smart Contract in Übereinstimmung mit WEBER als Technologie verstanden, die «dem realen Leistungsaustausch von digital referenzierten Gütern» dient.¹⁷ Mit diesem Begriffsverständnis wird zum einen eine technologieneutrale Definition angestrebt. Zwar beziehen sich die vorliegenden Ausführungen auf Smart Contracts, die auf der Blockchain aufgesetzt werden. Dies ist jedoch das Ergebnis des gegenwärtigen technologischen Standes und folgt keiner zwingenden Verknüpfung von Smart Contracts mit der Blockchain. Zum anderen wird darauf verzichtet, Smart Contracts bereits auf der Begriffsebene vertragsrechtlich zu qualifizieren. Dies nicht zuletzt deshalb, weil sich Smart Contracts in vielen Facetten präsentieren und sich ihre pauschale Einordnung mit der einzelfallbezogenen Anwendung des Vertragsrechts nur schwer vereinbaren lässt.

B. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Der Einbezug von allgemeinen Geschäftsbedingungen in Verträge ist kein neues Phänomen. Allgemeine Geschäftsbedingungen werden vielmehr immer dann verwendet, wenn eine Vertragspartei zahlreiche gleichartige Verträge abschliesst und deshalb die entsprechenden Bedingungen einseitig vorformuliert.¹⁸ Trotz ihres hohen Standardisierungsgrads sind AGB keine generell-abstrakten Normen, sondern bilden einen Bestandteil der Parteivereinbarung.¹⁹ Sie werden erst dann zum Vertragsinhalt, wenn sie durch den Konsens der Parteien abgedeckt sind.²⁰ Allgemeine Geschäftsbedingungen können somit als Vertragsbestimmungen umschrieben werden, «die im Hinblick auf

aber «Is Law Code»?; in: Jusletter IT 22. Februar 2018, Ziff. 2.4.; MEYER/SCHUPPLI (Fn. 4), S. 208.

¹⁵ ESSEBIER/WYSS (Fn. 5), Rz. 31.

¹⁶ Ähnlich bereits CLACK U.A. (Fn. 4), S. 2.

¹⁷ WEBER (Fn. 4), Rz. 2.

¹⁸ Zur faktischen Relevanz von AGB vgl. Kramer/KRAMER (Fn. 8), Rz. 1. Zum Fehlen von Verhandlungsspielraum als Definitionsmerkmal vgl. INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016, Rz. 44.01; Kramer/PROBST (Fn. 8), Rz. 73.

¹⁹ Siehe statt vieler Kramer/KRAMER (Fn. 8), Rz. 3; ALFRED KOLLER, AGB-Recht, AJP 2016, S. 281 f.; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 45.01.

²⁰ PETER GAUCH U.A., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I und II, 10. A., Zürich 2014, Rz. 1124; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 614; KOLLER (Fn. 19), S. 282; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 45.01.

eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten <Typs> generell vorformuliert wurden».²¹

Der Einsatz von AGB führt dazu, dass die marktmächtigere Partei der Gegenseite einseitig Vertragskonditionen auferlegt, die erheblich vom dispositiven Gesetzesrecht abweichen können.²² Um Klauseln zu vermeiden, welche die Gegenpartei übermässig benachteiligen, kennt das schweizerische Recht die Instrumente der AGB-Kontrolle: Im Rahmen der *Konsenskontrolle* wird zunächst geprüft, ob die AGB effektiv in den Vertrag übernommen worden sind.²³ Dabei ist individuellen Abreden stets Vorrang zu geben.²⁴ Weiter gelten gemäss der Ungewöhnlichkeitsregel jene Klauseln nicht, «mit denen eine Partei nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses vernünftigerweise auch nicht rechnen musste».²⁵ Unter der *Auslegungskontrolle* wird untersucht, wie die AGB durch die Parteien verstanden werden.²⁶ Die Auslegung erfolgt dabei gestützt auf den konkreten Vertragsabschluss.²⁷ Die *Inhaltskontrolle* befasst sich mit dem Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Neben den allgemeinen Kontrollmechanismen von Art. 19 und 20 OR²⁸ umfasst sie auch die Prüfung nach Art. 8 UWG.²⁹ Gemäss dieser Norm sind Klauseln von Konsumentenverträgen nichtig,³⁰ wenn sie «ein erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten vorsehen»,³¹ dieses Missverhältnis ungerechtfertigt ist und sich «in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten» auswirkt.³²

²¹ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1117. Vgl. auch Urteil BGer 4P.135/2002 vom 28.11.2002 E. 3.1; BGer 4C.282/2003 vom 15.12.2003 E. 3.1. Ähnlich auch HUGUENIN (Fn. 20), Rz. 605; Kramer/PROBST (Fn. 8), Rz. 73.

²² OLIVER FRITSCHI, in: Peter Münch u.a. (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, 3. A., Basel 2017, S. 44 Rz. 6 (zit. Münch/BEARBEITER). Ebenso GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1121b; KOLLER (Fn. 19), S. 281; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 44.02.

²³ Kramer/PERRIG (Fn. 8), Rz. 109 f.; GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1128.

²⁴ Kramer/PERRIG (Fn. 8), Rz. 245; GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1131; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 45.09.

²⁵ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1136. Vgl. auch SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 45.07.

²⁶ Kramer/PERRIG (Fn. 8), Rz. 235; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 45.08.

²⁷ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1144; Kramer/PERRIG (Fn. 8), Rz. 236.

²⁸ Münch/FRITSCHI (Fn. 22), S. 49 Rz. 25; GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1146a.

²⁹ Münch/FRITSCHI (Fn. 22), S. 50 Rz. 27 ff.; GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1146b, 1150 ff.

³⁰ Zur Nichtigkeitsfolge vgl. GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1155; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 46.05.

³¹ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1153. Vgl. auch SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 46.04a.

³² Art. 8 UWG. Zu den verschiedenen Kriterien vgl. THOMAS KOLLER, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP 2014, S. 27 ff.

C. Fazit

Die vorangehenden Ausführungen zur Terminologie lassen das Verhältnis zwischen Smart Contracts und allgemeinen Geschäftsbedingungen zunächst unproblematisch erscheinen: Während allgemeine Geschäftsbedingungen das Verpflichtungsgeschäft betreffen, unterstützen Smart Contracts die Erfüllung des abgeschlossenen Vertrags. Bei näherer Betrachtung wird jedoch klar, dass sich der Einsatz von Smart Contracts auch auf das Verpflichtungsgeschäft auswirken kann.³³ Mit der Vereinbarung, einen bestimmten Smart Contract für die Vertragserfüllung heranzuziehen, manifestieren die Parteien unter Umständen ihren Willen, die Bedingungen des Smart Contract in ihren Vertrag zu implementieren. Im Folgenden wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen eine solche Auswirkung des Programmcodes auf den ihm zugrundeliegenden Vertrag stattfindet.

III. Smart Contracts als AGB

A. Ausgangslage

Die Vertragsparteien können einen Smart Contract auf unterschiedliche Weise in ihren Vertrag einschliessen. Im Extremfall kann die eine Vertragspartei ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen in einer Programmiersprache verfassen. Die AGB treten somit bereits in ihrer ursprünglichen Fassung als Code in Erscheinung.³⁴ Daneben können sich die Vertragsparteien auch in herkömmlichen AGB darauf einigen, dass der Smart Contract zum Vertragsbestandteil werden soll. Beide Konstellationen führen zu ähnlichen Fragen. Zu klären ist insbesondere, wie der Smart Contract vom Konsens der Vertragsparteien abgedeckt werden kann, ob AGB in der Form von Code verfasst werden können und inwiefern die Inhalte von Smart Contracts durch gesetzliche Regelungen beschränkt werden. Die Ausführungen zielen dabei auf Konstellationen, in denen zwei oder mehr einander bekannte Vertragsparteien vorliegen. Nicht behandelt werden Smart Contracts, bei denen nur eine Vertragspartei erkennbar ist.³⁵

³³ So auch WEBER (Fn. 4), Rz. 2 f.; KAULARTZ/HECKMANN (Fn. 4), S. 621.

³⁴ Zu den entsprechenden Möglichkeiten vgl. GLARNER/MEYER (Fn. 14), Rz. 17; CLACK U.A. (Fn. 4), S. 2; JOSH STARK, Making sense of blockchain smart contracts, 2016, abrufbar unter: <http://www.coindesk.com/making-sense-smart-contracts> (zuletzt besucht am 20.12.17). Zur Codierung von Rechtstexten vgl. auch PETER EBENHOCH/FELIX GANTNER, Smart Contexts for Smart Contracts, Legal Programming für valide Blockchain-Verträge, in: Jusletter IT 22. Februar 2018.

³⁵ GLARNER/MEYER (Fn. 14), Rz. 31.

B. Konsens

Allgemeine Geschäftsbedingungen entfalten ihre Wirkung nur dann, wenn sie durch die Parteien in den Vertrag übernommen werden.³⁶ Damit ein Smart Contract als AGB Teil des Verpflichtungsgeschäfts wird, muss er somit vom Konsens der Parteien getragen werden. Davon ist nicht leichthin auszugehen. Enthält die Vereinbarung der Parteien keinen ausdrücklichen Hinweis, sind Smart Contracts nur als Hilfsmittel für die Vertragserfüllung, nicht jedoch als Bestandteil der vertraglichen Vereinbarung anzusehen.³⁷ Selbst wenn die Vertragsbedingungen den Programmcode des Smart Contract als Vertragsbestandteil bezeichnen, führt dies nicht immer dazu, dass der Code effektiv in den Vertrag einfließt. Wurden entsprechende Klauseln etwa nur global übernommen, dürften sie regelmässig objektiv und subjektiv ungewöhnlich sein.³⁸ Als Folge davon bilden weder sie selbst noch der Smart Contract einen Teil des Verpflichtungsgeschäfts.

Der Programmcode eines Smart Contract wird schliesslich nur Vertragsbestandteil, wenn er die Anforderungen der Konsenskontrolle von AGB erfüllt. Mit der Konsenskontrolle soll sichergestellt werden, «dass AGB bloss durch rechtsgeschäftliche Übernahme in ein Vertragsverhältnis Geltung erlangen».³⁹ Voraussetzung für eine Übernahme ist insbesondere, dass die Gegenpartei auf die AGB hingewiesen wurde und die Möglichkeit hat, in zumutbarer Weise von den Bedingungen Kenntnis zu erhalten.⁴⁰ Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen lesbar und verständlich sein.⁴¹

Diese Anforderungen sind im Hinblick auf die konkrete Situation auszulegen, unter welcher der Smart Contract in die Parteivereinbarung aufgenommen wird.⁴² Im Grundsatz erscheint es aber durchaus zulässig, allgemeine Geschäftsbedingungen in der Form eines Programmcodes zu statuieren. Aller-

³⁶ Vgl. dazu oben, Abschnitt II.B.

³⁷ Vgl. dazu unten, Abschnitt IV.

³⁸ Zu den Voraussetzungen der Ungewöhnlichkeitsregel vgl. GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1136 ff.

³⁹ Kramer/PERRIG (Fn. 8), Rz. 109.

⁴⁰ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1134; Kramer/PERRIG (Fn. 8), Rz. 117. Vgl. auch BGE 139 III 345 E. 4.3 S. 349.

⁴¹ ERNST A. KRAMER, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Band VI/1/1, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern 1986, Art. 1 N 207. Ebenso HUGUENIN (Fn. 20), Rz. 617; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 45.03.

⁴² Insbesondere sind für AGB, die in Geschäftsbeziehungen eingesetzt werden, niedrigere Anforderungen zu statuieren als für AGB, die in Konsumentenverträgen eingesetzt werden vgl. dazu Kramer/PROBST (Fn. 8), Rz. 95; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 45.05.

dings müssen beide Parteien die Bedingungen vor Vertragsschluss vollumfänglich einsehen können. Dies bedeutet zum einen, dass sie Zugang zum vollständigen Code erhalten.⁴³ Zum anderen muss es für sie zumutbar sein, die verwendete Programmiersprache zu verstehen.⁴⁴ Davon ist nur zurückhaltend auszugehen. Auch bei einem ausdrücklichen Einbezug des Smart Contract in die Vertragsvereinbarung sind die Parteien nicht ohne weiteres in der Lage, dessen Code zu lesen. Vielmehr verlassen sie sich auf die Beschreibung des Codes in den Begleitdokumenten.⁴⁵ Ist zumindest eine der Parteien nicht in der Lage, den Code zu lesen, dann muss sie gültig auf die Möglichkeit verzichtet haben, von den allgemeinen Geschäftsbedingungen vor Vertragsschluss in verständlicher Weise Kenntnis zu nehmen.⁴⁶ Global übernommene Smart Contracts sind schliesslich nach der Ungewöhnlichkeitsregel zu überprüfen.⁴⁷ Musste eine Partei nicht mit einem bestimmten Vertragsinhalt rechnen, werden die fraglichen Klauseln nicht Vertragsinhalt.⁴⁸ In dieser Hinsicht unterscheiden sich Smart Contracts nicht von gewöhnlichen AGB.

C. Form

Smart Contracts gehen nur dann gültig in die Parteivereinbarung ein, wenn sie die gesetzlichen und vertraglichen Formvorschriften für den in Frage ste-

⁴³ Zum Verzicht auf die Kenntnisnahme vgl. ROMAN PERRIG, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice, Diss. Basel, Basel 2011, S. 276 ff.

⁴⁴ Zur sprachlichen Verständlichkeit vgl. PERRIG (Fn. 43), S. 248 f. Zum Sprachenrisiko siehe PERRIG (Fn. 43), S. 250 ff.

⁴⁵ Zur Rolle von sog. Whitepapers siehe ELEONOR GYR, Dezentrale Autonome Organisation DAO, Eine juristische Betrachtungsweise, in: Jusletter 4. Dezember 2017, Rz. 18 Fn. 42.

⁴⁶ Zum Verzicht auf die Verständlichkeit vgl. PERRIG (Fn. 43), S. 272. Das Einverständnis zum Einbezug des Smart Contract kann nur dann als Verzicht auf die Verständlichkeit seines Inhalts gedeutet werden, wenn der Partei im Zeitpunkt des Vertragseinbezugs klar ist, dass sie mit ihrer Zustimmung auf eine für sie lesbare Fassung des Regelwerks verzichtet. So auch MICHAEL KLING, Sprachenrisiken im Privatrechtsverkehr, die wertende Verteilung sprachenbedingter Verständnisrisiken im Vertragsrecht, Tübingen 2008, S. 521 f.; PERRIG (Fn. 43), S. 266 f. Ähnlich WEBER (Fn. 4), Rz. 10 f., nach welchem bei Smart Contracts argumentiert werden müsste «die Anfechtung erweise sich als unzulässig, weil beide Parteien die Unkenntnis der linguistischen Sprachfassung des Vertrages bewusst in Kauf genommen hätten».

⁴⁷ Zur globalen Übernahme von AGB vgl. HUGUENIN (Fn. 20), Rz. 618; Urteil BGer 4C.282/2003 vom 15.12.2003 E. 3.1.

⁴⁸ Zur Ungewöhnlichkeitsregel im Allgemeinen siehe GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1136. Zur Rolle der Ungewöhnlichkeitsregel bei Smart Contracts im deutschen Recht vgl. KAULARTZ/HECKMANN (Fn. 4), S. 622.

henden Vertragstyp berücksichtigen.⁴⁹ Zusätzlich bestehen vereinzelt besondere Anforderungen an die Form von standardisierten Verträgen. So verlangt Art. 4 Abs. 1 PauRG,⁵⁰ dass der Reiseveranstalter «dem Konsumenten vor Vertragsschluss alle Vertragsbedingungen schriftlich mitteilen» muss.⁵¹ Diese Voraussetzungen sind auch bei einem Smart Contract zu berücksichtigen, falls er Vertragsbestandteil werden soll.

Fehlen gesetzliche oder vertragliche Formvorbehalte, sind die Parteien bei der Ausgestaltung ihrer Verträge weitgehend frei.⁵² Insbesondere können die Erklärungen zum Vertragsabschluss ausdrücklich oder stillschweigend⁵³ sowie mündlich oder schriftlich erfolgen.⁵⁴ Unabhängig davon müssen die Willenserklärungen, die zum Vertragsschluss führen, aber stets den Geschäftswillen des Erklärenden übermitteln.⁵⁵ Dies ist nur dann gegeben, wenn sich dem Empfänger dieser Wille gestützt auf das Vertrauensprinzip aus der Erklärung ergibt.⁵⁶ Eine indirekte formelle Anforderung ergibt sich für AGB schliesslich aus den Regeln der Konsenskontrolle.⁵⁷ Damit vorformulierte Klauseln zum Vertragsbestandteil werden, muss die Gegenpartei die Möglichkeit haben, «sich von deren Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen».⁵⁸ Vorformulierte Vertragsklauseln werden deshalb regelmässig auf einem Schriftstück festgehalten oder der Gegenpartei elektronisch übermittelt.⁵⁹ Die rein mündliche Formulierung von AGB ist in Übereinstimmung mit Kramer/PROBST dagegen abzulehnen.⁶⁰ Die Dokumentation hat aber nicht dem Schriftlichkeitserfordernis von Art. 12 ff. OR zu genügen. Das Festhalten des Codes auf der Blockchain dürfte somit regelmässig genügen, um den formellen Anforderungen der Konsenskontrolle Rechnung zu tragen.⁶¹

⁴⁹ Zur Anwendbarkeit der Formvorschriften auf AGB vgl. PERRIG (Fn. 43), S. 273.

⁵⁰ Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993, SR 944.3.

⁵¹ Zu den Ausnahmen vgl. Art. 4 Abs. 2 PauRG. Siehe auch HUGUENIN (Fn. 20), Rz. 616.

⁵² HUGUENIN (Fn. 20), Rz. 337; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 31.01.

⁵³ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 188 f.; HUGUENIN (Fn. 20), Rz. 172 ff.; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 27.08.

⁵⁴ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 183.

⁵⁵ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 170; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 27.01; CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT/EUGEN BUCHER, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. A., Basel 2015, Art. 1 N 29 f.

⁵⁶ HUGUENIN (Fn. 20), Rz. 190 ff.; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 27.40 ff.

⁵⁷ Vgl. oben, Abschnitt III.B. Zum Verhältnis zwischen Konsenskontrolle und Formvorschriften vgl. PERRIG (Fn. 43), S. 273 ff.

⁵⁸ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1134.

⁵⁹ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1135a, 1135c.

⁶⁰ Kramer/PROBST (Fn. 8), Rz. 75.

⁶¹ So soll auch die Zustellung einer Audiofassung gemäss PERRIG (Fn. 43), S. 364, unter gewissen Voraussetzungen ausreichen.

D. Inhalt

Das Verständnis eines Smart Contract richtet sich nach den allgemeinen Regeln über die *Auslegung von Verträgen*.⁶² Die Vertragsinhalte sind insbesondere nach Treu und Glauben auszulegen.⁶³ Gemäss der für AGB geltenden Unklarheitsregel sind unklare Klauseln zudem «im Zweifel zu Lasten des Verfassers» zu verstehen.⁶⁴ Diese Grundsätze finden auch auf Smart Contracts Anwendung; sie vermögen allerdings nur eine geringe Wirkung zu entfalten. Programmcodes lassen kaum Raum für eine Auslegung im juristischen Sinne.⁶⁵ Eine eigentliche Auslegung kann höchstens dann greifen, wenn sich aus der Darstellung des Codes nicht klar erschliessen lässt, welchen Befehl der Smart Contract ausführen wird. Bestehen Divergenzen zwischen dem Code und weiteren Vertragsdokumenten, dürfte dies aber regelmässig dazu führen, dass die Regeln des Codes in rechtlicher Hinsicht hinter die Inhalte von Dokumenten in herkömmlicher Sprache zurücktreten.

Bei der *inhaltlichen Prüfung i.e.S.* stellen sich für Smart Contracts grundsätzlich keine Besonderheiten. Wie bei herkömmlichen Verträgen wird ihr Inhalt an den Inhaltsschranken von Art. 19 ff. OR gemessen. Danach sind die Parteien bei der Formulierung des Vertragsinhalts frei, solange das Vereinbarte nicht unmöglich, widerrechtlich oder sittenwidrig ist.⁶⁶ Zusätzlich greifen die besonderen Prüfschritte der AGB-spezifischen Inhaltskontrolle.⁶⁷ Ob ein bestimmter Smart Contract diesen Regeln zuwiderläuft, lässt sich nicht abstrakt beurteilen.

E. Fazit

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass Smart Contracts unter bestimmten Voraussetzungen als allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert werden können. In diesen Fällen enthält der Programmcode Elemente des Verpflichtungsgeschäfts. Daneben wird mit der Ausführung des Codes aber auch in die Vertragserfüllung eingegriffen. So kann die Lieferung und Bezahlung von Waren durch einen Smart Contract ausgelöst werden, sobald

⁶² HUGUENIN (Fn. 20), Rz. 627.

⁶³ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1224; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 33.06. Zu den vertraglichen Auslegungsmitteln und -regeln vgl. GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1204 ff.

⁶⁴ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1144. Ebenso SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 45.10.

⁶⁵ ESSEBIER/WYSS (Fn. 5), Rz. 37; KAULARTZ (Fn. 4), S. 206; WEBER (Fn. 4), Rz. 18.

⁶⁶ HUGUENIN (Fn. 20), Rz. 392 ff.; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 32.02 ff.

⁶⁷ Vgl. oben, Abschnitt II.B.

ein bestimmtes Ereignis an die Blockchain übermittelt worden ist.⁶⁸ Der Smart Contract wirkt somit nicht nur auf das Verpflichtungsgeschäft, sondern auch auf das Verfügungsgeschäft ein.

Die Annäherung zwischen Verpflichtung und Verfügung erscheint grundsätzlich unproblematisch. Zwar gehen traditionelle Konzepte von einer rein darstellenden Funktion des schuldrechtlichen Vertrags aus. Während sich ein Verpflichtungsgeschäft auf die künftige Leistung bezieht, ändert das Verfügungsgeschäft «unmittelbar, endgültig und zu Gunsten eines anderen den Bestand oder Inhalt eines Rechts, das einem Erklärenden zusteht».⁶⁹ Mit der Einigung auf einen bestimmten Vertragsinhalt wird die Erfüllung somit erst verbal vorbereitet,⁷⁰ aber noch nicht initiiert. Diese klare Abgrenzung wird mit der Einführung von Smart Contracts zumindest partiell aufgehoben. Der Computercode dient gleichzeitig als Vertragstext und als Vehikel für die Vertragserfüllung. Unabhängig davon kann aus einer rechtlichen Perspektive aber nach wie vor zwischen den Ebenen des Verpflichtungs- bzw. Verfügungsgeschäfts unterschieden werden. Mit dem Einbezug des Smart Contract in die Vertragsdokumentation verpflichten sich die Parteien zunächst nur, den Programmcode als Vertragsinhalt anzuerkennen. Erst anlässlich der Durchführung des Codes findet die eigentliche Erfüllung des abgeschlossenen Vertrags statt. Der Smart Contract nimmt somit in der Vertragsbeziehung rechtlich gesehen zwei völlig unterschiedliche Funktionen wahr und bewirkt nur in praktischer, nicht jedoch in rechtlicher Hinsicht eine Verschmelzung von Vertragsschluss und -erfüllung. An diesem Ergebnis vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Parteien nach dem Vertragsschluss nicht mehr auf den Erfüllungsvorgang einwirken können. Ähnliche Automatismen gibt es seit langem, etwa beim Bezug von Gegenständen aus einem Warenautomaten⁷¹ oder beim kostenpflichtigen Download von Musik oder Text.⁷²

⁶⁸ Z.B. über einen Sensor. Zu Beispielen aus der Logistik vgl. GLARNER/MEYER (Fn. 14), Rz. 40 f. Für weitere Anwendungsbeispiele siehe auch KAULARTZ/HECKMANN/ (Fn. 4), S. 618.

⁶⁹ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 137.

⁷⁰ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 136; HUGUENIN (Fn. 20), Rz. 62.

⁷¹ Vgl. SZABO, Formalizing (Fn. 9), Contracts Embedded in the World; ebenso MEYER/SCHUPPLI (Fn. 4), S. 207.

⁷² MIRJAM EGGEN, eBook, myBook oder yourBook?, recht 2017, S. 109 ff.

IV. Ausstrahlungswirkung von Smart Contracts

A. Ausgangslage

Werden die Bedingungen eines Smart Contract durch die Parteien nicht als Vertragsbestandteil bezeichnet, dienen sie grundsätzlich nur der Vertragserfüllung. Die Bedeutung des Smart Contract kann dabei variieren. So können Smart Contracts *erstens* als reine Technologie in die Vertragsabwicklung einbezogen werden. Der Smart Contract wird im Verpflichtungsgeschäft diesfalls überhaupt nicht oder nur im Sinne einer technischen Spezifikation erwähnt. *Zweitens* kann argumentiert werden, der Smart Contract und seine Begleitdokumente seien als Auslegungsmittel für ein besseres Verständnis des Verpflichtungsgeschäfts heranzuziehen. Schliesslich kann ein Smart Contract *drittens* als «Gehilfe» für die Vertragserfüllung in den Parteikonsens einfließen. Die Parteien einigen sich darauf, dass der Programmcode eine oder beide Parteien bei der eigentlichen Vertragserfüllung unterstützt und dabei rechtlich relevante Funktionen übernimmt. Welche dieser Varianten im konkreten Fall einschlägig ist, muss durch die Auslegung der Parteivereinbarung bestimmt werden.

B. Smart Contract als Technologie

Bereits heute werden unzählige Verträge unter Beizug von technologischen Hilfsmitteln erfüllt. Insbesondere in BtoC-Geschäften findet die verwendete Technologie nur selten Erwähnung in der Vertragsdokumentation. Bei Vereinbarungen im BtoB-Bereich kommt es dagegen regelmässig vor, dass sich eine der Vertragsparteien zum Einsatz bestimmter Technologien verpflichtet. So können die Parteien vereinbaren, dass der Vertragsgegenstand auf einer bestimmten Technologie aufbaut oder unter Beizug einer besonderen Technik hergestellt worden ist. Ob eine Vertragspartei zum Rückgriff auf eine bestimmte Technologie verpflichtet ist, beurteilt sich somit ausschliesslich gestützt darauf, ob die Parteien eine diesbezügliche Vereinbarung getroffen haben oder nicht.

Dies verhält sich nicht anders, wenn ein Smart Contract für die Vertragserfüllung beigezogen werden soll. Vereinbaren die Parteien die Vertragsabwicklung über einen Smart Contract, so sind sie zu entsprechenden Erfüllungshandlungen verpflichtet. Findet der Smart Contract keinen Eingang in das vertragliche Pflichtenheft, so können die Parteien bei der Vertragserfüllung zwar auf die Technologie zurückgreifen, sind aber nicht dazu gezwungen. Aus datenschutzrechtlichen Gründen sind die Parteien immerhin regelmässig

verpflichtet, einander über die Ablage von Personendaten⁷³ auf der Blockchain zu informieren.⁷⁴ Dieser Hinweis allein genügt aber nicht, um die Parteien zum Bezug des erwähnten Smart Contract zu verpflichten.

C. Smart Contract als Auslegungsmittel

Vereinbaren die Parteien die Vertragserfüllung über einen Smart Contract, konkretisieren sie grundsätzlich nur die Erfüllungsmodalitäten. Einen Einfluss auf das Verpflichtungsgeschäft hat der Smart Contract nur dann, wenn sich die Parteien ausdrücklich dafür aussprechen.⁷⁵ Kann der Programmcode aber zumindest als Auslegungsmittel für den Vertrag herangezogen werden? Ohne klare Hinweise ist ein solches Vorgehen zu verneinen. Insbesondere führt die Einwilligung in den Einbezug eines Smart Contract nicht dazu, dass die Parteien von vorneherein in alles einwilligen, was der Programmcode beinhaltet.⁷⁶ Eine solche Argumentation würde dazu führen, dass der Smart Contract ein Element des Verpflichtungsgeschäfts wird. Wie oben bereits beschrieben worden ist, bedarf es dazu eines ausdrücklichen Hinweises im Vertrag.⁷⁷

Haben die Parteien aber vor dem Vertragsschluss den Programmcode oder ein Begleitdokument in herkömmlicher Sprache gelesen, kann dies durchaus einen Hinweis darauf darstellen, dass der Code für die Auslegung des Verpflichtungsgeschäfts relevant ist. Zwar ist das primäre Auslegungsmittel der Wortlaut des Vertrags.⁷⁸ Daneben sind aber auch die Umstände des konkreten Vertragsabschlusses in die Auslegung miteinzubeziehen.⁷⁹ Bedeutend ist dabei insbesondere das Verhalten der Parteien während der Vertragsverhandlungen.⁸⁰ Stützen die Parteien ihren Entschluss, einen bestimmten Vertrag abzuschliessen, auf ein Whitepaper, das den Smart Contract beschreibt, oder sogar auf den Code des Smart Contract selber, können diese Inhalte für die Vertragsauslegung herangezogen werden.⁸¹ Anders als unter Abschnitt III.

⁷³ Zum Begriff der Personendaten vgl. Art. 3 lit. a DSGVO.

⁷⁴ Zum Verhältnis zwischen Datenschutz und Blockchain MICHAEL ISLER, Datenschutz auf der Blockchain, in: Jusletter 4. Dezember 2017.

⁷⁵ Vgl. oben, Abschnitt III.B.

⁷⁶ Im Hinblick auf das Sprachenrisiko wohl a.M. WEBER (Fn. 4), Rz. 10.

⁷⁷ Vgl. oben, Abschnitt III.B.

⁷⁸ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1206; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 33.04. Siehe auch BGE 131 III 606 E. 4.2 S. 611 f.

⁷⁹ GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1212; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 33.05. Vgl. auch BGE 129 III 702 E. 2.4.1 S. 707 f.

⁸⁰ HUGUENIN (Fn. 20), Rz. 290; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 33.05.

⁸¹ Zur Verwendung von Vertragsentwürfen als Auslegungsmittel vgl. GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 1214.

werden die Unterlagen aber nicht Bestandteil des Verpflichtungsgeschäfts, sondern bilden nur Indizien, die den Parteiwillen konkretisieren.

D. Smart Contract als «Erfüllungsgehilfe»

Smart Contracts können durch die Parteien auch als eigentliche «Erfüllungsgehilfen» in die Vertragsbeziehung integriert werden. Mangels Rechtspersönlichkeit⁸² erlangen sie zwar keinen Status als Hilfspersonen im Sinne von Art. 101 OR.⁸³ Ähnlich wie eine Hilfsperson unterstützt ein Smart Contract aber eine oder beide Parteien bei der Erfüllung der vertraglich geschuldeten Pflichten. Dies kann sich auf unterschiedliche Weise im Rechtsverhältnis der Parteien niederschlagen. Insbesondere können diese vereinbaren, dass die korrekte Durchführung des Smart Contract mit der Vertragserfüllung gleichzusetzen ist. Wird der Code vereinbarungsgemäss ausgeführt, können die Parteien somit weder eine Schlecht- noch eine Nichterfüllung geltend machen. Das Ergebnis des ausgeführten Programms wird gleichsam zur Leistung «an Erfüllung statt».⁸⁴ Eine solche Vereinbarung erlangt aber nur Gültigkeit, wenn sich die Parteien klar und unmissverständlich für diese Lösung entschieden haben.

E. Fazit

Wird ein Smart Contract für die Vertragserfüllung beigezogen, kann sich dieser Umstand ganz unterschiedlich im Vertrag niederschlagen. Zum einen kann der Vertrag statuieren, dass die Parteien den Smart Contract als *Technologie* einsetzen wollen. Je nach Vertragsgestaltung bewirkt dies, dass eine oder beide Parteien zu einer Abwicklung über den Smart Contract verpflichtet sind. Zum anderen können Smart Contracts als *Auslegungsmittel* für das ihnen vorangehende Verpflichtungsgeschäft eingesetzt werden. Dieses Vorgehen ist nur zulässig, wenn sich konkrete Hinweise ergeben, dass die Parteien den Code oder relevante Begleitdokumente vor Vertragsschluss gelesen und für relevant befunden haben. Ein Smart Contract kann schliesslich als «Erfüllungsgehilfe» in den Vertrag aufgenommen werden. Insbesondere können sich die Parteien darauf einigen, dass der Vertrag als erfüllt gilt, sobald der Smart Contract korrekt ausgeführt worden ist.

⁸² GLARNER/MEYER (Fn. 14), Rz. 31.

⁸³ Zum Begriff der Hilfsperson vgl. GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 3018 f. Zur Hilfspersonenhaftung vgl. HUGUENIN (Fn. 20), Rz. 993 ff.

⁸⁴ Zur Leistung an Erfüllung statt im Allgemeinen siehe GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 2277 ff.; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 74.01 ff.

V. **Auffangfunktionen für Smart Contracts**

A. **Ausgangslage**

Jeder Smart Contract bildet das Ergebnis einer Programmierleistung. Das Schreiben eines Programmcodes kann – je nach Komplexität der geforderten Eigenschaften – eine herausfordernde Aufgabe darstellen und weist ein erhebliches Fehlerpotential auf. Zudem kann es bereits im Vorfeld der Umsetzungsleistung zu Missverständnissen zwischen dem Auftraggeber, dem Programmierer und juristischen Beratern kommen. Was geschieht nun bei einem solchen Auseinanderfallen zwischen dem rechtlich Verbindlichen und dem technisch Ausgeführten? Noch komplexer wird die Fragestellung, wenn der Smart Contract nicht von einer Vertragspartei bereitgestellt wird, sondern durch einen unabhängigen Dritten. Wem wird hier die Verantwortung für Fehler im Code zugewiesen? Und wie wirken sich die damit verbundenen Leistungsstörungen auf die Rechte und Pflichten der Parteien aus?

Die folgenden Ausführungen verzichten auf eine umfassende Darstellung der Leistungsstörungen, die beim Einsatz eines Smart Contract auftreten können.⁸⁵ Sie befassen sich vielmehr mit der Frage, wie Leistungsstörungen, die sich unter einem Smart Contract ereignen, antizipiert und bewältigt werden können. Weiter wird skizziert, welche vertraglichen Vorkehrungen zu treffen sind, wenn der Smart Contract nicht durch eine Vertragspartei, sondern durch einen Dritten zur Verfügung gestellt wird.

B. **Leistungsstörungen**

Die Vertragsabwicklung über einen Smart Contract vermag das Auftreten von Leistungsstörungen nicht zu verhindern. Die Automatisierung der Vertragserfüllung und die Unveränderbarkeit des Codes führen aber dazu, dass das obligationenrechtliche Leistungsstörungsrecht an seine Grenzen stösst.⁸⁶ Mit einer sorgfältigen Programmierung des Codes⁸⁷ und durch ausgiebiges Testen⁸⁸ lässt sich zwar ein Teil der möglichen Leistungsstörungen abfedern. Auch mit diesen Massnahmen kann aber ein Abweichen des Codes vom Vertragsinhalt nie vollständig ausgeschlossen werden. Leistungsstörungen können somit nur wirksam antizipiert werden, wenn sich die Parteien bereits im Verpflichtungsgeschäft auf einen Streitbeilegungsmechanismus einigen. Ein solcher

⁸⁵ Vgl. dazu vertieft WEBER (Fn. 4), Rz. 16 ff.

⁸⁶ Ebenso bereits WEBER (Fn. 4), Rz. 17.

⁸⁷ Zu Programmierfehlern vgl. KAULARTZ/HECKMANN (Fn. 4), S. 623 f.

⁸⁸ WEBER (Fn. 4), Rz. 27.

kann darin bestehen, dass einem Dritten die Eingriffsmöglichkeit in den Code gestattet wird.⁸⁹ Diese Zuständigkeit zur Streitschlichtung ist direkt in den Code des Smart Contract aufzunehmen.⁹⁰ Wird der Programmcode zum Vertragsbestandteil, sind grundsätzlich keine weiteren Vorkehrungen erforderlich.⁹¹ In sämtlichen übrigen Fällen muss die Streitschlichtungsklausel jedoch zusätzlich in einer Vertragsklausel in herkömmlicher Sprache festgehalten und übernommen werden. Handelt es sich dabei um AGB, muss die Klausel die Anforderungen der AGB-Kontrolle für Schiedsklauseln erfüllen.⁹² Dies bedeutet insbesondere, dass die Bestimmung im Vertragskontext weder objektiv noch subjektiv ungewöhnlich sein darf.⁹³

Treten Leistungsstörungen auf, ist eine rasche Lösungsfindung im soeben umschriebenen Sinne zentral. Neben der Fehlerbehebung muss aber auch geklärt werden, wer die Verantwortung für die Schlecht- oder Nichterfüllung zu tragen hat. Der Umstand, dass die Vertragspflichten zumindest teilweise mit Hilfe eines Computerprogramms erfüllt werden sollen, ändert grundsätzlich nichts an den Verantwortlichkeiten der Parteien. Wird der Smart Contract jedoch durch eine der Parteien zur Verfügung gestellt, soll diese auch die Verantwortung für das Funktionieren des Programms tragen. Fehler im Code dürfen diesfalls keinen Nachteil bei der Gegenpartei hervorrufen. Zudem soll sich die einbringende Partei nicht leicht von ihrer Verantwortung für das Funktionieren des Smart Contract befreien können. Mangels einer direkten Anwendbarkeit der Haftungsregel von Art. 101 OR erscheint es vorteilhaft, eine entsprechende Zurechnung vertraglich zu regeln. Insbesondere soll die einbringende Partei bei einer mangelhaften Leistungserbringung so behandelt werden, wie wenn sie den Vertrag selbst – d.h. ohne den Einbezug eines Smart Contract – erfüllt hätte.⁹⁴

C. Smart Contract von Dritten

Wird der Smart Contract nicht durch eine der Vertragsparteien, sondern durch einen Dritten bereitgestellt, sind bei Leistungsstörungen zwei verschiedene Dimensionen zu beachten:

⁸⁹ Zur programmierten Schiedsstelle vgl. WEBER (Fn. 4), Rz. 42 ff.; KAULARTZ/HECKMANN (Fn. 4), S. 624.

⁹⁰ KAULARTZ/HECKMANN (Fn. 4), S. 624; KAULARTZ (Fn. 4), S. 206.

⁹¹ Vgl. dazu oben, Abschnitt III.B.

⁹² Zur AGB-Kontrolle bei Schiedsklauseln vgl. Kramer/PERRIG (Fn. 8), Rz. 213 ff.

⁹³ Vgl. zur Ungewöhnlichkeitsregel HUGUENIN (Fn. 20), Rz. 619 ff.

⁹⁴ Zur hypothetischen Vorwerfbarkeit nach Art. 101 OR vgl. GAUCH U.A. (Fn. 20), Rz. 3039 ff. Zu einer analogen Anwendbarkeit von Art. 101 OR auf fehlerhafte Orakel vgl. WEBER (Fn. 4), Rz. 36.

Zum einen kann sich der Einbezug des Dritten auf die *Vertragsbeziehung zwischen den Parteien des Smart Contract* auswirken. Leistungsstörungen sind auch hier mit den in Abschnitt B umschriebenen Massnahmen abzufordern. Daneben ist zu untersuchen, ob der Dritte einer der Parteien als Erfüllungsgehilfe zuzuordnen ist.⁹⁵ Ist dies zu bejahen, so sind dessen Handlungen der fraglichen Partei über Art. 101 i.V.m. Art. 97 OR zuzurechnen.

Divergenzen zwischen der vereinbarten Erfüllung und dem Programmcode wirken sich zum anderen auf das *Verhältnis zwischen dem Dritten und den Vertragsparteien des Smart Contract* aus. Die Rechtsnatur einer Vereinbarung über die zeitlich beschränkte Nutzungsüberlassung von Software – vorliegend des Smart Contract – gegen Entgelt ist umstritten. Während der Vertrag in Deutschland höchstrichterlich als Mietvertrag qualifiziert worden ist,⁹⁶ vertritt die wohl überwiegende schweizerische Lehre eine Einordnung als Innominatvertrag.⁹⁷ Gestützt darauf soll das Vertragsverhältnis nach einigen Lehrmeinungen analog zum Mietrecht behandelt werden.⁹⁸ Andere Lehrmeinungen unterstützen eine Qualifikation als Lizenzvertrag⁹⁹ bzw. als «Innominatvertrag mit Elementen der Miete, des Lizenzrechts und des Werkvertrags»¹⁰⁰ sowie des Auftrags.¹⁰¹ Nach der vorliegenden Auffassung ist die Vereinbarung als Innominatvertrag zu behandeln. Aus dieser Qualifikation

⁹⁵ Zur Definition des Erfüllungsgehilfen bzw. der Hilfsperson vgl. HUGUENIN (Fn. 20), Rz. 996 ff.

⁹⁶ Urteil BGH XII ZR 120/04 vom 15.11.2006, Rz. 15. M.w.H. JOCHEN MARLY, Praxishandbuch Softwarerecht, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 6. A., München 2014, Rz. 752.

⁹⁷ GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, 2. A., Bern 2014, Rz. 2438.

⁹⁸ FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 97), Rz. 2438; BERNHARD HEUSLER/ROLAND MATHYS, IT-Vertragsrecht, Praxisorientierte Vertragsgestaltung in der Informationstechnologie, Zürich 2004, S. 49; DIETER HEPP u.A., in: Hanns Ullrich/Mathias Lejeune (Hrsg.), Der internationale Softwarevertrag nach deutschem und ausländischem Recht, 2. A., Frankfurt a.M. 2006, Rz. 1616; Münch/PASSADELIS (Fn. 22), S. 1966 f. Rz. 0.3; CHRISTIAN M. IMHOF, Der ASP-Vertrag, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 246 f. Jedenfalls eine direkte Anwendbarkeit ablehnend WOLFGANG STRAUB, Verantwortung für Informationstechnologie, Gewährleistung, Haftung und Verantwortlichkeitsansprüche, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 335.

⁹⁹ FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 97), Rz. 2438. M.w.H. MATHIS BERGER, ASP: Ein neues Geschäftsmodell als Herausforderung für das Recht?, sic! 2002, S. 674.

¹⁰⁰ FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 97), Rz. 2438. M.w.H. ERNST A. KRAMER, Haftung für IT-Dienstleistungen, Privatautonome Risikosteuerung und rechtliche Rahmenordnung bei komplexen Langzeitverträgen, in: Thomas Sutter-Somm u.a. (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Basel 2004, S. 121; MICHEL JACCARD, Les contrats de fourniture de service d'application (Application Service Providing), in: Laure Dallèves/Raphaël Bagnoud (Hrsg.), Internet 2005, Lausanne 2005, S. 166; FLORIAN S. JÖRG, Application Service Providing-Vertrag, in: Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Internet-Recht und IT-Verträge, 5. Tagungsband, Bern 2005, S. 305.

¹⁰¹ FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 97), Rz. 2439.

können aber nur sehr eingeschränkt Rückschlüsse auf die Rechte und Pflichten der Parteien gezogen werden. Diese gehen erst aus dem konkreten Vertragsverhältnis hervor.¹⁰²

Unabhängig von der Vertragsqualifikation dürften eigentliche Programmierfehler im Code kaum je als vom Parteikonsens abgedeckt gelten. Haben die Vertragsparteien daher mit dem Anbieter des Smart Contract eine vertragliche Vereinbarung über die Nutzung des Codes getroffen, können sie bei Programmierfehlern somit grundsätzlich auf diesen zurückgreifen. Die einzelfallbezogene Einordnung der Beziehung zwischen dem Anbieter und den Verwendern eines Smart Contract führt aber dazu, dass die Parteien den Massstab einer Haftung *ex ante* nur schwer abschätzen können. Es erscheint deshalb ratsam, das Pflichtenheft und den Sorgfaltsmassstab des Dritten bereits beim Vertragsschluss klar festzulegen. Die entsprechenden Regeln können in herkömmlicher Sprache formuliert und auf der Blockchain abgelegt werden.

D. Fazit

Smart Contracts bestehen aus Computercodes. Ihre Funktionsweise ist somit vorhersehbar. Diese Eigenschaft wird regelmässig als grosser Vorteil der Smart Contracts gegenüber herkömmlichen Verträgen angepriesen. Die Eigenschaft wirkt sich jedoch dann nachteilig auf die Parteibeziehung aus, wenn die Programmierung des Codes oder bereits die Formulierung des Parteiwillens fehlerhaft ist. In diesen Konstellationen wird die Unabänderbarkeit der programmierten Abläufe zur Hypothek: Eine oder beide der Parteien sind mit dem Ergebnis, das der Smart Contract produziert, nicht einverstanden. Eine gerichtliche Auseinandersetzung ist für die Parteien unsicher, kostspielig und zeitintensiv. Um mögliche Leistungsstörungen erfolgreich abzufedern, sind im Wesentlichen drei Massnahmen erforderlich: *Erstens* müssen Smart Contracts vor deren Einsatz sorgfältig konzipiert und getestet werden. *Zweitens* benötigt der Smart Contract Lösungsmechanismen für Programmierfehler und andere Leistungsstörungen. In klaren Fällen kann eine automatisierte Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses in den Code des Smart Contract programmiert werden. Für komplexere Tatbestände ist eine Schnittstelle zu einer unabhängigen Schiedsstelle einzupflegen. Ihre Rolle und Kompetenzen sind vertraglich festzulegen. Zusätzlich ist vertraglich zu klären, wer die Verantwortung für die Fehler tragen soll. Wird der Smart Contract von einem Dritten bereitgestellt, ist schliesslich *drittens* das Verhältnis zwischen diesem Dritten und den Vertragsparteien des Smart Contract zu klären. Insbesondere

¹⁰² So generell für ASP-Verträge bereits FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 97), Rz. 2439.

ist zu regeln, für welche Leistungsstörungen der Dritte Verantwortung zu übernehmen hat.

VI. Ergebnis

Die vorangehenden Erläuterungen führen zum folgenden Ergebnis: Werden Smart Contracts in eine Vertragsbeziehung eingebunden, ist stets zwischen der Ebene des Verpflichtungsgeschäfts und jener der Vertragserfüllung zu unterscheiden. Während allgemeine Geschäftsbedingungen die vertraglichen Pflichten der Parteien betreffen, übernimmt der Smart Contract einen Teil der Vertragserfüllung. Diese klare Trennung wird nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen durchbrochen. In diesen Fällen übersteigt der Smart Contract seine Rolle als blossen Erfüllungsmechanismus und wirkt zusätzlich auch auf das Verpflichtungsgeschäft ein.

Denkbar ist eine solche Annäherung zwischen Verpflichtung und Verfügung, wenn eine der Vertragsparteien den Smart Contract als Vertragsinhalt vorlegt. Stimmt die Gegenpartei den vorformulierten Klauseln zu und sind auch die weiteren Voraussetzungen eines wirksamen Einbezugs erfüllt, wird der Programmcode zum Bestandteil der Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien. Die vollständige Integration des Smart Contract in das Verpflichtungsgeschäft dürfte allerdings die Ausnahme bleiben. Im Regelfall werden sich die Parteien auf die Vertragsabwicklung über einen Smart Contract einigen, ohne dessen Code in das Verpflichtungsgeschäft zu übernehmen. In diesen Fällen kann der Inhalt des Programmcodes somit höchstens auf die vereinbarten Rechte und Pflichten der Parteien ausstrahlen, indem etwa für die Definition der Erfüllungsmodalitäten oder die weitere Vertragsauslegung auf den Code zurückgegriffen wird.

Die Automatisierung der Vertragsabwicklung über einen Smart Contract vermag das Vertrauen der Parteien in die gegenseitige Vertragserfüllung zumindest partiell zu substituieren. Der Einbezug von Smart Contracts bewirkt aber keine Befreiung von Leistungsstörungen. Fehler im Programmcode oder Unklarheiten im Rahmen des Vertragsabschlusses können dazu führen, dass der Code die obligationenrechtlichen Beziehungen nicht adäquat reflektiert. Das gegenwärtige Leistungsstörungenrecht ist nicht auf die automatisierte Vertragsabwicklung ausgerichtet. Um damit verbundene Unsicherheiten und Kosten zu reduzieren, müssen die Beteiligten die Rechte und Pflichten bei einem Auseinanderfallen zwischen Code und Vereinbarung vertraglich regeln. Die stetig fortschreitende AI-Technologie kann dazu beitragen, dass diese Korrekturmechanismen zunehmend rein elektronisch und ohne menschliche Mitwirkung ablaufen werden. Smart Contracts machen allgemeine Ge-

schäftsbedingungen somit nicht überflüssig und vermögen sie auch nicht zu ersetzen. Bei einem adäquaten Zusammenwirken zwischen den beiden Instrumenten können jedoch Divergenzen zwischen der vertraglichen Verpflichtung und deren Erfüllung effektiv und nachhaltig reduziert werden.

Für Hilfspersonen wird nicht gehaftet – oder doch?

Art. 101 Abs. 2 OR im Lichte der Ungewöhnlichkeitsregel

SUSAN EMMENEGGER/NICOLA JEGHER/SERAINA GRAF*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	177
II.	Haftung für eigenes und fremdes Handeln.....	178
III.	Vertragliche Haftungsmodifikationen.....	180
	A. Unmittelbare Haftungsmodifikationen.....	180
	B. Mittelbare Haftungsmodifikationen.....	182
IV.	Grenzen vertraglicher Haftungsmodifikationen.....	182
	A. Eigenes Handeln.....	183
	B. Hilfspersonen.....	185
	C. Die Problematik der Unterscheidung.....	185
	D. Lösungsansätze im Überblick.....	186
V.	Ungewöhnlichkeitsregel als Freizeichnungsschranke.....	187
	A. Dispositives Gesetzesrecht: Leitbild für die Ungewöhnlichkeit....	187
	B. Verlust des Leitbildcharakters von Art. 101 Abs. 2 OR.....	188
	C. Fazit.....	192
VI.	Schluss.....	193

I. Einleitung

Unsere moderne Wirtschaft ist gekennzeichnet durch eine weitgehende Arbeitsteilung und Spezialisierung. Als Vertragsparteien stehen sich im Regelfall entweder Unternehmen oder aber Unternehmen als Leistungserbringer und Einzelpersonen als Leistungsempfänger gegenüber. Auch der individuell ausgehandelte Vertrag tritt immer mehr in den Hintergrund; er wird abgelöst durch Allgemeine Vertragsbedingungen, im Rahmen derer eine Partei die

* Dieser Beitrag ist ein generationenübergreifender Dank der Kollegin, des wissenschaftlichen Mitarbeiters und der studentischen Hilfskraft an den Jubilar: Danke für das Wohlwollen, die Diskussionsbereitschaft, das Zuhören und die unermüdliche Unterstützung auf allen Stufen des universitären Wirkens. Merci, Thomas!

Rechte und Pflichten einseitig festlegt. Insoweit hat sich das Vertragsumfeld seit dem Inkrafttreten des Obligationenrechts im Jahr 1911 grundlegend verändert. Unverändert gelten aber die Bestimmungen für die Haftung von Hilfspersonen. Diese Haftung ist zunächst eine umfassende: Die Vertragspartner müssen für ihre Hilfspersonen einstehen (Art. 101 Abs. 1 OR). Allerdings erlaubt das Gesetz, dass man diese Haftung – mit wenigen Ausnahmen – vollständig ausschliessen kann (Art. 101 Abs. 2 und 3 OR). Dass dies nicht mehr zeitgemäss ist, ist unstrittig. Entsprechend werden in Lehre und Rechtsprechung Korrekturen entwickelt. Ein solches Korrektiv soll hier genauer untersucht werden. Es gehört zu den Materien, die dem Jubilar besonders am Herzen liegen: Die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in diesem Fall spezifisch die Ungewöhnlichkeitsregel.

II. Haftung für eigenes und fremdes Handeln

Leitgedanke der vertraglichen Haftung ist das Verschuldensprinzip. Der Schuldner haftet grundsätzlich nur, wenn ihm das (eigene) vertragswidrige Verhalten persönlich vorwerfbar ist (Art. 97 Abs. 1 OR).¹ Die eigene Haftung greift auch, wenn der Schuldner für die Leistungserbringung Hilfspersonen einsetzt. In diesem Fall muss der Schuldner dafür einstehen, dass er die Hilfsperson sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht hat.² Weiter haftet er für eine angemessene Organisation der Arbeitsvorgänge innerhalb seines Betriebs.³ Setzt der Schuldner sodann Hilfspersonen ein, obwohl er die Leis-

¹ Siehe etwa INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rn. 22.01 ff.

² CR-THÉVENOZ, Art. 101 CO N 38; BK-WEBER, Art. 101 OR N 110 und 167; ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 122 f.; MARTINA BUOL, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Zürich 1996, Rn. 305; THOMAS LÖRTSCHER, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1977, S. 167 m.w.N.; BezGer Horgen, SJZ 90/1994, E. 3.b S. 66; vgl. auch KARL SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, S. 69 f.

³ So auch CR-THÉVENOZ, Art. 101 CO N 38; vgl. auch OLIVER WAESPI, Organisationshaftung, Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung, ASR 2005, S. 60-74, 64 (fehlende organisatorische Sorgfalt als Vertragsverletzung); PETER GAUCH, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006, S. 77-91, 82 (Organisationspflicht gestützt auf Treu und Glauben hergeleitet); BEAT STÖCKLI, Organisation von Banken aus privat-, aufsichts-, straf- und standesrechtlicher Perspektive, Diss. St. Gallen 2007, Zürich 2008, S. 41-47 (auftragsrechtliche Organisationspflichten); P. CHRISTOPH GUTZWILLER, Unsorgfältige Vermögensverwaltung, Beweislast, Haftungsausschluss und Schadensberechnung, AJP 2000, S. 57-65, 60. Für die Rechtsprechung jüngerer Zeit etwa KGer GR, ZK2 13 4 vom 3. August 2017 E. 5.5.5 (it), zusammengefasst in LUC THÉVENOZ/SUSAN EMMENEGGER, SZW 2/2018, S. 192 r3. Siehe sodann den in BGE 124 III 155 E. 3 S. 161 f.

tung persönlich hätte erbringen müssen, so handelt er vertragswidrig und muss bei gegebenen Voraussetzungen dafür einstehen.⁴

Zieht der Schuldner zur Erfüllung seiner Leistungspflicht befugterweise Hilfspersonen bei, so hat er nach dem Wortlaut des Gesetzes den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtung verursacht (Art. 101 Abs. 1 OR). Im Gegensatz zur Haftung nach Art. 97 Abs. 1 OR erwähnt Art. 101 Abs. 1 OR die Möglichkeit der Exkulpation des Schuldners nicht. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung besteht sie aber auch im Rahmen von Art. 101 OR. Man greift hierfür auf die Rechtsfigur der «hypothetischen Vorwerfbarkeit» zurück: Das (vertragswidrige) Verhalten der Hilfsperson müsste dem Schuldner vorwerfbar sein, wenn er sich selbst wie die Hilfsperson verhalten hätte.⁵ Der hypothetischen Vorwerfbarkeit kommt mithin die Funktion einer Haftungsbeschränkung zu. Was man dem Schuldner bei eigener Leistungserfüllung nicht vorwerfen könnte, darf man ihm auch dann nicht vorwerfen, wenn er eine Hilfsperson beigezogen hat.⁶ Umgekehrt gilt, dass man dem Schuldner das vertragswidrige Verhalten der Hilfsperson auch dann vorwerfen kann, wenn die Hilfsperson selbst kein Verschulden trifft, sofern bei eigener Erfüllung durch den Schuldner ein Verschulden bejaht würde.⁷

Die Figur der hypothetischen Vorwerfbarkeit erlaubt es, entgegen dem Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 OR eine Exkulpation des Schuldners zuzulassen. Sie hat allerdings im Lichte der heutigen Arbeitsorganisation ihre Anschaulichkeit im Hinblick auf die Referenzperson verloren, liegt ihr doch die Vorstellung zugrunde, dass die Vertragspartnerin und Geschäftsherrin die Leistung

summarisch wiedergegebenen Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 3. Juli 1995; weiter BGE 93 II 345 E. 5 S. 353 (Verschulden aufgrund ungenügender Organisation); ferner BGE 128 III 76 E. 1b S. 80 f. (Organisationspflicht des Arbeitgebers).

⁴ Voraussetzung ist in diesem Fall, dass die Vertragsverletzung kausal zu einem Schaden führt und dass sich der Schuldner für die Vertragsverletzung nicht exkulpieren kann.

⁵ So bereits BGE 91 II 291 E. 3 S. 296; aus neuerer Zeit etwa BGE 130 III 591 E. 5.5.4. S. 605 m.w.N. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung; BSK OR I-WIEGAND, Art. 101 N 11; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rn. 1008. Kritisch zur hypothetischen Vorwerfbarkeit SPIRO, Erfüllungsgelhilfen (Fn. 2), S. 247 ff.

⁶ Siehe das nun schon klassische Beispiel bei ANDREAS VON TUHR, Zur Haftung für fremdes Verschulden nach Art. 101 OR, SJZ 1921, S. 225-240, 226: Der Handwerker, der eine Sache zur Reparatur nach Hause trägt und infolge einer fehlerhaften Beschaffenheit der Strasse fallen lässt, haftet nach Art. 97 OR nicht. Er muss sich exkulpieren können, wenn dasselbe seinem Lehrling passiert, denn die Sache wäre auch zerstört worden, wenn er sie selbst nach Hause getragen hätte.

⁷ Beispiel: Wer eine Lehrperson für eine versprochene Arbeitsleistung einsetzt, die sie aufgrund ihres Ausbildungsstandes nicht vertragskonform erfüllen kann, kann sich nicht darauf berufen, die Hilfsperson treffe kein Verschulden.

tatsächlich selbst erbringen könnte. Das mag in der Geschäftswelt bei einigen KMU, namentlich solchen im Handwerksbereich, noch der Fall sein. Regelmässig steht aber bei Verträgen über Sach- oder Dienstleistungen eine juristische Person in der Pflicht, deren Organe die Vertragsleistung von vornherein nicht selbst erbringen könnten. Referenzmassstab ist in diesen (Regel-)Fällen die objektiv verstandene Sorgfalt einer fachkompetenten Hilfsperson bei der Verrichtung der einzelnen Vorgänge innerhalb des versprochenen Leistungskatalogs.⁸ Der Schuldner haftet für das vertragswidrige Verhalten seiner Hilfspersonen, wenn dieses Verhalten einer fachkompetenten Hilfsperson vorzuwerfen wäre.

III. Vertragliche Haftungsmodifikationen

Die Grundsätze der vertraglichen Haftung sind weitgehend dispositiv. Innerhalb der zwingenden Schranken des Gesetzes (siehe Ziff. IV.) vermögen die Parteien beliebige Verträge mit beliebigem Inhalt abzuschliessen; sie können die Haftung verschärfen oder mildern. Dabei kann zwischen unmittelbaren und mittelbaren Haftungsmodifikationen unterschieden werden.

A. Unmittelbare Haftungsmodifikationen

Unmittelbare Haftungsmodifikationen verändern die Haftung direkt – entweder auf der Ebene der Haftungsvoraussetzungen oder auf der Ebene der Haftungsfolgen. So können die Parteien etwa Pflichtverletzung, Verschulden, Schaden oder Kausalität vertraglich neu bzw. anders definieren. Ein (auf der Verpflichtungsebene) nur allgemein umschriebenes Konkurrenzverbot kann etwa um diejenigen Handlungen konkretisiert werden, die als Verletzung dieses Konkurrenzverbots gelten sollen.⁹ Beim Verschulden können die Parteien einerseits den fahrlässigkeitsbegründenden Sorgfaltsmassstab anpassen und damit die Schranke zur Fahrlässigkeit erhöhen oder senken.¹⁰ Anderer-

⁸ Siehe zum ganzen PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 10. Aufl., Zürich 2014, Rn. 3048 m.w.N.

⁹ Die Verpflichtungsebene (i.S. einer vertraglichen Pflicht zu einem bestimmten Verhalten) und die Haftungsebene (i.S. einer vertragswidrigen Pflichtverletzung) liegen freilich nahe beieinander: So können etwa die vertraglich umschriebenen Konkurrenzhandlungen auch als Unterlassungspflichten auf der Verpflichtungsebene betrachtet werden. Ob das eine oder das andere vorliegt, lässt sich nur im Einzelfall durch Auslegung ermitteln.

¹⁰ Die Parteien können beispielsweise die unter Verschuldensgesichtspunkten geschuldete Sorgfalt definieren, die einzuhalten ist, damit eine bestimmte Pflichtverletzung als unver-

seits können sie – wie von Art. 100 Abs. 1 OR vorgesehen – auch den haftungsbegründenden Verschuldensmassstab modifizieren und dadurch die Grenze der Haftung selbst höher oder tiefer ansetzen.¹¹ Weiter können die Parteien auf die Haftungsvoraussetzung des Schadenseintritts (und entsprechend auch der Kausalität zwischen Vertragsverletzung und Schaden) verzichten.¹² Theoretisch denkbar ist auch eine von der Lehre und Rechtsprechung abweichende Definition des Schadens¹³ oder der Kausalität¹⁴. Die Haftungsordnung lässt sich schliesslich auch über die Haftungsfolgen unmittelbar verändern: Die Vertragsparteien können beispielsweise die Regeln der Schadenersatzbemessung modifizieren,¹⁵ etwa den maximalen Schadenersatz summenmässig beschränken¹⁶ oder einen Freibetrag¹⁷ vereinbaren. Auch

schuldet gilt. Ob dies bei Dienstleistungsobligationen – insbesondere im Auftragsrecht – möglich ist, ist umstritten (siehe unten Fn. 29).

¹¹ Im Allgemeinen haftet der Schuldner für jedes Verschulden (Art. 99 Abs. 1 OR). Diese Schranke kann erhöht (Art. 100 Abs. 1 OR *e contrario*: keine Haftung für leichtes Verschulden) oder gesenkt werden (verschuldensunabhängige Zufallhaftung bzw. Garantievertrag, vgl. VON TUHR/ESCHER, OR AT II [Fn. 2], S. 118).

¹² So führt etwa die Konventionalstrafe (Art. 160 ff. OR) zu einem «Schadenersatz» ohne Schaden. Für den Verfall der Konventionalstrafe ist ein Verschulden des Schuldners – mangels anderslautender Vereinbarung – aber erforderlich (Art. 163 Abs. 2 OR; BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 160 N 14; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 526). Wird auch die Haftungsvoraussetzung des Verschuldens gestrichen, ist die Konventionalstrafe von der Haftungsmodifikation danach abzugrenzen, ob die Bezahlung einer zum Voraus bestimmbar Summe (Konventionalstrafe, vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT II [Fn. 8], Rn. 3789) oder die Bezahlung des erlittenen Schadens (Haftungsmodifikation) vereinbart wurde.

¹³ Beispielsweise durch die Abrede, dass der Verlust einer bestimmten Chance einen Schaden oder ein reiner Vermögensschaden keinen Schaden darstelle.

¹⁴ Etwa indem bestimmte Ereignisse definiert werden, die als Unterbrechung des Kausalzusammenhangs gelten sollen.

¹⁵ Etwa in dem Sinne, dass für einzelne, vorgängig bestimmte Schäden oder Vertragsverletzungen pauschalierte Schadenersatzbeträge zu bezahlen sind. Die Abgrenzung zur Konventionalstrafe liegt in der Haftungsvoraussetzung des Schadens: Soweit gar kein Schaden bestehen bzw. nachgewiesen werden muss, liegt eine Konventionalstrafe vor (Art. 161 Abs. 1 OR). Bei pauschalitem Schadenersatz muss dagegen effektiv ein Schaden entstanden sein, ansonsten auch kein pauschalierter Schadenersatz geschuldet ist. Vgl. zur Abgrenzung BUCHER, OR AT (Fn. 12), S. 525 m.w.N.; zum pauschalitem Schadenersatz THERES OERTLI, Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz, Diss. Luzern 2004, Rn. 188 f. und *passim*.

¹⁶ Sog. «caps», vgl. etwa ANINA KUONI, Haftungsbegrenzung im schweizerischen, deutschen und englischen Recht, Diss. Basel 2015, Rn. 233 ff.

¹⁷ Der Schuldner haftet dann nur für die Differenz zwischen Freibetrag und effektivem Schaden (vgl. RICHARD FURRER, Freizeichnungsklauseln in internationalen Lieferverträgen, in: Anna Böhme/Fabian Gähwiler/Fabiana Theus Simoni/Ivo Zuberbühler [Hrsg.], Ohne jegliche Haftung, Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag, Zürich 2016, S. 109-142, 133).

können die Parteien bestimmte Schäden von der Ersatzpflicht ausschliessen, etwa mittelbare Schäden oder entgangenen Gewinn.¹⁸

B. Mittelbare Haftungsmodifikationen

Die dispositive Haftungsordnung kann auch mittelbar abgeändert werden. So lässt sich etwa auf der *Verpflichtungsebene* der dispositive gesetzliche Pflichtenkanon erweitern oder einschränken. Der Verkäufer kann sich beispielsweise verpflichten, Gattungsware von besserer als mittlerer Qualität (Art. 71 Abs. 2 OR) zu liefern; ebenso kann er die (dispositive) gesetzliche Pflicht zur Lieferung mindestens mittlerer Qualität ausschliessen. Stellt der Schuldner durch einen solchen Verpflichtungsausschluss bzw. einen Leistungsbescrieb zum Vornherein klar, dass er eine bestimmte Pflicht gar nicht erst übernehmen will, entzieht er damit der Haftungsfrage den Boden: Wo es an der Pflicht selbst fehlt, kann diese auch nicht verletzt werden.¹⁹ Haftungsvoraussetzungen und -folgen bleiben zwar dieselben, Verpflichtungsausschluss und Pflichtenerweiterung führen aber mittelbar trotzdem zu einer Haftungsmodifikation.²⁰ Auch Risikoüberwälzungsklauseln, Beweislastregelungen oder vertraglich statuierte Rügepflichten sind zu den mittelbaren Haftungsmodifikationen zu zählen. Denkbar sind schliesslich weitere (mittelbare wie unmittelbare) Haftungsmodifikationen sowie Kombinationen derselben.²¹

IV. Grenzen vertraglicher Haftungsmodifikationen

Obwohl die Vertragsfreiheit Leitgedanke des OR ist, gilt sie nicht unbeschränkt. Der materiellen Vertragsgerechtigkeit willen sind vertraglichen Haftungsmodifikationen Grenzen gesetzt. Das Gesetz tut dies in verschiedenen Bestimmungen: Zunächst gelten für sämtliche Haftungsmodifikationen die allgemeinen Schranken von Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR: Verträge oder Vertragsbestandteile mit einem sittenwidrigen (bzw. persönlichkeitsverletzenden) Inhalt sind nichtig. Ein Haftungsausschluss für Körper-

¹⁸ Siehe etwa BK-WEBER, Art. 100 OR N 66.

¹⁹ Ob ein Verpflichtungs- oder ein Haftungsausschluss vorliegt, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln (vgl. BK-WEBER, Art. 100 OR N 73; JOSEF ACKERMANN, Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1931, S. 21 f.).

²⁰ Vgl. etwa SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 24.01, die von «mittelbaren Haftungsbeschränkungen [...] durch Leistungsbescrieb» spricht.

²¹ Siehe etwa BK-WEBER, Art. 100 OR N 63 ff.; SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 325 Fn. 1.

schäden etwa gilt im Allgemeinen als ungültig.²² Ebenso finden Haftungsausdehnungen ihre Grenzen an den guten Sitten und im Persönlichkeitsrecht. Zuweilen begrenzt sie das Gesetz auch explizit: Übermässig hohe Konventionalstrafen etwa sind herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR), was analog für Schadenersatzpauschalen gelten soll.²³

Auch Haftungsbeschränkungen lässt das Gesetz nicht uneingeschränkt zu. Es unterscheidet dabei zwischen der Haftung für eigenes Handeln bzw. Verschulden (Art. 100 OR) und der Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR). Ein Verstoß gegen diese Schranken des zwingenden Privatrechts begründet eine Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 OR.

A. Eigenes Handeln

Gemäss Art. 100 Abs. 1 OR kann die Haftung für eigenes Verschulden nur für leichte (und mittlere²⁴) Fahrlässigkeit wegbedungen werden. Bei obrigkeitlich konzessionierten Gewerben oder Arbeitgebern kann sogar eine Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit nichtig sein (Abs. 2). Art. 100 OR knüpft zwar am haftungsbegründenden Verschuldensmassstab an; das bedeutet jedoch nicht, dass nur solche Haftungsbeschränkungen erfasst wären. Vielmehr gilt die Grenze von Art. 100 OR für alle Arten von unmittelbaren Haftungsbeschränkungen – egal, ob sie auf der Ebene der Haftungsvoraussetzungen oder derjenigen der Haftungsfolgen spielen.²⁵ Im Kaufrecht werden Haftungsbegrenzungen ferner durch das Verbot des *venire contra factum proprium* beschränkt: Wer eine bestimmte Eigenschaft einer Kaufsache (auch formlos) zusichert, gleichzeitig aber die Gewährleistung in genereller Weise wegbedingt, handelt widersprüchlich.²⁶ Der Haftungsausschluss gilt in sol-

²² SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 24.14.

²³ BUCHER, OR AT (Fn. 12), S. 525; OERTLI, pauschalierter Schadenersatz (Fn. 15), Rn. 337 ff. m.w.N.

²⁴ Damit wird der (neueren) Theorie der Dreiteilung des Verschuldens gefolgt (vgl. etwa SCHWENZER, OR AT [Fn. 1], Rn. 22.22).

²⁵ Vgl. SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 24.01; BSK OR I-WIEGAND, Art. 100 N 6; BK-WEBER, Art. 100 OR N 62 ff.; BUOL, Beschränkung (Fn. 2), Rn. 263; KUONI, Haftungsbegrenzung (Fn. 16), Rn. 313 (betr. Haftungsbegrenzung für mittelbare Schäden); BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 407; BGE 115 II 474 E. 2d S. 479 (Ungültigkeit einer summenmässigen Haftungsbeschränkung bei Absicht/grober Fahrlässigkeit).

²⁶ Siehe BSK OR I-HONSELL, Art. 199 N 3; SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 45.09. Dabei stellt sich allerdings die (zuweilen nicht einfache) Abgrenzungsfrage zwischen verbindlichen Zusicherungen und unverbindlichen Anpreisungen, vgl. dazu etwa BGer Urteil 4C.267/2004 vom 23. November 2004 E. 2.1; BGE 109 II 24 E. 4 S. 24.

chen Fällen nicht für die zugesicherte Eigenschaft der Kaufsache.²⁷ Das muss in genereller Weise gelten: Wer etwas Bestimmtes verspricht oder zusichert, kann nicht gleichzeitig die Haftung vollständig wegbedingen.²⁸

Nicht restlos geklärt ist die Frage, ob Art. 100 OR auch für mittelbare Haftungsbeschränkungen gilt. Namentlich beim Verpflichtungsausschluss bzw. Leistungsbeschrieb gehen die Literaturmeinungen auseinander.²⁹ Ein Teil trennt die Verpflichtungs- explizit von der Haftungsebene, mit der Folge, dass Art. 100 OR bei Verpflichtungsausschlüssen nicht gelten solle.³⁰ Andere Stimmen argumentieren, dass mittelbare und unmittelbare Haftungsbeschränkungen aufgrund ihrer Wirkungsgleichheit auch gleich zu behandeln seien. Nach dieser Auffassung steht auch ein Verpflichtungsausschluss bzw. Leistungsbeschrieb unter dem Vorbehalt von Art. 100 OR (analog),³¹ ebenso andere mittelbare Haftungsbeschränkungen wie den Gläubiger benachteiligende

²⁷ Siehe ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 199 OR N 54; vgl. auch BGE 109 II 24 E. 4 S. 24, wonach durch Auslegung zu ermitteln sei, ob eine Eigenschaftsangabe als Zusicherung gelte oder von der Freizeichnungsklausel erfasst sei. Denn das eine schliesse das andere aus.

²⁸ Für das Auftragsrecht etwa BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 35, wonach eine Haftungsbeschränkung nur gültig vereinbart sei, wenn sie nicht im Widerspruch zu einer ausdrücklichen Zusicherung stehe.

²⁹ In die gleiche Richtung geht die Diskussion um die Freizeichnungsmöglichkeit des Beauftragten. Im Auftragsrecht bereitet die Abgrenzung zwischen der vertragsgemäss geschuldeten Sorgfalt (Verpflichtungsebene), der Verletzung der vertraglich geschuldeten Sorgfalt (Pflichtverletzung als Haftungsvoraussetzung) und der unter verschuldensgesichtspunkten aufzuwendenden Sorgfalt (Verschulden als Haftungsvoraussetzung) besondere Schwierigkeiten. Insbesondere GAUTSCHI vertrat die Ansicht, der Beauftragte schulde begriffsnotwendig ein sorgfältiges Tätigwerden und könne seine Haftung nicht einschränken; Art. 100 OR sei im Auftragsrecht nicht anwendbar (BK-GAUTSCHI, Art. 398 OR N 25, Art. 395 OR N 71 f.). Andere Meinungen differenzieren: Gemäss WEBER etwa soll ein Verpflichtungsausschluss auch im Auftragsrecht grundsätzlich möglich sein, soweit nicht Art. 100 OR als Zielverbot analog Anwendung finde. Soweit die Verpflichtung aber übernommen werde, sei die vertragsgemäss geschuldete Sorgfalt nicht relativierungsfähig. Dennoch sei Art. 100 OR in dem Sinne auch im Auftragsrecht anwendbar, als die Haftung beispielsweise für leichte Fahrlässigkeit wegbedingen werden könne (BK-WEBER, Art. 100 OR N 43 ff.; BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 34; ähnlich BSK OR I-WIEGAND, Art. 100 N 6; vgl. ferner BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 515).

³⁰ BUOL, Beschränkung (Fn. 2), Rn. 590 f.; ACKERMANN, Wegbedingung (Fn. 19), S. 21 ff.; wohl auch MARKUS NEUENSCHWANDER, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971, S. 99. Differenzierend BK-WEBER, Art. 100 OR N 45 und 74, gemäss dem ein Verpflichtungsausschluss zwar grundsätzlich zulässig ist (N 74), Art. 100 OR aber als Zielverbot analog Anwendung finden könne (N 45). Es sei «gestützt auf die konkreten Umstände zu entscheiden, ob die Vertragsparteien sich nach Treu und Glauben tatsächlich nicht binden wollten oder ob eine Umgehung der Schranken von Art. 100 OR beabsichtigt war» (N 74).

³¹ SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 24.01 (siehe auch INGEBOG SCHWENZER, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, in: Alfred Koller [Hrsg.], Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 99-126, 123); BSK OR I-WIEGAND, Art. 100 N 6; LÖRTSCHER, Haftungsbeschränkungen (Fn. 2), S. 181 ff.

Beweislastregelungen, vertraglich statuierte Rügepflichten oder Risikoüberwälzungsklauseln.³²

B. Hilfspersonen

Anders verhält es sich mit der Freizeichnung für fremdes Handeln: Gemäss Art. 101 Abs. 2 OR kann die Haftung für Hilfspersonen grundsätzlich vollständig wegbedungen werden; das Gesetz sieht keine Maximalschranke vor. Einzig bei obrigkeitlich konzessionierten Gewerben und Arbeitgebern ist eine Freizeichnung nur für leichte Fahrlässigkeit möglich (Art. 101 Abs. 3 OR).³³ Die Haftung kann somit grundsätzlich mittelbar oder unmittelbar vollständig wegbedungen oder beliebig eingeschränkt werden.

C. Die Problematik der Unterscheidung

Die privilegierten Freizeichnungsmöglichkeiten für Handlungen von Hilfspersonen werden heute durchgehend als überholt betrachtet und kritisiert.³⁴ Ein Beispiel soll dies veranschaulichen:

Ein Software-Unternehmen soll die IT-Sicherheit einer Marketingagentur auf den neusten Stand der Technik bringen. Die dem Vertrag zugrundegelegten AGB des Software-Unternehmens schliessen, soweit gesetzlich zulässig, jeg-

³² SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 24.01; BSK OR I-WIEGAND, Art. 100 N 6 je m.w.N.; GAUCH, recht 2006 (Fn. 3), S. 82. Auch das BGer scheint diese Auffassung zu vertreten, wenn es Art. 100 OR analog auf Risikoüberwälzungsklauseln anwendet (siehe BGE 132 III 449 E. 2 S. 452).

³³ Im Gegensatz zu Art. 100 Abs. 2 OR hat der Richter bei Art. 101 Abs. 3 OR nicht die Möglichkeit, eine Haftungsfreizeichnung für leichtes Verschulden für ungültig zu erklären.

³⁴ Siehe etwa SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 24.05; CR-THÉVENOZ, Art. 101 CO N 38 f.; BK-WEBER, Art. 101 OR N 163; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum und Mängelhaftung – noch immer umkämpft, in: Hubert Stöckli (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2017 ... für alle, die bauen, 2017, S. 149-164, 155; MARKUS MÜLLER-CHEN, Vertragliche Haftung und Freizeichnungsmöglichkeiten des Beraters, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Alfred Koller/Jörg Schmid/Hubert Stöckli (Hrsg.), Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 507-518, 515; ARNOLD F. RUSCH/PHILIP R. BORNHAUSER, Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, AJP 2010, S. 1228-1238, 1229 m.w.N.; THEO GUHL/ALFRED KOLLER/JEAN NICOLAS DRUEY/ANTON K. SCHNYDER, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000, § 31 N 40; BUOL, Beschränkung (Fn. 2), Rn. 316 m.w.N.; ferner KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, § 12 N 15.

liche Haftung für Hilfspersonen aus, einschliesslich der Haftung für grobe Fahrlässigkeit und absichtliche Schädigung. Im Rahmen der Arbeiten vergisst die Mitarbeiterin des Software-Unternehmens, den vorgesehenen Virens scanner auf den Computern der Marketingagentur zu installieren. Später klickt ein Mitarbeiter der Marketing-Agentur einen externen Link an, wodurch eine aktuell kursierende *Malware* heruntergeladen wird, die das gesamte IT-System der Marketing-Agentur infiziert. Die *Malware*, welche als *Backdoor*-Trojaner eingesetzt wird, ermöglicht externen Hackern, in das infizierte System der Marketingagentur einzudringen.³⁵ So kommt es, dass unbefugte Dritte Zugriff auf sämtliche vertraulichen Betriebsinformationen, insbesondere auf die Kundendatenbank, erlangen und höchstpersönliche Daten stehlen. Die für die Kunden eingerichtete Hotline und die sonstigen Schadensbegrenzungsmassnahmen kosten rund CHF 350'000.–.

Hätte die Inhaberin und CEO des Software-Unternehmens den Auftrag selbst erledigt und dabei grobfahrlässig gehandelt, so müsste das Unternehmen für den dabei verursachten Schaden nach Art. 97 Abs. 1 OR haften, weil es die Haftung für grobfahrlässiges Verhalten seitens der Organe gemäss Art. 100 Abs. 1 OR nicht wegbedingen kann.³⁶ Nun hat aber – was dem Regelfall entspricht – eine Mitarbeiterin den Fehler begangen. Die Marketingagentur muss also grundsätzlich den Schaden von CHF 350'000.– selbst tragen, obwohl auf der Seite des IT-Unternehmens grobfahrlässig gehandelt wurde.

D. Lösungsansätze im Überblick

Die Möglichkeit eines vollständigen Haftungsausschlusses der Hilfspersonenhaftung wird von der Lehre seit langem stark kritisiert.³⁷ In der Tat ist nicht einzusehen, warum die Haftungsbeschränkung für eigenes Handeln und die Haftungsbeschränkung für Handlungen der Hilfspersonen nicht aligniert werden.

Um die Problematik zu entschärfen, werden in der Doktrin verschiedene Lösungsansätze diskutiert.³⁸ So bietet etwa die Deliktshaftung nach Art. 55 OR eine Alternative, allerdings unter der Voraussetzung der objektiven Wi-

³⁵ *Backdoors* sind Lücken im System, die es ermöglichen, Sicherheitsschranken zu umgehen.

³⁶ RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1234 f.; BGE 102 II 256 E. 4 S. 264; BGer Urteil 4A_88/2008 vom 25. August 2008 E. 5.1; vgl. BGE 94 II 197 E. 14 S. 206; zum Organbegriff siehe BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 54 f. N 13; OFK-SCHERRER, Art. 55 ZGB N 2; BGE 124 III 418 E. 1b S. 420 f.

³⁷ Siehe Fn. 34.

³⁸ Für einen Überblick siehe RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1229 ff.

derrechtlichkeit.³⁹ Auf der Auslegungsebene wird einerseits die Erweiterung des Organbegriffs und der Grobfahrlässigkeit vorgeschlagen,⁴⁰ andererseits sollen Freizeichnungsklauseln restriktiv interpretiert werden.⁴¹ Auf der Ebene der offenen Inhaltskontrolle wird sodann auf Art. 8 UWG verwiesen.⁴² Schliesslich können Fälle eines vollständigen Haftungsausschlusses auch die Grenze zum Rechtsmissbrauch überschreiten.⁴³

Ein Lösungsansatz soll hier vertieft werden: Die im Rahmen der AGB-Kontrolle geltende Ungewöhnlichkeitsregel.

V. Ungewöhnlichkeitsregel als Freizeichnungsschranke

Zu den Lösungsansätzen, die im Hinblick auf die als problematisch eingestufte Freizeichnungsmöglichkeit nach Art. 101 Abs. 2 OR erwähnt werden, gehört auch die Ungewöhnlichkeitsregel. Sie kommt zum Zug, wenn die Freizeichnung im Rahmen von AGB erfolgt. Auf den ersten Blick scheint sie als Lösungsmodell kaum tauglich, weil sich eine entsprechende Klausel auf das dispositives Gesetzesrecht stützen kann.⁴⁴ Der zweite Blick offenbart allerdings, dass sie für Freizeichnungen, die über das hinausgehen, was Art. 100 OR für eigenes Verschulden erlaubt, eine Schranke bildet.

A. Dispositives Gesetzesrecht: Leitbild für die Ungewöhnlichkeit

Als objektiv ungewöhnlich gilt gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Klausel, die einen geschäftsfremden Inhalt aufweist. Geschäftsfremd sind Bestimmungen, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung

³⁹ Es muss ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt sein, oder es braucht (im Falle eines reinen Vermögensschadens) eine Schutznorm, siehe dazu die Standardformel des Bundesgerichts: BGE 141 III 527 E. 3.2 S. 534; BGE 133 III 323 E. 5.1 S. 330. Die Exkulpationsmöglichkeiten für die *drei curae* sind dagegen in der Praxis aufgrund der vierten, richterrechtlich entwickelten Organisationspflicht von geringer Bedeutung.

⁴⁰ RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1234 ff. Kritisch zu dieser Tendenz SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 366 f.

⁴¹ RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1229 ff. Für einen Anwendungsfall ausserhalb eines AGB-Vertrags siehe BJM 1978, S. 305-309, 307. Für den Rückgriff auf die Unklarheitenregel siehe BGE 124 III 155 E. 3c S. 165.

⁴² RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1237.

⁴³ RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1231.

⁴⁴ Siehe hierzu auch RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1237.

des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren.⁴⁵ Richtschnur für die objektive Ungewöhnlichkeit bildet also das dispositive Gesetzesrecht. Das OR sieht in Art. 101 Abs. 2, auf den sich diese Ausführungen konzentrieren,⁴⁶ den vollständigen Haftungsausschluss ausdrücklich vor. Damit scheint der Weg über die Ungewöhnlichkeitsregel verbaut.

Das wäre allerdings eine vorschnelle Schlussfolgerung. Zu fragen ist nämlich, *warum* man sich für die Ungewöhnlichkeit am dispositiven Gesetzesrecht orientiert. Das Bundesgericht gibt darauf in ständiger Rechtsprechung die Antwort: Es ist davon auszugehen, dass das dispositive Gesetzesrecht «in der Regel die Interessen der Parteien ausgewogen wahrht.»⁴⁷ Bedeutsam ist der Zusatz «in der Regel». Die Ausgewogenheit ist der Regelfall und die Entscheidung des demokratischen Gesetzgebers über deren Konkretisierung gilt es zu akzeptieren. Das schliesst aber keinesfalls aus, dass man – gerade bei älteren Gesetzen – die Ausgewogenheit der Interessenwahrung im Rahmen einer geltungszeitlichen Sichtweise überprüft. Entsprechend ist im Zusammenhang mit Art. 101 Abs. 2 OR zu fragen, ob sich seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1911 die rechtlichen und tatsächlichen Umstände in einem Masse verändert haben, dass er seine Leitbildfunktion bezüglich einer ausgewogenen Interessenwahrung verloren hat. Bejaht man dies und stellt man darüber hinaus positiv fest, dass die Ausschöpfung des gesetzlichen Rahmens von Art. 101 Abs. 2 OR gerade *nicht* einer ausgewogenen Interessenwahrnehmung entspricht, so fällt die Freizeichnung für Absicht und grobe Fahrlässigkeit im AGB-Kontext unter die Ungewöhnlichkeitsregel.

B. Verlust des Leitbildcharakters von Art. 101 Abs. 2 OR

Die Hilfspersonenhaftung gemäss Art. 101 OR ist seit dem Jahr 1911 unverändert in Kraft. Sie geht zurück auf Art. 115 aOR 1881, der bereits einen ähn-

⁴⁵ BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412 f.; BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7; BGE 135 III 225 E. 1.3 S. 227 f.; BGE 119 II 443 E. 1a S. 446; BGE 109 II 452 E. 4 S. 456 ff.; SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 45.07; DIES., Beschränkung (Fn. 31), S. 107 f.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl., Zürich 2014, Rn. 1136 ff.; SUSAN EMMENEGGER, Anlagekosten, Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Anlagerecht, SBT 2007, S. 59-127, 85 f.

⁴⁶ Für Art. 101 Abs. 3 OR, der eine Freizeichnung nur für leichtes Verschulden erlaubt, gelten die Überlegungen sinngemäss.

⁴⁷ Siehe etwa BGer Urteil 4A_585/2012 vom 1. März 2013 E. 3; BGer Urteil 5A_865/2011 vom 24. Mai 2012 E. 3.2; BGer Urteil 4C.35/2002 vom 6. Juni 2002 E. 2a; BGÉ 113 II 49 E. 1b S. 51; BGE 115 II 264 E. 5a S. 268; BGE 119 II 368 E. 4b S. 372.

lichen Inhalt aufwies.⁴⁸ Beide Regelungen waren für ihre Zeit durchaus neu. Im klassischen römischen Recht und auch im gemeinen Recht, das in zahlreichen Kantonen galt, bildete das Verschuldensprinzip den zentralen Angelpunkt der Haftung. Einstehen musste man für eigenes Verhalten, nicht aber für das Verhalten anderer.⁴⁹ Die Haftung für Erfüllungsgehilfen war, wenn überhaupt, deliktsrechtlich geregelt und beschränkte sich auf die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung.⁵⁰ Ein Ausnahmefall war BLUNTSCHIS Zürcher Privatrechtliches Gesetzbuch von 1855, das in § 1007 eine vertragliche Haftung des Geschäftsherrn für seine Familienangehörigen, Angestellten und Dienstboten vorsah.⁵¹ An dieser Regelung orientierte sich die Bestimmung in Art. 115 aOR 1881 und die Nachfolgeregelung im heutigen Art. 101 OR.⁵²

Im Ergebnis bedeutete die vertragliche Hilfspersonenhaftung des Jahres 1881 (Art. 115 aOR) und ihre Weiterentwicklung im Jahr 1911 (Art. 101 OR) eine konzeptionelle Neuerung und eine erhebliche *Haftungsverschärfung*.⁵³ Dies

⁴⁸ Art. 115 aOR 1881, BBl 1881 III S. 109-318, 131. Das aOR ist abgedruckt in URS FASEL, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000.

⁴⁹ Ausführlich ANDREA GIACOMO BEZZOLA, La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation (Art. 101 CO), Genf 1937, S. 5 ff.; HANS MAAG, Zivilrechtliche Haftung für schädigendes Verhalten Dritter, Diss. Zürich 1924, S. 22, 24 ff. Für einen konzisen Überblick unter Hinweis auf die gegensätzliche Regelung im französischen Recht: VON TUHR, SJZ 1921 (Fn. 6), S. 225. Siehe weiter SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 45 ff.; ALFRED KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Freiburg, Zürich 1980, Rn. 64 ff., 79 ff., 91 ff.

⁵⁰ BEZZOLA, responsabilité (Fn. 49), S. 19; SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 45 f.; MAAG, Zivilrechtliche Haftung (Fn. 49), S. 4 ff., 16 ff. Im gemeinen Recht haftete der Schuldner auch vertraglich für eigenes Verschulden bei der Auswahl und Überwachung seiner Gehilfen (MAAG, Zivilrechtliche Haftung [Fn. 49], S. 17; BERNHARD WINDSCHEID/THEODOR KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906, S. 746 Fn. 5; vgl. auch VON BÜREN, OR AT [Fn. 25], S. 394; VON TUHR/ESCHER, OR AT II [Fn. 2], S. 123).

⁵¹ Hinweis bei SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 46. Das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch ist bei der Bayrischen Staatsbibliothek kostenlos abrufbar.

⁵² SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 46. Ausführlich zu den verschiedenen Entwürfen, die zu Art. 115 aOR 1881 führten: BEZZOLA, responsabilité (Fn. 49), S. 19 ff.

⁵³ Art. 115 aOR liess den Schuldner entgegen dem culpa-Prinzip für *das Verschulden* der Hilfsperson haften. Lag dieses vor, konnte sich der Schuldner nicht durch den Nachweis sorgfältiger Auswahl, Instruktion und Überwachung entlasten. Immerhin sollte er sich aber vollständig freizeichnen können (vgl. HEINRICH HAFNER/AUGUST GOLL, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister, Zürich 1905, Art. 115 aOR N 1). Art. 101 OR stellte eine abermalige Neuerung dar, weil das Erfordernis des (eigenen) Verschuldens der Hilfsperson im Wortlaut von Art. 101 OR fehlte. Dass die Literatur dies teilweise als gesetzgeberisches Versehen interpretierte – mithin das Verschulden der Hilfsperson weiterhin als Haftungsvoraussetzung betrachtete (so VON TUHR, SJZ 1921 [Fn. 6], S. 226 f.; FRITZ FICK/ALFRED VON MORLOT, Das schweizerische

umso mehr, als Art. 101 OR teilweise als Kausalhaftung verstanden wurde⁵⁴ und diese Auffassung beim Bundesgericht zunächst auf Zustimmung zu stossen schien.⁵⁵ Im Gegenzug für die erweiterte Einstandspflicht des Schuldners – so wurde argumentiert – sei die Wegbedingung der Haftung nach Art. 101 Abs. 2 und 3 OR möglich.⁵⁶ Die dispositive Ausgestaltung der Hilfspersonenhaftung hatte mit anderen Worten Kompensationscharakter.

Das Rechtsverständnis hat sich allerdings seit 1911 grundlegend verändert. Was damals im Vertragsrecht als weitreichende Haftungsverschärfung wahrgenommen wurde, gilt heute als selbstverständlich. Die Abstraktion vom eigenen Verschulden als exklusives Begründungsmoment der Haftung ist in der Schweiz wie in jeder modernen Rechtsordnung etabliert.⁵⁷ Das zeigt sich gerade auch bei der Hilfspersonenhaftung. Vom tatsächlichen Verschulden des Geschäftsherrn wird abstrahiert; stattdessen stellt man auf die hypothetische Vorwerfbarkeit ab und fingiert für die Verschuldensfrage die eigene Leistungserfüllung durch den Schuldner. Angesichts der fortschreitenden Spezialisierung ist zudem – und hier zeigt sich ein weiterer Abstraktionsschritt – die Referenzgrösse für das Verschulden regelmässig nicht mehr der Schuldner und seine persönliche Leistungskraft («wie wenn der Schuldner selbst erfüllt hätte»), sondern die Leistungskraft einer fiktiven fachkompetenten Hilfsperson, die der Schuldner zur Erfüllung seiner Leistungspflicht beizieht.⁵⁸ Kurz:

Obligationenrecht, Zürich 1915, Art. 101 OR N 16; OGer ZH vom 21. November 1919 E. 4, in: ZR 19 [1920] Nr. 182; FRITZ FUNK, Handkommentar des Obligationenrechts, Aarau 1928, Art. 101 OR N 1) – unterstreicht, dass man mit einer abermaligen Haftungsverschärfung Mühe bekundete.

⁵⁴ So der 1915 erschienene ZK-OSER, Art. 101 OR N I 2 und II 5: Der Schuldner sollte sogar dann für das Verhalten der Hilfsperson einstehen müssen, wenn er selbst, hätte er die Handlung vorgenommen, nicht haften würde. Anders dagegen insb. VON TUHR, SJZ 1921 (Fn. 6), S. 226 f.; vgl. auch OGer ZH vom 21. November 1919 E. 4, in: ZR 19 (1920) Nr. 182 und BK-BECKER, Art. 101 OR N 7 und 9.

⁵⁵ Siehe BGer Urteil vom 10. Februar 1915 E. 3, in: ZR 14 (1915) Nr. 160.

⁵⁶ ZK-OSER, Art. 101 OR N I 2. Zu dieser Begründung auch SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 365; BUOL, Beschränkung (Fn. 2), Rn. 313 Fn. 213. Ähnlich war die Rechtslage in anderen europäischen Kodifikationen, namentlich im deutschen BGB, im österreichischen ABGB und im italienischen Codice Civile. Siehe dazu SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 46 f. So auch – zumindest implizit – für die Freizeichnungsmöglichkeit unter Art. 115 aOR: HAFNER/GOLL, Anmerkungen (Fn. 53), Art. 115 aOR N 1. Zu Art. 115 aOR als Kompromisslösung siehe Botschaft des Bundesrates vom 27. November 1879 zum aOR-Entwurf von 1879, BBl 1880 I S. 150 ff., 190.

⁵⁷ Auch im Haftpflichtrecht hat man die Haftung für Hilfspersonen im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung (Schachtrahmenfall, BGE 110 II 456) massgeblich erweitert. Zwar haftet der Geschäftsherr nach Art. 55 OR immer noch einzig für eigenes Verschulden. Aber die Exkulpationsmöglichkeiten sind derart eingeschränkt, dass er letztlich auch im deliktischen Bereich für seine Hilfspersonen die Verantwortung trägt.

⁵⁸ Siehe dazu oben Punkt II.

Von einer Begrenzung der Haftung auf Fälle der *persönlichen* Vorwerfbarkeit sind wir heute weit entfernt.

Wenn es aber nach heutiger Rechtsauffassung als selbstverständlich erachtet wird, dass der Geschäftsherr für seine Hilfspersonen auch ohne eigenes Verschulden einstehen muss, so verliert die ursprünglich als Abfederung des neuen und strengen Haftungsregimes gedachte Freizeichnung ihre Rechtfertigung. Die umfassende Freizeichnungsmöglichkeit von Art. 101 Abs. 2 OR erscheint in diesem Lichte als Restanz eines überkommenen Haftungsverständnisses, das mit der Vorstellung einer eigenen Haftung für das Verschulden anderer konzeptionell überfordert war.

Damit ist aber auch die Leitbildfunktion von Art. 101 Abs. 2 OR für die Ungewöhnlichkeitsregel in Frage gestellt. Denn nicht nur hat sich die Rechtsauffassung gewandelt, sondern es haben sich auch die tatsächlichen Umstände der Vertragsbeziehung grundlegend geändert. Die eigenständige Erbringung von Sach- und Dienstleistungen durch den Vertragspartner ist zur Ausnahme geworden, die Leistungserbringung durch ein arbeitsteilig organisiertes Unternehmen bildet den Regelfall. In diesem Kontext bedeutet die Freizeichnungsmöglichkeit in Art. 101 Abs. 2 OR, dass der Leistungserbringer sich im Normalfall von jeglicher Haftung freizeichnen kann.⁵⁹ Bei einer geltungszeitlichen Betrachtung entspricht dies aber nicht dem ausgewogenen Interessenausgleich, für den das dispositive Gesetzesrecht vermutungsweise einsteht. Im AGB-Kontext – und auch er bildet im Gegensatz zur Vertragswirklichkeit von 1911 heute den Regelfall – verschärft sich dieses Ungleichgewicht zusätzlich, denn AGB funktionieren nach dem *take-it-or-leave-it*-Prinzip. Die Erbringer von Sach- und Dienstleistungen können so das gesamte Risiko für allfällige Leistungsstörungen auf den Leistungsempfänger abwälzen, ohne dass dieser diese Konditionen aushandeln kann.

Andere Gesetzgeber haben die Problematik solch weitgehender Freizeichnungsklauseln im AGB-Kontext erkannt und sie haben entsprechend reagiert. So hatte sich der deutsche Gesetzgeber im BGB von 1900 noch an der (damals modernen) Schweizer Regel in Art. 115 aOR 1881 orientiert.⁶⁰ Das AGB-Gesetz von 1976 erklärte dann aber die formularmässige Freizeichnungsmöglichkeit für Absicht und grobes Verschulden von Hilfspersonen als

⁵⁹ Siehe auch RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1237, die in solchen Fällen von einer Ungewöhnlichkeit ausgehen, weil damit ein massiver Nachteil für den Leistungsempfänger entsteht.

⁶⁰ Siehe VON TUHR/ESCHER, OR AT II (Fn. 2), S. 123; VON TUHR, SJZ 1921 (Fn. 6), S. 225. Im Einzelnen handelt es sich um § 278 aBGB i.V.m. § 276 Abs. 2 aBGB. Die Bestimmungen führten im Ergebnis dazu, dass der Schuldner sich für Absicht und grobe Fahrlässigkeit der Hilfspersonen freizeichnen konnte.

unzulässig.⁶¹ Diese Entwicklungen sind im Rahmen der Auslegung des hiesigen Ungewöhnlichkeitsbegriffs von Bedeutung.⁶² Erhellend in diesem Zusammenhang ist auch die Zielsetzung des deutschen AGB-Gesetzes: Die Klauselverbote sollen die Verbraucher vor *unangemessenen* Vertragsbedingungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen schützen.⁶³

C. Fazit

Die Ungewöhnlichkeitsregel ist – wie jede andere Regel – geltungszeitlich auszulegen.⁶⁴ Bei einer geltungszeitlichen Betrachtung entspricht die Freizeichnung für absichtliches oder grobfahrlässiges Verhalten von Hilfspersonen nicht mehr einem ausgewogenen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien, sondern sie bedeutet einen massiven Nachteil zulasten einer Partei. Der Empfänger von Dienst- und Sachleistungen muss nicht damit rechnen, dass der Leistungserbringer in seinen AGB die Haftung für Absicht oder Grobfahrlässigkeit seiner Hilfspersonen ausschliesst – zumal dies bei der heutigen Arbeitsorganisation einem umfassenden Haftungsausschluss für seine Leistung gleichkommt. Art. 101 Abs. 2 OR hat im Lichte der rechtlichen und tatsächlichen Entwicklungen seine Leitbildfunktion für die Ungewöhnlichkeitsregel verloren. Die Freizeichnung für Absicht und grobe

⁶¹ § 11 Ziff. 7, Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976 (ausser Kraft seit der BGB-Reform von 2002, heute integriert in § 309 Ziff. 7b BGB). Zur alten Rechtslage siehe SPIRO, Erfüllungsgelhilfen (Fn. 2), S. 47. Schon vor dem AGB-Gesetz hatte die deutsche Rechtsprechung die Freizeichnungsmöglichkeiten über verschiedene Wege (Organisationsverschulden, Überwachungsverschulden, Verletzung von sog. Kardinalspflichten) stark eingeschränkt. Siehe dazu den frühen AGBG-Kommentar von PETER SCHLOSSER/DAGMAR COESTER-WALTJEN/HANS-ÜLRICH GABA, AGBG, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1977, § 11 Nr. 7 AGBG N 6 ff.; Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bonn 1974, S. 80 f.

⁶² Zur Rechtsvergleichung als Teil der Auslegung siehe BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, Art. 1 ZGB N 314 ff.; JÖRG SCHMID/OLIVER ZBINDEN, Rechtsvergleichung in der obligationenrechtlichen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts – Anwendungsfälle und kritische Würdigung, in: Jörg Schmid/Alexander H.E. Morawa/Lukas Heckendorf Urscheler (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung – Praxis, Legitimität und Methodik, Referate und Diskussionen der Tagung vom 12. September 2013 in Luzern, Zürich 2014, S. 67-88, 75 und *passim*.

⁶³ Siehe zur Gesetzesbegründung BR-Drucks. 7/3919, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), 6. August 1975.

⁶⁴ Zur geltungszeitlichen Auslegung siehe BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, Art. 1 ZGB N 173 ff.

Fahrlässigkeit von Hilfspersonen fällt unter die Ungewöhnlichkeitsregel, mit dem Ergebnis, dass sie nicht Vertragsbestandteil wird.

VI. Schluss

Für Hilfspersonen wird nicht gehaftet: Diese weitgehende Freizeichnung für die Beziehung von Dritten bei der Vertragserfüllung ist heute im Gesetz noch vorgesehen. Sie entspricht allerdings weder dem aktuellen Rechtsverständnis noch dem aktuellen Vertragsumfeld. Wird die Freizeichnung für Hilfspersonen mittels AGB geregelt, bietet die Ungewöhnlichkeitsregel ein überzeugendes Korrektiv. Im Ergebnis zeigt sich, dass unser Obligationenrecht auch über hundert Jahre nach seinem Inkrafttreten die Flexibilität bietet, um sachgerechte Lösungen zu generieren.

Anwaltskanzlei als Körperschaft – Fanal für den Umbruch im Anwaltsmarkt

WALTER FELLMANN*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	195
II.	Anwaltssozietät als Anwalts-AG oder Anwalts-GmbH.....	197
	A. Unabhängigkeit als pièce de résistance	197
	B. Zulässigkeit der Organisationsform der Körperschaft.....	199
III.	Umbruch im Anwaltsmarkt als Anlass.....	202
	A. Einleitung	202
	B. Umbruch im Anwaltsmarkt	203
IV.	Auswirkungen auf den Anwaltsberuf.....	207
	A. (Rechts-)Verhältnis zwischen Anwalt und Klient	207
	B. Berufsrecht	209
V.	Fazit.....	210

I. Einleitung

Meine Beziehung zu THOMAS KOLLER reicht weit zurück in mein Studium an der Universität Bern. Als ich dort 1980 das Studium der Rechtswissenschaft mit dem Lizentiat abschloss, war er Assistent von Prof. Dr. Horst Albert Kaufmann am Romanistischen Seminar. Wirklich kennengelernt habe ich ihn aber erst im Anwaltspraktikum am damaligen Amtsgericht (heute Bezirksgericht) Luzern-Land in Kriens und danach in der Anwaltskanzlei Fässler & von Düring in Luzern, wo wir beide als Rechtspraktikanten tätig waren, er als Mitarbeiter von Bodo von Düring und ich als Mitarbeiter von Ulrich Fässler. Diese beiden Anwälte hatten einige Jahre zuvor eine gemeinsame Kanzlei gegründet, die sie als Kanzleigemeinschaft betrieben. Sie hatten schon früh erkannt, dass das Zusammengehen mehrerer Anwälte die Schlagkraft des einzelnen erhöht und daher den Marktauftritt verbessert. Sie legten Wert auf eine moderne Organisation und gute technische Ausrüstung ihres Betriebs und erteilten dem Rechtspraktikanten KOLLER daher den Auftrag, eine Studie zur Zulässigkeit einer Anwalts-AG zu verfassen. Er stützte sich darin auf

* Prof. Dr. iur. WALTER FELLMANN, Professor für Privatrecht an der Universität Luzern, Rechtsanwalt in Luzern, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht.

einen Entscheid der Anwaltskammer des Kantons Luzern vom 3. Dezember 1969.¹

In diesem Entscheid hatte die Anwaltskammer die Zulässigkeit einer Kanzleigemeinschaft von zwei Anwälten zu beurteilen. Diese hatten für ihre Kanzleigemeinschaft die Form der Aktiengesellschaft gewählt und zu diesem Zweck die «X. AG» gegründet. Die X. AG war Mieterin der Bürolokale und Eigentümerin des gesamten Mobiliars (Büromöbel, Maschinen, Bibliothek usw.), mit Ausnahme der Akten und der Klientenkartotheken der Anwälte. Die X. AG kaufte das für den Betrieb notwendige Material und besass für ihren Zahlungsverkehr ein eigenes Postcheckkonto. Zwischen der X. AG und den beiden Anwälten bestand ein Vertrag, wonach die X. AG den Anwälten die Räumlichkeiten und Einrichtungen zur Verfügung stellte und ihnen die Schreibarbeiten besorgte. Dafür bezahlten ihr die Anwälte eine Entschädigung, wofür monatlich Rechnung gestellt wurde.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit dieser Organisationsform kam die Anwaltskammer zum Schluss, gegen eine solche Organisation der Kanzleigemeinschaft sei standesrechtlich nichts einzuwenden, solange die Aktiengesellschaft wirtschaftlich und organisatorisch in den Händen der beiden beteiligten Anwälte sei. Denn solange das der Fall sei, bestehe standesrechtlich gesehen in Bezug auf die Verantwortlichkeit für die Kanzleiführung kein Unterschied zu einer Kanzleigemeinschaft in der Form der einfachen Gesellschaft. Die Anwälte trügen als Aktionäre und Organe der Aktiengesellschaft ausschliesslich die Verantwortung für eine standesrechtlich korrekte Kanzleiführung. Die nach Standesrecht und nach Gesellschaftsrecht Verantwortlichen seien identisch. Es sei niemand da, der als Nichtanwalt ausserhalb des Standesrechts stehend kraft seiner Stellung als Mehrheitsaktionär oder Organ der Gesellschaft Einblick in die Tätigkeit der Kanzlei und damit in die Tätigkeit der beiden Anwälte nehmen oder die Kanzleiführung gar beeinflussen könnte.²

Nach Einschätzung der Anwaltskammer konnten sich Anwälte schon damals zum Zwecke der gemeinsamen Berufsausübung zusammenschliessen. Man spreche hierbei von einer sog. Sozietät. Der Zusammenschluss könne sich aber auch auf eine blosse Kanzleigemeinschaft beschränken. Die Verbindung zwischen den Anwälten bestehe in diesem Falle lediglich darin, dass sie gewisse Büroeinrichtungen gemeinsam benutzten. Im zu beurteilenden Fall handle es sich offenkundig nicht um eine gemeinschaftliche Berufsausübung (Sozietät). Aus den Akten gehe vielmehr hervor, dass jeder seine eigene Anwaltspraxis führe. Sie seien für die Klienten nicht als gemeinsame Beauftrag-

¹ Entscheidungen des Obergerichts des Kantons Luzern und der Anwaltskammer (Maximen), Elfter Band (1. Januar 1961 bis 31. Dezember 1970), Nr. 736, S. 756 ff.

² Max. XI Nr. 736, S. 757 f.

te tätig. Es erübrige sich daher zu prüfen, in welcher Rechtsform eine Sozietät gekleidet sein müsse bzw. ob eine Sozietät auch unter der Rechtsform einer Handelsgesellschaft geführt werden könne.

Gestützt auf diesen Entscheid kam THOMAS KOLLER in seiner Beurteilung zum Schluss, die Gründung einer Aktiengesellschaft als Dienstleistungsorganisation zum Betrieb einer Anwaltskanzlei sei zulässig. Die von der Anwaltskammer nicht beurteilte Frage, ob eine Sozietät auch unter der Rechtsform einer Handelsgesellschaft geführt werden könne, verneinte er hingegen – in Übereinstimmung mit der damaligen Praxis.³

Die weitere Geschichte der Kanzlei Fässler & von Düring und deren Plan, eine Aktiengesellschaft zu gründen, ist schnell erzählt: Nach meinem (Wieder-)Eintritt in diese Kanzlei im Jahr 1983, vorerst als Mitarbeiter, erhielt ich von den beiden Partnern den Auftrag, als Dienstleistungsorganisation die Präter Kanzlei AG zu gründen. Da die Abrechnung zwischen den Partnern und dieser Gesellschaft nach Einführung der Mehrwertsteuer zu kompliziert wurde, lösten sie diese 1994 auf und gründeten zur gemeinschaftlichen Ausübung der Anwaltstätigkeit eine Kollektivgesellschaft, aus der schliesslich die heutige Fellmann Tschümperlin Lötscher AG hervorging.⁴

II. Anwaltssozietät als Anwalts-AG oder Anwalts-GmbH

A. Unabhängigkeit als *pièce de résistance*

Wie der Entscheid der Anwaltskammer des Kantons Luzern vom 3. Dezember 1969 zeigt, ist Kern und Angelpunkt der Zulässigkeit von Rechtsformen

³ Vgl. WALTER FELLMANN: Rechtsformen der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten, in: Aktuelle Anwaltspraxis 2003, hrsg. von Walter Fellmann und Tomas Poledna, Bern 2004, 47; RETO SANNWALD: Rechtsformen für freie Berufe – eine Auslegeordnung, in: Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, hrsg. von Peter Ruf und Roland Pfäffli, Langenthal 2003, 260.

⁴ Der Entscheid, in meinem Beitrag für die «Festschrift Koller» davon zu berichten, erfolgte nicht ganz aus freien Stücken, war ich damals doch «über beide Ohren» mit der zweiten Auflage meines Buchs «Anwaltsrecht» beschäftigt. Was lag daher näher, als aus der Not eine Tugend zu machen. Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich daher nach dem Vorbild von Reader's Digest auf § 2/I/D. («Öffentlich-rechtliches Berufsrecht», «Projekt zur Schaffung eines umfassenden Anwaltsgesetzes», N 74 ff.), § 7 («Rechtsformen der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten», N 1969 ff.) und § 8 («Zukunft des Anwaltsberufs», N 2061 ff.) und geben auszugsweise (nur) die Erkenntnisse wieder, die ich dort in der 2. Auflage des Buchs «Anwaltsrecht» wiedergegeben habe. Nachgetragen habe ich Überlegungen, die sich seither aus der Entwicklung von «Legal Tech» und aus dem Urteil des Bundesgerichts vom 15. Dezember 2017 (2C_1054/2016/2C_1059/2016) zum Verbot von multidisziplinären Partnerschaften ergeben haben.

zur Organisation einer Anwaltskanzlei die Frage, ob die Unabhängigkeit der beteiligten Anwälte gewährleistet ist. Das BGFA befasst sich in zwei Bestimmungen mit der Unabhängigkeit des Anwalts: In Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA macht es die Unabhängigkeit zur persönlichen Voraussetzung für den Registereintrag. Danach müssen die Anwältinnen und Anwälte «in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind». In Art. 12 lit. b BGFA wird die Verpflichtung zur unabhängigen Ausübung des Anwaltsberufs zur Berufsregel erhoben. Danach üben die Anwältinnen und Anwälte «ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung aus». Bei Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA geht es um die «institutionelle Unabhängigkeit»;⁵ Art. 12 lit. b BGFA hat «die Unabhängigkeit im Zuge der Berufsausübung»⁶ zum Thema.⁷ Eine Definition dieser Unabhängigkeit sieht das Gesetz jedoch nicht vor. National- und Ständerat haben es vielmehr dem Bundesgericht überlassen, die Kriterien der anwaltlichen Unabhängigkeit festzulegen.

In einem Urteil vom 8. Januar 2001 führte das Bundesgericht mit Blick auf die neue Regelung des BGFA aus, die Unabhängigkeit des Anwalts solle grösstmögliche Freiheit und Sachlichkeit bei der Interessenwahrung gegenüber dem Klienten wie gegenüber dem Richter gewährleisten. Sie bilde die Voraussetzung für das Vertrauen in den Anwalt und die Justiz. Wer sich an einen Anwalt wende, solle gewiss sein dürfen, dass dieser in keiner Weise an einen Dritten gebunden sei, dessen Interessen den eigenen in irgendeiner Weise entgegenstehen könnten. Bei angestellten Anwälten, deren Arbeitgeber nicht selbst Anwalt sei, bestehe eine nicht unerhebliche – konkrete und nicht bloss abstrakte – Gefahr der Beeinflussung des angestellten Rechtsanwalts bei der Betreuung von Mandanten. Im Sinne einer klaren, transparenten und auch für den Rechtssuchenden überblickbaren Ordnung erweise sich daher der generelle Ausschluss der von Treuhandgesellschaften oder anderen Unternehmen angestellten Anwälte von der Monopoltätigkeit als geeignet und verhältnismässig, um die Unabhängigkeit des Anwaltsstandes zu garantieren.⁸

⁵ HANS NATER: Anwaltsrecht, in: Aktuelle Anwaltspraxis 2001, hrsg. von Walter Fellmann und Tomas Poledna, Bern 2002, 439 ff., 443.

⁶ NATER (Fn. 5), 443.

⁷ Vgl. auch FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET: Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, N 1329; WALTER FELLMANN: Anwaltsrecht, 2. Aufl., Bern 2017, N 315; KASPAR SCHILLER: Schweizerisches Anwaltsrecht: Grundlagen und Kernbereich, Zürich 2009, N 1019; MICHEL VALTICOS: Loi sur les avocats, hrsg. von Michel Valticos, Christian M. Reiser und Benoît Chappuis, Art. 12 BGFA bearbeitet von Michel Valticos, Basel 2010, Art. 12 N 73 ff.

⁸ Urteil des Bundesgerichts vom 8. Januar 2001 (2P.187/2000) E. 4c.

B. Zulässigkeit der Organisationsform der Körperschaft

Zur Zulässigkeit der Organisationsform der Körperschaft für Anwaltskanzleien äusserte sich das Bundesgericht damals nicht. Für den Anwaltsberuf stellte sich nach dem Inkrafttreten des BGFA (am 1. Juni 2002) die Frage, ob das Gesetz den Zusammenschluss mehrerer Anwälte in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft gestatte.

Nachdem die Anwaltskommission des Kantons Obwalden mit Verfügung vom 29. Mai 2006 den Zusammenschluss von drei Anwälten in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft für zulässig erklärt hatte,⁹ stellte in einem Entscheid vom 5. Oktober 2006 auch die Zürcher Aufsichtscommission fest, in einer von Anwälten beherrschten Aktiengesellschaft würden auch die von ihr angestellten Anwälte über die erforderliche Unabhängigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA verfügen. Mit einer geeigneten Ausgestaltung der Aktiengesellschaft könne nämlich ausgeschlossen werden, dass nicht im Anwaltsregister eingetragene Personen auf die angestellten Anwälte Einfluss nähmen. Subordinationsverhältnisse, wie sie bei Anstellungen von Anwälten bei Treuhand- und Versicherungsgesellschaften oder bei Banken häufig bestünden, liessen sich damit von vornherein vermeiden.¹⁰ Dieser Auffassung schlossen sich in den Jahren 2007 und 2008 die Aufsichtscommissionen der Kantone Aargau, Basel-Stadt, Bern, Graubünden, Luzern, Schwyz, Tessin, Uri, Waadt, Wallis und Zug an.¹¹

In BGE 138 II 440 folgte am 7. September 2012 auch das Bundesgericht dieser Meinung. Nach seiner Auffassung bezweckt Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA, die Unabhängigkeit der anwaltlichen Tätigkeit sicherzustellen. Die Norm wolle diejenigen Beeinflussungen ausschliessen, die sich aus einer Anstellung ergeben könnten. Der Gesetzgeber habe allerdings nicht alle Anstellungsverhältnisse als unvereinbar mit der Unabhängigkeit erachtet. Das zeige Art. 8 Abs. 2 BGFA, der Anstellungen bei anerkannten gemeinnützigen Organisationen erlaube, aber auch Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA selber, der Anstellungen bei Personen zulasse, die ihrerseits in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen seien. Nicht anders sei es, wenn die Anstellung nicht bei den registrierten Anwälten selber, sondern bei einer körperschaftlich organisierten Anwaltskanzlei erfolge, die vollständig von diesen Anwälten beherrscht werde. Das formale Argument, dass juristische Personen selber nicht im Anwaltsregister eingetragen werden könnten, erscheine mit Blick auf die Unabhän-

⁹ Verfügung der Anwaltskommission des Kantons Obwalden vom 29. Mai 2006 (AKO 06/001/ab) E. 3.4.

¹⁰ ZR 2006 294 ff., 299 f.

¹¹ GAUDENZ G. ZINDEL: Anwaltsgesellschaften in der Schweiz, SJZ 2012, 253 m.w.H.; zum Ganzen vgl. FELLMANN (Fn. 7), N 2012.

gigkeit ohne Bedeutung. Die Wirkung der Anstellung sei unter diesem Gesichtspunkt dieselbe, wie wenn sie direkt bei einem registrierten Anwalt erfolge. Ob die Unabhängigkeit gegeben sei, hänge nicht von der Rechtsform einer Anwaltskanzlei, sondern von deren konkreten Organisationsstruktur ab. Sei diese so ausgestaltet, dass lediglich registrierte Anwälte auf die Anstellung Einfluss nehmen könnten, sei die erforderliche Unabhängigkeit gewahrt. Diese Voraussetzung könne auch bei Körperschaften erfüllt werden. Der Zweck von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA erfordere demnach nicht, körperschaftliche Rechtsformen von Anwaltskanzleien generell zu untersagen.¹²

Das Bundesgericht hatte in BGE 138 II 440 nicht darüber zu befinden, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen auch eine branchenübergreifende Organisationsform (*Multidisciplinary Partnership*), an der neben registrierten Anwälten auch Nichtanwälte bzw. nicht registrierte Anwälte Gesellschaftsanteile besitzen, mit dem Unabhängigkeitsgebot von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA vereinbar ist.¹³ Demgegenüber erklärte die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte im Kanton Zürich in ihrem Beschluss vom 5. Oktober 2006¹⁴ nicht nur den Zusammenschluss von Anwälten in der Rechtsform der Aktiengesellschaft, sondern auch multidisziplinäre Partnerschaften für zulässig.¹⁵ Anwälte hätten seit jeher breitgefächerte Tätigkeiten ausgeübt und neben Rechtsberatung und Vertretungen in Verfahren auch Banken- und Immobiliengeschäfte, Makler-, Treuhand- und Sachwaltergeschäfte übernommen. Solche Tätigkeiten müssten aber vorab von Anwälten ausgeübt werden, damit der Zweck der Anwaltskanzlei erhalten bleibe. Soweit andere Fachleute als Mitarbeiter oder Gesellschafter beigezogen würden, müsse deren Mitwirkung in engem Zusammenhang mit der Anwaltstätigkeit stehen. Eine solche Ausdehnung der geschäftlichen Tätigkeit dürfe nur Nebenzwecken dienen.¹⁶ Auch bei multidisziplinären Partnerschaften müsse der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb einer Anwaltskanzlei beschränkt bleiben. Baue eine Anwalts-AG nämlich ihre Tätigkeit auf Treuhand, Vermögensverwaltung oder Immobilienhandel aus, entstünden exakt die Interessenkonflikte, deretwegen bei andern Unternehmen tätigen Anwälten die für den Registereintrag erforderliche Unabhängigkeit abgesprochen werde.¹⁷ Anders als die Anwaltskommission des Kantons Obwalden ist die Aufsichtskommission

¹² BGE 138 II 440, 456 f.; zum Ganzen vgl. FELLMANN (Fn. 7), N 2013.

¹³ BGE 138 II 440, 463.

¹⁴ ZR 2006, 294 ff.; vgl. dazu auch Entscheid der Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Luzern vom 3. November 2008, LGVE 2008 I Nr. 39, S. 88 ff. = SJZ 2009, 342 ff.

¹⁵ ZR 2006, 301, in E. IV.5 des Beschlusses wird allerdings darauf hingewiesen, dass eine Minderheit der Kommission der Auffassung gewesen sei, die Zulassung multidisziplinärer Partnerschaften erfordere eine Änderung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA.

¹⁶ Vgl. auch LGVE 2010 I Nr. 32, S. 32, 58 f.

¹⁷ ZR 2006, 300 f.

sion über die Anwältinnen und Anwälte im Kanton Zürich aber nicht der Meinung, bei der Umschreibung des Zwecks in den Statuten müsse eigens darauf hingewiesen werden, die Rechtsdienstleistungen müssten stets unter Beachtung des BGFA erbracht werden.¹⁸ Die Beherrschung der Anwalts-AG durch eingetragene Anwälte ist nach Auffassung der Zürcher Aufsichtskommission bei einer multidisziplinären Partnerschaft dadurch sicherzustellen, «dass auf allen Entscheidungsebenen (in der Generalversammlung, im Verwaltungsrat und – eingeschränkt auf mandatsbezogene Belange – auch in der Geschäftsleitung) Beschlüsse (Sachgeschäfte und Wahlen) nur zustande kommen, wenn die zustimmende Mehrheit, welche die gesetzlichen oder statutarisch vorgegebenen Quoren erreicht, mehr (nach Köpfen gezählt) eingetragene Anwältinnen und Anwälte als nicht eingetragene Personen auf sich vereinigt.»¹⁹ Im Verwaltungsrat müsse der bestimmende Einfluss der im Anwaltsregister eingetragenen Mitglieder (auch) dadurch zum Ausdruck kommen, dass ihm mehrheitlich eingetragene Mitglieder angehörten.²⁰ Zudem müssten das Präsidium im Verwaltungsrat und die Leitung der Generalversammlung einem im Anwaltsregister eingetragenen Mitglied des Verwaltungsrats übertragen werden.²¹ Soweit Leitungsausschüsse oder Geschäftsführungen bestellt würden, dürften mit der mandatsbezogenen Geschäftsführung nur eingetragene Anwälte betraut werden. Alle andern Aufgaben dürften nicht eingetragenen Personen überlassen werden.²² Schliesslich sei durch die Vinkulierung von Namensaktien dafür zu sorgen, dass die beherrschende Stellung der im Anwaltsregister eingetragenen Aktionäre in der Generalversammlung der Anwalts-AG auf Dauer erhalten bleibe.²³

In einem (zur Publikation bestimmten) Urteil vom 15. Dezember 2017 (2C_1054/2016/2C_1059/2016) hat das Bundesgericht der branchenübergreifenden Organisationsform (*Multidisciplinary Partnership*) jedoch eine Absage erteilt. Es kam zum Schluss, «seule une étude d'avocats organisée en personne morale dont l'actionariat et le conseil d'administration sont composés exclusivement d'avocats inscrits dans un registre cantonal permet d'assurer que l'employeur offre lui-même les garanties nécessaires.» *Roma locuta causa finita!* Es ist nicht davon auszugehen, dass sich an dieser Einschätzung in den nächsten Jahren etwas ändern wird; multidisziplinäre Partnerschaften sind daher nicht (mehr) zulässig. Dies schliesst freilich nicht aus, dass eine Anwaltskanzlei bei Bedarf Nichtanwältinnen als (unselbständige) Mitarbeiter anstellt, etwa Buchhalter, Treuhänder etc., wenn dafür bei der Führung von

¹⁸ ZR 2006, 301 f.

¹⁹ ZR 2006, 302 f.; vgl. auch BGE 138 II 440, 463.

²⁰ ZR 2006, 303 f.

²¹ ZR 2006, 303.

²² ZR 2006, 303.

²³ ZR 2006, 303; zum Ganzen vgl. FELLMANN (Fn. 7), N 2016.

Mandaten Bedarf besteht. Diesen fehlt aber in Zukunft ein institutionalisiertes, gesellschaftsrechtliches Mitspracherecht, wenn es um strategische Fragen geht. Mit dem Entscheid, Nichtanwältinnen eine gleichberechtigte Partnerschaft zu untersagen, verwehrt das Bundesgericht den Anwälten daher, sich als Unternehmen vom traditionellen Anwaltsgeschäft zu entfernen, um der Konkurrenz Paroli zu bieten, die ihrerseits in den Markt der Rechtsberatung einbricht. Damit schwächt es ohne Not ihre Stellung im Wettbewerb, hat doch die Zürcher Aufsichtscommission in ihrem Entscheid vom 5. Oktober 2006 gezeigt, dass es auch anders gehen würde.

III. Umbruch im Anwaltsmarkt als Anlass

A. Einleitung

Ich habe schon 2004 unter Verweis auf FRANK E. R. DIEM festgestellt,²⁴ dass erst eine gut geplante, strukturierte und organisierte Zusammenarbeit von spezialisierten Rechtsanwältinnen grössere Transaktionen ermöglichen. Aber auch in anderen Bereichen verlangten die Klienten vom Anwalt immer öfter Dienstleistungen, die nur eine grössere Organisation, vielfach sogar nur eine internationale Grosskanzlei, mit der erforderlichen Effizienz zu erbringen vermöge. Das ändere nichts daran, dass es auch weiterhin Platz für erfolgreiche Einzelanwältinnen oder kleinere Anwaltsgemeinschaften gebe.²⁵ Dies wiederum heisse aber nicht, dass den grösseren Sozietäten nicht möglichst schnell Organisationsformen zur Verfügung gestellt werden müssten, die es ihnen erlaubten, auf dem Markt erfolgreich zu operieren.²⁶

Es waren denn auch vor allem grössere Kanzleien auf dem Platz Zürich, die Druck gemacht und seit 2003 auf die Zulassung der Organisationsformen der juristischen Person hingewirkt haben.²⁷ Deren schnelle Verbreitung nach den Entscheiden der Aufsichtsbehörden in Obwalden und Zürich zeigt, dass die Zulassung der Organisationsformen der juristischen Person einer wirtschaftlichen Notwendigkeit entspricht. In der Tat fordert der Umbruch im Anwalts-

²⁴ WALTER FELLMANN: Anwaltsgesellschaften: Zum Stillstand der Arbeiten im SAV – eine Replik zum Bericht von Ulrich Hirt in der Anwaltsrevue 6–7/2004, 223 f., in: Anwaltsrevue 8/2004, 277 ff.

²⁵ FRANK E. R. DIEM: Kooperationen, in: Anwalts-Marketing, hrsg. von Werner Pepels und Brunhilde Steckler, München 2003, 116.

²⁶ FELLMANN (Fn. 24), 277; vgl. auch FELLMANN (Fn. 3), 47 ff.; PETER NOBEL: Rechtsformen der Zusammenarbeit von Anwälten: Organisationsfreiheit für Anwälte!, in: Schweizerisches Anwaltsrecht, hrsg. von Walter Fellmann, Claire Huguenin, Tomas Poledna, Jörg Schwarz, Bern 1998, 339 ff.

²⁷ Vgl. ZINDEL (Fn. 11), 249.

markt, auf den im Folgenden einzugehen ist, schlagkräftige Organisationsformen, die in der Lage sind, den neuen Kundenbedürfnissen gerecht zu werden.

B. Umbruch im Anwaltsmarkt

Mit LEO STAUB ist festzuhalten: «Der Markt für rechtliche Dienstleistungen steckt in einer Phase des fundamentalen Umbruchs!». Nach seiner Meinung bekommen Anwaltskanzleien den Paradigmen-Wechsel ganz besonders deutlich zu spüren. Rezepte, die in den letzten drei Jahrzehnten feste Garanten für den Erfolg gewesen seien, nämlich Spezialisierung, Internationalisierung und professionelle Exzellenz, griffen nicht mehr automatisch. Gefragt seien diese Attribute erfolgreicher Mandatsarbeit zwar nach wie vor. Hinzugekommen seien aber Anforderungen wie der Zwang zur Nutzung neuester Technologien, die Fähigkeit zur Zusammenarbeit mit Wettbewerbern bei der Arbeit über mehrere Wertschöpfungsstufen hinaus, Exzellenz im Service, höchste Prozesseffizienz oder etwa die Bereitschaft zur Anwendung alternativer Honorarmodelle, um nur einige zu nennen. Die 2008 einsetzende Finanzkrise habe diesen Bruch mit tradierten Vorstellungen der Kanzleiführung wohl nicht verursacht, ganz bestimmt aber akzentuiert. Als Folge dieser Entwicklungen blase ein sehr steifer Wind im Kanzleimarkt. Im obersten Qualitätssegment für wirtschaftsrechtliche Dienstleistungen finde kaum mehr Wachstum statt. Angesagt sei vielmehr die konsequente Fokussierung auf das «*high-end*». Enorme Zuwächse dagegen verzeichneten insbesondere im angelsächsischen Raum Anbieter von stark standardisierten rechtlichen Dienstleistungen. Gemeint sei der Aufschwung im Bereich des sogenannten *Legal Process Outsourcing* (LPO), das von der weitgehend automatisierten Herstellung rechtlicher Teilleistungen in einem zunehmend dis-aggregierten Markt lebe. Besonders stark verunsichert sei das grosse Marktsegment dazwischen, jenes im Sandwich zwischen «oben» und «unten». Vielen Kanzleien fehle schlicht die Kraft zu klarer strategischer Positionierung. Wo es darum ginge, nach Einzigartigkeit und Differenzierung zu streben, greife Ratlosigkeit und hektische Betriebsamkeit um sich.²⁸

Was MARKUS HARTUNG für den Rechtsmarkt in Deutschland feststellt, gilt auch in der Schweiz: Der Rechtsmarkt ist ein Käufermarkt.²⁹ Zwar dürfte auch in der Schweiz das Honorarvolumen für Rechtsberatung immer noch wachsen. Es drängen jedoch jedes Jahr mehr Anwälte auf den Markt. Neben

²⁸ LEO STAUB: Ein moderner Ansatz des Kanzleimanagements, in: Stephanie Hartung, Die Kanzlei als erfolgreiche Marke, Wiesbaden 2015, V f. (Vorwort).

²⁹ MARKUS HARTUNG: Game over? Zum Stand der Dinge, in: Stephanie Hartung, Die Kanzlei als erfolgreiche Marke, Wiesbaden 2015, IX (Vorwort).

ihnen gibt es immer mehr nichtanwaltliche Anbieter juristischer Dienstleistungen.³⁰ MICHAEL HÜPPI wies in seiner Lagebeurteilung für den Anwaltsberuf vom März 2012 darauf hin, in den vergangenen 20 Jahren habe sich die Zahl der Rechtsanwälte in der Schweiz in etwa verdoppelt, wobei das Angebot an Rechtsdienstleistungen stärker gestiegen sei als deren Nachfrage. Dies habe zu verstärkter Konkurrenz unter den Anwälten geführt.³¹ Nach der Analyse von Hüppi ist der Mitgliederbestand des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV) von 6652 im Jahr 2002 innerhalb von zehn Jahren auf 8860 im Jahre 2012 angestiegen. Dies entspreche einem Zuwachs von 24,9 %. Gleichzeitig seien auch immer grössere Anwaltskanzleien entstanden. So gebe es am 1. Januar 2012 schweizweit bereits zwölf Kanzleien mit mehr als 50 Anwälten, eine davon sogar mit mehr als 100. Diese zwölf Kanzleien beschäftigten per 1. Januar 2012 zusammen insgesamt 924 Mitglieder des SAV, was 104 % aller SAV-Mitglieder entspreche. Demgegenüber übten per 1. Januar 2012 nur noch 787 Mitglieder des SAV den Anwaltsberuf in einer sogenannten Einzelkanzlei aus. Dies entspreche lediglich 8,8 % aller Mitglieder des SAV.³²

In der Schweiz sind als Konkurrenten der Anwälte nicht nur andere Anwälte, sondern auch nichtanwaltliche Dienstleistungserbringer, namentlich die Rechtsschutzversicherungen, zu erwähnen, die aufgrund der zunehmenden Verbreitung von Rechtsschutzversicherungsverträgen bei Privaten und Unternehmen schnell wachsen und daher das Angebot versicherbarer Rechtsschutzfälle laufend erweitern können. Anders als in Deutschland unterliegen sie in der Schweiz hinsichtlich der Rechtsberatung keinerlei Restriktionen.³³ Sie erledigen hierzulande daher ca. 75 % ihrer Fälle ohne Beiziehen externer Rechtsanwälte³⁴ und bedrohen so in der Schweiz kleine und mittlere Kanzleien in ihrer Existenz.³⁵

MICHAEL HÜPPI konstatiert ebenfalls, während früher klar gewesen sei, dass rechtliche Beratung und Beistand bei den freischaffenden Anwälten gesucht werden müsse, drängten heute zunehmend «branchenfremde» Akteure auf den Markt, welcher traditionell den Anwälten vorbehalten gewesen sei. So

³⁰ FELLMANN (Fn. 7), N 2086 mit Verweis auf LEO STAUB: Festlegung der Kanzlei-strategie – Einführung und Übersicht, in: Management von Anwaltskanzleien, Erfolgreiche Führung von Anwaltsunternehmen, hrsg. von Leo Staub und Christine Hehli Hidber, Zürich, Basel, Genf 2012, N 3.

³¹ MICHAEL HÜPPI: Anwaltsberuf: Lagebeurteilung, in: Anwaltsrevue 2012, 134; vgl. auch BRUNO MASCELLO: Innovation als Strategie bei Rechtsmarktveränderungen, in: Anwaltsrevue 2015, 60.

³² HÜPPI (Fn. 31), 133; zur internationalen Entwicklung vgl. BRUNO MASCELLO: Anwalt 2020: Megatrends, Auswirkungen und Reaktionen, in: Anwaltsrevue 2015, 402.

³³ Vgl. dazu FELLMANN (Fn. 7), N 1732 ff. vorne.

³⁴ Vgl. dazu FELLMANN (Fn. 7), N 1736 vorne.

³⁵ Vgl. dazu FELLMANN (Fn. 7), N 1739 und 2090; vgl. auch MASCELLO (Fn. 31), 60.

würden auch grosse Banken, Versicherungen und Treuhandfirmen ihren Kunden vermehrt Rechtsberatung anbieten und auch die Rechtsabteilungen von Unternehmen bemühten sich um die «Zuerkennung anwaltlicher Privilegien» für ihre Angestellten, die sogenannten Unternehmensjuristen.³⁶

BRUNO MASCELLO ist zwar der Meinung, zur Dienstleistung «*legal services*» gebe es keine Alternativen oder Substitutionsprodukte. Auch er stellt aber fest, die Zahl der Anbieter, auch der alternativen, steige konstant und schaffe damit einen grossen und wachsenden Wettbewerb. Es herrsche grosse Konkurrenz, nicht zuletzt wegen der tiefen Kapitalintensität dieser Tätigkeit und der geringen Markteintrittskosten für neue Anbieter.³⁷ In seiner Zukunftsprognose «Anwalt 2020» weist er darauf hin, die Liberalisierungstendenz im Rechtsdienstleistungsmarkt würde sich vermutlich weiter akzentuieren und die bestehenden Entwicklungen weiterführen. Das Anwaltsmonopol werde weiter aufgeweicht, anwaltliche Privilegien würden Dritten zuerkannt (z.B. *Client-Attorney-Privileg* an Unternehmensjuristen), Markteintrittsschranken fielen weg, neue Gesellschaftsformen seien möglich (Kanzlei-AG) und Werbemöglichkeiten würden erweitert. Ob das Anwaltsgeheimnis so stabil wie das Arztgeheimnis bleibe oder ihm die gleiche Gefahr wie dem Bankgeheimnis drohe, bleibe noch abzuwarten. Auf jeden Fall werde der Wettbewerbsdruck steigen.³⁸

Auch LEO STAUB konstatiert insbesondere im Markt für wirtschaftsrechtliche Dienstleistungen einen enormen Druck auf die Honoraransätze. Ein immer grösserer Teil dieser Dienstleistungen werde von den nachfragenden Unternehmen als *Commodity* betrachtet, als nicht exklusives Gut also, das von einer Vielzahl von Anbietern bezogen werden könne. Anwaltliche Dienstleistungen würden daher im normalen Beschaffungsprozess – wie Rohstoffe oder Büromaterial – eingekauft. Bei grösseren Projekten würden Anwaltskanzleien deshalb aufgefordert, ihre Dienstleistungen im Wettbewerb mit anderen Kanzleien zu offerieren. Damit verbunden sei eine Abnahme der Mandantentreue.³⁹

Auch in der juristischen Grundversorgung von Privatpersonen und regional tätigen Unternehmen werden inzwischen Spezialisten nachgefragt. Dies zwingt zu Wachstum, wenn sich das Angebot einer Kanzlei nicht auf einige wenige, besser noch – weil eben spezialisierter – auf ein Rechtsgebiet beschränkt, man mithin den Markt als «Boutique» erobern will. Zu Recht sprach KARLHEINZ QUACK schon am Deutschen Anwaltstag des Jahres 1975 von

³⁶ HÜPPI (Fn. 31), 133; vgl. auch MASCELLO (Fn. 32), 402; DERS. (Fn. 31), 60.

³⁷ MASCELLO (Fn. 32), 402.

³⁸ MASCELLO (Fn. 32), 404.

³⁹ STAUB (Fn. 30), N. 5 f.; LEO STAUB: Strategieentwicklung in der Anwaltskanzlei, in: *Anwaltsrevue* 2009, 300.

einem «Trend zur Kooperation» und stellte sich den Anwalt in seiner Zukunftsvision vor «im Team mit andern, spezialisiert auf bestimmte Rechtsgebiete, universell durch die Kooperation einer Vielzahl von Spezialisten».⁴⁰ Diese Vision ist Wirklichkeit geworden. Die potente Geschäftswelt ruft für ihre Rechtsberatung und wenn es einen Prozess zu führen gilt auch im Binnenmarkt längst nach Spezialisten. Und mittlerweile begreift auch die private Kundschaft, dass zwangsläufig erfolgreicher ist, wer sich voll darauf konzentriert, die gleiche Leistung immer besser zu machen als jemand, der seine Kräfte in allen möglichen Aktivitäten zersplittert und am Ende gar nichts richtig macht.⁴¹

Auch MARKUS HARTUNG stellte 2013 in einem Interview für den deutschen Anwaltsmarkt die These auf, auf dem Anwaltsmarkt werde es eine starke Zweiteilung geben; bei ihm sieht die Segmentierung aber nochmals anders aus: Es werde auf der einen Seite zu einer zunehmenden Standardisierung in bestimmten Rechtsbereichen kommen, beispielsweise im Miet- oder Verkehrsrecht. Für viele dieser Fragen brauche man keinen Anwalt. Auf der anderen Seite brauche es bei rechtlichen Auseinandersetzungen, bei denen es um hohe Summen oder viele Anspruchsberechtigte bzw. Geschädigte gehe, Anwälte mit grosser Erfahrung und Expertise. Der Anwaltsmarkt werde sich also in effizient aufgestellte Spezialisten und erfahrene, fachgebietsübergreifende Experten aufteilen. Anwälte, die weder hochgradig spezialisiert seien noch über fachübergreifende, langjährige Expertise verfügten, würden es zunehmend schwer haben. Durch die steigende Standardisierung werde es möglich, Tätigkeiten aus dem Anwaltsalltag zunehmend an juristische Fachkräfte auszugliedern. So sehe man bereits heute im Bereich von bestimmten Rechtsdienstleistungen, wie dem professionellen Forderungsmanagement, dass es selbst für qualifizierte Tätigkeiten in diesem Bereich nicht unbedingt einen Anwalt brauche.⁴² Diese Einschätzung für den deutschen Anwaltsmarkt dürfte sich ohne Weiteres auf die Schweiz übertragen lassen.

BRUNO MASCELLO rechnet ebenfalls mit einem weiteren Bedarf an Spezialisierung (z.B. auf bestimmte Zielgruppen und/oder als Boutique auf ein Segment oder Fachgebiet), wodurch die Fachanwaltschaft an Bedeutung gewinnen werde. Gleichzeitig warnt er aber vor der Erwartung, dass wegen der

⁴⁰ KARLHEINZ QUACK: Sinn und Grenzen anwaltlicher Unabhängigkeit heute, NJW 1975, 1341.

⁴¹ KERSTIN FRIEDRICH/FREDMUND MALIK/LOTHAR SEIWERT: Das grosse 1x1 der Erfolgsstrategie, 13. Aufl., Offenbach 2009, 21; zum Ganzen vgl. auch WALTER FELLMANN: Wachstumsstrategien im Anwaltsgeschäft, in: Management von Anwaltskanzleien, Erfolgreiche Führung von Anwaltsunternehmen, hrsg. von Leo Staub und Christine Hehli Hidber, Zürich, Basel, Genf 2012, N 9 ff.

⁴² MARKUS HARTUNG: Die Zukunft der Anwaltschaft, in: LEGAL NEWS für innovative Dienstleistungen rund ums Recht, September 2013.

Spezialisierung alleine auch höhere Honorare gefordert werden könnten. Wegen des wachsenden Konkurrenzkampfs werde die Spezialisierung zum eigentlichen Standard werden und am Ende werde der Kunde den durch die Fachausbildung erzielten Effizienzgewinn abschöpfen wollen. Der Spezialisierungsgrad werde mit der Grösse der Kanzlei zwangsläufig ansteigen; eine umsichtige strategische Planung werde damit umso wichtiger. Um eine ganzheitliche Betreuung der Mandanten sicherzustellen, werde deshalb die Vernetzung immer wichtiger. Damit werde die intensivere Bildung und Pflege von Kooperationen und Netzwerken erforderlich sowie die Entwicklung neuer Organisations- und Zusammenarbeitsformen.⁴³

Wie erwähnt wächst mit dieser Entwicklung der Bedarf an schlagkräftigen Organisationsformen, die sich auch im Marketing gut als solche «verkaufen» lassen. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, bleibt die Entwicklung nicht auf die Gesellschaftsform beschränkt, sondern verändert auch das Bild des Anwalts im Publikum und das Selbstverständnis von Anwältinnen und Anwälten.

IV. Auswirkungen auf den Anwaltsberuf

A. (Rechts-)Verhältnis zwischen Anwalt und Klient

Der Marktauftritt von Anwältinnen und Anwälten hat sich schon vor dem Erscheinen körperschaftlich organisierter Kanzleien stark verändert. Die Erkenntnis, dass Anwältinnen und Anwälte letztlich kaufmännische Unternehmen führen, indem sie im Hinblick auf eine möglichst hohe Rentabilität ihre Geschäftstätigkeit planen, Organisationsbelangen besondere Aufmerksamkeit schenken, einer optimalen Finanzierung Sorge tragen, wirksame Werbung betreiben etc., öffnete ihnen dann den Zugang zu neuen Rechtsformen der Zusammenarbeit, namentlich zur Kollektivgesellschaft und nun auch zur Rechtsform der Körperschaften.⁴⁴ Wird die Anwaltskanzlei zur Anwalts-AG oder Anwalts-GmbH, schliesst der Klient den Anwaltsvertrag nicht mehr mit dem einzelnen Anwalt, sondern mit der juristischen Person ab, die Rechtsträgerin des Betriebs ist. Schuldner der Dienstleistung ist die juristische Person, der Anwalt wird rechtlich zur Hilfsperson. In diese Richtung ging schon die Organisation der Anwaltskanzlei als Kollektivgesellschaft. Hier verblieb im-

⁴³ MASCELLO (Fn. 32), 405; vgl. auch MICHAEL HÜPPI: Trends und Zukunft des Anwalts-geschäfts der Schweiz, in: Management von Anwaltskanzleien, Erfolgreiche Führung von Anwaltsunternehmen, hrsg. von Leo Staub und Christine Hehli Hidber, Zürich, Basel, Genf 2012, N 8 f.

⁴⁴ Vgl. etwa BOHNET/MARTENET (Fn. 7), N 2339 ff.; FELLMANN (Fn. 7), N 26; SCHILLER (Fn. 7), N 1247 ff.; BGE 138 II 440, 442 ff.

merhin noch eine gesamthänderische Verpflichtung der einzelnen Partner zur Vertragserfüllung.⁴⁵

Mit der wachsenden Verbreitung von Körperschaften im Arbeitsgebiet der freien Berufe wird daher auch deren Dienstleistung mehr und mehr entpersonalisiert.⁴⁶ Das ändert selbstverständlich nichts an der Qualifikation des Vertragsverhältnisses; der Vertrag zwischen Klient und Anwalts-AG bleibt ein einfacher Auftrag. Dass die Leistungspflicht nicht mehr einem einzelnen Anwalt obliegt, sondern der Anwalt zur Hilfsperson der beauftragten Kanzlei mutiert, verändert jedoch nicht nur den Inhalt dieser Dienstleistungsverträge, sondern auch das Selbstverständnis des Anwalts als Angehöriger eines freien Berufs. Diese Entwicklung wirkt sich auch auf die Anwendung des Auftragsrechts auf solche Rechtsverhältnisse und dessen Auslegung aus. Sie führt zu einer Entpersonalisierung der Dienstleistung.⁴⁷

Interessant ist die Beobachtung, dass sich diese Entwicklung mit den Bedürfnissen jüngerer Generationen von Anwältinnen und Anwälten zu decken scheint. Sie wollen gar nicht mehr als Einzelkämpfer allein im Rampenlicht stehen, sondern fühlen sich in einer Organisation, an die sie Verantwortung weitergeben können, offensichtlich wohler. Wie BRUNO MASCELLO zutreffend feststellt, scheinen die bisherigen Arbeits- und Arbeitszeitmodelle für neue Generationen an Attraktivität verloren zu haben.⁴⁸ Auch LEO STAUB sieht es richtig: Viele junge Leute der «Generation Y» seien nicht mehr bereit, die Mandatsarbeit als alles dominierende Kraft bei der Lebensgestaltung zu akzeptieren. Sie stellten die Frage nach dem Sinn ihrer Arbeit, legten Wert auf Familienzeit, pflegten neben der Arbeit noch andere Interessen, wollten Alternativen und Optionen zur Kanzleikarriere ausprobieren und akzeptierten Tradition als wesentlichen Referenzpunkt für die Karriereplanung nicht mehr.⁴⁹

Bei der Übertragung eines Mandats an eine Anwalts-AG oder Anwalts-GmbH tritt im Allgemeinen das Vertrauen in die Organisation der juristischen Person mit all ihren Hilfsmitteln an die Stelle des Vertrauens oder doch neben

⁴⁵ FELLMANN (Fn. 7), N 1217.

⁴⁶ Vgl. auch WALTER FELLMANN: Der einfache Auftrag und die aktuelle Entwicklung im Recht der freien Berufe, recht 2008, 119 ff.

⁴⁷ FELLMANN (Fn. 46), 132 f.; vgl. auch WALTER FELLMANN: Objektivierung der Sorgfaltspflichten im Auftragsrecht, HAVE 2016, 95 ff.

⁴⁸ MASCELLO (Fn. 31), 61.

⁴⁹ LEO STAUB: Über Legal Tech & Trends im Anwaltsmarkt, Interview mit Prof. Staub (St. Gallen), <http://legal-tech-blog.de>; vgl. dazu auch THOMAS WEGERIC: Meilensteine und Schlaglichter, Die Entwicklung des Rechtsmarkts vom «Urknall» bis heute, in: Der Rechtsmarkt in Deutschland, Überblick, Analysen, Erkenntnisse, hrsg. von Thomas Wegerich und Markus Hartung, Frankfurt am Main 2014, 23.

das Vertrauen in die persönlichen Eigenschaften des einzelnen Mitarbeiters.⁵⁰ Selbstverständlich ist es zulässig, dass der Klient auch in solchen Fällen auf der Führung des Mandats durch einen bestimmten Anwalt der Kanzlei besteht, ist er doch nach Art. 397 Abs. 1 OR befugt, dem Beauftragten für die Besorgung des übertragenen Geschäfts eine Vorschrift zu geben. Es ist sogar möglich, dass er die Auftragserteilung selbst davon abhängig macht, dass eine bestimmte Person das Mandat führt. Dies dürfte vor allem der Fall sein, wenn eine Kanzlei eine möglichst grosse Zahl von Rechtsgebieten anbieten will, um möglichst viele Kunden zu akquirieren. Dies funktioniert nur, wenn der gute Ruf der einzelnen Spezialisten mindestens gleich stark leuchtet wie der Name der Kanzlei und wird zum Preis der Profillosigkeit erkaufte, weil «Alleskönner» – in der Sprache der Marketingtheoretiker – ein diffuses Imageprofil haben.⁵¹ In allen Fällen ist aber nicht zu verkennen, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der Normen des einfachen Auftrags nicht das anonyme Dienstleistungsunternehmen, sondern den freiberuflichen Einzelunternehmer vor Augen hatte.⁵² Bei der Anwendung des Auftragsrechts auf moderne Dienstleistungsunternehmen wird man daher den Besonderheiten Rechnung tragen müssen, die sich bei der Führung von Mandaten durch solche Betriebe ergeben.⁵³

B. Berufsrecht

Dass bei der Zusammenarbeit mehrerer Anwälte die Interessen des Klienten geschützt sind, wird durch den Grundsatz sichergestellt, dass «alle in einem Büro zusammengefassten Anwälte wie ein Anwalt zu behandeln sind».⁵⁴ Kein Anwalt darf daher Interessen verfolgen, die mit den Interessen des Klienten eines andern Anwalts der Gemeinschaft kollidieren – auch der Arbeitgeber nicht. Jeder Anwalt hat den Interessen der Klienten der Kanzlei stets vor allen andern Interessen den Vorrang einzuräumen. Das gilt auch für den Fall, dass

⁵⁰ HANS-PETER FRIEDRICH: Fragen aus dem Auftragsrecht, in: ZBJV 1955 I, 459; vgl. auch WALTER FELLMANN: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992, Art. 398 N 527.

⁵¹ FELLMANN (Fn. 41), N 15 mit Verweis auf RALF B. ABEL: Spezialisierung, in: Werner Pepels/Brunhilde Steckler, Anwalts-Marketing, München 2003, N 63.

⁵² FELLMANN (Fn. 46), 122.

⁵³ FELLMANN (Fn. 7), N 1218.

⁵⁴ ROBERT HEBERLEIN: Interessenkonflikte, in: Der Schweizer Anwalt, 1993, 6 ff.; vgl. dazu SCHILLER (Fn. 7), N 1159 ff.

er als Arbeitgeber eines andern Anwalts befugt ist, diesem Weisungen zu erteilen.⁵⁵

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Unterstellung des einzelnen Anwalts unter die Aufsicht und Disziplinargewalt der Aufsichtsbehörde wirklich genügt. Lässt sich der «Tatbeitrag» der allenfalls in einem multidisziplinären Team an einem Fall arbeitenden Anwälte wirklich isolieren, wenn ein Verstoss gegen die Berufsregeln (allenfalls nur durch Nichtanwälte) zur Diskussion steht? Eine Zusammenarbeit im Team mit Nichtanwältinnen schliesst das Urteil des Bundesgerichts vom 15. Dezember 2017 (2C_1054/2016/2C_1059/2016) nämlich nicht aus, solange die beteiligten Nichtanwältinnen nicht Partner der Kanzlei sind. Müsste man nicht die Anwalts-gesellschaft selbst unter Aufsicht stellen, wie dies bei Banken der Fall ist? Überhaupt ist es mit der Zulassung von Anwalts-Kapitalgesellschaften längst nicht getan. Wenn diese nach den Regeln juristischer Personen «spielen», wird ihre Dienstleistung mehr und mehr entpersonalisiert. Im Vordergrund steht dann nicht mehr der einzelne Anwalt, sondern die Anwalts-AG oder Anwalts-GmbH.⁵⁶

In diesem Zusammenhang stellt sich die nächste Frage: Müsste man der Anwalts-AG oder der Anwalts-GmbH nicht auch das Postulationsrecht einräumen, also das Recht, Personen vor Gericht zu vertreten? Die Anerkennung der Postulationsfähigkeit der rechtsfähigen Rechtsanwalts-gesellschaft wäre nämlich die logische Folge der Anerkennung dieser Gesellschaft als mögliche Organisationsform für den Zusammenschluss von Rechtsanwältinnen. Die Rechtsanwalts-gesellschaft soll nicht bloss ein Instrument der gemeinsamen Berufsausübung der in ihr tätigen Anwälte sein. Aus dem gesellschaftsrechtlichen Verständnis der rechts- und geschäftsfähigen juristischen Personen folgt vielmehr zwingend die eigenständige Postulationsfähigkeit.⁵⁷

V. Fazit

Rechtliche und wirtschaftliche Entwicklungen erfolgen selten isoliert oder zum Selbstzweck. Sie sind stets interdependent, haben verschiedene Ursachen und sind in ihren Wirkungen fast nie eindimensional. Dies gilt auch für den

⁵⁵ FELLMANN (Fn. 7), N 323; vgl. auch WALTER FELLMANN: Unabhängigkeit und Haftung des Anwalts in der Anwaltskörperschaft, in: Anwaltsrevue 2007, 232.

⁵⁶ FELLMANN (Fn. 7), N 91.

⁵⁷ FELLMANN (Fn. 7), N 92 mit Verweis auf WILHELM E. FEUERICH/DAG WEYLAND: Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 9. Aufl., München 2016, § 59 I N 1 f. und MARTIN HENSSLER: Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, hrsg. von Martin Henssler und Hanns Prütting, §§ 4-17, 43a, 46, 48-49a, 59c-59m BRAO, Einleitung, §§ 2-4, 16a, 30-33 BORA und PartGG bearbeitet von Martin Henssler, 3. Aufl., München 2010, § 59 I N 1.

Umbruch im Anwaltsmarkt. Wie erwähnt verändert der Auftritt der Anwalts-AG oder Anwalts-GmbH nicht nur die interne Organisation der Anwaltskanzlei, sondern auch das Bild des Anwalts im Publikum und das Selbstverständnis von Anwältinnen und Anwälten. Das Bedürfnis nach ihrer Zulassung entstand nicht aus einem inneren Bedürfnis der Anwaltschaft, sondern aus wirtschaftlicher Notwendigkeit.

In Zukunft wird der einzelne Anwalt hinter die Anwaltsfirma zurücktreten; es ist nicht mehr (nur) seine Person, die den Marktauftritt prägt, sondern auch das Ansehen der Organisation, der er angehört, die von den Klienten als eigenständiger Anbieter wahrgenommen wird. In dieser Entwicklung sind den Anwälten andere Berufe vorausgegangen, etwa der Treuhänder, aber auch Ingenieure oder Architekten, bei denen der Kunde nicht mehr nach einer einzelnen Person fragt, sondern nach dem Ruf, den sich die Organisation, der sie angehören, am Markt geschaffen hat.

Und es ist beruhigend zu wissen, dass mindestens ein Teil der Anwältinnen und Anwälte der modernen Welt gut organisiert gegenübertritt. Es zeichnen sich nämlich Erschütterungen ab, die viele traditionelle Kanzleien aus dem Markt fegen werden. BRUNO MASCELLO weist zu Recht darauf hin, die Technologie habe längst auch die Rechtsdienstleistung erfasst. Wo heute bisweilen noch darüber diskutiert werde, ob die elektronische Korrespondenz per E-Mail die Vertraulichkeit zum Kunden verletze, seien die technischen Möglichkeiten schon viel weiter fortgeschritten. Der Datenaustausch per *Smartphone* und *Social Media* sei höchst aktuell. Technologie erledige administrative Arbeiten (z.B. Rechnungsprüfung) und erlaube die Übernahme einfacher juristischer Arbeiten (z.B. Vertragsgenerierung). Je leistungsfähiger und intelligenter die IT werde, desto realistischer werde auch die Übernahme von komplexeren juristischen Arbeiten. Die schnell und frei zugänglichen Informationen im Internet hätten die Kunden zudem informierter gemacht und erlaubten eine *Do-it-yourself*-Anwendung.⁵⁸

LEO STAUB kommt in seiner Beurteilung der Trends im Rechtsmarkt zu ähnlichen Schlüssen. Nach seiner Einschätzung hat der enorme technologische Fortschritt der letzten Jahre nicht nur in der Kanzleiadministration zu Effizienz-Sprüngen geführt. Immer deutlicher werde auch, dass die anwaltliche Kerntätigkeit der Aufbereitung des Sachverhalts, der juristischen Recherche und Analyse, aber eben auch der juristischen Lösungsfindung und der Kommunikation im Team sowie jener zwischen Kanzlei und Mandanten unter den Einfluss disruptiver Technologien gerate. Diese Technologien hätten das Potenzial, die Geschäftsmodelle von Kanzleien radikal zu verändern, ja sie komplett auf den Kopf zu stellen. Künstliche Intelligenz und *Big Data* seien

⁵⁸ MASCELLO (Fn. 31), 58.

nur zwei der Schlagworte, welche diese Entwicklung kennzeichneten. Zu Ende gedacht führe sie dazu, dass selbst qualifizierte juristische Arbeit in der Zukunft weitgehend computer-gestützt geleistet werde.⁵⁹

Eine wirtschaftliche Notwendigkeit für eine nicht zuletzt finanziell leistungsfähige Organisation ergibt sich daher auch aus der Entwicklung von *Legal Tech* und *Office-Tech-Software*. Bei *Office-Tech-Software* handelt es sich nach der Definition von MARKUS HARTUNG um Systeme, welche die klassische oder traditionelle Arbeit von Anwältinnen und Anwälten unterstützen (elektronische Akten, Spracherkennung, digitales Diktieren, Dateimanagement-Systeme, traditionelle Datenbanken usw.). Bei *Legal Tech* gehe es hingegen um Software, die unmittelbar die juristische Leistungserbringung tangiere, etwa automatisierte Dokumenten- oder Satzsetzerstellung, Ablaufautomatisierung, *Document Review*, *Self Service Tools* und sogenannte «intelligente Datenbanken». Gemäss HARTUNG ersetzen diese Technologien Tätigkeiten, die von Anwälten durchgeführt wurden oder werden. Sie erzielten häufig bessere Ergebnisse und seien günstiger als der Einsatz von Anwälten.⁶⁰ Wie MICHA-MANUEL BUES richtig konstatiert, bedarf es für eine erfolgreiche Digitalisierung einer klaren Strategie, wie sie nur in einer schlagkräftig organisierten Kanzlei zu finden ist. Voraussetzung hierfür sei eine klare Managemententscheidung, die sicherstelle, dass die Digitalisierungsstrategie, nötigenfalls auch gegen Widerstände in der Kanzlei, durchgesetzt und in der Praxis umgesetzt werde. Dabei gehe es auch um eine Digitalisierung von bestehenden Dienstleistungen (Automatisierung), um neue Kundenkanäle und Entwicklung neuer digitaler Geschäftsmodelle. Die Umsetzung einer Digitalisierungsstrategie erfordere Zeit, Risikobereitschaft, Geduld und Investitionen in die Rahmenbedingungen und das entsprechende Personal, um schliesslich erfolgreich zu sein. Dabei werde es auch Fehler und Fehlinvestitionen geben.⁶¹ Überdies fragt sich, ob die beteiligten Anwälte die erforderlichen Investitionen in IT finanziell überhaupt stemmen können. Wie MARKUS HARTUNG nämlich richtig feststellt, kann man solche Investitionen in der Regel nicht aus dem *Cash Flow* finanzieren. Darüber hinaus würden die traditionellen Gewinnverteilungssysteme einem Investment oft entgegenstehen.⁶²

Der Anwaltschaft stehen mithin strube Zeiten ins Haus. Die Wahl der geeigneten Organisationsform schafft nur die Bohrplattform, von der aus sich der

⁵⁹ STAUB (Fn. 30), N 3.

⁶⁰ MARKUS HARTUNG: Gedanken zu Legal Tech und Digitalisierung, in: Legal Tech, Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, hrsg. von Markus Hartung, Micha-Manuel Bues und Gernot Halbleib, München 2018, N 22 f.

⁶¹ MICHA-MANUEL BUES: Auswirkungen und Erfolgsfaktoren der Digitalisierung von Kanzleien, in: Legal Tech, Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, hrsg. von Markus Hartung, Micha-Manuel Bues und Gernot Halbleib, München 2018, N 123 f.

⁶² HARTUNG (Fn. 60), N 64.

Bohrer zum erhofften Klientenvorkommen vorantreiben lässt; mit ihr allein ist noch nichts gewonnen. Es wird sich daher erst noch zeigen, ob die traditionell innovationsscheuen Anwälte sich auf unbekanntes Terrain wagen und die Kraft zu Digitalisierung und Innovation aufbringen werden oder ob sie durch technikaffine Innovatoren aus anderen Branchen mindestens als Berater und Vertragsgestalter in standardisierbaren Rechtsbereichen allmählich aus dem Markt gedrängt werden.⁶³

⁶³ Vgl. BUES (Fn. 61), N 125.

UNCITRAL *Model Law on Electronic Transferable Records*

Ansatz für die Rechtsvereinheitlichung der Schnittstelle zwischen papiergebundenen und elektronischen Dokumenten

ANDREAS FURRER/NICOLAI BRUGGER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung und Fragestellung	217
II.	UNCITRAL <i>Model Law on Electronic Transferable Records</i> (MLETR)	218
	A. Technikneutrale Äquivalenz als zentrales Ziel des MLETR	218
	B. Rechtsnatur und Entstehungsgeschichte	219
	C. Anwendungsbereich	220
	1. Reichweite der Äquivalenzwirkung	220
	2. Elektronischer Datensatz	220
	a) Definition « <i>electronic transferable documents</i> »	220
	b) Einschränkung des Anwendungsbereichs auf Wertschriften unter Ausschluss von Effekten	221
	c) Vermeidung doppelter elektronischer Datensätze	222
	d) Ausschluss eines parallelen Systems	223
	3. Das Erfordernis der Verwendung eines physischen Dokuments nach anzuwendendem materiellen Recht	224
	4. Vertragliche Gestaltungsspielräume	224
	5. Kein Zwang zur Verwendung von elektronischen Datensätzen	225
	6. Zustimmungserfordernis der betroffenen Personen	225
	7. Keine Beschränkung auf ein bestimmtes Rechtsgebiet	226
III.	Die einzelnen Prinzipien und Regelungen des MLETR	227
	A. Grundsatz der Äquivalenz	227
	B. Beidseitige Wandelbarkeit	228
	1. Wechselseitige Wandelbarkeit	228
	a) Umwandlung des physischen Dokuments in einen funktional gleichwertigen, elektronischen Datensatz	228

* Prof. Dr. ANDREAS FURRER, LL.M., Rechtsanwalt, Fachbereich Privatrecht, Universität Luzern; MLaw NICOLAI BRUGGER.

b)	Umwandlung eines elektronischen Datensatzes in ein funktional gleichwertiges, physisches Dokument.....	228
2.	Erhaltung der Rechtssicherheit.....	229
3.	Erfordernis der eindeutigen Parteierklärung	230
4.	Ursprüngliche Rechtspositionen bleiben unberührt	231
C.	Äquivalenz der Unterschriften.....	231
D.	Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Ausland geschaffener, elektronischer Datensätze	232
E.	Inhaltliche Zuverlässigkeit des Systems	233
1.	Mindestvoraussetzungen	233
2.	Die einzelnen Voraussetzungen	233
a)	Überblick	233
b)	Singularität.....	234
c)	Kontrollierbarkeit	235
aa)	Funktion	235
bb)	Der «Besitz» von elektronischen Datensätzen	235
cc)	Übertragung des «Besitzes» an einem elektronischen Datensatz.....	237
d)	Integrität.....	237
3.	Die inhaltliche Veränderung von elektronischen Datensätzen	238
F.	Die rechtswirksame Übertragung von elektronischen Datensätzen.....	239
1.	Der elektronische Datensatz als «Ordrepapier»	239
2.	Der elektronische Datensatz als «Namenpapier»	240
G.	Die Angabe von Ort und Zeitpunkt	241
H.	Auswirkungen der Lokalisierung des verwendeten Systems auf den Sitz der Parteien	242
I.	Technische Zuverlässigkeit des Systems	243
IV.	Das elektronische Warenpapier im Lichte des MLETR	244
A.	Einleitende Bemerkungen.....	244
B.	Die Funktionen von Warenpapieren im Rahmen des Transportrechts	244
C.	Elektronische Datensätze als geeignetes Äquivalent zum papiergebundenen Warenpapier	245
1.	Das Warenpapier als Wertpapier.....	245
2.	Das Warenpapier als Urkunde.....	246
3.	Beispiele aus der Praxis.....	247
D.	Warenpapiere im Eisenbahnfrachtrecht.....	247
1.	Rechtsgrundlagen	247
2.	Analyse der CIM Rechtsgrundlagen	249
a)	Die Rechtsnatur des CIM-Frachtbriefs und Begriffsverwendung	249

b)	EDI-Vertrag	249
c)	Anforderungen an den elektronischen Frachtbrief	249
aa)	Ausgestaltung	249
bb)	Enthaltene Daten	250
aaa)	Speicherung und Sicherung	250
bbb)	Zugriffsrechte	250
ccc)	Änderungen und Ergänzungen	251
d)	Gemischtes System	251
aa)	Allgemeines	251
bb)	Haftung	252
cc)	Regelungen zum Ausdruck des elektronischen Frachtbriefs	252
3.	Vergleich zum MLETR	253
a)	Dieselbe Zielsetzung	253
b)	Unterschiedliche Rechtsnatur	253
c)	Anwendungsbereich	254
d)	Vertragliche Vereinbarung/EDI-Vertrag	254
e)	Gemischtes System und Wandelbarkeit	255
f)	Anforderungen an das elektronische Äquivalent bzw. an das verwendete Verfahren	256
aa)	Inhalt	256
bb)	Technik	257
g)	Übertragung des elektronischen Äquivalents	257
E.	Warenpapiere im Seefrachtrecht	257
1.	Analyse der Rechtsgrundlagen	257
2.	Vergleich zum MLETR	259
V.	Schlussfolgerungen	260

I. Einleitung und Fragestellung

Die nachfolgenden Ausführungen sind dem geschätzten Berner Kollegen THOMAS KOLLER gewidmet. Die beiden Autoren vertreten zwei unterschiedliche Juristengenerationen und untersuchen im vorliegenden Beitrag eine Thematik, die sich mit einem wichtigen Aspekt der zukünftigen Entwicklung der Waren- und Wertpapiere befasst.

Der Jubilar hat sich erst kürzlich in einer Festschrift mit der Bedeutung von Dokumenten beim internationalen Warenkauf befasst.¹ Darin übt er sich in

¹ THOMAS KOLLER, Die Bedeutung von Dokumenten beim internationalen Warenkauf unter UN-Kaufrecht (CISG), in: Markus R. Alexander/Stephanie Hrubesch-Millauer/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnitt-

dieser Frage in Zurückhaltung und hält fest, dass sich die «jüngere Generation» von Privatrechtlern mit den Auswirkungen der elektronischen Dokumente auseinandersetzen solle. Der vorliegende Aufsatz soll als Ermunterung an den Jubilar verstanden werden, seine tiefe Erfahrung und sein hochgeschätztes Wissen zur Verfügung zu stellen, um diese neuen juristischen Herausforderungen zu meistern.

II. UNCITRAL *Model Law on Electronic Transferable Records* (MLETR)

A. Technikneutrale Äquivalenz als zentrales Ziel des MLETR

Das «*Model Law on Electronic Transferable Records*» (nachfolgend MLETR) wurde am 13. Juli 2017 an der 50. Generalversammlung der *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL)² mit Erläuterungen verabschiedet.³ Zuvor arbeitete die Arbeitsgruppe IV während eines Zeitraums von rund sechs Jahren an einem Entwurf, bei dessen Ausarbeitung sie von Vertretern kommerzieller Systemanbieter unterstützt wurde.⁴

Das MLETR zielt auf ein einheitliches und technikneutrales System zur Umsetzung und Gewährleistung der Äquivalenz von papiergebundenen Dokumenten und elektronischen Datensätzen ab.

Diese Sicherung der Äquivalenz war der zentrale Anlass für die Schaffung des MLETR und wurde explizit in Art. 7 Ziff. 1 MLETR verankert: Einem elektronischen Datensatz darf weder die Rechtswirkung, die Gültigkeit noch die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung aberkannt werden, wenn er ansonsten – abgesehen vom verwendeten Datenträger – keinen Unterschied zum herkömmlichen physischen Dokument aufweist. Umgekehrt darf jedoch nicht unbesehen auf die Rechtswirksamkeit von elektronischen Datensätzen geschlossen werden, denn Art. 1 Ziff. 3 MLETR öffnet den nationalen Gesetzgebern einen gewissen Spielraum, den Anwendungsbereich des MLETR zu beschränken.⁵

stellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 161 ff. (162 f.).

² <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/50th.html> (A/CN.9/920).

³ http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/MLETR_ebook.pdf.

⁴ So etwa von Marina Comminos von essDOCS, www.essdocs.com/blog/uncitral-adopts-model-law-electronic-transferable-records-0, zuletzt besucht am 20.3.2018.

⁵ Vgl. die erläuternde Fussnote 1 zu Art. 1 Ziff. 3 MLETR.

Das MLETR verknüpft das Postulat der Äquivalenz mit einer Reihe von Voraussetzungen, unter denen eine entsprechende Äquivalenz zu den papiergebundenen Dokumenten anerkannt werden kann. Diese Voraussetzungen werden in den nachfolgenden Ausführungen eingehend dargestellt.

Das MLETR ist bewusst technologisch neutral ausgestaltet. Es ist daher nicht erforderlich, dass zur Schaffung oder Verwendung von elektronischen Datensätzen ein System verwendet wird, das zentral strukturiert ist.⁶ Dadurch steht insbesondere der Verwendung der dezentralen *Blockchain*-Technologie aus Sicht des MLETR nichts entgegen.

B. Rechtsnatur und Entstehungsgeschichte

Beim MLETR handelt es sich um ein Modellgesetz und nicht um ein völkerrechtliches Übereinkommen, das zur Unterschrift und Ratifikation bereitstehen würde. Wie bei anderen UNCITRAL-Modellgesetzen ist damit die Hoffnung verbunden, dass dadurch in den kommenden Jahren ein rechtsangleichender Prozess in Gang gesetzt wird, weil sich sowohl nationale Gesetzgeber als auch internationale Organisationen bei ihren Gesetzgebungs- bzw. Konventionsprojekten an diesem Standard orientieren. UNCITRAL-Modellgesetze repräsentieren einen internationalen Konsens in Bezug auf die im jeweiligen Modellgesetz geregelten Rechtsfragen.⁷

So ist bspw. das «UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration»⁸ von 1985 (ergänzt 2006) ein sehr erfolgreiches Beispiel für einen solchen rechtsangleichenden Prozess auf nationaler Ebene. Es prägte die überwiegende Anzahl nationaler Reformprojekte im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und bildete einen Kristallisationspunkt für eine weltweite Angleichung der nationalen Schiedsrechtsordnungen.⁹

Das MLETR bildet einen internationalen Standard für die äquivalente Ausgestaltung von elektronischen Datensätzen und papiergebundenen Dokumenten. In diesem Sinne wird das MLETR auch als Referenzpunkt und Auslegungshilfe im Zusammenhang mit bereits bestehenden Normen dienen. Bei der Auslegung des MLETR soll daher dessen internationale Herkunft berücksichtigt werden.¹⁰

⁶ Explanatory Note to the UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records Ziff. 197, vgl. hierzu Kap. II.C.

⁷ In diesem Sinne auch Art. 3 MLETR.

⁸ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

⁹ Vgl. hierzu nur ARON BROCHES, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers 2014.

¹⁰ Art. 3 MLETR.

Das MLETR soll den bisherigen Bestand an internationalen rechtsangleichenden und -vereinheitlichenden Rechtsquellen ergänzen. Es wird dabei ausdrücklich auf die «*United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*»¹¹ (2005), auf das «*UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures*»¹² (2001) sowie auf das «*UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*»¹³ (1996) verwiesen.

C. Anwendungsbereich

1. Reichweite der Äquivalenzwirkung

Art. 1 Ziff. 3 MLETR enthält zuhanden des nationalen Gesetzgebers¹⁴ einen Vorschlag für diejenigen Dokumente, die nicht in den Anwendungsbereich des MLETR fallen sollen, und überlässt diesem ausdrücklich die Möglichkeit, den Anwendungsbereich des MLETR weiter einzuschränken.¹⁵ Die drei bereits im MLETR explizit erwähnten Ausnahmen betreffen das Wechsel-¹⁶ und Checkrecht¹⁷ sowie die elektronischen Dokumente, die ausschliesslich elektronisch existieren.¹⁸

2. Elektronischer Datensatz

a) Definition «*electronic transferable documents*»

Das MLETR prägt den Begriff der «*electronic transferable documents*»¹⁹ (nachfolgend «elektronisch übertragbare Datensätze») in Art. 1 Ziff. 1 MLETR und umschreibt diesen in Art. 2 MLETR: Es geht um Datensätze, die

¹¹ https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf. Diese Konvention ist seit dem 1. März 2013 in Kraft, hat aber mit den acht ratifizierenden Staaten (Kamerun, Kongo, Dominikanische Republik, Fidschi, Montenegro, Russland, Singapur, Sri Lanka) wenig praktische Relevanz erhalten.

¹² <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf>.

¹³ https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf.

¹⁴ Art. 1 Ziff. 3 Fussnote 1 MLETR. Eine identische Formulierung findet sich ausserdem in Art. 4 Ziff. 1.

¹⁵ Art. 1 Ziff. 3 Fussnote 1 MLETR. Eine identische Formulierung findet sich ausserdem in Art. 4 Ziff. 1.

¹⁶ Abkommen über das Einheitliche Wechselgesetz, Genf 1930 (SR 0.221.554.1).

¹⁷ Abkommen über das Einheitliche Checkgesetz, Genf 1931 (SR 0.221.555.1).

¹⁸ Vgl. hierzu Kap. II.C.3.

¹⁹ Vgl. hierzu ZVONIMIR ŠAFRANKO, The Notion of Electronic Transferable Records, Original scientific paper, UDC 347.7:004.738.5:339 (<https://hrcak.srce.hr/file/257301>).

auf elektronischem Wege übertragen werden können und sich durch drei Komponenten auszeichnen:

- «*Electronic records*» (*nachfolgend elektronische Datensätze*) sind Daten, die auf elektronischem Wege geschaffen, übermittelt, empfangen oder gespeichert werden.²⁰ In der Definition ist ebenfalls festgehalten, dass elektronische Datensätze auch aus mehreren Informationen zusammengesetzt sein können.²¹
- «*Electronic transferable records*» sind elektronische Datensätze, die die in Art. 10 MLETR aufgestellten inhaltlichen Anforderungen erfüllen.²²
- «*Transferable documents or instruments*» ermächtigen Anspruchsberechtigte auf der Grundlage eines herausgegebenen Papiers, vom Schuldner die darin definierte Leistung zu verlangen und/oder dieses Forderungsrecht auf einen Dritten zu übertragen.²³

b) **Einschränkung des Anwendungsbereichs auf Wertschriften unter Ausschluss von Effekten**

Aus den vorstehenden drei Komponenten geht hervor, dass sich der Anwendungsbereich des MLETR auf Wertpapiere beschränkt, denn mit dieser Umschreibung wird die für die Rechtsnatur des Wertpapiers typische Verkörperung eines Rechts durch ein Papier erfasst.²⁴ Es geht um die Umwandlung entsprechender papiergebundener Wertpapiere («*Transferable document or instrument*»²⁵) in elektronische Datensätze und umgekehrt, ohne dass sich hierfür die Rechtsqualität ändert.

Diese Einschränkung auf Wertpapiere ergibt sich primär aus der Definition in Art. 2 MLETR, geht aber auch aus der Äquivalenzvorschrift zum Indossament nach Art. 15 MLETR hervor, ist diese doch nur dann erforderlich, wenn durch den elektronischen Datensatz ein Wertpapier ersetzt werden soll. Würde demgegenüber davon ausgegangen werden, dass lediglich eine papierge-

²⁰ «*Electronic record*» means information generated, communicated, received or stored by electronic means, including, where appropriate, all information logically associated with or otherwise linked together so as to become part of the record, whether generated contemporaneously or not» (Art. 2 Abs. 2 MLETR).

²¹ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 89.

²² Art. 2 Abs. 3 MLETR, vgl. hierzu Kap. III.E.

²³ «*Transferable document or instrument*» means a document or instrument issued on paper that entitles the holder to claim the performance of the obligation indicated in the document or instrument and to transfer the right to performance of the obligation indicated in the document or instrument through the transfer of that document or instrument» (Art. 2 Abs. 4 MLETR).

²⁴ Vgl. Art. 965 OR.

²⁵ Vgl. Definition in Art. 2 MLETR, hierzu Kap. II.C.2.a).

bundene Urkunde ersetzt werden sollte, würden bereits die in Art. 11 Ziff. 2 MLETR geregelten Äquivalenzvorschriften zur Übertragung des Besitzes ausreichen.

Art. 1 Ziff. 3 MLETR nimmt allerdings «*securities*» explizit vom Anwendungsbereich des MLETR aus.²⁶ Die beispielhafte Aufzählung von Beteiligungspapieren und Anleihen in der Fussnote zeigt allerdings auf, dass sich der Ausschluss v.a. auf Wertpapiere des Finanzmarkts (also bspw. auf Effekten, Optionen oder Derivate) beziehen soll. Das *Comité Maritime International* (CMI) hat versucht, in diese Fussnote auch Dokumente im Rahmen der Rotterdam Regeln einzubeziehen,²⁷ doch wurde dieser Antrag nicht in die Endfassung des MLETR übernommen.

Den nationalen Gesetzgebern und internationalen Organisationen ist es aber unbenommen, die im MLETR enthaltenen Prinzipien und Regelungen auch auf den Ersatz und die Äquivalenz von physischen Dokumenten anzuwenden, die lediglich einfache Urkunden darstellen, denn diese Prinzipien passen auch für diese Fallkonstellationen.

Es ist aber nachvollziehbar und begrüßenswert, dass sich die UNCITRAL auf die anspruchsvollere Fragestellung der Wertschriften fokussierte.

c) Vermeidung doppelter elektronischer Datensätze

Materielle Rechtsordnungen können vorsehen, dass gleichzeitig mehrere Dokumente ausgegeben werden können, in denen die gleiche Rechtsposition verkörpert ist. Damit verbunden ist allerdings auch die Gefahr, dass zu einem späteren Zeitpunkt mehrere Berechtigte ein und dieselbe Leistung fordern. Da grundsätzlich auch die Ausgabe desselben Dokuments in Form von mehreren elektronischen Datensätzen denkbar ist, muss diese Frage im Zusammenhang mit elektronischen Dokumenten besondere Beachtung finden.²⁸

Dabei ist insbesondere der Zweck zu berücksichtigen, der mit der mehrfachen Ausstellung papierener Dokumente verbunden ist. Ein solches physisches Dokument kann unterschiedliche Rechtspositionen (Eigentumsrechte, Pfandrechte etc.) verschiedener Rechtssubjekte verkörpern. Daher ist es notwendig, jedem Berechtigten den unmittelbaren Besitz an diesem Dokument zu ver-

²⁶ Art. 1 Ziff. 3 MLETR lässt dem jeweiligen Gesetzgeber allerdings Raum für Ergänzungen, vgl. dazu Kap. II.C.4.

²⁷ Vgl. United Nations Commission on International Trade Law, Fiftieth session, Vienna, 3-21 July 2017 A/CN.9/921/Add.1, S. 7 ff. (<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/50th.html>), vgl. hierzu Kap. IV.E.2.

²⁸ So Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 191 f.

schaffen, was nur durch die mehrfache Herausgabe desselben Dokuments möglich ist.

Demgegenüber kann dieser Zweck mit der Ausgabe eines einzigen elektronischen Datensatzes vollumfänglich erreicht werden, solange jedem einzelnen Rechtssubjekt die für seine Rechtsposition nötigen Kontrollrechte eingeräumt werden.²⁹ So hat insbesondere das CMI darauf hingewirkt, multiple elektronische Datensätze auszuschliessen,³⁰ doch wird in den Erläuterungen zum MLETR lediglich auf die Gefahren der Verwendung solcher mehrerer Datensätze hingewiesen, ohne diese jedoch ausdrücklich auszuschliessen. Wie das CMI zu Recht vermerkt, besteht in der Praxis kein Bedürfnis für mehrere elektronische Datensätze, die mehr Probleme verursachen, als Lösungen bereitstellen. Daher sollte dies der national umsetzende Gesetzgeber von sich aus ausschliessen.

d) Ausschluss eines parallelen Systems

Wie noch aufzuzeigen sein wird, schliesst das MLETR die gleichzeitige Verkörperung derselben Rechtsposition in einem physischen Dokument und in einem elektronischen Datensatz aus. Die für das jeweilige Rechtsverhältnis relevanten Informationen sollen vielmehr nur von einem einzigen Medium als Informationsträger repräsentiert werden. Dadurch wird verhindert, dass zwei parallele «Wertpapiere» auf Papier und in elektronischer Form für ein und dieselbe Forderung bestehen können.³¹ Wo jedoch das anwendbare materielle Recht die Möglichkeit vorsieht, mehrere Dokumente auszugeben, bleibt diese vom MLETR unbeeinträchtigt.³²

Das Zusammenspiel zwischen dem papierernen und elektronischen Dokument ist in Art. 17 und 18 MLETR geregelt: Demnach wird das zu ersetzende Dokument jeweils durch das andere entkräftet.

Die Umsetzung dieses Grundsatzes im Eisenbahnfrachtrecht hätte substanzielle Einschränkungen bei der Einführung elektronischer Dokumente zur Folge, weshalb bspw. für den elektronischen GLV-CIM-Frachtbrief (und den CIM/SMGS-Frachtbrief) ein anderer Ansatz gewählt wurde.³³

²⁹ So Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 193.

³⁰ United Nations Commission on International Trade Law (Fn. 27), S. 7 ff., vgl. hierzu Kap. IV.E.2.

³¹ Dazu auch nachfolgend Kap. II.C.2.c).

³² Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 191, vgl. hierzu Kap. II.C.2.c).

³³ Vgl. hierzu Kap. IV.D.3.e).

3. *Das Erfordernis der Verwendung eines physischen Dokuments nach anzuwendendem materiellen Recht*

Des Weiteren kann das MLETR nur zur Anwendung kommen, wenn das materielle Recht ein papiergebundenes Dokument erfordert, an das die typischen wirtschaftlichen und rechtlichen Funktionen geknüpft sind. Dieses Erfordernis soll nach dem MLETR unter gewissen Voraussetzungen auch von elektronischen Datensätzen erfüllt werden können.³⁴

Daraus wird deutlich, dass das MLETR dann nicht anwendbar ist, wenn das materielle Recht bereits die direkte Verwendung von elektronischen Datensätzen vorsieht.³⁵ In diesem Fall besteht kein Bedürfnis, das im materiellen Recht vorgesehene Medium adäquat zu ersetzen. Wie noch aufzuzeigen sein wird, sind aber die technisch-organisatorischen Bestimmungen³⁶ des MLETR durchaus geeignet, entsprechende Standards auf nationaler Ebene zu prägen.

4. *Vertragliche Gestaltungsspielräume*

Art. 4 Ziff. 1 MLETR sieht grundsätzlich die Möglichkeit vor, dass die Parteien mittels Vereinbarung von einzelnen Bestimmungen des MLETR abweichen können. Art. 4 Ziff. 2 MLETR hält allerdings ausdrücklich fest, dass eine solche Vereinbarung nur *inter partes* rechtlich wirksam ist: Eine entsprechende Vereinbarung wirkt daher nur zwischen den vereinbarenden Parteien und kann deshalb keine Drittwirkung entfalten.

Das MLETR überlässt es dem umsetzenden Gesetzgeber, welche Bestimmungen er dispositiv ausgestalten möchte und weist darauf mit eckigen Klammern in Art. 4 Ziff. 1 MLETR hin. Diese Offenheit bildet eine substantielle Gefahr für eine rechtsangleichende Wirkung des Modellgesetzes, was bereits im Vorfeld von verschiedener Seite moniert wurde.³⁷ Auch im erläuternden Bericht wird der nationale Gesetzgeber zur Zurückhaltung ermahnt, insbesondere bezüglich der Wahrung der funktionalen Äquivalenz sowie zur

³⁴ Zu den Voraussetzungen vgl. Art. 10 MLETR sowie Kap. III.E.

³⁵ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 10.

³⁶ Vgl. hierzu Kap. III.I.

³⁷ Deutschland: Compilation of comments by Governments and international organizations of April 7, 2017 (A/CN.9/921), S. 7; Caribbean Court of Justice, Compilation of comments by Governments and international organizations of April 25, 2017 (A/CN.9/921/Add.1), S. 5; International Federation of Freight Forwarders Associations (FIATA), Compilation of comments by Governments and international organizations of May 23, 2017 (A/CN.9/921/Add.2), S. 6; China, Compilation of comments by Governments and international organizations of June 29, 2017 (A/CN.9/921/Add.3), S. 2.

Beachtung der entsprechenden Rechtsfolgen.³⁸ Dies kommt erneut in der Kommentierung zu Art. 12 MLETR zum Ausdruck, wo darauf hingewiesen wird,³⁹ dass hier eigentlich kein Platz für vertragliche Gestaltungsspielräume geschaffen werden sollte. Hingewiesen wird jedoch auf den in verschiedenen Rechtsordnungen geltenden Grundsatz des *numerus clausus* der übertragbaren Wertpapiere, für den das MLETR keine Umgehungsmöglichkeiten schaffen wolle.

5. *Kein Zwang zur Verwendung von elektronischen Datensätzen*

Das MLETR sieht keine Pflicht zur Nutzung elektronischer Dokumente vor. Selbstverständlich steht es jedoch den nationalen Gesetzgebern frei, für gewisse Kategorien von Benutzern oder physischen Dokumenten einen Formzwang zugunsten von elektronischen Datensätzen einzuführen.⁴⁰ Da sich der Anwendungsbereich des MLETR, wie aufgezeigt⁴¹, auf die Gleichstellung von papiergebundenen Dokumenten und elektronischen Datensätzen beschränkt, hat dies zur Folge, dass diese elektronische Datennetze damit aus dem Anwendungsbereich des MLETR herausfallen. Dies gefährdet das übergeordnete Ziel des MLETR, durch die Rechtsangleichung weltweit die Anerkennung elektronischer Datensätze zu fördern; diese Wirkung beschränkt sich dann auf diejenigen Staaten, die die Grundsätze des MLETR gleichermaßen einseitig auf ausschliesslich elektronische Datensätze ausweiten.

6. *Zustimmungserfordernis der betroffenen Personen*

Art. 7 Ziff. 2 MLETR hält folgenden Grundsatz fest: «*Nothing in this Law requires a person to use an electronic transferable record without that person's consent*»⁴². Demnach muss für jede Verwendung von elektronischen Datensätzen im Sinne des MLETR die Zustimmung aller Parteien vorliegen, die im Zeitraum zwischen der Entstehung und dem Untergang eine vertragliche Parteistellung innehaben.⁴³

Wie auch im allgemeinen (schweizerischen) Rechtsverkehr unbestritten anerkannt ist, muss diese Zustimmung nicht ausdrücklich oder in einer bestimmten Form geäussert werden. So regelt Art. 7 Ziff. 3 MLETR ausdrücklich,

³⁸ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 50.

³⁹ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 158, vgl. hierzu Kap. III.I.

⁴⁰ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 62.

⁴¹ Vgl. Kap. II.C.3.

⁴² Art. 7 Ziff. 2 MLETR.

⁴³ Art. 7 Ziff. 2 MLETR; Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 63.

dass auf die notwendige Zustimmung auch aus den konkreten Umständen geschlossen werden kann, so namentlich aus dem Verhalten der betreffenden Person. Dieser ausdrückliche Einbezug des konkludenten Handelns in den Konsens soll das Vertrauen in die Nutzung elektronischer Datensätze stärken und deren Einsatz erleichtern.⁴⁴ Wie weit darüber hinaus Grundfragen des Konsenses wie bspw. das Vertrauensprinzip zur Anwendung kommen sollen, ist dem nationalen Gesetzgeber überlassen.⁴⁵

Die Umsetzung der Voraussetzung der allseitigen Zustimmung ist in der Regel unproblematisch, weil der Zugang zu den elektronischen Datensätzen erst einen Zugang zum entsprechenden IT-System voraussetzt, sodass der einzelne Benutzer dazu gezwungen werden kann, die entsprechenden Nutzungsbedingungen zu akzeptieren. Da jeder Nutzer vor dem Zugriff auf die Datensätze diese Nutzungsbedingungen anerkennen muss, werden diese von allen Nutzern des elektronischen Datensatzes akzeptiert. Dies entspricht der anerkannten rechtstechnischen Mechanik, dass jeder Nutzer eines Wertpapiers die darin enthaltenen Bedingungen akzeptieren oder die Entgegennahme des Wertpapiers verweigern muss. Daher stellt das Akzeptieren der Nutzungsbedingungen im Mindesten ein Indiz für die Zustimmung zur Verwendung von elektronischen Datensätzen in einem bestimmten Rechtsverhältnis dar.⁴⁶ Gleich verhält es sich dann, wenn der Benutzer im Rahmen eines dezentralen Netzwerks, in dem die Informationen als *Token* oder *Smart Contract*⁴⁷ bestehen, über diesen die Verfügungsmacht ausübt, ihn transferiert oder wenn die vom *Token* repräsentierte Verpflichtung erfüllt wird.⁴⁸

7. *Keine Beschränkung auf ein bestimmtes Rechtsgebiet*

Das MLETR ist offen gehalten und fokussiert sich innerhalb der in Art. 1 Ziff. 3 MLETR aufgezeigten Grenzen auf kein spezielles Rechtsgebiet.⁴⁹ Dies eröffnet einen weiten Anwendungsbereich auf verschiedene spezifische materielle Rechtsgebiete wie bspw. das Seefrachtrecht, die von den nationalen Gesetzgebern und insbesondere auch bei der Ausarbeitung internationaler Konventionen zu berücksichtigen sind.

⁴⁴ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 64.

⁴⁵ Vgl. zu dieser Problematik im Hinblick auf *Smart Contracts*, ANDREAS FURRER, Die Einbettung von Smart Contracts in das Schweizerische Privatrecht, *Anwaltsrevue* 2018, S. 103 ff.

⁴⁶ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 65.

⁴⁷ Vgl. hierzu FURRER (Fn. 45).

⁴⁸ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 66.

⁴⁹ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 10.

In Art. 1 Ziff. 2 MLETR wird explizit festgehalten, dass Bestimmungen, die den Konsumentenschutz zum Inhalt haben (wie bspw. besondere Informationspflichten), nicht verdrängt werden.

III. Die einzelnen Prinzipien und Regelungen des MLETR

A. Grundsatz der Äquivalenz

Dem elektronischen Datensatz sollen grundsätzlich die gleichen Funktionen zukommen wie dem herkömmlichen papiergebundenen Dokument. Damit den elektronischen Datensätzen die gleiche Rechtswirkung im Rechtsverkehr zukommen kann, müssen jedoch gewisse funktionale Voraussetzungen erfüllt sein. Hierfür enthält das MLETR einige Äquivalenzvorschriften. Diese sollen das Vertrauen der Vertragsparteien in die Verwendung elektronischer Datensätze fördern, da dadurch mehr Rechtssicherheit geschaffen wird.

Besteht für gewisse Informationen das Erfordernis der Schriftform, ist dieses bei elektronischen Datensätzen als erfüllt anzusehen, wenn die Informationen in einer Weise verfügbar sind, in der sie für eine spätere Bezugnahme verwendet werden können.⁵⁰ In den Erläuterungen wird darauf verwiesen, dass für diese funktionale Äquivalenz der Begriff der Information anstelle der Kommunikation Anwendung finde, weil letztlich die konkrete Umsetzung des elektronischen Datenmanagementsystems dafür massgebend sei, welche Information für diese Äquivalenz relevant sei. Schliesslich ermögliche die Schriftlichkeit eine ständige und auch spätere Bezugnahme auf das Dokument während der ganzen Einsatzzeit des Dokuments; dies wird letztlich durch die Anforderungen in Art. 8 MLETR umgesetzt.⁵¹

Des Weiteren hält das MLETR in Art. 10 fest, dass übertragbare/transferierbare, papiergebundene Dokumente dann durch elektronische Datensätze mit der gleichen Rechtswirkung ersetzt werden können, wenn die ebenfalls im Artikel festgelegten inhaltlichen Voraussetzungen durch den elektronischen Datensatz erfüllt werden. Art. 10 MLETR regelt damit, wann ein elektronischer Datensatz *übertragbar* ist.⁵²

⁵⁰ Art. 8 MLETR.

⁵¹ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 74, vgl. hierzu Kap. III.F.1.

⁵² Art. 2 MLETR, vgl. hierzu Kap. III.E.

B. Beidseitige Wandelbarkeit

1. Wechselseitige Wandelbarkeit

a) Umwandlung des physischen Dokuments in einen funktional gleichwertigen, elektronischen Datensatz

Art. 17 MLETR sieht vor, dass ein papiergebundenes Dokument durch einen elektronischen Datensatz ersetzt werden kann, wenn dazu ein zuverlässiges Verfahren im Sinne von Art. 12 MLETR⁵³ eingesetzt wird. Die Bestimmung regelt damit den bereits im Rahmen des Anwendungsbereichs angesprochenen Fall, dass zunächst ein physisches Dokument ausgestellt wird und dieses im späteren Verlauf der Rechtsbeziehung durch einen funktional gleichwertigen, elektronischen Datensatz ersetzt werden soll.

b) Umwandlung eines elektronischen Datensatzes in ein funktional gleichwertiges, physisches Dokument

Umgekehrt sieht Art. 18 MLETR als Spiegelnorm⁵⁴ vor, dass Art. 17 MLETR für die Umwandlung eines «übertragbaren, elektronischen Datensatzes» in ein papiergebundenes Dokument sinngemäss zur Anwendung kommt.⁵⁵

In der Praxis ist diese Form der Umwandlung von grosser Bedeutung, wenn im Verlaufe der Verwendung eines elektronischen Datensatzes Parteien involviert werden, die bei der Entstehung desselben noch nicht involviert waren. Diese können zwar der Verwendung eines elektronischen Datensatzes anstelle eines physischen Dokuments nachträglich zustimmen, sind dazu aber nicht verpflichtet. Wenn sie somit die Verwendung von elektronischen Datensätzen ablehnen (oder zur Verwendung solcher faktisch nicht in der Lage sind), muss zur Sicherung der Rechtslage eine Umwandlung in ein physisches Dokument vorgenommen werden können.⁵⁶

Grundsätzlich kann die Umwandlung durch einfaches Ausdrucken des elektronischen Datensatzes erfolgen, wobei die nachfolgend dargelegten Voraussetzungen zu beachten sind.⁵⁷

⁵³ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 167, vgl. hierzu Kap. III.I.

⁵⁴ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 178.

⁵⁵ Art. 18 MLETR.

⁵⁶ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 176; vgl. zu den Rechtswirkungen nachfolgend Kap. III.B.2.

⁵⁷ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 177.

Bei dieser Umwandlung nach Art. 18 MLETR bestimmt letztlich das anwendbare materielle Recht, welche Informationen auf das Papier übertragen werden müssen, um dieselben Rechtspositionen unverändert zu erhalten. Deshalb steht die Tatsache, dass gewisse in den elektronischen Datensätzen enthaltene Metadaten schlichtweg nicht in ein physisches Dokument übertragen werden können, einer Umwandlung grundsätzlich nicht entgegen.⁵⁸

2. *Erhaltung der Rechtssicherheit*

Im Prozess der Umwandlung müssen zwei Punkte sichergestellt werden, um die bisherige Rechtssicherheit der Parteien zu erhalten:

- Erstens muss gewährleistet werden, dass eine Umwandlung stattfinden kann, ohne dass Informationen verloren gehen, die nach dem anwendbaren materiellen Recht für das zugrunde liegende Rechtsverhältnis relevant sind.⁵⁹ Im Gegensatz zu Art. 10 MLETR⁶⁰ ist damit nicht erforderlich, dass schlichtweg alle im papiergebundenen Dokument enthaltenen Informationen auch im elektronischen Datensatz enthalten sind. Vielmehr müssen nur diejenigen Informationen übertragen werden, die für die Aufrechterhaltung der bestehenden Rechte und Pflichten der betroffenen Parteien erforderlich sind. Welche Informationen dies im Einzelfall sind, bestimmt sich nach dem auf das jeweilige Rechtsverhältnis anzuwendenden Recht.⁶¹
- Zweitens soll die Bestimmung verhindern, dass sowohl das papiergebundene Dokument als auch der elektronische Datensatz parallel weiterexistieren und nebeneinander die entsprechenden Rechtswirkungen auslösen können (sodass bspw. eine Forderung zweimal geltend gemacht werden könnte). Deshalb muss die Transformation der rechtlich relevanten Daten aus dem physischen Dokument in den entsprechenden elektronischen Datensatz zur Folge haben, dass dem physischen Dokument keine Rechtswirkung mehr zukommen kann (und umgekehrt). Art. 17 Ziff. 3 bzw. Art. 18 Ziff. 3 MLETR sichern diesen lückenlosen⁶² Übergang des Mediums, indem das vorangehende Medium für unwirksam erklärt wird. Diese Unwirksamkeit beschränkt sich jedoch nur auf die im vorangehenden Dokument verkörperten Rechte, die den Inhaber zur Geltendmachung dieser Rechte ermächtigen. Alle anderen Funktionen des vorangehenden Dokuments bleiben erhalten. So kommt bspw. einem Frachtbrief regel-

⁵⁸ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 179.

⁵⁹ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 163.

⁶⁰ Vgl. hierzu Kap. III.E.

⁶¹ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 164.

⁶² Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 170.

mässig auch die Funktion zu, den Abschluss eines Frachtvertrags zu beweisen. Dem papiergebundenen Frachtbrief kommt diese Beweisfunktion solange zu, als dieser Beweis nur in der papiergebundenen Form erbracht werden kann,⁶³ was sich letztlich durch das auf den Frachtvertrag anwendbare materielle Recht bestimmt.⁶⁴

Art. 17 MLETR kann ausserdem auch dann nicht greifen, wenn ein zweites Original von den Parteien ausgegeben wurde und dabei ein anderes Medium als für das erste Original benutzt wurde.⁶⁵ Dieser Ausgangspunkt wirft Fragen für bestehende Parallelsysteme auf, wie bspw. beim CIM/SMGS-Frachtbrief⁶⁶. Dieser insbesondere auf der transsibirischen Eisenbahnstrecke Verwendung findende Frachtbrief braucht aufgrund der unterschiedlichen technischen und organisatorischen Rahmenbedingungen in den verschiedenen Transitstaaten ein solches gemischtes System der Frachtbriefe. Es stellt sich daher die Frage, ob hier Art. 17/18 MLETR zwar die Entkräftung des umzuwandelnden Informationsträgers vorsehen, jedoch keine Rechtswirkung in Bezug auf den parallel existierenden Informationsträger entfalten können. Auf jeden Fall sollten die nationalen Umsetzungsgesetze solche Spezialfälle positivrechtlich berücksichtigen. Eine entsprechende Sonderlösung würde dem Grundgedanken von Art. 17/18 MLETR nicht widersprechen.

Das MLETR regelt allerdings nicht, wie vorzugehen ist, wenn jemand in der unrichtigen Annahme, dass der elektronische Datensatz bereits rechtswirksam besteht, das zu ersetzende Dokument für ungültig erklärt. Diese Frage bleibt weiterhin dem materiellen Recht überlassen.⁶⁷ Daher sollte das nationale Umsetzungsgesetz eine angemessene, dem Geist von Art. 17/18 MLETR entsprechende Lösung vorsehen und wohl die Fortgeltung des papiergebundenen Dokuments festgelegt werden.

3. *Erfordernis der eindeutigen Parteierklärung*

Der elektronische Datensatz muss eine Erklärung enthalten, aus der der Wille zur Ersetzung des papiergebundenen Dokuments durch eine elektronische Version deutlich wird. Das Vorliegen dieser Erklärung ist eine Geltungsvoraussetzung für die Rechtswirkung des elektronischen Datensatzes.⁶⁸ Erst

⁶³ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 173.

⁶⁴ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 170.

⁶⁵ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 170.

⁶⁶ Vgl. Kap. IV.D.2.

⁶⁷ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 172.

⁶⁸ So Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 169 und 174.

dann kann dieser im jeweiligen Rechtsverhältnis dieselbe Rechtswirkung wie das physische Dokument entfalten.⁶⁹

Die Parteien können vereinbaren, welche Partei eine entsprechende Erklärung abzugeben hat, andernfalls bestimmt sich dies nach dem auf dieses Rechtsverhältnis anwendbaren Recht. Nach diesem Recht bestimmt sich auch die Frage, welchen Rechtssubjekten die erfolgte Umwandlung angezeigt werden muss.⁷⁰

4. *Ursprüngliche Rechtspositionen bleiben unberührt*

Art. 17 Ziff. 4 MLETR hält ausdrücklich fest, dass durch diesen Wechsel des rechtlich relevanten Informationsträgers die bestehenden Rechtspositionen der Parteien unberührt bleiben. Dieser Grundsatz entspricht auch der Konzeption und dem Zweck des MLETR, denn wenn das MLETR die Äquivalenz von physischen Dokumenten und elektronischen Datensätzen sicherstellen und gewährleisten soll, darf mit der Umwandlung in eine andere Form gerade keine Veränderung der Rechtspositionen einhergehen. Dieser Bestimmung kommt daher lediglich eine (klärende) deklaratorische Funktion zu.⁷¹

C. **Äquivalenz der Unterschriften**

Art. 9 MLETR befasst sich mit der funktionalen Äquivalenz im Zusammenhang mit der *Unterschrift*. Für elektronische Datensätze ist das vom materiellen Recht aufgestellte Erfordernis der Unterschrift als erfüllt anzusehen, wenn ein zuverlässiges Verfahren eingesetzt wird, um die jeweilige Person zu identifizieren und ihren Erklärungswillen für die im elektronischen Datensatz enthaltenen Informationen wiederzugeben. Der Wortlaut erfasst dabei nicht nur Fälle, in denen das materielle Recht eine Unterschrift explizit verlangt, sondern auch jene, in denen eine Unterschrift möglich, jedoch nicht zwingend erforderlich ist.⁷²

Mit Blick auf das Hauptziel der Äquivalenz sind die Voraussetzungen bezüglich der Unterschrift prozedural zu verstehen, indem ein verlässliches Verfahren für die Transformation der Unterschrift in eine digitale Form und umgekehrt vorliegen muss. Die Anforderungen an ein solches verlässliches Verfah-

⁶⁹ Art. 17 Ziff. 2 MLETR.

⁷⁰ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 166.

⁷¹ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 175.

⁷² Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 75.

ren beurteilen sich nach dem allgemeinen Standard zur technischen Verlässlichkeit, wie dieser in Art. 12 MLETR festgelegt ist.⁷³

Die Offenheit dieses Ansatzes zeigt sich darin, dass diese Bestimmung auch für neue Technologien wie die *Blockchain* geeignet ist, weil die erforderliche Identifikation bereits dann als ausreichend anzusehen ist, wenn die jeweilige Person so ermittelt werden kann, dass sie einem bestimmten Pseudonym zugeordnet werden kann.⁷⁴

D. Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Ausland geschaffener, elektronischer Datensätze

Die Anerkennung der Rechtswirkung elektronischer Datensätze ist insbesondere im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr von entscheidender Bedeutung. Art. 19 MLETR hält den Grundsatz der Nichtdiskriminierung fest, wonach den im Ausland geschaffenen und/oder verwendeten elektronischen Datensätzen dieselbe Rechtswirkung zukommen muss wie elektronischen Datensätzen, die im Inland erstellt wurden.

Allerdings kann eine Ungleichbehandlung durch bestimmte Gründe gerechtfertigt werden. Zu denken ist namentlich an Fälle, in denen die im Ausland erstellten oder transformierten Datensätze nicht unter den im MLETR festgelegten technischen und inhaltlichen Mindestanforderungen bearbeitet wurden. Diese Konstellation kann insbesondere dann eintreten, wenn nur ein Staat diese Anforderungen in das nationale Recht umgesetzt hat. Dabei sind insbesondere die kollisionsrechtlichen Bestimmungen der betroffenen Staaten zu berücksichtigen.

In diesem Sinne ist jeweils bereits im Rahmen der Vertragsgestaltung zu klären, unter welchen Rechtsordnungen Dokumente Rechtswirkungen entfalten müssen, um das Risiko bei der Verwendung elektronischer Datensätze zu minimieren. Denn diese Datensätze können für die Nutzung in den Staaten, in denen diese elektronischen Datensätze keine Wirkung entfalten würden, in papiergebundene Dokumente zurückverwandelt werden, allerdings unter Beachtung des Grundsatzes, dass eine parallele Geltung der Dokumente nach dem Konzept des MLETR nicht möglich ist.

⁷³ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 76, vgl. hierzu Kap. III.I.

⁷⁴ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 78.

E. Inhaltliche Zuverlässigkeit des Systems

1. Mindestvoraussetzungen

Damit elektronische Datensätze die gleiche wirtschaftliche Funktion wie papiergebundene Dokumente erfüllen können, müssen zunächst bestimmte inhaltliche Mindeststandards erfüllt sein, die in Art. 10 MLETR aufgeführt sind. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, entfaltet die Übertragung der elektronischen Datensätze dieselbe Wirkung, wie wenn ein physisches Dokument übertragen worden wäre.

Der Zweck hinter dieser Bestimmung ist, sicherzustellen, dass nicht mehrere Datensätze mit verschiedenem Inhalt im Umlauf sind, die sich alle auf denselben Sachverhalt beziehen.⁷⁵

2. Die einzelnen Voraussetzungen

a) Überblick

Soweit das materielle Recht das Erfordernis eines papiergebundenen Dokuments enthält, soll nach Art. 10 Ziff. 1 lit. a MLETR die Verwendung eines elektronischen Datensatzes grundsätzlich genügen, wenn dieser denjenigen Inhalt aufweist, den das materielle Recht für die Ausgestaltung des papiergebundenen Dokuments vorschreibt. Dieser Grundsatz muss auch die Rechtswahlklausel umfassen, durch die das auf den elektronischen Datensatz anwendbare Recht bestimmt wird.⁷⁶

Der elektronische Datensatz kann aber noch mehr Informationen enthalten, wie Art. 6 MLETR ausdrücklich festhält. Zu denken ist u.a. an Daten, die aus technischen Gründen aufgenommen werden müssen. Dabei kann es sich auch um dynamische Daten handeln, die sich im Laufe einer gewissen Zeitperiode verändern können und/oder von externen Datenquellen beeinflusst werden, wie bspw. die Position eines Schiffes. Falls jedoch das anzuwendende materielle Recht die Aufnahme gewisser Informationen verbietet, hat dies auch für Art. 6 MLETR zu gelten.⁷⁷

⁷⁵ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 81, 83 und 85.

⁷⁶ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 90.

⁷⁷ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 58.

Zusätzlich muss zur Ausgestaltung des elektronischen Datensatzes ein zuverlässiges Verfahren verwendet werden, das die in Ziff. 1 lit. b aufgezählten Voraussetzungen erfüllt.⁷⁸ Dieses Verfahren muss

- sicherstellen, dass es nur einen einzigen elektronischen Datensatz gibt, der eindeutig als Ersatz für das papiergebundene Dokument identifiziert werden kann (Singularität);⁷⁹
- den elektronischen Datensatz so ausgestalten, dass er von der Entstehung bis zum Untergang seiner Rechtswirkung kontrollierbar ist (Kontrollierbarkeit),⁸⁰ und
- die Integrität des elektronischen Datensatzes sicherstellen (Integrität).⁸¹

b) Singularität

Das Verfahren muss nach Art. 10 Ziff. 1 lit. b (i) MLETR die Singularität des Datensatzes garantieren,⁸² was ein paralleles System von papiergebundenen Dokumenten und elektronischen Datensätzen ausschliesst, auch wenn das anzuwendende materielle Recht die Ausgabe von mehreren physischen Dokumenten vorsieht. Es geht somit darum, eine singuläre Verbindung zwischen dem papiergebundenen Dokument und dem elektronischen Datensatz herstellen zu können, sodass die funktionale Adäquanz gewährleistet wird.⁸³ Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nur ein elektronischer Datensatz vorhanden sein darf («singularity» anstelle von «uniqueness»⁸⁴).

Daher soll die beabsichtigte Rechtswirkung nur diesem singulär identifizierbaren Datensatz zukommen. Folglich muss der elektronische Datensatz eindeutig als jener gekennzeichnet sein, der das physische Dokument zu ersetzen vermag, was wiederum die Verbindung zum zugrunde liegenden Rechtsverhältnis schafft.⁸⁵

⁷⁸ Art. 10 MLETR.

⁷⁹ Nachfolgend Kap. III.E.2.b).

⁸⁰ Nachfolgend Kap. III.E.2.c).

⁸¹ Nachfolgend Kap. III.E.2.d).

⁸² Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 94 f. mit Hinweis auf die unterschiedlichen Fassungen in den verschiedenen offiziellen Sprachen, die aber alle dasselbe ausdrücken.

⁸³ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 95.

⁸⁴ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 95.

⁸⁵ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 94.

c) Kontrollierbarkeit

aa) Funktion

Der elektronische Datensatz muss nach Art. 10 Ziff. 1 lit. b (ii) MLETR von der Entstehung bis zum Untergang seiner Rechtswirkung unter der fortwährenden Kontrolle eines bestimmten Rechtssubjekts stehen, denn nur so kann der elektronische Datensatz tatsächlich übertragen werden.⁸⁶ Diese Kontrolle muss jeweils demjenigen Rechtssubjekt zustehen, das Inhaber des entsprechenden (jetzt nicht mehr existierenden) papiergebundenen Dokuments gewesen wäre. Dies geht nicht zuletzt aus Art. 11 MLETR hervor, der die Frage der Kontrolle ausdrücklich regelt.

Art. 11 MLETR regelt den «Besitz» an elektronischen Datensätzen (Ziff. 1) und die Übertragung an Dritte (Ziff. 2). Es handelt sich demnach um eine Äquivalenzbestimmung für elektronische Datensätze zur Übertragung des Besitzes von physischen Dokumenten.⁸⁷

An Wertpapieren kann grundsätzlich ein Pfandrecht eingeräumt werden. Bei Inhaberpapieren genügt neben einem gültigen Verpflichtungsgeschäft die Übertragung des Besitzes an den Pfandgläubiger, bei anderen Wertpapieren ist kumulativ ein Indossament oder eine Abtretungserklärung erforderlich.⁸⁸ Auch in diesem Rahmen soll Art. 11 MLETR als Äquivalenznorm zur Besitzübertragung Anwendung finden.⁸⁹

bb) Der «Besitz» von elektronischen Datensätzen

Die ausschliessliche Kontrolle über einen elektronischen Datensatz stellt das Äquivalent zum Besitz von körperlichen Sachen dar.⁹⁰ Nach Art. 11 Ziff. 1 MLETR kann das vom materiellen Recht aufgestellte Erfordernis des Besitzes eines physischen Dokuments auch durch einen elektronischen Datensatz erfüllt werden, wenn das eingesetzte System ein zuverlässiges Verfahren vorsieht, das zwei Voraussetzungen erfüllt.

- Der «Besitzer» muss als *«person in control»* die ausschliessliche Verfügungsmacht über den elektronischen Datensatz ausüben können. So wie ein gemeinschaftlicher tatsächlicher Besitz möglich ist,⁹¹ ist auch der Begriff der

⁸⁶ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 98.

⁸⁷ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 105.

⁸⁸ Art. 901 Abs. 1 und 2 ZGB.

⁸⁹ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 108.

⁹⁰ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 106.

⁹¹ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 113.

«ausschliesslichen Verfügungsmacht» nicht dahingehend zu verstehen, dass technisch keine Möglichkeit bestehen darf, mehr als einer Person gleichzeitig die Verfügungsmacht über den elektronischen Datensatz einzuräumen.

Wem diese ausschliessliche Verfügungsmacht zustehen soll, bestimmt sich nach dem anwendbaren Recht.⁹² Daraus kann sich auch ergeben, dass die Verfügungsmacht verschiedenen Personen ganz oder teilweise zustehen kann.⁹³ Der ausschliesslich Verfügungsberechtigte kann die Kontrolle des elektronischen Datensatzes grundsätzlich auch an einen Dritten delegieren, wobei Möglichkeit und Umfang einer solchen Delegation vom anwendbaren nationalen Recht bestimmt werden.⁹⁴

- Zum anderen muss diese Person eindeutig als der Verfügungsberechtigte bzw. der «Besitzer» bestimm- und identifizierbar sein.⁹⁵ Dabei soll sich diese Person in der gleichen rechtlichen Position befinden, die auch der Besitzer eines physischen Dokuments gewöhnlicherweise einnimmt. Dazu müssen die Daten, die den Verfügungsberechtigten eindeutig kennzeichnen (z.B. der Name), nicht im elektronischen Datensatz selbst enthalten sein. Es genügt, wenn sich die Kennzeichnung aus der Kombination mit dem System ergibt, das die elektronischen Datensätze verwaltet. Dies ermöglicht die Schaffung einer elektronischen Version eines Inhaberpapiers.⁹⁶ Die Identifikation des Verfügungsberechtigten soll das Gegenstück zur Präsentation des Wertpapiers darstellen.⁹⁷

Für die Gültigkeit der Verfügungsberechtigung ist es jedoch nicht erforderlich, dass die Identität der Person bekannt ist.⁹⁸ Daher müssen im System keine personenrelevanten Daten abgespeichert sein. Massgebend ist allein der Nachweis, dass die zugreifende Person über die notwendige Berechtigung verfügt. Die Rechtssicherheit im Rechtsverkehr ist ausreichend gewährleistet, wenn diese Personendaten im Moment der anonymen Rechtsdurchsetzung grundsätzlich ermittelt werden können.⁹⁹ Der Bericht verweist hierfür ausdrücklich auf die *Blockchain*-Technologie, die grundsätzlich mit anonymisiertem *private key* arbeitet, der letztlich aber einer Person eindeutig zugeordnet werden kann. Ob die kontrollierende Person diese Position rechtmässig innehat, beurteilt sich nicht nach dem MLETR, sondern nach dem auf das jeweilige Rechtsverhältnis anzuwendenden materiellen Recht.¹⁰⁰

⁹² Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 114.

⁹³ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 114.

⁹⁴ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 115.

⁹⁵ Art. 11 Ziff. 1 MLETR; Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 105.

⁹⁶ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 116.

⁹⁷ So auch Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 118.

⁹⁸ Dies kann aber bspw. aus Gründen der *Export Compliance* notwendig sein.

⁹⁹ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 117.

¹⁰⁰ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 114.

cc) Übertragung des «Besitzes» an einem elektronischen Datensatz

In diesem Sinne hält Art. 11 Ziff. 2 MLETR ausdrücklich fest, dass die Übertragung der ausschliesslichen Verfügungsmacht über den elektronischen Datensatz das Gegenstück zur Übertragung des Besitzes an einem physischen Dokument bildet. Soweit die Voraussetzungen von Art. 11 Ziff. 2 MLETR erfüllt sind, löst dies alle Rechtsfolgen aus, die im anwendbaren Recht an die Übertragung des Besitzes geknüpft sind.

So setzt bspw. Art. 967 Abs. 1 OR für die Übertragung eines Inhaberpapiers neben einem gültigen Verpflichtungsgeschäft voraus, dass auch der Besitz an diesem Papier übertragen wird (Verfügungsgeschäft). Soweit somit ein gültiges Verpflichtungsgeschäft vorliegt, muss zur Erfüllung des Verfügungsgeschäftes die ausschliessliche Verfügungsmacht über diesen elektronischen Datensatz übertragen werden.

d) **Integrität**

Art. 10 Ziff. 2 MLETR legt den Massstab zur Beurteilung der Integrität des elektronischen Datensatzes fest. Den im elektronischen Datensatz enthaltenen Informationen kommt nur solange Rechtswirkung zu, als sie unverändert und vollständig bleiben. Ausgenommen sind

- autorisierte inhaltliche Anpassungen, die auf einer Parteivereinbarung beruhen und vom «*electronic transferable records management system*» vorgesehen sind (Art. 10 Ziff. 2 MLETR).¹⁰¹ Zu denken ist bspw. an die Dokumentation des Warenübergangs innerhalb einer Logistikkette. Damit ist die Integrität v.a. dann nicht mehr gewährleistet, wenn Veränderungen durch unberechtigte oder unerlaubte Eingriffe in die Datenbank (insbesondere Hacker-Angriffe)¹⁰² durchgeführt wurden.
- Veränderungen, die durch die Speicherung, Übermittlung oder Anzeige der Informationen hervorgerufen werden. Daraus wird deutlich, dass durch bloss technische Veränderungen die nötige Integrität nicht beeinträchtigt wird.¹⁰³

Diese Abgrenzung ist nicht immer leicht vorzunehmen, weil die Art der Anpassung eines Datensatzes nicht das entscheidende Kriterium ist und daher auch nicht jede automatische Veränderung als unproblematisch angesehen werden kann. Auch in diesem Fall muss eine inhaltliche Betrachtung durchgeführt werden. So sind Veränderungen, bei denen Informationen in Form

¹⁰¹ Vgl. nachfolgend Kap. III.E.3.

¹⁰² Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 103.

¹⁰³ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 101 und 104.

von Metadaten automatisch hinzugefügt werden, nicht per se technischer Natur.¹⁰⁴

3. *Die inhaltliche Veränderung von elektronischen Datensätzen*

Der vorstehend erwähnte Vorbehalt in Art. 10 Ziff. 2 MLETR zugunsten der Anpassung von papiergebundenen Dokumenten auf der Grundlage des anwendbaren materiellen Rechts wird in Art. 16 MLETR ausdrücklich dem Äquivalenzprinzip unterstellt.¹⁰⁵ Denn das nationale Recht bestimmt im Regelfall, welche Parteien unter welchen Voraussetzungen dazu legitimiert sind und ob eine Pflicht besteht, Dritte über die Veränderung der im Dokument enthaltenen Informationen zu orientieren. Alternativ ist denkbar, dass die Parteien eine entsprechende alternative Regelung vereinbaren.

Inhaltliche Veränderungen am physischen Dokument sind in der Regel eindeutig aus dem Dokument erkennbar, weil der bestehende Inhalt des Dokuments physisch abgeändert werden muss.

In einem elektronischen Dokument muss aber ein entsprechender elektronischer Vermerk gespeichert sein, sodass inhaltliche Veränderungen im Konfliktfall verfolgt und bewiesen werden können.¹⁰⁶ Diese Vorgabe findet sich in Art. 16 MLETR. Die Zulässigkeit des dafür verwendeten Verfahrens muss anhand der Kriterien in Art. 12 MLETR beurteilt werden.¹⁰⁷ Inhaltliche Änderungen sind daher nur dann rechtsgültig, wenn sie mit einem zuverlässigen Verfahren durchgeführt und als geänderte Informationen gekennzeichnet sind.¹⁰⁸

Bei den Änderungen, die von Art. 16 MLETR erfasst werden, handelt es sich somit um erlaubte inhaltliche Änderungen rechtlicher Natur,¹⁰⁹ die von den vorstehend erwähnten, rein technischen Änderungen abzugrenzen sind.¹¹⁰

¹⁰⁴ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 104.

¹⁰⁵ So auch Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 155.

¹⁰⁶ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 157 f.

¹⁰⁷ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 159, vgl. hierzu Kap. III.I.

¹⁰⁸ Art. 16 MLETR.

¹⁰⁹ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 156.

¹¹⁰ Explizit Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 156.

F. Die rechtswirksame Übertragung von elektronischen Datensätzen

Wie bereits ausgeführt, werden elektronische Datensätze übertragen, indem der Verfügungsberechtigte die ausschliessliche Verfügungsmacht über den elektronischen Datensatz an eine andere Person transferiert. Wo das anzuwendende materielle Recht lediglich die Übertragung des Besitzes voraussetzt, ist dieses Erfordernis mit der Übertragung der Verfügungsberechtigung erfüllt und die vorgesehenen Rechtswirkungen treten ein.¹¹¹

Insbesondere bei Wertpapieren können aber an die Übertragung noch weitere Voraussetzungen geknüpft werden. So verlangt bspw. Art. 967 Abs. 2 OR, dass bei der Übertragung von Namenpapieren zusätzlich eine schriftliche Abtretungserklärung nach den Regeln der Zession vorliegen muss. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, bedingt dies ein Zusammenspiel zwischen dem nationalen Recht und den Voraussetzungen auf der Ebene des MLETR.

1. Der elektronische Datensatz als «Ordrepapier»

Ist ein Wertpapier unter schweizerischem Recht als Ordrepapier ausgestaltet, setzt eine wirksame Übertragung ein gültiges Indossament¹¹² voraus¹¹³ und damit die Schriftlichkeit und eine eigenhändige Unterschrift.¹¹⁴ Im schweizerischen Recht muss das Indossament unbedingt¹¹⁵ und vollständig sein, sodass ein Teilindossament nicht rechtsgültig,¹¹⁶ ein Blankoindossament an den Inhaber jedoch möglich ist.¹¹⁷

Bezüglich des Indossaments verweist Art. 15 MLETR für die Einhaltung dieser beiden Formvorschriften aus dem schweizerischen Recht auf die entsprechenden funktionalen Äquivalenzvorschriften in Art. 8 und 9 MLETR.¹¹⁸ Für eine erfolgreiche Übertragung eines elektronischen Ordrepapiers müssen daher nach Art. 15 MLETR drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

¹¹¹ Art. 11 Ziff. 2 MLETR.

¹¹² Art. 968 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 1001 ff. OR.

¹¹³ Art. 968 Abs. 2 OR.

¹¹⁴ Art. 1003 OR.

¹¹⁵ Eine Bedingung bewirkt allerdings nicht, dass das Indossament ungültig ist. Vielmehr gilt die Bedingung als nicht geschrieben. HANS KUHN, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 1002 OR N 1.

¹¹⁶ Da der Besitz der Urkunde unteilbar ist, kann auch die darin enthaltene Rechtsposition nicht geteilt werden. KUHN (Fn. 115), Art. 1002 OR N 2.

¹¹⁷ Art. 1002 OR.

¹¹⁸ Vgl. Kap. III.1.

- Die im elektronischen Datensatz enthaltenen Informationen müssen so zugänglich sein, dass sie für eine spätere Bezugnahme verwendet werden können;¹¹⁹
- das eingesetzte Informatiksystem muss ein zuverlässiges Verfahren vorsehen, um die verfügungsberechtigte Person zu identifizieren und ihren Erklärungswillen für die im elektronischen Datensatz enthaltenen Informationen wiederzugeben;¹²⁰
- der elektronische Datensatz muss alle Informationen beinhalten, die das anzuwendende materielle Recht für das Indossament verlangt.

Daher müssen die vorgenannten Voraussetzungen des schweizerischen Rechts entsprechend auch für den elektronischen Datensatz gelten.

2. *Der elektronische Datensatz als «Namenpapier»*

Die Information über die ausschliessliche Verfügungsmacht über den elektronischen Datensatz kann auch direkt im elektronischen Datensatz enthalten sein. In diesem Fall lautet der elektronische Datensatz auf einen Namen oder ein Pseudonym: Damit liegt ein elektronisches Gegenstück zum papiergebundenen Namenpapier vor.

Ein Namenpapier wird nach schweizerischem Recht nicht durch Indossament, sondern kumulativ durch eine schriftliche Erklärung, die Übertragung des Besitzes am Papier sowie ein gültiges Verpflichtungsgeschäft übertragen.¹²¹ Dies hat auf der Ebene des MLETR zur Folge, dass Art. 15 MLETR nicht direkt zur Anwendung gelangt.

Die für die Übertragung des Namenpapiers erforderliche Abtretung muss im schweizerischen Recht den Voraussetzungen der Zession nach Art. 164 ff. OR entsprechen.¹²² Die in Art. 165 Abs. 1 OR festgeschriebene Schriftform¹²³ muss im Sinne von Art. 13 OR erfüllt sein, d.h. es muss eine Unterschrift des Verpflichteten vorliegen und somit müssen die Voraussetzungen von Art. 9 MLETR erfüllt sein.¹²⁴ Daraus ergibt sich, dass für eine Übertragung von Namenpapieren grundsätzlich die gleichen Voraussetzungen anwendbar sind, die auch für die Übertragung von Ordrepapieren gelten.

Art. 15 MLETR sollte daher analog auch auf die als «Namenpapier» ausgestalteten elektronischen Datensätze angewandt werden, und bei der Umset-

¹¹⁹ Art. 8 MLETR.

¹²⁰ Art. 9 MLETR.

¹²¹ Art. 967 Abs. 2 OR.

¹²² KUHN (Fn. 115), Art. 967 OR N 5.

¹²³ Zumindest für das Verfügungsgeschäft.

¹²⁴ Vgl. Kap. III.C.

zung in ein nationales Recht sollte diese Konstellation positivrechtlich festgeschrieben werden.

G. Die Angabe von Ort und Zeitpunkt

Verschiedene papiergebundene Dokumente knüpfen an den Zeitpunkt der Erstellung oder an den Ort der Entstehung rechtliche Konsequenzen wie bspw. eine Fristberechnung, die Bestimmung des anwendbaren Rechts oder die Zuständigkeit der Gerichte. Ob die Angaben von Ort und Zeitpunkt zwingend erforderlich sind, bestimmt sich nach dem anzuwendenden materiellen Recht. Art. 13 MLETR regelt die Frage der Äquivalenz solcher Angaben bei der Verwendung eines elektronischen Datensatzes.

Die nach nationalem Recht zwingend erforderlichen Informationen müssen nach Art. 10 Ziff. 1 lit. a MLETR auch im elektronischen Datensatz enthalten sein. Soweit die Informationen nicht zwingend vorhanden sein müssen, dürfen sie selbstverständlich auch in den elektronischen Datensatz aufgenommen werden. Im Sinne der anderen im MLETR aufgestellten Äquivalenznormen setzt auch Art. 13 MLETR ein zuverlässiges Verfahren für die Festlegung von Zeitpunkt und Ort voraus.

Keine weiteren Vorgaben ergeben sich aus dem MLETR bezüglich der Frage, welche Angaben im elektronischen Datensatz enthalten sein müssen. Da das im MLETR enthaltene System bewusst technologie-neutral ausgestaltet wurde, können diese Angaben bspw. auch bei der Verwendung der *Blockchain*-Technologie im *Token* selbst enthalten sein und vom System sogar automatisch eingefügt werden.¹²⁵ Insbesondere bei der Anwendung der *Blockchain*-Technologie werden solche Informationen von sog. *Oracles* (bspw. von externen Sensoren, die die Ankunft der Ware am Bestimmungsort mitteilen) eingefügt.

Ort und Zeitpunkt des Versands und des Empfangs von Datennachrichten sind bspw. auch in Art. 15 UNCITRAL-Mustergesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr¹²⁶ oder in Art. 10 Übereinkommen über elektronische Kommunikation¹²⁷ festgehalten. Im erläuternden Bericht wird aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Bestimmungen nicht unbesehen übernommen werden können, weil diese für die Vertragsgestaltung und -verwaltung relevant sind, während es hier lediglich um die Frage der funktionalen Äquivalenz zum papiergebundenen Dokument geht.

¹²⁵ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 143 f.

¹²⁶ Vgl. Fn. 13.

¹²⁷ Vgl. Fn. 11.

H. Auswirkungen der Lokalisierung des verwendeten Systems auf den Sitz der Parteien

Im materiellen Recht sind gewisse Rechtsfolgen an den Sitz der Parteien gekoppelt. Der Sitz ist bspw. für die Frage relevant, ob ein internationaler Sachverhalt vorliegt, und damit das Kollisionsrecht zur Anwendung gelangt. Dabei bestimmt sich der Sitz einer Partei nach dem Kollisionsrecht des Forumstaates, meist jedoch nach dem Recht, an dem der Sitz dieser Partei postuliert wird. Auch bei dieser Rechtsfrage richtet sich das MLETR am Prinzip der Äquivalenz aus, wonach es keinen Unterschied geben soll, ob die Parteien elektronische Datensätze oder physische Dokumente verwenden.¹²⁸

Art. 14 MLETR enthält lediglich eine negative Auswahl von Kriterien, die gerade nicht der Feststellung des Sitzes einer Partei dienen. Als untauglicher Anknüpfungspunkt werden folgende drei Orte ausdrücklich erwähnt:

- Ort, an dem sich lediglich die Infrastruktur eines Systems zur Benutzung von elektronischen Datensätzen befindet;¹²⁹
- Ort, an dem involvierte Dritte auf das System zugreifen können;
- Land, auf das die verwendete digitale Adresse verweist.

Diese Umstände sind jedoch nicht irrelevant, sondern können in die nach dem anwendbaren materiellen Recht zu beurteilende Bestimmung des Sitzes einbezogen werden.¹³⁰

Diese Regelung wurde v.a. im Hinblick auf Fälle aufgenommen, in denen solche Systeme, wie heute häufig, von Dritten betrieben werden, deren Infrastruktur sich in mehreren Staaten befindet oder die regelmässig den Standort ihrer Infrastruktur wechseln.¹³¹ Art. 14 MLETR steht einer Rechtswahl bezüglich des Sitzes durch die Parteien nicht entgegen, wenn das materielle Recht eine Rechtswahl zulässt.¹³²

Art. 14 MLETR ist von Art. 13 MLETR abzugrenzen: Bei Art. 13 MLETR geht es um den Zeitpunkt und den Ort, in und an dem ein Lebenssachverhalt eintritt. Diese Angaben sind deshalb direkt im elektronischen Datensatz enthalten. Beim Sitz im Sinne von Art. 14 MLETR geht es um die Ermittlung des Sitzes der Parteien, bei Art. 13 MLETR um dessen Angabe im elektronischen Datensatz.¹³³

¹²⁸ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 146.

¹²⁹ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 146.

¹³⁰ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 148.

¹³¹ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 146.

¹³² Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 149.

¹³³ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 147.

I. Technische Zuverlässigkeit des Systems

Art. 12 MLETR definiert einen allgemeinen einheitlichen Standard¹³⁴ bei der Bewertung der Zuverlässigkeit von Verfahren, um die vom MLETR beabsichtigte Äquivalenz herzustellen. Diese Voraussetzung eines zuverlässigen Verfahrens wird im MLETR an verschiedenen Stellen aufgestellt, so insbesondere bei den Äquivalenznormen zur Schriftlichkeit¹³⁵, zum Inhalt¹³⁶, zur Kontrollierbarkeit¹³⁷, zur Angabe von Ort und Zeitpunkt¹³⁸, zur inhaltlichen Abänderung¹³⁹ und zur beidseitigen Wandelbarkeit¹⁴⁰.

Die Kriterien zur Beurteilung der technischen Zuverlässigkeit eines Verfahrens können nicht nur im Streitfall zwischen den Parteien relevant werden. Die relevanten Umstände liefern auch dem Systembetreiber für elektronische Datensätze die erforderlichen Anhaltspunkte für seine Dienstleistung der Zurverfügungstellung eines hinreichend zuverlässigen Verfahrens.¹⁴¹

Aufgrund dieser vielfältigen Aufgaben ist Art. 12 MLETR prozedural ausgestaltet und auf die Ergebnisse ausgerichtet. Daher wird das verwendete Verfahren nicht starr anhand der aufgestellten Kriterien geprüft, vielmehr bedingt die Anwendung dieser Anforderungen eine gewisse Flexibilität.¹⁴² Art. 12 lit. a MLETR listet hierfür Umstände/Kriterien auf, die bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit des Verfahrens zu berücksichtigen sind. Hierzu gehören insbesondere, aber nicht abschliessend¹⁴³:

- Kriterien, die sich auf den organisatorischen Rahmen beziehen (Vorhandensein von Betriebsvorschriften, Audit durch eine unabhängige Instanz, Bestätigung einer Überwachungsorganisation bezüglich der Zuverlässigkeit des Systems, Anwendung eines Industriestandards);
- technische Aspekte (Datenintegrität, Verhinderung des Zugriffs von unautorisierten Personen, Sicherheit von Hard- und Software); sowie
- weitere Kriterien, die Rückschlüsse auf die Solidität des Systemanbieters zulassen (hinreichende Qualifikation des Personals (wie bspw. Ausbildung), der Nachweis ausreichender finanzieller Mittel, der Abschluss einer Haftpflichtversicherung, das Bestehen eines Benachrichtigungssys-

¹³⁴ Deshalb ist die Zulässigkeit einer Parteivereinbarung in diesem Zusammenhang auf die Zuweisung der Haftung beschränkt; Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 138.

¹³⁵ Art. 9 MLETR.

¹³⁶ Art. 10 MLETR.

¹³⁷ Art. 11 MLETR.

¹³⁸ Art. 13 MLETR.

¹³⁹ Art. 16 MLETR.

¹⁴⁰ Art. 17 und 18 MLETR.

¹⁴¹ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 124.

¹⁴² So explizit Art. 12 lit. a MLETR; Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 125.

¹⁴³ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 123 und 126.

tems bei Sicherheitslücken sowie das Vorhandensein eines zuverlässigen Protokolls).¹⁴⁴

Art. 12 lit. b MLETR schränkt den Rechtsstreit über die Frage, ob ein Serviceprovider die vorstehenden Kriterien erfüllt, auf diejenigen Fälle ein, in denen das System das angestrebte Resultat nicht erreicht hat. Damit beschränkt sich der Prozessgegenstand jeweils auf die Frage, ob das System im konkreten Einzelfall die notwendige Funktion vertragskonform ausgeführt hat; ausgeschlossen ist aber ein (abstrakter) Streit über die Frage, ob das System auch in zukünftigen Anwendungsfällen vertragsgemäss funktionieren würde. Hat das angewendete Verfahren die beabsichtigte Funktion erreicht, erübrigt sich eine Diskussion nach lit. a.¹⁴⁵

Diese Bestimmung hat zum Ziel, Rechtssicherheit bei der Frage des angemessenen Systems zu schaffen.

IV. Das elektronische Warenpapier im Lichte des MLETR

A. Einleitende Bemerkungen

Die vorstehend dargelegte grundsätzliche Konzeption des MLETR soll in den nachfolgenden Ausführungen auf die Frage hin untersucht werden, ob sie für die umstrittene Frage der Digitalisierung der Warenpapiere geeignete Anhaltspunkte geben kann. Dazu müssen zunächst die verschiedenen Funktionen des Warenpapiers im Rahmen eines Transportvorgangs betrachtet und in den Zusammenhang zum Prinzip der funktionalen Äquivalenz gestellt werden. Anschliessend sollen anhand des internationalen Eisenbahngüter- und Seefrachtrechts die Chancen und Grenzen dieses Ansatzes aufgezeigt werden.

B. Die Funktionen von Warenpapieren im Rahmen des Transportrechts

Warenpapiere erfüllen im Rahmen eines Transportvorgangs unterschiedliche Funktionen:

- Zunächst dienen sie als eine Art *zentrales Informationssystem* für die verschiedenen Personen und Behörden, die im Laufe eines Transportvorgangs an diesem beteiligt sind. Zu denken ist in erster Linie an die Parteien, jedoch auch an Drittpersonen (Banken, Versicherungen) und invol-

¹⁴⁴ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 127.

¹⁴⁵ Explanatory Note (Fn. 6), Ziff. 136 f.

vierte Behörden. Neben Informationen über den Frachtvertrag, wie Ware, Parteien und Verfügungsrechte, sind auch Angaben zum Frachtgut im Warenpapier enthalten.¹⁴⁶

- Warenpapiere dienen des Weiteren als *Nachweis* für den Transport der Ware. Aus dem Warenpapier ist im Regelfall ersichtlich, wer im Verlaufe eines Transportvorgangs die Ware übergeben, übernommen und transportiert hat. Damit kommt dem Warenpapier eine gewisse Dokumentationsfunktion zu. Es kann als Quittung angesehen werden, die den Erhalt oder die Weitergabe der Ware bestätigt.¹⁴⁷
- Dem Warenpapier kann zusätzlich eine *Sicherungsfunktion* zukommen. Je nach Ausgestaltung können darin detaillierte Voraussetzungen enthalten sein, unter denen das Frachtgut einem bestimmten Empfänger herauszugeben ist. Dadurch werden unbeabsichtigte Verfügungen verhindert. In diesem Zusammenhang wird vom «Warenpapier als Sperrpapier» gesprochen.¹⁴⁸
- Das Warenpapier kann, je nach Ausgestaltung, auch als *Anspruchsgrundlage* für Herausgabeansprüche dienen.¹⁴⁹

C. Elektronische Datensätze als geeignetes Äquivalent zum papiergebundenen Warenpapier

1. Das Warenpapier als Wertpapier

Ein Warenpapier kann als Wertpapier ausgestaltet werden.¹⁵⁰ Wenn ein Warenpapier als Wertpapier in einen elektronischen Datensatz umgewandelt werden soll, muss nach den MLETR-Vorgaben sichergestellt sein, dass die vorgenannten Informations-, Nachweis- und Sicherungsfunktionen sowie dessen Rolle als Anspruchsgrundlage weiterhin gewahrt werden. Hierfür sind insbesondere die vorstehend dargelegten¹⁵¹ inhaltlichen Äquivalenzvorschriften nach Art. 10 f. MLETR zentral, die für die Erfüllung aller mit dem Warenpapier verbundenen Funktionen unerlässlich sind. Dabei sollen nur noch zwei Besonderheiten hervorgehoben werden.

¹⁴⁶ ANDREAS FURRER, Auf dem Weg zu elektronischen Warenpapieren, in: Lukas Gschwend/Peter Hettich/Markus Müller-Chen/Benjamin Schindler/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich 2015, S. 335 ff.

¹⁴⁷ FURRER (Fn. 146), S. 335 f.

¹⁴⁸ So auch FURRER (Fn. 146), S. 336.

¹⁴⁹ Vgl. FURRER (Fn. 146), S. 336.

¹⁵⁰ Vgl. im schweizerischen Recht zum Warenpapier Art. 1153 OR.

¹⁵¹ Vgl. Kap. III.E.

Die Benutzung eines elektronischen Datensatzes erweist sich in der Regel bezüglich der *Informationsfunktion* praktikabler als die Verwendung eines papiergebundenen Dokuments, da die involvierten Personen bedeutend einfacher, jederzeit und überall auf die Datensätze zugreifen können. Diese Zugriffe können überdies über das Protokoll verlässlich nachvollzogen werden. Ausserdem besteht die Möglichkeit, den einzelnen involvierten Personen oder Behörden einen selektiven Zugang zu diesen Daten zu gewähren. Dies erleichtert den Informationsaustausch auf der Grundlage eines einzigen Datensatzes, was diesen nicht nur effizienter, sondern auch transparenter und weniger fehleranfällig macht.¹⁵²

Weiter erleichtert die Benutzung eines elektronischen Datensatzes eine dynamische Nachführung des Warenpapiers bezüglich seiner *Nachweisfunktion*. Auf der Grundlage der Äquivalenzvorschriften in Art. 13 MLETR (Nachweis von Ort und Zeit) sowie in Art. 16 MLETR (Änderung von Informationen)¹⁵³ kann das Warenpapier jeweils dynamisch mit aktuellen Daten nachgeführt werden, sodass jeder Berechtigte über einen gerichtsfesten Nachweis über die konkrete Durchführung eines Transports verfügen kann, was die Handelbarkeit der verbrieften Ware erleichtern und entsprechende Betrugshandlungen erschweren kann.

2. *Das Warenpapier als Urkunde*

In den einleitenden Bemerkungen wurde darauf hingewiesen, dass das MLETR auf die Wandlung von Wertpapieren als papiergebundene Dokumente und elektronische Datensätze (und umgekehrt) Anwendung findet.¹⁵⁴ Diese einengende Definition des Begriffs «*transferable document or instrument*» in Art. 2 MLETR hat zur Folge, dass das MLETR grundsätzlich keine Anwendung findet, wenn das Warenpapier lediglich Urkundencharakter aufweist.

Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass einzelne im MLETR enthaltene Äquivalenzvorschriften auch auf Warenpapiere als Urkunden angewendet werden können und es dem nationalen Gesetzgeber unbenommen ist, bei einer Umsetzung in das nationale Recht den Wirkungsbereich dieser Vorschriften auch über Wertpapiere hinaus auf Urkunden zu erstrecken. Eine entsprechende Erweiterung des Anwendungsbereichs macht insbesondere Sinn bei den Äquivalenzvorschriften des MLETR, nach denen die im elektronischen Datensatz enthaltenen Informationen in beständiger Form ausgestaltet und zugänglich sein müssen. Denn auch Warenpapiere mit (blosser) Urkun-

¹⁵² FURRER (Fn. 146), S. 344.

¹⁵³ Vgl. auch Kap. III.E.3.

¹⁵⁴ Vgl. auch Kap. II.C.2.

dencharakter erfüllen entsprechende Nachweis-, Informations- und allenfalls Sperrfunktionen, die durch eine entsprechende Erweiterung des MLETR-Anwendungsbereichs durch ein nationales Umsetzungsgesetz einer klaren Regelung zugeführt werden können.

3. *Beispiele aus der Praxis*

In der Praxis gestalten die Parteien ihre Wertpapiere in der Regel nur bei einem spezifischen Bedürfnis als Wertpapiere aus. In der Regel orientieren sie sich dabei an den Vorgaben internationaler Konventionen,¹⁵⁵ weil an die Einhaltung der dort verankerten formalen Voraussetzungen verschiedene Rechtsfolgen wie widerlegbare Vermutungen über den Zustand oder den Wert der übergebenen Ware oder Haftungsbeschränkungen geknüpft werden. Ausserhalb des Seefrachtrechts werden Wertpapiere nur selten als Wertpapiere ausgestaltet, und auch im Seerecht ist zu beobachten, dass heute anstelle von Konnossementen¹⁵⁶ als Wertpapiere vermehrt einfache Seefrachtpapiere eingesetzt werden. So erfüllen sie meist nicht die von Art. 1153 OR aufgestellten Voraussetzungen und können damit lediglich als Urkunden nach Art. 1155 Abs. 1 OR gelten.¹⁵⁷

Die möglichen Auswirkungen des MLETR sollen nachfolgend anhand des Eisenbahngüter- und Seefrachtrechts untersucht werden.

D. **Wertpapiere im Eisenbahnfrachtrecht**

1. *Rechtsgrundlagen*

Im Bereich des schienenengebundenen Warentransports enthalten hauptsächlich zwei internationale Rechtsgrundlagen Regelungen zum Frachtbrief: Das CO-TIF¹⁵⁸ beschlägt weite Teile des europäischen Eisenbahnverkehrs und regelt den schienenengebundenen Warentransport in Anhang B (CIM).¹⁵⁹ Die ehemaligen osteuropäischen sowie die asiatischen Staaten regeln den schienenenge-

¹⁵⁵ FURRER (Fn. 146), S. 343.

¹⁵⁶ Vgl. hierzu Art. 112 ff. SSG (Bundesgesetz über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge [Seeschifffahrtsgesetz], SR 747.30).

¹⁵⁷ FURRER (Fn. 146), S. 343.

¹⁵⁸ Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF) vom 9. Mai 1980 (SR 0.742.403.12).

¹⁵⁹ Einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern.

bundenen Warenverkehr im SMGS¹⁶⁰, das im Rahmen der «Organisation der Zusammenarbeit der Eisenbahnen» (OSJD)¹⁶¹ entstanden ist. Einige Staaten haben beide Konventionen ratifiziert.¹⁶²

Das CIM regelt den elektronischen Frachtbrief in Art. 6 § 9 CIM und damit in einer einzigen Bestimmung, in der die Gültigkeit des Frachtbriefs von der funktionalen Äquivalenz abhängig gemacht wird.¹⁶³ Eine ähnliche Bestimmung findet sich in Art. 15 § 4 SMGS. Das CIT¹⁶⁴ hat diese Rechtsgrundlage genutzt, um die Äquivalenz für ihre Mitglieder¹⁶⁵ in einem Handbuch CIM-Frachtbrief¹⁶⁶ (GLV-CIM) zu konkretisieren. Gemeinsam mit dem OSJD wurden im Handbuch CIM/SMGS-Frachtbrief (GLV-CIM/SMGS)¹⁶⁷ die entsprechenden Vorgaben für den CIM/SMGS-Rechtskreis und damit bspw. für den gesamten Frachtkorridor der sibirischen Eisenbahn konkretisiert.¹⁶⁸

Diese Umsetzung auf Ausführungsebene sichert die notwendige Flexibilität für die Gewährleistung der in Art. 6 § 9 CIM vorgeschriebenen funktionalen Äquivalenz. Damit können diese detaillierten Vorschriften ohne Anpassung des Übereinkommens und den dadurch notwendigen, aufwendigen Anpassungsprozess realisiert werden. Die Flexibilität ist gerade in diesem technisch anspruchsvollen Kontext mit einem erfahrungsgemäss schnellen technologischen Wandel von entscheidender Bedeutung.

¹⁶⁰ Abkommen über den internationalen Güterverkehr (analog zum CIM).

¹⁶¹ Die OSJD hat ihren Sitz in Warschau, vgl. <http://en.osjd.org/>, besucht am 13. Mai 2018.

¹⁶² Vgl. hierzu RAINER FREISE, Münchener Kommentar, §§ 407 bis 619 HGB, Vorbemerkungen Internationaler Eisenbahnverkehr, N 44 ff.

¹⁶³ *«Der Frachtbrief einschliesslich des Frachtbriefdoppels kann auch in elektronischen Datenaufzeichnungen bestehen, die in lesbare Schriftzeichen umwandelbar sind. Die zur Aufzeichnung und Verarbeitung der Daten verwendeten Verfahren müssen, insbesondere hinsichtlich der Beweiskraft des verkörperten Frachtbriefes, funktional gleichwertig sein»* (Art. 6 § 9 CIM).

¹⁶⁴ Internationales Eisenbahntransportkomitee (CIT; <https://www.cit-rail.org/de/>).

¹⁶⁵ *«Das Internationale Eisenbahntransportkomitee (CIT) ist ein Verband von ca. 216 Eisenbahnverkehrs- und Schifffahrts-Unternehmen, die grenzüberschreitenden Personen- und/oder Güterverkehr betreiben. 130 Unternehmen sind dem CIT direkt und 80 Unternehmen indirekt über assoziierte Organisationen angeschlossen»* (<https://www.cit-rail.org/de/>).

¹⁶⁶ Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM) vom 1. Juli 2006 in der Fassung vom 1. Januar 2017 (<https://www.cit-rail.org/de/gueterverkehr/handbuecher/>).

¹⁶⁷ Handbuch CIM/SMGS-Frachtbrief (GLV-CIM/SMGS) vom 1. September 2006 in der Fassung vom 28. Juli 2017 (<https://www.cit-rail.org/de/gueterverkehr/handbuecher/>).

¹⁶⁸ Vgl. hierzu die CIT/IRU Guideline comparing the legal regimes CMR – COTIF/CIM-SMGS (https://www.cit-rail.org/media/files/public/download/Guideline_CM_CIM_SMGS_2017_03_28_EN.pdf).

2. Analyse der CIM Rechtsgrundlagen

a) Die Rechtsnatur des CIM-Frachtbriefs und Begriffsverwendung

Das CIM sieht in Art. 6 § 2 Satz 1 ein einheitliches Muster für den Frachtbrief vor. Dessen Ausfertigung ist zumindest bei einem Schienentransport innerhalb der EU zwingend.¹⁶⁹ Der CIM-Frachtbrief stellt aufgrund seiner zugrunde liegenden Konzeption allerdings kein Wertpapier dar.¹⁷⁰ Ihm kommt damit lediglich Beweis- und Sperrfunktion zu.¹⁷¹

Im CIM-Handbuch¹⁷² wird der Begriff «*Frachtbrief*» medienübergreifend definiert als «*elektronische Datenaufzeichnungen*» bzw. als «*Papier-Frachtbrief, der den Beförderungsvertrag im Sinne von Artikel 6 CIM festhält*» und kann demnach nicht auf den papiergebundenen Frachtbrief eingeschränkt werden. Demgegenüber wird der elektronische Frachtbrief als «*elektronisch gespeicherte Datenaufzeichnungen, die den Frachtbrief darstellen*» definiert.

b) EDI-Vertrag

Das GLV-CIM setzt voraus, dass der Beförderer und der Kunde einen Vertrag über den elektronischen Austausch von Daten des Frachtbriefs schliessen, durch den die auszutauschenden Meldungen sowie die Art und Weise des Austauschs der Daten geregelt werden sollen.¹⁷³ Darin müssen sie auch festlegen, welche Ersatzlösungen realisiert werden, falls es zu Störungen oder Ausfällen des verwendeten Informatiksystems kommt.¹⁷⁴

c) Anforderungen an den elektronischen Frachtbrief

aa) Ausgestaltung

Im GLV-CIM werden in Anlage 1 die nötigen funktionellen und rechtlichen Anforderungen aufgestellt, die das in Art. 6 § 9 CIM erwähnte «verwendete Verfahren» zu gewährleisten hat. Das Verfahren muss zunächst so ausgestal-

¹⁶⁹ Art. 6 § 7 CIM.

¹⁷⁰ Ausdrücklich Art. 6 § 5 Protokoll betreffend Änderung des COTIF; FURRER (Fn. 146), S. 351.

¹⁷¹ Art. 12 und 19 CIM; FURRER (Fn. 146), S. 351; INGO KOLLER, Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft, 8. Aufl., München 2013, Art. 6 CIM Rz. 2.

¹⁷² Vgl. Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), S. 4.

¹⁷³ Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), Anlage 1 S. 8.

¹⁷⁴ Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), Anlage 1 S. 12.

tet sein, dass es die Authentifizierung des elektronischen Frachtbriefs gewährleistet und dieser in eine lesbare Form umgewandelt werden kann, damit rechtlich verbindliche Ausdrücke erstellt werden können.¹⁷⁵

bb) Enthaltene Daten

aaa) Speicherung und Sicherung

Die Daten des Frachtbriefs müssen sicher und geschützt aufbewahrt werden. Diese Anforderung ist wohl dann erfüllt, wenn die Daten gegen den unbefugten Zugriff und gegen unbefugte Veränderungen oder gar Löschungen geschützt sind.

Zusätzlich muss das verwendete System gewährleisten, dass die Daten gemäss den im konkreten Einzelfall anzuwendenden Bestimmungen aufbewahrt werden. Hierfür sind neben den einheitlichen Rechtsvorschriften des CIM und dem jeweils einschlägigen materiellen Recht auch die Vereinbarungen zu beachten, die die Parteien im EDI-Vertrag vereinbart haben.

bbb) Zugriffsrechte

Das GLV-CIM sieht weiter eine sehr detaillierte Regelung bezüglich der Zugriffsrechte der beteiligten Personen vor. Danach wird unterschieden zwischen dem Recht

- zum schlichten Einsehen von Daten («lesen»);
- zum Eingeben neuer Daten («eingeben»); sowie
- zum Abändern bereits eingegebener Daten («abändern»).

Die einzelnen unterschiedlichen Informationen des Frachtbriefs werden im GLV-CIM in einer Matrix dem Absender, dem vertraglichen Beförderer und den anderen Beförderern, dem Empfänger und sonstigen interessierten Personen (bspw. Zoll) zugeordnet und deren jeweiligen Zugriffsrechte einer dieser Berechtigungsklassen zugeordnet. Ausserdem enthält diese Tabelle präzise Angaben, in welchen Zeitpunkten die Beteiligten mittels EDI-Meldungen von bestimmten Prozessen benachrichtigt werden.¹⁷⁶ Der Detaillierungsgrad dieser Zugriffsrechte ergibt sich auch aus der Regelung, dass der Beförderer und die zuständigen Behörden ein volles Zugriffsrecht auf alle Angaben zu trans-

¹⁷⁵ Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), Anlage 1 S. 1.

¹⁷⁶ Vgl. dazu Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), Anlage 1 S. 5-9.

portierten gefährlichen Gütern haben müssen, soweit dies für interne Kontrollen und bei Unregelmässigkeiten oder Unfällen notwendig ist.¹⁷⁷

Zugriffsrechte erhalten jedoch immer nur jene Personen, die einen EDI-Vertrag abgeschlossen haben und gleichzeitig am betroffenen Beförderungsvertrag beteiligt sind.

ccc) Änderungen und Ergänzungen

Alle Zugriffe von Personen mit dem Recht zur Ergänzung oder Abänderung von Informationen müssen nach den GLV-CIM-Vorgaben im verwendeten System erfasst und protokolliert werden. Weiter muss das System gewährleisten, dass die geänderten bzw. ergänzten alten Angaben erhalten bleiben. Damit kann der elektronische Frachtbrief der ihm zugedachten Nachweisfunktion nachkommen.¹⁷⁸

d) Gemischtes System

aa) Allgemeines

Das GLV-CIM erlaubt ein gemischtes System, in dem im Verlaufe derselben Sendung die gleichzeitige Verwendung unterschiedlicher Datenträger erlaubt ist. Damit eröffnet das GLV-CIM die Möglichkeit, dass der papiergebundene Frachtbrief parallel zum elektronischen Frachtbrief Rechtswirkungen entfalten kann. Durch diesen flexiblen Wechsel soll erreicht werden, dass der elektronische Frachtbrief bereits auf Teilstrecken genutzt werden kann, bevor er flächendeckende Anerkennung findet.¹⁷⁹

Für die Anwendung des gemischten Systems ist eine Parteivereinbarung zwischen den Beteiligten erforderlich. Personen, die am System des verwendeten elektronischen Datensatzes angeschlossen sind, vereinbaren dies im Rahmen eines EDI-Vertrags. Mit den übrigen Parteien müssen besondere Vereinbarungen¹⁸⁰ getroffen werden.

¹⁷⁷ Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), Anlage 1 S. 1.

¹⁷⁸ Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), Anlage 1 S. 1.

¹⁷⁹ Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), S. 8.

¹⁸⁰ Eigenständig oder im Rahmen bestehender Geschäftsbeziehungen.

bb) Haftung

Den nacheinander verwendeten, aber durchgehend gültigen Datenträgern kommt die gleiche Beweiskraft zu. Der papiergebundene Frachtbrief muss dabei grundsätzlich dieselben Informationen wie sein elektronisches Äquivalent enthalten.

Mögliche Widersprüche zwischen den zwei Datenträgern regelt das GLV-CIM nicht durch eine Kollisionsnorm zugunsten einer der beiden Formen, sondern vielmehr über eine spezielle Haftungsbestimmung: Der Beförderer, «dem die Sendung mit einem Ausdruck, der als Papier-Frachtbrief gilt, übergeben wurde», haftet gegenüber einem anderen Beförderer nur in Bezug auf jene Daten, die in diesem Ausdruck enthalten waren. Demgegenüber haftet der Beförderer, «der Daten in einem elektronischen Frachtbrief erfasst», für jene Daten, die in dem Papier-Frachtbrief enthalten waren, der ihm mit der Sendung übergeben worden ist.¹⁸¹

Damit bildet der papiergebundene ursprüngliche Frachtbrief die Grundlage für die Haftung.

cc) Regelungen zum Ausdruck des elektronischen Frachtbriefs

Das vorstehend erwähnte gemischte System ermöglicht den effizienten Einsatz des elektronischen Frachtbriefs bereits vor seiner flächendeckenden Nutzung. Das gemischte System ist dabei so konzipiert, dass im Moment, in dem eine nicht an das verwendete System angeschlossene Person in den Transportvorgang involviert ist, das Medium des Datenträgers gewechselt werden kann. Dieser Wechsel soll stattfinden, indem der elektronische Frachtbrief ausgedruckt wird. Soweit dieser Ausdruck die nachstehenden Voraussetzungen erfüllt, müssen die Parteien die Gleichwertigkeit des Ausdrucks zum elektronischen Frachtbrief anerkennen.¹⁸²

Grundsätzlich entspricht der Ausdruck des elektronischen Frachtbriefs dem vorgesehenen Muster des Papier-Frachtbriefs, einzelne Anpassungen sind aber unvermeidbar: Der Ausdruck

- darf nur jene Informationen aufführen, für die der Berechtigte des jeweiligen Ausdrucks ein Leserecht besitzt;

¹⁸¹ Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), S. 12.

¹⁸² Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), S. 10.

- muss einen Vermerk enthalten, der angibt, wann und von wem der elektronische Frachtbrief ausgedruckt wurde,¹⁸³
- muss den Vermerk «Ausdruck des elektronischen Frachtbriefs, der als Papier-Frachtbrief verwendet wird – JJJ-MM-TT (Datum des Ausdrucks) – ausgestellt durch ... (Beförderer)» enthalten,¹⁸⁴ falls von der Möglichkeit des erwähnten gemischten Systems Gebrauch gemacht werden soll;
- muss jeweils für jede Ausfertigung eine andere Bezeichnung aufführen;
- muss mit der Bezeichnung, dem Datum, der Zeit und dem Dienst, der den Ausdruck erstellte, im System registriert werden.¹⁸⁵

Optisch orientiert sich der Ausdruck des elektronischen Frachtbriefs am Papier-Frachtbrief. Die entsprechenden Informationen müssen daher im einheitlichen Muster¹⁸⁶ in den vorgesehenen Feldern eingetragen werden. Falls die vorhandene Datenmenge zu gross ist, um sie in diese Felder einzutragen, sind neben dem Stamm-Ausdruck zusätzlich eindeutig mit der Referenznummer des Frachtbriefs gekennzeichnete Ergänzungsblätter¹⁸⁷ anzufügen.¹⁸⁸

3. Vergleich zum MLETR

a) Dieselbe Zielsetzung

Ebenso wie das MLETR bezwecken das CIM sowie das dazugehörige GLV-CIM eine Gleichstellung von papiergebundenen und elektronischen Datenträgern. Die elektronische Ausgestaltung soll damit nicht subsidiär, sondern als rechtliches und funktionales Äquivalent Geltung erlangen.

b) Unterschiedliche Rechtsnatur

Während das MLETR ein Modellgesetz mit Empfehlungscharakter der UNCITRAL und als *soft law* zu qualifizieren ist, bildet das CIM einen rechtlich verbindlichen Anhang des internationalen Übereinkommens COTIF. Die einzige Rechtsgrundlage für den elektronischen Frachtbrief bildet Art. 6 § 9 CIM.

¹⁸³ «Ausdruck des elektronischen Frachtbriefs – JJJ-MM-TT (Datum des Ausdrucks) – ausgestellt durch ... (Beförderer)»; Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), Anlage 1 S. 10.

¹⁸⁴ Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), S. 10.

¹⁸⁵ Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), S. 10.

¹⁸⁶ Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), Anlage 4a.

¹⁸⁷ Zu den weiteren Erfordernissen Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), Anlage 1 S. 11.

¹⁸⁸ Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), Anlage 1 S. 11.

Demgegenüber sind die vorstehend erläuterten detaillierten Vorschriften zum elektronischen Frachtbrief im GLV-CIM enthalten und bilden daher lediglich Ausführungsbestimmungen, die das CIT in Anwendung von Art. 6 § 9 CIM für ihre Mitglieder erlassen hat. Während Art. 6 § 9 CIM unmittelbare Rechtskraft zukommt und dem GLV-CIM aufgrund des weiten Anwendungsbereichs innerhalb des COTIF faktisch eine bedeutende Rolle zukommt, dient das MLETR lediglich als Auslegungshilfe und Orientierungspunkt für Gesetzgebungsprojekte, ein elektronisches Äquivalent zum papiergebundenen Dokument rechtsverbindlich zu implementieren.¹⁸⁹

c) Anwendungsbereich

Sowohl das MLETR als auch das CIM sehen vor, dass elektronische Daten unter gewissen Voraussetzungen als funktionales Äquivalent zum papiergebundenen Dokument zu betrachten sind. Grundsätzlich sehen beide Erlasse vor, dass lediglich dann eine elektronische Version benutzt wird, wenn dies von den Parteien vereinbart wurde.

Unterschiede bestehen jedoch in Bezug auf die rechtliche Ausgestaltung des papiergebundenen Dokuments, welches durch eine elektronische Version ersetzt werden soll. Während das MLETR ein funktionales Äquivalent zu einem Wertpapier schaffen will, ist der CIM-Frachtbrief, der nun in elektronischer Form geschaffen werden soll, als Urkunde ausgestaltet.

d) Vertragliche Vereinbarung/EDI-Vertrag

Unter dem CIT und unter dem MLETR müssen die Parteien, wie erwähnt, die Verwendung des elektronischen Datenträgers vertraglich vereinbaren oder dessen Verwendung zustimmen. Das IT-System, das diese Verwendung ermöglicht, wird gewöhnlich von einem Dritten betrieben, mit dem die Parteien einen separaten Nutzungsvertrag schliessen. Zu diesem Vertrag finden sich in beiden Erlassen keine speziellen Regelungen.

Das MLETR bzw. die dazugehörigen Ausführungen sprechen lediglich von der Notwendigkeit der Zustimmung sämtlicher Personen, die das elektronische Äquivalent anstelle der papiergebundenen Version nutzen.¹⁹⁰ Im Gegensatz dazu sieht das GLV-CIM für den EDI-Vertrag gewisse inhaltliche, zwingend zu regelnde Punkte über den Inhalt und die Art und Weise der auszutau-

¹⁸⁹ Dazu Kap. II.B.

¹⁹⁰ Vgl. Kap. II.C.6.

schenden Meldungen (v.a. Ersatzlösungen, die für Fehlfunktionen des Systems vorgesehen werden) vor.¹⁹¹

e) Gemischtes System und Wandelbarkeit

Unter dem CIT soll das elektronische Äquivalent bereits dann eingesetzt werden können, wenn (noch) nicht alle betroffenen Personen einen elektronischen Datenträger verwenden können, sodass der elektronische Frachtbrief bereits auf Teilstrecken genutzt werden kann. Hierfür muss das System einen Wechsel des Mediums zulassen.¹⁹²

Sowohl das MLETR als auch das CIM sehen diesen Wechsel vor. Das MLETR beinhaltet detaillierte Bestimmungen zum Wechsel vom papiergebundenen Dokument zum elektronischen Datenträger und umgekehrt.¹⁹³ Damit wird ermöglicht, dass der elektronische Datenträger auch verwendet werden kann, wenn zunächst eine papiergebundene Version benutzt wird.¹⁹⁴ Dieser Fall ist im CIM soweit ersichtlich nicht geregelt, grundsätzlich jedoch vorgesehen.¹⁹⁵ Die Regelung des CIM geht davon aus, dass zunächst der elektronische Datenträger verwendet wird und anschliessend zur Papierversion gewechselt werden soll. Dies geschieht, indem der elektronische Frachtbrief ausgedruckt¹⁹⁶ wird, wobei einige inhaltliche Vorschriften¹⁹⁷ eingehalten werden müssen. Für den Wechsel vom elektronischen Datensatz zum papiergebundenen Dokument sieht das MLETR ähnliche Regeln¹⁹⁸ vor. Nach dem MLETR müssen bei einem Wechsel die für die verkörperte Rechtsposition enthaltenen Daten erhalten bleiben.¹⁹⁹ Obwohl das CIM dies nicht ausdrücklich regelt, wird dies dadurch gewährleistet, dass sich der Ausdruck des elektronischen Frachtbriefs am Muster des Papier-Frachtbriefs orientiert.²⁰⁰ Dieser muss notwendigerweise alle relevanten Informationen beinhalten.

Es besteht aber der bereits erwähnte fundamentale Unterschied zwischen dem CIM und dem MLETR bezüglich des gemischten Systems:

- Das MLETR sieht ein sequentielles System vor, in dem sich die Verwendung der verschiedenen Datenträgermedien zeitlich ablösen können, je-

¹⁹¹ Vgl. Kap. IV.D.2.b).

¹⁹² Vgl. Kap. IV.D.2.d).

¹⁹³ Vgl. hierzu Kap. III.B.

¹⁹⁴ Vgl. Kap. II.C.3.

¹⁹⁵ So implizit Handbuch CIM-Frachtbrief (GLV-CIM; Fn. 166), Anlage 1 S. 12.

¹⁹⁶ So auch das MLETR, vgl. Kap. III.B.1.b).

¹⁹⁷ Vgl. dazu Kap. IV.D.2.d)cc).

¹⁹⁸ Vgl. Kap. III.B.1.b).

¹⁹⁹ Vgl. Kap. III.B.2.

²⁰⁰ Vgl. Kap. IV.D.2.d)cc).

doch nicht zeitgleich nebeneinander existieren können. Es wurde geltend gemacht, dies würde zu Widersprüchen und Rechtsunsicherheiten führen, da dieselbe Rechtsposition in mehr als einem Datenträger verkörpert wäre. Das MLETR sieht deshalb explizit vor, dass der bestehende Datenträger im Moment der Umwandlung in ein anderes Medium seine bisherige Rechtskraft verliert.²⁰¹

- Demgegenüber enthält das CIM das bereits erwähnte gemischte System. Es federt die hierdurch hervorgerufenen Risiken eines möglichen Missbrauchs durch die vorerwähnte²⁰² Haftungsregelung ab.

f) Anforderungen an das elektronische Äquivalent bzw. an das verwendete Verfahren

aa) Inhalt

Sowohl das MLETR als auch das CIM schreiben vor, dass der elektronische Datensatz alle relevanten Informationen enthalten muss, die auch seinem papiergebundenen Gegenstück vorgeschrieben sind. Für das MLETR folgt dies aus Art. 10 Ziff. 1 (a), für das CIM aus der Tatsache, dass sich der Ausdruck, und damit auch der elektronische Frachtbrief, am einheitlichen Musterfrachtbrief des CIM orientiert.

Des Weiteren muss der elektronische Datenträger nach beiden Erlassen eindeutig angeben, auf welches Rechtsverhältnis er sich bezieht. Das MLETR sieht dieses Erfordernis in Art. 10 Ziff. 1 (b) (i) vor, das CIM macht dies dadurch deutlich, dass sich der elektronische Frachtbrief am Musterfrachtbrief zu orientieren hat, die Authentifizierung des elektronischen Frachtbriefs gewährleistet sein muss und dieser in eine lesbare Form gebracht werden kann.

In beiden Erlassen sind ausserdem Bestimmungen vorgesehen, die es ermöglichen, den Ort und den Zeitpunkt des Eintritts einer Tatsache (bspw. einer Übergabe des Frachtguts) anzugeben.²⁰³

Im CIM fehlt jedoch eine Bestimmung im Sinne des Art. 14 MLETR, wonach die Verwendung von elektronischen Datenträgern keinen Einfluss auf den für den Vertragsabschluss relevanten Parteisitz hat. Die dort festgehaltenen negativen Abgrenzungen²⁰⁴ ergeben sich zumindest für den kontinentaleuropäi-

²⁰¹ Vgl. Kap. III.B.2.

²⁰² Vgl. Kap. IV.D.2.d)bb).

²⁰³ Vgl. Kap. III.G und IV.D.2.d)cc).

²⁰⁴ Vgl. Kap. III.H.

schen Juristen als allgemeine Grundsätze der Vertragsauslegung und können zumindest in diesem Sinne auch Eingang in das CIM finden.

bb) Technik

Nach dem CIM müssen die Daten so gespeichert und gesichert werden, dass sie vor unbefugten Zugriffen und Veränderungen geschützt sind. Diese Voraussetzung erwähnt auch das MLETR in Art. 12 lit. a (ii und iii) explizit.

Jedoch sieht das MLETR noch weitergehende technische Anforderungen an das verwendete System vor, die im CIM fehlen, so bspw. Regelungen zur verwendeten Soft- und Hardware oder zum Audit durch eine unabhängige Instanz.²⁰⁵ Das CIM kennt keine Art. 12 lit. b MLETR entsprechende Möglichkeit, die Funktionsfähigkeit des Systems durch das funktionsgerechte Ergebnis im Einzelfall nachzuweisen.

g) Übertragung des elektronischen Äquivalents

Das MLETR sieht vor, dass der elektronische Datensatz ein papiergebundenes Dokument ersetzt, das rechtlich als Wertpapier ausgestaltet ist. Wie erwähnt, hängt die Form der rechtsgültigen Übertragung von Wertpapieren davon ab, ob es sich um ein Inhaber-, Namen- oder Ordrepapier handelt. Dies erklärt die Notwendigkeit, dass Art. 15 MLETR neben der Äquivalenzvorschrift für die Übertragung des Besitzes auch eine Äquivalenznorm für das Indossament enthält.

Dieser Mechanismus ist für das CIM nicht essenziell, da die dort zu ersetzenden Frachtpapiere in der Regel lediglich als Urkunden ausgestaltet sind. Zur Übertragung genügt daher ein Übergang der Zugriffsrechte, der im CIM so allerdings nicht explizit erwähnt ist.

E. Warenpapiere im Seefrachtrecht

1. Analyse der Rechtsgrundlagen

Das Seefrachtrecht bildet bezüglich der vorliegenden Fragen in gewisser Hinsicht das Gegenstück zum Eisenbahnfrachtrecht. Während im schienengebundenen Güterverkehr seit der Liberalisierungswelle in den neunziger Jahren trotz der immer noch staatsnahen Regulierung eine beeindruckende Dynamik entstanden ist, basiert das Seehandelsrecht im Kern immer noch auf

²⁰⁵ Dazu ausführlich Kap. III.I.

der Haager Konvention von 1924 in ihrer aktuellsten Fassung.²⁰⁶ Die Hamburger Regeln (HR)²⁰⁷ haben mangels Ratifikation der entscheidenden Industrie- und Handelsstaaten keine wesentliche Bedeutung erlangt, und die Rotterdam Regeln (RR)²⁰⁸ sind bislang mangels der erforderlichen Anzahl von Ratifikationen noch nicht in Kraft getreten.

Mit Blick auf die vorliegende Fragestellung der elektronischen Dokumente ist dies zu bedauern. Beide Konventionen enthalten Regeln über den Umgang mit elektronischen Dokumenten:

- Nach Art. 14 Abs. 3 HR kann das Seekonnossement auch in elektronischer Form ausgestaltet werden, solange das nationale Recht des Ausstellerstaats dieser elektronischen Ausgestaltung nicht entgegensteht.
- Die Rotterdam Regeln enthalten detaillierte Regelungen zur Äquivalenz (Art. 8 RR) und zur beidseitigen Wandelbarkeit (Art. 10 RR). Ausserdem finden sich in Art. 9 RR Bestimmungen zur erforderlichen inhaltlichen Verlässlichkeit des verwendeten Systems.

Die damit weiterhin geltenden Haag-Visby Regeln schweigen allein aufgrund ihres ehrwürdigen Alters zu dieser Frage.²⁰⁹ Im internationalen Kontext fehlt damit eine entsprechende Grundlage, um das Seekonnossement in elektronischer Form rechtlich und funktional gleichwertig auszugestalten. Zwar sichert das als Wertpapier ausgestaltete Konnossement die rechtliche Verfügbarkeit über die Ware, doch könnte dies auf elektronischem Wege stark vereinfacht werden. Die riesigen Transportvolumina, insbesondere auf modernen grossen Containerschiffen, führen zu einem entsprechend hohen Aufwand im Umgang mit den Papieren, der auf elektronischem Wege erheblich erleichtert werden könnte.²¹⁰

Da auf staatsvertraglicher Ebene die Entwicklung blockiert ist, haben sich in den letzten Jahren private Anbieter etablieren können, die die Verwendung von digitalen Seekonnossementen auf elektronischen Plattformen ermöglichen. Dabei handelt es sich jeweils um geschlossene vertragsrechtliche Systeme, sodass die Verbindlichkeit der elektronischen Seekonnossemente innerhalb dieses Vertragsnetzwerks anerkannt wird. Die elektronischen Seekonnossemente werden in etwas unterschiedlicher Form in Datenbanken gespeichert, auf die die involvierten Personen zugreifen können. Die bedeutendsten privaten Projekte sind das *Seadocs*-Projekt, das *Bolero*-Projekt sowie

²⁰⁶ https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/hamburg/XI_d_3_e.pdf; <http://transportrecht.org/wp-content/uploads/Hamburg-Regeln-dt.pdf>.

²⁰⁷ «United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea» vom 31. März 1978.

²⁰⁸ <http://transportrecht.org/wp-content/uploads/RotterdamRegeln2009en.pdf>.

²⁰⁹ FURRER (Fn. 146), S. 366.

²¹⁰ FURRER (Fn. 146), S. 366.

das *ess docs*-Projekt.²¹¹ Alle drei Anbieter sind vom UK P&I Club²¹² lizenziert, sodass die in diesem Rahmen erstellten Konnossemente die Anforderungen der BIMCO *Bill of Lading Clause*²¹³ erfüllen.

Die Rechtswirkungen, die einem elektronischen Seefrachtbrief zukommen können, können sich damit ausschliesslich nach dem anzuwendenden nationalen Recht bestimmen, was aber im grenzüberschreitenden Handel wenig hilfreich ist. Hinzu kommt, dass das im Seefrachtrecht häufig zur Anwendung gelangende englische Recht lediglich den papiergebundenen Frachtbrief vorsieht.²¹⁴

2. Vergleich zum MLETR

In der Arbeitsgruppe des MLETR waren auch Vertreter aus dem Bereich des Seerechts vertreten.²¹⁵ Sie haben die Entwürfe massgeblich beeinflusst und insbesondere auf mögliche Widersprüche zwischen den Regeln der Rotterdam Konvention und den MLETR-Entwürfen hingewiesen. So verfasste das CMI unter der Leitung von Tomotaka Fujita noch im Juli 2017 eine Stellungnahme,²¹⁶ in der auf die Bedeutung des MLETR für die Seeschifffahrt hingewiesen und gleichzeitig betont wurde, dass im Rahmen der Seeschifffahrt jede Möglichkeit der Zulassung mehrerer elektronischer Datensätze unterbunden werden müsse.

Die Grundsätze des MLETR bilden durchaus die geeigneten Eckpunkte für die Einführung eines elektronischen Konnossements. Die vom CMI hervorgehobenen Punkte können bei der Umsetzung in nationales Recht oder in eine internationale Konvention aufgrund der Flexibilität des MLETR durchaus noch berücksichtigt werden.

Dabei sollte aber vermieden werden, dass die nationalen Gesetzgeber weiterhin auf nationaler Ebene unterschiedliche Lösungen umsetzen. Vielmehr wäre es an der Zeit, ausschliesslich für diese Frage eine internationale Konvention aufzulegen, damit eine internationale Lösung gefunden wird, unabhängig von der gegenwärtigen Sackgasse bezüglich der Ratifikation der Hamburger oder der Rotterdam Regeln. Mit einer solchen sich am MLETR und den Notwen-

²¹¹ Dazu ausführlich FURRER (Fn. 146), S. 366 f.

²¹² <https://www.ukpandi.com/>.

²¹³ Vgl. hierzu https://www.ukpandi.com/fileadmin/uploads/uk-pi/Documents/2017/Legal_Briefing_e_bill_of_Lading_WEB.pdf.

²¹⁴ FURRER (Fn. 146), S. 367 f.

²¹⁵ So Prof. Tomotaka Fujita (Japan) als Vertreter des CMI (*Comité Maritime International*) und Marina Comninos als Vertreterin von *essDOCS*.

²¹⁶ United Nations Commission on International Trade Law (Fn. 27), S. 7 ff.

digkeiten des internationalen Seefrachtrechts orientierenden Konvention könnte relativ kurzfristig ein rechtsverbindlicher internationaler Standard gesetzt werden.

V. Schlussfolgerungen

Mit dem MLETR konnte ein international anerkannter Standard zum Umgang mit papiergebundenen Dokumenten und elektronischen Datensätzen etabliert werden. Dieser bezieht sich auf Wertpapiere und auf die funktionale Äquivalenz, sodass immer klargestellt ist, ob die entsprechenden Rechtswirkungen an das papiergebundene Dokument oder an den elektronischen Datensatz geknüpft werden.

Der Anwendungsbereich kann bei der Umsetzung in nationales Recht oder der Ausarbeitung von internationalen Konventionen erstreckt oder eingeschränkt werden. Dies könnte bspw. im Rahmen einer spezifischen Konvention im Umgang mit elektronischen Konnossementen geschehen. Im Bereich des internationalen Eisenbahntransports wird ein gemischtes System papiergebundener Dokumente und elektronischer Datensätze eingesetzt, das ebenfalls eine Erweiterung des MLETR darstellt.

In diesem Sinne wäre es auch für den schweizerischen Gesetzgeber an der Zeit zu prüfen, ob und in welchem Umfang die im MLETR aufgestellten Grundsätze in das schweizerische Recht überführt werden sollen.

Zwangsbehandlungen nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht

THOMAS GEISER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangslage und Begriffe.....	261
II.	Rechtsgrundlagen im alten Vormundschaftsrecht.....	265
III.	Neuregelung im Erwachsenenenschutzrecht	266
	A. Uneinheitliche Regelungen nach Art und Umständen der Behandlung.....	266
	B. Somatische Behandlung ausserhalb einer FU.....	267
	C. Psychiatrische Behandlung innerhalb einer FU.....	268
	1. In einer psychiatrischen Klinik	268
	2. In einer anderen Einrichtung	270
	D. Somatische Behandlung innerhalb einer FU	270
	E. Psychiatrische Behandlung ausserhalb einer FU	271
	F. Ambulante Behandlung.....	271
IV.	Folgerung.....	273

I. Ausgangslage und Begriffe

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts¹ und nach herrschender Lehre² ist der ärztliche Heileingriff eine Verletzung der Persönlichkeit des Patienten, selbst wenn er *lege artis* ausgeführt wird. Er ist deshalb rechtswidrig, soweit nicht ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Dies ist für den Bereich des Zivilrechts nicht zu bestreiten³. Auch wenn entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁴ der *lege artis* ausgeführte Heileingriff nicht als Körperverletzung angesehen würde, bliebe er bei fehlender Einwilligung eine Verlet-

* Prof. Dr. iur. Dr. h.c. THOMAS GEISER, em. Ordinarius für Privat- und Handelsrecht, Universität St. Gallen.

¹ BGE 117 Ib 200.

² MORITZ KUHN, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 45 f.; WOLFGANG WIEGAND, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 180.

³ Anders eventuell aus strafrechtlicher Sicht, weil dort der Persönlichkeitsschutz weniger weit geht.

⁴ BGE 117 Ib 200.

zung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, welches von Art. 28 ZGB ebenso geschützt wird wie die körperliche Integrität⁵.

Nach Art. 28 Abs. 2 ZGB ist eine Persönlichkeitsverletzung nur rechtmässig, wenn sie durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Es fragt sich in der Praxis immer wieder, wie nun vorgegangen werden kann, wenn eine Person für einen für ihre Gesundheit notwendigen oder nützlichen Eingriff die Einwilligung nicht erteilen kann oder ohne vernünftigen Grund verweigert.

Die Einwilligung stellt den wichtigsten Rechtfertigungsgrund eines Heileingriffs dar⁶. Nur in seltenen Fällen, namentlich bei gefährlichen, ansteckenden Krankheiten, ist eine Zwangsbehandlung im Bundesrecht ausserhalb des Erwachsenenschutzrechts gesetzlich vorgesehen⁷.

Sowohl als Folge einer psychischen wie auch einer somatischen Erkrankung und auf Grund unfallbedingter Körperschädigungen kann ein Patient urteilsunfähig sein. Dann ist es nicht möglich, seine Einwilligung einzuholen. Die «Einwilligung» einer urteilsunfähigen Person ist nichtig⁸. Wie bei einem urteilsunfähigen Patienten eine Heilbehandlung gerechtfertigt werden kann, ist eine Frage, die sich auch ausserhalb der Psychiatrie häufig stellt. Die Praxis behalf sich auf verschiedene Weisen. Die Lehre versuchte, das Vorgehen dogmatisch in den Griff zu bekommen. Welche Vorgehensweise gewählt wurde, hing von Zufälligkeiten ab und nicht von dogmatischen Regeln⁹.

- Zum einen wurde auf den mutmasslichen Willen des Patienten abgestellt.¹⁰ Die Medizinalpersonen, welche den Eingriff vornahmen, hatten abzuklären, ob der Patient in die Behandlung eingewilligt hätte, wenn er dazu in der Lage wäre. Bei der Abklärung dieses vermuteten Willens kam

⁵ BGE 117 Ib 200 ff. mit zahlreichen Hinweisen; EUGEN BUCHER, Der Persönlichkeitschutz beim ärztlichen Handeln, in: *Arzt und Recht*, BTJP 1984, Bern 1985, S.42; WIEGAND (Fn. 2), S. 121 ff.

⁶ BUCHER (Fn. 5), S. 42. Ob bereits die Persönlichkeitsverletzung als solche entfällt oder die Einwilligung die Verletzung rechtfertigt, ist dabei bloss eine Frage der dogmatischen Betrachtungsweise, welche am rechtlichen Ergebnis nichts ändert.

⁷ Vgl. insb. das BG über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 18.12.1970 (SR 818.101).

⁸ EUGEN BUCHER/REGINA AEBI-MÜLLER, *Berner Kommentar*, 2017, Art. 16 ZGB N 81.

⁹ A.M. WIEGAND (Fn. 2), S. 172 ff., der bei kasuell Urteilsunfähigen auf den hypothetischen Willen abstellen will, während bei habituell Urteilsunfähigen der gesetzliche Vertreter zu entscheiden habe.

¹⁰ BGE 117 Ib 206 ff.; vgl. dazu auch OLIVIER GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient*, Diss. Neuchâtel 1986, S. 85; THOMAS GEISER, *Die fürsorgliche Freiheitsentziehung als Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung?*, in: Peter Gauch/Jörg Schmid/Paul-Henri Steinauer/Pierre Tercier/Franz Werro (Hrsg.), *Familie und Recht*, Festgabe für Bernhard Schnyder, Freiburg 1995, S. 292 f.

den Angehörigen eine entscheidende Rolle zu¹¹, weil sie den Patienten am besten kennen und damit auch seine Vorstellungen am genauesten wiedergeben können. Es geht aber nicht darum, den Patienten nach dem Willen der Angehörigen zu behandeln. Sie erteilen nicht an seiner Stelle die Einwilligung.

- Zum andern konnte die Einwilligung statt vom Patienten selber, von seinem gesetzlichen Vertreter erteilt werden. Für das urteilsunfähige Kind willigten die Eltern in eine Heilbehandlung ein¹². Beim urteilsunfähigen Bevormundeten genügte die Einwilligung des Vormundes¹³. Gegebenenfalls konnte auch ein dafür ernannter Beistand die Einwilligung in einen Heileingriff an Stelle des Urteilsunfähigen erteilen, was insbesondere bei betagten Personen von praktischer Bedeutung war.
- Bei zeitlicher Dringlichkeit ist dieses Vorgehen häufig unmöglich, so dass der Arzt gemäss dem mutmasslichen Willen des Patienten die medizinisch gebotenen Handlungen vorzunehmen hatte¹⁴.

Die gesetzliche Vertretung ist immer im Interesse der betroffenen Person auszuüben. Der Vertreter hat wegen des höchstpersönlichen Charakters einer Heilbehandlung zu beachten, welchen Willen der Vertretene äusserte, als er noch urteilsfähig war¹⁵. Insofern ist auch für die Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter immer auf den mutmasslichen Willen des Patienten abzustellen. Gewisse Abweichungen können sich beim Minderjährigen aus dem Erziehungsauftrag der Eltern bzw. des Vormundes ergeben¹⁶. Beim volljährigen Schutzbedürftigen besteht indessen dieser Erziehungsauftrag nicht. Der Unterschied zu den Fällen, in denen der Arzt seinen Eingriff mit dem mutmasslichen Willen des Patienten rechtfertigt, besteht damit im Wesentlichen nur in der Frage, *wer* diesen Willen bestimmt.

Entscheidende Bedeutung kommt damit der Frage zu, ob der Patient urteilsfähig ist und damit selber über die Heilbehandlung bestimmt oder ob jemand anderer in seinem Interesse und nach seinem mutmasslichen Willen zu entscheiden hat. Die Urteilsfähigkeit ist im schweizerischen Recht insofern relativ, als je nach Art der vorzunehmenden Rechtshandlung an sie unterschiedliche Anforderungen zu stellen sind¹⁷. Bei der Ausübung von Persönlichkeitsrechten ist insoweit zu differenzieren, als bei der *Verweigerung* einer Einwilligung an die Urteilsfähigkeit niedrigere Voraussetzungen zu stellen sind als

¹¹ BUCHER (Fn. 5), S. 45. Diese Regelung gilt nach wie vor in dringlichen Fällen.

¹² HANS HINDERLING, Die ärztliche Aufklärungspflicht, in: *Ausgewählte Schriften*, Zürich 1982, S. 74; BUCHER (Fn. 5), S. 44.

¹³ GEISER (Fn. 10), S. 291.

¹⁴ WIEGAND (Fn. 2), S. 173.

¹⁵ Vgl. BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (Fn. 8), Art. 18 ZGB N 142 und 147.

¹⁶ Vgl. dazu GEISER (Fn. 10), S. 294.

¹⁷ BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (Fn. 8), Art. 16 ZGB N 115 ff.

bei *Erteilung* der Einwilligung¹⁸. Es sind deshalb nicht zwei, sondern drei Sachverhalte zu unterscheiden:

- Es kann eine gültige Einwilligung des Patienten gegeben sein,
- es kann eine gültige Verweigerung der Einwilligung vorliegen, obgleich der Patient nicht gültig einwilligen könnte,
- und der Patient kann weder in die eine noch in die andere Richtung seinen Willen gültig geäussert haben¹⁹.

Demgegenüber ist nicht vorstellbar, dass ein Patient für die Einwilligung, nicht aber für die Behandlungsverweigerung, urteilsfähig ist. Der Eingriff ist in jedem Fall mit komplexeren Folgen verbunden als dessen Unterlassen. Daran mag der Umstand nichts zu ändern, dass aus der Sicht der medizinischen Wissenschaft ein Eingriff sinnvoll, ja sogar als unbedingt geboten erscheinen mag. Die Urteilsfähigkeit lässt sich nicht damit begründen, ein Entscheid sei im Ergebnis objektiv sinnvoll²⁰. Ebenso wenig ist jemand bloss deshalb als urteilsunfähig anzusehen, weil er sich weigert, eine sinnvolle Behandlung vornehmen zu lassen. Dabei kann sehr wohl Angst ein zulässiges Motiv für die Verweigerung sein²¹. Erst wenn diese eine derart dominierende Bedeutung für den Patienten einnimmt, dass sie als eigentliche Obsession betrachtet werden muss, kann sich daraus eine Urteilsunfähigkeit ergeben²².

Terminologisch ergibt sich daraus, dass es neben der vom Patienten bewusst gewollten Behandlung auch den ohne seinen Willen und den gegen seinen Willen durchgeführten Eingriff gibt. Was soll nun als «Zwangsbehandlung» bezeichnet werden? Entscheidend ist m.E. die Unterscheidung danach, ob eine rechtlich gültige Zustimmung des Patienten vorliegt oder nicht. Wie weit dann tatsächlich Zwang angewendet wird, ist nicht mehr eine Frage der Anordnung einer Behandlung, sondern wie diese durchgesetzt wird.²³ Zwang ist zudem relativ. Im Folgenden behandle ich deshalb die Fragen um die Behandlung ohne rechtsgültige tatsächliche Einwilligung des Patienten selber. Insofern ist der Begriff «Zwangsbehandlung» zu eng.

Das Bundesgericht erachtet medikamentöse Behandlungen ohne Einwilligung des Patienten als schwere Eingriffe in die körperliche und geistige Integrität

¹⁸ DOMIQUE MANAI, *Les droits du patient face à la médecine contemporaine*, Basel 1999, S. 174; schliesslich ist die Urteilsfähigkeit auch je nach Bedeutung und Risiko des Eingriffs unterschiedlich zu beurteilen.

¹⁹ GEISER (Fn. 10), S. 293.

²⁰ MANAI (Fn. 18), S. 174; GEISER (Fn. 10), S. 294.

²¹ A.M. WIEGAND (Fn. 2), S. 172, der sich insoweit fälschlicherweise auf BUCHER (Fn. 5), S. 44, beruft.

²² So wohl auch BUCHER (Fn. 5), S. 44.

²³ Vgl. dazu: THOMAS GEISER/DANIEL ROSCH, *Zwangsmassnahmen im Kindes- und Erwachsenenschutz de lege lata und de lege ferenda*, FamPra.ch, 2/2017, S. 391 ff.

bzw. als Verletzung von Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK; sie betreffe die menschliche Würde zentral.²⁴ Dementsprechend bedarf es für solche Massnahmen auch einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage,²⁵ in der Regel in einem formellen Gesetz, das ausreichend bestimmt ist.²⁶ Umstritten scheint in der Lehre, inwiefern auch die Vollstreckungsnorm, also der unmittelbare Zwang zur Durchsetzung einer Pflicht, selber auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage bestehen muss.²⁷

II. Rechtsgrundlagen im alten Vormundschaftsrecht

Das alte Vormundschaftsrecht regelte die Frage nicht, wer die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung eines urteilsunfähigen Patienten geben kann. Der Rahmen war durch die dargelegten allgemeinen Regeln des Persönlichkeitschutzes gesetzt. Ob allerdings die Ärzte zusammen mit den Angehörigen den mutmasslichen Willen des Patienten eruierten und danach handelten oder ob nach dem mutmasslichen Willen ein gesetzlicher Vertreter – Vormund oder Beistand – formell eine Zustimmung gab, bestimmte das Bundesrecht nicht. Die Kantone hatten die Möglichkeit, diese Frage im Rahmen ihrer gesundheitsrechtlichen Gesetzgebung zu regeln.

Auch soweit es um urteilsfähige Patienten ging, fand sich grundsätzlich keine Regelung im Bundesrecht.²⁸ Die Anordnung einer Vormundschaft gab weder der Behörde noch dem Vormund die Möglichkeit, eine Zwangsbehandlung anzuordnen. Auch die Regeln über die fürsorgerische Freiheitsentziehung halfen hier nicht weiter, weil sie nur die freiheitsbeschränkenden Massnahmen regelten, nicht aber die Behandlung in einer psychiatrischen Klinik.²⁹ Auch hier konnten die Kantone Regelungen treffen. Die Regelungen waren sehr unterschiedlich. Einige Kantone kannten keinerlei Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung. Andere sahen die Möglichkeit vor für eine zwangsweise Behandlung einer psychischen Erkrankung oder jede Art von Zwangsbehandlung bei psychisch Kranken in psychiatrischen Kliniken.³⁰ Wieweit

²⁴ BGer 5A_356/2016 vom 8. Juni 2016 E. 5.2.2; BGE 127 I 6 E. 5; BGE 130 I 16 E. 3; BGer 5A_666/2013 vom 7. Oktober 2013 E. 3.3; BGE 126 I 112 E. 3c.

²⁵ BGer 5A_356/2016 vom 8. Juni 2016 E. 5.2.3.

²⁶ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 342 ff.

²⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 26), Rz. 1453, 1480 f.

²⁸ Gewisse Regelungen finden sich im Epidemiengesetz und in Verfahrensbestimmungen.

²⁹ THOMAS GEISER, Die medizinisch-therapeutische Behandlung und Zwangsmassnahmen im Lichte der geltenden Rechtslage und besonderer Berücksichtigung von vormundschaftlichen Fragestellungen, ZVW 2001, S. 225 ff., Rz. 3.7 ff.

³⁰ Vgl. dazu GEISER (Fn. 29), ZVW 2001, S. 225 ff.

diese Rechtsgrundlagen tatsächlich für Zwangsmassnahmen ausreichen, musste im Einzelfall geprüft werden.³¹

III. Neuregelung im Erwachsenenenschutzrecht

A. Uneinheitliche Regelungen nach Art und Umständen der Behandlung

Diese Rechtslage wurde als äusserst unbefriedigend angesehen. Einerseits beschwerten sich die Psychiater in Kantonen, die auch bei zwangsweise in eine Klinik eingewiesenen Patienten keine Behandlung gegen den Willen zulassen, dass die Klinik zu einer blossen Aufbewahrungsanstalt verkomme. Andererseits warf die örtliche Begrenzung der kantonalen Regelungen unbefriedigende Fragen auf: Wurde der Einwohner eines Kantons ohne Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung in eine Klinik eines Kantons mit Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung eingewiesen, stellte sich die Frage, ob diese nun möglich war oder nicht. In einem Rechtsgebiet, in dem eine effiziente gerichtliche Kontrolle von zentraler Bedeutung ist und die Betroffenen in der Regel in administrativen Fragen nicht besonders befähigt sind, sollten klare und einfach handhabbare Regeln bestehen.

Von daher war ein Ziel der Revision des Vormundschaftsrechts, eine einheitliche Regelung für die medizinische Behandlung ohne Zustimmung des Patienten zu treffen. Sehr umstritten war demgegenüber deren Inhalt. Während von Teilen der Ärzteschaft gefordert wurde, den Ärzten die Kompetenz einzuräumen, medizinisch notwendige bzw. sinnvolle Behandlungen im Interesse der Patienten anzuordnen, widersetzten sich gewisse Patientenorganisationen jeder Behandlungsmöglichkeit gegen den Willen des Patienten. Sowohl in der Politik wie auch in der öffentlichen Diskussion werden Zwangsbehandlungen immer nur in der Psychiatrie gefordert. Demgegenüber fördert die gesellschaftliche Entwicklung im Bereich der somatischen Medizin in den letzten Jahren immer mehr Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Das zeigt auch die Diskussion zum begleiteten Sterben. Der Einzelne soll nicht nur über die Behandlung seiner Krankheit frei entscheiden können, sondern auch frei entscheiden können, ob er mit seiner Krankheit überhaupt noch weiterleben will. Dass eine derart widersprüchliche Ausgangslage eine Gesetzgebung mit lauter Kompromissen zur Folge hatte, erstaunt nicht.

³¹ BGer 5A_356/2016 vom 8. Juni 2016 E. 5.2.3, bei dem das Bundesgericht andeutet, dass es wohl die Verordnung des Kantons Thurgau nicht für eine ausreichende gesetzliche Grundlage hält.

Weitestgehend gelungen ist es, eine gesamtschweizerische Regelung zu finden. Sowohl im somatischen wie auch im Bereich der psychischen Erkrankungen regelt das Bundesrecht die Voraussetzungen für eine Behandlung ohne Zustimmung des Patienten grundsätzlich abschliessend. Eine einzige Ausnahme besteht scheinbar bezüglich ambulanter Massnahmen im Zusammenhang mit einer Nachbetreuung nach einer fürsorgerischen Unterbringung.³² Wie noch zu zeigen sein wird, kann sich die Bestimmung aber nicht auf medizinische Behandlungen beziehen.

Demgegenüber kennt das neue Erwachsenenschutzrecht in noch verstärkterem Masse als das frühere ein Sonderrecht für psychisch Kranke.³³ Wer und unter welchen Voraussetzungen über die Behandlung einer urteilsunfähigen Person entscheidet und in welchem Ausmass der mutmassliche Wille der betroffenen Person dabei berücksichtigt werden muss, ist unterschiedlich geregelt, je nachdem, ob es sich um den somatischen oder den psychiatrischen Bereich handelt. Allerdings ist die Abgrenzung der beiden Bereiche schon von den tatsächlichen Gegebenheiten her nicht klar. Zudem hat der Gesetzgeber die Grenze auch nicht wirklich klar gezogen, weil er für Behandlungen innerhalb einer fürsorgerischen Unterbringung und ausserhalb einer solchen unterschiedliche Regeln getroffen hat und es im Zusammenhang mit einer fürsorgerischen Unterbringung auch noch darauf ankommt, in was für einer Institution diese vollzogen wird. Die Motivation dazu war wohl, dass ein Sonderrecht für psychiatrische Kliniken geschaffen werden sollte, ohne dies als solches zu bezeichnen.

Zu beachten ist, dass alle bundesrechtlichen Grundlagen für eine Behandlung ohne tatsächliche Zustimmung die Urteilsunfähigkeit des Patienten voraussetzen. Das Erwachsenenschutzrecht sieht weder im somatischen noch im psychiatrischen Bereich eine Rechtsgrundlage für eine Behandlung gegen den vom Patienten gültig geäusserten Willen vor. Eine eigentliche Zwangsbehandlung gibt es von daher im schweizerischen Recht nicht. Ausnahmen bestehen nur im Rahmen des Epidemiengesetzes, der polizeilichen Generalklausel und des Prozessrechts.

B. Somatische Behandlung ausserhalb einer FU

Ist eine Person urteilsunfähig, bestimmt Art. 378 ZGB, wer sie bei der Entscheidung über eine vorgesehene ambulante oder stationäre medizinische Massnahme vertritt³⁴. In aller Regel handelt es sich um eine von der betroffe-

³² Art. 437 Abs. 2 ZGB.

³³ Vgl. GEISER/ROSCH (Fn. 23), FamPra 2017, S. 394.

³⁴ Siehe dazu auch Art. 6 Abs. 3 des Europäischen Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin (ÜMB; SR 0.810.2).

nen Person entweder ausdrücklich oder durch ihr Verhalten bezeichnete nahestehende Person. Unter Umständen ist dies aber auch ein von der KESB ernannter Beistand. In jedem Fall ist eine Rechtskontrolle gesichert. Ist ein Beistand zuständig, so kann gegen seine Entscheidung die Erwachsenenschutzbehörde angerufen werden³⁵, deren Entscheid der Beschwerde ans Gericht unterliegt.³⁶ Auch wenn die Vertretung durch eine private Person erfolgt, kann der Rechtsweg über die Erwachsenenschutzbehörde gegangen werden.³⁷

Wem auch immer die Entscheidungsbefugnis zukommt, es ist so zu entscheiden, wie es der Patient selber täte, wenn er urteilsfähig wäre, d.h. nach dessen mutmasslichen Willen und den Interessen der betroffenen Person³⁸. Widersprechen sich der mutmassliche Wille des urteilsunfähigen Patienten und die objektiven Interessen, so macht das Gesetz keine Vorgabe, wie zu entscheiden ist. In der Lehre wird mit Recht vorgebracht, dass auf Grund der höchstpersönlichen Natur des Behandlungsentscheids der mutmassliche Wille des Patienten ausschlaggebend sein muss³⁹. Selbstverständlich kann immer nur in eine medizinisch indizierte Massnahme eingewilligt werden. Diese muss in einem Behandlungsplan festgehalten werden. Ergeben sich aus einer gültigen und auf den konkreten Fall anwendbaren Patientenverfügung klare Weisungen für die Behandlung, so ist kein Vertreterentscheid erforderlich. Vielmehr entspricht der behandelnde Arzt direkt dieser Verfügung.⁴⁰

C. Psychiatrische Behandlung innerhalb einer FU

I. In einer psychiatrischen Klinik

In den Art. 433 ff. ZGB wird der Rahmen für eine Behandlung einer psychischen Erkrankung innerhalb einer «Einrichtung» im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung abgesteckt. In jedem Fall hat der behandelnde Arzt unter Beizug und umfassender Information der betroffenen Person und ggf. ihrer Vertrauensperson einen schriftlichen Behandlungsplan zu erstellen⁴¹. Stimmt der urteilsfähige Patient nach gehöriger Aufklärung dem Behandlungsplan zu,

³⁵ Art. 419 ZGB.

³⁶ Art. 450 ZGB.

³⁷ Art. 381 ZGB.

³⁸ Art. 378 Abs. 3 ZGB.

³⁹ OLIVIER GUILLOD/AGNÈS HERTIG PEA, in: Andrea Bächler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler (Hrsg.), FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013, Art. 378 ZGB N 27; HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2014, Rz. 20.76.

⁴⁰ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 39), Rz. 20.79.

⁴¹ Art. 433 ZGB.

kann dieser durchgeführt werden.⁴² Eine Behandlung ohne Zustimmung des urteilsfähigen Patienten ist grundsätzlich nicht vorgesehen. Insofern gibt es auch in der Psychiatrie keine Zwangsbehandlung.⁴³

Ist der Patient bezüglich der Frage der Behandlung urteilsunfähig, so kann die Chefarztin oder der Chefarzt der Abteilung die im Behandlungsplan vorgesehene Behandlung auch ohne die Zustimmung des Patienten bzw. gegen seinen Willen anordnen. Die Anordnung muss in einer schriftlichen Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung erfolgen.⁴⁴ Die betroffene und jede nahestehende Person können gegen diese Anordnung innert zehn Tagen direkt das Gericht anrufen.⁴⁵ Es ist nicht nötig, sich zuerst an die Erwachsenenschutzbehörde zu wenden.⁴⁶

Die Anordnung der Behandlung ohne Zustimmung des Patienten ist allerdings nur zulässig, wenn dem Patienten ohne die Behandlung ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht. Es genügt nicht, dass die medizinische Massnahme bloss seinem Wohl dient; es muss sich um eine akute, schwerwiegende Gefahrensituation handeln.⁴⁷ Zulässig ist die Anordnung auch, wenn ohne die Behandlung das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernstlich gefährdet ist.⁴⁸ Die Gefährdung des Vermögens, namentlich des Eigentums Dritter, genügt demgegenüber nicht. Überdies muss die Zwangsbehandlung verhältnismässig sein.

Beim Behandlungsentscheid ist eine allfällige Patientenverfügung zu «berücksichtigen»,⁴⁹ dieser ist aber – anders als im somatischen Bereich – nicht zwangsläufig zu «entsprechen». Der Wortlaut von Art. 433 Abs. 3 ZGB weicht bewusst von jenem von Art. 372 Abs. 2 ZGB ab.

In Notfallsituationen können, auch ohne dass die genannten strengen Voraussetzungen erfüllt sind, die zum Schutz der betroffenen Person oder Dritter unerlässlichen medizinischen Massnahmen sofort ergriffen werden. Soweit der mutmassliche Wille des Patienten bekannt ist, hat sich die Behandlung danach zu richten.⁵⁰

Neben eigentlichen medizinischen Behandlungen können sich auch Betreuungsmassnahmen als notwendig erweisen, welche die Bewegungsfreiheit der

⁴² Art. 433 Abs. 2 und 3 ZGB.

⁴³ Vgl. DANIEL ROSCH, Medizinische Massnahmen im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung: Schnitt- und Nahtstellen, AJP 2014, S. 5.

⁴⁴ Art. 434 Abs. 1 ZGB; vgl. zum Ganzen BGE 143 III 337.

⁴⁵ Art. 439 ZGB.

⁴⁶ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 39), Rz. 20.203.

⁴⁷ BBl 2006 7069; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 39), Rz. 20.200.

⁴⁸ Art. 434 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

⁴⁹ Art. 433 Abs. 3 ZGB: «prend en considération».

⁵⁰ Art. 435 ZGB.

betroffenen Person einschränken. Diese sind im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung unter den gleichen Regeln möglich, welche für die Einschränkung der Bewegungsfreiheit in Wohn- und Pflegeheimen gelten. Voraussetzung ist neben der Urteilsunfähigkeit des Betroffenen⁵¹ eine ernsthafte Gefährdung des Lebens oder der körperlichen Integrität des Patienten selber oder Dritter. Zulässig sind solche Massnahmen auch bei einer schwerwiegenden Störung des Gemeinschaftslebens durch den Betroffenen.⁵²

2. *In einer anderen Einrichtung*

Art. 434 ZGB regelt eine psychiatrische Behandlung ohne Zustimmung der betroffenen Person nur in einer psychiatrischen Klinik im Zusammenhang mit einer fürsorglichen Unterbringung. Demgegenüber ist diese Bestimmung nicht anwendbar, wenn die betroffene Person in eine andere Einrichtung eingewiesen worden ist.⁵³ Zu denken ist insbesondere an Alters- und Pflegeheime.

Bei Personen in solchen Einrichtungen richtet sich die Möglichkeit der Behandlung einer urteilsunfähigen Person ohne Zustimmung ausschliesslich nach Art. 378 ZGB. In diesen Fällen ist folglich eine Patientenverfügung auch bezüglich der Behandlung von psychischen Erkrankungen verbindlich und es entscheidet die in jener Bestimmung bezeichnete Person. Andererseits kann gegen den Entscheid das Gericht nicht angerufen werden. Vielmehr muss die betroffene oder eine ihr nahestehende Person gegebenenfalls an die Erwachsenenschutzbehörde gelangen.

D. **Somatische Behandlung innerhalb einer FU**

Art. 433 ZGB beschränkt seinen Anwendungsbereich auf die Behandlung einer psychischen Störung. Damit sind auch die nachfolgenden Regeln zur Behandlung einer urteilsunfähigen Person ausschliesslich auf psychiatrische Behandlungen anwendbar.⁵⁴ Soweit es um somatische Behandlungen geht, ist auf die in den Art. 377 ZGB aufgestellten Regeln zurückzugreifen. Die Entscheidungen sind damit nicht vom medizinischen Personal, sondern von den in Art. 378 ZGB aufgeführten Personen zu treffen. Deren Entscheid kann

⁵¹ A.M. VwerGer AG 14.5.12, WBE. 2013.263, Can 2013m 142 ff.

⁵² Art. 438 i.V.m. Art. 383 f. ZGB; vgl. BGer 5A_255/2017 vom 18. Mai 2017 E. 3.3; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 39), Rz. 20.202.

⁵³ THOMAS GEISER/MARIO ETZENSBERGER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, 2014, Art. 434/435 ZGB N 6a.

⁵⁴ BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER (Fn. 53), Art. 437 N 7.

dann nicht direkt gerichtlich überprüft werden. Vielmehr hat gegebenenfalls die Erwachsenenschutzbehörde einzuschreiten.⁵⁵

Diese Zweiteilung ist wenig glücklich. Zum einen ist die Abgrenzung zwischen der Behandlung eines somatischen Leidens und einer psychischen Störung nicht einfach zu ziehen. Die psychische Störung kann somatische Leiden zur Folge haben; ein somatisches Leiden wirkt sich zudem zweifellos auch auf ein psychisches Leiden aus. Soll die Medizin ganzheitlich sein, muss sich dies wohl auch im Behandlungsplan niederschlagen und damit wird dieser unter Umständen sowohl somatische wie auch psychiatrische Therapien und Behandlungen umfassen. Sollen diese Behandlungen nun bei einem Urteilsunfähigen vorgenommen werden, sind die Entscheidungskompetenzen und die Rechtswege für die einzelnen Teile unterschiedlich geregelt. Patiententestamente haben eine unterschiedliche Bedeutung.

E. Psychiatrische Behandlung ausserhalb einer FU

Befindet sich jemand freiwillig in einer psychiatrischen Klinik oder in einer anderen Einrichtung, sind die Art. 433 ff. ZGB nicht anwendbar. Systematisch stehen diese Bestimmungen unzweideutig im Zusammenhang mit der fürsorglichen Unterbringung. Art. 380 ZGB dehnt den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen nun aber ausdrücklich auf alle Behandlungen einer psychischen Störung einer urteilsunfähigen Person in einer psychiatrischen Klinik aus. Befindet sich jemand freiwillig in einer psychiatrischen Klinik, kann somit bei Urteilsunfähigkeit eine psychische Störung nach den Art. 433 ff. ZGB ohne seine Zustimmung behandelt werden. Patiententestamente sind nur zu berücksichtigen, nicht aber bindend.

Befindet sich die urteilsunfähige Person demgegenüber in einer anderen Einrichtung, wie beispielsweise einem Alters- oder Pflegeheim, entscheiden die in Art. 378 ZGB bezeichneten Personen über eine psychiatrische Behandlung. Patiententestamente sind bindend und nicht nur zu berücksichtigen.

F. Ambulante Behandlung

Eine ambulante Zwangsbehandlung wird bereits mangels Unterbringung im Sinne des Gesetzes von den Regeln über die FU nicht erfasst.⁵⁶ Das Gesetz behält für die Vor- und Nachbetreuung ausdrücklich das kantonale Recht vor.⁵⁷

⁵⁵ Art. 381 ZGB.

⁵⁶ BGE 118 II 248 f.; RR BE, SJZ 1989, S. 284.

Es fragt sich, ob die Kantone neben und innerhalb der Regelung der Nachbetreuung auch ambulante medizinische Massnahmen vorsehen können. Dabei handelt es sich nicht nur um Nachmassnahmen. Vielmehr können die Kantone auf Grund von Art. 437 Abs. 2 ZGB Massnahmen unabhängig davon vorsehen, ob die betreffende Person fürsorgerisch untergebracht war oder nicht. Von Vormassnahmen zu sprechen macht wenig Sinn. Wenn sie wirksam sind, wird eine FU überflüssig und es handelt sich mangels nachfolgender Unterbringung nicht um eine Vormassnahme.⁵⁸

Wie bei der Nachbetreuung handelt es sich in erster Linie um ein freiwilliges Angebot. Wie die Entstehungsgeschichte zeigt,⁵⁹ kann das kantonale Recht allerdings auch behördlichen Zwang vorsehen.⁶⁰ Das ist insofern grundsätzlich sinnvoll, als es sich unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nicht rechtfertigen lässt, jemanden fürsorgerisch unterzubringen, um eine Behandlung einer psychischen Störung ohne Zustimmung zu ermöglichen, wenn die gleiche Behandlung aus medizinischer Sicht auch ambulant möglich ist.

Allerdings ist der Anwendungsbereich dieser Bestimmung vollständig unklar. Zu beachten ist nämlich der Zusammenhang mit den Art. 377 ff. ZGB. Diese Bestimmungen regeln die Behandlung einer Person, die selber nicht entscheiden kann, weil sie urteilsunfähig ist. Wie dargelegt erfassen diese Bestimmungen sowohl die Behandlung somatischer wie auch psychischer Leiden. Der Anwendungsbereich wird durch Art. 380 ZGB eingeschränkt, der ausschliesslich die Behandlung einer psychischen Störung *in einer psychiatrischen Klinik* vom Anwendungsbereich der Art. 377 ff. ZGB ausnimmt. Für ambulante Behandlungen wird folglich keine Ausnahme von den genannten Voraussetzungen vorgesehen. Ist die betroffene Person bezüglich einer Behandlung urteilsunfähig, kann folglich nicht eine kantonale Behörde eine Behandlung anordnen. Vielmehr bedarf diese der Zustimmung der in Art. 378 ZGB aufgeführten Personen.

Es stellt sich somit nur die Frage, ob auf Grund von Art. 437 Abs. 2 ZGB die Kantone die Zwangsbehandlung einer *urteilsfähigen* Person anordnen können. Dabei ist aber zu beachten, dass bei einer urteilsfähigen Person die

⁵⁷ BSK-ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER (Fn. 53), Vorbem. Art. 426N 13 .

⁵⁸ BSK-ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER (Fn. 53), Art. 433 N 4.

⁵⁹ Botschaft Erwachsenenschutz, BBl 2006 7071; AmtlBull StR 2007, 838 f.; AmtlBull NR 2008, 1533 ff.

⁶⁰ BGer 5A_666/2013 vom 7. Oktober 2013 E. 3.1; vgl. auch BGer 5A_356/2016 vom 8. Juni 2016 E. 5.2.1; einschränkend: CHRISTOPH HÄFELI, Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutz, Bern 2016, Rz. 28.21; ablehnend: JÜRIG GASSMANN/RENÉ BRIDLER, in: Christiana Fountoulakis/Kurt Affolter/Yvo Biderpost/Daniel Steck (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016, Rz. 9.201.

Art. 378 f. ZGB keinen Ersatz der Zustimmung ermöglichen.⁶¹ Selbst im Rahmen einer FU ist eine Behandlung einer urteilsfähigen Person gegen ihren Willen nicht zulässig. Art. 434 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB setzt für die Anordnung einer Behandlung ohne Zustimmung ausdrücklich die Urteilsunfähigkeit voraus. Eine ambulante Behandlung eines Urteilsfähigen ist somit ohne entsprechende kantonale Rechtsgrundlage gar nicht möglich.⁶² Allerdings erscheint es als sehr fraglich, ob sich die kantonale Gesetzgebung nicht an die vom Bundesgesetzgeber für die Behandlung im stationären Zusammenhang getroffene Wertentscheidung zu halten hat und damit auch nicht vorsehen kann, dass eine urteilsfähige Person gegen ihren Willen ambulant behandelt werden kann. Daraus ist zu schliessen, dass Art. 437 Abs. 2 ZGB den Kantonen nur die Möglichkeit einräumt, Zwangsmassnahmen *ausserhalb einer eigentlichen Behandlung* vorzusehen. Medizinische Massnahmen fallen demgegenüber nicht unter diese kantonale Kompetenz. Das Bundesgericht hat allerdings bis jetzt die Anordnung medizinischer Massnahmen auf Grund dieser Bestimmung zugelassen, ohne zu dieser Frage Stellung zu nehmen.⁶³

IV. Folgerung

Es können folgende Fälle unterschieden werden, bei denen allerdings die Lösung nicht immer befriedigend ist:

- Ist die betroffene Person mit Bezug auf die Behandlung *urteilsfähig*, entscheidet sie selber sowohl bezüglich somatischer wie auch psychiatrischer Behandlung. Das gilt auch, wenn sie gemäss Art. 426 ff. ZGB in einer psychiatrischen Klinik untergebracht ist, und ist auch von den Kantonen bei der Regelung der ambulanten Behandlung zu respektieren.
- Die Entscheidung über die Behandlung einer *somatischen Erkrankung* einer *urteilsunfähigen* Person richtet sich immer nach Art. 378 ZGB. Die behördliche Anordnung einer solchen Behandlung ist nicht möglich. Das gilt auch im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung.
- Ist jemand als *Urteilsunfähiger* fürsorgerisch gemäss Art. 426 ff. ZGB in einer *psychiatrischen Klinik* untergebracht, kann der Chefarzt gemäss Art. 434 ZGB die Behandlung einer psychischen Störung anordnen. Demgegenüber ist dies für eine somatische Behandlung nicht möglich. Hier richtet sich die Zustimmung nach Art. 378 ZGB. Zu denken ist z.B. an eine Zahnbehandlung oder die Versorgung von Wunden, die sich die psychisch kranke Person selber zugefügt hat.

⁶¹ Vgl. BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER (FN 53), Art. 434/435 N 3 ff.

⁶² BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER (FN 53), Art. 437 N 8.

⁶³ Vgl. z.B. BGer 5A_393/2017 vom 29. Dezember 2017.

- Ist jemand als *Urteilsunfähiger* fürsorgerisch gemäss Art. 426 ff. ZGB in einer *anderen Einrichtung* als einer psychiatrischen Klinik untergebracht, richtet sich die Zustimmung sowohl für eine somatische Behandlung wie auch die Behandlung einer psychischen Störung nach Art. 378 ZGB. Art. 380 ZGB sieht eine Ausnahme von dieser Zuständigkeit nur für die Behandlung in einer psychiatrischen Klinik vor. Betroffen kann beispielsweise eine betagte Person sein, welche in einem Alters- oder Pflegeheim fürsorgerisch untergebracht ist und bei der sich nun eine Zahnbehandlung als notwendig erweist, oder deren Altersdepressionen oder Erregungszustände mit Psychopharmaka zu behandeln sind.
- Auch wenn sich eine *urteilsunfähige* Person in einer *anderen Einrichtung* als einer psychiatrischen Klinik befindet, *ohne* dass eine *fürsorgerische Unterbringung* gemäss Art. 426 ff. ZGB angeordnet ist, richtet sich die Zustimmung sowohl für eine somatische wie auch für eine Behandlung einer psychischen Erkrankung nach Art. 378 ZGB. Art. 380 ZGB enthält eine Sonderregel nur für die Behandlung einer psychischen Störung in einer psychiatrischen Klinik.
- Ist eine *urteilsunfähige* Person in einer *psychiatrischen Klinik*, *ohne* dass eine *fürsorgerische Unterbringung* gemäss Art. 426 ff. ZGB angeordnet ist, richtet sich die Behandlung der psychischen Störung nach den Bestimmungen über die fürsorgerische Unterbringung. Art. 434 ZGB setzt zwar voraus, dass eine fürsorgerische Unterbringung angeordnet worden ist. Art. 380 ZGB dehnt deren Anwendungsbereich aber auch auf Behandlungen psychischer Störungen in einer psychiatrischen Klinik ausserhalb einer FU aus.

De lege ferenda sollte geprüft werden, ob nicht einheitliche Regeln aufgestellt werden könnten und gleichzeitig zwischen der Anordnung der Behandlung und dem Vollzug dieser Anordnung unterschieden werden sollte. Letzteres hätte den Vorteil, dass zwischen dem sehr viel weniger gravierenden Ersetzen der Zustimmung durch einen behördlichen Entscheid bzw. der Zustimmung eines Angehörigen einerseits und dem sehr viel gewichtigeren Entscheid, ob nun wirklich Zwang angewendet werden soll, unterschieden werden könnte.

Zudem müsste der Vorbehalt zu Gunsten der Kantone in Art. 437 ZGB präzisiert werden. Aus der Gesetzessystematik ergibt sich, dass der Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts *de lege lata* nicht eine Regelung erfassen kann, die es erlauben würde, eine urteilsfähige Person gegen ihren Willen ambulant medizinisch zu behandeln, und die Behandlung einer urteilsunfähigen Person durch das Bundesrecht abschliessend geregelt ist. Die Bestimmung kann folglich nur für nicht medizinische Massnahmen gelten, was aber aus ihr nicht ersichtlich ist. Soll es den Kantonen tatsächlich gestattet sein, die behördliche Anordnung ambulanter medizinischer Behandlungen (somatischer oder psychischer Erkrankungen) zu regeln, müsste neben der Delegati-

onsnorm von Art. 437 Abs. 2 ZGB auch noch in Art. 380 ZGB ein Vorbehalt aufgenommen werden.

Mangels Rechtsgrundlage für eine Behandlung gegen den Willen eines urteilsfähigen Patienten ist eine *eigentliche Zwangsbehandlung* in der Schweiz ausgeschlossen, soweit es nicht um polizeiliche Massnahmen geht.

Massgeblichkeit und Kohärenz – ein Widerspruch?

Vom Massgeblichkeits- und Kohärenzprinzip im Unternehmenssteuerrecht

ERNST GIGER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	278
II.	Das Massgeblichkeitsprinzip	280
	A. Der Grundsatz der prinzipiellen Massgeblichkeit	280
	1. Allgemeines.....	280
	2. Von der Handelsbilanz zur Steuerbilanz	281
	3. Die Formen der Massgeblichkeit	282
	4. Die prinzipielle Massgeblichkeit.....	282
	a) Vorbehalt: Handelsrechtskonformität.....	283
	b) Vorbehalt: Steuerliche Korrektornormen	283
	B. Die materielle Massgeblichkeit	284
	1. Allgemeines.....	284
	2. Handelsrechtskonformität	285
	3. Ordnungsmässigkeit.....	287
	C. Die formelle Massgeblichkeit.....	288
	1. Allgemeines.....	288
	2. Bilanzberichtigung und Bilanzänderung.....	288
	3. Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens.....	290
	D. Die umgekehrte Massgeblichkeit	291
III.	Das Kohärenzprinzip.....	292
	A. Allgemeines.....	292
	B. Anwendungsfälle aus der Praxis.....	292
	1. Anpassung Steuerrückstellung nach Bilanzberichtigung	292
	2. Verletzung Sperrfrist nach Umwandlungen	295

* Prof. Dr. iur. ERNST GIGER, Fürsprecher, Steuerexperte, Titularprofessor für Unternehmenssteuerrecht an der Universität Bern, Partner G+S Treuhand AG, Bern. Der Autor dankt Herrn Prof. Dr. rer. pol. Peter Gurtner, Konsulent G+S Treuhand AG, Bern, und Herrn Fürsprecher Hannes Teuscher, L.L.M., eidg. dipl. Steuerexperte, Partner G+S Treuhand AG, Bern, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Hinweise sowie Frau MLaw Claudia Büchi, Rechtsanwältin, Steuerexpertin G+S Treuhand AG, Bern, für die Recherchen und Korrekturarbeiten.

3.	Steuerbilanz nach verweigerter Wertberichtigung	296
4.	Aufrechnung übersetzter Abschreibungen und Wertberichtigungen.....	298
5.	Forderungsverzicht als Sanierungsgewinn.....	299
6.	Auswirkung von Korrekturen auf andere Steuersubjekte	300
C.	Fazit	302
IV.	Massgeblichkeit und Kohärenz	302
A.	Die prinzipielle Massgeblichkeit als Grundlage.....	302
B.	Zwei Prinzipien – ein Widerspruch?	303
V.	Schlussfolgerungen	304

I. Einleitung

Nach TIPKE, dem Altmeister des deutschen Steuerrechts, entsteht gerechtes Recht durch ein System sachgerechter Prinzipien.¹ Diese helfen mit, innerhalb eines Rechtsstoffes Ordnung zu schaffen und für eine geschlossene Einheit zu sorgen, frei von Lücken, Überschneidungen oder Widersprüchen.

Prinzipien stellen auch im Unternehmenssteuerrecht «Leitplanken» dar, welche der Rechtsanwendung dienen und die Rechtssicherheit fördern, ohne dass ihnen aber absolute Bedeutung oder gar quasi-gesetzliche Geltung zukommt. Sie vermögen vielmehr der rechts- und systemkonformen Auslegung und Anwendung von Gesetzesbestimmungen, mithin der Steuergerechtigkeit² zu dienen. Im Unternehmenssteuerrecht gehört das Massgeblichkeitsprinzip wohl unbestrittenermassen zu den zentralen «Leitplanken», wenn es darum geht, den steuerbaren Gewinn zu ermitteln.³

In der jüngeren Vergangenheit ist mit dem Kohärenzprinzip ein weiteres Prinzip dazugekommen. Dieses fordert von den rechtsanwendenden Behörden ein kohärentes Verhalten, indem materiell resp. inhaltlich zusammenhän-

¹ KLAUS TIPKE, *Steuerrecht, Ein systematischer Grundriss*, 10. Auflage 1985, S. 15 f. (weitergeführt und aktualisiert von JOHANNA HEY, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, 22. neu bearbeitete Auflage, Köln 2015, § 3 Rz. 11 ff.); er bezeichnet «das Gerippe, das dafür sorgt, dass die Gesamtheit des Rechtsstoffes geordnet zusammengehalten wird», als inneres System. Zur Bedeutung dieses inneren Systems, vgl. auch PETER LOCHER, *Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht*, Bern 1983, S. 105 f. und S. 174 f.

² RENÉ MATTEOTTI, *Steuergerechtigkeit und Rechtsfortbildung*, Bern 2007, S. 14 ff.

³ Andere Grundsätze im Zusammenhang mit der steuerlichen Gewinnermittlung sind bspw. das Leistungsfähigkeitsprinzip, das Periodizitätsprinzip, das Totalgewinnprinzip, wobei diese durchaus auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander stehen können. Vgl. dazu, jeweils mit zahlreichen weiteren Quellenangaben, WALTER FREI, *Nachträgliche Aufwandverbuchung*, ZStP 3/2014, S.191 ff.; JÜRIG ALTORFER/FABIAN DUSS/MICHAEL FELBER, *Periodengerechte und periodenfremde Korrekturen der Jahresrechnung*, StR 2015, S. 724 ff.

gende Entscheide unter Berücksichtigung des inneren Zusammenhangs zu fällen sind und in sich nicht widersprüchlich sein dürfen.⁴ Dieses Kohärenzprinzip dient – soweit vorliegend von Interesse – ebenfalls einer sachgemässen Ermittlung des steuerbaren Unternehmensgewinns, wobei ihm, anders als dem Massgeblichkeitsprinzip, im Unternehmenssteuerrecht noch keine vergleichbar gefestigte Bedeutung zukommt. Dabei kann sich die Frage stellen, ob das Kohärenzprinzip das Massgeblichkeitsprinzip zu durchbrechen vermag, obwohl es nicht im eigentlichen Sinne als steuerliche Korrektornorm gelten kann, sondern sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) stützt. Dies wiederum könnte zu einem gewissen Widerspruch zwischen dem Massgeblichkeitsprinzip und dem Kohärenzprinzip führen.⁵

Der vorliegende Beitrag versucht, diese beiden Prinzipien einander anzunähern und zu prüfen, ob zwischen Massgeblichkeit und Kohärenz ein Spannungsverhältnis oder gar ein Widerspruch besteht, die sich nur unter Inkaufnahme eines Systembruchs auflösen lassen.

⁴ Gemäss Duden bedeutet Kohärenz: Zusammenhang, Abstimmung, Koordination.

⁵ Ein entsprechendes Spannungsverhältnis zwischen Massgeblichkeit und Kohärenz lässt sich m.E. aus den Ausführungen von MARCO GRETER/MICHAEL FELBER, *Ausgewählte Urteile aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Jahre 2012-2015 zur Gewinnbesteuerung juristischer Personen* (2. Teil), ASA 85 (2016/2017), S. 32 f., herauslesen, wo in Ziff. 1.3.3. ausgeführt wird (*Hervorhebungen* durch den Autor): «Die rechtliche Grundlage für das Durchbrechen des Massgeblichkeitsprinzips für den Fall einer handelsrechtskonformen Jahresrechnung *ist andernorts zu suchen*, wobei zu beachten ist, dass *Korrektornormen nicht nur im Steuergesetz* verankert sein können: (...). Nach der hier vertretenen Auffassung stellt ein solches Vorgehen einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar (Art. 9 BV). (...) Folglich ist *gestützt auf die in der Verfassung verankerte «Korrektornorm»* eine durch die Aufrechnung bedingte Rückstellung insoweit zu berücksichtigen, als ansonsten der bereits in der Handelsbilanz ausgewiesene Rückstellungsbetrag als zu gering erschiene.»

II. Das Massgeblichkeitsprinzip

A. Der Grundsatz der prinzipiellen Massgeblichkeit

1. Allgemeines⁶

Sowohl die handelsrechtliche als auch die steuerrechtliche Gewinnermittlung bezwecken, den Überschuss sämtlicher Erträge über sämtliche Aufwendungen eines Geschäftsjahres festzustellen. Der Unterschied der beiden Gewinnberechnungen besteht darin, dass das steuerpflichtige Unternehmen die Erträge und Aufwendungen in der Handelsbilanz teilweise anders wertet, als dies die Steuerbehörden im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung tun.⁷

Obwohl sich das seit 2013 geltende neue Rechnungslegungsrecht⁸ als Zielsetzung «*fair presentation*» resp. «*true and fair view*» auf die Fahne geschrieben hat,⁹ bleibt mit Blick auf den Gläubigerschutz als einer der wichtigen Grundsätze jener der Vorsicht bestehen: Die Geschäftsvorfälle und Bewertungen sind (über-)vorsichtig zu werten und die Bildung stiller (Willkür-)Reserven ist nach Handelsrecht ausdrücklich erlaubt (Art. 960a Abs. 4 OR, Art. 960e Abs. 3 Ziff. 4 und Abs. 4 OR). Anders sehen dies dagegen die Steuerbehörden: Für sie stehen vermehrt betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte im Vordergrund, mit dem Ziel, eine möglichst richtige Wertung der Geschäftsvorfälle als Grundlage für die steuerliche Gewinnermittlung zu erhalten.

Die steuerliche Gewinnermittlung von Unternehmen basiert auf einem Vermögensstandsvergleich:¹⁰ Der steuerbare Reingewinn entspricht der Differenz des Eigenkapitals am Anfang und am Ende eines Geschäftsjahres, unter Abzug der Kapitaleinlagen und Aufrechnung von Kapitalentnahmen.

⁶ Zum Massgeblichkeitsprinzip, jeweils mit zahlreichen weiteren Hinweisen, vgl. PETER LOCHER, Kommentar zum DBG, II. Teil, Therwil/Basel 2004, Art. 58 N 3 ff.; PETER BRÜLISAUER/MARCO MÜHLEMANN, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Basel 2017, Art. 58 DBG N 8 ff.; PIERRE-MARIE GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, Le principe de détermination dans le context des apports et autres contributions de tiers, Genf/Zürich/Basel 2005, S. 65 ff.

⁷ PETER GURTNER, Skript Unternehmenssteuerrecht I (Grundlagen und ordentliche Geschäftsvorfälle, Handelsbilanz und Steuern), Auflage 2017 (aktualisiert per 30. Juni 2017 durch ERNST GIGER), S. 97 f.

⁸ BG vom 23. Dezember 2011 (Rechnungslegungsrecht; AS 2012 6679; BBl 2008 1589).

⁹ Vgl. Art. 957a OR.

¹⁰ ERNST GIGER, Die prinzipielle Massgeblichkeit, Steuerliche Gewinnermittlung im Spannungsverhältnis von Handels- und Steuerrecht am Beispiel verdeckter Kapitaleinlagen, in: Der Schweizer Treuhänder 2009, S. 2 ff.

2. *Von der Handelsbilanz zur Steuerbilanz*¹¹

Ausgangslage der steuerlichen Gewinnermittlung bildet die Handelsbilanz oder genauer die handelsrechtliche Jahresrechnung, welche nebst der Bilanz (Art. 959 OR) auch die Erfolgsrechnung (Art. 959b OR) und den Anhang (Art. 959c OR) umfasst.¹² Die gesetzliche Grundlage dieses Konnexes zwischen der Handelsbilanz und der steuerlichen Gewinnermittlung ist in Art. 58 Abs. 1 Bst. a DBG zu finden, wonach der Saldo der handelsrechtlichen Erfolgsrechnung, unter Berücksichtigung des Saldo vortrags des Vorjahres, die Grundlage resp. Ausgangslage für die Ermittlung des steuerbaren Gewinns bildet.¹³

Der Grundsatz der Anknüpfung der steuerlichen Gewinnermittlung an der Handelsbilanz wird als Massgeblichkeitsprinzip¹⁴ bezeichnet und er führt zu einem engen Bezug zwischen der steuerlichen Gewinnermittlung und dem handelsrechtlichen Rechnungslegungsrecht, welches zum einen die Buchführung und zum anderen die Rechnungslegung im Sinne des Erstellens der Handelsbilanz umfasst. Dabei ergibt sich ohne Weiteres, dass es sich beim anwendbaren Handels- resp. Rechnungslegungsrecht immer um das geltende Recht handelt; im Sinne eines «dynamischen Verweises» kommt nach Art. 58 Abs. 1 Bst. a DBG nicht das im Zeitpunkt des Erlasses des gesetzlichen Verweises geltende Handels- resp. Rechnungslegungsrecht zur Anwendung, sondern das im Zeitpunkt der Rechtsanwendung geltende (neuere) Recht. Das Steuerrecht übernimmt folglich laufend die Rechtsentwicklung im Rechnungslegungsrecht und zwar sowohl hinsichtlich des geschriebenen wie auch des ungeschriebenen Rechts.

Die Steuerbehörden haben bei der steuerlichen Gewinnermittlung somit immer auch – gewissermassen vorfrageweise – zu prüfen, ob die von einer Unternehmung erstellte Handelsbilanz den Anforderungen des geltenden Rechnungslegungsrechts zu genügen vermag. Dabei ist es bei komplexen Verhältnissen für die Steuerbehörden nicht einfach, alle sich aus rechnungslegungsrechtlicher Sicht ergebenden Spezialitäten und Sonderfragen in der dafür notwendigen Tiefe klären und beurteilen zu können. Die Steuerbehörden werden, insbesondere wenn ein Unternehmen der Revisionspflicht nach

¹¹ Zum Begriff vgl. Fn. 27.

¹² Den sprachlichen Gepflogenheiten gemäss, ist im Folgenden vereinfachend nur von der Handelsbilanz anstatt von der handelsrechtlichen Jahresrechnung die Rede.

¹³ Art. 58 DBG regelt die Gewinnermittlung von juristischen Personen. Kraft des Verweises in Art. 18 Abs. 3 DBG gelten diese Bestimmungen für Personenunternehmen jedoch sinngemäss.

¹⁴ Vgl. PETER GURTNER, Neues Rechnungslegungsrecht und steuerliche Massgeblichkeit, in: FS für Roland von Büren, Basel 2009, S. 847 ff., mit zahlreichen Literaturhinweisen in Fn. 5 des Beitrages.

Art. 727 OR untersteht, für die handelsrechtlichen Belange üblicherweise auf die von der Revisionsstelle geprüfte Handelsbilanz abstellen. Ohnehin wird sich im Normalfall die Prüfung der Handelsbilanz durch die Steuerverwaltung auf offensichtlich handelsrechtswidrige Ansätze beschränken; vertiefte handelsrechtliche Klärungen werden sich nur in Ausnahmefällen aufdrängen, soweit dies im ordentlichen Veranlagungsverfahren notwendig und angemessen ist.¹⁵

3. *Die Formen der Massgeblichkeit*

Das Massgeblichkeitsprinzip, also die Anknüpfung der steuerlichen Gewinnermittlung an die Handelsbilanz, weist drei Aspekte auf: die materielle, die formelle und die umgekehrte Massgeblichkeit. Mitunter werden diese drei Formen auch als Konformitätsprinzip (im Sinne der materiellen Massgeblichkeit), Massgeblichkeitsprinzip (im Sinne der formellen Massgeblichkeit) und Verbuchungsprinzip (im Sinne der umgekehrten Massgeblichkeit) bezeichnet.¹⁶

Unabhängig dieser Begrifflichkeit werden in Lit. B hienach die drei Formen der Massgeblichkeit kurz dargestellt, um alsdann der Frage nachzugehen, wie sich das Kohärenzprinzip dazu verhält resp. in welchem Verhältnis diese Prinzipien zueinander stehen.

4. *Die prinzipielle Massgeblichkeit*

Die Massgeblichkeit wird in der Regel als prinzipielle Massgeblichkeit bezeichnet. Damit ist, nebst der materiellen, formellen und umgekehrten Massgeblichkeit, nicht eine vierte Form von Massgeblichkeit gemeint, sondern vielmehr, dass die Massgeblichkeit im Sinne der Bindung der steuerlichen Gewinnermittlung an die Handelsbilanz (Art. 58 Abs. 1 Bst. a DBG) keine absolute, sondern lediglich eine prinzipielle ist, d.h. eine gewisse «Relativierung» erfährt.

¹⁵ Die Steuerbehörden unterziehen die Buchhaltung einer steuerpflichtigen Unternehmung bloss periodisch einer vertieften Überprüfung oder wenn sie begründete Veranlassung dazu haben. Üblicherweise nehmen die Steuerbehörden in der Folge Gewinnkorrekturen zu Lasten des steuerpflichtigen Unternehmens vor (Gewinnaufrechnungen) und nur ausnahmsweise solche zu deren Gunsten. Vgl. dazu aber auch unten II. A. 4.

¹⁶ LAURENZ SCHNEIDER/DAMIR GOLDMANN, Steuerliche Massgeblichkeit des revidierten Rechnungslegungsrechts, in: Der Schweizer Treuhänder 2012, S. 909 ff.

a) Vorbehalt: Handelsrechtskonformität

Die prinzipielle Massgeblichkeit beinhaltet zum einen, dass im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung die (zwingenden) handelsrechtlichen Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften zu beachten sind. Die Steuerbilanz muss somit handelsrechtskonform sein; Gewinne, die handelsrechtlich nicht korrekt ausgewiesen werden und entsprechend auch nicht ausgeschüttet werden dürfen, sollen nicht Grundlage für die Erhebung gewinnabhängiger Steuern sein. In diesem Sinne hat die Steuerbehörde eine handelsrechtswidrige Handelsbilanz für den steuerlichen Zweck der Gewinnermittlung zu berichtigen.

b) Vorbehalt: Steuerliche Korrektornormen

Zum andern muss die Steuerbehörde von einer handelsrechtskonformen Handelsbilanz dann abweichen, wenn das Steuergesetz eine entsprechende Korrektornorm kennt. Legt ein steuerpflichtiges Unternehmen den Steuerbehörden eine handelsrechtskonforme Jahresrechnung vor, hat die Steuerbehörde diese hinsichtlich der steuerlichen Gewinnermittlungsvorschriften zu prüfen und gegebenenfalls, d.h. bei Vorliegen einer steuerlichen Korrektornorm, zu berichtigen. Korrigiert werden in sehr vielen Fällen geschäftsmässig nicht begründete Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen.¹⁷

Als steuerliche Korrektornormen gelten mit Bezug auf das Bundessteuerrecht insbesondere die Bestimmungen von Art. 58 ff. DBG. Diese bilden die gesetzliche Grundlage für das Abweichen von der aus Art. 58 Abs. 1 Bst. a DBG abgeleiteten Massgeblichkeit. Ob als steuerliche Korrektornormen im eigentlichen Sinne nur die Bestimmungen von Art. 58 Abs. 1 Bst. b und c sowie Abs. 2 und 3 DBG gelten können, nicht jedoch – da lediglich Auslegungshilfen – die weiteren Bestimmungen zur Gewinnermittlung von Art. 58 ff. DBG¹⁸, mag an dieser Stelle offen bleiben: Grundsätzlich haben die Steuerbehörden alle Bestimmungen des Steuergesetzes zur korrekten Gewinnermittlung anzuwenden, soweit sich diese mit der Berechnung des steuerbaren Reingewinns befassen. Wenn bspw. Art. 60 DBG normiert «Kein steuerbarer Gewinn entsteht durch: (...)», ist es sachgemäss und zwingend, diese Bestimmung im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung anzuwen-

¹⁷ Art. 58 Abs. 1 Bst. b DBG. Der Grund für die Vielzahl solcher Bilanzberichtigungen liegt darin, dass das Handels- resp. Rechnungslegungsrecht die Bildung stiller (Willkür-)Reserven durch übersetzte Abschreibungen oder Wertberichtigungen resp. nicht (mehr) begründete Rückstellungen praktisch uneingeschränkt zulässt. Anderer Meinung zur uneingeschränkten Bildung stiller Willkürreserven: PETER BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich/Basel/Genf 2014, N 1115.

¹⁸ LOCHER (Fn. 6), Art. 58 N 85.

den, sollte die Verbuchung eines Geschäftsvorfalles in der Handelsbilanz einer Unternehmung im Widerspruch dazu stehen (dies bspw. dann, wenn die Unternehmung eine Kapitaleinlage als Ertrag verbucht hat).¹⁹

B. Die materielle Massgeblichkeit

1. Allgemeines

Das Rechnungslegungsrecht enthält sowohl geschriebene wie auch ungeschriebene Grundsätze zur Ordnungsmässigkeit. So umfasst das am 1. Januar 2013 in Kraft getretene neue Rechnungslegungsrecht²⁰ im 32. Titel des OR (Kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung) die Bestimmungen von Art. 957 bis Art. 963b OR. Diese stellen den Rahmen der ordnungsgemässen Buchführung und Rechnungslegung dar, wobei zu beachten ist, dass je nach Grösse des Unternehmens teilweise unterschiedliche Anforderungen bestehen.²¹

Zu den rechnungslegungsrechtlichen Grundsätzen, welche auch in steuerlicher Hinsicht von besonderer Bedeutung sind, gehören unter anderem: das Vorsichtsprinzip, die Bilanzwahrheit, die Bilanzklarheit und -verständlichkeit, das Realisationsprinzip, das Höchstwert- resp. Niederstwertprinzip, das Prinzip der Verlustantizipation bzw. der Imparität, der Grundsatz der Einzelbewertung, der Unternehmensfortführung, der Bilanzkontinuität und Stetigkeit sowie das Stichtagprinzip. Dabei beschlagen die Rechnungslegungsvorschriften sowohl die Frage der Bilanzierung an sich, wie auch der Bewertung.²² Könnte das Steuerrecht bei der Ermittlung des steuerbaren Unternehmensgewinns nicht auf diese handelsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze abstellen, müsste der Steuergesetzgeber selber entsprechende Normen im Steuergesetz erlassen. Eine solche Doppelspurigkeit wäre wohl dann vorgezeichnet, wenn das Handelsrecht die im Steuerrecht tolerierte Bildung stiller

¹⁹ Ebenso PETER GURTNER, Neue Rechnungslegung – Prinzipielle Massgeblichkeit oder eigenständige Steuerbilanz?, ASA 69 (2000/2001), S. 89.

²⁰ Obligationenrecht (SR 220), Änderung vom 23. Dezember 2011 (Rechnungslegungsrecht, AS 2012 6679, BBI 2008 1589).

²¹ Kleine Unternehmen im Sinne von Art. 957 Abs. 2 OR unterliegen bloss einer vereinfachten Buchführung, grosse Unternehmen nach Art. 961 OR einer erweiterten Rechnungslegung.

²² Die Frage der Bilanzierung ist jene nach dem «Ob» und diejenige der Bewertung nach dem «Wie» der Bilanzierung. Bezüglich des «Ob» der Bilanzierung ist zu beachten, dass das seit dem 1. Januar 2013 geltende, neue Rechnungslegungsrecht kein Aktivierungswahlrecht mehr kennt, sondern eine Aktivierungspflicht (Art. 959 Abs. 2 OR) resp. – bei fehlenden Voraussetzungen für eine Aktivierung – ein Aktivierungsverbot.

Reserven nicht mehr zulassen würde; diesfalls wäre der Steuergesetzgeber zunehmend gezwungen, eigene Bewertungsvorschriften zu erlassen.²³

Die materielle Massgeblichkeit verhindert diese Doppelspurigkeit weitgehend. Soweit das Handelsrecht Grundsätze zur ordnungsgemässen Buchführung und Rechnungslegung erlässt, gelten diese auch für die steuerlichen Belange der Gewinnermittlung und der Steuergesetzgeber kann darauf verzichten, eigene Grundsätze zur Buchführung und Rechnungslegung ins Steuergesetz aufzunehmen.

2. *Handelsrechtskonformität*

Damit eine Handelsbilanz für die steuerliche Gewinnermittlung massgebend sein kann (oder muss), hat sie handelsrechtskonform zu sein. Dies schlägt sich bspw. in den folgenden Anwendungen nieder (nicht abschliessende Aufzählung):

- Was handelsrechtlich aktivierungspflichtig ist (Art. 959 Abs. 2 OR), ist auch steuerlich zu aktivieren. Was handelsrechtlich dagegen nicht aktiviert werden darf, kann steuerlich ebenfalls nicht aktiviert werden. Es gibt mithin handelsrechtlich kein Aktivierungswahlrecht mehr,²⁴ was auch steuerrechtlich zu beachten ist. Das Gleiche gilt für die Passivierungspflicht.
- Die handelsrechtlichen Höchstbewertungsvorschriften (Erst- und Folgebewertung nach Art. 960a Abs. 1 und Abs. 2 OR) sind ebenfalls steuerlich zu beachten. Der Wertansatz eines Vermögenswertes in der Steuerbilanz darf nie über dem handelsrechtlichen Höchstwert liegen. Umgekehrt müssen die für das Fremdkapital geltenden Mindestwerte in der Steuerbilanz erscheinen; darunter liegende Wertansätze dürfen steuerlich nicht anerkannt werden.
- Das handelsrechtliche Realisationsprinzip gilt ebenso für die steuerliche Gewinnermittlung. Von Ausnahmen abgesehen (Art. 960b OR), darf der Wertzuwachs über die Anschaffungskosten hinaus nicht als Gewinn ausgewiesen und besteuert werden.
- Der Grundsatz im Handelsrecht, wonach noch nicht eingetretene, jedoch drohende Verluste wie realisierte Verluste zu behandeln sind (Verlustantizipation), muss auch steuerlich gelten.

²³ GURTNER (Fn. 19), S. 75 ff.; PETER SPORI, Differenzierte Massgeblichkeit bei «getreuer Darstellung», ASA 69 (2000/2001), S. 111 ff.

²⁴ Dies war unter altem, d.h. vor 2013 geltendem Rechnungslegungsrecht noch zulässig, wie bspw. bezüglich der Gründungs- und Organisationskosten.

- Die handelsrechtliche Differenzierung zwischen Abschreibung und Wertberichtigung gemäss Art. 960a Abs. 2 OR hat steuerlich Beachtung zu finden. Danach sind Abschreibungen auf den buchmässigen Nachvollzug alterungs- oder nutzungsbedingter Wertverluste von Vermögenswerten beschränkt und für alle anderen Wertminderungen sind Wertberichtigungen zu verbuchen. In der Praxis ist zu beachten, dass die Steuerbehörden auf einmal anerkannte Abschreibungen von Amtes wegen nicht mehr zurückkommen können,²⁵ wohl aber auf Wertberichtigungen. Handelsrechtlich besteht bei Werterholungen keine Verpflichtung zur Korrektur, und zwar weder bezüglich der Aktiven noch der Rückstellungen (Art. 960a Abs. 4 OR, Art. 960e Abs. 4 OR).

Stellt die Steuerbehörde bei der Prüfung einer Handelsbilanz einen Verstoß gegen die handelsrechtlichen Vorschriften fest, wird sie für die Zwecke der steuerlichen Gewinnermittlung eine Bilanzberichtigung²⁶ vornehmen und dabei in der Steuerbilanz²⁷ die handelsrechtswidrigen Bilanzansätze durch handelsrechtskonforme ersetzen.

²⁵ Gemäss Art. 62 Abs. 4 DBG können die Steuerbehörden Abschreibungen und Wertberichtigungen auf den Gestehungskosten von Beteiligungen, welche die Voraussetzungen nach Art. 70 Abs. 4 DBG (erweiterter Beteiligungsabzug auf entsprechenden Kapitalgewinnen) erfüllen, von Amtes wegen wieder aufrechnen, soweit sie nicht mehr begründet sind (sog. Werterholungs-Artikel). Fraglich ist allerdings, ob nach Art. 960a Abs. 3 OR auf Beteiligungen überhaupt alterungs- oder nutzungsbedingte Abschreibungen vorgenommen werden können, ob auf Beteiligungen nicht ohnehin nur noch Wertberichtigungen möglich sind. Von Amtes wegen können die Steuerbehörden auch nicht mehr begründete Rückstellungen steuerwirksam auflösen, sinngemäss der Wiedereinholung von Wertberichtigungen.

²⁶ Zum Begriff anstatt vieler: LOCHER (Fn. 6), Art. 58 N 15 ff. In der Regel handelt es sich um steuerliche Gewinnaufrechnungen. Allerdings hat die Steuerbehörde eine handelsrechtswidrige Bilanz auch zu Gunsten der steuerpflichtigen Unternehmung zu berichtigen.

²⁷ Als Steuerbilanz bezeichnet man gemeinhin die von der Steuerbehörde vorgenommene, steuerliche Gewinnberechnung, wie sie bei Abweichungen von der Handelsbilanz im Rahmen des Veranlagungsverfahrens erstellt wird. Nach LOCHER (Fn. 6), Art. 57 N 85, liegt die Hauptzielsetzung der Steuerbilanz darin, den Steuerbehörden Informationen über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens während einer bestimmten Periode zu vermitteln. Nach ERNST KÄNZIG, Die direkte Bundessteuer, II. Teil, Basel 1992, Art. 49 Abs. 1 Bst. c BdBSt (Bundesratsbeschluss über die Erhebung der direkten Bundessteuer vom 9. Dezember 1940) N 402, besteht die praktische Bedeutung der Steuerbilanz nicht so sehr darin, dass sie die steuerrechtlich massgebende Abschlussrechnung des abgelaufenen Geschäftsjahres bildet, sondern die steuerrechtlich massgebende Anfangsbilanz des nächstfolgenden Geschäftsjahres.

3. *Ordnungsmässigkeit*

Die materielle Massgeblichkeit setzt nicht zuletzt voraus, dass die Handelsbilanz den formellen Ansprüchen einer ordnungsgemässen Buchführung und Rechnungslegung entspricht. Eine ordnungsgemässe Buchführung hat nach Art. 957a OR den folgenden Massstäben zu genügen: vollständige, wahrheitsgetreue und systematische Erfassung aller Geschäftsvorfälle, der Belegnachweis für die einzelnen Buchungen, Klarheit und Zweckmässigkeit in Abhängigkeit der Art und Grösse des Unternehmens sowie die Nachprüfbarkeit. Für die Rechnungslegung sieht Art. 958c OR vor: Klarheit und Verständlichkeit, Vollständigkeit, Verlässlichkeit, Wesentlichkeit, Vorsicht und Stetigkeit in der Darstellung und Bewertung (Bilanzkontinuität) sowie das Verrechnungsverbot (Bruttodarstellung). Erfüllt eine Handelsbilanz diese Anforderungen nicht, so ist diese für die steuerliche Gewinnermittlung nicht massgebend.

Verstösse gegen die formellen Ansprüche an die ordnungsgemässe Buchführung und Rechnungslegung haben zur Folge, dass die Steuerbehörden für die Ermittlung des steuerbaren Gewinns nicht mehr auf die handelsrechtlichen Ergebnisse abstellen können. Selbstverständlich rechtfertigen es kleinere formelle Mängel oder Lücken nicht, die Buchführung und Rechnungslegung als Ganzes für die Ermittlung des steuerbaren Gewinns abzulehnen und eine umfassende Ermessenstaxation vorzunehmen. Können (mehr oder weniger schwerwiegende) Mängel in der Ordnungsmässigkeit einer Handelsbilanz das Vertrauen der Steuerbehörden in diese erschüttern, hat die Veranlagung nach (pflichtgemäßem) Ermessen²⁸ zu erfolgen. Dabei haben sich die Steuerbehörden an den einigermassen zuverlässigen Angaben der nicht (in allen Teilen) ordnungsgemässen Geschäftsbuchhaltung und Rechnungslegung zu orientieren und sie dürfen nicht völlig davon abstrahieren.²⁹ Die Ermessenstaxation hat sich vielmehr auf jene Unsicherheiten zu beschränken, welche sich aus der mangelhaften Buchhaltung und Rechnungslegung ergeben.³⁰

²⁸ Bei einer (umfassenden) Ermittlung des steuerbaren Unternehmensgewinns nach Ermessen werden sich die Steuerbehörden an branchenspezifischen Erfahrungszahlen orientieren. Diese geben Aufschluss über die durchschnittlichen Verhältnisse bestimmter, für die Gewinnermittlung wesentlicher Betriebsdaten zueinander. In der Regel drücken die Erfahrungszahlen den Bruttogewinn in Prozenten des Umsatzes aus, wobei unter dem Bruttogewinn bei Handels- und Fabrikationsunternehmen die Differenz zwischen dem Warenertrag und dem Warenaufwand verstanden wird. Die individuellen, von Unternehmen zu Unternehmen verschiedenen Aufwandfaktoren (Löhne, Sozialkosten, Mietzinse, Abschreibungen und Wertberichtigungen, Zinsaufwendungen udgl.) sind gesondert zu berücksichtigen, um den steuerlich massgebenden Gewinn ermessensweise zu bestimmen (vgl. GURTNER [Fn. 7], S. 101).

²⁹ GURTNER (Fn. 7), S. 101.

³⁰ BGer 2C_554/2013 vom 30. Januar 2014.

C. Die formelle Massgeblichkeit

1. Allgemeines

Der Grundsatz der Massgeblichkeit wirkt sich auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht aus. Die steuerpflichtige Unternehmung muss sich bei der von ihr in ihren ordnungsgemäss geführten Büchern dargestellten Vermögenslage hinsichtlich der Bilanzierung und Bewertung sowie des ausgewiesenen Jahresergebnisses behaften lassen.³¹ Diese verfahrensmässige Bindung der steuerlichen Gewinnermittlung an die Handelsbilanz wird als formelle Massgeblichkeit bezeichnet. Sie entfaltet ihre Wirkung mit dem Einreichen der Steuererklärung und der ihr zu Grunde liegenden Handelsbilanz bei den Steuerbehörden resp. mit der Einleitung des entsprechenden Veranlagungsverfahrens.³²

An die rechtmässig erstellte und den Steuerbehörden eingereichte Handelsbilanz ist die steuerpflichtige Unternehmung nach Treu und Glauben gebunden. Unter welchen Voraussetzungen eine solche Jahresrechnung dennoch korrigiert werden kann, richtet sich in der Praxis nach der Zulässigkeit einer Bilanzänderung.

2. Bilanzberichtigung und Bilanzänderung

Gemeinhin wird in Bezug auf Bilanzkorrekturen zwischen Bilanzberichtigung und Bilanzänderung unterschieden. Bei der *Bilanzberichtigung* ersetzt die Steuerbehörde einen handelsrechtswidrigen durch einen handelsrechtskonformen Bilanzansatz, resp. korrigiert sie eine handelsrechtlich korrekte Bilanzierung auf Grund einer steuerlichen Korrektornorm. Dagegen möchte die steuerpflichtige Unternehmung bei der *Bilanzänderung* einen handelsrechtskonformen durch einen anderen, ebenfalls handelsrechtskonformen Bilanzansatz ersetzen.³³

³¹ BGE 141 II 83 E. 3.2, wo ausgeführt wird: «Der Grundsatz der Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz wirkt sich auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht aus: (...)». Die formelle ist mithin auch eine verfahrensrechtliche Massgeblichkeit.

³² In aller Regel wird das Einreichen der Steuererklärung (samt Handelsbilanz) als Auslöser für die Bindewirkung im Sinne der formellen Massgeblichkeit bezeichnet; ab diesem Zeitpunkt muss sich die steuerpflichtige Unternehmung grundsätzlich auf die von ihr erstellte Handelsbilanz behaften lassen. Zu prüfen wäre allenfalls, ob diese Bindewirkung nicht erst dann entsteht, wenn die Veranlagungsbehörde die Bearbeitung der entsprechenden Steuererklärung an die Hand nimmt; erst in diesem Zeitpunkt entsteht bei der Steuerbehörde die durch die formelle Massgeblichkeit geschützte Vertrauensposition (womit selbstredend ein Beweisproblem zu Lasten der steuerpflichtigen Unternehmung einhergeht).

³³ Vgl. anstatt vieler: LOCHER (Fn. 6), Art. 58 N 22 ff.

Während Bilanzberichtigungen bis zum Eintritt der Rechtskraft einer Steueranlagung vorgenommen werden können,³⁴ werden Bilanzänderungen steuerlich nur solange anerkannt, als die entsprechende Handelsbilanz den Steuerbehörden noch nicht eingereicht worden ist³⁵ resp. die Steuerbehörde das Veranlagungsverfahren gestützt auf die eingereichte Steuererklärung und Handelsbilanz noch nicht eingeleitet hat.³⁶ Zu einem späteren Zeitpunkt – aber nie nach Abschluss des Veranlagungsverfahrens – wird eine Bilanzänderung immer nur dann zugelassen, wenn sich die steuerpflichtige Unternehmung auf einen entschuldbaren Irrtum berufen kann.³⁷ Dabei ist ein entschuldbarer Irrtum nicht leichthin anzunehmen. Ein solcher liegt insbesondere dann nicht vor, wenn sich die steuerpflichtige Unternehmung bloss über die steuerlichen Auswirkungen eines buchhalterischen Vorganges geirrt haben will.

Die Bindung der steuerpflichtigen Unternehmung an die eingereichte Handelsbilanz ergibt sich als Ausfluss der Massgeblichkeit, wie erwähnt, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Diese Bindewirkung kann aber nicht eine bloss einseitige zu Lasten des Steuerpflichtigen sein. Vielmehr ist auch die Steuerbehörde an die ihr mit der Steuererklärung vorgelegte Handelsbilanz gebunden, und zwar im Sinne der (verfahrensmässigen) formellen Massgeblichkeit insofern, als sie – vorbehältlich allfälliger Bilanzkorrekturen – bei der steuerlichen Gewinnermittlung von der eingereichten Handelsbilanz auszugehen hat. Es ist nicht in ihrem Ermessen, ohne steuerliche Korrektornorm³⁸ von einer handelsrechtskonformen Handelsbilanz abzuweichen. Ist die steuerpflichtige Unternehmung dem Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet, hat die Steuerbehörde – selbstverständlich nebst der Pflicht gesetzmässigen Handelns – u.a. das Verbot widersprüchlichen Verhaltens zu beachten, das sich ebenfalls aus dem Grundsatz von Treu und Glauben³⁹ ergibt; damit sollen im Veranlagungsverfahren zwischen dem steuerpflichtigen Un-

³⁴ Ist eine Veranlagung in Rechtskraft erwachsen, ist eine Bilanzberichtigung nur noch bei Vorliegen eines Revisionsgrundes (zu Gunsten der steuerpflichtigen Unternehmung) oder im Rahmen eines Nachsteuerverfahrens (zu Lasten des steuerpflichtigen Unternehmens) zulässig (BGE 141 II 83 E. 3.3, mit weiteren Hinweisen auch auf die Lehre).

³⁵ BGE 141 II 83 E. 3.4.

³⁶ Vgl. Fn. 32.

³⁷ BGE 141 II 83.

³⁸ Vgl. oben II. A. 4. b).

³⁹ Treu und Glauben als fundamentales Prinzip unserer Rechtsordnung ist in Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV auf Verfassungsebene verankert. Als allgemeines Rechtsprinzip findet es sich auch in Art. 2 ZGB. Der Schutz von Treu und Glauben bildet nach Art. 9 BV ein selbständiges, direkt durchsetzbares Grundrecht. Teilgehalt dieses Grundsatzes ist das Verbot widersprüchlichen Verhaltens: Staatliches Handeln muss in sich kohärent sein (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, N 820 ff.). Vgl. auch GLAUSER (Fn. 6), S. 10 ff.

ternehmen und den Steuerbehörden – wenigstens diesbezüglich – «gleich lange Spiesse» geschaffen werden.

3. *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*

Die Steuerbehörden haben sich im Veranlagungsverfahren gegenüber einem steuerpflichtigen Unternehmen widerspruchsfrei zu verhalten und sie sind gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben an ihre früheren Beurteilungen und Korrekturen (Bilanzberichtigungen) gebunden, soweit sich diese auf die Folgejahre auswirken.⁴⁰ So schützt das Verbot widersprüchlichen Verhaltens das steuerpflichtige Unternehmen bspw. davor, dass sich die Steuerbehörde – unter Berufung darauf, dass die steuerliche Beurteilung im Rahmen des Veranlagungsverfahrens immer nur für das betreffende Steuerjahr Geltung habe und deshalb in einem neuen Steuerjahr resp. künftigen Veranlagungsverfahren erneut beurteilt werden könne – ohne ernsthafte, sachliche Gründe gegen ihre frühere Beurteilung wendet.

Widersprüchliches Verhalten der Steuerbehörden verletzt den Grundsatz von Treu und Glauben. Wie die Verletzung von Treu und Glauben durch eine steuerpflichtige Unternehmung (resp. durch eine steuerpflichtige Person überhaupt), findet auch eine Verletzung von Treu und Glauben durch die Steuerbehörden keinen Rechtsschutz. Treu und Glauben gebietet ein vertrauenswürdiges, berechenbares Verhalten in den Rechtsbeziehungen zwischen den Steuerpflichtigen und den Steuerbehörden. Dabei kann es sich unter dem Aspekt der Massgeblichkeit nicht um eine «Einbahnstrasse» zu Lasten der steuerpflichtigen Unternehmen handeln, sondern muss auf Gegenseitigkeit beruhen.

Die formelle Massgeblichkeit umfasst nach der hier vertretenen Auffassung den Grundsatz von Treu und Glauben einerseits zu Lasten der steuerpflichtigen Unternehmung, indem sich diese auf die von ihr der Steuerbehörde im Rahmen des Veranlagungsverfahrens eingereichte, formgerechte Handelsbilanz behaften lassen muss. Sie beinhaltet aber auch die Bindung der Steuerbehörde an die von ihr (im laufenden oder in früheren Veranlagungsverfahren) vorgenommenen Beurteilungen rechtserheblicher Sachverhalte. Mit an-

⁴⁰ Hat die Steuerbehörde bspw. eine in der Handelsbilanz vorgenommene Abschreibung oder Wertberichtigung nicht anerkannt (und eine entsprechende Bilanzberichtigung vorgenommen), muss sie im Folgejahr von einem entsprechend höheren Buchwert in der Steuerbilanz ausgehen und darauf gegebenenfalls zusätzliche Abschreibungen oder Wertberichtigungen zulassen. Dies ergibt sich ohne Weiteres auch aus den Grundsätzen der Bilanzkontinuität und Stetigkeit, mithin aus der materiellen Massgeblichkeit (vgl. oben II. B. 3.). Ebenso (anstatt vieler) KÄNZIG (Fn. 27), N 402, nach dem sich die steuerrechtlich massgebende Eröffnungsbilanz aus der entsprechenden Schlussbilanz des Vorjahres ergibt.

deren Worten ist das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, als Teilgehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben zu Lasten der Steuerbehörden, ebenfalls Teil der formellen Massgeblichkeit.

D. Die umgekehrte Massgeblichkeit

Aus der formellen Massgeblichkeit wird die umgekehrte Massgeblichkeit abgeleitet. Soweit in der Steuerpraxis bspw. (teils sehr grosszügige) Abschreibungs- oder Wertberichtigungsmöglichkeiten⁴¹ oder Rückstellungen gewährt werden, können diese im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung resp. in der Steuerbilanz nur dann geltend gemacht werden, wenn sie in der Handelsbilanz auch tatsächlich verbucht worden sind.

Weil eine steuerpflichtige Unternehmung nach Treu und Glauben an die von ihr den Steuerbehörden eingereichte handelsrechtliche Jahresrechnung gebunden ist, muss sie die fraglichen, steuerlich günstigeren Wertansätze in der Handelsbilanz bereits verbucht haben, sofern sie diese beanspruchen will. Es ist nicht möglich, diese Wertansätze erst in der Steuerbilanz, d.h. im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung (bspw. in der Steuererklärung selber), zu beanspruchen.

Diese auch als Verbuchungsprinzip bezeichnete, umgekehrte Massgeblichkeit bewirkt mithin, dass sich das Steuerrecht für die Bildung steuerlich zulässiger stiller Reserven gewissermassen der Handelsbilanz bemächtigt und damit Einfluss auf das Rechnungslegungsrecht nimmt.⁴² Die umgekehrte Massgeblichkeit verleitet damit die Handelsbilanz zu Bilanzierungen und Wertansätzen, die den rechnungslegungsrechtlichen Zielsetzungen von «*true and fair view*» und «*fair presentation*» zuwider laufen.⁴³

⁴¹ Dazu gehören u.a. die Möglichkeit, eine privilegierte Warenreserve (sog. Warendrittel) zu bilden, Pauschaldekredere oder Sofortabschreibungen vorzunehmen.

⁴² Vgl. mit weiteren Hinweisen GURTNER (Fn. 14), S. 854, wonach in der Lehre die nahezu einhellige Auffassung vertreten werde, die formelle und insbesondere die umgekehrte Massgeblichkeit sei sachwidrig und lasse sich dogmatisch nicht begründen.

⁴³ Art. 958 Abs.1 OR: «Die Rechnungslegung soll die wirtschaftliche Lage des Unternehmens so darstellen, dass sich Dritte ein zuverlässiges Urteil bilden können.» Allerdings ist zu beachten, dass der Gesetzgeber diese Zielsetzung selber unterlaufen hat, indem er die Bildung von Willkürreserven ausdrücklich zulässt (Art. 960a Abs. 4 OR, Art. 960e Abs. 4 OR).

III. Das Kohärenzprinzip

A. Allgemeines

Im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung kann sich die Frage stellen, wie es sich mit Bilanzkorrekturen verhält, die nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem laufenden Geschäftsjahr resp. Veranlagungsjahr stehen, sondern ihre Begründung in der Bilanzkorrektur einer anderen, bereits vergangenen Veranlagung finden;⁴⁴ die steuerliche Gewinnermittlung einer früheren Steuerperiode zeigt gewissermassen eine «Reflexwirkung» auf eine spätere Gewinnermittlung. Aber auch innerhalb eines Veranlagungsverfahrens kann sich die Frage stellen, ob die Steuerbehörde gehalten ist, bspw. bei der Vornahme einer Bilanzberichtigung bezüglich einer Bilanzposition, auch die weiteren sich daraus ergebende Korrekturen (allenfalls auch zu Gunsten des Steuerpflichtigen) von Amtes wegen vorzunehmen. Die Grundlage hierzu bildet nicht (zwingend⁴⁵) eine steuerliche Korrektornorm, sondern der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV)⁴⁶ oder eben das Kohärenzprinzip.⁴⁷ Dies soll im Folgenden anhand einiger (Praxis-)Beispiele aufgezeigt werden.

B. Anwendungsfälle aus der Praxis

1. *Anpassung Steuerrückstellung nach Bilanzberichtigung*

Als klassischer (Streit-)Fall in der Praxis galt die Frage, ob die Steuerbehörde als Folge einer Bilanzberichtigung (bspw. einer Gewinnaufrechnung) auch die sich daraus ergebenden Gewinnsteuerfolgen von Amtes wegen zu berücksichtigen und die entsprechende Steuerrückstellung in der Steuerbilanz anzupassen habe. Nunmehr hat das Bundesgericht in dieser Frage Klarheit geschaffen.

⁴⁴ Dabei geht es hier nicht nur um die Frage der steuerlichen Anerkennung einer nachträglichen (periodenfremden) Aufwandverbuchung (vgl. dazu FREI [Fn. 3], S. 191), sondern um die Auswirkung von Bilanzberichtigungen seitens der Steuerbehörden im Rahmen einer früheren Veranlagung auf spätere Veranlagungen.

⁴⁵ In vielen Fällen gelangt man bei einer konsequenten Anwendung der materiellen Massgeblichkeit zu den gleichen Ergebnissen. Die Aspekte von Treu und Glauben und Kohärenz haben diesfalls gewissermassen ergänzenden Charakter.

⁴⁶ ALTORFER/DUSS/FELBER (Fn. 3), S. 728, mit Hinweis auf GLAUSER (Fn. 6), S. 83.

⁴⁷ Vgl. GLAUSER (Fn. 6), S. 83.

In seinem Entscheid vom 19. Dezember 2014 (BGer 2C_1218/2013 und 2C_1219/2013) hatte das Bundesgericht u.a.⁴⁸ diese Frage zu beurteilen. Dabei setzten sich die Lausanner Richter vorweg und einlässlich mit der Zulässigkeit von Bilanzkorrekturen, d.h. von Bilanzberichtigungen und Bilanzänderungen im Allgemeinen auseinander. So führten sie u.a. aus: «Unter welchen Voraussetzungen eine bei der Steuerverwaltung mit der Steuererklärung eingereichte Bilanz dennoch korrigiert werden kann, ergibt sich nicht aus dem DBG, sondern ist durch Auslegung unter Berücksichtigung des Massgeblichkeitsprinzips und des Grundsatzes von Treu und Glauben zu ermitteln».⁴⁹

Vertieft ging das Bundesgericht sodann der Frage nach, ob eine Bilanzberichtigung zu Lasten des Steuerpflichtigen auch zur Passivierung der sich daraus ergebenden Gewinnsteuerfolgen führen müsse (d.h. zu einer Steuerrückstellung in der Steuerbilanz für die von der Veranlagungsbehörde vorgenommenen Aufrechnungen im steuerbaren Gewinn). Es verwies vorweg auf die uneinheitliche Lehre⁵⁰ und Rechtsprechung,⁵¹ um dann festzustellen, dass gemäss Art. 59 Abs. 1 Bst. a DBG die eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Steuern zum geschäftsmässig begründeten Aufwand gehörten, weshalb nicht einzusehen sei, inwiefern das Massgeblichkeitsprinzips einer Korrektur des Steueraufwandes in der Steuerbilanz entgegenstehen könnte.⁵² Ent-

⁴⁸ Das Bundesgericht hatte sich zudem mit der Frage der Zulässigkeit einer Bilanzänderung (zum Begriff vgl. oben II. C. 2.) zu befassen, nachdem die steuerpflichtige Unternehmung eine als «provisorisch» eingereichte Steuererklärung und Jahresrechnung später, als die Aufrechnungen seitens der Steuerbehörden bekannt waren, durch eine korrigierte, definitive Jahresrechnung zu ersetzen anbegehrte. Vgl. dazu auch GRETER/FELBER (Fn. 5), S. 28 ff.; ADRIANO MARANTELLI/ANDREA OPEL, Die steuerliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, ZBJV Band 153 (2017), S. 168 ff.

⁴⁹ Das Bundesgericht verweist zu dieser Aussage auf sein Urteil 2A.275/1998 vom 6. März 2000 E. 3 a/bb.

⁵⁰ Ablehnend: PETER AGNER/BEAT JUNG/GOTTHARD STEINMANN, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, 1995, N 5 f. zu Art. 59 DBG (mit der Begründung, einer nachträglichen Anpassung der Steuerrückstellung stehe das Massgeblichkeitsprinzip entgegen); FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/HANS ULRICH MEUTER, Handkommentar zum DBG, 2. Auflage 2009, N 6-8 zu Art. 59 DBG). Zustimmend: LOCHER (Fn. 6), Art. 58 N 11 f.; PETER BRÜLISAUER/ANDREAS HELBLING, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Bd. 1/2a, 2. Auflage 2008, N 9 zu Art. 59 DBG; ROBERT DANON, in: Commentaire romand, Impôt fédéral direct, 2008, N 7 zu Art. 59 DBG.

⁵¹ Ablehnend: Urteile des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 21. Mai 2003 E. 3, in: StE 2004 B 72.14.2 Nr. 32, und vom 19. Mai 1999 E. 3, in: StE 2000 B 72.11 Nr. 9. Zustimmend: Urteil des Freiburger Verwaltungsgerichts vom 2. Mai 2003, in: StE 2004 B 72.14.1 Nr. 23, RDAF 2006 II S. 554.

⁵² GRETER/FELBER (Fn. 5), S. 32, lehnen den Verweis auf Art. 59 Abs. 1 Bst. a DBG als steuerliche Korrektornorm für die Anpassung der Steuerrückstellung offenbar ab. Sie verweisen vielmehr auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV), auf dem die notwendige Anpassung der Steuerrückstellung in der Steuerbilanz als Folge von Aufrechnungen beim steuerbaren Gewinn beruhen müsse. Nach der hier vertretenen Auf-

sprechend hielt das Bundesgericht dafür, die Steuerrückstellung sei von Amtes wegen anzupassen.

Im Ergebnis ist dem Entscheid des Bundesgerichts uneingeschränkt zuzustimmen. Leider nicht völlig klar ist jedoch die dogmatische Einordnung der Begründung. Zum einen verweist das Gericht auf die neuere Auffassung von LOCHER und weiteren Autoren, und damit – implizit – auf die Handelsrechtswidrigkeit einer nicht von Amtes wegen angepassten Steuerrückstellung (so LOCHER⁵³). Zum anderen gehe damit allenfalls eine Verletzung des Grundsatzes der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit resp. des Totalgewinnprinzips einher, wenn der entsprechende Steueraufwand unter Hinweis auf das Periodizitätsprinzip in den nachfolgenden Veranlagungsperioden nicht zum Abzug gebracht werden könne (so BRÜLISAUER/HELBLING⁵⁴) bzw. es sei die Abzugsfähigkeit der Steuern als geschäftsmässig begründeter Aufwand zu beachten (so DANON⁵⁵).

Abgesehen davon, dass eine – als Folge einer Gewinnaufrechnung durch die Steuerbehörden – nicht von Amtes wegen angepasste Steuerrückstellung zu einem handelsrechtswidrigen steuerbaren Gewinnausweis führt,⁵⁶ widerspricht es auch einer gewissen Kohärenz des behördlichen Verhaltens, wenn in Abweichung zur Handelsbilanz zwar eine Korrektur (*i.c.* Aufrechnung) des steuerbaren Gewinns vorgenommen wird, die sich daraus – gewissermassen kausal – ergebenden Folgekorrekturen aber unterbleiben. Der in der Literatur resp. von den Steuerbehörden vorgebrachte Einwand,⁵⁷ die steuerpflichtige Unternehmung hätte im Hinblick auf eine allfällige Gewinnaufrechnung eine höhere Steuerrückstellung, d.h. eine gewisse «Reserve»⁵⁸ verbuchen müssen, kann nicht als sachgemäss bezeichnet werden, zumal Gewinnaufrechnungen in aller Regel nicht ohne Weiteres voraussehbar sind. Alleine aus dem Umstand, dass eine steuerpflichtige Unternehmung eine Gewinnaufrechnung nicht (völlig) ausschliessen kann, darf nicht geschlossen werden, sie hätte einer drohenden Gewinnaufrechnung bei der Bemessung der Steuerrückstel-

fassung ist die Berufung auf Treu und Glauben durchaus richtig, wenngleich die Ablehnung einer steuerlichen Korrektur auf Grund von Art. 59 Abs. 1 Bst. a DBG nicht unbedingt überzeugt. Zudem ist ohnehin dafür zu halten, dass eine Handelsbilanz mit einer zu tiefen Steuerrückstellung handelsrechtswidrig ist (LOCHER [Fn. 6], Art. 58 N 12).

⁵³ LOCHER (Fn. 6), Art. 58 N 11 f.

⁵⁴ BRÜLISAUER/HELBLING (Fn. 50), N 9 zu Art. 59 DBG.

⁵⁵ DANON (Fn. 50), N 7 zu Art. 59 DBG.

⁵⁶ Die Annahme der Handelsrechtswidrigkeit muss bereits auf Grund der materiellen Massgeblichkeit zur Korrektur des Steueraufwandes in der Steuerbilanz führen.

⁵⁷ So sinngemäss (die allerdings mittlerweile überholte) Praxisanweisung der Fachkommission Steuerrecht des Steueramtes des Kantons Zürich vom 26. Januar 2012.

⁵⁸ AGNER/JUNG/STEINMANN (Fn. 50), N 5 zu Art. 59 DBG.

lung «vorausblickend» Rechnung tragen müssen.⁵⁹ Vielmehr sind in solchen Fällen die Steuerbehörden in der Pflicht: Der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben verlangt von ihnen, dass sie sich im Veranlagungsverfahren gewissermassen «an ihre eigene Beurteilung halten» und als Folge einer Aufrechnung (bspw. bei geschäftsmässig nicht begründeten Aufwendungen) auch die sich daraus ergebenden, höheren Steuerrückstellungen von Amtes wegen berücksichtigen. Andernfalls könnte sich die Steuerbehörde des Vorwurfs widersprüchlichen Verhaltens kaum erwehren.

2. *Verletzung Sperrfrist nach Umwandlungen*

Die Umwandlung einer Einzelfirma resp. Personenunternehmung in eine Kapitalgesellschaft konnte schon vor der Einführung der einschlägigen Umstrukturierungsnormen des StHG⁶⁰ und des DBG⁶¹ zu den steuerlich massgebenden Buchwerten, mithin also unter Steueraufschub erfolgen. Vorausgesetzt wurde bereits damals – wie heute nach Art. 8 Abs. 3^{bis} StHG resp. Art. 19 Abs. 2 DBG –, dass die Steuerpflicht in der Schweiz fortbestand, die steuerlich massgebenden Buchwerte übernommen und die Beteiligungsrechte (Aktien oder Stammanteile) während fünf Jahren seit der Umwandlung nicht veräussert wurden.

Eine Verletzung der 5-Jahresfrist – indem bspw. der Aktionär die Aktien der (neuen) Kapitalgesellschaft zu einem über dem Nennwert liegenden Preis veräusserte – führte zur rückwirkenden Besteuerung der stillen Reserven bei der Personenunternehmung im Zeitpunkt der Umwandlung. Erfasst, und mit der Einkommenssteuer besteuert (inkl. Sozialversicherungsabgaben), wurden die stillen Reserven auf den übertragenen Aktiven und Verbindlichkeiten sowie der Geschäftswert (Goodwill). In der Folge stellte sich jeweils die Frage, ob die Aktiengesellschaft in ihrer Steuerbilanz (d.h. in der steuerlich relevanten Eröffnungs- resp. Umwandlungsbilanz) die höheren Buchwerte – insbesondere auch den Goodwill – einstellen und anschliessend von diesen höheren Buchwerten die steuerlich zulässigen Abschreibungen geltend machen

⁵⁹ So aber bspw. noch die Steuer-Rekurskommission I Zürich in ihrem Entscheid vom 4. November 1994 (StE 1996 B 72.14.2 Nr. 18), sofern die entsprechenden Aufrechnungen «zumindest voraussehbar waren». Die Steuerrekurskommission bezeichnete die erst in einem späteren Geschäftsjahr als Aufwand verbuchten Steuern als periodenfremd und deshalb in dieser Periode als nicht abzugsfähig.

⁶⁰ Art. 8 Abs. 3 StHG (SR 642.14).

⁶¹ Art. 19 DBG (SR 642.141).

konnte, obwohl dies in der Handelsbilanz nicht entsprechend verbucht worden war.⁶²

Bereits im Jahr 1979 schützte das Bundesgericht⁶³ die Offenlegung der besteuerten stillen Reserven bei der Aktiengesellschaft, indem es ausführte:⁶⁴ «Es wäre jedoch offensichtlich widersprüchlich, und deshalb willkürlich, wenn einerseits die Fiktion der nachträglichen wirtschaftlichen Realisierung der stillen Reserven beim Sacheinleger zu einer Besteuerung des Liquidationsergebnisses führt, andererseits aber die neue Gesellschaft diese Tatsache nicht durch eine Vermögensaufwertung in ihrer Steuerbilanz berücksichtigen dürfte. Dabei kann die Form, d.h. insbesondere die Tatsache, ob die Gesellschaft in ihrer Handelsbilanz eine entsprechende Buchung vorgenommen hat, keine entscheidende Rolle spielen.» Obwohl hier formalrechtlich zwei verschiedene Steuersubjekte betroffen waren, nämlich der Inhaber der Einzelfirma als Selbständigerwerbender sowie die neue Aktiengesellschaft, erachtete es das Bundesgericht als sachgemäss, eine widersprüchliche Beurteilung seitens der Steuerbehörden zwischen diesen Steuersubjekten zu unterbinden.⁶⁵

3. *Steuerbilanz nach verweigerter Wertberichtigung*

Verweigern die Steuerbehörden einer in der Handelsbilanz verbuchten Wertberichtigung auf einem Vermögenswert (bspw. auf einer Beteiligung) die steuerliche Anerkennung, weil deren geschäftsmässige Begründetheit nicht hinreichend nachgewiesen werden kann, so muss im betreffenden Steuerjahr eine Steuerbilanz erstellt werden. Diese Steuerbilanz ist in den Folgejahren die massgebliche Ausgangslage für die steuerliche Gewinnermittlung; allfällig später nachgewiesene Wertverluste auf dem besagten Vermögenswert sind in der Steuerbilanz zu berücksichtigen, selbst wenn in der Handelsbilanz keine entsprechenden Verluste mehr ausgewiesen werden.

Mit dieser Fragestellung hatte sich das Bundesgericht im Entscheid vom 13. Oktober 2016 (BGer 2C_141/2016 und 2C_142/2016) zu befassen. Ein selbständig erwerbender Investor im *Private Equity*-Bereich hatte auf einer

⁶² Mit Einführung des DBG wurde diese Frage positivrechtlich geregelt, indem Art. 19 Abs. 2 (letzter Teilsatz) die Offenlegung der versteuerten stillen Reserven ausdrücklich vorsieht.

⁶³ BGer vom 5. Juli 1979, in: StR 35 (1980), S. 26 ff.

⁶⁴ Vgl. auch ALTORFER/DUSS/FELBER (Fn. 3), S. 730.

⁶⁵ Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn – im Sinne von KÄNZIG (Fn. 27), N 402, – davon ausgegangen wird, dass die steuerrechtliche Schlussbilanz der Personenunternehmung der entsprechenden Eröffnungsbilanz der Aktiengesellschaft entsprechen muss. Dies ist Ausfluss der Bilanzkontinuität resp. Stetigkeit und damit der materiellen Massgeblichkeit, wobei zu beachten ist, dass hier zwei verschiedene Steuersubjekte betroffen sind.

für CHF 1 Mio. neu erworbenen Beteiligung eine ausserordentliche Wertberichtigung von CHF 750'000 verbucht, was von den Steuerbehörden mangels hinreichend geschäftsmässiger Begründetheit nicht anerkannt wurde. Als der Investor diese Beteiligung im Folgejahr für CHF 250'000 veräusserte, hatte sich die zuständige Steuerbehörde vorweg auf den Standpunkt gestellt, bei der Beteiligung handle es sich um Privatvermögen, was jedoch das kantonale Verwaltungsgericht (als letzte kantonale Instanz) verneinte. Offenbar wurde die Wertberichtigung aber nicht nur im Jahr der Verbuchung verweigert (mit der Begründung, selbst die Veräusserung zu CHF 250'000 im Folgejahr vermöge die Wertverminderung im Vorjahr nicht hinreichend darzutun), sondern auch im Folgejahr.⁶⁶

Das Bundesgericht hielt in E. 3.5 dafür, die Verweigerung der steuerlichen Anerkennung der Wertberichtigung habe im Jahr der Verbuchung zu einer «Abweichung der steuerlich relevanten Abschlusszahlen gegenüber dem handelsrechtlichen Abschluss» geführt. Diese Abweichung sei in einer Steuerbilanz festzuhalten gewesen, in welcher die Beteiligung immer noch zu CHF 1 Mio. eingebucht war. Wenn nun im Folgejahr die Beteiligung zum handelsrechtlich wertberichtigten Buchwert veräussert wurde, resultierte zwar in der Handelsbilanz weder ein Gewinn noch ein Verlust. In der Steuerbilanz hingegen verblieb auf dem Beteiligungskonto nach der Verbuchung des Veräusserungserlöses von CHF 250'000 ein Saldo von CHF 750'000; dieser müsse – so das Bundesgericht – zu Lasten der steuerlichen Erfolgsrechnung ausgebucht werden. Das Bundesgericht nennt auch gleich den Buchungssatz, nämlich «ausserordentlicher Aufwand an Beteiligung CHF 750'000».

Obwohl vom Bundesgericht nicht so begründet, hätte auch in Erwägung gezogen werden können, dass die Nicht-Anerkennung einer Wertberichtigung im einen Steuerjahr zu einer kohärenten Besteuerung im Folgejahr führen müsse. Bei der nachfolgenden Ermittlung des steuerbaren Gewinns ist demnach zwingend vom höheren Steuerbilanzwert auszugehen, und zwar für die Bemessung von Abschreibungen oder weiteren Wertberichtigungen oder eines allfälligen Veräusserungsgewinns resp. -verlustes. Eine Steuerbilanz bindet die Steuerbehörden und es muss als widersprüchliches Verhalten gelten, d.h. dem Kohärenzprinzip widersprechen, wenn sich die Steuerbehörde in der

⁶⁶ Aus dem publizierten Entscheid des Bundesgerichts ergibt sich die Begründung der Vorinstanz, weshalb eine steuerliche Anerkennung der Wertberichtigung auch im Folgejahr nicht anerkannt wurde, leider nicht. So lässt sich – auch mit Blick auf die bundesgerichtlichen Erwägungen – nur mutmassen, dass hier die fehlende handelsrechtliche Verbuchung im Folgejahr eine Rolle spielen musste.

nachfolgenden Veranlagung wieder ausschliesslich auf die Handelsbilanz abstützt.⁶⁷

Dem widerspricht nach der hier vertretenen Auffassung auch der Entscheid des Bundesgerichts vom 29. September 2016 (BGer 2C_1082/2014) nicht. In diesem Entscheid stand u.a. zur Beurteilung, ob die von einer steuerpflichtigen Unternehmung verbuchte Abschreibung auf einer Beteiligung später von der Steuerbehörde als Wertberichtigung qualifiziert werden konnte, mit der Folge, dass bei einer Werterholung des entsprechenden Vermögenswertes eine Hinzurechnung zum steuerbaren Gewinn von Amtes wegen zulässig war.⁶⁸ Im Rahmen der früheren Veranlagungen hatte die Steuerbehörde einzig zu prüfen, ob die als Aufwand verbuchte Wertkorrektur geschäftsmässig begründet war, nicht jedoch, ob diese Wertkorrektur als definitiv oder bloss vorübergehend zu gelten hatte. Soweit sich die Veranlagungsbehörde zur Dauerhaftigkeit der Wertkorrektur nicht explizit äusserte (oder äussern musste), hatte sie gegenüber dem steuerpflichtigen Unternehmen auch keine Vertrauensposition geschaffen, was beim Abweichen davon zu einem widersprüchlichen, inkohärenten Verhalten geführt hätte.

4. *Aufrechnung übersetzter Abschreibungen und Wertberichtigungen*

Im gleichen Sinne wie vorstehend ist auch der folgende Sachverhalt zu beurteilen: Eine steuerpflichtige Unternehmung hat in ihrer Handelsbilanz Abschreibungen oder Wertberichtigungen verbucht, welche von den Steuerbehörden in entsprechender Höhe als geschäftsmässig nicht begründet beurteilt werden. Die übersetzten Aufwendungen werden bei der steuerlichen Gewinnermittlung aufgerechnet; die Steuerbehörden haben eine Steuerbilanz zu führen.

In den Folgejahren kann die Unternehmung nun in ihrer Steuererklärung Abschreibungen und Wertberichtigungen geltend machen, welche von den höhe-

⁶⁷ Auch hier kann man gestützt auf die Bilanzkontinuität, d.h. gestützt auf die materielle Massgeblichkeit, zum gleichen Ergebnis gelangen (vgl. Fn. 65).

⁶⁸ Praxisgemäss wird im Steuerrecht einer definitiven Wertkorrektur mittels einer Abschreibung, einer bloss vorübergehenden dagegen mittels einer Wertberichtigung Rechnung getragen. Auf Abschreibungen können die Steuerbehörden selbst bei einer Werterholung nicht zurückkommen (ausgenommen bei Abschreibungen auf Beteiligungen, vgl. Art. 62 Abs. 4 DBG), auf Wertberichtigungen ist diesfalls ein Zurückkommen jedoch möglich. Ob diese Praxis auch unter dem neuen Rechnungslegungsrecht Bestand haben kann, muss an dieser Stelle offen bleiben: Gemäss Art. 960a Abs. 3 OR sind Abschreibungen nur noch für alterungs- und nutzungsbedingte (gewissermassen ordentliche) Wertverminderungen vorgesehen, allen anderen ist mittels einer Wertberichtigung Rechnung zu tragen.

ren Werten in der Steuerbilanz und nicht von denjenigen der Handelsbilanz ausgehen, selbst wenn die handelsrechtlichen Buchwerte nicht als handelsrechtswidrig zu bezeichnen sind.⁶⁹ Auch ein allfälliger Kapitalgewinn aus der Veräusserung des entsprechenden Vermögenswertes bemisst sich für steuerliche Zwecke nach dem Steuerbilanzwert. Es wäre als widersprüchliches Verhalten resp. als Verstoß gegen das Kohärenzprinzip zu werten, wenn sich die Steuerbehörden in den Folgejahren auf den Standpunkt stellen würden, die steuerliche Gewinnermittlung habe sich in diesen Jahren wiederum an der handelsrechtskonformen Handelsbilanz zu orientieren.⁷⁰

5. *Forderungsverzicht als Sanierungsgewinn*

Verzichtet bspw. ein Aktionär gegenüber seiner notleidenden (Tochter-) Gesellschaft auf eine Darlehensforderung, stellt sich bei dieser die Frage, ob der Vermögenszugang als erfolgs- resp. gewinnsteuerwirksamer, echter Sanierungsertrag qualifiziert oder ob eine gewinnsteuerneutrale Kapitaleinlage nach Art. 60 Bst. a DBG, mithin ein unechter Sanierungsertrag vorliegt. Von Bedeutung ist diese Unterscheidung⁷¹ v.a. im Zusammenhang mit dem Verlust resp. Verlustvortrag bei der sanierten Unternehmung: Gilt der echte Sanierungsertrag als steuerwirksam, sind die handelsrechtlich dagegen verrechneten Verluste, Abschreibungen, Wertberichtigungen usw. auch steuerlich verrechnet, wogegen beim unechten Sanierungsertrag (d.h. einer gewinnsteuerneutralen Kapitaleinlage) die Verlustvorträge im Rahmen der gesetzlichen Periodizität mit künftigen Gewinnen steuerlich noch zur Verrechnung gebracht werden können.

Nach der einschlägigen Praxis⁷² gelten Forderungsverzichte von Dritten als echte Sanierungserträge, wie auch solche von Inhabern der Beteiligungsrechte. Einzig dann, wenn das Darlehen von den Steuerbehörden bereits vor der Sanierung als verdecktes Eigenkapital behandelt wurde bzw. das entsprechende Darlehen in entsprechender Höhe erstmals oder zusätzlich wegen schlechten Geschäftsgangs gewährt wurde und unter den gleichen Umständen

⁶⁹ Handelsrechtlich ist das Bilden stiller Willkürreserven u.a. durch übersetzte Abschreibungen oder Wertberichtigungen zulässig (Art. 960a Abs. 4 OR).

⁷⁰ GLAUSER (Fn. 6), S. 168 f., mit weiteren Beispielen zu den Auswirkungen des Kohärenzprinzips. Ebenso ALTORFER/DUSS/FELBER (Fn. 3), S. 729. Vgl. aber auch Fn. 67.

⁷¹ Zur Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Sanierungsgewinn anstatt vieler: LOCHER (Fn. 6), Art. 67 N 32 ff.

⁷² Vgl. das Kreisschreiben Nr. 32 der ESTV vom 23. Dezember 2010 zur Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Ziff. 4.1.1.1. Bst. a). Diese Praxis ist allerdings umstritten, vgl. DANON (Fn. 50), N 27 ff. zu Art. 60; FELIX SCHALCHER, Die Sanierung von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, Bern 2008, S. 63 ff.

von einem unabhängigen Dritten nicht zugestanden worden wäre, qualifiziert der Forderungsverzicht durch den Inhaber der Beteiligungsrechte als unechter Sanierungsertrag.

Das Bundesgericht hat diese Praxis in seiner Entscheid vom 20. Oktober 2014 (BGer 2C_634/2012)⁷³ geschützt und in E. 6.1.1 u.a. ausgeführt: «Damit ist eine doppelte Kohärenzforderung verbunden: Einerseits gilt für die Steuerbehörde, wenn sie ein Darlehen als verdecktes Eigenkapital behandelt hat, dass sie bei der Beurteilung der nachfolgenden Sanierung nicht auf einmal den Standpunkt vertreten kann, es liege in Wirklichkeit ein Darlehensverzicht und somit ein echter Sanierungsgewinn vor. Andererseits (...)». Das Bundesgericht lässt mithin die Wirkung einer steuerbehördlichen Beurteilung (das Aktionärsdarlehen als verdecktes Eigenkapital) im einen Steuerjahr auch im nachfolgenden Steuerjahr (Forderungsverzicht als Kapitaleinlage) gelten. Dabei begründete das Bundesgericht diese Bindewirkung ausdrücklich mit der Kohärenzforderung, mithin mit dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens seitens der Steuerbehörden.⁷⁴

6. *Auswirkung von Korrekturen auf andere Steuersubjekte*

Stellt die Steuerbehörde eine Gewinnverschiebung zwischen Schwestergesellschaften fest, indem die eine Gesellschaft der anderen bspw. Leistungen zu übersetzten Preisen vergütet oder anderweitig geschäftsmässig nicht begründete Leistungen erbringt, wird die Steuerbehörde bei der entreicherten Gesellschaft eine Gewinnaufrechnung vornehmen, d.h. den steuerbaren Gewinn um die verdeckte Gewinnverschiebung heraufsetzen. Gleichzeitig wird aber auch angenommen, die Gewinnverschiebung stelle in einem ersten Schritt eine verdeckte Gewinnausschüttung an den gemeinsamen Aktionär dar und dieser habe der bereicherten Gesellschaft eine verdeckte Kapitaleinlage erbracht.⁷⁵ Da jedoch aus einer Kapitaleinlage kein steuerbarer Gewinn entsteht,⁷⁶ ist bei der bereicherten Gesellschaft der steuerbare Gewinn um den Betrag der verdeckten Kapitaleinlage herabzusetzen. Die Korrektur bei der

⁷³ Vgl. dazu auch GRETER/FELBER (Fn. 5), S. 643.

⁷⁴ Vgl. dazu aber auch Fn. 67. Dabei ist zu beachten, dass in entsprechenden Sachverhalten mehrere Steuersubjekte involviert sind. Entsprechend kommt dem Kohärenzprinzip allenfalls grössere Bedeutung zu, und zwar namentlich dann, wenn auch die Steuerfolgen beim privaten Aktionär mitberücksichtigt werden, bei dem das Massgeblichkeitsprinzip nicht zur Anwendung gelangt.

⁷⁵ Es gelangt die sog. Dreieckstheorie zur Anwendung, vgl. dazu anstatt vieler LOCHER (Fn. 6), Art. 58 N 130.

⁷⁶ Art. 60 Bst. a DBG, wobei die gesetzliche Regelung richtigerweise keinen Unterschied zwischen offenen und verdeckten Kapitaleinlagen macht (GIGER [Fn. 10], S. 4).

einen Gesellschaft zieht mithin eine spiegelbildliche resp. korrespondierende Korrektur bei der anderen Gesellschaft nach sich.⁷⁷

Ähnlich verhält es sich, wenn die Steuerbehörden bspw. den Lohnbezug eines Aktionärsdirektors als übersetzt beurteilen und bei der Gesellschaft die entsprechenden (übersetzten) Personalaufwendungen als verdeckte Gewinnausschüttung dem steuerbaren Gewinn wieder zurechnen. Als Folge davon ist beim Aktionär das auf dem Lohnausweis als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit ausgewiesene Einkommen in solches aus beweglichem Vermögen resp. Beteiligung umzuqualifizieren und darauf, die Voraussetzungen nach Art. 20 Abs. 1^{bis} DBG angenommen,⁷⁸ das Teileinkünfteverfahren zur Anwendung zu bringen. Oder umgekehrt: Verzichtet der Aktionärsdirektor auf einen angemessenen Lohn und bezieht er – unter Inanspruchnahme des Teileinkünfteverfahrens – lediglich Dividenden, so ist, wenn die Steuerbehörden und insbesondere die AHV-Behörden eine Umqualifizierung eines Teils der Dividende in Lohn vornehmen, bei der Gesellschaft der entsprechende Personalaufwand als Abzug vom steuerbaren Gewinn zuzulassen. Dies obwohl in der handelsrechtlichen Jahresrechnung kein entsprechender Aufwand verbucht wurde und die Handelsbilanz einen entsprechend höheren Gewinn zeigt. Auch hier wird in der Praxis richtigerweise eine spiegelbildliche resp. korrespondierende Korrektur angenommen.⁷⁹

Die Praxis zur korrespondierenden Korrektur bei mehreren, von einer steuerlichen Beurteilung durch die Steuerbehörden betroffenen Steuerpflichtigen ist nach der hier vertretenen Auffassung sachgemäss und steht auch im Einklang mit dem Kohärenzprinzip. Ein kohärentes Verhalten setzt allerdings voraus, dass die gleiche Steuerbehörde für die Beurteilung der betroffenen Steuerpflichtigen zuständig ist,⁸⁰ behördenübergreifende Kohärenz wird wohl nicht eingefordert werden können, denn der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens setzt eine von einer bestimmten Behörde (vorliegend in aller Regel von der Steuerverwaltung als Verwaltungseinheit) begründete Vertrauensposition voraus.⁸¹ Umgekehrt darf das Kohärenzprinzip aber auch nicht auf ein einzelnes Steuersubjekt beschränkt zur Anwendung gelangen.

⁷⁷ Vgl. dazu ebenfalls Fn. 74.

⁷⁸ Dividenden, Gewinnanteile, Liquidationüberschüsse und geldwerte Vorteile aus Aktien udgl. sind nur im Umfang von 60 % steuerbar, wenn die Beteiligungsrechte mindestens 10 % des Grundkapitals umfassen.

⁷⁹ Vgl. dazu ausführlich GLAUSER (Fn. 6), S. 166, mit weiteren Beispielen und Verweisen; ebenso ALTORFER/DUSS/FELBER (Fn. 3), S. 729.

⁸⁰ Dabei ist mit «Steuerbehörde» die Verwaltungseinheit bspw. in einem Kanton gemeint und nicht jeder Steuerbeamte oder jede Abteilung der zuständigen Steuerverwaltung einzeln.

⁸¹ Wohnt der Aktionär einer Gesellschaft, bei der bspw. die Entschädigung als Aktionärsdirektor als übersetzt beurteilt wird, in einem anderen Kanton, so ist sicherlich zu wünschen, dass dieser andere Kanton zu einer korrespondierenden Korrektur des Aktionärs

C. Fazit

Das Kohärenzprinzip taucht in der Praxis und in der Rechtsprechung in zunehmendem Masse auf, wobei es allerdings noch selten explizit⁸² als solches benannt wird; meistens kommt es indirekt unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes resp. von Treu und Glauben zum Tragen.

In der Lehre hat sich insbesondere GLAUSER⁸³ einlässlich mit dem Kohärenzprinzip befasst und auch ALTORFER/DUSS/FELBER⁸⁴ sowie GRETER/FELBER⁸⁵ haben sich ihm angenähert. Allerdings schwingt in diesem Kontext auch die Frage mit, ob die Kohärenz nicht das Massgeblichkeitsprinzip durchbreche oder allenfalls sogar im Widerspruch dazu stehe.⁸⁶

IV. Massgeblichkeit und Kohärenz

A. Die prinzipielle Massgeblichkeit als Grundlage

Wie ausgeführt, kommt dem Massgeblichkeitsprinzip nicht absolute, sondern prinzipielle Bedeutung zu.⁸⁷ Dies bedeutet, dass die Handelsbilanz zwar die Grundlage für die steuerliche Gewinnermittlung bildet, dass jedoch davon abgewichen werden kann und muss, wenn steuerliche Korrektornormen dies verlangen. Ob die steuerlichen Korrektornormen das Massgeblichkeitsprinzip «durchbrechen», mag eine Frage der Formulierung sein. Es wäre durchaus auch das Verständnis denkbar, dass das Massgeblichkeitsprinzip durch die steuerlichen Korrektornormen konkretisiert oder ergänzt wird. Der Vorbehalt der Durchbrechung geht nach der vorliegend vertretenen Auffassung allzu sehr vom Ansatz der absoluten Bedeutung der Massgeblichkeit aus.

Das Massgeblichkeitsprinzip umfasst auch den formellen, verfahrensmässigen Aspekt.⁸⁸ Dazu gehört einerseits die Bindung resp. Verbindlichkeit der von einer steuerpflichtigen Unternehmung erstellten Handelsbilanz, welche mit der Steuererklärung den zuständigen Steuerbehörden eingereicht wird. Dem Ansinnen einer nachträglichen Änderung der handelsrechtskonformen Handelsbilanz durch die steuerpflichtige Unternehmung wird der Grundsatz

schreitet; unter dem Aspekt der Kohärenz, also des Verbots widersprüchlichen Verhaltens, kann dies indessen nicht eingefordert werden.

⁸² Wie bspw. in BGer 2C_634/2012 vom 20. Oktober 2014.

⁸³ GLAUSER (Fn. 6), S. 65 ff. sowie S. 168 ff.

⁸⁴ ALTORFER/DUSS/FELBER (Fn. 3), S. 724 ff.

⁸⁵ GRETER/FELBER (Fn. 5), S. 32 ff.

⁸⁶ Vgl. Fn. 5.

⁸⁷ Vgl. oben II. A. 4.

⁸⁸ Vgl. oben II. C.

von Treu und Glauben entgegengehalten,⁸⁹ sie muss sich auf ihren bisherigen, handelsrechtlich korrekten Vorgaben behaften lassen.

Treu und Glauben bindet jedoch nicht nur die steuerpflichtige Unternehmung an die von ihr eingereichte Handelsbilanz, sondern auch die Steuerbehörde an das, was sie im Veranlagungsverfahren «daraus gemacht hat». Weicht eine Steuerbehörde von einer eingereichten Handelsbilanz ab, ist auch sie nach Treu und Glauben an die vorgenommene Beurteilung gebunden, und zwar sowohl bei der Ermittlung des steuerbaren Gewinnes im laufenden Steuerjahr wie auch in den Folgejahren und gegenüber anderen Steuerpflichtigen, welche indirekt resp. mittelbar von den entsprechenden steuerlichen Korrekturen betroffen sind.⁹⁰ Es ist einer Steuerbehörde als Verwaltungseinheit nicht erlaubt, bei der ihr obliegenden Beurteilung je nach Gutdünken andere Massstäbe oder Kriterien anzuwenden; ein anderes Verhalten müsste als widersprüchlich oder inkohärent bezeichnet werden. Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens widerspiegelt sich mithin im Kohärenzprinzip.

B. Zwei Prinzipien – ein Widerspruch?

Das Kohärenzprinzip kann – wiederum nach der hier vertretenen Auffassung – als Teil der formellen Massgeblichkeit verstanden werden, welche eine Form des prinzipiellen Massgeblichkeitsprinzips darstellt. Danach bildet die handelsrechtskonforme Handelsbilanz, so wie sie der Steuerverwaltung vorgelegt wird, Ausgangslage für die steuerliche Gewinnermittlung. Massgeblich ist diese Handelsbilanz jedoch nur, soweit keine steuerlichen Korrektornormen bestehen, welche die Steuerbehörden verpflichten, von der Handelsbilanz abzuweichen; in diesem Sinne sind auch die steuerlichen Korrektornormen Gegenstand der prinzipiellen Massgeblichkeit.

Die formelle Massgeblichkeit bindet nach dem Gesagten sowohl die steuerpflichtige Unternehmung an die von ihr erstellte und der Steuerbehörde eingereichte Handelsbilanz, wie umgekehrt die Steuerbehörde an die von ihr im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung vorgenommenen Beurteilungen und Korrekturen gebunden ist. Der Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben findet weder seitens der steuerpflichtigen Unternehmung noch seitens der Steuerbehörden Schutz. Auch dies ist Gegenstand der prinzipiellen Massgeblichkeit, welche weder durch die steuerlichen Korrektornormen noch

⁸⁹ Vgl. oben II. C. 2.

⁹⁰ Dass man allenfalls auch gestützt auf die materielle Massgeblichkeit zum entsprechenden Ergebnis gelangen kann (vgl. Fn. 74, mit weiteren Verweisen), steht dem Aspekt der Kohärenz nicht entgegen. Vielmehr ergänzen sich die beiden Prinzipien in unterschiedlicher Intensität.

durch den Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben – seitens der Steuerbehörden als Kohärenzprinzip bezeichnet – durchbrochen, sondern vielmehr konkretisiert resp. ergänzt wird. In diesem Sinne kann zwischen dem (prinzipiellen) Massgeblichkeitsprinzip und dem Kohärenzprinzip kein Widerspruch gesehen werden.

V. Schlussfolgerungen

Das Kohärenzprinzip verlangt von den Steuerbehörden im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung ein widerspruchsfreies, koordiniertes, eben ein kohärentes Verhalten. Dieses ist Ausfluss von Treu und Glauben (Art. 9 BV), indem es die Steuerbehörden an ihre Beurteilung und die darauf beruhenden Korrekturen im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung bindet, welche im Einzelfall zum Abweichen von der Handelsbilanz geführt haben. Die geforderte Kohärenz kann der formellen Massgeblichkeit zugeordnet werden. Das Kohärenzprinzip ergänzt die materielle und formelle Massgeblichkeit im Sinne des prinzipiellen Massgeblichkeitsprinzips.

«Die Prüfung ist die Hauptsache»

Eine kleine Geschichte juristischer Prüfungen in Bern (1709-1895)

SIBYLLE HOFER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Anwaltsprüfungen.....	306
A.	Die Einführung der Anwaltsprüfungen 1709.....	306
B.	Differenzierung des Prüfungsstoffes 1803	308
C.	Einbeziehung theoretischer Fächer ab 1825	309
II.	Promotionen.....	311
A.	Die erste Berner Promotionsordnung 1836/38	311
B.	Revisionen des Reglements 1874 und 1895	313
C.	Ausblick.....	316

«Die Prüfung ist die Hauptsache» – dieser Satz stammt aus einer Stellungnahme, die das Berner Obergericht im Jahr 1840 zu den Regelungen der Anwaltsprüfung im Entwurf eines Advokatengesetzes abgab.¹ Heute würden Studierende der Rechtswissenschaft der Behauptung wohl uneingeschränkt zustimmen. Für Dozierende ist die damalige Feststellung mindestens insofern zutreffend, als die Durchführung von Prüfungen sowie die Mitwirkung an der Ausarbeitung von Prüfungsordnungen einen nicht kleinen Teil der Berufstätigkeit darstellen. Der Jubilar kann zu diesem Thema viele Geschichten erzählen, die er miterlebt hat. Vielleicht macht ihm daher auch ein Blick zurück auf Prüfungen in früheren Zeiten etwas Freude. Ein solcher Rückblick zeigt, dass die Ausgestaltung von Prüfungsreglementen viel über den Zustand der juristischen Lehre zu einer bestimmten Zeit aussagt sowie auch über die jeweilige Einstellung zu einzelnen juristischen Fächern und Berufen.

Der folgende Beitrag beschränkt sich in zeitlicher Hinsicht auf das 18. und 19. Jahrhundert und in lokaler Hinsicht auf Bern. Aus der Vielzahl juristischer Examina wurde jeweils ein Beispiel aus dem Kreis der universitären sowie der staatlichen Prüfungen ausgewählt.

* Prof. Dr. SIBYLLE HOFER, Institut für Rechtsgeschichte, Universität Bern.

¹ Bemerkungen des Obergerichts über den Entwurf eines Gesetzes über die Advokaten vom 23. Juni 1840 an den Großen Rath der Republik Bern, in: Zeitschrift für vaterländisches Recht, Bd. 3, 1840, 377 ff., 386.

I. Anwaltsprüfungen

A. Die Einführung der Anwaltsprüfungen 1709

Die Geschichte der bernischen Anwaltsprüfungen begann im Jahr 1709. Am 4. September jenes Jahres legte der Grosse Rat fest, dass als Anwälte nur solche Personen tätig werden durften, die von der deutschen Appellationskammer «ihrer tüchtigkeit halb examiniert» worden seien.² Hintergrund der Satzung waren laut Titel «allerhand mißbraeuch in verführung deß rechtens». Was genau Inhalt der damaligen Examina war, ist nicht bekannt.³ Gewisse Rückschlüsse auf den Prüfungsstoff ermöglicht jedoch ein Lehrbuch, das sicher nicht zufällig gerade im Jahr 1709 in Bern gedruckt wurde. Es trug den Titel «Substantzlicher Unterricht von Gerichts- und Rechts-Sachen» und richtete sich an «Denen so in dem Studio Juridico einen Anfang machen wollen».⁴ Verfasser war SAMUEL MUTACH, Landvogt zu Trachselwald. Dieser stellte in seinem Werk das materielle Zivil- und Strafrecht sowie den Prozess in Grundzügen dar. Rechtsgrundlage bildete das bernische Recht, das damals insbesondere in der Gerichtssatzung von 1614 niedergelegt war.⁵ Lücken im Bereich des Strafrechts wurden durch Rückgriffe auf die *Constitutio Criminalis Carolina* (auch genannt: Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V.), d.h. auf das Strafgesetz des Heiligen Römischen Reichs von 1532 ergänzt.⁶ Im Bereich des Zivilrechts beschränkte sich MUTACH auf eine Darstellung bernischer Regelungen. Auch wenn der Untertitel einen Hinweis auf die Institutionen von Justinian enthielt,⁷ wurde das römische Recht nicht inhaltlich einbezogen. Allein bei der Gliederung orientierte sich MUTACH am sog. Institutionenschema (*personae, res, actiones*).⁸

² Erneuerte ordnung und einsehen wieder allerhand mißbräuch in verführung deß rechtens, bezeugung der kösten, bussen und gefellen, vom 4.9.1709, Art. 26; Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen (SSRQ), II. Abt.: Die Rechtsquellen des Kantons Bern, Erster Teil: Stadtrechte, Das Stadtrecht von Bern, Bd. VII/1: Zivil-, Straf- und Prozessrecht, bearbeitet von Hermann Rennefahrt, Aarau 1963, 607, 613. Die Ordnung wurde in den nächsten beiden Jahren mehrfach erneut verkündet.

³ ANITA DÜBI, Die Geschichte der bernischen Anwaltschaft, Bern 1955, 49.

⁴ Zusatz zum Buchtitel. Auch im Vorwort wurde mehrfach auf die «studierende Jugend» verwiesen.

⁵ Es handelte sich dabei um eine Fortführung der Stadtsatzung von 1539; vgl. zu diesen Berner RECHTSQUELLEN HERMANN RENNEFAHRT, Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte, I. Teil, Bern 1928, 65 ff.

⁶ Vgl. dazu SIBYLLE HOFER, Richten nach kaiserlichen Rechten. Das Berner Strafverfahren bei Tötungsdelikten im 18. Jahrhundert, ZBJV 2017, 147 ff.

⁷ «Worinnen nach dem Methodo der Justinianischen Institutionen, so weit sich hat thun lassen, der Statt Bern fürnehmste Justiz-Gesatz und Ordnungen eingebracht werden (...)».

⁸ Ausserdem nahm MUTACH Untergliederungen entsprechend römisch-rechtlichen Kategorien vor, vgl. etwa die Einteilung der *contracta* in verschiedene Gruppen (S. 92). Einige

Ein derartiges Lehrbuch war im Jahr 1709 für Berner Anwaltskandidaten umso wichtiger, als es zu dieser Zeit um juristische Lehrveranstaltungen schlecht bestellt war. Damals gab es in Bern noch keine Universität, sondern nur die sog. Hohe Schule.⁹ In deren Stellen- und Lehrplänen tauchten zwar seit dem 17. Jahrhundert immer wieder juristische Fächer auf; es gab jedoch keine Kontinuität beim Rechtsunterricht. Bezeichnenderweise wurde ebenfalls 1709 – drei Monate nach der eingangs erwähnten Einführung von Anwaltsprüfungen – vom Berner Grossen Rat beschlossen, nach längerer Pause wieder einen juristischen Lehrstuhl einzurichten.¹⁰ Allerdings dauerte es noch neun Jahre, bevor dieser Lehrstuhl 1718 besetzt wurde.¹¹ Dabei verzichtete der Rat darauf, dem Amtsinhaber vorzuschreiben, «was er zu dociren haben solle» und überliess ihm, «die sachen sowohl in ansehen deß methodi, als dieser facultet, also einzurichten, daß (...) die studiosi juris zu erforderlicher wußenschaft gebracht werden mögen».¹² Wenige Jahre später wurde der Studienplan vom Schultheiss und den Schulräten etwas genauer umrissen: Er sollte sowohl das jus naturale (d.h. Staats- und Völkerrecht)¹³ als auch das Zivilrecht umfassen und so gestaltet sein, dass die Studierenden beide Materien in einem Jahr absolvieren konnten.¹⁴ Bei derartigen Vorgaben dachte man nicht nur an zukünftige Anwälte und Notare, sondern vor allem auch an zukünftige Verwaltungsbeamte und Ratsmitglieder.¹⁵ Die Vorlesungen bestanden anscheinend nicht nur aus einem Vortrag des Professors, sondern es war auch eine Beteiligung der Studierenden erwünscht, wobei allerdings eine

Jahre später ordnete der Rat dann allerdings an, dass der juristische Professor bei seinen öffentlichen Lektionen aufzeigen solle, wo die Berner Stadtsatzung vom römischen Recht abweiche, und wo Parallelen bestünden, vgl. Praestanda deß verordneten juristischen professoren vom 27.3.1726, Art. 3, SSRQ, II. Abt.: Die Rechtsquellen des Kantons Bern, Erster Teil: Stadtrechte, Das Stadtrecht von Bern, Bd. XII: Bildungswesen, bearbeitet von Hermann Rennefahrt, Aarau 1979, 95.

- ⁹ Vgl. dazu FRIEDRICH HAAG, Die Hohen Schulen zu Bern in ihrer geschichtlichen Entwicklung von 1528 bis 1834, Bern 1903.
- ¹⁰ Beschluss vom 20.12.1709 (SSRQ, Bd. XII [Fn. 8], 80 f.). Für die Besetzung wurde dabei betont, dass der Professor vor allem «das jus publicum, naturae et gentium wohl verstehe».
- ¹¹ Zu Einzelheiten der Stellenbesetzungen s. HAAG, Schulen (Fn. 9), 88 ff. 162 ff.
- ¹² Beschluss von Schultheiss und Rat vom 7.6.1718 (SSRQ, Bd. XII [Fn. 8], 93). Als Amtsinhaber wurde damals Dr. Johann Rudolf Waldkirch aus Basel gewählt; vgl. zu diesem HAAG, Schulen (Fn. 9), 89.
- ¹³ Grundlage für diese Vorlesung war anscheinend das Werk von SAMUEL VON PUFENDORF, De officio hominis et civis (1673), vgl. HAAG, Schulen (Fn. 9), 90. Dabei handelte sich um ein viel gelesenes Naturrechtslehrbuch, vgl. dazu KLAUS LUIG (Hg.), SAMUEL VON PUFENDORF, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, Frankfurt/M. 1994, 217 ff.
- ¹⁴ Praestanda deß verordneten juristischen professoren vom 27.3.1726, Präambel und Art. 1 (SSRQ, Bd. XII [Fn. 8], 94). Zudem wurde beschlossen, dass nur ein Dozent für das gesamte Fache anzustellen sei, vgl. HAAG, Schulen (Fn. 9), 90.
- ¹⁵ Vgl. HAAG, Schulen (Fn. 9), 89.

gewisse Zurückhaltung verordnet wurde: «Wie nun die auditores von ungleicher capacitet und gaaben seyn können, so soll der professor sich auch exponendo vel explicando darnach richten, und anfänglich allein die freywilligen durch frag und antwort underweisen.»¹⁶

B. Differenzierung des Prüfungstoffes 1803

Als der Kanton Bern nach Ende der Helvetik durch die Mediationsverfassung im Jahr 1803 seine Gesetzgebungskompetenz zurückerhalten hatte, erfolgte bereits am 27. Dezember des Jahres eine Regelung des Anwaltswesens durch die «Verordnung über die Anwäle im Canton Bern». Die Verordnung definierte die Aufgaben der Anwälte, wobei drei Gruppen unterschieden wurden: Fürsprecher, Prokuratoren und Agenten. Nur Fürsprecher und Prokuratoren durften Rechtsschriften verfassen; einzig Fürsprecher waren ausserdem bei Prozessen vor dem Appellationsgericht zugelassen. Die Agenten konnten demgegenüber bloss Parteien bei Gerichten der ersten Instanz beistehen. Für jede der drei Gruppen gab es eigene Examina, welche Mitglieder des Appellationsgerichts durchzuführen hatten. Die Anforderungen waren nach der Bedeutung der angestrebten Position abgestuft: Agenten wurden allein «über ihre Kenntnis der Gerichtssatzung» geprüft.¹⁷ Die Prokuratoren mussten sich dagegen «einem scharfen Examen über die Gerichtssatzung» unterziehen. Ausserdem hatten sie unentgeltlich eine Rechtssache vor dem Appellationsgericht zu verfechten und eine «Abhandlung über eine Rechtsfrage bey verschlossenen Thüren» zu verfassen.¹⁸ Diejenigen, die sich um eines der in der Verordnung auf zwölf beschränkten Fürsprecherpatente bewarben, mussten folgende Prüfungen bestehen: «1. Sie müssen über eine durch das Loos ertheilte Rechtsfrage in einem verschlossenen Zimmer ohne Bücher eine Abhandlung verfertigen. 2. Eine solche über eine gegebene Rechtsmaterie mit Büchern und Muße abfassen. 3. Eine wirkliche Rechtssache vor dem Appellationsgericht pro specimine und unentgeltlich mündlich verfechten.»¹⁹

¹⁶ Praestanda deß verordneten juridischen professoren vom 27.3.1726, Art. 2 (SSRQ, Bd. XII [Fn. 8], 95).

¹⁷ § 32 VO 1803. Bei der Gerichtssatzung handelte es sich jetzt um die Satzung von 1761, welche die Satzung von 1614 fortschrieb; vgl. dazu RUDOLF GMÜR, Die erneuerte Bernische Gerichtssatzung von 1761/62, ZBJV 1963, 161 ff.

¹⁸ § 23 VO 1803.

¹⁹ § 12 VO 1803; die Festlegung der Zahl der Fürsprecher auf zwölf erfolgte in § 10.

C. Einbeziehung theoretischer Fächer ab 1825

Die nächste Etappe bildete das «Gesetz über die Advokaten und Agenten» vom 14. Februar 1825. Zu diesem Zeitpunkt gab es in Bern seit 20 Jahren eine sog. Akademie, die auch eine juristische Fakultät umfasste.²⁰ Die kontinuierliche akademische Juristenausbildung bewirkte auch Veränderungen bei der Anwaltsprüfung: Die Kandidaten mussten nun den Besuch juristischer Vorlesungen an der Berner Akademie nachweisen²¹ und Professoren der Akademie waren Mitglieder der Anwaltsprüfungskommission²². Ausserdem wurde der Katalog der Prüfungsfächer spezifiziert, wobei auch theoretische Aspekte einbezogen wurden. So umfasste das Anwaltsexamen jetzt u.a. auch die allgemeine Rechtslehre sowie «die Theorie des Civil-, Kriminal- und Administrativ-Prozesses».²³

Die Tendenz zur Theoretisierung verstärkte sich noch, nachdem die Universität Bern gegründet worden war (1834), was auch einen Ausbau der juristischen Lehrstühle und des Vorlesungsangebots mit sich gebracht hatte.²⁴ Das Anwaltsgesetz von 1840²⁵ sah etwa auch eine Prüfung «über die nöthige Kenntniß der Rechtsgeschichte sowie der germanischen Rechtsverhältnisse, besonders hinsichtlich der Erblehenszinsrechte» vor.²⁶ Das Obergericht, welchem nun die Organisation der Prüfungen übertragen war,²⁷ hatte vergeblich versucht, diese Themen aus dem Examenkatalog herauszuhalten. In seiner

²⁰ Die Gründung der Akademie erfolgte 1805. Zur juristischen Fakultät an der Akademie vgl. HAAG, Schulen (Fn. 9), 176, 206 ff.; PIETRO SCANDOLA (Red.), Hochschulgeschichte Berns 1528-1984. Zur 150-Jahr-Feier der Universität Bern 1984, Bern 1984, 603.

²¹ Gesetz über die Advokaten und Agenten vom 14.2.1825, Art. 5: «Die Bewerber für die Advokatur müssen insbesondere noch erzeigen, daß sie die juridischen Vorlesungen (auf der hiesigen Akademie) zwei Jahre lang mit Fleiß besucht haben.»

²² Nach Art. 7 Advokatengesetz 1825 bestand die Prüfungskommission aus zwei Appellationsräten und zwei Rechtsgelehrten. Präsident war ein Mitglied des Kleinen Rates, das zugleich Mitglied des Justizrates war.

²³ Advokatengesetz 1825, Art. 8. Weitere Prüfungsfächer bildeten nach dieser Bestimmung das «positive vaterländische Civil- und Kriminalrecht». Zu dieser Prüfungsordnung vgl. auch DÜBI, Geschichte (Fn. 3), 101 f.

²⁴ Zur Gründung der Universität Bern vgl. FRIEDRICH HAAG, Die Sturm- und Drangperiode der Bernischen Hochschule 1834-1854, Bern 1914, 22 ff.; RICHARD FELLER, Die Universität Bern 1834-1934, Bern u. Leipzig 1935, 13 ff.

²⁵ Gesetz über die Advokaten vom 10.12.1840. Mit diesem Gesetz wurde die zahlenmässige Beschränkung der Anwaltschaft aufgehoben sowie auch die Kategorie der Prokuratoren abgeschafft, vgl. dazu DÜBI, Geschichte (Fn. 3), 133 ff.

²⁶ Art. 5 Ziff. 1 Advokatengesetz 1840. Weitere Prüfungsfächer waren nach dieser Bestimmung: Schweizerisches Staatsrecht, bernisches Grundgesetz, bernisches Zivil- und Strafgesetz, Theorie des Zivil-, Straf- und Administrativprozesses.

²⁷ Advokatengesetz 1840, Art. 8. Die Prüfungskommission bestand aus einem Präsidenten sowie zwei Mitgliedern aus dem Obergericht und zwei «der hier angesessenen tüchtigsten Rechtsgelehrten».

Stellungnahme zum Gesetzentwurf hatte das Gericht vorgebracht: «Die Prüfung ist die Hauptsache. Es ist wichtig, daß sie streng sei, aber auch, daß sie sich nicht auf Ueberflüssiges ausdehne.»²⁸ Konkret wurde moniert, dass der Hinweis auf «die nöthige Kenntniß» im Hinblick auf den rechtshistorischen Examensstoff zu unbestimmt sei.²⁹ Zudem bringe eine Prüfung über die «germanischen Rechtsverhältnisse» Probleme für Kandidaten aus dem Jura mit sich, da das deutsche Recht nicht auf französischen Universitäten gelehrt werde. «Nicht ohne Grund und Fug würde aufs Neue im französischen Landestheile die Rüge laut werden, man wolle germanisiren!»³⁰ Der Einwand hatte jedoch keinen Erfolg.

Noch weiter in Richtung einer wissenschaftlichen Prüfung entwickelte sich das Anwaltsexamen durch das Reglement über die Patentprüfungen der Fürsprecher und Notarien vom 3.11.1858.³¹ Dieses untergliederte das Staatsexamen ausdrücklich in einen theoretischen und einen praktischen Teil.³² Auch von Seiten der Universität wurde das starke theoretische Element der Anwaltsprüfungen anerkannt, indem ab 1874 Doktoranden die mündliche Prüfung im Rahmen der Promotion erlassen werden konnte, wenn sie das bernische Fürsprecherexamen bestanden hatten.³³

²⁸ Bemerkungen des Obergerichts (Fn. 1), 386. Als Begründung wurde hinzugefügt: «Der Advokat, dem der Staat, sobald einmal die Beschränkung der Zahl aufgehoben ist, weiter nichts bietet, als Lasten (das Armenrecht), und der lediglich einen Beruf ausüben will, soll nicht unnöthig beschwert werden.»

²⁹ Zum Thema der nötigen Kenntnis der Rechtsgeschichte hiess es: «(...) soll damit die Kenntniß der römischen, teutschen und einheimischen Rechtsgeschichte, der innern und äußern, gemeint sein? welch ungeheures Feld! welche ungeheure Aufgabe, wo der Nutzen die Mühe und den Zeitverlust bei weitem nicht aufwiegen würde?» (Bemerkungen des Obergerichts [Fn. 1], 386).

³⁰ Bemerkungen des Obergerichts (Fn. 1), 388.

³¹ Damals wurde auch erstmals versucht, ein Maturitätszeugnis als Voraussetzung festzuschreiben (§ 13). Allerdings weigerte sich das Obergericht zunächst, diese Bestimmung durchzusetzen. Nach einer heftigen Debatte im Grossen Rat wurde eine Übergangsfrist für das Maturitätserfordernis bis 1871 beschlossen, s. dazu FELLER (Fn. 24), 245 f.

³² Reglement über die Patentprüfungen der Fürsprecher und Notarien vom 3.11.1858, § 1. Entsprechende Regelungen enthielt das Reglement über die Patentprüfung der Fürsprecher und Notare vom 5.3.1887. Der sog. praktische Teil umfasste dabei auch eine Prüfung in bernischer Rechtsgeschichte; die theoretische Prüfung erstreckte sich auf allgemeine Rechtslehre in Verbindung mit allgemeinem Staats- und Völkerrecht, römisches Recht, deutsches Privatrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechts, allgemeines Strafrecht, Kirchenrecht sowie die Hauptlehren der Staatswissenschaften, insbesondere der Nationalökonomie.

³³ Reglement über die Erteilung der Doktorwürde durch die juristische Fakultät in Bern 1874, § 7.

II. Promotionen

A. Die erste Berner Promotionsordnung 1836/38

Die Errichtung der Universität (1834) eröffnete die Möglichkeit, dass Studierende in Bern auch einen wissenschaftlichen Abschluss in Gestalt einer Promotion erwerben konnten. 1836 legte das Erziehungsdepartement der Republik Bern den Rahmen fest, unter denen ein Kandidat die Doktorwürde erlangen konnte. Danach mussten folgende Anforderungen erfüllt sein³⁴:

- (1) Ausweis durch ein «gehörige(s) Sittenzeugnis».
- (2) Einreichen einer von dem Kandidaten selbst verfassten Dissertation. Diese musste von der Fakultät angenommen und in mindestens 100 gedruckten Exemplaren vorgelegt werden.
- (3) Eine Prüfung, «die sich auf alle Zweige des Wissens (sc. erstreckt), welche zur vollständigen gelehrten Ausbildung in dem Fache des Aspiranten nothwendig sind». Die Prüfung sollte aus einem schriftlichen und einem mündlichen Teil bestehen, wobei letzterer «vor versammelter Fakultät» abzulegen war.

Die Juristische Fakultät bestimmte 1838, welche «Zweige des Wissens» für eine «vollständige gelehrte Ausbildung» im Fach Rechtswissenschaften als notwendig angesehen wurden.³⁵ Dabei wurde grundsätzlich auf den Fächerkatalog des Studienreglements³⁶ verwiesen. Die Prüfung zur Erlangung der juristischen Doktorwürde umfasste danach zwingend folgende Sachgebiete: Einleitung in die Rechtswissenschaft in Verbindung mit Naturrecht³⁷; römisches Recht – wobei festgelegt wurde, dass die Exegese einer römischen Gesetzesstelle auch Teil des schriftlichen Examens zu sein habe; deutsches Recht in Verbindung mit deutscher Rechtsgeschichte und Lehenrecht; Administrativprozess, Allgemeines Kriminalrecht, Kriminalprozessrecht und französisches Recht.

Daneben gab es zwei weitere Themenbereiche, die nur fakultativ Teil der Prüfung waren, und zwar das bernische Recht sowie die staatswissenschaftlichen Fächer (Einleitung in die Staatswissenschaften, Allgemeines Staatsrecht

³⁴ Reglement über die Ertheilung der Doktorwürde an der Hochschule Bern vom 26.3.1836, Art. 2, 3. Die Kosten betragen 200 Franken (Art. 11).

³⁵ Reglement der juridischen Fakultät der Hochschule in Bern über Ertheilung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte vom 26.7.1838, abgedruckt bei HAAG, Sturm und Drang (Fn. 24), 410 f.

³⁶ Reglement über die Organisation der Studien an der Hochschule vom 3.5.1834.

³⁷ «Naturrecht» bedeutete in dieser Zeit Rechtsphilosophie, vgl. dazu DIETHELM KLIPPEL, Naturrecht und Politik im Deutschland des 19. Jahrhunderts, in: Karl Graf Ballestrem (Hg.), Naturrecht und Politik, Berlin 1993, 27 ff., 29 ff.

und allgemeines Polizeirecht, Schweizerisches Staatsrecht, allgemeine und schweizerische Statistik sowie Nationalökonomie).³⁸ Diese Bereiche waren nach Ansicht der Fakultät «zur gelehrten Ausbildung des Juristen nicht für nothwendig» zu erachten. Damit erfolgte eine Unterscheidung zwischen wissenschaftlichen und praktischen juristischen Fächern. Das bedeutete gleichzeitig eine Abwertung des Öffentlichen Rechts sowie des bernischen Rechts als «unwissenschaftlich». Diese Bewertung ist vor dem Hintergrund der damaligen politischen und personellen Situation zu sehen. Die Staatswissenschaften wurden in der Anfangszeit der Berner Universität von ausserordentlichen Professoren vertreten. Die ersten Rufe erhielten zwei Deutsche, die ihr Land wegen liberaler politischer Aktivitäten hatten verlassen müssen: PHILIPP JAKOB SIEBENPFEIFFER³⁹ und LUDWIG SNELL⁴⁰. Die Erteilung dieser Rufe war Ausdruck der anfänglich offenen Haltung der Schweiz zu politischen Flüchtlingen in den 30er-Jahren des 19. Jahrhunderts. Diese Haltung änderte sich jedoch, nachdem es zu Spannungen mit Nachbarstaaten gekommen war.⁴¹ Es erfolgten zunehmend Kontrollen der politischen Aktivitäten von Flüchtlingen. So wurde etwa LUDWIG SNELL 1836 in Bern mit der Begründung verhaftet, dass er «sich in genauen Verhältnissen mit den in geheimen hochverrätherischen Verbindungen stehenden Männern verschiedener Nationen befindet». ⁴² Auch wenn LUDWIG SNELL nach kurzer Zeit aus der Haft entlassen wurde, verlor er doch seine Professur und wurde aus dem Kanton ausgewiesen.⁴³ Auch gegen SIEBENPFEIFFER wurde kurzzeitig der Vorwurf erhoben, gegen den Berner Grossen Rat zu agitieren.⁴⁴ Das politische

³⁸ Von den staatswissenschaftlichen Fächern konnte sich der Kandidat dispensieren lassen. Das bernische Recht war nur dann Prüfungsgegenstand, wenn es ausdrücklich gewünscht wurde; in diesem Fall wurde dann auf ein Examen des deutschen Rechts verzichtet.

³⁹ PHILIPP JAKOB SIEBENPFEIFFER (1789-1845) war von 1834 bis 1840 ausserordentlicher Professor in Bern. Er hatte aus Deutschland fliehen müssen, da er 1832 das Hambacher Fest mitorganisiert hatte. 1840 wurde er erster Sekretär des Justizdepartements der Berner Republik. Zur Person vgl. ALBERT PORTMANN-TINGUELY, Siebenpfeiffer, Philipp Jakob, Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Bd. 11, Basel 2012, 477; HAAG, Sturm und Drang (Fn. 24), 567, jeweils m.w.N.

⁴⁰ LUDWIG SNELL (1775-1854) war im Rahmen der Demagogenverfolgung von seinem Amt als Direktor des Gymnasiums in Wetzlar suspendiert worden. Auch in der Schweiz war er politisch tätig. Zur Person vgl. LORENZ ENGI, Ludwig Snell (1785-1854), ius.full 2009, 136 ff.; KATJA HÜRLIMANN, Snell, Ludwig, HLS, Bd. 11, Basel 2012, 558; HAAG, Sturm und Drang (Fn. 24), 564 ff., jeweils m.w.N.

⁴¹ Vgl. dazu ALFRED KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, 404 ff.

⁴² HAAG, Sturm und Drang (Fn. 24), 80. Gedacht wurde dabei an die Gruppe «Junge Schweiz», die als Unterabteilung des «Jungen Europa» gesehen wurde. Diese Bewegung hatte der Italiener Giuseppe Mazzini gegründet, der 1836 auf Betreiben Metternichs aus der Schweiz ausgewiesen wurde.

⁴³ Zu Einzelheiten vgl. HAAG, Sturm und Drang (Fn. 24), 78 ff., 93 ff., 481 ff.

⁴⁴ Vgl. Quellen bei HAAG, Sturm und Drang (Fn. 24), 485 f. SIEBENPFEIFFER wies den Vorwurf strikt von sich.

Engagement der Professoren dürfte dazu beigetragen haben, das Fach Staatswissenschaft als unwissenschaftlich einzustufen.⁴⁵

Vertreter des bernischen (sog. vaterländischen) Rechts war SAMUEL LUDWIG SCHNELL, welcher die Position eines ordentlichen Professors innehatte. SCHNELL hatte schon den Rechtsunterricht an der Berner Akademie massgeblich geprägt und war auch an der Gründung der Universität beteiligt gewesen.⁴⁶ Zudem war er Verfasser der Entwürfe für grundlegende kantonale Gesetze, nämlich des Bernischen Gesetzbuchs für das gerichtliche Verfahren in Civil-Rechtssachen (1821) sowie des Bernischen Civilgesetzbuchs (abschnittsweise zwischen 1826 und 1831 in Kraft getreten).⁴⁷ Wenn das bernische Recht 1838 nicht in den Katalog der obligatorischen Prüfungsfächer für die Erlangung der Doktorwürde aufgenommen wurde, bedeutete das einen Affront gegen SCHNELL. Die Entscheidung spiegelt den Umstand wider, dass SCHNELLS wissenschaftliche Leistung zu diesem Zeitpunkt Ziel teilweise heftiger Angriffe war. Diese Angriffe gingen vor allem von Personen aus, denen SCHNELLS liberale politische Ansicht nicht radikal genug war.⁴⁸ Einige Jahre später eskalierte die Polemik gegen SCHNELL, wobei ihm auch öffentlich vorgeworfen wurde, unwissenschaftlich zu sein: «Die Methode, in welcher Prof. Schnell bis dahin das vaterländische Recht lehrte, ist aber leider nicht geeignet, den Studirenden ein wissenschaftliches Verstehen desselben möglich zu machen: Die Erklärung des Textes in der Legalordnung, wobei meistens nur die Anmerkungen recitirt werden, die beziehungsweise Aufzählung einiger Rechtsfälle aus seiner Advokatenpraxis und die Wiederholung verjährtter Witze (die bei den Studirenden längstens sprichwörtlich geworden sind) bilden einzig Inhalt seines Lehrvortrages (...).»⁴⁹

B. Revisionen des Reglements 1874 und 1895

Eine erste Revision des Reglements über die Erteilung der Doktorwürde an der juristischen Fakultät zu Bern erfolgte im Jahr 1874. Dabei erfuhr vor allem der Fächerkanon für die mündlichen und schriftlichen Prüfungen grund-

⁴⁵ Nach seiner Entlassung gab LUDWIG SNELL ein Handbuch des Schweizerischen Staatsrechts heraus (1837-1848), das vor allem eine Sammlung von Urkunden enthielt. Dieses sollte eine Grundlage für wissenschaftliche Bearbeitungen bilden.

⁴⁶ Zu Leben und Werk vgl. URS TH. RÖTH, Samuel Ludwig Schnell und das Civilgesetzbuch für den Canton Bern von 1824-1830, Bern 1948.

⁴⁷ Vgl. dazu SIBYLLE HOFER, Samuel Ludwig Schnell (1775-1849): Naturrecht mit Augenmass für Bern, ZBJV 2015, 3 ff. m.w.N.

⁴⁸ Massgeblich beteiligt an der Kampagne gegen SCHNELL war Wilhelm Snell (damals Professor in Bern für Naturrecht; Bruder von LUDWIG SNELL), Einzelheiten bei HOFER, Schnell (Fn. 47), 4 ff. Vgl. auch HAAG, Sturm und Drang (Fn. 24), 91 ff. zum Jahr 1836.

⁴⁹ Artikel in der Zeitung «Schweizerischer Beobachter» 1843, Nr. 77, S. 310.

legende Veränderungen.⁵⁰ Es wurden Fächergruppen gebildet, zwischen denen die Kandidaten wählen konnten.⁵¹ Eine dieser Gruppen enthielt u.a. das Kirchenrecht.⁵² Auch wenn es sich dabei nur um eine Option handelte, die zudem nur einen kleinen Teil der Prüfung betraf, verlieh die Berner juristische Fakultät fortan den Titel «Doktor juris utriusque».⁵³ Zur damaligen Zeit verwendeten ansonsten in der Regel nur solche Fakultäten diesen Titel, die auf eine lange Tradition einer kirchenrechtlichen Ausbildung zurückblicken konnten (z.B. Heidelberg). In Bern diente demgegenüber anscheinend eine starke Gewichtung des römischen Rechts zur Legitimation des Titels. Jeder zukünftige Doktor musste eine schriftliche sowie eine mündliche Prüfung über die Pandekten ablegen.⁵⁴ Dies entsprach einer steigenden Bedeutung des Faches an der Fakultät. In der Anfangszeit der Universität Bern hatte das römische Recht keine zentrale Rolle gespielt. Die erste Professur erhielt 1834 Wilhelm Snell (Bruder des vorher erwähnten Ludwig Snell).⁵⁵ Dieser hatte neben dem römischen Recht auch das Strafrecht zu vertreten. Er scheint jedoch beide Fächer vernachlässigt zu haben;⁵⁶ seine Leidenschaft galt neben der Politik dem Naturrecht, das er ab 1849 in Bern unterrichtete. 1869 wurde dann erstmals eine eigene Professur für römisches Recht geschaffen; der Amtsinhaber las die Pandekten 12-stündig.⁵⁷ Schon seit 1858 war das römi-

⁵⁰ Ausser den sogleich erwähnten Prüfungen wurden 1874 folgende Voraussetzungen für die Erlangung der Doktorwürde festgelegt: Eine juristische Abhandlung «von wissenschaftlichem Werte», eine Lebensbeschreibung und Studienzeugnisse. An den mündlichen Prüfungen musste nicht mehr die gesamte Fakultät, sondern nur mindestens drei Fakultätsmitglieder teilnehmen.

⁵¹ Gruppe I umfasste: Deutsches oder französisches Privat- und Handelsrecht, deutscher oder französischer Zivilprozess, Staatsrecht, Strafrecht und Strafprozess. Zu den anderen Gruppen s. die Fn. 52 und 59.

⁵² Gemäss Reglement 1874, § 3 umfasste Gruppe II die Fächer: Rechtsphilosophie oder -zyklopädie, allgemeines und besonderes Staatsrecht, Völkerrecht, Kirchenrecht oder Strafrecht und Strafprozess.

⁵³ Reglement 1874, § 6. Damit wurde eine im Mittelalter geprägte Bezeichnung aufgenommen, die damals Personen verliehen wurde, die sowohl das weltliche als auch das kirchliche Recht studiert hatten.

⁵⁴ Die mündliche Prüfung hatte eine halbe Stunde zu dauern; für alle anderen Fächer waren zusammen 1,5 Stunden vorgesehen (Reglement 1874, § 5).

⁵⁵ Wilhelm Snell (1789-1851) flüchtete 1820 in die Schweiz, nachdem er in Deutschland eine liberale Gesellschaft gegründet hatte. Er erhielt 1833 einen Ruf an die Universität Bern und wurde deren erster Rektor (1834/35). Als Mitorganisator der Freischarenzüge wurde er 1845 entlassen; 1849 holten ihn jedoch die Radikalen wieder an die Universität Bern zurück, wo er nun eine Professur für Naturrecht, französisches Zivilrecht und bernischen Zivilprozess erhielt. Zu W. Snell vgl. CHRISTOPH ZÜRCHER, Snell, Wilhelm, HLS, Bd. 11, Basel 2012, 558 f. m.w.N.

⁵⁶ FELLER (Fn. 24), 93.

⁵⁷ Besetzt wurde diese mit Emil Vogt, vgl. zu diesem MARIANNE REINHART, Berner Romanistik im 19. Jahrhundert, in: Pio Caroni (Hg.), Forschungsband Philipp Lotmar (1805-1922), Frankfurt am Main 2003, 27 ff., 31 ff.

sche Recht zudem Bestandteil der theoretischen Prüfung im Rahmen des Anwaltsexamens.⁵⁸

Gerade das römische Recht als Fach der Promotionsexamen löste in der Folgezeit einen heftigen Streit in der Fakultät aus. Widerstand kam vor allem aus dem Bereich der Staatswissenschaften, die inzwischen eine starke Stellung erlangt hatten. Das belegt nicht zuletzt der Umstand, dass eine Fächergruppe bei den Promotionsprüfungen allein aus staatswissenschaftlichen Fächern bestand.⁵⁹ Allerdings mussten auch Doktoranden, die diese Kombination gewählt hatten, nach dem Reglement von 1874 Prüfungen im Fach Pandekten ablegen. Besonders AUGUST ONCKEN⁶⁰ – Professor für Nationalökonomie, welche Teil der Staatswissenschaften war, – trat vehement für eine Veränderung dieser Regelung ein. Das Thema wurde immer wieder in der Fakultät traktandiert. Vor allem der damalige Vertreter des römischen Rechts, JULIUS BARON,⁶¹ leistete heftigen Widerstand. Im Hintergrund stand dabei nicht zuletzt auch die Frage nach der Stellung der Nationalökonomie innerhalb der

⁵⁸ S.o. Fn. 32. Zuvor war lange über die Bedeutung dieses Faches für Anwälte gestritten worden. Das Obergericht hatte in seinem Gutachten zur Anwaltsprüfung 1840 bemerkt, dass das römische Recht die Grundlage der juristischen Doktrin bilde, und «daß sich wohl keiner einen gründlichen Juristen nennen kann, der nicht das römische Recht kennt» (Bemerkungen des Obergerichts [Fn. 1], 380 f.). Der Regierungsrat entgegnete darauf: «(...) aber das römische Recht selbst ist nicht absolut erforderlich, um hier als Anwalt zu plädieren. Was im römischen Recht liegt und allgemeinen Nutzen hat, das ist längst daraus ausgezogen worden und ist in der allgemeinen Rechtsphilosophie enthalten (...). Ich weiß wohl, daß das römische Recht eine eigentliche Modensache geworden ist, und die Studierenden werden auf den Universitäten Jahre lang damit herumgezogen; aber daß sich ein hiesiger Jurist das römische Recht gleichsam zur Lebensaufgabe machen müsse, dazu könnte ich nicht stimmen» (Verhandlungen des Grossen Rathes der Republik Bern, 1840, Nr. 41, S. 7).

⁵⁹ Gemäss Reglement 1874, § 3 umfasste Gruppe III: Allgemeines und besonderes Staatsrecht, Volkswirtschaftslehre, Volkswirtschaftspolitik (Polizei), Finanzwissenschaft.

⁶⁰ AUGUST ONCKEN (1844-1911) hatte in Deutschland Nationalökonomie studiert und war von 1878 bis 1909 Professor an der Universität Bern, der er auch zweimal als Rektor vorstand. Sein Hauptwerk ist der Geschichte der Nationalökonomie gewidmet (1902). ONCKEN gründete 1885 in Bern ein Seminar für Volkswirtschaftslehre und Konsularwesen und legte damit den Grundstein für die spätere Trennung von der juristischen Fakultät. Zur Person vgl. FRANZISKA ROGGER, Oncken, August, HLS, Bd. 9, Basel 2010, 437; zum Seminar vgl. Hochschulgeschichte (Fn. 20), 625 f.

⁶¹ Der aus Deutschland stammende JULIUS BARON (1834-1898) war von 1883 bis 1888 ordentlicher Professor für römisches Recht an der Universität Bern, wo er u.a. die Gründung des romanistischen Seminars durchsetzte, s. dazu Hochschulgeschichte (Fn. 20), 610. BARONS Hauptwerk bildet ein Lehrbuch des Pandektenrechts (1. Aufl. 1872). BARON wird zur Gruppe der sog. Kathedersozialisten gezählt, vgl. dazu PIO CARONI, Kathedersozialismus an der juristischen Fakultät, in: Hochschulgeschichte (Fn. 20), 203 ff., 212 ff.

Universität.⁶² Da ONCKEN auch die Erziehungsdirektion einschaltete, erhielt die Diskussion noch eine weitere Dimension, nämlich einen Streit um Kompetenzen der Erziehungsdirektion im Verhältnis zur Fakultät. Die Diskussion hatte jedoch keine sofortige Reglementsrevision zur Folge.

Auch das nächste Promotionsreglement, das 1895 erlassen wurde, brachte keine grundlegenden Veränderungen. Bei dieser Ordnung stand wiederum die Bestimmung der Fächer für die mündliche und schriftliche Prüfung im Vordergrund. Die Wahlmöglichkeiten der Kandidaten wurden dabei im Vergleich zu 1874 beschränkt. Es gab nur noch zwei Fächergruppen, zwischen denen man sich entscheiden konnte. Dabei deckten sich die beiden Gruppen in inhaltlicher Hinsicht weitgehend; ein Unterschied lag allein in der Gewichtung bei der mündlichen Prüfung – drei Fächer wurden zusammen in einer Stunde und drei weitere in einer halben Stunde abgeprüft. Alle Kandidaten wurden in den Themengebieten Zivilprozess, Staatsrecht, Nationalökonomie, Strafrecht und Strafprozess sowie römisches Recht examiniert.⁶³ Dazu kam jetzt – ebenfalls für alle – das Fach «Schweiz. Obligationenrecht oder deutsches bzw. französisches Handels- und Wechselrecht». Diese Regelungen galten gleichzeitig auch für die Erlangung der Lizentiatswürde. In einem Nachsatz zum Doktorreglement von 1895 war festgehalten, dass für das Lizentiat die schriftlichen und mündlichen Prüfungen abgelegt werden mussten, die auch für eine Doktorwürde die Voraussetzung bildeten. Der Unterschied zwischen den Anforderungen, welche an die Erlangung der beiden akademischen Grade gestellt wurden, bestand danach allein in der Einreichung einer Dissertation.

C. **Ausblick**

Abschliessend sei ein kurzer Blick auf die weitere Entwicklung der Berner Promotionsordnungen im 20. Jahrhundert geworfen. Auch wenn die Abstände zwischen den Reglementsänderungen immer kürzer wurden, blieben die Grundzüge, die im 19. Jahrhundert festgelegt worden waren, lange erhalten. So sah etwa noch die Promotionsordnung von 1941 als Titel den «*Doctor juris utriusque*» vor; erst 1952 erfolgte eine Änderung hin zum «*Doctor iuris*».⁶⁴ Gleichzeitig wurden die Fachprüfungen in zwei Teile aufgespalten,

⁶² Zeitweise wurde vorgeschlagen, das Fach in die philosophische Fakultät einzugliedern. 1912 erfolgte eine Verselbständigung innerhalb der juristischen Fakultät. Zum Ganzen REINHART (Fn. 57), 53 ff.

⁶³ Dazu kamen in der ersten Gruppe deutsches oder französisches Privatrecht und Rechtsgeschichte; in der zweiten Gruppe dagegen die Fächer Völkerrecht und Kirchenrecht; Reglement über die Erteilung der Doktorwürde durch die juristische Fakultät in Bern vom 6.7.1895, § 4.

⁶⁴ Reglement über die Erteilung der Doktorwürde durch die juristische Abteilung der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät vom 18.4.1952, § 8.

eine Art Eintrittsprüfung und eine zweite Prüfung nach Einreichung der Dissertation.⁶⁵ Das römische Recht war dabei bloss noch zwingender Bestandteil der ersten, mündlichen Prüfung. Nur wenn eine bestimmte Fächerkombination gewählt wurde, musste der Doktorand zudem in diesem Fach eine schriftliche Arbeit abliefern.⁶⁶ Noch bei der Reglementsänderung im Jahr 1968 blieb es bei dieser Gestaltung; eine Änderung erfolgte erst in den 70er-Jahren.⁶⁷ Den Bedürfnissen der Ökonomen wurde 1912 Rechnung getragen. Die Gründung einer Abteilung von Handel, Verkehr und Verwaltung in der juristischen Fakultät ermöglichte die Verleihung eines wirtschaftswissenschaftlichen Doktorgrades.⁶⁸

⁶⁵ Reglement 1952, §§ 3, 5. Die zweite Prüfung musste spätestens fünf Jahre nach der ersten Prüfung abgelegt werden, § 6.

⁶⁶ Reglement 1952, § 5 Ziff. 3.

⁶⁷ Vgl. Reglement über die Studiengänge und Prüfungen an der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 5. Dezember 1979, Art. 17.

⁶⁸ Hochschulgeschichte (Fn. 20), 626.

Der Erbteilungsvertrag – ausgewählte Aspekte

STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MELANIE BÜRKI*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	320
II.	Die Perfektion der Teilung.....	322
	A. Bei Losbildung/Realteilung.....	322
	B. Beim schriftlichen Teilungsvertrag.....	323
	1. Wirkung und Erfordernisse.....	323
	a) Zustandekommen eines Erbteilungsvertrages.....	323
	b) Auslegung des Erbteilungsvertrages.....	326
	c) Bindungswirkung und Erfüllungsanspruch.....	327
	2. Vollzug und Auflösung der Erbengemeinschaft.....	327
III.	Anfechtung des Erbteilungsvertrages.....	329
	A. Überblick.....	329
	B. Willensmängel.....	331
	1. Allgemeines.....	331
	2. Irrtum.....	331
	3. Täuschung.....	334
	4. Drohung.....	335
	C. Formmängel.....	336
	1. Allgemeines.....	336
	2. Nichtigkeit.....	336
	3. Erfüllung formungültiger Erbteilungsverträge.....	337
	4. Analoge Heranziehung von Art. 243 Abs. 3 OR?.....	339
	a) Voraussetzungen einer Analogie gestützt auf Art. 7 ZGB.....	339
	b) Das Verhältnis zwischen Schenkungsversprechen und Handschenkung.....	340
	c) Verhältnis zwischen formungültigem Erbteilungsvertrag und dessen Erfüllung.....	341
IV.	Resümee.....	343

* Prof. Dr. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Professorin für Privatrecht an der Universität Bern, Rechtsanwältin; MLaw MELANIE BÜRKI, ehemalige wissenschaftliche Assistentin an der Universität Bern.

I. Einleitung

Bei Rechtsinstituten des ZGB – wie etwa dem hier zu besprechenden Erbteilungsvertrag – ist ein Blick auf das Obligationenrecht, welches eines der Hauptforschungsgebiete des hoch geschätzten Jubilars ist, oft unerlässlich. Auch wenn das schweizerische Privatrecht formell zur Hauptsache in Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht aufgeteilt ist, so wird die Privatrechtsordnung doch geprägt vom Gedanken der inneren Rechtseinheit. Da das OR den fünften Teil des ZGB darstellt, bilden diese beiden Privatrechtskodifikationen auch materiell eine Einheit. Bei der Schaffung des ZGB wurde sodann auf einen allgemeinen Teil verzichtet, da das bestehende und bewährte Obligationenrecht bereits einen solchen enthielt, und stattdessen durch Art. 7 ZGB der Zusammenhang zwischen den beiden Kodifikationen verdeutlicht¹.

Zweck jeder Erbteilung ist es, die Nachlassgegenstände in das Alleineigentum der Erben zu überführen. Hierzu bietet Art. 634 ZGB zwei vertragliche Teilungsarten an: die **Realteilung** mittels vorgängiger Losbildung und den **schriftlichen Erbteilungsvertrag**. Unabhängig davon, ob der Nachlass durch Realteilung oder durch schriftlichen Erbteilungsvertrag geteilt wird, ist zum Abschluss immer die **Mitwirkung aller Erben** erforderlich². Ist eine einvernehmliche Teilung nicht möglich, so können Erben die Erbteilungsklage nach Art. 604 ZGB anstrengen. Die gerichtliche Teilung soll jedoch nicht Thema des nachfolgenden Aufsatzes sein³, sondern der Erbteilungsvertrag, welcher eine Zwischenstellung **zwischen Vertrag und erbrechtlichem Institut** einnimmt. Es handelt sich um einen «Vertrag zur Aufhebung der erbgemeinschaftlichen Gesamthandsberechtigung und Herstellung der Alleinberechtigung der einzelnen Erben an den ihnen zugewiesenen Erbschaftsobjekten.»⁴

Ebenfalls denkbar ist die **Qualifikation des Erbteilungsvertrages als Vergleichsvertrag**. Auch wenn die erbrechtliche Literatur diese Möglichkeit bisher kaum anspricht, so wird sie doch in der Literatur zum Vergleichsvertrag anerkannt⁵. Begründet wird diese Ansicht damit, dass mittels Erbteilungsvertrag ein kraft Gesetzes entstandenes Rechtsverhältnis (die Erbenge-

¹ STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Art. 7 ZGB, Einheit des Bundesprivatrechts, in: Sybille Hofer/Stephanie Hrubesch-Millauer (Hrsg.), Einleitungsartikel und Personenrecht, 2. Aufl., Bern 2012, N 07.01 f.

² STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, 2. Halbband, Erbrecht, Basel 2015, S. 370; PETER HAUSER, Der Erbteilungsvertrag, Diss. Zürich 1973, S. 53.

³ Ausführlich dazu STEPHAN WOLF/RICCARDO BRAZEROL, Grundsätze für die Vornahme der Erbteilung durch das Gericht, *AJP* 2016, S. 1430 ff.

⁴ *SPR* IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 372 f.

⁵ MARTIN EGGEL, Beständigkeit von der Erbteilung zugrunde gelegten Verkehrswertgutachten in späteren Auseinandersetzungen, *successio* 2017, S. 4 ff., S. 16 m.w.H.

meinschaft) geregelt und abgewickelt wird. Weiter bestehe auch häufig Streit oder Ungewissheit bezüglich des Werts von Nachlassgegenständen und für die Erben drohe regelmässig die Gefahr einer gerichtlichen Auseinandersetzung, da der Abbruch von Teilungsverhandlungen nicht folgenlos bleibe, sondern aufgrund des jederzeitigen Teilungsanspruchs gemäss Art. 604 Abs. 1 ZGB zu einem Erbteilungsprozess führen könne. Der Abschluss eines Erbteilungsvertrages würde somit – wie auch der Vergleichsvertrag – gerichtlichen Streit vermeiden⁶.

Bei Erbteilungsverträgen handelt es sich – im Gegensatz zu Erbverträgen – um **Rechtsgeschäfte unter Lebenden**; sie regeln nicht das Schicksal des eigenen Nachlasses, sondern dasjenige eines fremden⁷ und während die Bindungswirkungen bei Verfügungen von Todes wegen erst mit dem Tod des Erblassers entstehen, betreffen sie bei Rechtsgeschäften unter Lebenden das Vermögen des Verpflichteten zu Lebzeiten⁸. Die Erben erwerben aufgrund der Universalsukzession (Art. 560 ZGB) – und unter dem Vorbehalt der Ausschlagung (Art. 566 ZGB) – im Todeszeitpunkt des Erblassers *ipso iure* die gesamte Erbschaft. Sie sind durch ihre Verbindung zu einer Erbengemeinschaft sodann Gesamteigentümer sämtlicher Nachlasswerte (Art. 602 Abs. 2 ZGB). So verweist dann auch Art. 638 ZGB für die Anfechtung von Teilungsverträgen explizit auf die **Vorschriften über die Anfechtung der Verträge im Allgemeinen** (also auf den allgemeinen Teil des OR), während die Anfechtung von Verfügungen von Todes wegen insbesondere durch Art. 519-521 ZGB geregelt wird und Willensmängel zumindest für Testamente nach Art. 469 ZGB zu beurteilen sind⁹. Beim Erbteilungsvertrag sind Art. 23 ff. OR massgebend¹⁰.

Um in Angelegenheiten der **Erbschaftssteuer** Unstimmigkeiten zwischen den Erben zu vermeiden, empfiehlt es sich, die definitive Erbschaftssteuerveranlagung abzuwarten und erst danach die Teilung vorzunehmen¹¹. Steuerobjekt ist grundsätzlich der **Wert des auf den einzelnen Empfänger entfal-**

⁶ Ausführlich zum Ganzen und mit zahlreichen Hinweisen EGGEL (Fn. 5), S. 16 ff.; vgl. auch JEAN NICOLAS DRUEY, Die Erbrechtliche Teilung – Übersichtsreferat, in: Jean Nicolas Druey/Peter Breitschmid (Hrsg.), Praktische Probleme der Erbteilung, Bern/Stuttgart/Wien 1997, S. 19 ff., S. 22.

⁷ PAUL EITEL, Obligationenrecht und Erbrecht, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Hommage für Peter Gauch, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 57 ff., S. 66 f.; siehe auch PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, 2. Halbband, Erbrecht, Basel/Stuttgart 1981, S. 908.

⁸ SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 138.

⁹ Siehe hierzu/zu den Erbverträgen STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Der Erbvertrag: Bildung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Habil. Zürich/St. Gallen 2008, N 772 ff.

¹⁰ Siehe SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 138 und die Ausführungen unter Ziff. III. B.

¹¹ DRUEY (Fn. 6), S. 33 f.

lenden Anteils am Todestag, jedoch gibt es Kantone¹², welche auf die Werte der Erbteilung abstellen, wenn sich daraus ein höherer Steuerbetrag ergibt¹³.

Im Folgenden sollen insbesondere zwei Themen behandelt werden: Die **Perfektion der Teilung** bei der Realteilung und beim schriftlichen Erbteilungsvertrag sowie die **Anfechtung des Erbteilungsvertrages**. Hier können sich nämlich diverse, auch rein obligationenrechtliche oder «obligationenrechtlich-nahe» Fragen stellen: So beispielsweise, ob durch den Austausch von Briefen ein Erbteilungsvertrag zustandekommen kann, welche Auswirkungen die Nichtberücksichtigung eines Erben auf den Teilungsvertrag hat oder ob ein formungültiger Teilungsvertrag durch allseitige Erfüllung geheilt werden kann.

II. Die Perfektion der Teilung

A. Bei Losbildung/Realteilung

Die Realteilung wird im Zivilgesetzbuch durch Art. 611 sowie durch Art. 634 Abs. 1 geregelt. Sie ist grundsätzlich immer zulässig, kommt jedoch i.d.R. aus praktischen Gründen nur bei einfachen Verhältnissen zum Zug. Art. 611 ZGB enthält Bestimmungen zur Losbildung, während Art. 634 Abs. 1 ZGB den Abschluss – also die Verbindlichkeit – der Realteilung normiert. Nach h.L. sind die Vereinbarungen betreffend Losbildung und die Loszuteilung lediglich als Vorbereitungshandlungen zu klassifizieren und damit für die Erben unverbindlich¹⁴. **Erst die Entgegennahme der Lose (Erbchaftsobjekte)**, d.h. der dingliche Eigentumsübergang von Nachlasswerten ins Alleineigentum eines Erben, **macht die Realteilung gemäss Art. 634 Abs. 1 ZGB für die Erben verbindlich**¹⁵.

¹² So etwa AG (§ 143 StG).

¹³ PraxKomm-Erbrecht-TAROLLI/STEBLER, Anhang Steuern, N 122 ff.; OTMAR HUBER, Steuerliche Aspekte der erbrechtlichen Teilung, in: Jean Nicolas Druey/Peter Breitschmid (Hrsg.), Praktische Probleme der Erbteilung, Bern/Stuttgart/Wien 1997, S. 205 ff., S. 209. Das genannte Vorgehen empfiehlt sich, weil eine rechtskräftige Steuerveranlagung nicht mehr abgeändert werden kann, wenn die Veräusserung von Nachlasswerten im Rahmen der Erbteilung zu einem grösseren Erlös als im Inventar angegeben führt (DRUEY [Fn. 6], S. 33; HUBER [ebd.], S. 208 f.).

¹⁴ SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 373; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 N 3; BK-TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N 4; ZK-ESCHER, Art. 634 ZGB N 3 f.; FABIENNE ELMIGER, Teilungsgrundsätze und Teilungsregeln – unter besonderer Berücksichtigung von Ausgleichszahlungen, successio 2017, S. 108 ff., S. 111 f.

¹⁵ BK-TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N 5; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 N 3; SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 373 f.

Wie bei einer Handschenkung fallen auch bei der Realteilung **Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zusammen**, da eine Bindung für die Parteien erst eintritt, wenn Nachlasswerte ins Alleineigentum eines Erben überführt wurden¹⁶. Hierfür sind die **Vorschriften des Sachen- und Obligationenrechts** massgebend. D.h. nötig sind etwa Besitzübertragung bei Fahrnis (durch *traditio* oder Traditionssurrogate), Grundbucheintrag bei Grundstücken, Zession für Forderungen, Indossierung von Ordrepapieren und Übergabe der Urkunde bei Inhaberpapieren¹⁷.

B. Beim schriftlichen Teilungsvertrag

1. Wirkung und Erfordernisse

a) Zustandekommen eines Erbteilungsvertrages

Wie bei allen Verträgen müssen auch die Parteien des Erbteilungsvertrages **urteilsfähig** sein, ansonsten droht Nichtigkeit. Weiter gelten die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts durch Art. 7 ZGB auch für Zustandekommen, Gültigkeit, Auslegung und Irrtumsanfechtung; einschlägig sind insbesondere Art. 1 ff., 18 ff. und 23 ff. OR¹⁸.

Entsprechend seinem Wesen als Vertrag, ist i.S.v. Art. 1 OR **Konsens aller Erben** Voraussetzung für den Abschluss eines Erbteilungsvertrages. Es bedarf des übereinstimmenden Willens aller Erben, sich betreffend die erbrechtliche Auseinandersetzung definitiv zu binden, womit schriftlich fixierte Vorbereitungshandlungen zur Teilung als Erbteilungsverträge ausscheiden¹⁹. Selbst dann, wenn schriftlich abgefasste Vereinbarungen von allen Erben unterzeichnet sind, liegt nicht zwingend ein Teilungsvertrag vor. Solche Dokumente dienen oft nur der Beweissicherung²⁰. Ein Erbteilungsvertrag kann folglich nur vorliegen, «wenn sich aus dem allseitig unterzeichneten Vertragsdokument der eindeutige Wille, sich bereits vor der tatsächlichen Über-

¹⁶ SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 374; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 N 4; BGE 102 II 197, E. 3a.

¹⁷ BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 N 5 ff.; SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 374 f.; ZK-ESCHER, Art. 634 ZGB N 5 ff.; BK-TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N 5.

¹⁸ BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 N 14; siehe auch BGE 121 III 118, E. 4.

¹⁹ HAUSER (Fn. 2), S. 97; ZK-ESCHER, Art. 634 ZGB N 9; BK-TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N 17; SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 376 f.; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 N 15; LORENZ BAUMANN, *Geteilt – oder noch nicht geteilt?*, *successio* 2015, S. 96 ff., S. 101; ELMIGER (Fn. 14), S. 111 f.; BGE 100 Ib 121, E. 2.

²⁰ HAUSER (Fn. 2), S. 97; BK-TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N 6.

führung der Erbschaftsgegenstände aus Gesamteigentum in Individualeigentum zu verpflichten, ergibt²¹.

Auch für die **teilungsvertragliche Zuweisung von Grundstücken** an Erben ist Schriftlichkeit ausreichend, da bei der Erbteilung kein Grundeigentum übertragen, sondern bloss Gesamteigentum in Alleineigentum umgewandelt wird. Ebenso können beschränkte dingliche Rechte, wie Nutzniessung oder Wohnrecht, durch einfach schriftlichen Teilungsvertrag begründet werden²².

Weiter sind aufgrund des Schriftefordernisses die **Unterschriften sämtlicher Erben** beizubringen (Art. 13 Abs. 1 OR). Haben z.B. beim Zirkulationsverfahren einzelne Erben den Teilungsvertrag bereits unterschrieben und andere noch nicht, so kommt deren Unterschrift erst die Bedeutung eines Antrags zum Vertragsschluss i.S.v. Art. 3 ff. OR zu. An diesen bleiben die unterzeichnenden Erben gemäss Art. 5 OR sodann eine gewisse Zeit gebunden²³.

Im Zusammenhang mit der Übernahme eines Hofes durch eine Miterbin war die Frage umstritten, ob die Übernehmerin ihrem Bruder als Teil der erbrechtlichen Auseinandersetzung brieflich ein Kaufrecht am Hof eingeräumt hatte. Das Bundesgericht musste sich deshalb mit der Frage auseinandersetzen, inwiefern der Austausch mehrerer Briefe unter Miterben als Erbteilungsvertrag qualifiziert werden kann. Es hielt dazu fest, dem Erbrecht sei grundsätzlich nichts zu entnehmen, wonach eine Erbteilung in Briefform ausgeschlossen wäre. Ein Teilungsvertrag könne durch den **Austausch von Briefen** mit entsprechenden Willenserklärungen der Erben zustandekommen, da kein Grund ersichtlich sei, nach welchem die Unterschriften der Parteien auf derselben Urkunde angebracht sein müssten²⁴. Im zu beurteilenden Fall erfolgte die Erbteilung durch Überführung des Hofes ins Alleineigentum der Schwester im Jahr 1978 (inkl. grundbuchlichem Vollzug und Schlussabrechnung), während die Korrespondenz bezüglich einer allfälligen Einräumung eines Kaufrechts zu Gunsten des Bruders erst im Jahr 1987 ausgetauscht wurde. Trotz grundsätzlicher Anerkennung eines Briefaustauschs als Erbteilungsvertrag liess das Bundesgericht die Korrespondenz nicht als Teilungsvertrag gelten, da ein solches Rechtsgeschäft – fast neun Jahre nach Übertragung des Grundstücks – nicht mehr auf die Nachlassteilung gerichtet sein könne. Da somit kein Erbteilungsvertrag vorlag, war zur rechtsgültigen Einräumung

²¹ HAUSER (Fn. 2), S. 97 unter Verweis auf BGE 83 II 373 (Pra 46, S. 499); siehe auch BK-TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N 6.

²² SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 377; ausführlich HAUSER (Fn. 2), S. 82 ff.; ZK-ESCHER, Art. 634 ZGB N 12; BK-TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N 20 ff., je m.w.H.; SPR IV/2-PIOTET (Fn. 7), S. 906, 908 f.; PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit des successions*, 2. Aufl., Bern 2015, N 1394.

²³ SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 377; HAUSER (Fn. 2), S. 78; BGE 86 II 347, E. 3a.

²⁴ BGE 118 II 395, E. 3a.

eines Kaufrechts auch die einfache Schriftform (Korrespondenz) nicht mehr ausreichend. Auch der Einwand einer Heilung des Formmangels (mündliche Vereinbarung eines Kaufrechts bei der Erbteilung 1978) durch schriftliche Korrespondenz im Jahr 1987 wurde vom Bundesgericht verneint, da eine solche Konstruktion – Konsens bei Erbteilung und «Nachreichung» der Form nach neun Jahren – den Grundsätzen des Vertragsschlusses widerspräche²⁵.

Der **Inhalt** des Erbteilungsvertrages ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, weshalb unklar ist, welche Details für einen gültigen Teilungsvertrag enthalten sein müssen. Unumstritten ist, dass er die Erben verpflichten soll, die Teilung in vereinbarter Weise vorzunehmen. Hierzu müssen sich im Vertrag alle Informationen finden lassen, welche für eine vollständige oder (subjektiv resp. objektiv) partielle Teilung nötig sind²⁶. Es ist jedoch nicht notwendig, alle Einzelheiten der Teilung in den Vertrag aufzunehmen (Art. 2 OR). Es kann durchaus genügen, wenn nur das objektive Verfahren vereinbart wird, mittels welchem den einzelnen Erben in einem zweiten Schritt die Nachlasswerte zugewiesen werden²⁷. So ist auch eine vertragliche Losbildung mit der Vereinbarung, die Zuteilung durch spätere Losziehung vorzunehmen, als Erbteilungsvertrag zu qualifizieren. In diesem Fall stellt die Losziehung nicht eine blossere Vorbereitungshandlung, sondern die Vollziehungshandlung dar²⁸.

Zu beachten ist jedoch, dass die Erben – etwa im Gegensatz zu den Parteien eines Kaufvertrages – nicht frei in ihrer Entscheidung sind, ob sie einen Teilungsvertrag abschliessen wollen oder nicht. Sie sind, vorbehaltlich eines gesetzlichen oder gewillkürten Teilungsaufschubs, **auf Begehren eines Miterben zur Nachlassteilung verpflichtet** (Art. 604 Abs. 1 ZGB)²⁹. Die Erbengemeinschaft ist nämlich grundsätzlich keine auf Dauer angelegte Gesellschaftsform, sondern verfolgt als primären Zweck die Erbteilung und damit ihre eigene Liquidation³⁰. Ist der Abschluss eines Teilungsvertrages nicht möglich, etwa weil sich die Erben bezüglich der Aufteilung der Nachlasswerte nicht einig sind, oder Miterben allenfalls gar nicht teilen wollen, so kann der teilungswillige Erbe die Erbteilungsklage (Art. 604 ZGB) anstreben.^{31,32}

²⁵ BGE 118 II 395, E. 4.

²⁶ BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 N 19; BK-TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N 18; STEINAUER (Fn. 22), N 1393; HAUSER (Fn. 2), S. 97 f.; BGE 115 II 323, E. 2a.

²⁷ SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 378; SPR IV/2-PIOTET (Fn. 7), S. 908; HAUSER (Fn. 2), S. 98; BGE 115 II 323, E. 2a.

²⁸ HAUSER (Fn. 2), S. 98; SPR IV/2-PIOTET (Fn. 7), S. 908.

²⁹ BK-TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N 23; WOLF/BRAZEROL (Fn. 3), S. 1431; ausführlich zum Teilungsanspruch HAUSER (Fn. 2), S. 5 ff.

³⁰ BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 602 N 2, 37; PraxKomm-Erbrecht-WEIBEL, Art. 602 ZGB N 7; WOLF/BRAZEROL (Fn. 3), S. 1431.

³¹ PraxKomm-Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 2; DRUEY (Fn. 6), S. 21; ausführlich zur Erbteilung durch das Gericht WOLF/BRAZEROL (Fn. 3), S. 1430 ff.

Das Gericht erlässt in diesem Fall je nach Rechtsbegehren ein Feststellungs-, Leistungs- oder Gestaltungsurteil³³.

b) Auslegung des Erbteilungsvertrages

Für die Auslegung des Erbteilungsvertrages kommen die allgemeinen **Bestimmungen des Obligationenrechts sinngemäss zur Anwendung**. So ist insbesondere Art. 18 Abs. 1 OR anwendbar, welcher besagt, dass für den Inhalt eines Rechtsgeschäfts nicht die unrichtige Bezeichnung massgebend ist, sondern der **wirkliche Parteiwille**³⁴. Durch Auslegung ist etwa zu ermitteln, ob seitens der Parteien ein **definitiver Bindungswille** vorliegt, wobei die Verteilung sämtlicher Nachlasswerte in einem einzigen Teilungsvertrag ein Hinweis sein kann³⁵. Ist die Teilung nur eine partielle, so müssen weitere Indizien vorliegen, um auf einen endgültigen Bindungswillen der Erben schliessen zu können³⁶. Ebenso gilt es zu berücksichtigen, dass es sich bei der Teilung nicht um einen synallagmatischen Vertrag handelt, da diese kein Austauschverhältnis schafft. Mit der Erteilung wird zudem nicht nur eine Veränderung der Eigentumsverhältnisse an Nachlasswerten angestrebt, sondern auch die Auflösung der Erbengemeinschaft³⁷.

So hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob ein objektiv partieller Teilungsvertrag vorliegt, wenn die Erben vertraglich die Nichtzuteilung von Grundstücken und die Einräumung einer Nutzniessung zu Gunsten zweier Miterben beschliessen. Der Grundbuchverwalter weigerte sich, die Nutzniessung gestützt auf den einfach schriftlichen Vertrag im Grundbuch einzutragen und verlangte die öffentliche Beurkundung. Das Bundesgericht erwog, zwar könnten beschränkte dingliche Rechte zu Gunsten von Miterben mittels einfach schriftlichem Erbteilungsvertrag begründet werden³⁸, in diesem Fall handle es sich jedoch eher um einen Vertrag über den Teilungsausschluss. Da die Erben für die Nutzniessung keinen Anrechnungswert vereinbart hatten und der Vereinbarung kein übereinstimmender Teilungswille zu entnehmen war, sondern der Wille zum Weiterbestehen der Erbengemeinschaft, vernein-

³² Zu beachten ist bei der Erbteilungsklage BGE 143 III 425, wonach die Verteilung der Lose gemäss Art. 611 Abs. 3 ZGB bei Uneinigkeit der Erben durch Losziehung zu erfolgen hat. Das Gericht hat diesbezüglich keine freie gerichtliche Zuweisungskompetenz und darf daher die Erbteile nicht nach eigenem Ermessen den Erben zuweisen.

³³ WOLF/BRAZEROL (Fn. 3), S. 1442.

³⁴ BK-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 7 ZGB N 80; HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 07.33.

³⁵ PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 634 ZGB N 14; BAUMANN (Fn. 19), S. 100.

³⁶ SPR IV/2-PIOTET (Fn. 7), S. 908; BAUMANN (Fn. 19), S. 100.

³⁷ RUTH ARNET, Grundlagenirrtum bei Teilung, *successio*, S. 109 ff., S. 113.

³⁸ BGE 100 Ib 121, E. 1.

te das Bundesgericht das Vorliegen eines partiellen Erbteilungsvertrages, womit die Nutzniessung öffentlich zu beurkunden gewesen wäre³⁹.

c) Bindungswirkung und Erfüllungsanspruch

Ein Erbteilungsvertrag nach Art. 634 Abs. 2 ZGB wird regelmässig geschlossen, wenn eine Realteilung nicht in Frage kommt, weil z.B. ein grosser Nachlass zu teilen ist. Im Gegensatz zur Realteilung fallen beim schriftlichen Erbteilungsvertrag i.d.R. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft nicht zusammen, sondern die Erben verpflichten sich erst, die Erbteilung wie vereinbart vorzunehmen. Die **Bindungswirkung tritt somit bereits bei Vertragsabschluss ein** und nicht erst mit Entgegennahme der Nachlasswerte⁴⁰. Aufgrund dieser **obligatorischen und gegenseitigen Verpflichtung** haben die Erben den Nachlass nicht nur wie vereinbart zu teilen, sondern sind auch verpflichtet, die für den Vollzug notwendigen Handlungen vorzunehmen. D.h. sie müssen für die Aufhebung des Gesamteigentums sorgen, etwa durch Unterzeichnung von Dokumenten oder Abgabe von Erklärungen⁴¹. Kommen Miterben dieser teilungsvertraglichen Verpflichtung nicht nach, steht dem Erben, welchem der strittige Nachlasswert zugeteilt wurde, die Klage auf Vollzug des Erbteilungsvertrages offen⁴². Hierbei ist wiederum das Obligationenrecht herbeizuziehen: Es handelt sich um eine Klage auf Vertragserfüllung nach Art. 97 Abs. 2 OR und Art. 107 Abs. 2 OR, welche gemäss Art. 7 ZGB der zehnjährigen Verjährungsfrist von Art. 127 OR unterliegt⁴³.

2. Vollzug und Auflösung der Erbengemeinschaft

Aufgrund des Teilungsvertrages hat jeder Erbe einen Anspruch darauf, dass die zugewiesenen Nachlasswerte in sein Alleineigentum übergehen. Dabei stellt die Erbteilung **kein Übertragungsgeschäft** dar, d.h. der einzelne Erbe erwirbt die Nachlasswerte nicht aus der Erbengemeinschaft, sondern es han-

³⁹ BGE 100 Ib 121, E. 3.

⁴⁰ SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 376; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 N 13; ZK-ESCHER, Art. 634 ZGB N 8; BK-TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N 15.

⁴¹ BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 N 13, 32; CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., Zürich 2012, N 231; siehe auch PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 634 ZGB N 28 f.

⁴² BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 41), N 231; PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 634 ZGB N 28, 35.

⁴³ BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 41), N 235; PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 634 ZGB N 39; BSK OR I-DÄPPEN, Art. 127 N 4.

delt sich um eine **Rechtsaufgabe der Miterben**⁴⁴. Eine Rechtsübertragung würde voraussetzen, dass die Erbengemeinschaft als Subjekt die Rechte auf einen einzelnen Erben überträgt. Die Erbengemeinschaft als solche ist jedoch gerade nicht Trägerin der Rechte am Nachlassvermögen, sondern die Erben sind Gesamthänder⁴⁵.

Der Teilungsvertrag selbst ist zwar für die Erben bindend, ihm kommt jedoch **keinerlei dingliche Wirkung** zu. Somit muss dem Erben, welcher gemäss Vertrag Anspruch auf einen bestimmten Nachlasswert hat, das Alleineigentum zuerst verschafft werden⁴⁶. M.a.W. muss der Erbteilungsvertrag von den Erben grundsätzlich noch durch Verfügungsgeschäft vollzogen werden. Für Überführung der Nachlasswerte ins Alleineigentum eines Erben sind wiederum die Vorschriften des Sachen- und Obligationenrechts massgebend⁴⁷. Das bedeutet für die einzelnen Nachlasswerte das Folgende⁴⁸:

- Bei **Fahnris** ist die Besitzübertragung (allenfalls durch Traditionssurrogate) nötig (Art. 714 Abs. 1 ZGB);
- Bei **Grundstücken** bedarf es der Eintragung im Grundbuch (Art. 972 Abs. 1 ZGB)⁴⁹;
- **Forderungen** sind schriftlich zu zedieren (Art. 165 Abs. 1 OR);
- **Ordrepapiere** sind, versehen mit einem von allen Erben unterzeichneten Indossament, dem übernehmenden Erben zu übergeben (Art. 864 Abs. 2 ZGB; Art. 967 Abs. 1 OR);
- **Inhaberpapiere** müssen dem übernehmenden Erben übergeben werden (vgl. Art. 864 Abs. 1 ZGB und Art. 967 Abs. 1 OR);
- **Weitere Rechte**, wie etwa Immaterialgüterrechte, sind nach den jeweiligen Spezialbestimmungen zu übertragen.

Ist für die **Eigentumsübertragung Schriftlichkeit erforderlich**, z.B. im Falle der Zession oder bei der Zuweisung von Schulden, so bedarf es keines

⁴⁴ Ausführlich STEPHAN WOLF, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Habil. Bern 2004, S. 272 ff.; MAX HABICHT, Die Formen der Erbschaftsteilung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1925, S. 9 ff.

⁴⁵ WOLF (Fn. 44), S. 290 ff.

⁴⁶ SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 380; ZK-ESCHER, Art. 634 ZGB N 8, 13; BK-TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N 15; BK-REBER/HURNI/SCHWIZER, Materialien Band III, S. 806 N 7215; ausführlich zur Frage nach der Wirkung des Erbteilungsvertrages HAUSER (Fn. 2), S. 101 ff.

⁴⁷ SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 380; HAUSER (Fn. 2), S. 108; STEINAUER (Fn. 22), N 1395; vgl. auch BK-REBER/HURNI/SCHWIZER, Materialien Band III, S. 807 N 7219.

⁴⁸ SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 374 f.; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 634 N 6 ff.; STEINAUER (Fn. 22), N 1391a.

⁴⁹ Wobei bereits dem Eintrag im Tagebuch Bindungswirkung zukommt und nicht erst der Änderung der Eigentumsverhältnisse im Hauptbuch, siehe SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 374 f. m.w.H.

zweiten Schriftstücks neben dem Teilungsvertrag. Die Teilung kann somit in solchen Fällen nicht nur vereinbart, sondern sogleich vollzogen werden, d.h. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft können bei entsprechendem Parteiwillen in derselben Urkunde enthalten sein⁵⁰.

Die **erbrechtliche Übernahme von Schulden** kann ebenfalls im Teilungsvertrag vereinbart werden, wobei die erbrechtliche Solidarhaftung nur bei ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung der Gläubiger (Art. 639 Abs. 1 ZGB) entfällt. Sollen einzelnen Erben bestimmte Schulden zugewiesen werden, wird die Teilung nicht bereits durch Aufteilung der Nachlassaktiven perfekt, sondern – entsprechend dem Parteiwillen – erst bei teilungsvertraglich erfolgter Zuweisung der entsprechenden Nachlasspassiven⁵¹. Wollen die Erben die Zuweisung von Schulden nicht regeln, oder haben die Gläubiger ihre Zustimmung nicht erteilt, so bleibt die Schuldenhaftung im Aussenverhältnis unverändert. D.h. die Erben haften noch während fünf Jahren solidarisch für die Schulden des Erblassers (Art. 639 Abs. 1 ZGB), wobei im Innenverhältnis bei unterlassener Schuldenregelung die gesetzliche Vermutung von Art. 640 Abs. 3 ZGB greift. Haben die Erben eine Zuweisung der Nachlasspassiven vereinbart, jedoch keine Zustimmung der Gläubiger eingeholt oder erhalten, so besteht die interne Regressmöglichkeit gemäss Art. 640 Abs. 2 ZGB⁵².

Die **Erbengemeinschaft** wird nach dem Gesagten aufgelöst durch den Vollzug eines Erbteilungsvertrages, welcher das ganze Nachlassvermögen umfasst; bei subjektiv- oder objektiv-partiellem Teilungsvertrag besteht die Erbengemeinschaft mit den restlichen Erben, resp. betreffend die restlichen Nachlasswerte, weiter⁵³.

III. Anfechtung des Erbteilungsvertrages

A. Überblick

Art. 638 ZGB verweist für die *Anfechtung* von Erbteilungsverträgen auf die Vorschriften über die Verträge im Allgemeinen, d.h. auf die **allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts**. Mit «Anfechtung» ist dabei nicht nur einseitige Unverbindlichkeit, sondern mangels erbrechtlicher Spezialvor-

⁵⁰ ZK-ESCHER, Art. 634 ZGB N 13; BK-TUOR/PICENONI, Art. 634 ZGB N 19; SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 380.

⁵¹ ZK-ESCHER, Art. 634 ZGB N 15; siehe auch HABICHT (Fn. 44), S. 8 f.

⁵² ZK-ESCHER, Art. 634 ZGB N 14; SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 375.

⁵³ Siehe HAUSER (Fn. 2), S. 110 f.; WOLF (Fn. 44), S. 129.

schrift auch Nichtigkeit gemeint. Der Erbteilungsvertrag fällt *ex tunc* dahin, bei⁵⁴:

- Dissens und Simulation (Art. 1 und 18 OR);
- Verletzung der Formvorschrift (Art. 11 OR);
- Unmöglichem, rechts- oder sittenwidrigem Inhalt (Art. 20 OR);
- Übervorteilung eines Erben (Art. 21 OR);
- Willensmängeln (Art. 23 ff. OR);
- Handlungsunfähigkeit einer Partei (Art. 18 f. ZGB).

Nicht ungültig ist ein Erbteilungsvertrag, in dem **einzelne Nachlasswerte vergessen** wurden, oder wenn solche erst **später auftauchen**. Die Erbengemeinschaft besteht in diesen Fällen ohne Wissen der Erben weiter, bis durch eine spätere Teilung auch die restlichen resp. später aufgetauchten Nachlasswerte einem Erben zugewiesen und in sein Alleineigentum überführt werden⁵⁵. Unverbindlich ist die Erbteilung nur, wenn ein Erbe belegen kann, dass er bei Kenntnis der Unvollständigkeit die Erbteilung nicht abgeschlossen hätte⁵⁶. Ebenfalls keine Ungültigkeit ist anzunehmen, wenn Gegenstände in die Erbteilung aufgenommen wurden, welche **gar nicht zum Nachlassvermögen des Erblassers gehören**. Der besser berechtigte Dritte kann den entsprechenden Gegenstand nach den Vorschriften des Sachenrechts vindizieren, wobei dem belangten Erben gegenüber seinen Miterben die Eviktionshaftung (Art. 637 ZGB) offensteht⁵⁷. Letztlich machen auch die **Berücksichtigung einer nicht erbberechtigten Person oder Rechnungsfehler** den Teilungsvertrag i.d.R. nicht unverbindlich⁵⁸. Nichtig ist der Erbteilungsvertrag aber, wenn eine **erbberechtigte Person nicht berücksichtigt** wird⁵⁹.

Das **Anfechtungsrecht** steht nur dem am Teilungsvertrag als Partei mitwirkenden Erben zu, insbesondere kann den Erbteilungsvertrag nicht anfechten, wer nach Art. 635 ZGB den Erbanteil von einem Miterben erworben hat

⁵⁴ BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 638 N 2; PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 638 ZGB N 4 m.w.H.; vgl. auch BK-TUOR/PICENONI, Art. 638 ZGB N 2 ff.

⁵⁵ PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 638 ZGB N 6; BGE 102 II 197, E. 3a; ZK-ESCHER, Art. 638 ZGB N 4; BK-TUOR/PICENONI, Art. 638 ZGB N 10 f.; a.M. SPR IV/2-PIOTET (Fn. 7), S. 910.

⁵⁶ SPR IV/2-PIOTET (Fn. 7), S. 910; PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 638 ZGB N 6; a.M. ZK-ESCHER, Art. 638 ZGB N 4.

⁵⁷ ZK-ESCHER, Art. 638 ZGB N 4; BK-TUOR/PICENONI, Art. 638 ZGB N 12; PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 638 ZGB N 7; vgl. SPR IV/2-PIOTET (Fn. 7), S. 910.

⁵⁸ ZK-ESCHER, Art. 638 ZGB N 4; BK-TUOR/PICENONI, Art. 638 ZGB N 10, 13; PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 638 ZGB N 5.

⁵⁹ BK-TUOR/PICENONI, Art. 638 ZGB N 9; SPR IV/2-PIOTET (Fn. 7), S. 910; PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 638 ZGB N 5.

(vgl. Art. 635 Abs. 2 ZGB)⁶⁰. Gläubigern steht die Möglichkeit offen, Teilungsverträge nach den Regeln des SchKG anzufechten (Paulianische Anfechtung; Art. 285 ff. SchKG)⁶¹.

Der betroffene Erbe hat seine Klage **gegen alle Miterben** zu richten (notwendige passive Streitgenossenschaft), da sie alle von der Anfechtung und einer allfälligen Ungültigkeit resp. Nichtigkeit betroffen sind⁶².

B. Willensmängel

1. *Allgemeines*

Liegt ein Willensmangel vor, so ist der Erbteilungsvertrag **einseitig unverbindlich**. Der betroffene Erbe muss das Geschäft innert Jahresfrist seit Entdeckung des Willensmangels, resp. im Falle der Furcht seit deren Beseitigung, mittels Erklärung gegenüber seinen Miterben anfechten, da der Teilungsvertrag ansonsten nach Art. 31 OR gültig wird⁶³. Dieser Erklärung kommt rechtsgestaltende Wirkung zu, weshalb i.d.R. bei einem Ungültigkeitsprozess ein Feststellungs- und kein Gestaltungsurteil ergeht⁶⁴. Der Kläger muss nicht nur den Willensmangel beweisen, sondern auch, dass er diesen rechtzeitig geltend gemacht hat⁶⁵.

2. *Irrtum*

Ein Irrtum kann beispielsweise vorliegen, wenn die **Erben davon ausgingen, der Erbgang richte sich nach den gesetzlichen Regeln** und den Nachlass dementsprechend teilten. Findet sich im Nachgang zur vollzogenen Teilung noch eine Verfügung von Todes wegen, welche die Erbteile abweichend vom Gesetz regelt, so kann der Teilungsvertrag gestützt auf Art. 24 OR angefochten werden (ev. Art. 28 OR, sofern die Voraussetzungen der absichtlichen

⁶⁰ BK-TUOR/PICENONI, Art. 638 ZGB N 2; SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 394; PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 638 ZGB N 13; BGE 85 II 603, E. 2.

⁶¹ BK-TUOR/PICENONI, Art. 638 ZGB N 2; vgl. ZK-ESCHER, Art. 638 ZGB N 6.

⁶² BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 638 N 4; PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 638 ZGB N 14; SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 395.

⁶³ PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 638 ZGB N 7, 16; ZK-ESCHER, Art. 638 ZGB N 5; BK-TUOR/PICENONI, Art. 638 ZGB N 7; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 638 N 3; SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 395; BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 41), N 246, 250; HAUSER (Fn. 2), S. 114 f.

⁶⁴ PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 638 ZGB N 18; HAUSER (Fn. 2), S. 114 f.

⁶⁵ PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 638 ZGB N 17.

Täuschung vorliegen)⁶⁶. Ebenso ist ein Erbteilungsvertrag anfechtbar, wenn sich eine eigentlich gar **nicht erbberechtigte Person** daran beteiligt und der interessierte Erbe einen **wesentlichen Irrtum (oder Arglist, Art. 28 OR) nachweisen** kann. Andernfalls sind die Nachlasswerte, welche dem Nichtberechtigten zugewiesen wurden, mittels Nachteilung unter den tatsächlichen Erben zu verteilen⁶⁷.

Nur der **Grundlagenirrtum** i.S.v. Art. 24 Abs. 4 OR führt zur einseitigen Unverbindlichkeit des Teilungsvertrages⁶⁸. Damit muss ein Sachverhalt betroffen sein, welcher notwendige Grundlage des Teilungsvertrages bildet. Dies ist etwa gegeben, wenn **aufgrund eines vermeintlich gültigen Testaments die Erbteilung vorgenommen** wird. In einem solchen Fall hielt das Bundesgericht fest: «Die Annahme, dass das Testament gültig sei, bildete unzweifelhaft die Grundlage des Erbteilungsvertrages. Erweist sich das Testament als ungültig, so ist dieser Vertrag also wegen Grundlagenirrtums für die Kläger unverbindlich (Art. 24 Ziff. 4 OR) und hat ihnen der Beklagte die Erbschaft herauszugeben (Art. 598 ff. ZGB)»⁶⁹.

Die Frage nach einem allfälligen Grundlagenirrtum stellte sich auch in einer Erbteilung, in welcher die Nachkommen A. und B. **mehrere objektiv partielle Teilungsverträge** abschlossen. Bei einer dieser Vereinbarungen (23. Dezember 2005) übernahmen A. und B. je ein Gemälde, wobei beide Werke vorgängig durch das Auktionshaus Sotheby's geschätzt wurden. In der Vereinbarung wurde kein Schätzwert der Bilder genannt; zu einem späteren Zeitpunkt (5. April 2006) wurden, als «Ausgleich» einer Wertdifferenz der Bilder, USD 25'000.– aus dem Nachlass an B. gezahlt. Bei einer späteren Prüfung stellte sich heraus, dass das von A. übernommene Bild erheblich wertvoller war als die geschätzten CHF 50'000.–, da es vom italienischen Maler Pontorno selbst stammte und nicht wie anfangs vermutet von einem seiner Schüler. In einer anschliessenden, privaten Auktion erzielte das Bild einen Verkaufspreis von GBP 17'000'000.– (Nettoerlös GBP 15'525'000.–). Es stellte sich sodann die Frage, ob die einzelnen **Teilungsvereinbarungen wegen Grundlagenirrtums ungültig** sind. Das Bundesgericht teilte die Auffassung der ersten Instanz, wonach sich der tatsächliche Wille der Erben bei Teilung nicht darauf gerichtet habe, den Grundsatz der Gleichbehandlung von Nachkommen aufzuheben. Vielmehr hätten sie den Nachlass gleichwertig unter sich aufteilen wollen. Ausgehend von der Expertise des Auktionshauses Sotheby's hätten sie auch nicht damit gerechnet, dass eines der Bilder einen bedeutend höheren Wert aufweise, sondern angenommen, die Gemälde seien

⁶⁶ ZK-ESCHER, Art. 638 ZGB N 5.

⁶⁷ SPR IV/2-PIOTET (Fn. 7), S. 910.

⁶⁸ ZK-ESCHER, Art. 638 ZGB N 5; BK-TUOR/PICENONI, Art. 638 ZGB N 6; HAUSER (Fn. 2), S. 115.

⁶⁹ BGE 73 II 19, E. 3.

ungefähr gleichwertig⁷⁰. Sodann habe die Annahme einer ungefähren Übereinstimmung der Schätzwerte im Teilungszeitpunkt ein notwendiges Vertragselement dargestellt, wobei sich B. in einem **wesentlichen Irrtum bezüglich des tatsächlichen Werts** des Pontormo-Gemäldes befunden habe⁷¹. Bei seinen Ausführungen zum wesentlichen Irrtum bei Erbteilungsverträgen verwies das Bundesgericht weiter auf den bekannten Picasso-Entscheid⁷² und hielt fest, der Wert von Nachlassvermögen stelle einen Sachverhalt dar, welcher insbesondere angesichts des Gleichbehandlungsgrundsatzes von Art. 607 Abs. 1 ZGB als **notwendige Grundlage des Teilungsvertrages** anzusehen sei. Für A. sei zudem erkennbar gewesen, dass die Zuordnung des Werks und damit sein Wert, für die Teilung von entscheidender Bedeutung sei. Darauf wiesen die für alle Nachlassgegenstände in Auftrag gegebenen Schätzungen sowie die Ausgleichszahlung⁷³ von USD 25'000.– zur Kompensation der Wertdifferenz der Gemälde hin. Aus diesen Gründen kam das Bundesgericht zum Schluss, auch in diesem Fall lägen ein Grundlagenirrtum und damit eine **ungültige Teilung** vor⁷⁴.

Anzumerken ist allerdings, dass die Parteien sich in der Vereinbarung über die Zuweisung der beiden Bilder vom 23. Dezember 2005 **nicht über deren Anrechnungswert geeinigt** hatten, sondern erst in der zeitlich späteren Einigung vom 5. April 2006. Die *essentialia negotii* des Erbteilungsvertrages lagen somit erst bei Vereinbarung des Anrechnungswertes vor, womit die Vereinbarung vom 23. Dezember 2005 noch zu **keiner vertraglichen Bindung** führen konnte. Diese trat erst mit der nachfolgenden Einigung über die Anrechnungswerte ein, wobei beide Vereinbarungen das Formerfordernis von Art. 634 Abs. 2 ZGB (Schriftlichkeit) erfüllen müssen. Die Vereinbarung vom 23. Dezember 2005 und die damit verbundene Übernahme der Bilder könnte zwar als **Realteilung** angesehen werden, da aber auch diese Teilungsart vollständig zu sein hat, wäre sie nur anzunehmen, wenn die Erben im Vereinbarungszeitpunkt für die Gemälde keinen Wertausgleich vorsahen⁷⁵. Da sich die Erben erst mit der Vereinbarung vom 5. April 2006 über alle für die Durchführung der Teilung notwendigen Elemente geeinigt hatten, befand sich die Vereinbarung vom 23. Dezember 2005 bis dahin in der Schwebe, denn

⁷⁰ BGer 5A_337/2013 vom 23. Oktober 2013, E. 3.1.

⁷¹ BGer 5A_337/2013 vom 23. Oktober 2013, E. 3.2.

⁷² BGE 114 II 131.

⁷³ Ausführlich zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen von Ausgleichszahlungen ELMIGER (Fn. 14), S. 115 ff.

⁷⁴ BGer 5A_337/2013 vom 23. Oktober 2013, insbes. E. 5.3.1; ausführlich zur Anfechtung teilungsvertraglich vereinbarter Werte aufgrund von Willensmängeln EGGEL (Fn. 5), S. 15 f.

⁷⁵ ARNET (Fn. 37), S. 112.

die einzelnen Vereinbarungen stellen je für sich alleine **keine gültigen (partiellen) Teilungsverträge** dar⁷⁶.

Die erfolgreiche Anfechtung eines Teilungsvertrages bewirkt dessen Ungültigkeit, welche nicht nur **persönliche, sondern auch vermögensrechtliche Folgen** mit sich bringt. Der Teilungsvertrag resp. die Realteilung bezwecken nämlich nicht nur eine Änderung der Eigentumsverhältnisse an Nachlasswerten sondern auch die Auflösung der Erbengemeinschaft. Dementsprechend lebt bei erfolgreicher Teilungsanfechtung für die betroffenen Nachlassgegenstände die Erbengemeinschaft wieder auf und mit ihr das Gesamteigentum an diesen Werten⁷⁷.

3. *Täuschung*

Beim Erbteilungsvertrag ist eine Täuschung in verschiedenen Konstellationen denkbar. So kann etwa die **Behauptung falscher Tatsachen** zur einseitigen Unverbindlichkeit führen. Dies ist etwa der Fall, wenn ein (rechtskundiger) Miterbe wider besseres Wissen behauptet, ein eigentlich gültiges Testament sei ungültig und die restlichen Erben gestützt auf diese Behauptung die Teilung ohne Einbezug des in Wirklichkeit gültigen Testaments vornehmen. Ebenso kann der Erbteilungsvertrag anfechtbar sein, wenn ein Erbe durch **Verschweigen von Tatsachen einen bestehenden Irrtum seiner Miterben ausnützt**. Dazu muss der Verschweigende eine Aufklärungspflicht gegenüber seinen Kontrahenten verletzen. Aufgrund der bei einer Erbengemeinschaft bestehenden Vertrauensbeziehung ist eine solche Pflicht ohne weiteres gegeben. Hierfür spricht auch die aus Art. 607 Abs. 3 und 610 Abs. 2 ZGB fließende, gegenseitige und umfassende Aufklärungspflicht der Erben⁷⁸. Verschweigt ein Erbe seinen Miterben wesentliche Vermögensbestandteile, so liegt ebenfalls ein Fall der Täuschung vor⁷⁹.

Die **Täuschung durch einen Dritten** macht den Erbteilungsvertrag nur anfechtbar, wenn die Gegenpartei des Getäuschten bei Vertragsabschluss von der Täuschung Kenntnis hatte oder hätte haben müssen (Art. 28 Abs. 2 OR). Andernfalls kann ein Teilungsvertrag nur ungültig sein, wenn die Täuschung durch den Dritten einem Grundlagenirrtum entspricht⁸⁰. Als Dritter hat auch der **Willensvollstrecker** zu gelten, da dieser nicht im Auftrag der Erben

⁷⁶ ARNET (Fn. 37), S. 113; siehe auch ZK-ESCHER, Art. 634 ZGB N 4.

⁷⁷ ARNET (Fn. 37), S. 113 f.

⁷⁸ Zum Ganzen HAUSER (Fn. 2), S. 118.

⁷⁹ BK-TUOR/PICENONI, Art. 638 ZGB N 6; HAUSER (Fn. 2), S. 119.

⁸⁰ HAUSER (Fn. 2), S. 119; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, N 14.125 ff.; siehe die Ausführungen zum Grundlagenirrtum unter Ziff. III. B. 2.

agiert, sondern in eigenem Namen auftritt⁸¹. Verheimlicht ein Willensvollstrecker z.B. Vermögenswerte, welche der Erblasser ihm vor seinem Tod übergeben hat, so wird dadurch der Teilungsvertrag nicht anfechtbar, da alle Erben getäuscht wurden. Die Erben sind noch immer Eigentümer der veruntreuten Nachlasswerte, weshalb sie diese vom Willensvollstrecker herausverlangen können. Durch anschliessende Nachteilung wird sodann die unfreiwillig partielle Erbteilung zu einer vollständigen Auseinandersetzung⁸².

4. *Drohung*

Bei der Drohung wird ein Erbe durch **Inaussichtstellen eines künftigen Übels** in seiner Willensfreiheit beeinflusst, so dass er glaubt, nur noch zwischen diesem Übel und der Unterzeichnung des Erbteilungsvertrages wählen zu können. In Frage kommt nur psychischer Zwang, da bei physischem Zwang (z.B. gewaltsames Führen der Hand bei der Unterzeichnung) vom betroffenen Erben keine Willenserklärung abgegeben wird. Damit fehlt es bereits am Konsens (Art. 1 OR), weshalb der Teilungsvertrag nicht anfechtbar, sondern nichtig ist⁸³.

Schwierig zu beurteilen sind Fälle, in welchen die Drohung mittels einer zulässigen Handlung wie etwa Strafanzeige oder Presseveröffentlichung erfolgt. Wird z.B. einem Miterben durch Androhung einer Anzeige wegen Steuerhinterziehung die Unterschrift unter dem Teilungsvertrag abgerungen, so fehlt es an einem **inneren Zusammenhang** zwischen der Anzeige und der angestrebten Erbteilung⁸⁴. Die Drohung stellt nämlich kein angemessenes Mittel dar, denn der teilungswillige Erbe könnte die erbrechtliche Auseinandersetzung und Auflösung der Erbengemeinschaft auch mit der Erbteilungsklage nach Art. 604 ZGB herbeiführen. Es dürfte also trotz an sich zulässiger Handlung (Anzeige) eine widerrechtliche Drohung vorliegen, welche den Erbteilungsvertrag anfechtbar macht⁸⁵.

⁸¹ Statt vieler BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, Vorb. zu Art. 517-518 N 8; HAUSER (Fn. 2), S. 119.

⁸² HAUSER (Fn. 2), S. 120; siehe auch die einleitenden Ausführungen unter Ziff. III. A.

⁸³ Zum Ganzen HAUSER (Fn. 2), S. 120 f.; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 29 N 3.

⁸⁴ HAUSER (Fn. 2), S. 121 f.; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 30 N 9.

⁸⁵ HAUSER (Fn. 2), S. 121 f.

C. Formmängel

1. Allgemeines

Halten die Parteien das **Formerfordernis der Schriftlichkeit** nicht ein, so sind verschiedene Möglichkeiten und Meinungen vorhanden, wie vorzugehen sei: Gemäss der allgemeinen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 11 OR⁸⁶ und einem Teil der erbrechtlichen Lehre ist ein solcher Vertrag **nichtig**. Der Formmangel sei somit von Amtes wegen zu berücksichtigen und könne vom betroffenen Erben jederzeit geltend gemacht werden, wobei Fälle von Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) vorbehalten bleiben (siehe 2.)⁸⁷. Der andere Teil der Literatur nimmt hingegen an, dass Formungültigkeit nicht absolute, sondern **relative Nichtigkeit** des Vertrages, resp. eine **Ungültigkeit sui generis**, zur Folge habe. Diese könne nur von den Vertragsparteien geltend gemacht werden, wobei grundsätzlich auch Heilung durch Erfüllung des formungültigen Vertrages möglich sei (siehe 3.)⁸⁸. Denkbar sei auch, Art. 243 Abs. 3 OR analog heranzuziehen (siehe 4.).

2. Nichtigkeit

Für die Anfechtung des Teilungsvertrages verweist Art. 638 ZGB auf die Vorschriften des Obligationenrechts, mangels spezifischer erbrechtlicher Vorschrift richtet sich aber auch die **Nichtigkeit des Teilungsvertrages nach dem allgemeinen Vertragsrecht**⁸⁹. Nichtig ist ein Erbteilungsvertrag gemäss einem Teil der erbrechtlichen Lehre nicht nur bei Mängeln im Zustandekommen, unmöglichem, rechts- oder sittenwidrigem Inhalt (Art. 20 OR), sondern insbesondere auch bei Nichteinhaltung des Formerfordernisses beim schriftlichen Teilungsvertrag⁹⁰. Unter Formungültigkeit ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 11 OR die von Amtes wegen zu beachten-

⁸⁶ Siehe etwa BGE 112 II 330, E. 1b und 2a; 106 II 146, E. 3; 104 II 99, E. 2 f.

⁸⁷ SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 395; PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 638 ZGB N 7; siehe auch ZK-ESCHER, Art. 638 ZGB N 3; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 638 N 2 f.; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 11 N 17 f.

⁸⁸ So etwa HAUSER (Fn. 2), S. 131 f.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP ET AL. (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014, N 558 ff. mit vielen Hinweisen; differenzierend KOLLER (Fn. 80), N 12.118 ff.; a.M. BSK OR I-SCHWENZER, Art. 11 N 24.

⁸⁹ PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 638 ZGB N 4; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 638 N 2; ZK-ESCHER, Art. 638 ZGB N 3; SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 395 m.w.H.

⁹⁰ SPR IV/2-WOLF/GENNA (Fn. 2), S. 395; PraxKomm-Erbrecht-MABILLARD, Art. 638 ZGB N 7; siehe auch ZK-ESCHER, Art. 638 ZGB N 3; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 638 N 2 f.

de, absolute Nichtigkeit eines Vertrages zu verstehen⁹¹. Diese Rechtsprechung wurde im Zusammenhang mit der Erfüllung formungültiger Grundstückkaufverträge entwickelt, wobei die Berufung auf den Formmangel im Falle beidseitiger freiwilliger und irrtumsfreier Erfüllung rechtsmissbräuchlich sein kann⁹². Die Frage, ob **unabhängig von der Art des Formmangels absolute Nichtigkeit** des Vertrages vorliegt und der Formmangel immer von Amtes wegen zu berücksichtigen sei, liess das Bundesgericht jedoch offen. Es hielt aber fest, das Ergebnis werde kaum entscheidend davon beeinflusst, ob man durch Auslegung der Formvorschriften oder über das Missbrauchsverbot zur Annahme gelange, eine beidseitig freiwillige Erfüllung mache den Mangel unbeachtlich⁹³.

3. *Erfüllung formungültiger Erbteilungsverträge*

Betreffend die Rechtsfolgen eines formungültigen Teilungsvertrages stellt sich insbesondere die Frage, ob infolge freiwilliger Vertragserfüllung durch die Parteien eine Heilung eintritt. Das Privatrecht folgt grundsätzlich dem **Prinzip der Formfreiheit**, weshalb Abweichungen von diesem Prinzip (d.h. Formvorschriften) eng auszulegen sind⁹⁴. Die privatrechtlichen Formvorschriften verfolgen häufig das Ziel des Parteischutzes. Sie sollen die voreilige Verpflichtung einer Partei oder mehrerer Parteien verhindern⁹⁵. Wurde der Vertrag erfüllt, so entfällt dieses Schutzbedürfnis grundsätzlich⁹⁶. Aus diesem Grund nimmt die wohl herrschende allgemeine Lehre an, bei **freiwilliger und irrtumsfreier Erfüllung** eines an sich formungültigen Vertrages durch die Parteien trete Heilung i.S. einer Umwandlung in ein gültiges Geschäft ein (Konvaleszenz)⁹⁷. Beim Erbteilungsvertrag kommt hinzu, dass mit der Realteilung nach Art. 611 und Art. 634 Abs. 1 ZGB eine formfreie Teilungsart zur Verfügung steht.

Die Schaffung einer **Möglichkeit zur formfreien Realteilung** zeigt, dass der Gesetzgeber eine möglichst einfache und leicht verbindliche Erbteilung ermöglichen wollte. Der **schriftliche Teilungsvertrag** als zweite Variante soll-

⁹¹ BGE 106 II 146, E. 3; 104 II 99, E. 2 f.; 98 II 313, E. 2; 92 II 323, E. 2; ebenso BSK OR I-SCHWENZER, Art. 11 N 24.

⁹² BGE 112 II 330, E. 2b; 104 II 99, E. 3c; 92 II 323, E. 3.

⁹³ BGE 112 II 330, E. 2b.

⁹⁴ Statt vieler BSK OR I-SCHWENZER, Art. 11 N 1; siehe auch BGE 116 II 117, E. 7b; 113 II 402, E. 2a.

⁹⁵ KOLLER (Fn. 80), N 12.07 f.; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 11 N 2 m.w.H.; HAUSER (Fn. 2), S. 132.

⁹⁶ HAUSER (Fn. 2), S. 132 f.

⁹⁷ Statt vieler BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 ZGB N 301; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 88), N 558 ff. m.w.H.

te es den Erben hingegen ermöglichen, bei komplizierteren Verhältnissen bereits vor der tatsächlichen Verteilung der Nachlasswerte Bindungswirkungen herbeizuführen⁹⁸. So bezeichnete bereits die Expertenkommission das Erfordernis der Schriftlichkeit für alle Erbteilungsverträge als «Belästigung und Unsicherheit für die teilenden Erben»⁹⁹. Für den bindenden, aber nicht sofort vollzogenen Teilungsvertrag war eine Formvorschrift gemäss einiger Autoren aber unumgänglich, um «eine sichere Grundlage für die später durchzuführende, tatsächliche Verteilung des Nachlasses zu schaffen, die Erben vor leichtfertiger und übereilter Eingehung der Verpflichtung zu schützen sowie den Beweis für die getroffenen Vereinbarungen zu treffen»¹⁰⁰. Dieser **Sicherungs- und Beweiszweck** ist jedoch wohl nur so lange massgebend, als der Vertrag durch die Parteien noch nicht (vollständig) erfüllt wurde. Nach vereinbarungsgemässer Überführung der Nachlasswerte ins Alleineigentum der Erben haben diese ein **Interesse daran, dass die Auseinandersetzung nicht mehr umgestossen werden kann**. Insofern tritt das Interesse an einem übereilten Vertragsschluss in den Hintergrund¹⁰¹.

Mit Blick auf die Möglichkeit zur Realteilung wäre es eigenartig, wenn die Erfüllung einer formfreien Vereinbarung (Losbildung) gemäss Art. 634 Abs. 1 ZGB zur Verbindlichkeit der Teilung führte, Art. 634 Abs. 2 ZGB hingegen eine bereits vollzogene Teilungsvereinbarung unverbindlich werden lässt, weil im Nachhinein ein Erbe einen Formfehler nachweist¹⁰². Bereits in der Expertenkommission wurde denn angemerkt, dass es nicht angehe «wenn die Erben thatsächlich [sic!] geteilt haben, die Teilung für nicht verbindlich zu erklären, und jedem zu gestatten, die Teilung neuerdings zu verlangen.»¹⁰³ Haben alle Erben irrtumsfrei und freiwillig den formungültigen Erbteilungsvertrag erfüllt, so ist dies – wie bei Realteilung – als **Zustimmung zur Aufteilung der Nachlassaktiven und tatsächlichen Durchführung der Teilung** zu verstehen. Da die Wirkung eines Formfehlers somit spätestens bis zur Vertragserfüllung dauert, können sich die Erben danach nicht mehr auf den Formmangel berufen¹⁰⁴. Das Bundesgericht kommt in diesen Fällen über das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu demselben Ergebnis; dogmatisch scheint jedoch die Begründung über die Heilung des formungültigen Vertrages durch Erfüllung die vorrangige zu sein.

⁹⁸ HAUSER (Fn. 2), S. 135; siehe auch die Ausführungen zur Bindungswirkung unter Ziff. II. B. 1. c).

⁹⁹ BK-REBER/HURNI/SCHWIZER, Materialien Band III, S. 806 N 7208.

¹⁰⁰ HAUSER (Fn. 2), S. 135 f.; siehe auch HABICHT (Fn. 44), S. 74.

¹⁰¹ HAUSER (Fn. 2), S. 136; HABICHT (Fn. 44), S. 74.

¹⁰² HABICHT (Fn. 44), S. 74; vgl. auch BK-REBER/HURNI/SCHWIZER, Materialien Band III, S. 806 N 7213.

¹⁰³ BK-REBER/HURNI/SCHWIZER, Materialien Band III, S. 806 N 7213.

¹⁰⁴ HAUSER (Fn. 2), S. 137; HABICHT (Fn. 44), S. 74 f.

4. *Analoge Heranziehung von Art. 243 Abs. 3 OR?*

a) **Voraussetzungen einer Analogie gestützt auf Art. 7 ZGB**

Beim Blick auf das Obligationenrecht und insbesondere auf das Schenkungsrecht fällt auf, dass mit Art. 243 Abs. 3 OR eine Norm besteht, mit welcher **ein formungültiges Schenkungsversprechen nach Erfüllung wie eine formgültige Handschenkung beurteilt** wird. Dies lässt gewisse Parallelen zum Erbteilungsvertrag erkennen, da für die Erbteilung und im Schenkungsrecht **je ein formfreies und ein formbedürftiges Rechtsgeschäft zur Verfügung** steht. Es stellt sich die Frage, ob sich im Falle eines erfüllten formungültigen Erbteilungsvertrages eine sinngemässe Anwendung von Art. 243 Abs. 3 OR anbietet.

Voraussetzung für einen Analogieschluss gestützt auf Art. 7 ZGB ist das Vorliegen eines **zivilrechtlichen Verhältnisses ausserhalb des Obligationenrechts**¹⁰⁵. Dass es sich beim Erbteilungsvertrag um ein solches handelt, ist offenkundig. Sodann muss das Obligationenrecht eine **allgemeine Regel** enthalten, welche sinngemäss auf dieses zivilrechtliche Verhältnis angewendet werden kann, wobei das Zivilrecht keine besondere, dieser Übertragung entgegenstehende Vorschrift enthalten darf¹⁰⁶. Hierbei darf mit Blick auf Art. 7 ZGB aber nicht übersehen werden, dass es sich bei Art. 243 OR um eine Bestimmung des Besonderen Teils handelt. Jedoch können auch Normen aus dem Besonderen Teil des Obligationenrechts über Art. 7 ZGB angewendet werden, sofern es sich dabei um Bestimmungen von grundlegender Bedeutung handelt¹⁰⁷.

Damit Art. 243 Abs. 3 OR analog auf die Erfüllung formungültiger Teilungsverträge angewendet werden kann, müssen **sachliche Parallelen zwischen der Schenkung und der Erbteilung** vorliegen. Es ist zu ermitteln, ob diese Bestimmung nach ihrem Sinn und Zweck auf den Fall des erfüllten formungültigen Erbteilungsvertrages übertragen werden kann und ob ihre sinngemässe Anwendung auf nicht schuldrechtliche Verhältnisse sachlich angemessen erscheint¹⁰⁸. Es interessiert die Frage, ob das Verhältnis zwischen Handschenkung und Schenkungsversprechen mit jenem zwischen Realteilung und schriftlichem Erbteilungsvertrag vergleichbar ist. Vorgängig ist jedoch festzuhalten, dass weder die Handschenkung eine Untergattung des formbedürftigen Schenkungsversprechens darstellt noch die Realteilung eine Unterart

¹⁰⁵ Statt vieler: HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 07.27; BK-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 7 ZGB N 62, je m.w.H.

¹⁰⁶ Statt vieler: HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 07.27; BK-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 7 ZGB N 62, je m.w.H.

¹⁰⁷ BK-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 7 ZGB N 36 ff.; HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 07.07 ff.

¹⁰⁸ Siehe HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 07.27; BK-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 7 ZGB N 62.

des schriftlichen Teilungsvertrages. Beides sind selbständige Rechtsinstitute¹⁰⁹.

b) Das Verhältnis zwischen Schenkungsversprechen und Handschenkung

Die **Handschenkung unterscheidet sich vom Schenkungsversprechen** dadurch, dass der Vertragsschluss (*causa*) bei der Schenkung von Hand zu Hand mit der Erfüllung (*traditio*) zusammenfällt¹¹⁰. Das schriftliche Schenkungsversprechen nach Art. 243 OR führt hingegen zur **Entstehung einer Verbindlichkeit**, weshalb der Beschenkte Erfüllung verlangen kann. Diesbezüglich stehen sich Handschenkung und Schenkungsversprechen in vergleichbarer Weise gegenüber wie Realteilung und Teilungsvertrag¹¹¹.

Das Schenkungsrecht hält mit Art. 243 Abs. 3 OR eine Norm bereit, welche indirekt bestimmt, **ein Formmangel des Schenkungsversprechens stelle nach seiner Erfüllung keinen Ungültigkeits- resp. Nichtigkeitsgrund mehr dar**¹¹². Eine mit Art. 243 Abs. 3 OR vergleichbare Bestimmung – und wohl auch das Vorbild für diese Norm¹¹³ – findet sich im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Sollte beim Schenkungsversprechen die vorgeschriebene Form (notarielle Beurkundung) nicht eingehalten werden, so besagt § 518 Abs. 2 BGB: «Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt.» Diese Bestimmung sagt deutlich, was Art. 243 Abs. 3 OR gemäss einem Teil der Lehre impliziert, nämlich der Eintritt von Konvaleszenz durch Erfüllung eines formungültigen Schenkungsversprechens¹¹⁴.

Da aufgrund des Zusammenfallens von Abschluss und Erfüllung des Vertrages die Handschenkung nach dem Tod des Schenkers undenkbar ist, ist auch für die Heilung des Schenkungsversprechens der **Vollzug zu Lebzeiten des**

¹⁰⁹ HAUSER (Fn. 2), S. 138 f.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 239 OR N34.

¹¹⁰ BSK OR I-VOGT/VOGT, Art. 242 N 1.

¹¹¹ Siehe die Ausführungen unter Ziff. II. B.

¹¹² HAUSER (Fn. 2), S. 139; HABICHT (Fn. 44), S. 75.

¹¹³ MICHAEL SCHÖLL, Die Konversion des Rechtsgeschäfts, Diss. Basel 2004, N 377 f. m.w.H.

¹¹⁴ Siehe SANDRA MAISSEN, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1996, N 339; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 88), N 562; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, S. 217; KOLLER (Fn. 80), N 12.133; a.M. ARNOLD F. RUSCH, Schenkungsversprechen und Form, AJP 2016, S. 431 ff., S. 433, welcher Art. 243 Abs. 3 OR als selbständigen Schenkungstypus betrachtet; SCHÖLL (Fn. 113), N 381 ff., gemäss welchem Art. 243 Abs. 3 OR zur Umdeutung (Konversion) in eine Handschenkung nach Art. 242 OR führt; **unklar** ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 239 OR N34 und Art. 243 OR N8.

Schenkers vorausgesetzt¹¹⁵. Das Bundesgericht hatte den Fall einer von den Erben des Schenkers angefochtenen Zuwendung zu entscheiden, bei welcher noch vor dem Tod des Erblassers und aufgrund eines mündlichen Schenkungsversprechens die zugesicherte Summe von 1 Mio. USD auf das Konto des Beschenkten überwiesen wurde. Es hielt unter Verweis auf Art. 242 Abs. 1 und 243 Abs. 3 OR fest: «Da der **Wertetransfer vollzogen** wurde, ist der Begriff der Schenkung von Hand zu Hand zugrunde zu legen, und das Fehlen eines schriftlichen Schenkungsversprechens ist bedeutungslos»¹¹⁶.

Beim **Schenkungsversprechen dient das Formerfordernis** der Schriftlichkeit gemäss h.L. und Rechtsprechung dem **Schutz des Schenkers vor leichtfertigen Zusicherungen**¹¹⁷. Die Gefahr unbesonnenen Handelns ist ungleich grösser als bei der Handschenkung, da der Schenker zum Zeitpunkt des Versprechens noch keine «Vermögenseinbusse» erfährt. Die **Formlosigkeit der Handschenkung** hingegen birgt für den Schenker kaum die Gefahr einer unüberlegten oder vorschnellen Handlung: Da **Vertragsschluss und Erfüllung zusammenfallen**, wird ihm die Tragweite seiner Handlung durch die unentgeltliche Zuwendung des Schenkungsgegenstandes selbst genügend deutlich¹¹⁸. Beim Schenkungsversprechen entfällt nach dem Vollzug jedoch der Schutz- und Beweis Zweck der Formvorschrift. Durch Erfüllen des formungültigen Vertrages bringt der Schenker seinen Willen zur unentgeltlichen Zuwendung genügend klar zum Ausdruck, weshalb die nachträgliche Berufung auf den Formmangel ein widersprüchliches Verhalten i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellen würde¹¹⁹.

c) **Verhältnis zwischen formungültigem Erbteilungsvertrag und dessen Erfüllung**

Betreffend die Beseitigung der Formungültigkeit mit freiwilliger Erfüllung des Vertrages liegt eine **gewisse Ähnlichkeit in den Verhältnissen bei Schenkung und Erbteilung**. Die Formvorschrift von Art. 634 Abs. 2 ZGB

¹¹⁵ BSK OR I-VOGT/VOGT, Art. 243 N 7; MAISSEN (Fn. 114), N 340; BGE 105 II 104, E. 3c; kritisch zu diesem Entscheid HONSELL (Fn. 114), S. 216 f.

¹¹⁶ BGE 136 III 142, E. 3.4 (Pra 99/2010 Nr. 100), Hervorhebung hinzugefügt; vgl. auch BK-BECKER, Art. 243 OR N 6.

¹¹⁷ MAISSEN (Fn. 114), N 299; HONSELL (Fn. 114), S. 215; KOLLER (Fn. 80), N 12.134; BSK OR I-VOGT/VOGT, Art. 243 N 1; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 243 OR N5; SCHÖLL (Fn. 113), N 391; BGE 136 III 142, E. 3.3 (Pra 99/2010 Nr. 100); BGE 115 II 104, E. 3b; a.M. RUSCH (Fn. 114), S. 432 ff., gemäss welchem Art. 243 Abs. 3 OR den Schutz des Beschenkten vor Rückforderung bezweckt.

¹¹⁸ HAUSER (Fn. 2), S. 139; BGE 105 II 104, E. 4c.

¹¹⁹ HAUSER (Fn. 2), S. 140; vgl. auch BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 ZGB N 270, 288 ff.; BK-BECKER, Art. 243 OR N5.

soll die Erben u.a. davor schützen, vorschnell einen Teilungsvertrag abzuschliessen¹²⁰, welcher aufgrund seiner Bindungswirkungen anschliessend von den Miterben klageweise durchgesetzt werden kann¹²¹. Wurde der (formungültige) Erbteilungsvertrag erfüllt, so rückt das Interesse der Erben in den Vordergrund, die Auseinandersetzung als verbindlich zu betrachten und diese auch aufgrund eines Formfehlers nicht mehr umstossen zu können¹²². Die Formvorschrift von Art. 243 Abs. 1 OR schützt – im Gegensatz zu Art. 634 Abs. 2 ZGB – gemäss h.L. primär eine Vertragspartei, nämlich den Schenker¹²³. Dies ändert jedoch nichts am **Zweck der Formvorschrift**; sie dient, sowohl beim Schenkungsversprechen als auch beim schriftlichen Erbteilungsvertrag, dem **Schutz vor übereilem Handeln**¹²⁴. Weiter wird auch die Meinung vertreten, bei Erfüllung eines formungültigen Schenkungsversprechens bezwecke Art. 243 Abs. 3 OR den Schutz des Beschenkten vor Rückforderung¹²⁵. Diese Ansicht ist vergleichbar mit dem Interesse der Parteien, dass die Überführung der Nachlasswerte ins Alleineigentum der Erben – und damit die endgültige Auseinandersetzung – nicht aufgrund eines Formfehlers hinfällig wird¹²⁶.

Mit Art. 243 Abs. 3 OR wollte der Gesetzgeber weiter verhindern, dass ein erfülltes Schenkungsversprechen höheren Gültigkeitserfordernissen genügen muss als die Handschenkung¹²⁷. Diese Überlegungen lassen sich auch auf den Fall eines erfüllten, formungültigen Erbteilungsvertrages übertragen, denn Art. 243 Abs. 3 OR fand nicht nur Eingang ins Gesetz, weil es sich um die spezielle Vertragsart der Schenkung handelte, sondern «weil sich das aus der Gegenüberstellung eines formlosen und eines schriftlichen Verfahrens notwendigerweise ergab»¹²⁸. Beim Erbteilungsvertrag stehen sich mit der Realteilung und dem schriftlichen Teilungsvertrag ebenfalls ein formloses und ein formbedürftiges Verfahren gegenüber. Zudem ist bei Schenkung und Teilungsvertrag nicht nur die **Gegenüberstellung einer formfreien und einer formbedürftigen Vertragsform**, sondern auch der **Zweck der Formvorschrift** vergleichbar. Aus diesen Gründen wäre u.E. die Aufnahme einer Art. 243 Abs. 3 OR entsprechenden Norm ins Erbrecht (z.B. als Abs. 3 des Art. 634 ZGB) nicht abwegig gewesen. Die sinngemässe Anwendung von Art. 243 Abs. 3 OR erscheint **sachlich angemessen** und mit der genannten

¹²⁰ Siehe Ziff. III. C. 3.

¹²¹ Siehe Ziff. II. B. 1. c).

¹²² BK-REBER/HURNI/SCHWIZER, Materialien Band III, S. 806 N 7213; Ziff. III. C. 3.

¹²³ Siehe Ziff. III. C. 4. b).

¹²⁴ HAUSER (Fn. 2), S. 139; siehe auch MAISSEN (Fn. 114), N 299; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 88) N 498; KOLLER (Fn. 80), N 12.134; BGE 117 II 382, E. 2b.

¹²⁵ RUSCH (Fn. 114), S. 432 f.

¹²⁶ Siehe Ziff. III. C. 3.

¹²⁷ HABICHT (Fn. 44), S. 76.

¹²⁸ HABICHT (Fn. 44), S. 76; ebenso HAUSER (Fn. 2), S. 140.

Norm findet sich somit – trotz ihrer systematischen Einordnung im besonderen Teil des OR – eine **grundsätzlich auf den formungültigen Erbteilungsvertrag analog anwendbare Regelung**¹²⁹. Eine dieser sinngemässen Übertragung von Art. 243 Abs. 3 OR entgegenstehende zivilrechtliche Vorschrift ist nicht ersichtlich.

Interessant ist auch die Erklärung des deutschen Gesetzgebers für die allgemeine Heilung erfüllter, formungültiger Schenkungsversprechen durch § 518 Abs. 2 BGB. Im Protokoll der 2. Lesung des BGB wurde diese damit begründet, dass «sonst Feinheiten in das Gesetz hineingetragen würden, welche dem Verkehr unverständlich bleiben und die Handhabung des Gesetzes unnötig erschweren würden. Die Unterscheidung könnte in einzelnen Fällen auch zu Unbilligkeiten führen. Die Praktikabilität des Rechts verlange hier, wo es sich um die Bedeutung und Wirkung einer Formvorschrift handle, eine Vereinfachung»¹³⁰. Diese Argumentation ist gemäss einigen Autoren nicht nur auf das schweizerische Schenkungsrecht anwendbar, vielmehr dränge sich eine solche Vereinfachung aufgrund der Regelung der Erbteilung auch für diese auf¹³¹.

IV. Resümee

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, bestehen **vielfältige Berührungspunkte zwischen dem Erbteilungsvertrag und Bestimmungen des allgemeinen und besonderen Teils des Obligationenrechts**. Diese Verbindungen basieren einerseits auf der Verweisung von Art. 638 ZGB für die Anfechtung von Teilungsverträgen und andererseits auf dem allgemeineren Art. 7 ZGB. Zudem sind sowohl bei der Realteilung als auch beim schriftlichen Teilungsvertrag für die Überführung der Nachlasswerte ins Alleineigentum des übernehmenden Erben die sachen- und obligationenrechtlichen Vorschriften massgebend. Aus diesem Grund ist etwa bei Fahrnis die Übertragung des Besitzes nach Art. 714 Abs. 1 ZGB nötig (allenfalls auch durch Traditionssurrogate) oder es sind Forderungen gemäss Art. 165 Abs. 1 OR schriftlich zu zedieren.

Die **allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts** gelten beim Erbteilungsvertrag auch für das Zustandekommen, die Gültigkeit, Auslegung und

¹²⁹ HAUSER (Fn. 2), S. 140; HABICHT (Fn. 44), S. 76; vgl. auch KOLLER (Fn. 80), N 12.136, welcher eine analoge Anwendung von Art. 243 Abs. 3 OR etwa im Falle eines formungültigen Bürgschaftsvertrages befürwortet.

¹³⁰ HABICHT (Fn. 44), S. 78, Fn. 12, unter Verweis auf das Protokoll der 2. Lesung des BGB Bd. II S. 9 ff.

¹³¹ HAUSER (Fn. 2), S. 141; HABICHT (Fn. 44), S. 78, Fn. 12.

Irrtumsanfechtung, wobei namentlich Art. 1 ff. OR (Abschluss und Form des Vertrages), Art. 18 ff. OR (Auslegung und Inhalt) und Art. 23 ff. OR (Mängel) sinngemäss einschlägig sind. So ist etwa bei der Frage nach dem Bindungswillen der Parteien zu berücksichtigen, dass mit einem Erbteilungsvertrag nicht nur die Veränderung der Eigentumsverhältnisse an den betreffenden Nachlasswerten bezweckt wird. Angestrebt wird immer auch die Auflösung der Erbengemeinschaft, entweder durch objektiv-partielle Teilung bezüglich einzelner Nachlasswerte oder durch Ausscheidung einzelner Erben aus der Gemeinschaft mittels subjektiv-partieller Teilung.

Für die **Anfechtung eines Erbteilungsvertrages** verweist Art. 638 ZGB auf die Vorschriften über die Verträge im Allgemeinen und damit auf die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts. Die fehlende Zuweisung vergessenener resp. erst später aufgefundener Nachlasswerte an einen Erben, der Einbezug von nicht zum Nachlassvermögen des Erblassers gehörenden Sachen, die Berücksichtigung einer nicht erbberechtigten Person sowie Rechnungsfehler machen den Teilungsvertrag jedoch **grundsätzlich nicht unverbindlich**. Wirkt hingegen eine erbberechtigte Person bei der Erbteilung nicht mit, so ist der Teilungsvertrag nichtig und fällt *ex tunc* dahin. In einem solchen Fall fehlt es nämlich nicht nur an der eigenhändigen Unterschrift (Art. 13 Abs. 1 OR), sondern die übrigen Erben konnten aufgrund der Gesamthandschaft gar nicht alleine über die Erbschaftsgegenstände verfügen.

Liegt ein formungültiger Erbteilungsvertrag vor, kann dieser Mangel grundsätzlich durch freiwillige und irrtumsfreie Erfüllung geheilt werden. Aufgrund sachlicher Parallelen zwischen dem Schenkungsversprechen und dem Erbteilungsvertrag bietet sich aber auch eine analoge Anwendung von Art. 243 Abs. 3 OR auf den Fall des erfüllten formungültigen Erbteilungsvertrages an.

Begünstigtenordnung zweite und dritte Säule – *Quo vadis?*

MARC HÜRZELER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	345
II.	Normenhierarchie der Begünstigtenordnungen	346
III.	Begünstigung des nichtehelichen Lebenspartners und Unterstützung in erheblichem Masse	347
	A. Übersicht über die Anregungen im Gutachten zuhanden des BSV	347
	B. Unterstützung in erheblichem Masse als Voraussetzung der Begünstigung nichtehelicher Lebenspartner gemäss heutiger Praxis	348
	1. Begriff der Lebensgemeinschaft	348
	2. Unterstützung in erheblichem Masse als zusätzliches reglementarisches Kriterium	350
	3. Lebenspartner und weiter entfernte Begünstigte.....	353
IV.	Begünstigtenordnung und Erbrecht.....	353
	A. Verhältnis der zweiten und (gebundenen) dritten Säule zum Erbrecht	353
	B. Bedeutung letztwilliger Verfügungen für die Begünstigung in der zweiten und (gebundenen) dritten Säule.....	354

I. Einleitung

Der Jubilar hat die Begünstigtenordnungen der beruflichen Vorsorge sowie der gebundenen Selbstvorsorge geprägt, aber auch kritisch gewürdigt und fortgebildet wie kein anderer. Allen voran das Rechtsgutachten, welches er dem Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) im Jahr 1998 zu dieser Thematik erstattete, beeinflusste die Begünstigtenordnung der zweiten und dritten Säule nachhaltig und legte den Grundstein für eine ausgewogene Modernisierung, welche ihren gesetzgeberischen Niederschlag in dem im Zuge der 1. BVG-Revision ins Leben gerufenen Art. 20a BVG fand. Grund genug, auf einige Aspekte des Wirkens des Jubilars zurückzublicken und im Rahmen einer kurzen Erörterung zu untersuchen, wie sich einzelne Facetten dieser

* Prof. Dr. MARC HÜRZELER, Fachbereich öffentliches Recht, Universität Luzern.

weitreichenden Thematik, die – wie THOMAS KOLLER zum Ausdruck brachte¹ – nicht bloss von vorsorgerechtlicher Bedeutung, sondern auch von privatrechtlicher, namentlich familien- und erbrechtlicher Relevanz ist, zwischenzeitlich entwickelt haben: *Quo vadis* Begünstigtenordnung zweite und dritte Säule?

II. Normenhierarchie der Begünstigtenordnungen

KOLLER hatte verschiedentlich darauf hingewiesen, dass die Begünstigtenordnungen der zweiten und dritten Säule einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, ansonsten sie einzig durch Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung bzw. auf Verordnungsebene geregelt würden. Es sei rechtsstaatlich ausserordentlich bedenklich, dass eine für die heutige Zeit wohl nicht unwichtige Frage normhierarchisch auf derart tiefer Stufe geregelt sei.² Es ist erfreulich, dass der Gesetzgeber diese Kritik jedenfalls hinsichtlich der zweiten Säule beherzigt und mit der Einführung von Art. 20a BVG eine hinreichend konkrete formell-gesetzliche Grundlage der Begünstigtenordnung geschaffen hat. Anders hingegen in Bezug auf die gebundene Selbstvorsorge, welche sich bedauerlicherweise nach wie vor mit einer verordnungsrechtlichen Regelung in Art. 2 BVV2 begnügen muss, welcher seinerseits einzig in der steuerlich motivierten Norm von Art. 82 BVG eine gesetzliche Grundlage findet. Nach wie vor muss daher gelten, dass die Begünstigtenordnung in der gebundenen dritten Säule gestützt auf die Normierung in der BVV3 keine direkt anwendbaren zivilrechtlichen Bestimmungen enthält, sondern diese vielmehr durch die Parteien des gebundenen Vorsorgeverhältnisses auf konkreter vertraglicher Basis selbst aufgestellt werden müssen.³ Zu überlegen wäre namentlich, ob die gebundene dritte Säule – insbesondere auch deren Begünstigtenordnung – nicht eine weitergehende gesetzliche Grundlage verdienen würde. Womöglich könnte *de lege ferenda* sogar in Betracht gezogen werden, die gebundene Selbstvorsorge über den bestehenden Art. 82 BVG hinaus auf eine selbständige gesetzliche Grundlage zu stellen, wobei Versicherungs- und Bankenlö-

¹ THOMAS KOLLER, Begünstigtenordnung zweite und dritte Säule, Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Sozialversicherungen, in: Beiträge zur sozialen Sicherheit Nr. 18/98, EDMZ 318.010.18/98d, Bern 1998, S. 9.

² Vgl. KOLLER (Fn. 1), S. 14, sowie ferner THOMAS KOLLER/MICHAEL STALDER, Die Begünstigung in der gebundenen Vorsorgevereinbarung – ein Beitrag zur Relevanz des Erbrechts bei Verträgen zugunsten Dritter von Todes wegen, in: Thomas Geiser/Thomas Koller/Ruth Reusser/Hans Peter Walter/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, S. 528.

³ Vgl. KOLLER/STALDER (Fn. 2), S. 528.

sungen gleichermaßen – aber ausserhalb der Gemeinsamkeiten jeweils entsprechend ihren Spezifika individuell – geregelt würden.

III. Begünstigung des nichtehelichen Lebenspartners und Unterstützung in erheblichem Masse

A. Übersicht über die Anregungen im Gutachten zuhanden des BSV

KOLLER regte in seinem 1998 erschienenen Gutachten zuhanden des BSV an, die Möglichkeit der Vorsorgeeinrichtungen, den nichtehelichen Lebenspartner der versicherten Person zu begünstigen, solle von einer lebzeitigen Unterstützung in erheblichem Masse abgekoppelt werden, da diese Verbindung aus verschiedenen Gründen problematisch sei: Erstens dürfte es für den überlebenden nichtehelichen Lebenspartner oft schwierig sein, den Beweis zu erbringen, dass ihn der Verstorbene in erheblichem Masse unterstützt hat. Zweitens würden sich vielfach nichtverheiratete Paare gegenseitig begünstigen wollen. Eine gegenseitige (quasi «kreuzweise») Unterstützung in erheblichem Masse sei aber kaum denkbar bzw. nach Auffassung des Bundesgerichts sowie des BSV ausgeschlossen. Drittens sei das so verstandene Kriterium der Unterstützung in erheblichem Masse bei nichtverheirateten Lebenspartnern nicht zeitgemäss, da die nichteheliche Lebensgemeinschaft heute i.d.R. ebenso wie die Ehe auf der Vorstellung gleichberechtigter Partner beruhe, bei denen nicht der eine vom andern abhängt, sondern sie gemeinsam, jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Gemeinschaft sorgen. Das Berufsvorsorgerecht würde die Betroffenen im Grunde zu einem von ihnen oft gar nicht gewollten Rückfall in paternalistische Lebensformen zwingen. Schliesslich weise das (damals) geltende Recht einen elementaren Wertungsfehler auf, indem sowohl in der überobligatorischen beruflichen Vorsorge als auch im Freizügigkeitsrecht verhältnismässig weit entfernte gesetzliche Erben in den Genuss von Vorsorgeleistungen kommen könnten, selbst wenn diese nicht versorgungsbedürftig seien und vom Vorsorgenehmer zu Lebzeiten nicht unterstützt worden seien, während der zum Vorsorgenehmer in enger persönlicher Beziehung stehende (allerdings nicht in erheblichem Masse unterstützte) nichteheliche Lebenspartner zwingend leer ausgehe. Mit dem Gesichtspunkt des Vorsorgezwecks, welcher der zweiten Säule als Verfassungsauftrag zu Grunde liege, lasse sich ein solcher Wertungswiderspruch nicht vereinbaren.⁴ KOLLER regte ausdrücklich an, diesen Fragenkreis auf gesetzlicher Ebene zu regulieren, und unterbreitete hierzu zwei Vor-

⁴ KOLLER (Fn. 1), S. 16.

schläge. Für den Fall, dass die Vorsorgeeinrichtungen bloss berechtigt, aber nicht verpflichtet werden sollten, eine Möglichkeit zur Begünstigung des nichtehelichen Lebenspartners zu bieten, schlug er folgende Norm vor:

Art. 19^{bis} BVG

¹ *Vorsorgeeinrichtungen, Freizügigkeitseinrichtungen und Einrichtungen der gebundenen Selbstvorsorge können in ihren Statuten, Reglementen und Verträgen vorsehen, dass der Vorsorgenehmer einen Lebenspartner verschiedenen oder gleichen Geschlechts als Begünstigten bezeichnen darf, dem die gleichen Ansprüche wie Witwen oder Witwern zustehen. Eine solche Begünstigung ist nur zulässig, wenn der Lebenspartner mit dem Verstorbenen nachweisbar in einer festen und ausschliesslichen Zweierbeziehung gelebt hat, in der sich die Beteiligten gegenseitig die Treue gehalten und umfassend Beistand geleistet haben.*

² *Die Vorsorgeeinrichtungen, Freizügigkeitseinrichtungen und Einrichtungen der gebundenen Selbstvorsorge, die von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, erlassen Bestimmungen über das Verhältnis mehrerer Anspruchsberechtigter untereinander. Hinterlässt der Vorsorgenehmer sowohl einen Ehegatten als auch einen als Begünstigten bezeichneten Lebenspartner, so dürfen die Ansprüche des Ehegatten nicht gekürzt werden.*

³ *Eine Person kann nicht gleichzeitig Hinterlassenenleistungen gemäss Art. 19 BVG (und Art. 20 BVV2) sowie Hinterlassenenleistungen nach diesem Artikel beanspruchen. Dies gilt auch dann, wenn die Leistungen von verschiedenen Vorsorgeeinrichtungen geschuldet sind. Stünden einer Person an sich zwei Hinterlassenenansprüche zu, so hat sie die Wahl, auf welchen Anspruch sie verzichtet.*

B. Unterstützung in erheblichem Masse als Voraussetzung der Begünstigung nichtehelicher Lebenspartner gemäss heutiger Praxis

I. Begriff der Lebensgemeinschaft

KOLLER gab zu bedenken, es müsse eine praktikable und rechtlich befriedigende Umschreibung des Begriffs «nichtehelicher Lebenspartner» gefunden werden, wobei auf eine solche Umschreibung nicht verzichtet werden könne, wenn vermieden werden solle, dass vom Vorsorgenehmer eine beliebige (natürliche) Person als Begünstigte bezeichnet werden könne. Zu verlangen sei eine gewisse (faktische) Bindungsenge zwischen den beteiligten Personen. Der Jubilar regte insbesondere an, zur rechtlichen Erfassung dieser Bindungsenge auf die Praxis des Bundesgerichts zum Erlöschen von Scheidungs-

folgerenten für den Fall, dass der Alimentengläubiger ein Konkubinat eingehe, zurückzugreifen.⁵

Der Gesetzgeber verzichtete schliesslich bei der Normierung von Art. 20a BVG auf eine Legaldefinition der nichtehelichen Lebenspartnerschaft, wenngleich er aber den Begriff der Lebensgemeinschaft in den Gesetzestext aufgenommen hat. Stattdessen knüpfte er die anspruchsbegründende Lebensgemeinschaft alternativ an eine Mindestdauer von fünf Jahren oder an die Unterhaltspflicht für mindestens ein gemeinsames Kind. Wenngleich der Gesetzgeber weiterhin die Möglichkeit aufrechterhielt, natürliche Personen auch ausserhalb einer Lebensgemeinschaft vorsorgerechtlich zu begünstigen, so hielt er doch diesbezüglich am Relikt der Unterstützung in erheblichem Masse fest. Unmissverständlich wurde aber der nichteheliche Lebenspartner (Singular!) neben die lebzeitig in erheblichem Masse unterstützten Personen (Plural!) gestellt.

Der Begriff der nichtehelichen Lebensgemeinschaft blieb somit ein unbestimmter, dessen Inhalt durch die bundesgerichtliche Praxis sowie die Lehre zu füllen war. Das Bundesgericht zeigte schliesslich eine Terminologie auf, deren Inhalt den Vorschlägen KOLLERS weitgehend entsprach: Die Verbindung von zwei Personen gleichen oder verschiedenen Geschlechts, welcher sowohl in geistig-seelischer als auch in körperlicher und wirtschaftlicher Hinsicht grundsätzlich Ausschliesslichkeitscharakter zukommt, wobei entscheidend ist, ob aufgrund der Würdigung sämtlicher Umstände von der Bereitschaft beider Parteien auszugehen ist, einander Beistand und Unterstützung zu leisten, wie es Art. 159 Abs. 3 ZGB von Ehegatten fordert.⁶ Die Bedeutung dieser Definition wird jedoch bedauerlicherweise durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung nunmehr selbst wieder auf eine blosser «Auslegungshilfe» reduziert, an welcher sich der Rechtsuchende nur für den Fall zu orientieren hat, dass die konkrete reglementarische Definition Fragen offenlässt.⁷ Damit bleibt die nichteheliche Lebensgemeinschaft ein Institut, das – jedenfalls vorsorgerechtlich – keiner allgemeingültigen Terminologie verhaftet ist, sondern einen wandelbaren und individuellen Charakter behält, welcher je nach Vorsorgeeinrichtung, je nach Vorsorgewerk, ggf. sogar je nach Vorsorgeplan zu einer unterschiedlichen Beurteilung im Einzelfall führen kann.

Auch die Kohärenz zwischen Vorsorgerecht und Zivilrecht, welche gerade im vorliegenden Kontext von Bedeutung wäre, wird durch die bundesgerichtliche Praxis nicht bestätigt. So hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu befassen, ob eine als Lebenspartnerin vorsorgerechtlich begünstigte Person rechtsmissbräuchlich handle, wenn sie sich einerseits gegenüber der Vorsorgeeinrichtung des verstorbenen Partners auf eine massgebende Lebensge-

⁵ KOLLER (Fn. 1), S. 20 f.

⁶ Vgl. namentlich BGE 138 V 86 E. 4.1; BGE 137 V 383 E. 4.1.

⁷ Vgl. BGer 9C_193/2017 vom 27. Oktober 2017 E. 7.4.3 (= SVR 2018 BVG Nr. 10).

meinschaft beruft, andererseits jedoch gegenüber ihrem geschiedenen Ehegatten mit Blick auf den nahehelichen Unterhalt ein gefestigtes Konkubinats bestreitet. Das Bundesgericht gelangte zum Ergebnis, wenn die begünstigte Lebenspartnerin widersprüchliche Behauptungen gegenüber ihrem geschiedenen Ehemann einerseits und der Vorsorgeeinrichtung ihres Lebenspartners andererseits aufstelle, so handle sie nicht rechtsmissbräuchlich. Zivilrechtlich werde im Zusammenhang mit dem Erlöschen bzw. der Sistierung der nahehelichen Unterhaltspflicht der Begriff des «gefestigten Konkubinats» verwendet, während im Vorsorgerecht gemäss dem massgebenden Reglement mit Blick auf den Anspruch auf das Todesfallkapital jener der «eheähnlichen Lebensgemeinschaft» benutzt werde. Ob die beiden Begriffe den gleichen rechtlichen Gehalt aufweisen, liess das Bundesgericht offen.⁸ Dies ist bedauerlich und vermag nicht zu überzeugen. Es droht damit eine unnötige Diskrepanz zwischen Vorsorge- und Zivilrecht aufzubrechen, welche angesichts der teilweise gleichgerichteten Intentionen der beiden Rechtsgebiete tunlichst zu vermeiden wäre. So ist namentlich fraglich, ob es zulässig sein sollte, gleichzeitig nahehelichen Unterhalt aus einer früheren Ehe und Hinterlassenenleistungen aus einer nachfolgenden nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu beziehen. Mit Blick auf die Hinterlassenenleistungen wollte Art. 20a Abs. 2 BVG gerade diese Kumulation von Unterhalts- bzw. Unterhaltersatzleistungen aus mehreren Ehen bzw. Lebensgemeinschaften vermeiden. Selbst wenn sich diese Norm von ihrem Wortlaut her auf Hinterlassenenleistungen bezieht, so kann ihr Sinn und Zweck nur darin liegen, auch die Kumulation von nahehelichem Unterhalt und Hinterlassenenleistungen an den Lebenspartner bzw. an die Lebenspartnerin auszuschliessen. Grundsätzlich sollte dieses Ziel bereits mit der Prämisse erreicht werden, dass die anspruchsbegründende Lebensgemeinschaft mindestens fünf Jahre gedauert haben musste und folglich in diesen Konstellationen auch aus zivilrechtlicher Perspektive regelmässig von einem gefestigten Konkubinats ausgegangen werden kann. Es bleibt daher zu wünschen, dass das Bundesgericht die bislang offengelassene Frage zugunsten einer Kohärenz von Vorsorge- und Zivilrecht beantworten wird.

2. *Unterstützung in erheblichem Masse als zusätzliches reglementarisches Kriterium*

Eine zentrale Intention der Regelung von Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG lag – auch unter Berücksichtigung der Hinweise KOLLERS – darin, die Begünstigung des Lebenspartners vom Relikt der Unterstützung in erheblichem Masse zu entkoppeln und damit dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich ehe-

⁸ Vgl. BGer 9C_771/2016 vom 4. Mai 2017 E. 4.3; MARC HÜRZELER, Rechtsprechung zum Leistungsrecht der beruflichen Vorsorge (3), HAVE 2017, S. 395 ff., S. 398.

ähnliche Lebensgemeinschaften nicht durch einseitige Unterstützungen, sondern vielmehr durch eine Gegenseitigkeit der beiden Partner auszeichnen. Der Wortlaut der Norm bringt dies damit zum Ausdruck, dass zwischen den in erheblichem Masse unterstützten Personen einerseits sowie andererseits der Person, welche mit dem Verstorbenen eine Lebensgemeinschaft geführt hat, unmissverständlich differenziert wird. Die in Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG für die Begünstigung der Lebenspartnerin vorgesehenen Präliminarien der mindestens 5-jährigen Dauer der Lebensgemeinschaft bzw. das Vorhandensein einer Unterhaltspflicht für gemeinsame Kinder bilden – auch in Anlehnung an die Anspruchsvoraussetzungen für Ehegattenrenten – hinreichend konkrete Zusatzerforderungen an die Stabilität und Intensität der Lebensgemeinschaft. Tatsächlich bedürfte es insofern keiner zusätzlichen Stipulierung einer irgendwie gearteten erheblichen Unterstützung als kumulatives Anspruchselement. Anschaulich zeigt sich dies am Beispiel einer nichtehelichen Lebenspartnerin und Mutter, welche fortan nach dem Tod des Versicherten für den Unterhalt der gemeinsamen Kinder alleine aufkommen muss, zuvor jedoch – womöglich infolge der in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gelebten Rollenverteilung – vom Verstorbenen nicht in erheblichem Masse unterstützt werden musste. Hier wäre nicht zuletzt der Vorsorgefall des Todes ursächlich dafür, dass nunmehr eine erhebliche Unterstützung der Lebenspartnerin unabdingbar würde. Nichtsdestotrotz öffnet die bundesgerichtliche Rechtsprechung diesbezüglich den Vorsorgeeinrichtungen das Tor, um zusätzliche Anspruchsvoraussetzungen – namentlich diejenige der Unterstützung in erheblichem Masse – auf reglementarischer Grundlage wieder einzuführen.⁹ Entsprechende Lösungen führen schliesslich zu einem Rückfall in die Rechtslage, die vor Inkrafttreten von Art. 20a BVG aufgrund der steuerrechtlichen Praxis vorherrschte. Diese Liberalität der Vorsorgeeinrichtungen wird erkauf mit der Fortführung eines nicht mehr zeitgemässen Verständnisses einer Lebenspartnerschaft sowie den Beweisschwierigkeiten des hinterbliebenen Lebenspartners, welche dieser im Zweifel zu seinen Lasten tragen muss. Hinsichtlich der Rollenverteilung – sowohl in einer Ehe als auch einer modernen nichtehelichen Lebensgemeinschaft – und der damit verbundenen Art und Weise, wie dem jeweiligen Partner Unterstützung zuteil kommt, hat KOLLER eindrücklich darauf hingewiesen, dass eine gesetzliche Rollenverteilung nicht mehr vorgesehen sei und die Beiträge der beiden Ehegatten unabhängig von der Form, in der sie erbracht würden, grundsätzlich als gleichwertig gelten. Aus diesem Grund sei es folgerichtig, dem überlebenden Ehegatten beim Tod des Vorsorgenehmers Hinterlassenenleistungen auszurichten, und zwar unab-

⁹ Vgl. an Stelle vieler BGE 138 V 86 E. 4.2. Kritisch dazu bereits MARC HÜRZELER, Knacknüsse in der Hinterlassenenvorsorge, in: Ueli Kieser/Hans-Ulrich Stauffer (Hrsg.), BVG-Tagung 2013 – Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge, St. Gallen 2014, S. 127 ff., S. 139 ff.

hängig vom Umstand, ob der Verstorbene den Überlebenden durch finanzielle Leistungen unterstützt oder seinen Beitrag in anderer Form erbracht habe. Sei aber die gegenseitige Beistands- und Unterstützungspflicht gemäss neuem Eherecht die fundamentale Wertungsbasis des Begünstigungsanspruchs des überlebenden Ehegatten im Vorsorgerecht, so sei es sachgerecht, bei nicht-ehelichen Lebensgemeinschaften den Begünstigungsanspruch ebenfalls vom lebzeitigen Gewähren gegenseitiger Beistands- und Unterstützungsleistungen unter den Partnern abhängig zu machen. Dabei müsse aber selbstredend von der herrschenden Optik Abstand genommen werden, die vorsorgerechtlich relevante Unterstützung unter nichtverheirateten Personen könne bloss eine «Einbahnstrasse» sein.¹⁰ Damit brachte der Jubilar die Sache auf den Punkt: Ein gegenseitiger Beistand, eine gegenseitige Unterstützung der nichtehelichen Lebenspartner setzt nicht voraus, dass der eine den anderen einseitig finanziert und überwiegend für dessen Lebensunterhalt aufkommt. Die Lebenspartnerschaft soll sich, in der Freiheit, welcher dieser Lebensform eigen ist, aber auch unter Berücksichtigung der eherechtlichen Präliminarien, nicht als «Einbahnstrasse» darstellen müssen, um vorsorgerechtlich relevant sein zu können. Zweifelsfrei vermag das einvernehmliche Zusammenwirken der Lebenspartner für beide einen höheren gewohnten Lebensstandard erlauben, als es sich ein jeder einzeln leisten könnte, allein da gewisse Fixkosten dieselben bleiben, gleichsam ob es sich nun um einen Ein-, Zwei- oder Mehrpersonenhaushalt handelt. Was das Haftpflichtrecht hinsichtlich des Versorgungsschadens diesbezüglich schon längst erkannt hat, scheint dem Vorsorgerecht auch weiterhin fremd zu sein. Dabei müsste sich eine solche Betrachtungsweise bereits aufgrund des verfassungsmässigen Leistungszieles der zweiten Säule, nämlich der Aufrechterhaltung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise, ganz besonders aufdrängen. Interessant ist denn auch, dass die bundesgerichtliche Praxis grundsätzlich nicht bei der Frage ansetzt, was unter den Lebenspartnern «gegeben» wird, sondern die Einkommens- und Vermögenssituation der beiden Partner miteinander vergleicht, konkret auf einen Vergleich der steuerbaren Einkommen abstellen möchte.¹¹ Wieviel aber ein jeder erhält, muss nicht gleichbedeutend sein mit dem, was ein jeder dem anderen gibt; auch nicht vorsorgerechtlich. Das Relikt der Unterstützung in erheblichem Masse bleibt daher schwer zugänglich. Den fundierten Anstössen KOLLERS ist damit bedauerlicherweise bislang nicht diejenige Bedeutung zuteil geworden, welche sie zweifelsfrei verdient hätten.

¹⁰ KOLLER (Fn. 1), S. 22 f.

¹¹ Vgl. BGE 138 V 98 E. 6.

3. *Lebenspartner und weiter entfernte Begünstigte*

KOLLER hatte nachdrücklich auf die Wertungsproblematik hingewiesen, welche entsteht, wenn entfernte (gesetzliche) Erben in den Genuss von Vorsorgeleistungen gelangen, während der dem Verstorbenen nahestehende Lebenspartner ggf. vorsorgerechtlich leer ausgeht.¹² Sowohl in der zweiten (Art. 20a Abs. 1 lit. c BVG, Art. 15 Abs. 1 lit. b Ziff. 4 FZV) als auch in der dritten (Art. 2 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BVV3) Säule gehören die gesetzlichen bzw. auch die eingesetzten Erben nach wie vor zum Begünstigtenkreis. Unbestritten ist, dass sich die Kaskadenordnung jedenfalls von Art. 20a Abs. 1 BVG als zwingend gestaltet¹³ und nachrangig genannte Personenkreise nur beim Fehlen von Begünstigten einer vorrangigen Gruppe in den Genuss von Vorsorgeleistungen gelangen dürfen. Damit würde dem Bedürfnis, nichteheliche Lebenspartner weit entfernten Erben vorzuziehen, hinreichend Rechnung getragen. Gefahr für eine wertungsmässig stimmige Allokation der Vorsorgeleistungen besteht jedoch dort, wo die Anspruchsvoraussetzungen für nichteheliche Lebenspartner durch reglementarische Zusatzkriterien dermassen erhärtet werden, dass sie nicht bzw. nur noch sehr schwer erfüllt werden können. Jeglichen reglementarischen Zusatzkriterien ist inhärent, dass sie die Zugangsvoraussetzungen verschärfen und damit die Gefahr bergen, zu einer Verschiebung in der gesetzlich zwingend definierten Kaskadenordnung zu führen. Auch hier stellt sich folglich die Frage, ob der Liberalität der (weitergehenden) beruflichen Vorsorge oder aber der minimalen gesetzlichen Restriktion, welche Art. 20a BVG vorzeichnet, höheres Gewicht beizumessen ist. Die Abwägung sollte unter Zuhilfenahme der Hinweise des Jubilars auf eine wertungsmässig nachvollziehbare und stimmige Begünstigungsregelung im Einzelfall gehörig geprüft werden.

IV. **Begünstigtenordnung und Erbrecht**

A. **Verhältnis der zweiten und (gebundenen) dritten Säule zum Erbrecht**

Die Schnittstelle zwischen der Begünstigung aus zweiter und (gebundener) dritter Säule und dem Erbrecht hat durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine weitgehende Klärung erfahren. Relativ unproblematisch zeigt sich dabei die Feststellung hinsichtlich der zweiten Säule, dass sich diese vollum-

¹² Vgl. vorstehend bei Fn. 4.

¹³ Während Art. 2 Abs. 3 BVV3 sowie Art. 15 Abs. 2 FZV gewisse Änderungen in den Kaskadenordnungen ausdrücklich zulassen.

fänglich ausserhalb des Erbrechts bewegt und folglich die Hinterlassenenleistungen weder in die Erbmasse fallen noch der erbrechtlichen Herabsetzung unterliegen.¹⁴ Anders – und weniger überzeugend – präsentierte sich demgegenüber die Situation in Bezug auf Leistungen aus Vorsorgevereinbarungen der gebundenen dritten Säule: Während für die Leistungen aus Versicherungspolice die Rechtslage gestützt auf Art. 78 VVG, wonach dem Begünstigten ein eigenes Recht auf den ihm zugewiesenen Versicherungsanspruch zusteht, sowie der Regelung von Art. 476 ZGB weitgehend geklärt war, blieb das Verhältnis von Vorsorgevereinbarungen mit Bankenstiftungen zum Erbrecht auch trotz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁵ ungelöst. Als umso erfreulicher erweist sich daher die derzeit hängige Revision des Erbrechts, welche eine konsequente und einheitliche Lösung sowohl für die zweite als auch die (gebundene) dritte Säule verfolgt und klarstellt, dass die entsprechenden Leistungen nicht zur Erbschaft gehören.¹⁶ Damit soll ausdrücklich dem Vorsorgezweck Vorrang vor allfälligen erbrechtlichen Interessen eingeräumt werden. Wenngleich damit gerade in Bezug auf die gebundene dritte Säule nicht alle Problematiken aus dem Weg geräumt sind, so handelt es sich hierbei doch um einen wesentlichen Schritt des Gesetzgebers auf dem Weg zu einer kohärenten Behandlung der privilegierten Vorsorge. Allfällige Befürchtungen, dass – diesfalls freilich erbrechtlich nicht (mehr) zu beanstandende – «Umgehungen von Pflichtteilsberechtigungen» durch Einlagen in die zweite oder gebundene dritte Säule drohen könnten, lassen sich nicht restlos von der Hand weisen. Die Ausnahme der mittels vorsorgerechtlicher Begünstigung zugesprochenen Mittel vom Erbrecht als solchem rechtfertigt jedoch angesichts der beabsichtigten Verkleinerung der gesetzlichen Pflichtteile umso eher, auch diesbezüglich die Vorsorge der zweiten und (gebundenen) dritten Säule mit grösserer Liberalität zu behandeln.

B. Bedeutung letztwilliger Verfügungen für die Begünstigten in der zweiten und (gebundenen) dritten Säule

Wenngleich das Verhältnis zwischen der Begünstigung aus zweiter und (gebundener) dritter Säule zum Erbrecht eine Klärung in Gestalt der vollumfänglichen Loslösung erfahren sollte, so zeigt die Praxis in der zweiten Säule auf, dass damit nicht gleichsam die Frage gelöst ist, welche Bedeutung individuellen testamentarischen Anordnungen hinsichtlich der Begünstigung in der zweiten und dritten Säule beizumessen ist. Diesbezüglich steht im Zentrum des Interesses, ob die letztwillige Verfügung auf einen vorsorgerechtlichen

¹⁴ Vgl. BGE 129 III 305; BGE 140 V 50 E. 3.1.

¹⁵ Vgl. BGER 9C_523/2013 vom 28. Januar 2014.

¹⁶ Vgl. VE-Art. 476 Abs. 2 ZGB.

Begünstigungswillen schliessen lässt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur zweiten Säule zeigt auf, dass die vorsorgerechtliche Begünstigung – namentlich eines nichtehelichen Lebenspartners – durch testamentarische Einsetzungen nicht leichthin angenommen werden kann: Die in einem Testament verbalisierte Willenserklärung, den Lebenspartner hinsichtlich der reglementarischen Hinterlassenenleistungen zu begünstigen, bedarf eines ausdrücklichen Hinweises auf die einschlägigen Reglementsbestimmungen oder wenigstens auf die berufliche Vorsorge. Letztwillige Verfügungen, mit denen die Lebenspartnerin des Versicherten (bloss) als Erbin eingesetzt wird, lassen gemäss bundesgerichtlicher Praxis nicht auf einen berufsvorsorgerechtlichen Begünstigungswillen schliessen, selbst dann nicht, wenn die Partnerin zur Alleinerbin bestimmt wird.¹⁷ Die strikte Trennung von Vorsorge und Erbrecht kann somit unter diesem Blickwinkel zum Fallstrick werden, wenn sich die verstorbene Person der Dualität der Systeme zu wenig bewusst war. Neue Fragen könnten insofern in der gebundenen dritten Säule in Zukunft an Bedeutung gewinnen, da die gebundene Selbstvorsorge den meisten letztwillig Verfügenden durchaus noch näher mit dem erbrechtlichen Schicksal verbunden erscheinen dürfte als die zweite Säule. Bedeutsam bleibt nämlich nach wie vor – worauf KOLLER verschiedentlich hingewiesen hat¹⁸ –, dass die BVV3 keine direkt anwendbaren zivilrechtlichen Bestimmungen enthält und Letztere folglich durch die Parteien des gebundenen Vorsorgeverhältnisses mittels Vertrages auszugestalten sind. Befinden sich die Hinterlassenenansprüche der gebundenen dritten Säule vollumfänglich ausserhalb des erbrechtlichen Wirkungskreises, so dürfte die Begünstigungserklärung die formellen und materiellen Bestimmungen des Erbrechts nicht mehr beachten müssen. Nehmen jedoch inskünftig letztwillige Verfügungen keinen ausdrücklichen Bezug auf die gebundene dritte Säule, so könnte eine mit der in der zweiten Säule herrschenden Praxis vergleichbare Rechtslage zu befürchten sein. Vorsorgenehmer dürften daher gut beraten sein, wenn die Begünstigung im Rahmen der gebundenen dritten Säule mittels letztwilliger Verfügung erfolgen soll, ihren diesbezüglichen vorsorgerechtlichen (!) Begünstigungswillen unmissverständlich zum Ausdruck zu bringen und freilich allfällige vorsorgevertragliche Form- und Meldevorschriften zu beachten.

¹⁷ Vgl. BGE 142 V 233 E. 2.3.

¹⁸ Vgl. KOLLER/STALDER (Fn. 2), S. 528.

Die Behandlung der unvorhergesehenen extremen Leistungserschwerung nach neuem französischem Recht

PETER JUNG*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung	357
II.	Anwendungsbereich und Voraussetzungen von Art. 1195 C. civ.....	360
	A. Vorrang von Parteiabreden und gesetzlichen Sonderregelungen ..	360
	B. Verhältnis zur ergänzenden Vertragsauslegung	361
	C. Beschränkung auf nachträgliche Umstandsänderungen	363
	D. Beschränkung auf unvorhersehbare Umstandsänderungen	364
	E. Beschränkung auf extreme Leistungserschwerungen.....	365
	F. Fehlende Risikotragung durch die betroffene Partei	367
III.	Rechtsfolgen von Art. 1195 C. civ.....	368
	A. Pflicht zur Neuverhandlung.....	368
	B. Einvernehmliche Auflösung des Vertrags oder Ermächtigung des Gerichts zur Vertragsanpassung.....	370
	C. Einseitige Anrufung des Gerichts zum Zwecke der Vertragshilfe	371
IV.	Fazit.....	372

I. Einführung

Im französischen Recht galt für die Vertragsparteien über weit mehr als ein Jahrhundert die Aussage GEORGE RIPERTS «*contracter, c'est prévoir*»¹. Da die Parteien allerdings auch bei einer noch so genauen Analyse der Vertragsumstände nicht alle künftigen Entwicklungen vorhersehen konnten, waren sie zugleich vor die Aufgabe gestellt, mit Anpassungs-, Auflösungs- und Neuverhandlungsklauseln das Unvorhersehbare zu regeln («*gérer l'impré-*

* Prof. Dr. PETER JUNG, Maître en droit, Fachbereich Privatrecht, Universität Basel. Erweiterte und um Fussnoten ergänzte deutsche Fassung des auf einer Tagung der Association Henri Capitant am 17. November 2017 an der Universität Łódź gehaltenen Vortrags.

¹ GEORGES RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4. Aufl., Paris 1949, S. 151; vgl. auch HERVÉ LECUYER, *Le contrat, acte de prévision*, in: *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris 1999, S. 643 f.

visible)²). Seit der berühmten Leitentscheidung im Fall *Canal de Craponne* von 1876 – sie betraf den Fall einer durch schleichende Inflation über mehr als drei Jahrhunderte deutlich entwerteten Gegenleistung – hielten vor allem die *Cour de cassation*³, weitgehend aber auch die unteren Instanzen⁴ an der Unantastbarkeit des Vertrags selbst im Falle erheblicher unvorhersehbarer Äquivalenz- oder Zweckstörungen fest. Systematisch wurden von der *Cour de cassation* die möglichen und in den unteren Instanzen teilweise favorisierten Wege zu einer generellen Abschwächung der formalen Vertragsbindung versperrt⁵. Die ständige Rechtsprechung wurde von der herrschenden Lehre gestützt⁶. Nur vereinzelt kam es auf ganz unterschiedlichen Wegen zu einer Anpassung oder Auflösung des Vertrages im Lichte veränderter Umstände⁷.

² Vgl. dazu unter Bezugnahme auf die Folgen der Ölkrise VALÉRY GISCARD D'ESTAING, Pressekonferenz vom 24.10.1974.

³ S. nur Cass. civ. 6 mars 1876 D.1876.1. 193; Cass. civ. 4 août 1915 D.1916.1.22; Cass. civ. 23 janv. 1924 D.1924.1.41 (3. Fall); Cass. civ. 25 févr. 1929 DH.1929.161; Cass. civ. 15 nov. 1933 Gaz. Pal. 1934.1.68; Cass. req. 17 févr. 1937 DH.1937.234; Cass. civ. 18 mars 2009, D.2010.235.

⁴ S. etwa Cour de Bordeaux 26 août 1852 D.1853.2.105; Cour de Paris 21 déc. 1916 D.1917.2.33; Cour de Riom 23 oct. 1917 Rec. Gaz. trib. 1918.2.29; Cour de Paris 31 oct. 1922 D.1922.2.180; T. civ. Seine-et-Marne 25 nov. 1926 DH.1927.62.

⁵ Cass. civ. 6 mars 1876 D.1876.1. 193 (keine Ausnahme für Sukzessivlieferungsverträge; keine Vertragskorrektur aus Gründen der Billigkeit); Cass. civ. 4 août 1915 D.1916.1.22 (keine Befreiung von der Leistungspflicht bei lediglich wirtschaftlicher Unmöglichkeit); Cass. civ. 15 nov. 1933 Gaz. Pal. 1934.1.68 (Unzulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung); Cass. com. 8 nov. 1972 D.1973.753 (keine Anerkennung eines Wegfalls der *cause*).

⁶ THOMAS GENICON, *Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ?*, D.2010.2485 f.; NICOLAS PENESCO, *Limites à l'exercice du droit contractuel*, Paris 1923; JEAN RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Paris 1920; MARCEL PLANIOL/GEORGES RIPERT/PAUL ESMEIN, *Traité pratique de droit civil t. 6, 2. Aufl.*, Paris 1952, N 382; HENRI MAZEAUD/LÉON MAZEAUD/FRANÇOIS CHABAS, *Leçons de droit civil, t. 2/1 (Obligations – théorie générale)*, 9. Aufl., Paris 1998, N 734 f.; a.A. allerdings LOUIS THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Paris 2011; PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Aix-en-Provence 1994; RENÉ DAVID, *L'imprévision dans les droits européens*, in: *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence 1974, S. 211 f.; ALBERT WAHL, *Le droit civil et commercial de la guerre*, Bd. 2 und Bd. 3, Paris 1918; CONSTANTIN STOYANOVITCH, *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues*, Marseille 1941.

⁷ S. zuletzt vor allem Cass. com. 3 nov. 1992 Bull. civ. IV. n° 338 (Neuverhandlungspflicht nach Treu und Glauben), Cass. com. 24 nov. 1998 Bull. civ. IV. n° 277 (dito) und Cass. com. 29 juin 2010 D.2010.2481 (Berücksichtigung einer nachträglichen Störung der «économie générale du contrat»); diese vermeintlichen Abweichungen allerdings relativierend JEAN-FRANÇOIS FÉDOU, *Le juge et la révision du contrat*, RDC 2016, 382; zu weiteren Ansätzen PETER JUNG, *Regard comparatiste sur la proposition de loi visant la renégociation d'un contrat en cas d'imprévision*, in: *Liber amicorum – mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris 2013, S. 697 f.

Mit diesem nicht nur vordergründigen⁸ Festhalten an einer formellen Vertragsbindung der Parteien war das französische Privatrecht zuletzt weitgehend isoliert⁹.

Der im Rahmen der Reform des französischen Obligationenrechts¹⁰ zum 1. Oktober 2016 in Kraft getretene und inzwischen vom Parlament ratifizierte¹¹ Art. 1195 C. civ. hat nun jedoch zu einer grundsätzlichen Annäherung an die in dieser Frage bestehenden internationalen Standards¹² und auch an das französische Verwaltungsvertragsrecht¹³ geführt. Es handelt sich um eine der wichtigsten Neuerungen der Reform¹⁴, die zudem noch durch neue Vorschriften zur objektiven Vertragsauslegung (Art. 1188 Abs. 2 C. civ.) und zur Nichtigkeit des Vertrages beim Wegfall eines wesentlichen Vertragselements (Art. 1186 Abs. 1 C. civ.) flankiert wird. Der Gesetzgeber¹⁵ hat sich weder zum Verhältnis von Art. 1195 C. civ. zu diesen und anderen Normen noch mit seiner unbestimmten Bezugnahme auf die *«justice contractuelle»* zur

⁸ S. zu einem eingehenden Vergleich zwischen dem französischen und dem deutschen Recht PETER JUNG, Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen, Baden-Baden 1995; FÉDOU (Fn. 7), S. 382; a.A. CÉCILE CHABAS, L'inexécution licite du contrat, Paris 2002, S. 399 f. («refus de façade»; «discrète consécration» der théorie de l'imprévision); BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON, Le changement de circonstances, RDC 2004, 67, N 1 («particularisme de façade»); ELEANOR CASHIN-RITAINE, Imprévision, Hardship und Störung der Geschäftsgrundlage, in: Tobias Helms et al. (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, Stuttgart 2001, S. 87 f. («l'apparence trompeuse»); WALTER DORALT, Der Wegfall der Geschäftsgrundlage, Altes und Neues zur théorie de l'imprévision in Frankreich, RabelsZ 76 (2012), 783 und 765 ff. («oberflächliches Festhalten»).

⁹ Immerhin folgten das belgische und luxemburgische Recht weitgehend der Einstellung des französischen Privatrechts (dazu etwa PIERRE VAN OMMESLAGHE, La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique, in: Le contrat à l'aube du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin, Paris 2001, S. 880 f.).

¹⁰ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (version consolidée au 12 février 2016).

¹¹ S. dazu noch unten bei und in den Fn. 93 ff.

¹² Art. 6:111 PECL 1999; Art. 6.2.2 und 6.2.3 UPICC 2016; Art. III.-1:110 DCFR; Art. 89 des Vorschlags für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (KOM[2011] 635 endg. vom 11.10.2011); s. ferner die Regelungen etwa im deutschen (§ 313 BGB), italienischen (Art. 1467 f. CC), niederländischen (Art. 6:258 NBW) und portugiesischen (Art. 437 Código Civil) Recht.

¹³ CE 30 mars 1916 D.1916.3.25; CE 8 févr. 1918 RD publ. 1918.219 und 237; CE 20 juill. 1917 S.1923.3.56; CE 9 déc. 1932 D.1933.3.17; CE 10 mars 1948 Lebon 124; CE 5 nov. 1982 D.1983.Jur.245.

¹⁴ THIERRY REVET, Le juge et la révision du contrat, RDC 2016, 373 ff.

¹⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016 texte n° 25 (zu Titre 1^{er}, Sous-titre 1^{er}, Chapitre IV, Section 1, Sous-Section 1).

dogmatischen Grundlage¹⁶ der Regelung geäussert. Im Folgenden sollen der Anwendungsbereich und die Voraussetzungen sowie die Rechtsfolgen von Art. 1195 C. civ. näher betrachtet und rechtsvergleichend gewürdigt werden.

II. Anwendungsbereich und Voraussetzungen von Art. 1195 C. civ.

A. Vorrang von Parteiabreden und gesetzlichen Sonderregelungen

Sofern dem Vertrag eine eindeutige Regelung der Problematik veränderter geschäftswesentlicher Umstände zu entnehmen ist, kann diese Vorrang vor Art. 1195 C. civ. beanspruchen. Das gilt nicht nur für positive Regelungen zur Vertragsanpassung (z.B. Bedingungen, Indexklauseln, Neuverhandlungsklauseln), sondern auch für sog. negative Klauseln, nach denen das Risiko von (bestimmten) Umstandsänderungen ausdrücklich von der durch sie betroffenen Partei zu tragen sein soll. Anders als etwa im deutschen Recht, wo der auf dem zwingenden Grundsatz von Treu und Glauben beruhende § 313 BGB nicht gänzlich abbedungen werden kann und allenfalls besondere Risikoverteilungen vorgesehen oder Modalitäten der Vertragshilfe geregelt werden können¹⁷, soll Art. 1195 C. civ. auch insgesamt lediglich dispositiven Charakter haben¹⁸. Wie in anderen Rechtsordnungen beanspruchen selbstverständlich auch spezialgesetzliche Regelungen¹⁹ Vorrang vor Art. 1195 C. civ.

¹⁶ In einem der Vorentwürfe zu Art. 1195 C. civ. (Proposition de loi n° 3563 du 22 juin 2011) hatte eine Gruppe von Parlamentariern sich in der Entwurfsbegründung (abrufbar unter www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion3563.asp; zuletzt besucht am 8.6.2018): direkt oder indirekt über Rechtsprechungshinweise auf den Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. auch etwa Cass. com. 3 nov. 1992 JCP 1993.II.22614), die Billigkeit (vgl. auch etwa Cour de Nancy 26 sept. 2007 JCP 2008.II.10091), die soziale Nützlichkeit (vgl. auch etwa JACQUES GHESTIN/CHRISTOPHE JAMIN/MARC BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3. Aufl., Paris 2001, N 346), die allgemeine Ökonomie des Vertrags (vgl. auch etwa Cass. com. 29 juin 2010 D.2010.2481) und die *cause* (vgl. auch etwa Cass. com. 29 juin 2010 D.2010.2481) bezogen; dazu näher rechtsvergleichend JUNG (Fn. 7), S. 700 ff.

¹⁷ MICHAEL STÜRNER, in: Hans Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich (Hrsg.), *BGB-Kommentar*, 12. Aufl., Neuwied 2017, § 313 BGB N 5.

¹⁸ Rapport au Président de la République (Fn. 15); OLIVIER DESHAYES/THOMAS GENICON/YVES-MARIE LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris 2016, S. 386.

¹⁹ Zu einer Übersicht DESHAYES/GENICON/LAITHIER (Fn. 18), S. 389 f.

B. Verhältnis zur ergänzenden Vertragsauslegung

Unklar ist das Verhältnis von Art. 1195 C. civ. zum ebenfalls neuen Art. 1188 Abs. 2 C. civ., der für den Fall, dass ein gemeinsamer wahrer Wille der Parteien nicht ermittelt werden kann, eine objektive Interpretation des Vertrages vorsieht «*selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation*»²⁰. Es wird sich zeigen müssen, ob die Gerichte in dieser Regelung künftig insbesondere nach schweizerischem Vorbild²¹ einen Ansatz für eine ergänzende Vertragsauslegung finden werden, die allenfalls auch Vorrang vor einem Rückgriff auf Art. 1195 C. civ. beanspruchen könnte²². Dies ist freilich wenig wahrscheinlich, da der Reformgesetzgeber mit dem ausdrücklich subsidiären Art. 1188 Abs. 2 C. civ. zugleich in Art. 1192 C. civ. das in ständiger Rechtsprechung der *Cour de cassation* ausnahmsweise²³ auch als zwingend betrachtete Verbot der *dénaturation des clauses claires et précises*²⁴ verankert hat, um die Gerichte an die «*importance de la force obligatoire du contrat et du respect de la volonté des parties*» zu erin-

²⁰ Nach NATHALIE MARTIAL-BRAZ, L'objectivation des méthodes d'interprétation: la référence à la «personne raisonnable» et l'interprétation in favorem, RDC 2015, 193, 198 bringt die neue Vorschrift eine Stärkung der objektiven Vertragsauslegung mit sich; insgesamt zum neuen Recht der Vertragsauslegung ANNE ETIENNEY DE SAINTE MARIE, Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation, RDC 2016, 384 ff. sowie rechtsvergleichend BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON, Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation des contrats: perspective comparatiste et internationale, RDC 2017, 363 ff.

²¹ S. insbesondere BGE 51 II 303, 309 ff.; PIERRE TERCIER, La «clausula rebus sic stantibus» en droit suisse des obligations, JdT 1979, 204 ff.; ERNST A. KRAMER, in: Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. VI/1/1, Bern, 1986, Art. 18 OR N 273 ff.

²² Bedeutsam könnte die ergänzende Vertragsauslegung vor allem dann werden, wenn der Gesetzgeber im Rahmen des Verfahrens der Ratifikation der Ordonnance vom 10. Februar 2016 noch auf die Möglichkeit der richterlichen Vertragsanpassung als Rechtsfolge verzichten sollte (dazu unten bei und in den Fn. 93 ff.).

²³ S. zum bislang nach st. Rspr. grundsätzlich lediglich empfehlenden Charakter der Auslegungsregeln des Code civil (Art. 1156 C. civ. alte Fassung) nur Cass. req. 18 mars 1807 S.1807.1.361 und Cass. civ. 19 déc. 1995 Bull.civ.I.n° 466; JEAN CARBONNIER, Droit civil – les obligations, 22. Aufl., Paris 2000, N 142 f. (N 146: «petit guide-âne»); s. aber auch die Kritik von CYRIL GRIMALDI, La valeur normative des directives d'interprétation, RDC 2015, 154 ff.; obwohl der Gesetzgeber keine Veränderung anstrebte, halten das neue Recht nunmehr für verbindlich ETIENNEY DE SAINTE MARIE (Fn. 20), S. 388 f.; CLAUDE WITZ, L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats, D.2015.2020 und FAUVARQUE-COSSON (Fn. 20), S. 366.

²⁴ Cass. civ. 15 avr. 1872 DP.1872.1.176; Cass. civ. 6 juin 1921 DP.1921.1.73; Cass. civ. 27 janv. 1931 Gaz.Pal.1931.1.448; Cass. civ. 29 mai 1933 Gaz.Pal.1933.2.316; Cass. civ. 9 oct. 1940 D.1941.Jur.130; Cass. civ. 16 déc. 1940 D.1941.Jur.130; Cass. civ. 14 déc. 1942 D.1944.Jur.112; Cass. com. 18 janv. 1950 D.1950.Jur.397; Cass. com. 5 juill. 1984 JCP 1985 II 20409.

nern²⁵. Damit hat der Gesetzgeber ausdrücklich an die Tradition angeknüpft, mit der die *Cour de cassation* mehr als hundert Jahre lang Versuchen der Untergerichte entgegen getreten ist, die strenge formale Vertragsbindung unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen interpretatorisch aufzuweichen²⁶. Die *Cour de cassation* hat insbesondere die Nichtaufnahme einer positiven Vertragsklausel (Anpassungsklausel, Neuverhandlungsklausel etc.) als bewusste Entscheidung der Parteien interpretiert und eine richterliche Vertragshilfe unter dem «Vorwand» der Auslegung abgelehnt²⁷. Anstatt wie namentlich verbreitet im schweizerischen Recht²⁸ von einer Vertragslücke auszugehen, wurde eine formal verstandene Vertragsbindung proklamiert²⁹. Allenfalls wird es daher – noch im Rahmen einer subjektiven Auslegung des Vertrags – möglich sein, dass das Gericht «*prolonge les lignes ébauchées dans le contrat et développe sa logique interne*»³⁰. Im Übrigen wird man annehmen können, dass die Gerichte eher auf die neue Spezialregelung der Problematik in Art. 1195 C. civ. als auf eine ergänzende Vertragsauslegung zurückgreifen werden. Denn die Vertragsauslegung ist gerade im französischen Recht keine «*libre recherche scientifique*»³¹. Sofern sich keine Anhaltspunkte im Vertrag finden, entspräche dies auch der herrschenden Lehre

²⁵ Rapport au Président de la République (Fn. 15) Titre 1^{er}, Sous-titre 1^{er}, Chapitre III.

²⁶ Dazu speziell im Zusammenhang mit Umstandsänderungen Cass. civ. 6 mars 1876 D.1876.1.193 und Cass. civ. 15 nov. 1933 Gaz.Pal.1934.1.68; dazu allgemein DANIEL TRICOT, Le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions, RDC 2015, 149 ff.

²⁷ Cass. civ. 15 nov. 1933 Gaz.Pal.1934.1.68; Cass. civ. 4 juill. 1968 Bull.civ.III.n° 325; Cass. com. 31 mai 1988 Bull.civ.IV.n° 189; Cass. civ. 4 oct. 1989, Bull.civ.III.n° 184; rechtsvergleichend BERNHARD JURISCH, Vertragsauslegung und Vertragsergänzung nach französischem Recht verglichen mit dem deutschen Recht, Berlin 1975, S. 63 ff. (insb. S. 82).

²⁸ S. dazu die Nachweise in Fn. 21.

²⁹ Cass. civ. 6 mars 1876 D.1876.1.193, 197 («Que dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants...»); ferner Cass. civ. 16 janv. 1961 Bull.civ.I.n° 34; Cass. com. 18 déc. 1979 Bull.civ.IV.n° 339.

³⁰ Vgl. dazu etwa im schweizerischen Recht WALTER YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, ZBJV 97 (1961), S. 63; BK-KRAMER (Fn. 21), Art. 18 OR N 326; im deutschen Recht etwa DIETER MEDICUS, Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, in: Horst Heinrich Jakobs et al. (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume, Bd. 1, Köln 1978, S. 644; DANIELE BERGLAR, Der subjektive Lösungsansatz in der Geschäftsgrundlagenlehre, Köln 1982, S. 155, 161 und 174.

³¹ So in Anspielung auf das berühmte Postulat von François GénY OLIVIER DESHAYE, Les directives d'interprétation du Code civil: la cohérence des textes, RDC 2015, 165; ähnlich auch ANNE ETIENNEY DE SAINTE MARIE, «L'interprétation créatrice»: l'interprétation et la détermination du contenu du contrat, RDC 2015, 166.

im deutschen Recht zum Verhältnis der ergänzenden Vertragsauslegung zu § 313 BGB³².

C. Beschränkung auf nachträgliche Umstandsänderungen

Da Art. 1195 Abs. 1 C. civ. ausdrücklich auf ein «*changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat*» Bezug nimmt, scheint fraglich, ob die neue Regelung auch die lediglich nachträgliche Entdeckung von bereits bei Vertragsschluss gegebenen Umständen erfasst. Die bisherige französische Praxis hat diese Fälle als solche des Irrtums (*erreur sur la substance*; jetzt *erreur sur les qualités essentielles*)³³, des fehlenden Verpflichtungsgrundes (*absence de cause*)³⁴ oder der Mängelgewährleistung (*vices cachés*)³⁵ erfasst. Es liegt nahe, davon auch im neuen Recht auszugehen³⁶. Es ist aber auch denkbar, dass diese Fälle künftig – im Ergebnis wie im deutschen Recht³⁷ und in den UPICC³⁸ – bei weiter Auslegung noch unter Art. 1195 C. civ. subsumiert werden³⁹. Unter Umständen können damit wie im deutschen Recht die bei einem beiderseitigen Irrtum nicht gerechtfertigten Nachteile der Anfechtung für den Betroffenen vermieden werden⁴⁰.

³² S. etwa KARL LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung – Die Bedeutung veränderter Umstände im Zivilrecht*, 3. Aufl., München 1963, S. 166; SIGURD LITTBARSKI, *Neuere Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der Geschäftsgrundlage*, JZ 1981, 8 ff.; WALFRID HARTKOPF, *Abgrenzung der Leistungsstörungen von der Gewährleistung und dem Institut der Geschäftsgrundlage*, Berlin 1982, S. 276 ff.; JURISCH (Fn. 27), S. 146 ff.; a.A. allerdings FRITZ NICKLISCH, *Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre*, BB 1980, 949; CHRISTOPH MÜLLER, *Zur Diskussion um die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage*, JZ 1981, 337; THOMAS FINKENAUER, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. II (§§ 241–432), 7. Aufl., München 2016, § 313 N 41 ff.

³³ Cass. civ. 23 nov. 1931 D.1932.1.129; Cass. civ. 25 mai 1972 Bull.civ.III.n° 330; Cour de Rouen 19 mars 1968 D.1969.Jur.211.

³⁴ Vgl. ALFRED RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris 1961, S. 102 ff.

³⁵ Cass. civ. 16 juin 1966 Bull.civ.I.n° 374; vgl. auch Cass. civ. 6 nov. 1974 D.1980.IR.28; Cass. civ. 29 avr. 1975 Gaz.Pal.1975.2.604.

³⁶ So etwa RÉMY CABRILLAC, *L'article 1196: La porte entrouverte à l'admission de l'imprévision*, RDC 2015, 772.

³⁷ Zur traditionellen Gleichbehandlung des Fehlens (jetzt § 313 Abs. 2 BGB) und des Wegfalls (jetzt § 313 Abs. 1 BGB) der Geschäftsgrundlage im deutschen Recht vor Inkrafttreten von § 313 BGB zum 1.1.2002 s. nur BGH vom 13.11.1975 NJW 1976, 565 f., BGH vom 6.12.1989 NJW 1990, 569 und LARENZ (Fn. 32), S. 20 ff.

³⁸ Art. 6.2.2 lit. a UPICC 2016.

³⁹ In diesem Sinne DESHAYES/GENICON/LAITHIER (Fn. 18), S. 391, welche die nachträgliche Kenntniserlangung als Umstandsänderung betrachten.

⁴⁰ LARENZ (Fn. 32), S. 23; REINER SCHULZE, in: *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar*, 9. Aufl., Baden-Baden 2016, § 313 BGB N 6.

D. Beschränkung auf unvorhersehbare Umstandsänderungen

Art. 1195 Abs. 1 C. civ. setzt ausdrücklich voraus, dass die Umstandsänderung (nach Grund oder Umfang) unvorhersehbar (*imprévisible*) gewesen ist. Diese Frage beurteilt sich wie im Rahmen von Art. 1218 Abs. 1 C. civ. (*force majeure*) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus der Sicht eines durchschnittlich vorausschauenden und erfahrenen Vertragspartners⁴¹. Es handelt sich um eine klassische Voraussetzung, die der ganzen Lehre von der Anpassung des Vertrags an veränderte Umstände ihren Namen gegeben hat⁴². Während auch in den supranationalen Vertragsrechtskodifikationen⁴³ und regelmässig im schweizerischen Recht⁴⁴ auf die Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit abgestellt wird, bleibt sie in § 313 BGB unerwähnt. Im deutschen Recht ist die Vorhersehbarkeit einer Umstandsänderung daher nur ein Indiz für eine Risikoübernahme durch die betroffene Partei⁴⁵ bzw. für die Zumutbarkeit eines Festhaltens am Vertrag⁴⁶, welche die Anwendung von § 313 BGB aber nicht zwingend ausschliesst⁴⁷.

⁴¹ REVET (Fn. 14), S. 376 und NICOLAS MOLFESSIS, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, JCP G 2015, 2391.

⁴² STOYANOVITCH (Fn. 6), S. 117 ff.; JEAN AUVERNY-BENNETOT, La théorie de l'imprévision – Droit privé, droit administratif et droit ouvrier, Paris 1938, S. 52 ff.; P. VOIRIN, De l'imprévision dans les rapports de droit privé, Nancy 1922, S. 173 («...l'imprévisibilité apparaît comme une question de plus ou de moins dans les chances de réalisation d'un écart de valeur d'une amplitude donnée; elle est exclue par la certitude ou la probabilité sérieuse, mais non par la probabilité vague qui s'attache à toutes choses possibles dans le monde»); zum Standard des durchschnittlichen Vertragspartners näher VOIRIN, ebd., S. 165 ff.

⁴³ Art. 6:111 Abs. 2 lit. b PECL 1999 und Art. 6.2.2 lit. b UPICC 2016.

⁴⁴ Art. 373 Abs. 2 OR; BGE 51 II 303, 309; BGE 100 II 349; BGE 101 II 17, 21; BGE 104 II 314, 316 f.; KARL OFTINGER, Die krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge, SJZ 36 (1939/40), 234 (objektive Aussergewöhnlichkeit); PASCAL PICHONNAZ, La modification des circonstances et l'adaptation du contrat, in: Pascal Pichonnaz/Franz Werro (Hrsg.), La pratique contractuelle – 2^e Symposium en droit des contrats, Genf 2011, S. 27 f.

⁴⁵ CHRISTIAN GRÜNEBERG, in: Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl., München 2018, § 313 BGB N 23; GERD LEMBKE, Vorhersehbarkeit und Geschäftsgrundlage – Eine Untersuchung über die Bedeutung der Vorhersehbarkeit und der Erkennbarkeit für den Rechtsbehelf des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage, Köln 1991, S. 185 f.

⁴⁶ ARISTIDE CHIOTELLIS, Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen, München 1980, S. 58 und 132; STÜRNER (Fn. 17), N 14.

⁴⁷ BGH vom 27.3.1981 NJW 1981, 1668; BGH vom 28.9.1990 BGHZ 112, 261; LEMBKE (Fn. 45), S. 185 f.

E. Beschränkung auf extreme Leistungerschwerungen

Art. 1195 C. civ. soll nur extreme Leistungerschwerungen erfassen («*rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie*»)⁴⁸. Damit ist zunächst eine Abgrenzung einerseits zu den Fällen der Leistungsunmöglichkeit durch *force majeure* (Art. 1218 C. civ.) und *cas fortuit* (Art. 1647 Abs. 2, 1722 C. civ.) sowie andererseits zur einfachen Leistungerschwerung vorzunehmen⁴⁹. Anders als das deutsche Recht (vgl. § 275 Abs. 2 und Abs. 3 BGB) kennt das französische Recht aber keine Sondertatbestände der unverhältnismässigen faktischen oder persönlichen Leistungerschwerung, die von Art. 1195 C. civ. abzugrenzen wären⁵⁰. Stattdessen ist in diesem Zusammenhang aber noch das Verhältnis zum neuen Art. 1186 Abs. 1 C. civ. (Nichtigkeit des Vertrags beim Wegfall eines wesentlichen Vertragselements) zu klären⁵¹. Es ist anzunehmen, dass Art. 1186 Abs. 1 C. civ. anders als Art. 1195 C. civ. die Fälle der nachträglichen Zweckstörung erfassen soll⁵², die nur bei einer sehr weiten Auslegung des Äquivalenzbegriffs noch als Leistungerschwerungen i.S.v. Art. 1195 Abs. 1 C. civ. betrachtet werden könnten. Insofern besteht ein Unterschied zum deutschen Recht, das die Fälle der Zweckstörung traditionell ebenfalls unter den weiten und von Windscheids Voraussetzungslehre auch subjektiv gefärbten Begriff der Geschäftsgrundlage subsumiert⁵³, und zur schweizerischen Rechtsprechung und h.L., wonach auch nachträgliche Zweckstörungen als Grundlagenirrtümer i.S.v. Art. 24 Abs. 1

⁴⁸ S. nur DESHAYES/GENICON/LAITHIER (Fn. 18), S. 394 ff. und REVET (Fn. 14), S. 376.

⁴⁹ Diese Abgrenzung obliegt den Tatrüchtern (dazu etwa Cass. civ. 24 mars 1874 S.1874.1.428), die dabei zu ein und demselben Fall durchaus unterschiedlicher Ansicht sein können (z.B. Trib. com. de la Seine 2 janv. 1871 D.1871.3.18 und Trib. com. de la Seine 2 janv. 1871 D.1873.1.78 einerseits sowie Cour de Paris 16 août 1871 D.1873.1.78 andererseits).

⁵⁰ Vgl. zur umstrittenen Abgrenzung zwischen dem vorrangigen § 275 Abs. 2 und Abs. 3 BGB (sog. faktische und persönliche Unmöglichkeit) und § 313 BGB (Fälle der sog. wirtschaftlichen und moralischen Unmöglichkeit) BT-Drucks. 14/6040, S. 130; SCHULZE (Fn. 40), N 7 ff.; STÜRNER (Fn. 17), N 6; differenziert FINKENAUER (Fn. 32), N 160 ff.

⁵¹ Dazu auch DESHAYES/GENICON/LAITHIER (Fn. 18), S. 395 f.

⁵² Vgl. dazu schon früher Cass. civ. 30 déc. 1941 D.A.1942.98; Cass. civ. 3 mars 1982 Bull.civ.I.n° 97 und Cass. civ. 16 déc. 1986 Bull.civ.I.n° 301 unter Hinweis auf das früher umstrittene Institut des Wegfalls der *cause*; gegen eine Berufung auf den Wegfall der *cause* allerdings Cass. com. 8 nov. 1972 D.1973.753; Cass. com. 21 oct. 1974 Bull.civ.IV.n° 255; Cass. civ. 25 oct. 1977 Bull.civ.III.n° 355 und Cass. civ. 9 juill. 1980 D.1981.IR.312.

⁵³ Näher und zugleich rechtsvergleichend JUNG (Fn. 8), S. 152 ff.; zur umstrittenen Abgrenzung zur Unmöglichkeit s. einerseits HELMUT KÖHLER, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971 und andererseits VOLKER BEUTHIEN, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969.

Ziff. 4 OR qualifiziert werden können⁵⁴. Während die Nichtigkeit nach Art. 1186 f. C. civ. *ipso iure* besteht, muss sich die betroffene Partei auf eine Geschäftsgrundlagenstörung (§ 313 BGB) bzw. einen Grundlagenirrtum (Art. 31 OR) berufen. Ausserdem wird sich zeigen müssen, ob nach Art. 1186 f. C. civ. wie im Rahmen von § 313 BGB und der Anfechtung wegen Grundlagenirrtums⁵⁵ auch eine Vertragsanpassung möglich sein wird. Demgegenüber dürfte sich die unterschiedliche Fassung der Tatbestände wegen der Unbestimmtheit der jeweiligen Voraussetzungen und der allgemeinen Massgeblichkeit von Risikoverteilungsgesichtspunkten im Ergebnis nicht grundsätzlich auswirken⁵⁶.

Die blosse Bezugnahme auf eine Leistungerschwerung wirft zudem die Frage auf, ob Art. 1195 C. civ. auch in Fällen einer extremen Entwertung der Gegenleistung anwendbar ist, wie dies nach Art. 89 des Verordnungsentwurfs für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht ausdrücklich der Fall sein soll⁵⁷. Im Lichte der historischen Entwicklung der *théorie de l'imprévision*, die sich in Frankreich im Verwaltungsvertragsrecht und in Opposition zur Entscheidung der *Cour de cassation* im Fall *Canal de Craponne* gerade auch an Fällen der entwerteten Gegenleistung herausgebildet hat, sowie angesichts der generellen Anlehnung des Gesetzgebers an die transnationalen Vertragsrechtskodifikationen, die diese Fallkonstellation aufgrund ihrer allgemeineren Bezugnahme auf Äquivalenzstörungen ebenfalls erfassen⁵⁸, sollte die Frage zu bejahen sein. Schliesslich kann die Leistungerschwerung durchaus in

⁵⁴ STEFAN SULZER, Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 2002; BK-KRAMER (Fn. 21), Art. 18 OR N 302 ff. m.w.N.; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 37.24 ff.; rechtsvergleichend näher ERNST A. KRAMER, Der Irrtum beim Vertragsschluß, Zürich 1998, S. 65 f.

⁵⁵ Zur Möglichkeit der Vertragsanpassung über Art. 20 Abs. 2 und Art. 25 Abs. 1 OR s. nur BK-KRAMER (Fn. 21), Art. 18 OR N 310.

⁵⁶ Ohnehin kommen die Voraussetzungen des Grundlagenirrtums (vgl. nur BGE 95 II 407, 409; BGE 97 II 43, 47) dem subjektiv gefassten Wortlaut von § 313 Abs. 1 BGB («Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.») schon sehr nahe.

⁵⁷ KOM(2011) 635 endg.; zuvor bereits ebenfalls Art. III.-1:110 Abs. 1 und Abs. 2 des Draft Common Frame of Reference – Outline Edition 2009.

⁵⁸ Art. 6:111 Abs. 1 PECL 1999; Art. 6.2.2 UPICC 2016; vgl. dazu auch die Art. 1135-1 und 1135-2 des französischen *Avant-projet de réforme du droit des obligations* («Rapport Catala») vom 22.9.2005, die auf eine Störung des «équilibre initial des prestations réciproques» Bezug nehmen.

einem weiten Sinne relativ verstanden werden, so dass auch ein verschlechtertes Kosten-Nutzen-Verhältnis die Leistung erschwert⁵⁹.

Die objektive Bezugnahme auf eine extreme Leistungerschwerung steht im Einklang mit den transnationalen Vertragsrechtskodifikationen⁶⁰. Sie unterscheidet sich in der Formulierung von § 313 Abs. 1 BGB, der zwar auch auf eine (objektiv) schwerwiegende Umstandsänderung abstellt, deren erforderliche Auswirkung auf den Vertrag jedoch subjektiv mit Hilfe des hypothetischen Parteiwillens umschreibt («...und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten...»). Letztlich stellt man aber auch im deutschen Recht auf das objektive Ausmass einer Äquivalenzstörung ab. Die subjektive Formulierung des Tatbestands beruht vor allem auf der zusätzlichen Erfassung der im französischen Recht ausserhalb von Art. 1195 C. civ. angesiedelten Fälle der Zweckstörung. Auf der anderen Seite haben Vertreter der *théorie de l'imprévision* im französischen Recht auch schon auf den hypothetischen Parteiwillen abgestellt, um das objektive Kriterium der *onérosité excessive* näher zu konkretisieren⁶¹.

F. Fehlende Risikotragung durch die betroffene Partei

Nach der sog. *théorie des risques* geht es im französischen Recht ebenso wie im deutschen⁶² und schweizerischen⁶³ Recht bei nachträglichen Umstandsänderungen zunächst darum, dieses Risiko soweit wie möglich nach den Regeln der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung zuzuweisen⁶⁴, bevor es mit Hilfe von Art. 1195 C. civ. verteilt wird. Letztlich kann man auch die Tatbestandsmerkmale der *imprévisibilité* und der *onérosité excessive* als Ausdruck dieses für Art. 1195 C. civ. zentralen Gedankens betrachten⁶⁵. Obwohl die neue Regelung als negative Voraussetzung nur von einer fehlenden (ver-

⁵⁹ So auch DESHAYES/GENICON/LAITHIER (Fn. 18), S. 396 f.

⁶⁰ Art. 6:111 Abs. 2 PECL 1999 und Art. 6.2.2 UPICC 2016.

⁶¹ SÉBASTIEN SERBESCO, Effets de la guerre sur l'exécution des contrats, RTD civ., 1917, 360; BOMSEL, La théorie de l'imprévision en droit civil français, Paris 1922, S. 68.

⁶² Ausdrücklich seit 1.1.2002 § 313 Abs. 1 BGB; bereits zuvor BGH vom 14.1.1962 WM 1962, 625; BGH vom 6.7.1964 MDR 1964, 914; BGH vom 23.3.1966 JZ 1966, 409; BGH vom 20.12.1974 WM 1975, 274; BGH vom 13.7.1977 MDR 1978, 132; BGH vom 23.3.1982 MDR 1982, 749; BGH vom 27.2.1985 NJW 1985, 2693; BGH vom 5.5.1978 BGHZ 71, 293.

⁶³ S. etwa JACQUES BISCHOFF, Vertragsrisiko und *clausula rebus sic stantibus* – Risiko-
zuordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen, Zürich 1983.

⁶⁴ Rechtsvergleichend HUGO BARBIER, La liberté de prendre des risques, Marseille 2011, N 395 ff.

⁶⁵ So etwa DESHAYES/GENICON/LAITHIER (Fn. 18), S. 399 ff. und REVET (Fn. 14), S. 376 f.

traglichen) Risikoübernahme spricht («*n'avait pas accepté d'en assumer le risque*»), sind in Ermangelung besonderer Vereinbarungen zweifellos auch gesetzliche Risikozuweisungen zu beachten⁶⁶, wie dies in § 313 Abs. 1 BGB auch ausdrücklich erwähnt wird. Ausserdem ist davon auszugehen, dass eine Partei das Risiko einer Umstandsänderung im Zweifel auch dann trifft, wenn sie diese selbst verursacht⁶⁷ oder wenn sie ihre Leistung gleichwohl vorbehaltlos erbracht hat⁶⁸.

III. Rechtsfolgen von Art. 1195 C. civ.

A. Pflicht zur Neuverhandlung

Sofern die Voraussetzungen von Art. 1195 C. civ. vorliegen, kann und muss die von einer Umstandsänderung negativ betroffene Partei zunächst von ihrer Vertragspartnerin eine Neuverhandlung des Vertrages verlangen. Vorbild waren die transnationalen Vertragsrechtskodifikationen⁶⁹ und die französische Kautelarpraxis⁷⁰, während man im deutschen⁷¹ und schweizerischen⁷² Recht

⁶⁶ Vgl. zur Berücksichtigung einer gesetzlichen Risikozuweisung bereits STOYANOVITCH (Fn. 6), S. 63 ff.; ROGER REVIRIOT, *Le droit privé français et la théorie de l'imprévision: Essai sur un aspect de l'interprétation de la loi*, Genf 1951, S. 77 und 81 f.

⁶⁷ Vgl. dazu unter Hinweis auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens im deutschen Recht BGH vom 5.5.1978 BGHZ 71, 293; BGH vom 10.11.2004 NJW 2005, 362; PAUL OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig 1921, S. 174 f.; STÜRNER (Fn. 17), N 18; im schweizerischen Recht BGE 47 II 440, 461; BGE 50 II 158, 166 (*obiter*); BGE 104 II 314, 316.

⁶⁸ Vgl. dazu unter Hinweis auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens im deutschen Recht BGH vom 24.11.1995 BGHZ 131, 209, 216; OLG Stuttgart vom 9.8.1951 NJW 1952, 385; im schweizerischen Recht BISCHOFF (Fn. 63), S. 220; grds. auch BK-KRAMER (Fn. 21), Art. 18 OR N 345; lediglich für einen Ausschluss der Vertragsauflösung BGE 47 II 314, 319.

⁶⁹ Art. 6:111 PECL; Art. 6.2.2 und 6.2.3 UPICC 2016; Art. III.-1:110 DCFR.

⁷⁰ S. zu den *clauses de force majeure* etwa JEAN-JACQUES BARBIÉRI, *Vers un nouvel équilibre contractuel? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et exécution du contrat*, Toulouse 1981, S. 449 ff. und 487 ff.; zu den *Kriegsklauseln* etwa WAHL (Fn. 6), Bd. 2, S. 39 ff. und 44 ff.; zu den *clauses de hardship ou sauvegarde* etwa BRUNO OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux*, Clunet 1974, 794 ff. und FAUVARQUE-COSSON (Fn. 8), N 26 f. und 33 f.; zu den *clauses compromissaires* etwa PHILIPPE FOUCHARD, *L'adaptation des contrats*, *Rev. de l'arbitrage* 1979, 71 ff. und zu den *clauses d'indexation* etwa ROGER BELIN, *Les index économiques dans les contrats publics et privés*, Paris 1942, S. 103 ff.; allgemein dazu RÉGIS FABRE, *Les clauses d'adaptation*, *RTD civ.* 1983, 1 ff.

⁷¹ S. nur UWE DIEDERICHSEN, *Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts*, *AcP* 182 (1982), 109; FINKENAUER (Fn. 32), N 122; s. allerdings auch BGH vom 30.9.2011 NJW 2012, 376 sowie in der Lehre etwa HORST EIDENMÜLLER, *Neuverhandlungspflichten*

einer solchen Neuverhandlungspflicht traditionell überwiegend skeptisch gegenübersteht. Wie nach den *Unidroit Principles*⁷³ hat das Neuverhandlungsbegehren ausdrücklich keine aufschiebende Wirkung im Hinblick auf die Verpflichtung zur Leistungserbringung (Art. 1195 Abs. 1 S. 2 C. civ.). Die Gerichte können allerdings auch in dieser Situation die Leistungspflicht nach Art. 1343-5 C. civ. aufschieben (*délai de grâce*)⁷⁴. Die andere Partei trifft eine mit Schadenersatz bewehrte Pflicht zur Neuverhandlung nach Treu und Glauben⁷⁵. Dabei schweigt Art. 1195 C. civ. allerdings über den genauen Inhalt dieser Neuverhandlungspflicht⁷⁶. Immerhin dürfte der subsidiär drohende Eingriff des Gerichts in den Vertrag die Parteien regelmässig zu ernsthaften Verhandlungen anhalten. Unklar ist zudem die Rechtsnatur der Neuverhandlungspflicht⁷⁷. Es sollte sich allerdings um eine blossе tätigkeitsbezogene (*obligation de moyen*) und nicht um eine erfolgsbezogene (*obligation de résultat*) Pflicht handeln⁷⁸, da Art. 1195 C. civ. auf den Prozess des Verhandelnсs zielt und die Parteien das Verhandlungsergebnis nicht akzeptieren müssen⁷⁹. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob es sich um eine einklagba-

bei Wegfall der Geschäftsgrundlage, ZIP 1995, 1070 f. und NORBERT HORN, Neuverhandlungspflicht, AcP 181 (1981), 255 ff.

⁷² Die Notwendigkeit einer vorgängigen Neuverhandlung findet zumindest keine besondere Erwähnung; vgl. dazu etwa Art. 373 Abs. 2 OR; BGE 127 III 307; BK-KRAMER (Fn. 21), Art. 18 OR N 353; s. auch VALENTIN MONN, Die Verhandlungsabrede. Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten, Zürich 2010, N 1594.

⁷³ Art. 6.2.3 Abs. 2 UPICC 2016.

⁷⁴ Für eine grosszügige Anwendung des alten Art. 1244 Abs. 2 C. civ. im Falle unvorhergesehener erheblicher Leistungerschwerungen AUVERNY-BENNETOT (Fn. 42), S. 134 f.

⁷⁵ Vgl. Art. 1112 C. civ. und Cass. com. 3 nov. 1992 Bull.civ.IV.n° 338; vgl. auch Art. 6:111 Abs. 3 PECL 1999 (Neuverhandlung gemäss den Grundsätzen von «*good faith and fair dealing*»); nach DESHAYES/GENICON/LAITHIER (Fn. 18), S. 406 (mit Fn. 84) ist die analoge Anwendung von Art. 1112 Abs. 2 C. civ. allerdings abhängig von dem umstrittenen Recht des Schuldners, eine Vertragsanpassung (*obligation de résultat*) verlangen zu können (dazu sogleich).

⁷⁶ Mit MICHAEL MARTINEK, Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten. Bestandsaufnahme, Kritik... und Ablehnung, AcP 198 (1998), 341 kann man formelle (Erscheinen, Einhalten eines Zeitplans etc.) und materielle (Erkundigungen, Ausarbeitung von Vorschlägen etc.) unterscheiden.

⁷⁷ Vgl. dazu im französischen Recht YVES PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Paris 1989 S. 224 f.; im schweizerischen Recht MONN (Fn. 72); im deutschen Recht HORN (Fn. 71), S. 282 f.; MARTINEK (Fn. 76), S. 335 f.; KARL RIESENHUBER, Vertragsanpassung wegen Geschäftsgrundlagenstörung. Dogmatik, Gestaltung und Vergleich, BB 2004, 2699.

⁷⁸ FAUVARQUE-COSSON (Fn. 8), N 37.

⁷⁹ Vgl. zur Unterscheidung zwischen Neuverhandlungspflicht und Zustimmungspflicht Cass. com. 3 oct. 2006 D.2007.765 (Anm. MAZEAUD) sowie im deutschen Recht z.B. HORN (Fn. 71), S. 282 f., der sich für eine Zustimmungspflicht ausspricht, und ANDREAS NELLE, Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten, München 1994, S. 12.

re Leistungspflicht⁸⁰, um eine mit Schadenersatz bewehrte Schutzpflicht⁸¹ oder lediglich um eine Obliegenheit handelt, deren Verletzung allein den subsidiären richterlichen Vertragseingriff nach sich zieht⁸². In jedem Fall steht die Neuverhandlungspflicht im Einklang mit supranationalen⁸³ und transnationalen⁸⁴ Standards.

B. Einvernehmliche Auflösung des Vertrags oder Ermächtigung des Gerichts zur Vertragsanpassung

Im Falle einer Verweigerung oder eines Scheiterns der Neuverhandlung des Vertrags können die Parteien einvernehmlich den Vertrag entweder auflösen oder vom Gericht dessen Anpassung an die veränderten Umstände verlangen (Art. 1195 Abs. 2 S. 1 C. civ.). In einer zweiten Phase obliegt es also nochmals den Parteien, einvernehmlich über die Auflösung des Vertrags mit Wirkung *ex tunc* bzw. *ex nunc* oder über eine Ermächtigung des Gerichts zur Vertragsanpassung zu entscheiden. Dabei können die Parteien dem Gericht auch Vorgaben für die Vertragsanpassung machen⁸⁵. Auf ein einseitiges Gestaltungsrecht zur Vertragsauflösung hat der französische Gesetzgeber entgegen einem ursprünglichen Vorschlag⁸⁶ und im Unterschied zum deutschen Recht (vgl. § 313 Abs. 3 BGB) verzichtet. Art. 1195 Abs. 2 S. 1 C. civ. stellt insofern eine Besonderheit dar, als er eine zwischen den Parteien nicht streitige Einbeziehung des Gerichts als unparteiische Instanz ermöglicht, was zugleich einen Daseinsgrund der ganzen Regelung bildet. Es ist dabei zu vermuten, dass das Gericht trotz seiner einvernehmlichen Anrufung durch die Parteien nicht einfach die begehrte Vertragsanpassung vornehmen, sondern zu-

⁸⁰ Zu dieser Möglichkeit DENIS MAZEAUD, *Renégocier ne rime pas avec réviser!*, D.2007.765; im deutschen Recht HORN (Fn. 71), S. 285.

⁸¹ Vgl. dazu insbesondere Art. 6:111 Abs. 3 PECL 1999; eine Schadenersatzsanktion bei missbräuchlichem Verhalten einer Partei in Betracht ziehend Cass. com. 3 oct. 2006 D.2007.765 (Anm. MAZEAUD); vgl. im deutschen Recht BGH vom 30.9.2011 NJW 2012, 376 und RIESENHUBER (Fn. 77), S. 2699.

⁸² In diesem Sinne EIDENMÜLLER (Fn. 71), S. 1070 f.

⁸³ Vgl. Art. 89 des Verordnungsentwurfs vom 11.10.2011 für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (KOM[2011] 635 endg.).

⁸⁴ Art. 6:111 Abs. 2, 3 PECL 1999; Art. 6.2.3 UPICC 2016.

⁸⁵ Vgl. zu möglichen Vorgaben von Seiten der Parteien auch BGE 127 III 307 f. und PICHONNAZ (Fn. 44), S. 38 f. für das schweizerische Recht sowie JUNG (Fn. 8), S. 241 f. für das deutsche Recht.

⁸⁶ Art. 1135-3 *Avant-projet de réforme du droit des obligations* («Rapport Catala») vom 22.9.2005.

nächst die Voraussetzungen von Art. 1195 Abs. 1 C. civ. prüfen wird, weil nur dann die Inanspruchnahme der Justiz gerechtfertigt ist⁸⁷.

C. Einseitige Anrufung des Gerichts zum Zwecke der Vertragshilfe

In einer dritten Phase ist schliesslich nach dem Scheitern einer Einigung und dem Ablauf einer angemessenen Frist die streitige Anrufung des Gerichts durch eine der Parteien möglich. Das Gericht hat dann die Möglichkeit, grundsätzlich frei über die Anpassung oder Auflösung des Vertrages mit Wirkung *ex tunc* oder *ex nunc* zu entscheiden. Das gilt allerdings zumindest dann nicht, wenn die Parteien übereinstimmend nur eine Anpassung oder nur eine Auflösung wünschen⁸⁸. Entgegen der offenbar herrschenden Lehre⁸⁹, die sich auf die Dispositionsmaxime bezieht, sollte die das Gericht anrufende Partei allerdings nicht einseitig dazu in der Lage sein, den Entscheidungsspielraum des Gerichts einzuengen, da Art. 1195 Abs. 2 S. 2 C. civ. insofern eine ausdrücklich von Art. 4 f. CPC abweichende Regelung enthält. Mit einer im französischen Schrifttum vertretenen Ansicht sollte es dem Gericht auch nur möglich sein, das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 1195 Abs. 1 C. civ. festzustellen und die Parteien erneut zur Neuverhandlung zu verpflichten⁹⁰. Die Option, trotz gegebener Voraussetzungen gar nichts anzuordnen, sollte dem Gericht allerdings verwehrt sein⁹¹.

Die ausdrücklich in Art. 1195 Abs. 2 S. 2 C. civ. vorgesehene richterliche Anpassung des Vertrags, für die das Gesetz keine inhaltlichen Vorgaben macht⁹², war und ist in Frankreich besonders umstritten⁹³. Im Rahmen des

⁸⁷ So auch DESHAYES/GENICON/LAITHIER (Fn. 18), S. 409 f.; a.A. MOLFESSIS (Fn. 41), S. 2391 und REVET (Fn. 14), S. 378.

⁸⁸ REVET (Fn. 14), S. 378.

⁸⁹ FÉDOU (Fn. 7), S. 383; DESHAYES/GENICON/LAITHIER (Fn. 18), S. 412 f.

⁹⁰ DESHAYES/GENICON/LAITHIER (Fn. 18), S. 410 f.

⁹¹ So auch unter Hinweis auf ein dann widersprüchliches Verhalten des Gerichts REVET (Fn. 14), S. 378; a.A. DESHAYES/GENICON/LAITHIER (Fn. 18), S. 413 f.

⁹² Im Anschluss an Art. 92 Abs. 3 du Volume de propositions pour une réforme du droit des contrats de l'Académie des Sciences morales et politiques («Rapport Terré») vom 1.12.2008 wird überwiegend gefordert, dass das Gericht sich an den legitimen Erwartungen der Parteien orientiert (dazu etwa MUSTAPHA MEKKI, L'ordonnance, N 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, D.2016.502 und CABRILLAC [Fn. 36], S. 772); die Anpassung ist auch rückwirkend möglich (dazu DESHAYES/GENICON/LAITHIER [Fn. 18], S. 415).

⁹³ Krit. zuletzt etwa CYRIL GRIMALDI, En attendant la loi de ratification..., D.2017.607; DESHAYES/GENICON/LAITHIER (Fn. 18), S. 414 f. («Elle rompt avec l'approche classique du droit français. ... Remarier judiciairement des divorcés ne semble pas une solution viable.»); für eine Anpassungsoption hingegen MOLFESSIS (Fn. 41), S. 2392 f.

Ratifikationsverfahrens hatte der *Sénat* diese Option in zwei Lesungen nochmals ausdrücklich abgelehnt⁹⁴. In der *Commission mixte paritaire* setzte sich dann aber doch die Ansicht der Mehrheitlich für eine Beibehaltung plädierenden *Assemblée Nationale*⁹⁵ durch⁹⁶. Nur so konnte die gewünschte Angleichung des französischen Rechts an die transnationalen Vertragsrechtskodifikationen, die wie das schweizerische Recht⁹⁷ die gerichtliche Anpassung des Vertrags als gleichberechtigte Möglichkeit neben der Auflösung vorsehen⁹⁸, verwirklicht werden. Gänzlich fern lag dem französischen Gesetzgeber der Gedanke, der Vertragsanpassung auch noch den Vorrang vor der Vertragsauflösung einräumen, wie dies der deutsche Gesetzgeber unter Hinweis auf das Verhältnismässigkeitsprinzip in § 313 BGB getan hat⁹⁹. Dafür gewährt § 313 Abs. 3 BGB der durch die Umstandsänderung benachteiligten Partei ein einseitiges Recht zum Rücktritt bzw. (bei Dauerschuldverhältnissen) zur Kündigung. Die deutschen Gerichte können daher allenfalls noch die Berechtigung des Schuldners zur Ausübung dieses Gestaltungsrechts überprüfen, den Vertrag aber nicht selbst beenden.

IV. Fazit

Mit der Reform des Schuldrechts im Jahr 2016 hat sich das französische Privatrecht nach einer über ein Jahrhundert lang währenden Auseinandersetzung um die *théorie de l'imprévision* mit dem neuen Art. 1195 C. civ. grundsätz-

⁹⁴ S. dazu texte N 629/2017-2018 adopté le 2 février 2017, en deuxième lecture, quant au projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Art. 8 I (nouveau), abrufbar unter www.assemblee-nationale.fr/15/projets/pl0629.asp (zuletzt besucht am 8.6.2018).

⁹⁵ Die Assemblée Nationale wollte diesbezüglich die Ordonnance vom 10. Februar 2016 ohne Änderungen ratifizieren (texte N 46/2017-2018 adopté le 11 décembre 2017, en première lecture, abrufbar unter www.assemblee-nationale.fr/15/ta/ta0046.asp; zuletzt besucht am 8.6.2018).

⁹⁶ S. Art. 8 des letztlich von beiden Kammern angenommenen Textentwurfs der CMP vom 14. März 2018 (abrufbar unter <https://www.senat.fr/leg/pj117-353.html>; zuletzt besucht am 8.6.2018).

⁹⁷ S. zur h.M. in der Schweiz nur BK-KRAMER (Fn. 21), Art. 18 OR N 354 ff.

⁹⁸ Art. 6:111 PECL; Art. 6.2.3 Abs. 4 UPICC 2016; Art. III.-1:110 Abs. 2 DCFR; s. auch noch Art. 89 Abs. 2 des Verordnungsentwurfs für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht.

⁹⁹ Nach § 313 Abs. 3 BGB können ein Rücktritt bzw. eine Kündigung nur erklärt werden, wenn «eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar» ist; zur Subsidiarität der Vertragsauflösung nach § 313 BGB auch BGH vom 30.9.2011 BGHZ 191, 139 N 25 und GRÜNEBERG (Fn. 45), N 40; bereits vor Inkrafttreten von § 313 BGB zum 1.1.2002 RALF KÖBLER, Die «*clausula rebus sic stantibus*» als allgemeiner Rechtsgrundsatz, Tübingen 1991, S. 251 und WILHELM HAARMANN, Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerschuldverhältnissen, Berlin 1979, S. 83; krit. FINKENAUER (Fn. 32), N 100 ff.

lich den anderen europäischen Rechtsordnungen angenähert¹⁰⁰. Vorbild waren insbesondere die transnationalen Vertragsrechtskodifikationen¹⁰¹. Indem Art. 1195 Abs. 1 C. civ. für die Pflicht zur Neuverhandlung des Vertrags bzw. für die subsidiäre richterliche Vertragshilfe eine extreme Leistungerschwerung aufgrund unvorhersehbarer Umstandsänderungen voraussetzt, folgt er einer alle Formen der Äquivalenzstörung erfassenden objektiven Konzeption. Fälle des beiderseitigen Irrtums und der nachträglichen Zweckstörung dürften namentlich im Gegensatz zum deutschen Recht nicht von Art. 1195 erfasst sein. Insoweit werden andere teils ebenfalls neue Konzepte und Regelungen wie die (im französischen Recht immer noch etwas unterentwickelte) *interprétation du contrat* (Art. 1188 C. civ.)¹⁰², die *force majeure* (Art. 1218 C. civ.), der *erreur sur les qualités essentielles* (Art. 1132 ff. C. civ.) und die *disparition d'un élément essentiel du contrat* (Art. 1186 Abs. 1 C. civ.) ergänzend hinzutreten. Originell zeigt sich die neue französische Regelung vor allem auf der Rechtsfolgenseite, indem sie zunächst auf eine Neuverhandlungspflicht setzt und eine gerichtliche Anpassung oder Beendigung des Vertrags auf einseitiges Begehren erst nach dem Scheitern dieser Neuverhandlungen *und* dem Nichtzustandekommen eines einvernehmlich an das Gericht adressierten Anpassungsbegehrens innert angemessener Frist in einer dritten Phase vorsieht.

Noch gibt es zahlreiche Bedenken gegen Art. 1195 C. civ, die in Hinweisen auf seine dispositive Natur, seine beschränkte Bedeutung und in einer restriktiven Auslegung insbesondere auch auf der Rechtsfolgenseite zum Ausdruck kommen¹⁰³. Auch die nicht erst im Rahmen der notwendigen Ratifikation der *Ordonnance* vom 10. Februar 2016 besonders umstrittene Option der richterlichen Vertragsanpassung¹⁰⁴ dürfte weiter unter besonderer Beobachtung stehen. Trotz gewisser Unklarheiten, die durch eine genauere Fassung des Tatbestandes und der Rechtsfolgen hätten ausgeräumt werden können, scheint die Regelung jedoch insgesamt gelungen. Das gilt insbesondere für die im Vergleich zum deutschen Recht klarere Beschränkung auf die homogene Fallgruppe der Äquivalenzstörungen. Vertretbar erscheint auch die Pflicht zur vorgängigen Neuverhandlung des Vertrags durch die Parteien, deren Vorteile insbesondere aus französischer Sicht auf der Hand liegen und deren Nachteile durch den nach Ablauf einer angemessenen Frist drohenden gerichtlichen

¹⁰⁰ S. dazu etwa SEBASTIAN MARTENS, Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagensstörungen im Europäischen Privatrecht, ZEuP 2017, 620 f.; bereits im Zusammenhang mit den verschiedenen Reformvorhaben RÉMY CABRILLAC, Perspectives d'évolution du droit français en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé, in: Liber amicorum – mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi, Paris 2013, S. 227 ff.; JUNG (Fn. 7), S. 695 ff. und DORALT (Fn. 8), S. 761 ff.

¹⁰¹ Art. 6:111 PECL 1999; Art. 6.2.2 und 6.2.3 UPICC 2016.

¹⁰² Dazu oben unter II. B.

¹⁰³ S. etwa DESHAYES/GENICON/LAITHIER (Fn. 18), S. 384 ff.

¹⁰⁴ Dazu oben bei und in den Fn. 93 ff.

Eingriff in den Vertrag in Grenzen gehalten werden. Die Option der gerichtlichen Vertragsanpassung wurde schliesslich mit Recht aufrecht erhalten¹⁰⁵. Die Beendigung des Vertrags stellt zwar die einfachste Lösung dar und verhindert zudem, dass den Parteien ein zumindest *ex ante* ungewollter Vertragsinhalt aufgezwungen wird¹⁰⁶. Ohne eine Option zur Vertragsanpassung ist das Gericht aber auch häufig daran gehindert, die aus seiner Sicht optimale und unter Umständen weniger einschneidende Kompromisslösung umzusetzen¹⁰⁷. Die drohende gerichtliche Vertragsanpassung wird eine allein an der Vertragsauflösung interessierte Partei auch davon abhalten, die Neuverhandlungen zu verschleppen und zu hintertreiben¹⁰⁸. Insofern ist zu hoffen, dass sich der neue Art. 1195 C. civ. auch in der Praxis der Gerichte bewähren und durchsetzen wird.

¹⁰⁵ S. aktuell im französischen Recht MOLFESSIS (Fn. 41), S. 2392 f.; rechtsvergleichend bereits JUNG (Fn. 8), S. 64, 86 f. und 241 f.

¹⁰⁶ So etwa GENICON (Fn. 6), S. 2488 und ANDRÉ BRUZIN, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Bordeaux 1922, S. 372 f.

¹⁰⁷ Vgl. dazu auch die sehr flexible Festsetzung der indemnité d'imprévision durch den Conseil d'État im Verwaltungsvertragsrecht (s. z.B. CE 19 févr. 1926, *Sté du gaz de La Ciotat*, Lebon 196; CE 27 juin 1919, *Gaz de Nice*, Lebon 571; CE 16 juin 1954, *Sté des établissements Hugues*, Lebon 355; im internationalen Recht CHRISTOPH BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Austin 2009, S. 499; im deutschen Recht JUNG (Fn. 8), S. 242; im schweizerischen Recht PICHONNAZ (Fn. 44), S. 39.

¹⁰⁸ Vgl. dazu auch GAËL CHANTEPIE/MATHIAS LATINA, *Ratification de la réforme du droit des obligations: analyse de la deuxième lecture du Sénat*, D.2018.311 f., wonach der richterlichen Vertragsanpassung der Charakter einer Vogelscheuche zukomme.

Familienrecht und Sozialversicherungsrecht – eine Skizze

UELI KIESER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Zum Thema	376
II.	Grundsätzliche Bezüge zwischen Familienrecht und Sozialversicherungsrecht	376
III.	Ausgangspunkt: Bezugnahme auf soziale Risiken im Sozialversicherungsrecht	377
IV.	Familienrecht als Rechtsordnung, die im Sozialversicherungsrecht vorausgesetzt ist	380
V.	Sozialversicherungsrecht und Familienrecht – einige Beispiele sowie eine Synthese	380
	A. Zur Fragestellung	380
	B. Kind	381
	C. Geschiedener Ehegatte/geschiedene Ehegattin	382
	D. Eingetragene Partnerschaft	382
	E. Berechnung von Leistungen/Unterhaltsfunktion	383
	F. Synthese	385
VI.	Exkurs: Blick auf andere Rechtsbereiche	386
	A. Obligationenrecht, v.a. Arbeitsrecht	386
	B. Personenrecht	388
	C. Steuerrecht	389
	D. Gesundheitsrecht	390
VII.	Einordnung	393
	A. Ausgangspunkt	393
	B. Unterschiedliche Bezugnahmen im Vergleich der einzelnen Rechtsgebiete	393
	C. Würdigung	394
	D. Zurück zum Familienrecht	396

* Prof. Dr. UELI KIESER, Zivilistisches Seminar, Universität Bern.

I. Zum Thema

THOMAS KOLLER hat den Blick über Grenzen nicht gescheut und im Laufe seiner Forschungen manche Gipfel, Untiefen und Spalten zu Tage gefördert.¹ Dies bildet für den Schreibenden Anlass, aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht auf das Familienrecht (und weitere Rechtsgebiete) zu blicken, dort etwas zu verweilen und dann mit allfälligen Erkenntnissen wieder in das Sozialversicherungsrecht zurückzukehren. Mehr als eine Skizze wird dabei nicht resultieren – es ist ja durchaus das Kennzeichen von Grenzgängen, dass sie v.a. durch wiederholtes Begehen vertieft werden, und hier liegt für den Schreibenden ein erstmaliger Ausflug ins Familienrecht vor.

Bei diesem Ausflug soll ein weiter Blick beibehalten werden: Das Familienrecht steht zwar im Fokus, doch werden daneben weitere Rechtsgebiete miteinbezogen. Dadurch soll ermöglicht werden, die allfälligen Besonderheiten der Beziehungen zwischen Sozialversicherungsrecht und Familienrecht besser erkennen und einordnen zu können.

II. Grundsätzliche Bezüge zwischen Familienrecht und Sozialversicherungsrecht

Das Familienrecht ordnet Beziehungen zwischen natürlichen Personen, welche auf eine bestimmte Weise miteinander verbunden sind. Das Familienrecht des ZGB setzt in Art. 90 ZGB mit der Ersten Abteilung, dem Eherecht, ein. Die Zweite Abteilung, welche mit Art. 252 ZGB beginnt, beschäftigt sich mit der «Verwandtschaft». Die Dritte Abteilung ist dem Erwachsenenschutz gewidmet und beginnt mit Art. 360 ZGB. Damit bilden Fragen zu den gegenseitigen Beziehungen von natürlichen Personen und zu ihrem Schutz den Regelungsgegenstand des Familienrechts.

Das Sozialversicherungsrecht verfolgt ähnliche Ziele. Auch hier geht es um natürliche Personen – die Versicherten bzw. die Hinterlassenen oder die rentenbeziehenden Personen –, denen beim Eintritt bestimmter Risiken Leistungen gewährt werden sollen. Weil das Sozialversicherungsrecht typischerweise auf soziale Risiken – im Vordergrund Alter, Tod und Invalidität – ausgerichtet ist und beim Eintritt des erfassten Risikos Leistungen gewährt, geht es im Sozialversicherungsrecht zentral um den Schutz von Personen.

¹ Vgl. etwa THOMAS KOLLER, Ehescheidung und AHV, AJP 1998 291 ff.; DERS., Prozessverzögerung als Anwaltpflicht?, Überlegungen zu einer praktisch wichtigen Wechselbeziehung zwischen Sozialversicherungsrecht und Familienrecht, recht 1990 51 ff.; DERS., Zum Begriff der «Familie» im Sozialversicherungsrecht – oder «Das Hohe Lied der Begriffsharmonie», AJP 1995 1080 ff.

Ausgehend davon kann durchaus untersucht werden, wie bezogen auf analoge Fragen das Familienrecht bzw. das Sozialversicherungsrecht je antwortet. Einige Beispiele können das gewählte Thema illustrieren.

- In Art. 159 ff. ZGB werden die «Wirkungen der Ehe» normiert, wobei Art. 163-165 ZGB den «Unterhalt der Familie» ordnen. Hier kann die Frage gestellt werden, ob im Sozialversicherungsrecht analoge Leistungen für die «Familie» vorgesehen sind.
- Art. 252 ff. ZGB legen fest, welches die Voraussetzungen für die Entstehung des Kindesverhältnisses sind. Hier kann im Sozialversicherungsrecht untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen ein Kindesverhältnis mit Leistungsanspruch besteht.
- Zentral im Familienrecht ist die Unterhaltspflicht nach Art. 276 ff. ZGB. Wie ordnet das Sozialversicherungsrecht die versicherungsrechtliche Leistungspflicht innerhalb der Familie?²
- Schliesslich geht es in Art. 360 ff. ZGB um den «Erwachsenenschutz», wobei die Bezüge zum Sozialversicherungsrecht offensichtlich sind; denn auch in diesem System geht es um den «Schutz» beim Eintritt bestimmter sozialer Risiken.

Die vorliegende Skizze kann einzig einige Aspekte aufzeigen und will insbesondere klären, in welchem Ausmass das Sozialversicherungsrecht auf Festlegungen anderer Rechtsbereiche abstellt.

III. Ausgangspunkt: Bezugnahme auf soziale Risiken im Sozialversicherungsrecht

Die Sozialversicherung ordnet die Folgen des Eintritts eines sozialen Risikos und ist regelmässig nach dem Solidaritätsprinzip ausgestaltet. Dabei wird ein solches Risiko angenommen, wenn eine Gefahr vorliegt, welche die ganze Wohn- oder Arbeitsbevölkerung oder beachtliche Teile davon betrifft und welche zudem Auswirkungen auf die wirtschaftliche Existenz der einzelnen (natürlichen) Person hat. Das Abdecken eines sozialen Risikos ist damit das prägende Kennzeichen der Sozialversicherung.

Welche Risiken als soziale Risiken anerkannt werden, steht nicht ein für alle Mal fest, sondern ist dem Wandel der Anschauungen unterworfen. Dabei zeigt die Analyse der Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht, dass grundsätzliche Entwicklungen langsam erfolgen, soweit es um die Veränderung von Rahmenbedingungen geht. Als Beispiel zu nennen sind die Verän-

² Dazu KOLLER, Zum Begriff der «Familie» (Fn. 1), 1080 ff.; ANNEKATRIN LOOSER, Der Familienbegriff im Sozialversicherungsrecht, FamPra.ch 2013, 596 ff.

derungen beim Schutz von wirtschaftlich schlecht gestellten Selbständigerwerbenden. Nach bisheriger Auffassung benötigen die unselbständig Erwerbstätigen einen besonderen sozialen Schutz und sind – in bewusstem Gegensatz zu den Selbständigerwerbenden – deshalb den Zweigen Berufliche Vorsorge, Unfallversicherung und Arbeitslosenversicherung unterstellt. Angesichts der zunehmenden Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse wird freilich zu fragen sein, ob diese besondere Bezugnahme auf die unselbständige Erwerbstätigkeit noch schlüssig ist. Eher im Vordergrund könnte nämlich stehen, dass bei allen tieferen Erwerbseinkommen ein sozialer Schutz vermittelt wird, und zwar unabhängig davon, ob eine selbständige oder eine unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt.

Ähnlich sind die Verhältnisse bei Veränderungen der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen; auch hier stellt sich nämlich die Frage, wie das Sozialversicherungsrecht auf solche Veränderungen reagieren soll. Die Fragestellung lässt sich am Beispiel des Konkubinats aufzeigen. Das Konkubinat hat offensichtlich eminente gesellschaftliche Bedeutung erhalten, ohne dass das Sozialversicherungsrecht in umfassender Weise darauf abstellen würde.³ Sozialversicherungsrechtliche Leistungsansprüche ergeben sich nämlich aus einer Konkubinatsbeziehung nicht. Weder wirkt eine solche Beziehung leistungs begründend (Anspruch auf Hinterlassenenrente beim Tod des Konkubinatspartners) noch leistungsaufhebend (Aufhebung der laufenden Witwen-/Witwerrente bei Eingehen eines Konkubinats). Einzig im Bereich der beruflichen Vorsorge kann bei einer entsprechenden reglementarischen Bestimmung ein Leistungsanspruch entstehen. Die Vorsorgeeinrichtung kann im Reglement vorsehen, dass eine Begünstigung der Konkubinatspartnerin oder des Konkubinatspartners festgelegt werden kann (Art. 20a BVG). Die Rechtsprechung erachtet es hier zudem als zulässig, dass – insbesondere mit Blick auf beweisrechtliche Aspekte – schon zu Lebzeiten ein entsprechendes Konkubinat der Vorsorgeeinrichtung gemeldet werden muss.⁴

Es steht fest, dass sich das Sozialversicherungsrecht in grundsätzlicher Hinsicht langsam verändert. Das hängt zweifellos mit den vielfältigen Verflechtungen dieses Rechtsbereichs – eben gerade auch mit dem Familienrecht – zusammen. Im Sozialversicherungsrecht wird eine Entwicklung regelmässig erst aufgenommen, wenn sie im anderen Rechtsbereich umgesetzt wurde und

³ THOMAS GÄCHTER/MYRIAM SCHWENDENER, Nichteeliche Lebensgemeinschaften im Sozialversicherungsrecht, Ein Beitrag zum Verhältnis von Familien- und Sozialversicherungsrecht, FamPra 2005 844 ff.

⁴ Vgl. BGE 136 V 127. Vgl. allgemein dazu MARKUS MOSER, Die Lebenspartnerschaft in der beruflichen Vorsorge nach geltendem und künftigem Recht unter Berücksichtigung der Begünstigtenordnung gemäss Art. 20a BVG, AJP 2004 1507 ff.

– gegebenenfalls – eine erhebliche praktische Bedeutung erlangt hat.⁵ Beispiel dafür bildet die Erfassung der eingetragenen Partnerschaft; diese wurde – im Zusammenhang mit der zivilrechtlichen Regelung – auch im Sozialversicherungsrecht eingeführt. In der bundesrätlichen Botschaft zum Partnerschaftsgesetz wird ausgeführt, dass (auch) im Bereich der Sozialversicherungen eingetragene Partnerinnen und Partner den Ehegatten gleichgestellt sein sollen.⁶ Dabei verkannte der Bundesrat nicht, dass dies in weiten Bereichen des Sozialversicherungsrechts Auswirkungen haben wird.⁷ Zur Umsetzung der im Partnerschaftsgesetz enthaltenen Prinzipien schlug der Bundesrat die Einfügung eines neuen Art. 13a ATSG vor.⁸ Im Ständerat, welcher als Zweiterat über das Gesetz beriet, wurde die neue Bestimmung von Art. 13a ATSG (in der vom Nationalrat übernommenen bundesrätlichen Fassung) ohne Diskussion angenommen.⁹ Damit wurde der bundesrätliche Gesetzesvorschlag ohne Änderung zum Gesetz erhoben, und Art. 13a ATSG trat am 1. Januar 2007 in Kraft. Hier schien es also dem Gesetzgeber richtig zu sein, ein im Familienrecht eingeführtes Institut zugleich im Sozialversicherungsrecht einzuführen. Die eminente praktische Bedeutung des Konkubinats hingegen hat zu keinen Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht geführt; offenbar fehlte hier – anders als bei der eingetragenen Partnerschaft – der Anstoss des Familienrechts.

Solche Beispiele zeigen das Beharrungsvermögen des Sozialversicherungsrechts, soweit es sich um die Berücksichtigung von Entwicklungen handelt, welche in anderen Rechtsbereichen verortet sind. Typischerweise wird im Sozialversicherungsrecht einzig ein Nach- bzw. Mit-Vollzug vorgenommen, ohne dass eigenständige Entwicklungen vorangetrieben werden.

⁵ Insoweit muss natürlich das Sozialversicherungsrecht sorgfältig beobachten, wie sich das Familienrecht entwickelt; dazu Bericht des Bundesrates zum Postulat Fehr (12.3607) «Modernisierung des Familienrechts», März 2015. Erfreulicherweise wird im Bericht ein Abschnitt dem allfälligen Anpassungsbedarf des Sozialversicherungsrechts gewidmet (Ziff. 8.2).

⁶ Dazu BBl 2003 1318 f.

⁷ Vgl. dazu BBl 2003 1364 ff.

⁸ Dazu BBl 2003 1364 f.

⁹ AB 2004 S. 237.

IV. Familienrecht als Rechtsordnung, die im Sozialversicherungsrecht vorausgesetzt ist

Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung hat betont, dass in diesem Rechtsbereich das Familienrecht eine vorausgesetzte Ordnung darstellt.¹⁰ Es obliegt – wie in der Rechtsprechung regelmässig festgehalten wird – weder den Organen der Sozialversicherung noch dem Sozialversicherungsgericht, eigenständig über familienrechtliche Fragen zu entscheiden.¹¹ Deshalb stellt das Sozialversicherungsrecht etwa auf den familienrechtlich festgesetzten Zeitpunkt der Ehescheidung ab und verzichtet auf einen eigenen, sozialversicherungsrechtlich bestimmten Zeitpunkt.¹² Auch im Bereich der Ergänzungsleistungen werden bezogen auf die eherechtliche Unterstützung eines Bezügers oder einer Bezügerin solcher Leistungen die Prinzipien des Familienrechts herangezogen.¹³

Damit wird bezogen auf familienrechtliche Entscheidungen zwischen dem Familienrecht und dem Sozialversicherungsrecht eine Kohärenz geschaffen. Freilich darf – wie im nächsten Abschnitt zu zeigen sein wird – keinesfalls übersehen werden, dass trotz dieser Ausgangslage bezogen auf mannigfaltige, praxisrelevante Bereiche im Sozialversicherungsrecht dennoch eigene Entscheidungen getroffen werden.

V. Sozialversicherungsrecht und Familienrecht – einige Beispiele sowie eine Synthese

A. Zur Fragestellung

Werden das Sozialversicherungsrecht und die Rechtsanwendung genau analysiert, zeigt sich durchaus, dass recht weitgehende Abweichungen vom Familienrecht bestehen, welche gerade auch zentrale Fragen betreffen. Es wird bei der nachfolgenden Darstellung dieser Abweichungen zu prüfen sein, ob an sich noch angenommen werden kann, das Familienrecht sei für das Sozialversicherungsrecht eine vorausgesetzte Rechtsordnung.

¹⁰ An dieser Stelle ist nicht weiter zu thematisieren, ob ein analoges Abstellen auf den gesamten Bereich des Zivilrechts erfolgt. Vgl. dazu aber immerhin etwa BGE 135 V 251 betreffend Massgeblichkeit des ZGB-Wohnsitzes.

¹¹ Dazu etwa BGE 119 V 430 E. 6.

¹² Vgl. BGE 132 V 239.

¹³ Dazu BGE 134 V 61.

B. Kind

Sozialversicherungsrechtliche Abweichungen betreffen zunächst die Kinder.¹⁴ So hat die sozialversicherungsrechtliche Rechtsanwendung festgelegt, dass für Kinder von verheirateten oder geschiedenen Eltern unter den gleichen Voraussetzungen wie für Kinder Unverheirateter Anspruch auf Kinderrenten besteht.¹⁵ Was den Kreis der im Sozialversicherungsrecht erfassten Kinder betrifft, zeigt die Durchsicht der Gesetze, dass dieser Kreis weit gefasst ist und beispielsweise auch Pflegekinder einschliesst. Grundsätzlich keine Bedeutung hat, wer in welchem Ausmass für ein Kind aufkommt; zur Begründung des Anspruchs auf eine Kinderrente reicht der Einschluss in den Kreis der erfassten Kinder. Einzig bei den Pflegekindern wird überprüft, ob sie unentgeltlich zu dauernder Pflege und Erziehung aufgenommen worden sind.¹⁶ Die Frage der Unentgeltlichkeit beantwortet sich dabei nach den Ansätzen zur Bestimmung des Unterhaltsbedarfs für Kinder und entsprechen den Beträgen der von HANS WINZELER¹⁷ ermittelten Werte.¹⁸ Dabei wird der Viertelsansatz zur Bestimmung der Unentgeltlichkeit eines Pflegeverhältnisses verwendet.¹⁹

Einigermassen kompliziert ist ferner die Anrechnung der Erziehungsgutschriften bei gemeinsamer elterlicher Sorge geschiedener oder nicht miteinander verheirateter Eltern geordnet. Art. 52^{f bis} AHVV regelt hier die Einzelheiten, wobei dem Entscheid der Eltern ein grosses Gewicht zukommen kann. Nicht zwingend wird der effektive Beitrag der Eltern zur Erziehung berücksichtigt.

Letztlich kann für ein weiteres Beispiel einer Abweichung auf Art. 71^{ter} AHVV, betreffend Auszahlung der Kinderrente, hingewiesen werden. Hier wird festgelegt, dass die Kinderrente auf Antrag dem nicht rentenberechtigten Elternteil ausbezahlt ist, falls die Eltern des Kindes nicht oder nicht mehr miteinander verheiratet sind oder wenn sie getrennt leben.

¹⁴ Dazu umfassend HANS MICHAEL RIEMER, Familienrechtliche Beziehungen als Leistungsvoraussetzungen gemäss AHVG/IVG, BVG-Obligatorium und freiwilliger beruflicher Vorsorge, SZS 1986 169 ff.; HANS-JAKOB MOSIMANN, Verwandtschaftsverhältnisse und ihre Auswirkungen im Sozialversicherungsrecht, in: Gabriela Riemer-Kafka (Hrsg.), Sozialversicherungsrecht: Seine Verknüpfungen mit dem ZGB, Zürich/Basel/Genf 2016, 84 ff.; vgl. auch GABRIELA RIEMER-KAFKA, Recht der sozialen Sicherheit an der Schnittstelle zum Familienrecht, ZSR 2014 193 ff.

¹⁵ Vgl. BGE 108 V 2 f.

¹⁶ Dazu Art. 49 Abs. 1 AHVV.

¹⁷ Verwendet wird die folgende Publikation dieses Autors: Die Bemessung der Unterhaltsbeiträge für Kinder, Diss. Zürich 1974.

¹⁸ Vgl. ZAK 1978 311.

¹⁹ Dazu Anhang III der Wegleitung über die Renten (RWL) in der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung.

C. Geschiedener Ehegatte/geschiedene Ehegattin

Was den geschiedenen Ehegatten betrifft, ist dieser sozialversicherungsrechtlich in weitgehendem Mass dem verheirateten Ehegatten gleichgestellt.²⁰ Art. 24a AHVG regelt die Voraussetzungen. Auffallend ist, dass mindestens in der AHV bei einem einmal begründeten Anspruch auf eine Hinterlassenenrente für den geschiedenen Ehegatten keine zeitliche oder quantitative Begrenzung erfolgt, sondern die Rente genau so gewährt wird, wie sie auch dem hinterlassenen (nicht geschiedenen) Ehegatten zustehen würde. Immerhin kann auf die Regelung der Militärversicherung hingewiesen werden; hier ist der geschiedene Ehegatte der Witwe bzw. dem Witwer nur gleichgestellt, wenn die verstorbene Person gegenüber dem geschiedenen Ehegatten im Zeitpunkt des Tods zu Unterhaltsbeiträgen verpflichtet war; in betraglicher Hinsicht beschränkt sich die Rente auf den dahingefallenen Unterhaltsbeitrag, wobei auch in zeitlicher Hinsicht eine entsprechende Begrenzung gilt.²¹

Im Übrigen kann bezogen auf diesen Fragekreis auf ein bundesgerichtliches Urteil hingewiesen werden, in welchem festgehalten wird, es sei zulässig (und nicht rechtsmissbräuchlich), sich bezogen auf die zivilrechtliche Unterhaltspflicht darauf zu berufen, ein «gefestigtes Konkubinatsverhältnis» bestehe nicht, und zugleich bezogen auf die berufliche Vorsorge geltend zu machen, es bestehe eine «eheähnliche Lebensgemeinschaft».²²

D. Eingetragene Partnerschaft

Ferner kann auf die in Art. 13a ATSG geordnete eingetragene Partnerschaft verwiesen werden. Bei der parlamentarischen Beratung von Art. 13a ATSG hatte der Nationalrat zu entscheiden, ob die überlebende Partnerin einer Witwe und der überlebende Partner einem Witwer gleichgestellt werden soll; er entschloss sich, dem bundesrätlichen Vorschlag²³ zu folgen und die überlebende Person unabhängig von ihrem Geschlecht einem Witwer gleichzustellen.

²⁰ Vgl. dazu etwa THOMAS GEISER, Die Auswirkungen der AHV und der beruflichen Vorsorge auf die Scheidung de lege lata et ferenda, recht 1991 1 ff.; LILIANE ISAAK-DREYFUS, Das Verhältnis des schweizerischen Ehescheidungsrechts zum Sozialversicherungsrecht, Diss. Zürich 1992, passim; KOLLER, Ehescheidung und AHV (Fn. 1), 291 ff.; ALEXANDRA JUNGO, Die geschiedene Witwe und ihre Vorsorge – Vorsorgeunterhalt, Vorsorgeausgleich und Hinterlassenenleistungen, in: Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St.Gallen 2017, 327 ff.

²¹ Vgl. Art. 52 Abs. 4 MVG.

²² Dazu Urteil 9C_771/2016, E. 4.2 und 4.3. Kritisch zum Urteil MARC HÜRZELER, Rechtsprechung zum Leistungsrecht der beruflichen Vorsorge, HAVE 2017 398.

²³ Vgl. zu diesem BBl 2003 1405 f.

len.²⁴ Hier liegt also eine spezifische sozialversicherungsrechtliche Regelung vor.

E. Berechnung von Leistungen/Unterhaltsfunktion

Wenn die Berechnung der Geldleistungen überprüft wird, zeigt sich, dass im Sozialversicherungsrecht durchgehend auf bestimmte Einkommenszahlen abgestellt wird, welche die Zeitspanne vor dem Eintritt des Risikos betreffen. So werden in der AHV und der IV das massgebende durchschnittliche Jahreseinkommen und die Beitragsdauer berücksichtigt,²⁵ in der Unfallversicherung ist der versicherte Verdienst massgebend;²⁶ die berufliche Vorsorge berücksichtigt das Altersguthaben.²⁷ Nicht von Relevanz für die Festlegung der betreffenden Leistung ist der tatsächliche Unterhaltsbedarf.

Auch bei der Koordination von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen steht die berufsvorsorgerechtliche Ordnung im Vordergrund. Hier hält Art. 34a BVG – unter dem Randtitel «Koordination und Vorleistung» – in Abs. 1 fest, dass die Vorsorgeeinrichtung die Hinterlassenen- und Invalidenleistungen kürzen kann, soweit diese zusammen mit anderen Leistungen gleicher Art und Zweckbestimmung sowie weiteren anrechenbaren Einkünften 90 Prozent des mutmasslich entgangenen Verdienstes übersteigen. Der mutmasslich entgangene Verdienst entspricht dem gesamten Erwerbs- oder Erstatzeinkommen, das die versicherte Person ohne das schädigende Ereignis mutmasslich erzielen würde.²⁸ Damit wird bei Hinterlassenenleistungen in der sozialversicherungsrechtlichen Leistungskoordination nicht etwa auf den effektiven Unterhaltsbedarf oder auf den Versorgerschaden abgestellt, sondern es wird eine – an sich sachfremde – Grenze unter Berücksichtigung des von der verstorbenen Person mutmasslich erzielten Einkommens gewählt.

Eine Grenze des Abstellens auf familienrechtliche Festlegungen lässt auch der Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts erkennen. Dieses Gericht hat sich zum Verhältnis der familienrechtlichen Unterhaltspflicht zum Leistungsanspruch in der Sozialversicherung geäussert und dazu folgendes festgelegt:

«4.3. Eine analoge Anwendung der Unterhaltspraxis nach ZGB wäre denn auch nicht sachgerecht. Beim zivilrechtlichen Mündigenunterhalt ist die Zumutbarkeit nach den gesamten Umständen zu prüfen. Diese verlangt unter

²⁴ Vgl. AB 2003 N 1829 f.

²⁵ Dazu Art. 29^{bis} Abs. 1 AHVG.

²⁶ Vgl. Art. 15 Abs. 1 UVG.

²⁷ Vgl. Art. 14 Abs. 1 BVG.

²⁸ So Art. 24 Abs. 6 BVV 2.

anderem Rücksichtnahme auf die wirtschaftliche Leistungskraft der Eltern (PETER BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl. 2014, Rz. 14 zu Art. 277 ZGB). Erst nach Abwägung der finanziellen Möglichkeiten des Pflichtigen mit den Ausbildungsplänen und -wünschen des Kindes und dessen Fähigkeiten (sowie allfälligen weiteren Faktoren) lässt sich beurteilen, was in der konkreten Situation angemessen ist. Dieses Kriterium der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Vaters oder der Mutter spielt im Anwendungsbereich von Art. 35 IVG in Verbindung mit Art. 25 AHVG offensichtlich keine Rolle (vgl. MARKUS KRAPF, a.a.O., Rz. 355). Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kindes sind einzig bei der Abgrenzung der Ausbildung von der Erwerbstätigkeit von Bedeutung (Art. 49^{bis} Abs. 3 AHVV; vgl. hierzu BGE 142 V 226).»²⁹

Damit betont auch das Bundesgericht die Grenzen der familienrechtlichen Festlegung für das Sozialversicherungsrecht.³⁰

Schliesslich ist – was die Koordination betrifft – auf Art. 285a ZGB hinzuweisen.³¹ Diese Bestimmung legt folgendes fest:

¹ *Familienzulagen, die dem unterhaltspflichtigen Elternteil ausgerichtet werden, sind zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu zahlen.*

² *Sozialversicherungsrenten und ähnliche für den Unterhalt des Kindes bestimmte Leistungen, die dem unterhaltspflichtigen Elternteil zustehen, sind zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu zahlen, soweit das Gericht es nicht anders bestimmt.*

³ *Erhält der unterhaltspflichtige Elternteil infolge Alter oder Invalidität nachträglich Sozialversicherungsrenten oder ähnliche für den Unterhalt des Kindes bestimmte Leistungen, die Erwerbseinkommen ersetzen, so hat er diese Beträge an das Kind zu zahlen; der bisherige Unterhaltsbeitrag vermindert sich von Gesetzes wegen im Umfang dieser neuen Leistungen.*

Diese Bestimmung regelt eine bestimmte Leistungskoordination, nämlich die Koordination zwischen einer familienrechtlichen und einer sozialversicherungsrechtlichen Leistung. Es geht um eine extrasystemische Leistungskoordination, d.h. um eine solche zwischen unterschiedlichen Leistungssystemen. Hier fehlt es an allgemein anerkannten Leistungskordinationsgrundsätzen. Offensichtlich liegen der in Art. 285a ZGB festgelegten Regelung unterschiedliche Koordinationsgrundsätze zugrunde. In Abs. 1 und Abs. 2 wird das

²⁹ Vgl. BGE 143 V 311.

³⁰ Dazu die umfassende Darstellung bei ROLAND FANKHAUSER/CHRISTINA KÄMPF, Ausgewählte Probleme beim Zusammenspiel zwischen Kindesunterhalt und Sozialversicherungsleistungen, in: Gabriela Riemer-Kafka (Hrsg.), Sozialversicherungsrecht: Seine Verknüpfungen mit dem ZGB, Zürich/Basel/Genf 2016, 127 ff.

³¹ Dazu MARKUS KRAPF, Praktische Probleme bei der Koordination von Unterhaltsbeiträgen mit den Kinderrenten der IV und der beruflichen Vorsorge, in: Paul Eitel/Alexandra Zeiter (Hrsg.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich/Basel/Genf 2014, 221 ff.

Kumulationsprinzip umgesetzt; es können die familienrechtlichen und die sozialversicherungsrechtlichen Leistungen je beansprucht werden. Anders ist die Regelung in Abs. 3: Hier wird ein Anrechnungsprinzip festgelegt, d.h. an den festgesetzten Unterhaltsbeitrag wird die nachträglich gewährte Sozialversicherungsleistung angerechnet. Keine ausdrückliche Regelung enthält die Bestimmung für den Fall, dass die sozialversicherungsrechtliche Leistung höher ist als der Unterhaltsbeitrag; nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bleibt es in der Folge beim sozialversicherungsrechtlichen Anspruch, und das Kind erhält – über den festgesetzten Unterhaltsbeitrag hinaus – die insoweit überschüssende Sozialversicherungsleistung.³²

F. Synthese

Die vorstehenden Beispiele zeigen unschwer die erheblichen, vielgestaltigen Unterschiede zwischen dem Sozialversicherungsrecht und dem Familienrecht. Sie zeigen, dass zwar wohl im Grundsatz das Familienrecht vorausgesetztes Recht ist. Bei einer Gesamtbetrachtung wird mit Blick auf die detaillierten Regelungen allerdings unschwer erkennbar, dass die Eigenständigkeit des Sozialversicherungsrechts weit gewichtiger ist als das Postulat des vorausgesetzten Familienrechts.

³² So Urteil des Bundesgerichts 5A_496/2013 vom 11. September 2013; die Literatur unterstützt – bis auf den Schreibenden – diese Betrachtungsweise; vgl. die Hinweise in E. 2.4.3: «Auch die Lehre spricht sich überwiegend dafür aus, dass Kinderrenten in vollem Umfang dem Kind zu entrichten sind, selbst wenn sie den Unterhaltsbeitrag übersteigen (DANIEL SUMMMERMATTER, Zur Abänderung von Kinderalimenen, FamPra.ch 2012 S. 57 Fn.113; ROELLI/MEULI-LEHNI, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, N. 10 zu Art. 285 ZGB; HAUSHEER/SPYCHER, in: Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl. 2010, Rz. 06.195; BREITSCHMID, a.a.O., N. 31 zu Art. 285 ZGB; MARC HÜRZELER, in: Stämpfli Handkommentar, BVG und FZG, 2010, N. 6 zu Art. 25 BVG; CYRIL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl. 1999, Rz. 21.17; MARKUS KRAPF, Die Koordination von Unterhalts- und Sozialversicherungsleistungen für Kinder, 2004, Rz. 700 und 706; RUTH REUSSER, Die Stellung der Kinder im neuen Scheidungsrecht, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, 1999, S. 194 Rz. 4.66). Nur vereinzelt wird die Meinung vertreten, die Sozialversicherungsrenten seien höchstens bis zum Betrag des bisherigen Unterhaltsbeitrags zu bezahlen (UELI KIESER, Unterhaltsrecht und Sozialversicherungsrecht, Hill 2007 II Nr. 8 Ziff. 2.2.4).»

VI. Exkurs: Blick auf andere Rechtsbereiche

A. Obligationenrecht, v.a. Arbeitsrecht

Wenn der Blick nicht auf das Familienrecht, sondern zunächst auf das Obligationenrecht gerichtet wird, zeigt sich, dass das Obligationenrecht offensichtlich keine steuernde Wirkung auf das Sozialversicherungsrecht hat.³³ Dies kann am Beispiel der Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit bildhaft gezeigt werden.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung sieht obligationenrechtliche Festlegungen (etwa die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit, die Festlegung des massgebenden Einkommens oder das Bestimmen des Arbeitgebers) keineswegs als bindende, unbedingt zu beachtende Elemente an. Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsanwendung stützt sich nämlich in manchen Fällen auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ab und greift dabei durch eine obligationenrechtlich gültige Vereinbarung hindurch. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind also nicht Abmachungen unter den Beteiligten massgebend, sondern die wirtschaftlichen Gegebenheiten.³⁴ Das Vorlegen eines als «Arbeitsvertrag» bezeichneten Dokuments oder – im Gegenteil – die ausdrückliche Abrede, dass der Auftragnehmer sämtliche Sozialabgaben selbst zu tragen habe, vermag insoweit über die vorzunehmende sozialversicherungsrechtliche Qualifikation nichts auszusagen.

Diese Rechtsprechung ist insoweit zutreffend, als zwingende öffentlich-rechtliche Festlegungen nicht durch Parteivereinbarung umgangen werden können. Immerhin sollte aber die bundesgerichtliche Feststellung unter dem Vorbehalt stehen, dass die Rechtsprechung obligationenrechtlich zulässige Vereinbarungen nicht unbesehen beiseite schieben sollte. Im Sozialversicherungsrecht ist zudem wenig erkennbar, welche Kriterien den Zugriff auf diese Betrachtungsweise steuern. Während in der früheren sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung oft ein Bezug auf das Rechtsmissbrauchsverbot vorgenommen wurde, ist die jüngere Rechtsprechung offener und zugleich weniger fassbar geworden.

Bezüge zwischen Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht ergeben sich ferner beim Lohnbegriff. Für die Sozialversicherung ist zentral, auf welches Einkommen abgestellt wird. Dabei hat das Einkommen Auswirkungen

³³ Umfassend dazu HANS MICHAEL RIEMER, *Berührungspunkte zwischen Sozialversicherungs- und Privatrecht, insbesondere die Bedeutung des Privatrechts bei der Auslegung des Sozialversicherungsrechtes durch das EVG*, in: *Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht*, Bern 1992, 147 ff.

³⁴ So BGE 119 V 162, 123 V 163, *AHI-Praxis* 1995 136.

- auf die Frage der Unterstellung: Unterstellt sind in der beruflichen Vorsorge beispielsweise nur Personen, welche einen Jahreslohn von mehr als CHF 21 150 beziehen (Art. 2 Abs. 1 BVG);
- auf die Finanzierung dieses Sozialversicherungszweigs: Die Beiträge an die AHV bemessen sich nach dem massgebenden «Lohn» (Art. 5 AHVG);
- auf die beanspruchbaren Leistungen: In der Unfallversicherung bestimmen sich die Leistungen unmittelbar nach dem versicherten Verdienst (dazu Art. 22 UVV).

Offensichtlich ist also zentral, wie der «Lohn» bestimmt wird.³⁵ Hier gilt – um ein Beispiel aus dem Bereich der beruflichen Vorsorge zu geben – in der beruflichen Vorsorge im Ausgangspunkt, dass der «Lohn» nach AHV-rechtlichen Prinzipien bestimmt wird.³⁶ Es kommt hinzu, dass der Bundesrat nach Art. 7 Abs. 2 Satz 2 BVG Abweichungen vom AHV-pflichtigen Lohn vorsehen kann; diesbezüglich gilt Art. 3 BVV 2. Die hier festgelegten Ausnahmen berücksichtigen insbesondere Überlegungen der verwaltungstechnischen Vereinfachung und bringen eine Glättung des massgebenden Lohns mit sich.³⁷

Damit bestehen offensichtliche, massgebende Unterschiede zwischen dem berufsvorsorgerechtlich massgebenden Lohn und dem – nach Art. 319 OR zu bestimmenden – arbeitsvertraglichen Lohn. Dabei geht es um zwei getrennte Fragen:

(1) Das AHV-Beitragsrecht geht von einem deutlich offeneren, weiter gefassten Bereich des beitragspflichtigen Lohns aus. Anders ausgedrückt gilt die folgende Regel: «Was im Zivilrecht als Lohn gilt, ist immer auch massgebender Lohn in der AHV. Der Umkehrschluss gilt dagegen nicht. Nicht jedes Einkommen, das zivilrechtlich nicht als Arbeitnehmereinkommen qualifiziert werden kann (z.B. Einkommen aus Werkvertrag oder Auftrag), gilt in der AHV zwingend als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit und damit nicht als massgebender Lohn».³⁸

In einem weiteren Schritt (2) ist massgebend, ob eine Ausnahme nach Art. 3 BVV 2 besteht, was etwa bei Dienstaltersgeschenken der Fall ist. Auf Dienstaltersgeschenke kann zwar ein arbeitsvertraglicher Anspruch bestehen; sie

³⁵ Vgl. dazu etwa UELI KIESER, Versicherter Lohn nach Art. 7 und Art. 8 BVG – Überlegungen zur Stellung der beruflichen Vorsorge im Gefüge der Sozialversicherungen, in: Festschrift «25 Jahre BVG», Zürich/St. Gallen 2009, 297 ff.

³⁶ Vgl. Art. 7 Abs. 2 BVG.

³⁷ Dazu JÜRIG BRECHBÜHL, in: Handkommentar BVG und FZG, Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter (Hrsg.), Bern 2010, Art. 7 BVG, Rz. 36.

³⁸ So BRECHBÜHL (Fn. 37), Rz. 17 ff.

gelten aber als typischerweise gelegentlich anfallende Vergütungen, die vom BVG-relevanten Jahreslohn ausgeklammert werden dürfen.³⁹

Damit ergeben sich beim Vergleich von sozialversicherungsrechtlichem Lohn und arbeitsvertraglich massgebendem Lohn erhebliche Unterschiede. Offenbar geht die Rechtsetzung in der Sozialversicherung von einem eigenen Begriff des «Lohnes» aus und ordnet der einheitlichen Einordnung mit Blick auf das Arbeitsvertragsrecht weniger grosse Bedeutung zu.

B. Personenrecht

Wer den Blick weiter wandern lässt und das Personenrecht einbezieht, wird sehen, dass im Sozialversicherungsrecht oft unmittelbar auf das Personenrecht abgestellt wird.

Wohnsitz: In der Sozialversicherungsgesetzgebung ist der zivilrechtliche Begriff des Wohnsitzes nach Art. 23 bis Art. 26 ZGB massgebend.⁴⁰ Demnach beurteilt sich die Wohnsitzannahme nach zwei Kriterien, nämlich nach der Absicht dauernden Verbleibens und nach dem tatsächlichen physischen Aufenthalt zwecks Begründung des Lebensmittelpunkts.⁴¹ Demgegenüber sind Bescheinigungen der Einwohnerkontrolle oder etwa der migrationsrechtliche Status allein noch nicht ausschlaggebend für die Wohnsitzannahme.⁴² Allfällige öffentlich-rechtliche Hinderungsgründe – insbesondere in Form von fehlenden Bewilligungen – heben den Wohnsitz nicht auf.⁴³ So sind auch «schwarz» arbeitende Personen ohne legalen Wohnsitz in der Schweiz den obligatorischen Sozialversicherungen unterstellt. Ob der Erwerbstätigkeit in der Schweiz eine vom öffentlichen Recht verlangte Arbeitsbewilligung zugrunde liegt oder nicht, ist für die Frage der Versicherungsunterstellung nicht massgebend.⁴⁴ Dies zeigt, dass im Sozialversicherungsrecht einzig der Wohnsitzbegriff von Art. 23 bis Art. 26 ZGB massgebend ist, nicht aber allenfalls hinzutretende öffentlich-rechtliche Voraussetzungen.

Alter: Das Alter stellt eines der zentralen sozialen Risiken dar. Dabei berücksichtigt der Gesetzgeber, dass mit zunehmendem Alter regelmässig das Erzielen eines Einkommens erschwert ist bzw. dass gesellschaftlich nicht mehr

³⁹ Dazu BRECHBÜHL (Fn. 37), Rz. 45.

⁴⁰ Verweisung von Art. 13 Abs. 1 ATSG auf die entsprechenden zivilrechtlichen Bestimmungen. Dazu SUSANNE BOLLINGER, Die Bedeutung des Wohnsitzes im Sozialversicherungsrecht, in: Gabriela Riemer-Kafka (Hrsg.), Sozialversicherungsrecht: Seine Verknüpfungen mit dem ZGB, Zürich/Basel/Genf 2016, 31 ff.

⁴¹ Vgl. BGE 127 V 238 f.

⁴² Vgl. BGE 138 V 539.

⁴³ Vgl. BGE 129 V 79, betreffend Krankenversicherung.

⁴⁴ Vgl. BGE 118 V 81, E. 2b.

erwartet wird, dass ein Einkommen noch erzielt wird. Für die Festlegung des effektiven Alters ist auf die Eintragungen beim Zivilstandsamt zurückzugreifen. Dies bringt zum Ausdruck, dass das Sozialversicherungsrecht das Zivilrecht als vorausgesetzte Ordnung betrachtet und dass die im Zivilrecht getroffenen Entscheidungen – Eintragung des Geburtsdatums im Zivilstandsregister – die Anwendung des Sozialversicherungsrechts zu steuern vermögen.

Verschollenheit: Die Verschollenheit wird unter bestimmten Voraussetzungen dem Tod gleichgestellt. Das Sozialversicherungsrecht stellt ab auf die Ergebnisse des gemäss Art. 35 ff. ZGB durchgeführten Verschollenerklärungsverfahrens. Auch hier kommt zum Ausdruck, dass das Zivilrecht vom Sozialversicherungsrecht als vorausgesetzte Ordnung betrachtet wird. Immerhin haben die Besonderheiten des Sozialversicherungsrechts in einzelner Hinsicht zu Abweichungen von der zivilrechtlichen Betrachtungsweise geführt. So können bereits vor einer Verschollenerklärung im Sinne einer sozialen Massnahme Leistungen der AHV erbracht werden;⁴⁵ bei einer Aufhebung der Verschollenerklärung entsteht für die bereits bezogenen Hinterlassenenrenten keine Rückerstattungspflicht.⁴⁶

C. Steuerrecht

Während das Steuerrecht voraussetzungslos geschuldete Beiträge ordnet, ist im Sozialversicherungsbereich das Bestehen eines Versicherungssystems mit einem Gleichgewicht von Beiträgen und Leistungen kennzeichnend. In verschiedener Hinsicht besteht bezogen auf Steuern einerseits und Beiträge andererseits ein gewisser Gleichlauf der Betrachtung.

So hat das Abstellen auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsanwendung einen hohen Stellenwert, und zwar sowohl im Steuerrecht wie auch im Sozialversicherungsrecht. Der Begriff der Erwerbstätigkeit setzt die Ausübung einer auf Erzielung von Einkommen gerichteten bestimmten (persönlichen) Tätigkeit voraus, mit welcher die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erhöht werden soll. Entscheidend sind dabei – sowohl im Sozialversicherungsrecht wie auch im Steuerrecht – die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse und Gegebenheiten, die durch eine Tätigkeit begründet werden oder in deren Rahmen eine solche ausgeübt wird. Wesentliches Merkmal einer Erwerbstätigkeit ist sodann eine planmässige Verwirklichung der Erwerbsabsicht in Form von Arbeitsleistung.⁴⁷ Eigentlich würde es zur Aufgabe der Ausgleichskassen gehören, dass sie selber auch das Einkommen ermitteln.

⁴⁵ Dazu BGE 110 V 249.

⁴⁶ Vgl. die Hinweise in BGE 110 V 249.

⁴⁷ Dazu BGE 125 V 384 f.

Nun werden aber im Zusammenhang mit der bundessteuerrechtlichen Veranlagung auch die Grundlagen für die Ermittlung des bei der AHV massgebenden Einkommens erstellt. Deshalb war es gegeben, die mit jenem Verfahren verbundenen Einkommenserhebungen auch für die AHV-Beitragsbemessung zu verwenden. Wenn so die Steuerbehörden für die AHV-Ausgleichskassen das Erwerbseinkommen ermitteln, ist das gleichbedeutend mit einer Funktion der Ausgleichskasse selber, weshalb es sich rechtfertigt, die diesen gelieferten Angaben als für sie verbindlich zu erklären; das braucht aber nicht auch Verbindlichkeit gegenüber den gerichtlichen Instanzen zur Folge zu haben.⁴⁸

Notwendig ist immerhin eine fassbare Umschreibung derjenigen Voraussetzungen, unter denen im Sozialversicherungsrecht auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zurückgegriffen werden soll. Dabei sollen mit Blick auf die Einheit der Rechtsordnung steuerrechtliche Vorgehensweisen mitberücksichtigt werden, ohne dass aber unbedingt eine gleiche Beurteilung erfolgen muss. Insbesondere muss beachtet werden, dass in der Steuergesetzgebung die Ausgestaltung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nach Art. 127 BV ein Leitprinzip darstellt, was sich im Sozialversicherungsrecht anders verhält. Im Steuerrecht erklärt sich das Abstellen auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten durch besondere Argumente, nämlich mit dem Hinweis auf das Gebot der Leistungsfähigkeit und der Gleichmässigkeit der Besteuerung. Diese Begründungselemente lassen sich nicht auf das Sozialversicherungsrecht übertragen. Die Wertungen des Sozialversicherungsrechts zielen in eine andere Richtung. Es geht hier um den Schutz bestimmter Personen- oder Bevölkerungsgruppen, um das Solidaritätsprinzip, um das Prinzip der ausreichenden sozialen Abdeckung, um den Grundsatz der einfachen und praktikablen Durchführung sowie um die Berücksichtigung der Eigenleistungsfähigkeit. Soweit im Sozialversicherungsrecht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise überhaupt greifen soll, muss dies also auf Grundwertungen des Sozialversicherungsrechts zurückgeführt werden können.

D. Gesundheitsrecht

Wer Leistungen zu Lasten der Sozialversicherung erbringen will, benötigt in aller Regel eine polizeiliche Zulassung. Diese Zulassung zielt darauf ab, die öffentliche Gesundheit zu schützen, und stellt insoweit eine Polizeibewilligung dar. Beispiele für entsprechende Bewilligungen sind die Zulassung zur ärztlichen Tätigkeit, die Zulassung zur psychotherapeutischen Tätigkeit oder die Zulassung als Zahnärztin oder Zahnarzt. Für die Regelung dieses Bereichs

⁴⁸ Dazu EVGE 1949 62.

ist insbesondere auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die universitären Medizinalberufe abzustellen.⁴⁹

Das Sozialversicherungsrecht könnte bezogen auf die Zulassung zur Leistungserbringung auf die gesundheitspolizeiliche Zulassung abstellen. Bei einer solchen Vorgehensweise ergäbe sich ein analoger Kreis von zugelassenen Personen und Stellen. Allerdings kennt das Sozialversicherungsrecht in aller Regel eigenständige Zulassungsordnungen.⁵⁰ Es stellt sich mithin die Frage, welches das Verhältnis der polizeilichen Zulassung zur sozialversicherungsrechtlichen Zulassung ist.

Diese Frage wird durch die geltenden sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen nicht eindeutig beantwortet. Als zutreffende Auffassung erscheint, dass die polizeiliche Bewilligung als massgebende, nicht jedoch unbedingt zugleich als hinreichende Voraussetzung für die sozialversicherungsrechtliche Zulassung angesehen wird. Wer nämlich zu Lasten der Sozialversicherung tätig werden will, muss jedenfalls Gewähr dafür bieten, dass die öffentliche Gesundheit nicht beeinträchtigt wird. Es ist deshalb unabdingbar, dass nur solche Personen und Stellen zu Lasten der Sozialversicherung tätig werden können, welche über eine allenfalls erforderliche polizeiliche Bewilligung verfügen. Freilich kann das Erlangen der Polizeibewilligung noch nicht hinreichende Voraussetzung dafür sein, zu Lasten der Sozialversicherung tätig zu werden. Denn im Bereich des Sozialversicherungsrechts treten weitere Überlegungen hinzu, welche gegebenenfalls das Erfüllen von zusätzlichen Voraussetzungen als notwendig erscheinen lassen. Diesbezüglich ist etwa zu beachten, dass in der Sozialversicherung die Leistungsgewährung zu möglichst günstigen Preisen erfolgen soll; deshalb fallen im Sozialversicherungsrecht – anders als im Polizeirecht – bei der Zulassung von Leistungserbringern und Leistungserbringern auch finanzielle Überlegungen ins Gewicht. Soweit im Sozialversicherungsrecht Preislimiten, Höchstbeträge oder Vergütungsbeträge genannt werden, handelt es sich immer um spezifische sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen; denn im Gesundheitspolizeirecht dürfen an sich keine solchen Regelungen aufgenommen werden. Allenfalls will das Sozialversicherungsgesetz zudem den Kreis der Leistungserbringenden in bestimmter Weise einschränken. Dies ist etwa für Ärztinnen und Ärzte geschehen.⁵¹

⁴⁹ Medizinalberufegesetz vom 23. Juni 2006 (MedBG, SR 811.11).

⁵⁰ Vgl. beispielsweise Art. 35 bis Art. 40 KVG, wo die Zulassung von Ärztinnen und Ärzten, von Einrichtungen, welche der ambulanten Krankenpflege dienen, von Apothekerinnen und Apothekern, von Spitälern, von Heilbädern und von anderen Leistungserbringern detailliert geregelt wird.

⁵¹ Dazu Art. 55a KVG.

Diese Aufteilung zwischen polizeilichen Voraussetzungen und spezifisch sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen erscheint besonders bildhaft in Art. 39 KVG. Diese Bestimmung ordnet die Zulassung von Spitälern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und nimmt dabei die genannte Aufteilung in prägender Weise auf. Die Voraussetzungen der ausreichenden ärztlichen Betreuung, des Fachpersonals und der zweckentsprechenden medizinischen Einrichtung betreffen die polizeiliche Bewilligung, welche den Schutz der öffentlichen Gesundheit sicherstellen soll.⁵² Was die in der Folge vom Gesetz zusätzlich verlangte Aufnahme in eine Spitalliste betrifft,⁵³ stellt dies eine spezifisch sozialversicherungsrechtliche Voraussetzung dar, welche nicht auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit, sondern auf eine nicht polizeilich ausgerichtete Spitalplanung zurückzuführen ist.

Es ist bei der Gesetzgebung anzustreben, dass in den sozialversicherungsrechtlichen Regelungen jeweils klar festgelegt wird, ob es sich um eine spezifische polizeiliche Voraussetzung handelt oder ob es sich um hinzutretende sozialversicherungsrechtliche Voraussetzungen handelt. Dabei kann im Sozialversicherungsrecht durchaus auf eine eigenständige Regelung der gesundheitspolizeilichen Voraussetzungen verzichtet werden. Bei einer solchen Ausgangslage reicht es aus, auf die Massgeblichkeit der bereits bestehenden polizeilichen Regelung zu verweisen.

Beizufügen ist, dass sich analoge Fragen in anderen Bereichen, d.h. ausserhalb der Zulassung von Leistungserbringern, stellen. Es kann auf das Beispiel der Zulassung von Heilmitteln verwiesen werden. Auch hier wird unterschieden zwischen der polizeilichen Zulassung, welche durch das Schweizerische Heilmittelinstitut (swissmedic) erfolgt, und der daran anschliessenden sozialversicherungsrechtlichen Zulassung.⁵⁴ Im Sozialversicherungsrecht werden dabei weitere Aspekte berücksichtigt, wobei die finanziellen Auswirkungen der Zulassung besonders geprüft werden,⁵⁵ daneben wird aber auch etwa die Wirksamkeit (erneut) geklärt.⁵⁶

⁵² Dazu Art. 39 Abs. 1 lit. a bis lit. c KVG.

⁵³ Vgl. dazu Art. 39 Abs. 1 lit. d und lit. e KVG.

⁵⁴ Vgl. aus dem Bereich der Krankenversicherung Art. 65 Abs. 1 KVV.

⁵⁵ Vgl. zum Kriterium der Wirtschaftlichkeit Art. 65 Abs. 3^{bis} KVV.

⁵⁶ Dazu BGE 132 V 352.

VII. Einordnung

A. Ausgangspunkt

Die vorangehenden Beispiele zeigen eine bunte Vielfalt von Gesichtspunkten. Nun wird die Buntheit oft geschätzt. Buntheit ist indessen mindestens in der Gesetzgebung kein an sich zu verfolgendes Ziel. Was hier gefragt ist, ist eine stimmige, überzeugende, farbliche Aspekte berücksichtigende Einordnung der verschiedenen Aspekte. Gefragt ist deshalb bei der Gesetzgebung ein Hin- und Herwandern des Blicks, wobei dabei das jeweilige Ziel nicht aus den Augen verloren werden darf. Beim Schweifen-Lassen des Blicks sollen alle Aspekte erfasst werden, welche bezogen auf die zu regelnde Fragen ins Gewicht fallen. Dabei müssen zugleich diejenigen Elemente beibehalten werden, welche in der Folge Berücksichtigung finden sollen. Es muss also gewissermassen eine Auswahl unter Beachtung bestimmter Faktoren erfolgen. Die so ausgewählten Elemente werden in der Folge in die Gesetzgebung einbezogen, wobei sich hier ein stimmiges Gesamtbild ergeben soll. Oder – um auf das Bild der Buntheit zurückzukehren – es müssen zunächst alle an sich anzutreffenden Farben mit dem Hin- und Herwandern des Blicks erfasst werden. Zugleich muss schon feststehen, welcher Farbton beim Gesamtbild letztlich bestimmend sein soll. Unter Berücksichtigung dieses Ziels sollen dann die weiter zu verwendenden Farben bestimmt und gewissermassen «mitgenommen» werden.

Wenn – zuweilen in der bisherigen Rechtsprechung, recht klar in der Lehre – darauf verwiesen wird, dass das Familienrecht für das Sozialversicherungsrecht «vorausgesetzt» sei, ist dies nicht an sich schlüssig und überzeugend. «Vorausgesetzt» ist das Familienrecht im Sozialversicherungsrecht einzig, wenn dies gesetzlich festgelegt wird und wenn im Rahmen der Rechtsanwendung das Ergebnis erstellt ist, dass – eben – das Familienrecht «vorausgesetzt» ist. Darin unterscheidet sich das Familienrecht nicht von anderen Rechtsbereichen.

B. Unterschiedliche Bezugnahmen im Vergleich der einzelnen Rechtsgebiete

Bei einer Untersuchung der Bezüge zwischen Sozialversicherungsrecht und anderen Rechtsgebieten zeigen sich unterschiedliche Verhältnisse.

Bei manchen Fragen wertet das Sozialversicherungsrecht eigenständig. Beispiel dafür bildet in der Rechtsanwendung die wirtschaftliche Betrachtungs-

weise bei der Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit oder bei der Bestimmung des massgebenden Lohns.⁵⁷

In bestimmten Bereichen weicht die Rechtsanwendung nur mit Zurückhaltung von der Festlegung anderer Rechtsbereiche ab. Hier bildet die Klärung der Frage nach der Erwerbsabsicht im AHV-Beitragsrecht ein Beispiel; die AHV übernimmt prinzipiell die entsprechende steuerrechtliche Festlegung.⁵⁸

Bei anderen Fragen nimmt das Sozialversicherungsrecht insbesondere auf das Zivilrecht und hier auf bestimmte Institute unmittelbar Bezug. Dies gilt etwa für die Frage nach dem Wohnsitz, nach der Ehe, nach dem Kind oder nach der Scheidung.⁵⁹ Hier schien es der Rechtsetzerin offenbar einleuchtend, auf die Schaffung eigenständiger sozialversicherungsrechtlicher Begriffe zu verzichten und an deren Stelle die Massgeblichkeit der – bereits bestehenden – zivilrechtlichen Begriffe vorzusehen. Aber auch bei diesen Fragen bestehen sozialversicherungsrechtliche Abweichungen von den zivilrechtlichen Begriffen, indem etwa der Begriff «Kind» oder «Scheidung» eigenständig eingeordnet wird.⁶⁰

Schliesslich wird bei bestimmten Fragen auf entsprechende Verweisungen verzichtet; Beispiele dafür bilden die Fragen nach der Arbeitnehmerqualität, nach dem Begriff der Arbeitsverhinderung oder nach der Unterhaltspflicht.

C. Würdigung

Das Sozialversicherungsrecht zielt auf den Schutz der unterstellten Personen beim Eintritt eines sozialen Risikos. Damit verfolgt das Sozialversicherungsrecht ein kennzeichnendes, in anderen Rechtsgebieten nicht gleichermassen anzutreffendes Ziel. Der effektiven Erreichung dieses Ziels untergeordnet sind beispielsweise Fragen der Finanzierung. Es tritt hinzu, dass es sich um ein Versicherungssystem mit Leistungsansprüchen handelt, welche bereits anfänglich festgelegt sind.

Damit unterscheidet sich das Sozialversicherungsrecht sowohl von seiner Zielsetzung als auch von seiner Ausgestaltung her prinzipiell von Rechtsgebieten des Zivilrechts. Im Zivilrecht steht das einzelne (Vertrags-)Verhältnis deutlicher im Zentrum, und es ist – etwa im Bereich des Obligationenrechts – der Grundsatz der Vertragsautonomie wichtig. Damit können sich Gemein-

⁵⁷ Dazu Abschnitt VI.A.

⁵⁸ Dazu Abschnitt VI.C.

⁵⁹ Dazu Abschnitt V.

⁶⁰ Dazu Abschnitt V.B. und V.C.

samkeiten in der Ausgestaltung bzw. in der Rechtsanwendung an sich eher weniger ergeben.

Dieser Befund gilt grundsätzlich auch für Rechtsbereiche im öffentlichen Recht. So ist etwa im Steuerrecht das Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit massgebend, was im Sozialversicherungsrecht anders ist; das Gesundheitsrecht zielt auf den Schutz der (öffentlichen) Gesundheit ab, was im Sozialversicherungsrecht zwar auch Leitgedanke ist, wobei aber weitere Grundsätze (z.B. Kriterium der Wirtschaftlichkeit) hinzutreten.

Diese Unterschiede in der Zielsetzung lassen sich am Beispiel des Vergleichs von Berufsvorsorgerecht und Arbeitsrecht anschaulich zeigen.⁶¹ Im Ausgangspunkt zielen sowohl das Arbeitsvertragsrecht als auch das Berufsvorsorgerecht auf dieselben Ziele ab: Es geht – neben anderen Zielsetzungen – wesentlich darum, die Arbeitnehmenden zu schützen. Während dies im Berufsvorsorgerecht das primäre Ziel ist, werden im Arbeitsvertragsrecht weitere Ziele (z.B. Vertragsfreiheit) verfolgt. Insoweit ist die Ausgestaltung im Berufsvorsorgerecht einfacher, weil weniger Zielkonflikte als im Arbeitsvertragsrecht bestehen. Was die Umsetzung dieses primären Ziels betrifft, geht es im Arbeitsvertragsrecht um das jeweilige einzelne Vertragsverhältnis; demgegenüber zielt die berufliche Vorsorge darauf ab, den Schutz bis zum Eintritt des Risikos zu gewähren (und in der Folge die versicherten Leistungen auszurichten). Der Schutz der beruflichen Vorsorge besteht im Prinzip losgelöst von der Ausgestaltung des einzelnen Arbeitsverhältnisses; massgebend ist die gesetzliche Regelung der beruflichen Vorsorge. Deshalb kann das Berufsvorsorgeverhältnis – anders als das Arbeitsverhältnis – nicht durch Vertragskündigung beendet werden. Bei der materiellen Ausgestaltung der beiden Rechtsbereiche fallen im Vergleich die erheblichen Unterschiede auf. Die Unterstellung unter die berufliche Vorsorge richtet sich nicht nach der zivilrechtlichen Ausgestaltung, und es ergeben sich auch in zeitlicher Hinsicht Unterschiede. Der massgebende Lohn ist nicht analog umschrieben, und die Lohnfortzahlungsgründe des Arbeitsvertragsrechts entsprechen nicht den in der beruflichen Vorsorge erfassten Risiken. Diese Unterschiede bzw. die Regelungen der beruflichen Vorsorge erklären sich aus der Einordnung der Vorsorge in die Sozialversicherung. Die berufliche Vorsorge ist in den wesentlichen Punkten analog den anderen Sozialversicherungen ausgestaltet. Diese Überlegungen legen nahe, die berufliche Vorsorge als Versicherungssystem zu konzipieren, ohne dass die Bezüge zum Arbeitsvertragsrecht zu eng gestaltet sind. Es drängt sich – gegenteils – auf, die Unterstellung in der beruflichen Vorsorge mit Blick auf das zentrale Ziel des Schutzes beim Eintritt des sozialen Risikos eher auszudehnen und vermehrt Selbständi-

⁶¹ Dazu auch HANS-ULRICH STAUFFER, Schnittstellenprobleme Arbeitsvertragsrecht – Berufliche Vorsorge; Anforderungen an die Koordination, in: Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli (Hrsg. Eva-Maria Bani und Angela Obrist), Zürich 2014, 583 ff.

gerwerbende in den Schutz einzubeziehen. Es ginge darum, alle Erwerbstätigen zu unterstellen, welche angesichts des Einkommens den Schutz der beruflichen Vorsorge benötigen.

D. Zurück zum Familienrecht

Der vorliegende Aufsatz will einen kleinen Beitrag zum Verständnis der Beziehungen zwischen Sozialversicherungsrecht und Familienrecht leisten. Die Gedanken zeigen, dass zwar in einigen Teilfragen Bezüge zwischen den beiden Rechtsgebieten bestehen. Indessen steht im Vordergrund, dass zwischen den beiden Bereichen erhebliche Unterschiede bestehen. Darin unterscheidet sich das Familienrecht nicht von anderen Rechtsbereichen, wenn sie mit dem Sozialversicherungsrecht in Bezug gesetzt werden. Es kann nicht angenommen werden, dass das Familienrecht im Sozialversicherungsrecht insgesamt vorausgesetzt wird. Richtig ist einzig, dass das Sozialversicherungsrecht auf bestimmte familienrechtliche Institute abstellt, soweit dies der Erreichung des Ziels dient, der versicherten bzw. leistungsbeanspruchenden Person einen hinreichenden Schutz beim Eintritt des sozialen Risikos zu vermitteln. Dies kann dazu führen, dass bei der Regelung eines sozialversicherungsrechtlichen Leistungsanspruchs eine entgegenstehende zivilrechtliche Festlegung vorbehalten wird. Dazu finden sich im Sozialversicherungsrecht manche Beispiele.⁶²

THOMAS KOLLER hat mit seinen wegleitenden, gegründeten Untersuchungen der Beziehungen anderer Rechtsgebiete zum Sozialversicherungsrecht den Blick geöffnet für eine zutreffende Einordnung von vielen Fragen. Dass dies nicht ohne Nachhall bleibt, zeigt – im Sinne eines Beispiels – der vorliegende Beitrag. Er soll den Dank an den Jubilar für seine langjährige Tätigkeit zum Ausdruck bringen.

⁶² Dazu BGE 143 V 311 f., E. 5.2: «Diese Rechtsprechung zeitigte in der Praxis unbefriedigende Ergebnisse, die nur über den in Art. 35 Abs. 4 zweiter Satz IVG vorbehaltenen zivilrechtlichen Weg beseitigt werden konnten (Erläuterungen des BSV, a.a.O., Vorbemerkung zu Art. 71^{ter} AHVV; ULRICH MEYER/MARCO REICHMUTH, a.a.O., S. 477 Rz. 14 zu Art. 35 IVG). Der Bundesrat erliess in der Folge Art. 71^{ter} Abs. 3 AHVV, welcher am 1. Januar 2011 in Kraft trat. Danach ändert sich an der vorher praktizierten Auszahlung nichts, wenn das Kind volljährig wird, es sei denn, das volljährige Kind verlange die Auszahlung an sich selber. Abweichende vormundschaftliche oder zivilrechtliche Anordnungen bleiben vorbehalten. Diese Vorschrift ist nach Art. 35 Abs. 4 IVG in Verbindung mit Art. 82 Abs. 1 IVV sinngemäss auf Kinderrenten der Invalidenversicherung anwendbar. Ein Verstoss gegen Zivilrecht ist darin entgegen dem Beschwerdeführer nicht zu erblicken; denn in Art. 71^{ter} Abs. 3 AHVV sind abweichende vormundschaftliche oder zivilrechtliche Anordnungen ausdrücklich vorbehalten. Die direkte Auszahlung an die Tochter des Beschwerdeführers ist somit keineswegs rechtswidrig, geschweige denn willkürlich.»

Nichtigkeit von Verträgen als Folge von Privatbestechung?

CHRISTA KISSLING*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	398
A.	Charakteristische Merkmale der Privatbestechung.....	398
B.	Bestechungsvereinbarung und Hauptvertrag.....	401
C.	Problematik.....	402
II.	Rechtsprechung des Bundesgerichts und herrschende Lehre zum Hauptvertrag.....	404
A.	Keine Nichtigkeit i.S. von Art. 19/20 OR.....	404
B.	Stellvertretungsrecht bzw. Willensmängel.....	410
1.	Stellvertretungsrecht.....	410
2.	Willensmängel.....	413
C.	Art. 4a i.V.m. Art. 9 UWG?.....	414
III.	Alternative Lösungsvorschläge in der Schweizer Lehre.....	414
A.	BORGHI, QUELOZ und BALMELLI.....	415
B.	TERCIER.....	418
IV.	Würdigung.....	420
A.	Gesetzsystematik.....	421
B.	Internationale Übereinkommen zur Wirksamkeit von Hauptverträgen.....	422
1.	Art. 34 Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption.....	422
2.	Art. 8 Abs. 2 Zivilrechtsübereinkommen über Korruption des Europarates.....	423
C.	Rechtsprechung in Deutschland.....	425
D.	Relative Nichtigkeit: Vereinfachung für den Geschäftsherrn?.....	428
E.	Absolute Nichtigkeit: Berücksichtigung von Dritt- und Allgemeininteressen im Privatrecht?.....	433

* Dr. CHRISTA KISSLING, Senior Post-Doc, Institut für Europäisches Schadenersatzrecht der Österreichischen Akademie der Wissenschaften und der Universität Graz, Wien.

I. Einleitung

A. Charakteristische Merkmale der Privatbestechung

Der Begriff der Bestechung ist im schweizerischen Zivilrecht nicht definiert. Eine ausführliche Definition findet sich jedoch im Kernstrafrecht (d.h. im Schweizerischen Strafgesetzbuch, StGB), in dessen 19. Titel (Art. 322^{ter} ff. StGB) die aktive und passive Bestechung schweizerischer und fremder Amtsträger, die Vorteilsgewährung/-annahme an bzw. durch schweizerische Amtsträger und seit dem 1.7.2016 auch die hier interessierende aktive und passive Bestechung Privater (Art. 322^{octies} und 322^{novies} StGB), die zuvor im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)¹ geregelt war, zusammengefasst normiert sind. Die Straftatbestände zur Privat- und Amtsträgerbestechung sind heute weitgehend nach der gleichen Grundstruktur und hinsichtlich der aktiven und passiven Handlungsform jeweils symmetrisch aufgebaut. Für die Abgrenzung zwischen dem privaten Sektor und Amtsträgern ist von Bedeutung, dass auch Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, Amtsträgern gleichgestellt sind.²

Für die privatrechtlichen Überlegungen kann zumindest als Ausgangspunkt von den charakteristischen Merkmalen der Bestechung, die sich aus den ent-

¹ Art. 4a i.V.m. alt Art. 23 UWG. Der Wortlaut der Straftatbestände zur aktiven und passiven Privatbestechung im StGB entspricht fast genau der abgelösten Regelung im UWG. Die Tatbestandsmerkmale und der Strafrahmen haben sich nicht geändert (Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs [Korruptionsstrafrecht] vom 30.4.2014, Bundesblatt [BBl] 2014, 3591, 3608 Ziff. 2.1.1). Diesbezüglich kann somit nach wie vor auf die UWG-Literatur Bezug genommen werden. Art. 4a UWG besteht weiterhin, löst seit dem 1.7.2016 aber nur noch zivilrechtliche Rechtsfolgen aus, da in Art. 23 UWG, der Kernbestimmung des UWG-Strafrechts, in der Aufzählung der strafrechtlich relevanten Formen unlauteren Wettbewerbs Art. 4a UWG gestrichen wurde. Durch den neuen Regelungsort im StGB ist die Privatbestechung nun auch ausserhalb des Anwendungsbereiches des UWG strafbar. Die Privatbestechung, die bisher ein Antragsdelikt war, ist zudem neu ein Officialdelikt, ausser in «leichten Fällen», die weiterhin nur auf Antrag verfolgt werden (Art. 322^{octies} Abs. 2 und Art. 322^{novies} Abs. 2 StGB). Ausführlicher zur Revision z.B. DANIEL JOSITSCH/JANA DRZALIC, Die Revision des Korruptionsstrafrechts, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2016, 349 ff.

² Art. 322^{decies} Abs. 2 StGB. Als Amtsträger i.S. der strafrechtlichen Regeln über die Bestechung und Vorteilsgewährung/-annahme gelten Mitglieder einer richterlichen oder anderen Behörde, Beamte, amtlich bestellte Sachverständige, Übersetzer oder Dolmetscher, Schiedsrichter oder Angehörige der Armee, die für die Schweiz bzw. im Falle «fremder» Amtsträger für einen fremden Staat oder eine internationale Organisation tätig sind (Art. 322^{ter} ff. StGB). Ausführlicher zur Abgrenzung z.B. PHILIPPE SPITZ, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar (SHK), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016 (zit.: SHK UWG-SPITZ), Art. 4a N 60 ff.; DIEGO R. GFELLER, Die Privatbestechung – Art. 4a UWG, Konzeption und Kontext, Basel 2010, 130 ff.

sprechenden Straftatbeständen ergeben, ausgegangen werden. Die Straftatbestände sind relevant im Zusammenhang mit der Beurteilung der *Widerrechtlichkeit* des Vertragsinhalts i.S. von Art. 19/20 Obligationenrecht (OR). Über die *Sittenwidrigkeit* können darüber hinaus auch Vereinbarungen, die eine analoge Grundstruktur aufweisen, im Einzelfall den Straftatbestand jedoch nicht erfüllen, von Art. 19/20 OR erfasst werden.³ Wie hier zumindest summarisch festgehalten werden kann, ist bei der Privatbestechung der Restbereich, in dem sich die subsidiäre Frage der Sittenwidrigkeit noch stellt, durch die letzten Strafrechtsrevisionen zur Privatbestechung sukzessive kleiner geworden.

Für die Privatbestechung sind gemäss den einschlägigen Straftatbeständen in Art. 322^{octies} und 322^{novies} StGB folgende *vier Merkmale charakteristisch*:

1. *Dreiparteienverhältnis*: Jeder Bestechung liegt notwendigerweise (mindestens⁴) ein Dreiparteienverhältnis zugrunde, und zwar zwischen a) dem *Bestechenden*, b) dem *Bestochenen* (laut Gesetz: ein Arbeitnehmer, Gesellschafter, Beauftragter oder eine «ander[e] Hilfsperson eines Dritten»⁵) und c) dem «Dritten» (im Folgenden: *Geschäftsherr*), für den der Bestochene tätig ist. Sowohl auf der Seite des Bestechenden als auch des Bestochenen können zusätzliche Mitwirkende dazukommen, ohne dass sich am ursprünglichen Dreiparteienverhältnis etwas ändert. Das zentrale Merkmal dieses Dreiparteienverhältnisses ist das *Vertrauens- und Loyalitätsverhältnis* zwischen dem Bestochenen und dem Geschäftsherrn, dem *Treuepflichten* des Bestochenen gegenüber dem Geschäftsherrn, die sich aus ihrem Innenverhältnis ergeben, zugrunde liegen.⁶

2. «*Leistung*»: *Nicht gebührender Vorteil (Tatmittel⁷) und Tathandlung im engeren Sinne*: Ein weiteres Charakteristikum ist, dass innerhalb des Dreipar-

³ So z.B. Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (BGE) 95 II 37 ff.: Das Schmiergeldversprechen an den Vormund erfüllte keinen der damals geltenden Straftatbestände zur Bestechung oder Geschenkkannahme und war somit nicht wegen Widerrechtlichkeit (38 f. E. 1), sondern wegen Sittenwidrigkeit nichtig (39 f. E. 2).

⁴ Siehe z.B. CHRISTINE CHAPPUIS, La restitution des profits issus de la corruption: quels moyens en droit privé?, in: Ursula Cassani/Anne Héritier Lachat (Hrsg.), Lutte contre la corruption internationale, The never ending story, Genf/Zürich/Basel 2011, 139, 140.

⁵ Art. 322^{octies} Abs. 1 und Art. 322^{novies} Abs. 1 StGB.

⁶ Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates über Korruption (Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) vom 10.11.2004, BBl 2004, 6983, 7004 Ziff. 2.2.3.1, 7007 Ziff. 2.2.3.2 und 7010 Ziff. 2.2.4.3; siehe auch: MARKUS R. FRICK, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit.: BSK UWG-M.R. FRICK), Art. 4a N 18 und 25 f., m.w.N.; SHK UWG-SPITZ (Fn. 2), Art. 4a N 54 und 56; GFELLER (Fn. 2), 109, 111 ff. und 173 ff., m.w.N.

⁷ BSK UWG-M.R. FRICK (Fn. 6), Art. 4a Überschrift vor N 46.

teilverhältnisses dem Bestochenen zu seinen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten⁸ ein nicht gebührender Vorteil (Tatmittel) angeboten, versprochen oder gewährt wird (Tathandlung im engeren Sinne) bzw. (umgekehrt) der Bestochene für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.⁹ Nicht gebührend ist ein Vorteil laut Art. 322^{decies} Abs. 1 StGB, wenn er *vertraglich vom Dritten* (d.h. vom Geschäftsherrn) *nicht genehmigt* und *nicht geringfügig, sozial üblich* ist.¹⁰ Dabei handelt es sich um eine im Gesetz konkretisierte Untergrenze der Strafbarkeit.¹¹ Die Rede ist auch davon, dass die Genehmigung, die Geringfügigkeit und Sozialüblichkeit tatbestandsausschliessend sind und es sich nicht nur um Rechtfertigungsgründe handelt.¹²

3. «*Gegenleistung*» (*Tatzweck*¹³): Bei der Bestechung bezweckt der Bestechende mit dem nicht gebührenden Vorteil, vom Bestochenen eine «*Gegenleistung*» in Form einer a) *pflichtwidrigen oder im Ermessen stehenden Handlung oder Unterlassung* b) *im Zusammenhang mit dessen dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit* zu erlangen.¹⁴ Der nicht gebührende Vorteil be-

⁸ Der Begriff «Dritter» wird in Art. 322^{octies} Abs. 1 und Art. 322^{novies} Abs. 1 StGB zweimal verwendet: für den Geschäftsherrn (dazu bereits weiter oben) und (vorliegend) für einen von diesem notwendigerweise unabhängigen anderen Dritten, zu dessen Gunsten der nicht gebührende Vorteil angeboten, versprochen oder gewährt bzw. gefordert, sich versprechen lassen oder angenommen wird (siehe auch SHK UWG-SPITZ [Fn. 2], Art. 4a N 81).

⁹ Ausführlicher z.B. BSK UWG-M.R. FRICK (Fn. 6), Art. 4a N 38 ff., m.w.N.

¹⁰ Ausführlicher Botschaft (Fn. 6), BBl 2004, 7011 Ziff. 2.2.4.3; SHK UWG-SPITZ (Fn. 2), Art. 4a N 82 ff., m.w.N.; BSK UWG-M.R. FRICK (Fn. 6), Art. 4a N 48 ff., m.w.N. Hinsichtlich der kontrovers beurteilten Frage, ob eine Genehmigung auch nachträglich erfolgen kann, hält die Botschaft zur jüngsten Revision des Korruptionsstrafrechts fest, dass «vor der betreffenden Handlung festgelegt worden sein [muss], welche Vorteile erlaubt oder genehmigt sind». Begründet wird dies damit, dass die Strafbestimmung sonst, d.h. wenn die Genehmigung auch nachträglich noch möglich ist, jeglicher Substanz entbehrt (siehe dazu Botschaft [Fn. 1], BBl 2014, 3611 Ziff. 2.3). Gegen eine nachträgliche Genehmigung auch: ausführlicher MARIANNE JOHANNA HILF, Bankstrafrecht: Die Strafbarkeit der Mitarbeitenden, des Managements, der Bank, am Beispiel der ungetreuen Geschäftsbesorgung und Privatbestechung im Zusammenhang mit Bestandespflegekommissionen, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2014, Basel 2014, 15, 44 und Fn. 79 f., m.w.N. (auch zum massgebenden Zeitpunkt für eine rechtzeitige und nicht erst nachträgliche Genehmigung); siehe auch ALDO STAUB, Zivilrechtliche Folgen der Privatbestechung, Zürich/Basel/Genf 2013, N 295. Die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung befürwortend: BSK UWG-M.R. FRICK (Fn. 6), Art. 4a N 49, m.w.N.; GFELLER (Fn. 2), 155 ff., m.w.N.

¹¹ Botschaft (Fn. 6), BBl 2004, 7011 Ziff. 2.2.4.3.

¹² BSK UWG-M.R. FRICK (Fn. 6), Art. 4a N 49 und 51, m.w.N.

¹³ Ibid., Art. 4a Überschrift vor N 54.

¹⁴ Ausführlicher Botschaft (Fn. 6), BBl 2004, 7012 Ziff. 2.2.4.3; BSK UWG-M.R. FRICK (Fn. 6), Art. 4a N 54 ff., m.w.N.; SHK UWG-SPITZ (Fn. 2), Art. 4a N 68 ff. und 66 f., m.w.N.

zweckt, dass der Bestochene seine Eigeninteressen und die Fremdinteressen des Bestechenden den Interessen des Geschäftsherrn voranstellt. Damit verletzt der Bestochene seine Treuepflichten gegenüber dem Geschäftsherrn.¹⁵ Damit eine Bestechung vorliegt, ist nicht erforderlich, dass der Bestochene tatsächlich eine solche Gegenleistung erbringt. Erforderlich ist nur, dass der nicht gebührende Vorteil zumindest geeignet ist, eine Gegenleistung zu veranlassen; dabei genügt es, dass der nicht gebührende Vorteil zu einer Gegenleistung motivieren könnte.¹⁶

4. *Zusammenhang*: Der nicht gebührende Vorteil des Bestechenden muss im Zusammenhang stehen mit einer bestimmten oder *mindestens ihrer Art nach bestimmbar*en pflichtwidrigen oder im Ermessen stehenden Handlung oder Unterlassung des Bestochenen (sog. Äquivalenzzusammenhang).¹⁷ Liegt kein solcher Zusammenhang vor, handelt es sich lediglich um eine *Privatzuwendung*, die – sofern kein anderer Straftatbestand erfüllt ist – strafrechtlich erlaubt ist.¹⁸

B. Bestechungsvereinbarung und Hauptvertrag

Für die privatrechtliche Analyse sind zwei Verträge zu unterscheiden: die sog. *Bestechungsvereinbarung* zwischen dem Bestechenden und dem Bestochenen sowie der im Rahmen dieses Beitrags im Mittelpunkt stehende sog. *Hauptvertrag* (oder auch *Folgevertrag*), der vom Geschäftsherrn als Folge der Bestechung abgeschlossen wird.¹⁹ Der zweite Vertragspartner des Hauptvertrages (im Folgenden: *Vertragspartner*) kann sein: der Bestechende selber, der Geschäftsherr des Bestechenden oder ausnahmsweise auch jemand anderer, dem der Bestechende nicht zugerechnet werden kann, z.B. wenn die Bestechung durch einen Unabhängigen/Aussenstehenden,²⁰ dessen Handeln dem

¹⁵ GFELLER (Fn. 2), 19 f.; PIERRE TERCIER, *La corruption et le droit des contrats*, La Semaine Judiciaire (SJ) 1999 II, 225, 229 f.

¹⁶ BSK UWG-M.R. FRICK (Fn. 6), Art. 4a N 60, m.N.

¹⁷ Botschaft (Fn. 6), BBl 2004, 7012 Ziff. 2.2.4.3; BSK UWG-M.R. FRICK (Fn. 6), Art. 4a N 60, m.w.N.; SHK UWG-SPITZ (Fn. 2), Art. 4a N 67.

¹⁸ Botschaft (Fn. 6), BBl 2004, 7012 Ziff. 2.2.4.3; siehe auch SHK UWG-SPITZ (Fn. 2), Art. 4a N 67.

¹⁹ Z.B. BRUNO SCHMIDLIN, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses*, Art. 23-31 OR, 2. Aufl., Bern 2013 (zit.: BK-SCHMIDLIN), Art. 28 OR N 201; TERCIER (Fn. 15), 243 ff. und 255 ff.

²⁰ Beispiel: Ein Büromaschinen-Grosshändler (B) verkauft Drucker aller Marken. Ein Vertriebsmitarbeiter der Druckermarke Z besticht die EDV-Einkäufer eines Unternehmens (A) dafür, dass diese sich für den Kauf von Druckern der Marke Z einsetzen, mit dem Resultat, dass deren Unternehmen (A) beim Büromaschinen-Grosshändler (B) Drucker der Marke Z bestellt. Das Unternehmen (A) hätte sowieso mit dem Büromaschinen-Gross-

Vertragspartner nicht zugerechnet werden kann und von dem weder der Vertragspartner noch auf dessen Seite allenfalls in den Abschluss des Hauptvertrages involvierte Vertreter/Organe oder sonstige Personen, deren Wissen dem Vertragspartner zugerechnet werden kann, etwas gewusst haben, verübt wurde. Nicht Vertragspartei des Hauptvertrages ist aufgrund des der Bestechung zugrunde liegenden Dreiparteienverhältnisses der Bestochene.

C. Problematik

Die *Bestechungsvereinbarung* ist nach jahrzehntelanger einhelliger Auffassung des Bundesgerichts und der Lehre infolge rechts- oder (wenn nicht rechts-, dann) sittenwidrigen Inhalts *nichtig i.S. von Art. 19/20 OR*.²¹ Für die

händler (B), den es in voller Privatautonomie ausgesucht hat, kontrahiert. Dass gerade Drucker der Marke Z gekauft wurden, ist jedoch die Folge der Bestechung. Der Büromaschinen-Grosshändler (B) hat mit der Bestechung nichts zu tun und profitiert auch nicht davon. Denn hätte er nicht Drucker der Marke Z verkauft, hätte er als Grosshändler, der alle Marken verkauft, die andere gewünschte Marke geliefert. Die Motivation des Aussenstehenden, EDV-Einkäufer in Unternehmen (z.B. A) zu bestechen, besteht darin, dass er auf diese Weise als Vertriebsmitarbeiter des Herstellers von Druckern der Marke Z seine umsatzabhängige Provision aufbessern kann. Die Bestechung der EDV-Einkäufer im Unternehmen (A) erweist sich zudem als der direkteste und effizienteste Weg der Beeinflussung. Würde der Bürogeräte-Grosshändler (B), der alle Drucker-Marken liefern kann, beeinflusst, müsste dieser seinerseits noch die EDV-Einkäufer von potenziellen

²¹ BGE 26 II 442, 444 ff. E. 3 f. (Sittenwidrigkeit); 30 II 413, 417 f. E. 4 f. (Sittenwidrigkeit); 47 II 86, 88 E. 1 (Sittenwidrigkeit); 95 II 37, 39 f. E. 2 (Sittenwidrigkeit); 99 Ia 417, 420 f. E. 3c (Rechts- oder Sittenwidrigkeit); 119 II 380, 384 f. E. 4b, m.w.N. (Rechtswidrigkeit und Verstoss gegen den internationalen *ordre public*); 129 III 320, 324 E. 5.2 (*Klärschlammfall, obiter*; Rechts- oder Sittenwidrigkeit); OSKAR HIRZEL, Das Schmiergelderunwesen und die Rechtsbehelfe der davon Beeinträchtigten nach schweizer. Recht, Diss. Zürich 1930, 50 ff.; HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI/1: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Bern 1945 (zit.: BK-BECKER), Art. 19 OR N 48; ADRIAN STEINBEISSER, Die Bestechung von Bediensteten in obligationen-, arbeits- und wettbewerbsrechtlicher Hinsicht, Diss. Basel 1977, 27 f.; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I/2, 3. Aufl., Zürich 1979, 257; ANNE HÉRITIER, Les pots-de-vin, Diss. Genf 1981, 104 ff.; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY-WERRO, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Freiburg i.Ue. 1988, N 1280 f.; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, 257; ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/2/1a: Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Bern 1991 (zit.: BK-KRAMER), Art. 19/20 OR N 200; TERCIER (Fn. 15), 243 ff.; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2016, N 4381; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I (bearbeitet von Jörg Schmid), 10. Aufl.,

Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Bestechungsvereinbarung ist laut Bundesgericht unerheblich, ob durch den nicht gebührenden Vorteil dem Geschäftsherrn des Bestochenen tatsächlich ein Schaden entsteht.²² Die Nichtigkeit i.S. von Art. 20 Abs. 1 OR, die im Gesetz nicht definiert ist, ist nach einem Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 1904 bei der Bestechungsvereinbarung im traditionellen Sinne zu verstehen.²³ Das heisst, die Bestechungsvereinbarung ist *ex tunc* nichtig, die Nichtigkeit wirkt *absolut*, ist vom Richter *von Amtes wegen* zu beachten und ist *unheilbar*.²⁴ Mit der Unheilbarkeit der Nichtigkeit kollidiert bei der Bestechung allerdings die Genehmigungsmöglichkeit des Geschäftsherrn, wenn diese – wie kontrovers beurteilt wird – auch nachträglich noch möglich sein soll.²⁵ In Frage kommt nur eine Totalnichtigkeit der Bestechungsvereinbarung²⁶ und keine modifizierte Teilnichtigkeit i.S. von Art. 20 Abs. 2 OR in Form einer Reduktion des nicht gebührenden Vorteils auf das erlaubte Mass.²⁷

In Bezug auf den hier interessierenden *Hauptvertrag* wird die Frage der Nichtigkeit des Vertrages – wie nachfolgend näher darzulegen ist – hingegen weniger einhellig beurteilt. Während das Bundesgericht und die herrschende Lehre die Nichtigkeit des Hauptvertrages i.S. von Art. 19/20 OR verneinen und den Geschäftsherrn, der sich vom Hauptvertrag lösen will, je nach Fallkonstellation auf die Regeln des Stellvertretungsrechts bzw. der Willens-

Zürich/Basel/Genf 2014 (zit.: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID), N 653a und 670; CLAIRE HUGUENIN/BARBARA MEISE, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR I-HUGUENIN/MEISE), Art. 19/20 N 39; KARL-LUDWIG KUNZ/NADJA CAPUS/PHILIPP KELLER, Switzerland, in: Günter Heine/Barbara Huber/Thomas O. Rose (Hrsg.), Private Commercial Bribery, A Comparison of National and Supranational Legal Structures, Freiburg i.Br. 2003, 435, 464; TANJA FRICK, Auswirkungen einer Bestechung auf ein Vertragsverhältnis, Diss. Zürich 2004, N 201, 211 und 213; AHMET KUT, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: CHK-KUT), Art. 19/20 OR N 26; SHK UWG-SPIZ (Fn. 2), Art. 4a N 117; CHAPPUIS (Fn. 4), 141; BK-SCHMIDLIN (Fn. 19), Art. 28 OR N 200; BSK UWG-M.R. FRICK (Fn. 6), Art. 4a N 67; STAUB (Fn. 10), N 385 f.

²² BGE 26 II 442, 449 E. 4.

²³ Siehe BGE 30 II 413, 416 E. 3 (von Amtes wegen, jederzeit, schlechthin nichtig).

²⁴ Zum traditionellen Verständnis der Nichtigkeit im Allgemeinen: BK-KRAMER (Fn. 21), Art. 19/20 OR N 308 ff., m.w.N.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 21), N 681 ff., m.w.N.; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 21), Art. 19/20 N 53, m.w.N.

²⁵ Zur Genehmigungsmöglichkeit oben Ziff. I/A beim 2. Merkmal und Fn. 10 (mit Hinweis zur Kontroverse bezüglich des Zeitpunktes, bis zu dem eine Genehmigung möglich sein soll).

²⁶ Siehe HÉRITIER (Fn. 21), 110 ff.; T. FRICK (Fn. 21), N 211.

²⁷ STAUB (Fn. 10), N 386; CHRISTA KISSLING, Impact of Bribery on Contracts under Swiss Civil Law, in: Michael Joachim Bonell/Olaf Meyer (Hrsg.), The Impact of Corruption on International Commercial Contracts, Cham 2015, 351, 361 f.

mängel verweisen, schlägt eine numerische Minderheit von (namhaften) Schweizer Autoren unterschiedliche Lösungsalternativen vor, die sowohl in Richtung absoluter als auch relativer Nichtigkeit gehen, und zwar entweder *de lege lata* gestützt auf Art. 19/20 OR oder *de lege ferenda* gestützt auf eine entsprechende Spezialnorm. Je nach Lösungsschiene ergeben sich Unterschiede unter anderem bezüglich der Frage, ob der Geschäftsherr das rechtliche Schicksal des Hauptvertrages in der Hand hat, oder ob seine Entscheidungsfreiheit zu Gunsten von Drittinteressen (z.B. der Konkurrenten, die aufgrund der Bestechung beim Abschluss des Hauptvertrages das Nachsehen hatten) und Allgemeininteressen (z.B. einer effizient[er]en Bestechungskämpfung durch das Privatrecht) zurückgedrängt wird. Weitere Unterschiede betreffen die Berücksichtigung von Amtes wegen, die nachzuweisenden Tatbestandsvoraussetzungen und die Beachtung allfälliger Fristen für die Geltendmachung.

Im Folgenden werden für den Hauptvertrag der Standpunkt des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre (unten Ziff. II) sowie alternative Lösungsvorschläge in der Schweizer Lehre (Ziff. III) skizziert und anschliessend gewürdigt (Ziff. IV).

II. Rechtsprechung des Bundesgerichts und herrschende Lehre zum Hauptvertrag

A. Keine Nichtigkeit i.S. von Art. 19/20 OR

Nach bestätigter Rechtsprechung des Bundesgerichts²⁸ und nach Auffassung der herrschenden Lehre in der Schweiz²⁹ haben Hauptverträge, die infolge

²⁸ BGE 47 II 86, 88 f. E. 1 f. (nur zur fehlenden Sittenwidrigkeit; anders hier noch die Vorinstanz); 119 II 380, 385 E. 4c (genereller Hinweis auf die fehlende Nichtigkeit i.S. von Art. 19/20 OR); 129 III 320, 324 f. E. 5.2 (*Klärschlammfall*; zur fehlenden Rechts- und Sittenwidrigkeit).

²⁹ EMIL HUBER, Sind die durch Schmiergelder erschlichenen Verträge rechtsgültig?, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 1921, 81, 83 f. und 87; ANDREAS VON TUHR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbbd., Tübingen 1924, 224 Fn. 52; BK-BECKER (Fn. 21), Art. 19 OR N 48; STEINBEISSER (Fn. 21), 74 ff., insb. 77, 79 und 82; HÉRITIER (Fn. 21), 143 ff.; BK-KRAMER (Fn. 21), Art. 19/20 OR N 200; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 21), N 653a und 670, m.w.N.; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 21), Art. 19/20 N 39; EVELINE WYSS/HANS CASPAR VON DER CRONE, Bestechung bei Vertragsschluss, Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2002 i.S. ABZ Recycling AG (Klägerin und Appellantin [recte: Appellatin]) gegen Stadt Zürich (Beklagte und Appellantin) [Anm.: = Vorinstanz zu BGE 129 III 320 ff., *Klärschlammfall*], Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (SZW) 2003, 35, 38; KUNZ/CAPUS/KELLER (Fn. 21), 466; T. FRICK (Fn. 21), N 204 ff. und 214 f.; CHK-KUT (Fn. 21),

einer Bestechung abgeschlossen werden, nicht alleine deswegen einen widerrechtlichen bzw. sittenwidrigen Inhalt und fallen somit nicht unter die Rechtsfolge der Nichtigkeit i.S. von Art. 20 OR.

Ob ein Vertrag widerrechtlich oder sittenwidrig ist, beurteilt sich nach dem «Inhalt» des Vertrages, der von der Rechtsprechung und Lehre für beide Kontrollkriterien in einem gleichermassen³⁰ weiten Sinne zu verstehen ist. Der Vertrag ist von seinem Inhalt her widerrechtlich bzw. sittenwidrig, wenn die vereinbarte *Leistung als solche*, der *Abschluss* eines Vertrages mit dem vereinbarten Inhalt oder (trotz an sich unbedenklichen Inhalts der eigentlichen Vertragsleistung) der *mit dem Vertrag angestrebte mittelbare, aber gemeinsame*³¹ *Zweck* widerrechtlich bzw. sittenwidrig ist.³² Bei der Widerrechtlichkeit setzt die Rechtsfolge der Nichtigkeit zudem stets voraus, dass diese entweder ausdrücklich im betreffenden Gesetz vorgesehen ist oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt.³³

Art. 19/20 OR N 26; GFELLER (Fn. 2), 335 f.; SHK UWG-SPITZ (Fn. 2), Art. 4a N 117; CHAPPUIS (Fn. 4), 142; BK-SCHMIDLIN (Fn. 19), Art. 28 OR N 201 ff. (siehe dazu unten Fn. 78); BSK UWG-M.R. FRICK (Fn. 6), Art. 4a N 68; STAUB (Fn. 10), N 402 ff. und 895.

³⁰ BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 21), Art. 19/20 N 36 («nach der herrschenden Auffassung wird der Sittenwidrigkeits- in Übereinstimmung mit der Rechtswidrigkeitskontrolle ein weiter Inhaltsbegriff zugrunde gelegt»); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 21), N 656 (verweisen bei der Sittenwidrigkeit «sinngemäss» auf die diesbezüglichen Ausführungen zur Widerrechtlichkeit).

³¹ Siehe z.B. BGE 134 III 52, 54 E. 1.1 (Widerrechtlichkeit); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 21), N 643 f., m.w.N. (Widerrechtlichkeit) und 656 (Sittenwidrigkeit); BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 21), Art. 19/20 N 17, m.w.N. (Widerrechtlichkeit) und 36, m.w.N. (Sittenwidrigkeit). Nach BGE 48 II 270, 276 E. 2 (Sittenwidrigkeit) ist erforderlich, jedoch auch ausreichend, dass «die Gegenpartei nicht nur sieht, dass der Vertragsschluss dem andern Vertragsteil zu einem unsittlichen Erfolge verhelfen soll, sondern auch, dass für diese Partei die Erreichung dieses Erfolges eine *Grundlage des Geschäftes* ist, d.h. dass der Vertrag nur im Hinblick hierauf für sie ein Interesse hat» (Kursivschrift hinzugefügt). Auf die subjektive Gesinnung einer Partei und ihre Motive kommt es hingegen nicht an (z.B. BSK OR I-HUGUENIN/MEISE [Fn. 21], Art. 19/20 N 17 und 36, m.w.N.).

³² Zur Widerrechtlichkeit: siehe etwa die nicht amtl. publ. E. 6.4 von BGE 138 III 601 ff. (Urteil des Bundesgerichts vom 16.7.2012, 4A_753/2011); 134 III 438, 442 E. 2.2, m.w.N. (*Resh*); 134 III 52, 54 E. 1.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 21), N 638 ff., m.w.N.; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 21), Art. 19/20 N 17, m.w.N. Zur Sittenwidrigkeit: siehe etwa BGE 129 III 604, 617 E. 5.3; 123 III 101, 102 E. 2; 115 II 232, 235 E. 4a; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 21), N 656, m.w.N.; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 21), Art. 19/20 N 36, m.w.N.

³³ Siehe etwa die nicht amtl. publ. E. 6.4 von BGE 138 III 601 ff. (Urteil des Bundesgerichts vom 16.7.2012, 4A_753/2011); BGE 134 III 438, 442 f. E. 2.2 f., m.w.N. (*Resh*); BK-KRAMER (Fn. 21), Art. 19/20 OR N 135 und 321 ff., m.w.N.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 21), N 684, m.w.N.; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 21), Art. 19/20 N 54, m.w.N.

Im *Klärschlammfall* (BGE 129 III 320 ff., einem Fall zur Amtsträgerbestechung)³⁴ begründet das Bundesgericht die fehlende Sittenwidrigkeit bzw. Widerrechtlichkeit und somit die fehlende Nichtigkeit des Hauptvertrages wie folgt:

1. In Bezug auf die *Sittenwidrigkeit* hält das Bundesgericht mit Verweis auf BK-KRAMER und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID fest, dass sittlich bedenkliche Machenschaften im Vorfeld des Vertragsabschlusses, die sich nicht in dessen Inhalt niederschlagen, den Vertrag nicht sittenwidrig machen.³⁵

2. Im Zusammenhang mit der *Widerrechtlichkeit* befasst sich das Bundesgericht ausführlicher mit dem Argument der Stadt Zürich, dass die Schmiergeldzahlung an einen Beamten als Verbrechen unter Strafe gestellt ist und die Strafbarkeit der Bestechung zwingend auch die Nichtigkeit des dadurch bewirkten privaten Rechtsgeschäfts zur Folge haben müsse.³⁶

Basierend auf Überlegungen zum *geschützten Rechtsgut*³⁷ verneint das Bundesgericht für die *in casu* zu beurteilende *Amtsträgerbestechung*, dass sich die Widerrechtlichkeit des Hauptvertrages aus den Bestechungsstrafnormen ergibt.³⁸ Bei der Amtsträgerbestechung ist geschütztes Rechtsgut das *Vertrau-*

³⁴ Dem *Klärschlammfall* (BGE 129 III 320 ff.) lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Stadt Zürich und die ABZ Recycling AG schlossen einen Fünfjahresvertrag ab, in dem sich die Stadt Zürich zur Lieferung einer jährlichen Mindestmenge an Klärschlamm und die ABZ Recycling AG zum Abtransport und zur Verwertung des Klärschlammes gegen Entgelt verpflichteten. Nachdem sich im Rahmen eines Strafverfahrens der Verdacht erhärtet hatte, dass die ABZ Recycling AG einem Beamten der Stadt Zürich im Zusammenhang mit diesem Klärschlammvertrag einen Betrag in Höhe von CHF 200 000 bis 300 000 zukommen lassen hatte, sah sich die Stadt Zürich veranlasst, den Vertrag anzufechten und daraufhin die ABZ Recycling AG nicht mehr mit Klärschlamm zu beliefern und offene Rechnungen für bereits abtransportierten und entsorgten Klärschlamm nicht mehr zu bezahlen (lit. A). In der Folge reichte die ABZ Recycling AG Klage gegen die Stadt Zürich ein und verlangte von dieser rund CHF 620 000 nebst Zins für erbrachte Leistungen sowie entgangenen Gewinn auf die vertraglich garantierte, jedoch nicht gelieferte Mindestmenge an Klärschlamm. Die Stadt Zürich verlangte widerklageweise die Verurteilung der ABZ Recycling AG zur Herausgabe von ungerechtfertigten Bereicherungen und zu Schadenersatz in Höhe von insgesamt CHF 4 Mio. (lit. B).

³⁵ BGE 129 III 320, 324 E. 5.2, m.V. auf BK-KRAMER (Fn. 21), Art. 19/20 OR N 179, der seinerseits auf BGE 84 II 13, 26 ff. E. 5 (*Aussteuer-Sparvertrag*) verweist, und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 21), N 729.

³⁶ BGE 129 III 320, 323 E. 5/Ingress.

³⁷ Das geschützte Rechtsgut bestimmt neben der Legitimität auch die Reichweite der Straftatbestände (siehe etwa MARIANNE JOHANNA HILF, Vom Rechtsgut, vom Opfer und von der Privatkorruption, Insbesondere von der Macht des Nicht-Rechtsgutsträgers im Wirtschaftsstrafrecht, in: Peter V. Kunz/Jonas Weber/Andreas Lienhard/Iole Fargnoli/Jolanta Kren Kostkiewicz [Hrsg.], Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, 457, 457 f.).

³⁸ BGE 129 III 320, 324 f. E. 5.2.

en der Allgemeinheit in die Objektivität und Sachlichkeit amtlicher Tätigkeit, in die Unparteilichkeit der rechtsstaatlichen Amtsführung und Aufgabenerfüllung.³⁹ Die Strafbarkeit beschränkt sich – so das Bundesgericht – «daher nicht auf die Vorteilsvergabe für pflichtwidriges Amtshandeln, sondern beschlägt jeden dem Amtsträger nicht gebührenden Vorteil im Zusammenhang mit seiner – auch pflichtgemässen – Amtsführung».⁴⁰ Daraus schliesst das Bundesgericht, dass die bestechungsbezogene Rechtswidrigkeit für sich alleine den Inhalt der durch die Vorteilsvergabe bewirkten oder belohnten Amtshandlungen nicht erfasst und damit entsprechende Verträge wegen des strafbaren Verhaltens im Bestechungstatbestand nur dann unter die Verbotsnormen von Art. 19/20 OR fallen, wenn die Strafbarkeit sich auf den Vertragsinhalt erstreckt.⁴¹

In Bezug auf die hier interessierende *Privatbestechung* hält das Bundesgericht *obiter* fest, dass – wie bei der Amtsträgerbestechung – auch hier der Grundsatz gilt, «dass die Korruption für sich allein die Gültigkeit des dadurch bewirkten Rechtsgeschäfts nicht beeinträchtigt, erfülle sie einen Straftatbestand oder nicht».⁴²

Bei der Privatbestechung bereitet es bis heute Schwierigkeiten, das geschützte Rechtsgut klar und konsensfähig herauszuarbeiten.⁴³

Während der Geltung der Regelung der strafrechtlichen Normen zur Privatbestechung im UWG (bis 30.6.2016) zählten laut Botschaft und herrschender⁴⁴ Lehre der *Wettbewerb* und das *Vermögen* des Geschäftsherrn zu den geschützten Rechtsgütern, wobei nach der Darstellung in der Botschaft der Schutz der Loyalität in den Geschäftsbeziehungen gegenüber dem Vermögen als solchem im Vordergrund stand.⁴⁵ Der Wettbewerb wurde unterschiedlich

³⁹ BGE 129 III 320, 324 E. 5.2, m.V. auf die Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 19.4.1999, BBl 1999, 5497, 5505 f. Ziff. 114.1 und 5523 Ziff. 211.1.

⁴⁰ BGE 129 III 320, 324 f. E. 5.2.

⁴¹ BGE 129 III 320, 325 E. 5.2, in Bezug auf Letzteres m.V. auf BK-KRAMER (Fn. 21), Art. 19/20 OR N 142 (zur analogen Frage bei Folgeverträgen, die unter dem Einfluss vorangegangenen unlauteren Wettbewerbs abgeschlossen wurden).

⁴² BGE 129 III 320, 325 E. 5.2 *in fine*.

⁴³ Aus der jüngeren Kritik siehe etwa MARK PIETH, Die Neuregelung der Privatbestechung, *forum* 4/2017, 241, 242.

⁴⁴ So ELIANE HIESTAND, Strafrechtliche Risiken von Vergütungszahlungen (Retrozessionen etc.) im Vermögensverwaltungsgeschäft, insbesondere mit Blick auf die Privatbestechung nach Art. 4a UWG, Zürich 2014, 76.

⁴⁵ Botschaft (Fn. 6), BBl 2004, 7007 Ziff. 2.2.4.1; aus der Lehre siehe etwa: GÜNTER HEINE, Korruptionsbekämpfung im Geschäftsverkehr durch Strafrecht?, Internationale Entwicklungen und rechtsvergleichende Befunde, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*

konkretisiert: die Rede war zum Teil vom freien Wettbewerb, vom lauterem Wettbewerb, vom Leistungswettbewerb oder vom Wettbewerb als Institution.⁴⁶ Gegen beide geschützten Rechtsgüter (Wettbewerb und Vermögen) gab es in der Literatur auch kritische Stimmen.⁴⁷ Ergänzend wurde der *Schutz des Vertrauens des Geschäftsherrn bzw. der Mitgesellschafter in die Loyalität des Arbeitnehmers, des Auftragnehmers, des geschäftsführenden Gesellschafters bzw. einer anderen Hilfsperson* als geschütztes Rechtsgut genannt – zum Teil kumulativ zum Schutz des Wettbewerbs⁴⁸ oder kumulativ zum Schutz des Vermögens und des Wettbewerbs⁴⁹ oder zum Teil als alleiniges geschütztes Rechtsgut⁵⁰.

Im Zusammenhang mit der jüngsten Revision des Korruptionsstrafrechts, die am 1.7.2016 in Kraft getreten ist und im Zuge derer die strafrechtlichen Normen zur Privatbestechung vom UWG ins Kernstrafrecht verschoben wurden, hält die Botschaft fest, dass «weiterhin hauptsächlich» die Rechtsgüter der *«Treuepflicht der Arbeitnehmer, der Beauftragten usw. in ihrer geschäftlichen und dienstlichen Tätigkeit bzw. das Interesse des Arbeitgebers, des Auftraggebers usw. an der lauterer und sachgemässen Erfüllung der anvertrauten Aufgaben»* sowie das *«öffentliche Interesse an einem freien Markt»*, geschützt werden.⁵¹ Das öffentliche Interesse am freien Markt ist laut Botschaft «weiter gefasst als die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Unter bestimmten Umständen können die Interessen von Dritten auch direkt betroffen sein».⁵² HILF hält im Zusammenhang mit der Frage nach dem geschützten Rechtsgut nach dem Verschieben der strafrechtlichen Normen der Privatbe-

(ZBJV) 2002, 533, 533 f.; SHK UWG-SPITZ (Fn. 2), Art. 4a N 2 f. und 26 ff.; DANIEL JOSITSCH, Der Straftatbestand der Privatbestechung (Art. 4a i.V.m. Art. 23 UWG), Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (sic!) 2006, 829, 832 f.; ERNST GNÄGL, Korruption in der Privatwirtschaft, in: Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, 83, 87.

⁴⁶ Ausführlicher GFELLER (Fn. 2), 84 f., m.w.N.

⁴⁷ Gegen den Wettbewerb als geschütztes Rechtsgut wurde unter anderem argumentiert, dass es sich dabei um ein kollektives, überindividuelles Rechtsgut handelt und die dem Geschäftsherrn bei der Privatbestechung eingeräumte Möglichkeit der (tatbestandsausschliessenden) Genehmigung des Vorteils dazu im Widerspruch steht, weil überindividuelle Rechtsgüter nicht einwilligungsfähig sind. Gegen das Vermögen als geschütztes Rechtsgut wurde eingewendet, dass die Strafbarkeit wegen Privatbestechung keinen Schaden auf Seiten des Geschäftsherrn voraussetzt (siehe dazu insgesamt etwa GFELLER [Fn. 2], 84 ff., insb. 90 f., 94 und 102, m.w.N.).

⁴⁸ Siehe etwa SHK UWG-SPITZ (Fn. 2), Art. 4a N 26 ff.; HIESTAND (Fn. 44), 78; T. FRICK (Fn. 21), N 108.

⁴⁹ HILF (Fn. 37), 465.

⁵⁰ GFELLER (Fn. 2), 102; BSK UWG-M.R. FRICK (Fn. 6), Art. 4a N 13; STAUB (Fn. 10), N 212 ff., insb. 218 und 894.

⁵¹ Botschaft (Fn. 1), BBl 2014, 3609 Ziff. 2.1.1 (Kursivschrift hinzugefügt).

⁵² Ibid., 3609 Ziff. 2.1.1.

stechung vom UWG ins StGB fest, dass Privatkorruption «*unter Schutzaspekten niemals reine Privatsache*» ist, sondern – neben den Interessen des Geschäftsherrn (*Vermögen, Loyalitätserwartung*) – «*stets auch Gemeininteressen*» verletzt werden, sei dies konkret oder nur insofern, als die «*Privatbestechung grundsätzlich nicht hinnehmbar*» ist, weil sie stets die «*Gesellschaft als Ganzes*» betrifft». ⁵³

Analog zu den Überlegungen des Bundesgerichts bei der Amtsträgerbestechung gilt auch bei der Privatbestechung, dass die hier geschützten Rechtsgüter durch die Bestechungsvereinbarung verletzt werden, nicht aber *eo ipso* durch den Hauptvertrag, wenn man diesen isoliert für sich betrachtet. Das gilt auch dann, wenn sich herausstellt, dass der Hauptvertrag für den Geschäftsherrn aufgrund der Bestechung nachteilig war, da es – jedenfalls im privaten Sektor⁵⁴ – Teil der Vertragsinhaltsfreiheit ist, dass die Parteien unter Umständen auch suboptimale Verträge abschliessen.⁵⁵ Somit gilt auch bei der Privatbestechung, dass der Hauptvertrag nur dann nichtig i.S. von Art. 19/20 OR ist, wenn er aus sich selber heraus (d.h. bei Ausblenden des Umstandes, dass eine Bestechung zugrunde liegt) einen Nichtigkeitsgrund aufweist.

3. Im Weiteren nahm das Bundesgericht Stellung zu einem *Urteil der Cour de Justice Civile des Kantons Genf*,⁵⁶ das von der Beklagten (Stadt Zürich) als Beleg für ihre Auffassung, der Hauptvertrag sei nichtig, angeführt wurde. Diesem kantonalen Urteil lag der besondere Sachverhalt zugrunde, dass die vertragschliessende Aktiengesellschaft und der gegenüber dem Staat fehlbare Beamte eine wirtschaftliche Einheit bildeten (der Beamte war Alleinaktionär, und bereits bevor er später auch offiziell alleiniger Geschäftsführer wurde, entschied die Aktiengesellschaft in seinem Sinne). Das kantonale Gericht hat daher mittels des Instituts des Durchgriffs durch die juristische Person die Korruption und deren rechtsgeschäftliche Folgen trotz formeller Dualität der Parteien als einheitliches Verhalten gewertet und deshalb insgesamt Nichtigkeit angenommen. Da die Verhältnisse hier anders liegen, sah das Bundesgericht – nach hier vertretener Auffassung zu Recht – keinen Widerspruch zwischen diesem kantonalen Urteil und seiner Rechtsprechung zu den Verträgen, die infolge einer Bestechung abgeschlossen werden.⁵⁷

⁵³ HILF (Fn. 37), 467, m.N. (Kursivschrift hinzugefügt).

⁵⁴ Auf das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), das primär im Zusammenhang mit der Amtsträgerbestechung von Bedeutung ist und nach Art. 21 verlangt, dass das «wirtschaftlich günstigste Angebot» den Zuschlag erhält, wird hier nicht näher eingegangen. Diese Bestimmung ist im Rahmen der laufenden Totalrevision des BöB Gegenstand rechtspolitischer Diskussion.

⁵⁵ Siehe dazu auch SHK UWG-SPLITZ (Fn. 2), Art. 4a N 76, m.w.N.

⁵⁶ Cour de Justice Civile, 1^{ère} Chambre, Urteil vom 24.2.1978, SJ 1979, 21 ff., insb. 25 ff. lit. a-d.

⁵⁷ BGE 129 III 320, 325 E. 5.2.

B. Stellvertretungsrecht bzw. Willensmängel

Ob der Hauptvertrag trotz Bestechung rechtswirksam ist, beurteilt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre in der Schweiz – je nachdem, wie der Vertragsabschluss erfolgt ist – nach den Regeln des *Stellvertretungsrechts* (Art. 32 ff. OR), falls der Hauptvertrag durch den bestochenen Vertreter im Namen des Geschäftsherrn abgeschlossen wurde, bzw. nach den Regeln der *Willensmängel* – absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) und Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) –, sofern der Hauptvertrag, beeinflusst durch die Bestechung, entweder durch den Geschäftsherrn selber oder unter Zuhilfenahme eines nicht bestochenen Vertreters, der im Namen des Geschäftsherrn gehandelt hat, abgeschlossen wurde.⁵⁸

Anders als bei einer absoluten Nichtigkeit des Hauptvertrages liegt das rechtliche Schicksal des Hauptvertrages bei einer Lösung über das Stellvertretungsrecht bzw. über die Willensmängel überwiegend in der Entscheidungsfreiheit des Vertretenen bzw. des Getäuschten oder sich Irrenden, hier also des Geschäftsherrn. Dies erklärt sich wie folgt:

I. *Stellvertretungsrecht*

Schliesst der bestochene Vertreter im Namen des Geschäftsherrn den Vertrag ab, liegt nach Auffassung des Bundesgerichts und eines Teils der Lehre auf Seiten des Bestochenen ein Missbrauch der Vollmacht vor.⁵⁹ Je nach Beste-

⁵⁸ BGE 119 II 380, 385 E. 4c (Verweis auf Stellvertretungsrecht und Willensmängel); HUBER (Fn. 29), 82 ff. (Willensmängel) und 84 ff. (Stellvertretungsrecht); HIRZEL (Fn. 21), 111 ff. (Willensmängel) und 123 ff. (Stellvertretungsrecht), der selber in Bezug auf die Frage der Nichtigkeit des Hauptvertrages einen differenzierenden Lösungsansatz vertritt (103 ff.; dazu nochmals unten in Fn. 77); STEINBEISSER (Fn. 21), 58 ff. und 80 f. (Willensmängel) sowie 70 ff. und 81 f. (Stellvertretungsrecht); HÉRITIER (Fn. 21), 145 f. (Stellvertretungsrecht), 147 ff. (Willensmängel) und 152 ff. (Bestechung durch Intermediäre); TERCIER (Fn. 15), 255 ff. (Stellvertretungsrecht) und 258 ff. (Willensmängel), der selber allerdings einen anderen Lösungsansatz vertritt (dazu unten Ziff. III/B); WYSS/VON DER CRONE (Fn. 29), 36 ff. (Willensmängel); KUNZ/CAPUS/KELLER (Fn. 21), 465 f. (Stellvertretungsrecht und Willensmängel); T. FRICK (Fn. 21), N 216 ff., insb. 337 ff. (Willensmängel und Stellvertretungsrecht); GFELLER (Fn. 2), 336 ff. (Willensmängel und Stellvertretung); SHK UWG-SPITZ (Fn. 2), Art. 4a N 117 (Willensmängel); CHAPPUIS (Fn. 4), 142 (Willensmängel); BSK UWG-M.R. FRICK (Fn. 6), Art. 4a N 68 (Willensmängel); STAUB (Fn. 10), N 421 ff. (Willensmängel), 501 ff. (Stellvertretungsrecht) und 895; KISSLING (Fn. 27), 375 ff. (Stellvertretungsrecht) und 381 ff. (Willensmängel).

⁵⁹ BGE 119 II 380, 385 E. 4c, m.V. auf BGE 119 II 23 ff. (*Mövenpick I*). Das Bundesgericht hat sich bisher – soweit ersichtlich – im Zusammenhang mit der Bestechung noch nicht detailliert mit der Stellvertretung befasst. Bereits früher: HIRZEL (Fn. 21), 124 ff.;

chungskonstellation auf Seiten des Vertragspartners sind die Voraussetzungen der Kollusion (als dem krassesten Fall des Missbrauchs einer Vollmacht⁶⁰) erfüllt.⁶¹ Kollusives Zusammenwirken zwischen dem Bestochenen und dem Vertragspartner liegt z.B. vor, wenn der Vertragspartner selber besticht, wenn ein anderer besticht, dessen Handeln entweder dem Vertragspartner zugerechnet werden kann (*qua* Stellvertretung) oder als direktes Handeln des Vertragspartners qualifiziert wird (so bei Organen juristischer Personen⁶²) oder – sofern dies nicht der Fall ist – wenn jemand innerhalb der Sphäre des Vertragspartners von der Bestechung Kenntnis hat, dessen Wissen dem Vertragspartner zugerechnet werden kann. Kein kollusives Zusammenwirken, sondern Missbrauch der Vollmacht, liegt somit etwa noch in der besonderen Bestechungskonstellation vor, dass ein vom Vertragspartner Unabhängiger/Ausstehender besticht und innerhalb der Sphäre des Vertragspartners niemand, dessen Wissen dem Vertragspartner zugerechnet werden kann, Kenntnis von der Bestechung hat.⁶³ Demgegenüber geht ein anderer Teil der Lehre davon aus, dass der Bestochene seine Vollmacht nicht nur missbraucht, sondern ein Handeln ohne Vollmacht vorliegt.⁶⁴

Die Rechtsfolgen der Kollusion bzw. des Missbrauchs der Vollmacht werden kontrovers diskutiert. Ein durch Kollusion zustande gekommener Vertrag ist laut Bundesgericht und einem Teil der Lehre für den Vertretenen nach Art. 2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) unverbindlich; der Vertretene kann gegenüber dem Vertragspartner, wenn dieser Ansprüche aus dem Hauptvertrag erhebt oder sich auf die Vollmacht beruft, die *exceptio doli* geltend ma-

rapportierend STEINBEISSER (Fn. 21), 72 f., m.w.N. (der selber aber wohl die Qualifikation als Handeln ohne Vollmacht präferiert, 70 ff.).

⁶⁰ CLAUDIETER SCHOTT, Der Missbrauch der Vertretungsmacht, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 171 (1971), 385, 389.

⁶¹ Seit dem in Fn. 59 erwähnten Urteil: BK-SCHMIDLIN (Fn. 19), Art. 28 OR N 190 (etwas weniger klar in N 207 *in fine*); bereits früher: HUBER (Fn. 29), 85 (implizit); mit Präferenz für eine Subsumtion unter die Kollusion wohl auch HÉRITIER (Fn. 21), 145 f.

⁶² Organe juristischer Personen sind nach schweizerischer Auffassung nicht lediglich Vertreter der juristischen Person, sondern Teil ihrer Persönlichkeit (z.B. CLAIRE HUGUENIN/CHRISTOPHE PETER REITZE, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 54/55 N 6, m.w.N. zur Rechtsprechung und Lehre).

⁶³ Ausführlicher zu den Voraussetzungen der Kollusion und ihrer Erfüllung bei der Bestechung z.B. KISSLING (Fn. 27), 377 f., m.w.N.

⁶⁴ Seit dem in Fn. 59 erwähnten Urteil: TERCIER (Fn. 15), 256 f.; KUNZ/CAPUS/KELLER (Fn. 21), 465 f.; T. FRICK (Fn. 21), N 355 f. (zunächst klare Aussage zu Gunsten einer Subsumtion unter die Handlung ohne Vollmacht, die anschliessend etwas relativiert wird, indem Vollmachtsmissbrauch [N 358 ff.] und Stellvertretung ohne Vollmacht [N 362 ff.] nebeneinander erörtert werden); STAUB (Fn. 10), N 507 f.; bereits früher: STEINBEISSER (Fn. 21), 70 ff.

chen.⁶⁵ Diese Auffassung impliziert, dass die Grenzen der Vollmacht formal eingehalten sind, sodass – trotz Kollusion – kein Handeln ohne Vollmacht vorliegt. Es geht nicht um den Umfang der Vollmacht, sondern um den Verstoß gegen die internen Regeln.⁶⁶ Ein Missbrauch der Vollmacht hindert laut Bundesgericht und einem Teil der Lehre die Wirksamkeit des Vertrages grundsätzlich nicht; der Geschäftsherr des ungetreuen Vertreters ist jedoch *nicht an den Vertrag gebunden, wenn der Vertragspartner bösgläubig war*.⁶⁷ Die Bösgläubigkeit des Vertragspartners ist vom Vertretenen zu beweisen⁶⁸ und ist gegeben, wenn der Vertragspartner entweder vom Missbrauch der Vertretungsmacht Kenntnis hatte oder nach Art. 3 Abs. 2 ZGB bei der Aufmerksamkeit, die nach den Umständen von ihm verlangt werden durfte, nicht gutgläubig sein konnte,⁶⁹ wobei für Letzteres nach Bundesgericht – unabhängig davon, ob es sich beim ungetreuen Vertreter um einen bürgerlichen oder handelsrechtlichen Stellvertreter handelt – bereits relativ schwache Zweifel

⁶⁵ BGE 77 II 138, 142 E. 2, hinsichtlich der *exceptio doli* m.V. auf BGE 52 II 358, 360 f. E. 1; HUBER (Fn. 29), 85; zur *exceptio doli* siehe HEINRICH HONSELL, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 2 N 8. A.M.: z.B. VON TUHR/PETER (Fn. 21), 363 und Fn. 45 (Unverbindlichkeit gestützt auf analoge Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB [Rechtsmissbrauchseinrede] oder Nichtigkeit i.S. von Art. 20 Abs. 1 OR wegen Sittenwidrigkeit); ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, 2. Aufl., Bern 2014 (zit.: BK-ZÄCH/KÜNZLER), Art. 38 OR N 18 (Nichtigkeit i.S. von Art. 20 Abs. 1 OR wegen Sittenwidrigkeit, zudem Handeln ohne Vollmacht); die Qualifikation als Handeln ohne Vollmacht bejahend: ROLF WATTER, Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, speziell bei sogenanntem «Missbrauch der Vertretungsmacht», Zürich 1985 (zit.: Verpflichtung der AG), N 58; DERS., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 33 N 19; HÉRITIER (Fn. 21), 146; TERCIER (Fn. 15), 256 f.; STAUB (Fn. 10), N 508.

⁶⁶ Siehe das nicht amtl. publ. Urteil des Bundesgerichts vom 30.3.2005, 4C.243/2004, E. 2.1, m.N.

⁶⁷ Siehe z.B. BGE 119 II 23, 25 ff. E. 3 (*Mövenpick I*); 121 III 176, 179 E. 3 (*Mövenpick II*; von E. 3 ist nur eine Zusammenfassung amtl. publ., auszugsweise ist E. 3 in SJ 1996, 222 ff. abgedruckt); BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 65), Art. 38 OR N 14 und 19 ff.; HANS RAINER KÜNZLE, Stellvertretung bei Abschluss eines Kaufvertrages, Missbrauch der Vertretungsmacht eines Prokuristen, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 19.1.1993, H. c. Caves Mövenpick S.A. (4C.92/1992), Berufung [Anm.: = BGE 119 II 23 ff., *Mövenpick I*], AJP 1993, 999, 1001. A.M. (d.h. für die Behandlung des Missbrauchs der Vollmacht als Handeln ohne Vollmacht): z.B. WATTER, Verpflichtung der AG (Fn. 65), N 61; CHRISTINE CHAPPUIS, Abus du pouvoir de représentation: le fondé de procuration devenu organe, AJP 1997, 689, 694 f.; CHK-KUT (Fn. 21), Art. 38 OR N 4, m.w.N.

⁶⁸ Dies folgt aus der einfachen Beweisregel in Art. 3 Abs. 1 ZGB, wonach der gute Glaube vermutet wird und folglich der böse Glaube nachzuweisen ist (siehe dazu BGE 119 II 23, 25 E. 3a, m.N. [*Mövenpick I*]; 131 III 511, 519 E. 3.2.2).

⁶⁹ Siehe dazu insgesamt BGE 119 II 23, 25 E. 3a, m.N. (*Mövenpick I*); 131 III 511, 519 E. 3.2.2.

bzw. leichte Fahrlässigkeit des Vertragspartners genügen, um auf bösen Glauben zu schliessen.⁷⁰ Hier ist denkbar, dass dem Vertragspartner, der von der Bestechung des Aussenstehenden nichts weiss (andernfalls läge kein Missbrauch der Vollmacht, sondern Kollusion vor), im Einzelfall unter Umständen kein böser Glaube nachgewiesen werden kann und als Folge davon der Geschäftsherr an den Hauptvertrag gebunden ist. Geht man von einem Handeln ohne Vollmacht aus, entscheidet der Geschäftsherr, ob er den *Vertrag genehmigen* will oder nicht (Art. 38 OR). Gebunden ist der Geschäftsherr hingegen, wenn Umstände vorliegen, die den Schutz des guten Glaubens des Vertragspartners rechtfertigen (z.B. eine handelsrechtliche Vollmacht) und dem Geschäftsherrn der Nachweis der Bösgläubigkeit des Vertragspartners nicht gelingt.⁷¹

2. Willensmängel

Wird der Hauptvertrag, beeinflusst durch die Bestechung, entweder durch den Geschäftsherrn selber oder unter Zuhilfenahme eines nicht bestochenen Vertreters, der im Namen des Geschäftsherrn gehandelt hat, abgeschlossen, so sind regelmässig die Tatbestandsvoraussetzungen eines Grundlagenirrtums, wenn nicht gar einer absichtlichen Täuschung, erfüllt (ausführlicher unten Ziff. IV/D). In beiden Fällen ist der Vertrag für denjenigen, der absichtlich getäuscht wurde oder einem Grundlagenirrtum unterlag, *einseitig unverbindlich* (Art. 28 Abs. 1 und Art. 23 OR). Es liegt somit in der Entscheidungsfreiheit des Getäuschten oder Irrenden (hier also des Geschäftsherrn), ob er sich innerhalb eines Jahres ab Entdeckung (d.h. ab sicherer Kenntnis⁷²) des Irrtums bzw. der Täuschungshandlung, durch die der Irrtum hervorgerufen wurde,⁷³ durch einseitige Erklärung vom Vertrag lösen will.

⁷⁰ BGE 119 II 23, 27 E. 3c/aa (*Mövenpick I*); siehe auch 131 III 511, 519 f. E. 3.2.2 (zur Kenntnis nehmend, dass in der Literatur die strengen Anforderungen an die Aufmerksamkeit Dritter bei Missbrauch der Vollmacht in Bezug auf handelsrechtliche Vertreter kontrovers diskutiert wird, *in casu* war die Behandlung dieser Frage jedoch nicht erforderlich); BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 65), Art. 38 OR N 20.

⁷¹ Ausführlicher (auch zum Nachweis der Bösgläubigkeit) BGE 119 II 23, 25 ff. E. 3b und E. 3c/aa (Prokura) und 25 E. 3a (bürgerliche Stellvertretung, *Mövenpick I*); KÜNZLE (Fn. 67), 1000 f., m.w.N.

⁷² Siehe z.B. BK-SCHMIDLIN (Fn. 19), Art. 31 OR N 125, m.w.N.

⁷³ Art. 31 Abs. 1 und 2 OR; präzisierend bezüglich der absichtlichen Täuschung BK-SCHMIDLIN (Fn. 19), Art. 31 OR N 125, m.N.

C. Art. 4a i.V.m. Art. 9 UWG?

Die Privatbestechung stellt auch eine unlautere Handlung i.S. von Art. 4a UWG dar und erlaubt den Anspruchsberechtigten,⁷⁴ die in Art. 9 UWG vorgesehenen negatorischen und reparatorischen zivilrechtlichen Ansprüche geltend zu machen. Für den vorliegenden Zusammenhang ist von Bedeutung, dass laut Kommentarliteratur die Beseitigungsklage nach Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG *de lege lata* keine Möglichkeit zur Auflösung des Hauptvertrages, der infolge einer Bestechung abgeschlossen wurde, schafft.⁷⁵ Das UWG sieht – anders als Art. 13 lit. a Kartellgesetz (KG) – auch keine Möglichkeit vor, dass das Gericht zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs auf Antrag des Klägers die ganze oder teilweise Ungültigkeit des Hauptvertrages «anordnen» kann.⁷⁶

III. Alternative Lösungsvorschläge in der Schweizer Lehre

Im Folgenden werden (ohne Anspruch auf Vollständigkeit⁷⁷) die alternativen Lösungsvorschläge und Hauptargumente von BORGHI, QUELOZ und BALMELLI (lit. A) sowie TERCIER (lit. B) skizziert. Sie postulieren die *absolute Nichtigkeit* (BORGHI, QUELOZ und BALMELLI) bzw. die *relative Nichtigkeit*

⁷⁴ Zur Aktivlegitimation: Art. 9 Abs. 1 und Art. 10 UWG; SHK UWG-SPITZ (Fn. 2), Art. 4a N 124 und Art. 9 N 8 ff.; PETER JUNG/PHILIPPE SPITZ, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar (SHK), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016, Art. 10 N 17 ff.

⁷⁵ SHK UWG-SPITZ (Fn. 2), Art. 9 N 81, m.w.N.; ebenso STAUB (Fn. 10), N 516 ff., m.w.N. A.M. T. FRICK (Fn. 21), N 227, 335 f. und 432.

⁷⁶ Siehe etwa SHK UWG-SPITZ (Fn. 2), Art. 9 N 81. Zum Verhältnis von Art. 13 lit. a KG und Art. 20 OR: BGE 134 III 438, 441 ff. E. 2.1 ff. (*Resh*; wonach Verträge, die inhaltlich als unzulässige Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 5 KG zu qualifizieren sind, widerrechtlich und somit gemäss Art. 20 OR nichtig sind, ohne dass eine richterliche «Anordnung» nach Art. 13 lit. a KG erforderlich wäre); RETO JACOBS/GION GIGER, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 13 N 3 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 21), N 687c.

⁷⁷ Zur Ablehnung der Nichtigkeit von Verträgen, die infolge einer Bestechung abgeschlossen werden, äusserten sich z.B. auch folgende Autoren, auf die im Folgenden nicht näher eingegangen wird, kritisch: HIRZEL (Fn. 21), 103 ff. (der bereits im Anschluss an BGE 47 II 86 ff. einen insgesamt sehr differenzierenden alternativen Lösungsvorschlag vertreten hat); NICOLAS ROULLIER, Note à propos de cet arrêt: l'évolution du régime de l'annulation et de la nullité en général et la sanction civile de la corruption, SJ 2004 I, 44, 47 ff. (der sich im Anschluss an den *Klärschlammfall* für eine Ausweitung des Anwendungsbereiches der Nichtigkeit auch auf Verträge, die das Resultat einer widerrechtlichen Handlung [wie z.B. einer Bestechung] sind, ausgesprochen hat, den Umfang der Nichtigkeit jedoch immer auf das, was verhältnismässig [«proportionné»] ist, begrenzen möchte).

(TERCIER) von Hauptverträgen alleine wegen der zugrunde liegenden Bestechung,⁷⁸ und zwar zum Teil *de lege lata* gestützt auf Art. 19/20 OR und zum Teil auch *de lege ferenda* gestützt auf eine entsprechende Spezialnorm.

Die Kritik kommt – wie die Namen belegen – sowohl aus den Reihen der Privatrechtler (TERCIER) als auch von Seiten der Verfassungs- und Strafrechtler (BORGHI, QUELOZ und BALMELLI). Im *Klärschlammfall* aus dem Jahr 2003 ist das Bundesgericht nicht näher auf die bereits vorher publizierten abweichenden Meinungen eingegangen, sondern hat lediglich festgehalten, es bestehe «kein Anlass», auf die Rechtsprechung zu den Verträgen, die durch Schmiergelder bewirkt werden, zurückzukommen.⁷⁹

A. BORGHI, QUELOZ und BALMELLI

Die Autoren BORGHI, QUELOZ und BALMELLI haben sich im Rahmen eines interdisziplinären Forschungsprojekts zur Korruption, das Teil des vom Schweizerischen Nationalfonds unterstützten Nationalen Forschungsprogramms Nr. 40 zum Thema «Gewalt im Alltag und organisierte Kriminalität» war, intensiv auch mit der Frage der Nichtigkeit von Verträgen, die infolge einer Bestechung abgeschlossen werden, befasst und sich dabei dezidiert kritisch gegen die Auffassung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre geäußert. Ausführungen dazu wurden einerseits im Rahmen der im Jahr 2000 publizierten Ergebnisse dieses Forschungsprojekts⁸⁰ sowie auch bereits vor-

⁷⁸ Anders als die in dieser Ziff. III referierten Autoren wird BK-SCHMIDLIN (Fn. 19), Art. 28 OR N 200-208, hier so verstanden, dass er die Nichtigkeit des Hauptvertrages, der infolge einer Bestechung abgeschlossen wird, nicht alleine gestützt auf die zugrunde liegende Bestechung bejaht, sondern etwas Zusätzliches hinzukommen muss, das die Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Hauptvertrages begründet. SCHMIDLIN betont zum einen, dass der Hauptvertrag durch die Bestechung «entstellt, belastet und ungleichgewichtig» werden kann, und zum anderen, dass das Bundesgericht auch die Überprüfung der Sittenwidrigkeit «auf diese mit dem Vertragsziel direkt oder indirekt verknüpften Zielsetzungen ausgedehnt» hat (N 207, m.V. auf BGE 115 II 232 ff., BK-KRAMER [Fn. 21], Art. 19/20 OR N 176, und ZUFFEREY-WERRO [Fn. 21], N 703 f.). Zum «Inhalt» des Vertrages i.S. von Art. 19/20 OR, der nach Rechtsprechung und Lehre für die Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit in einem gleichermaßen weiten Sinne zu verstehen ist, bereits oben Ziff. II/A.

⁷⁹ BGE 129 III 320, 324 E. 5.2.

⁸⁰ MARCO BORGHI/TIZIANO BALMELLI, Analyse de la législation et des pratiques relatives à la corruption en Suisse: critiques et propositions en droit public et en droit privé, in: Nicolas Queloz/Marco Borghi/Maria Luisa Cesoni (unter Mitarbeit von Tiziano Balmelli et al.), Processus de corruption en Suisse: résultats de recherche, analyse critique du cadre légal et de sa mise en oeuvre, stratégie de prévention et de riposte, Basel/Genf/München 2000, 231, 271 ff., insb. 273 ff.

her, z.B. nach Genehmigung des Projekts,⁸¹ und seit Abschluss der Studie, und zwar sowohl vor als auch nach dem *Klärschlammfall*,⁸² publiziert.

Die erwähnten Autoren treten für eine *absolute Nichtigkeit* nicht nur der Bestechungsvereinbarung, sondern auch des Hauptvertrages ein.⁸³ Mit Blick auf den «Bestechenden (z.B. ein Unternehmer)», der sich grundsätzlich auch auf die Nichtigkeit berufen kann, unterstreichen BORGHI/BALMELLI, dass dessen Geltendmachung der Nichtigkeit unter Umständen rechtsmissbräuchlich ist. Als Beispiel führen sie (in Analogie zur rechtsmissbräuchlichen Berufung auf den Formmangel) an, dass der Bestechende den Hauptvertrag zuerst (freiwillig und in Kenntnis der Nichtigkeit) ausführt, z.B. das Werk erstellt, und sich dann später auf die Nichtigkeit des Hauptvertrages beruft, nur um sich der gegen ihn gerichteten Ansprüche wegen Mangelhaftigkeit des Werkes zu entziehen.⁸⁴ Dogmatisch wird die Nichtigkeit z.T. auf *Art. 19/20 OR*⁸⁵ abgestützt, *oder* es wird eine Regelung *de lege ferenda in einer Spezialnorm*⁸⁶ vorgeschlagen. Bei der Lösung über eine Spezialnorm gehe es – so BORGHI – nicht darum, eine einfache Antwort zu geben, um die dogmatischen Schwierigkeiten, die sich durch die aktuelle Rechtsprechung ergeben, zu umgehen, sondern es gehe darum, noch einmal zu betonen, dass die Bedeutung des Kampfes gegen die Privatbestechung ein Tätigwerden des Bundesgesetzgebers über die in letzter Zeit verabschiedeten Gesetzesrevisionen hinaus rechtfertige, ja sogar erfordere.⁸⁷

⁸¹ MARCO BORGHI/NICOLAS QUELOZ, Lücken und beschränkte Wirksamkeit des schweizerischen Rechts gegenüber Korruption: die Voraussetzungen für eine interdisziplinäre Untersuchung, recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis) 1997, 16, 22 f.; MARCO BORGHI, La corruption dans le domaine de la construction, Aspects de droit public et de droit privé, in: Institut pour le droit suisse et international de la construction (Hrsg.), Journées du droit de la construction, Vol. II, Freiburg i.Ue. 1997, 19, 27 ff.

⁸² Vor dem Klärschlammfall: NICOLAS QUELOZ, Prävention und Sanktion der Korruption als Beitrag zum Schutz der Menschenrechte, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 431, 439 (Vorschlag 7). Nach dem Klärschlammfall: MARCO BORGHI, Pour un droit privé contribuant effectivement à la lutte contre la corruption, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf/Zürich/Basel 2008, 539 ff.

⁸³ BORGHI (Fn. 81), 30 f. und 40; BORGHI/QUELOZ (Fn. 81), 23; BORGHI/BALMELLI (Fn. 80), 274 f., 276 f., 314 und 316 (Vorschlag 7); QUELOZ (Fn. 82), 439 (Vorschlag 7); BORGHI (Fn. 82), 549.

⁸⁴ BORGHI/BALMELLI (Fn. 80), 277 Fn. 150, m.V. auf BGE 90 II 154, 156 ff. E. 2 f. (rechtsmissbräuchliche Berufung auf den Formmangel).

⁸⁵ BORGHI/BALMELLI (Fn. 80), 274.

⁸⁶ BORGHI (Fn. 81), 32 (zumindest für heikle Gebiete); BORGHI (Fn. 82), 551.

⁸⁷ BORGHI (Fn. 82), 551.

Zu Gunsten einer absoluten Nichtigkeit des Hauptvertrages führen die Autoren zahlreiche Argumente an, die stichwortartig etwa wie folgt zusammengefasst werden können:

- Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass mit Korruption behaftete «Handlungen»⁸⁸ den unantastbaren Kern der Menschenrechte verletzen (erwähnt wird das Diskriminierungsverbot⁸⁹) und daher die Rechtsordnung die Gültigkeit solcher «Handlungen» nicht anerkennen kann. Diese Pfeiler der Rechtsordnung⁹⁰ sind – so die Autoren – als Grundelemente des Rechtsstaates zu betrachten und folglich in einer absoluten Art und Weise zu schützen. Dementsprechend schütze der Kampf gegen die Korruption sowohl Individualinteressen als auch Interessen der menschlichen Gemeinschaft, die von grundlegender Bedeutung seien, und verteidige die Rechtsgüter, die Vorrang vor der «ungezähmten» («sauvage») Vertragsfreiheit hätten.⁹¹
- Die Bestechungsvereinbarung ist nach Auffassung der Autoren eine notwendige und vom Abschluss des Hauptvertrages nicht abtrennbare Vorbereitungshandlung; der Hauptvertrag ist das ultimative Ziel der Bestechung. Die Dichotomie zwischen Bestechungsvereinbarung und Hauptvertrag, von der das Bundesgericht und die herrschende Lehre ausgehen, ist ihrer Auffassung nach eine für den Rechtsstaat inakzeptable Schlussfolgerung.⁹² Es ist auch von einer subtilen und «künstlichen» Unterscheidung zwischen dem Vertrag mit sittenwidrigem Inhalt und den sittenwidrigen Umständen, unter denen der Vertrag abgeschlossen wurde, die Rede.⁹³
- Die Autoren verweisen für ihren Lösungsansatz unter anderem auch auf die Rechtsprechung in Deutschland.⁹⁴
- Die absolute Nichtigkeit des Hauptvertrages und die damit verbundene Rechtsunsicherheit, wenn nach Entdecken der Bestechung jedermann (ausser, wie oben schon erwähnt, unter Umständen der Bestechende bzw. der Vertragspartner, dem der Bestechende zuzurechnen ist) und jederzeit

⁸⁸ Von «Handlungen» ist die Rede bei BORGHI/QUELOZ (Fn. 81), 23; in den französischsprachigen Publikationen wird der Begriff «actes» verwendet (BORGHI/BALMELLI [Fn. 80], 274; BORGHI [Fn. 82], 542; BORGHI [Fn. 81], 32). Dem Kontext nach geht es um den Hauptvertrag und z.T. um die Zuschlagsverfügung.

⁸⁹ BORGHI (Fn. 82), 541; BORGHI/QUELOZ (Fn. 81), 22.

⁹⁰ Erwähnt werden neben den Menschenrechten auch das Prinzip des guten Glaubens, das Vertrauen und die Treue als entscheidende Aspekte («aspects préjudiciels») jeder Beziehung, die wegen der Person eingegangen wird, sowie das Problem des Ausschlusses und der Diskriminierung Dritter durch die Korruption (BORGHI [Fn. 82], 541 f.).

⁹¹ Dazu insgesamt BORGHI/BALMELLI (Fn. 80), 274; siehe auch: BORGHI (Fn. 82), 541 f.; BORGHI/QUELOZ (Fn. 81), 23.

⁹² Dazu insgesamt BORGHI/BALMELLI (Fn. 80), 275, m.N.

⁹³ BORGHI (Fn. 82), 545.

⁹⁴ BORGHI/QUELOZ (Fn. 81), 23 Fn. 48; BORGHI (Fn. 81), 32 Fn. 72; BORGHI/BALMELLI (Fn. 80), 275 f.

die Nichtigkeit geltend machen kann, hat in den Augen der Autoren eine generalpräventive Wirkung.⁹⁵

- Eine relative Nichtigkeit des Hauptvertrages ist nach Auffassung der Autoren deshalb «noch nicht ganz befriedigend», weil damit letztlich die Bestechung wieder auf eine Privatangelegenheit zwischen dem Bestechenden, dem Bestochenen und dem Geschäftsherrn reduziert würde (wobei Letzterer entscheiden kann, ob er den Hauptvertrag behalten will) und die Prämisse ihres Ansatzes, dass es nicht nur um den Schutz von Individual-, sondern auch von Allgemeininteressen geht, vernachlässigt würde.⁹⁶
- Dem Geschäftsherrn alleine das Recht, den Hauptvertrag unwirksam zu erklären, zu überlassen, wird als nicht befriedigend erachtet, da dieser nur auf seine eigenen Interessen achten wird.⁹⁷
- Eine stereotype Zuordnung der Opferrolle beim Geschäftsherrn wird mit der Begründung abgelehnt, dass man heute bei der Korruption von einem systematischen Zusammenspiel unter verschiedenen Akteuren mit zirkulärer Kausalbeziehung («relation causale circulaire») ausgehe. Dem Geschäftsherrn komme eine zentrale Rolle zu, indem er den Auftragnehmer bzw. den Arbeitnehmer aussuche, ihm den Status verleihe und die Konditionen der Tätigkeitsausübung festlege. Bei der Korruption handle es sich auch um ein Risiko, das jeder Unternehmer einkalkulieren müsse. Unter diesem Blickwinkel sei es nicht mehr gerechtfertigt, den Geschäftsherrn zu schützen, indem man ihn das Zünglein an der Waage spielen lasse, wenn es um die Bekämpfung der Bestechung im Privatrecht gehe.⁹⁸
- Mit der Rechtsfolge der absoluten Nichtigkeit von Hauptverträgen – so BORGHI – verliert der Geschäftsherr die Hauptrolle und für die Unternehmen werden Anreize geschaffen, sich gegen die Rechtsunsicherheit, die durch eine solche Lösung herbeigeführt wird, zu schützen und wirksame Präventions- und Kontrollsysteme einzuführen.⁹⁹

B. TERCIER

TERCIER vertritt im Rahmen seines im Jahr 1999 (im zeitlichen Umfeld des vorgenannten Forschungsprojekts¹⁰⁰) erschienenen Beitrags zum Thema «La corruption et le droit des contrats»¹⁰¹ die Auffassung, dass im Falle eines Vertragsabschlusses mit Hilfe von Schmiergeldern jene Partei, die Opfer dieser

⁹⁵ BORGHI/BALMELLI (Fn. 80), 276 f.

⁹⁶ Ibid., 276.

⁹⁷ BORGHI (Fn. 82), 547.

⁹⁸ Ibid., 549.

⁹⁹ Ibid., 549 f.

¹⁰⁰ Siehe BORGHI/BALMELLI (Fn. 80), 273 f.

¹⁰¹ TERCIER (Fn. 15), 262 ff.

Vorgehensweise geworden ist, das Recht erhalten soll, den Vertrag unabhängig von dessen Inhalt in Frage zu stellen.¹⁰² Opfer der Vorgehensweise ist, wie die weiteren Ausführungen zeigen, der Geschäftsherr des Bestochenen, der sich (*zumindest während einer gewissen Zeit*) auf die Nichtigkeit berufen kann (*relative Nichtigkeit*).¹⁰³ Eine absolute Nichtigkeit, die auch den Schutz der anderen Konkurrenten beinhalten würde, verneint TERCIER mit der Begründung, dass dies ein gewagter Schritt («*de pas est audacieux*») wäre und über das Ziel hinausschiessen würde. Er verweist auf das Nachbargebiet, das öffentliche Beschaffungswesen, wo der Vertrag, der in Verletzung der Verfahrens- und Vergaberegeln abgeschlossen wurde, nicht nichtig ist, den Konkurrenten gegenüber dem Auftraggeber jedoch ein Schadenersatzanspruch eingeräumt wird.¹⁰⁴ Der Vorschlag der relativen Nichtigkeit wird – soweit ersichtlich – auf die *allgemeinen Regeln des OR, d.h. auf Art. 19/20 OR*, abgestützt,¹⁰⁵ die Frage der Notwendigkeit einer spezialgesetzlichen Regelung wird nicht erörtert.

Dem Vorschlag der (relativen) Nichtigkeit wird die generelle Überlegung vorausgeschickt, dass bei Verneinung der Nichtigkeit von Verträgen, die unter sittenwidrigen Umständen abgeschlossen wurden, die übrig bleibenden allgemeinen Rechtsbehelfe – erwähnt werden: «*allen voran*» die Willensmängel (Art. 23 ff. OR) und die Übervorteilung (Art. 21 OR) – zwar die anstössigsten, aber nicht alle anstössigen Situationen abzudecken vermögen.¹⁰⁶ TERCIER weist darauf hin, dass der Gesetzgeber im Bereich des Konsumentenrechts und im Kartellrecht die Umstände des Vertragsabschlusses bereits verschiedentlich berücksichtigt und Widerrufsrechte¹⁰⁷ oder die Nichtigkeit¹⁰⁸ des Vertrages stipuliert hat, unabhängig davon, ob die Voraussetzungen eines Willensmangels oder der Übervorteilung erfüllt sind.¹⁰⁹

Der Vorschlag der (relativen) Nichtigkeit von Hauptverträgen ist – so TERCIER aus damaliger Sicht – neu (er verweist jedoch auf eine entsprechende

¹⁰² Ibid., 265 und 266.

¹⁰³ Ibid., 266; siehe auch TERCIER/BIERI/CARRON (Fn. 21), N 3661 («*nullité*»).

¹⁰⁴ So z.B. Art. 32 Abs. 2 und Art. 34 BöB; TERCIER (Fn. 15), 269.

¹⁰⁵ TERCIER (Fn. 15), 262 («*par l'invocation du principe général de la nullité des contrats contraires aux bonnes moeurs*») und 265 (Ausführungen erfolgen unter der Unterüberschrift «*En vertu des règles générales*»).

¹⁰⁶ Ibid., 262 f.

¹⁰⁷ Z.B. bei Haustürgeschäften (Art. 40e OR) oder Konsumkreditverträgen (Art. 16 Bundesgesetz über den Konsumkredit, KKG).

¹⁰⁸ Z.B. bei Konsumkreditverträgen (Art. 15 KKG). Bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 5 ff. KG) kann das Gericht unter anderem auf Antrag des Klägers die (Teil-) Ungültigkeit des Vertrages «*anordnen*» (Art. 13 lit. a KG); zum Verhältnis von Art. 13 lit. a KG und Art. 20 OR sowie zum diesbezüglich einschlägigen BGE 134 III 438 ff. (*Resh*) bereits oben in Fn. 76.

¹⁰⁹ TERCIER (Fn. 15), 263 f.

Norm bei der Versteigerung, Art. 230 Abs. 1 OR) und liegt auf einer Linie mit den erwähnten legislativen Massnahmen im Konsumentenrecht und Kartellrecht.¹¹⁰

Für die (relative) Nichtigkeit des Hauptvertrages bei der Bestechung gestützt auf die allgemeinen Regeln (d.h. Art. 19/20 OR)¹¹¹ fügt TERCIER folgende zwei Hauptargumente an:

- Zum einen wird auf die Aktualität und die Wichtigkeit des Kampfes gegen Korruption, zu dem neben den internationalen Konventionen, dem Strafrecht und Steuerrecht auch das Privatrecht wirkungsvoll beitragen kann und soll, verwiesen.¹¹² Als Konsequenz daraus müsse man im Privatrecht auf die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, die auf Bestechung beruhen, schliessen. Diese Lösung sei nicht so ausgefallen. Sie sei im deutschen Recht schon seit vielen Jahren anerkannt.¹¹³
- Zum anderen verweist TERCIER auf das Kartellzivilrecht. Ist der Vertrag mit einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung verbunden, kann das Gericht zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs auf Antrag des Klägers die ganze oder teilweise Ungültigkeit des Vertrages (unabhängig von seinem Inhalt) «anordnen» (Art. 13 lit. a KG).¹¹⁴ Ebenso könnte man hier nach TERCIER «konstruieren», dass der alleinige Umstand, dass der Geschäftsherr einen Vertrag infolge einer Bestechung abschliesst, diesen berechtigt, sich (innerhalb einer bestimmten Frist) vom Vertrag zu lösen (relative Nichtigkeit).¹¹⁵

IV. Würdigung

Im Folgenden werden die verschiedenen Lösungsansätze aus Sicht der Gesetzessystematik (unten lit. A), der Vorgaben in internationalen Übereinkommen zur Korruption, soweit sich diese zur Wirksamkeit von Hauptverträgen äussern (lit. B), und der Rechtsprechung in Deutschland, auf die von den Minderheitsautoren unter anderem verwiesen wird (lit. C), gewürdigt. Anschliessend wird noch spezifisch auf die relative Nichtigkeit und die Frage, ob und inwiefern damit eine Vereinfachung für den Geschäftsherrn, sich vom

¹¹⁰ Ibid., 265.

¹¹¹ TERCIER (Fn. 15), 264, prüft vorgängig zu Art. 19/20 OR auch die Lösungsschiene der Übervorteilung (Art. 21 OR), verwirft diese jedoch, da die Voraussetzungen nicht in jedem Bestechungsfall erfüllt wären.

¹¹² Ibid., 265 und 269 f.

¹¹³ Ibid., 265.

¹¹⁴ Ibid., 265 f. Zum Verhältnis von Art. 13 lit. a KG und Art. 20 OR sowie zum diesbezüglich einschlägigen BGE 134 III 438 ff. (*Resh*) bereits oben in Fn. 76.

¹¹⁵ TERCIER (Fn. 15), 266.

Hauptvertrag lösen zu können, verbunden ist (lit. D), sowie auf die absolute Nichtigkeit und die Frage nach der Berücksichtigung von Dritt- und Allgemeininteressen im Rahmen einer privatrechtlichen Lösung (lit. E) eingegangen.

A. Gesetzssystematik

Zunächst ist festzuhalten, dass die Lösung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre, wonach Verträge, die infolge einer Bestechung zustande kommen, nicht alleine deswegen nichtig i.S. von Art. 19/20 OR sind, aus Sicht der Gesetzssystematik korrekt ist.¹¹⁶

Das Bundesgericht hat in BGE 84 II 13 ff. (*Aussteuer-Sparvertrag*) sehr anschaulich dargelegt, dass sich die Art. 19/20 OR in Bezug auf alle Kontrollkriterien (von denen hier die Widerrechtlichkeit und die in casu zu beurteilende Sittenwidrigkeit interessieren) nur mit dem «Inhalt» des Vertrages (in dem oben in Ziff. II/A beschriebenen weiten Sinne) und nicht mit den Umständen des Vertragsabschlusses befassen. Das Bundesgericht begründet dies zum einen mit dem Wortlaut der Gesetzesartikel, die vom «Inhalt» sprechen (auch wenn dies in Bezug auf die Sittenwidrigkeit in der deutschen Sprachversion von Art. 20 Abs. 1 OR, anders als in der französischen und italienischen Fassung, weniger klar zum Ausdruck gelangt¹¹⁷). Zum anderen verweist es auf die systematische Einordnung der Art. 19/20 OR unter dem Randtitel «E. Inhalt des Vertrages»; diesem steht der nachfolgende Randtitel «F. Mängel des Vertragsabschlusses» mit den Art. 23 ff. OR gegenüber, denen zu entnehmen ist, unter welchen Voraussetzungen die zum Abschluss führenden äusseren und inneren Vorgänge (Irrtum, Täuschung, Drohung) den Vertrag einseitig unverbindlich machen.¹¹⁸ Würde man an dieser Zweiteilung nicht festhalten, würde der Tatbestand der Täuschung (Art. 28 OR) seine Berechtigung verlieren, da täuschendes Verhalten – so WYSS/VON DER CRONE – «nahezu ausnahmslos» gegen die «guten Sitten» (i.S. von Art. 19/20 OR) verstossen dürfte.¹¹⁹

Für die alternativen Lösungsansätze, die eine relative bzw. absolute Nichtigkeit des Hauptvertrages befürworten, bedeutet dies, dass sie – sofern Bedarf

¹¹⁶ Ebenso WYSS/VON DER CRONE (Fn. 29), 38; T. FRICK (Fn. 21), N 207.

¹¹⁷ Art. 20 Abs. 1 OR: «Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig». Demgegenüber klar: «Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux moeurs» bzw. «Il contratto che ha per oggetto una cosa impossibile o contraria alle leggi od ai buoni costumi è nullo».

¹¹⁸ BGE 84 II 13, 27 f. E. 5; BK-KRAMER (Fn. 21), Art. 19/20 OR N 175 f.

¹¹⁹ WYSS/VON DER CRONE (Fn. 29), 38; dazu bereits früher HUBER (Fn. 29), 83 f.; ähnlich T. FRICK (Fn. 21), N 207.

dafür bestehe (dazu noch unten lit. D und E) – *de lege ferenda* diskutiert werden müssten. Denn rechtspolitische Fragen sind vom Gesetzgeber und nicht vom Richter zu beurteilen.¹²⁰

B. Internationale Übereinkommen zur Wirksamkeit von Hauptverträgen

1. Art. 34 Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption

Im Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption, das für die Schweiz im Jahr 2009 in Kraft getreten ist, äussert sich Art. 34 zu den «Folgen von Korruptionshandlungen».

Art. 34 hält im ersten Satz fest: «Unter gebührender Berücksichtigung gutgläubig erworbener Rechte Dritter trifft jeder Vertragsstaat in Übereinstimmung mit den wesentlichen Grundsätzen seines innerstaatlichen Rechts Massnahmen zum Umgang mit den Folgen von Korruption». Gemäss dem Technical Guide zur Konvention ist die Bestimmung insoweit verbindlich.¹²¹ Der Technical Guide hält im Weiteren fest, dass strafrechtliche Sanktionen nicht ausreichend sein mögen und, um Konsistenz in der gesamten Rechtsordnung herzustellen, die Verurteilung korrupter Praktiken in allen relevanten Rechtsgebieten umzusetzen ist, so unter anderem explizit auch in dem hier interessierenden Bereich des Privatrechts bzw. (noch genauer) des Vertragsrechts.¹²²

Zu den spezifischen Massnahmen hält Art. 34 im zweiten Satz lediglich folgendes fest: «In diesem Zusammenhang können die Vertragsstaaten Korruption als einen massgeblichen Umstand in Gerichtsverfahren ansehen, welche die *Annullierung oder Aufhebung eines Vertrags*,¹²³ die Rücknahme einer Genehmigung oder eines anderen ähnlichen Rechtsakts oder die Schaffung von Abhilfe in anderer Form zur Folge hat». Weder der Text des Übereinkommens noch der Technical Guide enthalten Vorgaben dazu, welche Rechtsfolgen die «Annullierung oder Aufhebung» eines Vertrages genau nach sich ziehen soll, und ob und inwiefern Dritte/Aussenstehende im Falle

¹²⁰ BGE 84 II 13, 22 E. 4 (*Aussteuer-Sparvertrag*) etwa hält in Bezug auf Überlegungen der Volkswirtschaftspolitik fest, dass diese beim Gesetzeserlass getroffen werden mögen, dagegen dem Richter nicht erlauben, einen Vertrag, der inhaltlich den guten Sitten nicht zuwiderläuft, nichtig zu erklären.

¹²¹ Technical Guide to the United Nations Convention against Corruption, New York 2009 (zit.: Technical Guide), 109.

¹²² *Ibid.*, 109.

¹²³ Kursivschrift hinzugefügt. In der englischen Sprachversion: «to annul or rescind a contract».

einer Bestechung geschützt sein sollen.¹²⁴ Der Technical Guide weist lediglich darauf hin, dass die spezifischen Konsequenzen im Zivil- (und Verwaltungs-)recht dem Ermessen der Vertragsstaaten überlassen sind und das Übereinkommen eine Umsetzung der in Art. 34 (zweiter Satz) angesprochenen Massnahmen in Übereinstimmung mit den wesentlichen Grundsätzen des innerstaatlichen Rechts der Vertragsstaaten (und unter gebührender Berücksichtigung gutgläubig erworbener Rechte Dritter) verlangt,¹²⁵ wobei die Vertragsstaaten auch noch weitere als die im Übereinkommen vorgeschlagenen Massnahmen vorsehen können.¹²⁶ Während die Formulierung in Art. 34 zweiter Satz also sehr offen ist, sodass sowohl die Lösung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre als auch die alternativen Lösungsvorschläge davon abgedeckt wären, setzen die zu berücksichtigenden wesentlichen Grundsätze des innerstaatlichen Rechts der Lösung Grenzen.

In der Botschaft zum UNO-Übereinkommen gegen Korruption hält der Bundesrat zu Art. 34 betreffend Hauptverträge lediglich fest, dass «ein durch Bestechung zustande gekommener Vertrag ... nach dieser Bestimmung [Anm.: Art. 20 OR] nichtig [ist], wenn die Korruptionshandlung den Vertragsinhalt beeinflusst hat. Hat Bestechung zum Abschluss eines Vertrages mit an sich rechtmässigem Inhalt geführt, so kann er wegen absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR) oder wesentlichem Irrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) für nichtig¹²⁷ erklärt werden».¹²⁸ Dies entspricht der vom Bundesgericht und der herrschenden Lehre vertretenen Lösung, welche die Vorgaben von Art. 34 erfüllt.

2. *Art. 8 Abs. 2 Zivilrechtsübereinkommen über Korruption des Europarates*

Nur (aber immerhin) informativen Wert hat derzeit ein Blick auf das Zivilrechtsübereinkommen über Korruption des Europarates vom 4.11.1999,¹²⁹ das

¹²⁴ Technical Guide (Fn. 121), 109 ff.; siehe dazu OLAF MEYER, *Korruption im Vertrag*, Tübingen 2017, 194 und 219.

¹²⁵ Technical Guide (Fn. 121), 109.

¹²⁶ Zu Letzterem *ibid.*, 111.

¹²⁷ Der Terminus «nichtig», der in der Botschaft verwendet wird, kann nur im untechnischen Sinne verstanden werden, da Verträge bei Vorliegen eines wesentlichen Irrtums oder einer absichtlichen Täuschung für den Irrenden bzw. Getäuschten unverbindlich sind («einseitige Unverbindlichkeit»; Art. 23 und Art. 28 Abs. 1 OR); zur einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 21), N 888 ff.

¹²⁸ Botschaft zum UNO-Übereinkommen gegen Korruption vom 21.9.2007, BBl 2007, 7349, 7393 Ziff. 2.3.2.8.

¹²⁹ Sammlung Europäischer Verträge (SEV) Nr. 174.

von der Schweiz bis jetzt nicht ratifiziert wurde und dessen Ratifikation (derzeit) auch nicht geplant ist.¹³⁰

Nach Art. 8 Abs. 2 sieht jede Vertragspartei in ihrem innerstaatlichen Recht vor, «dass jede Partei eines Vertrags, deren Willensbildung durch eine Korruptionshandlung beeinträchtigt worden ist, bei Gericht die Unwirksamkeit des Vertrags geltend machen kann».¹³¹ *E contrario* kann der Geschäftsherr trotz Korruption auch am Vertrag festhalten.¹³² Nach dem Explanatory Report entscheidet das Gericht im Falle einer Geltendmachung der Unwirksamkeit des Hauptvertrages unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles über dessen Bestand.¹³³ Inwieweit das Gericht dabei auch Interessen von nicht am Vertrag beteiligten Personen und der Allgemeinheit zu berücksichtigen hat, wird im Explanatory Report nicht eigens ausgeführt.

Zur Frage, ob auch nicht am Vertrag beteiligte Personen auf den Bestand des Hauptvertrages einwirken können sollen, hält der Explanatory Report fest, dass einerseits vom Text des Übereinkommens her klar ist, dass die Vertragsstaaten nicht verpflichtet sind, in ihrem innerstaatlichen Recht nicht am Vertrag beteiligten Parteien eine Möglichkeit, die Nichtigerklärung des Hauptvertrages zu verlangen, einzuräumen. Andererseits ist es den Vertragsparteien gemäss dem Explanatory Report jedoch auch nicht untersagt, in ihrem innerstaatlichen Recht über die Bestimmung in Art. 8 Abs. 2 hinauszugehen und interessierten Personen eine solche Möglichkeit einzuräumen. In jedem Fall haben Personen mit einem legitimen Interesse gestützt auf andere Bestimmungen der Konvention (z.B. Art. 3 [Schadenersatz] und Art. 4 [Haftung]) die Möglichkeit, auf Ersatz des ihnen aus der Korruption entstandenen Schadens zu klagen.¹³⁴

Im Ergebnis weisen somit alle in der Schweiz vertretenen Lösungsansätze insofern eine Diskrepanz zu Art. 8 Abs. 2 auf, als darin von einer *gerichtlichen* Vertragsaufhebung (auf Verlangen) die Rede ist. Ob die Lösungen im innerstaatlichen Recht der Vertragsstaaten auch in diesem Punkt über die Vorgabe im Übereinkommen hinausgehen dürften (und welche Lösungen darunterfallen würden), wird im Explanatory Report nicht erörtert. Da nach

¹³⁰ Im Elften Bericht über die Schweiz und die Konventionen des Europarates vom 24.8.2016, der im Rahmen der Legislaturperiode 2015-2019 erarbeitet wurde, ist das Zivilrechtsübereinkommen über Korruption des Europarates auch nicht unter der Überschrift «Nicht ratifizierte Konventionen, die für die Schweiz von Interesse sind» aufgelistet (BBl 2016, 7045, 7052 ff. Ziff. 4 und 7082).

¹³¹ Zitiert nach der deutschen Übersetzung («Bereinigte Übersetzung zwischen Deutschland, Österreich und der Schweiz abgestimmte Fassung»).

¹³² Explanatory Report to the Civil Law Convention on Corruption, Strasbourg, 4.11.1999 (zit.: Explanatory Report), N 64.

¹³³ Ibid., N 64.

¹³⁴ Dazu insgesamt *ibid.*, N 65.

Art. 17 Vorbehalte zum Übereinkommen nicht zulässig sind, müsste im Falle späterer Ratifizierungsüberlegungen diese Frage zusammen mit weiteren Unklarheiten¹³⁵ geklärt werden. Eine bisher offenkundige Diskrepanz zum Zivilrechtsübereinkommen, das gemäss Art. 7 Abs. 1 für Schadenersatzansprüche eine relative Verjährungsfrist von mindestens drei Jahren fordert,¹³⁶ dürfte mit der Revision des privatrechtlichen Verjährungsrechts, die für Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung eine Anhebung der relativen Verjährungsfrist von bisher einem Jahr auf neu drei Jahre vorsieht, nun aller Voraussicht nach beseitigt werden.¹³⁷

C. Rechtsprechung in Deutschland

Die Befürworter sowohl der relativen als auch der absoluten Nichtigkeit des Hauptvertrages verweisen in ihren Begründungen unter anderem auf die Lösung in Deutschland.¹³⁸ Ein genauerer Blick auf die deutsche Rechtsprechung zeigt jedoch, dass dieser Verweis aus zwei Gründen problematisch ist:

Zum einen muss nach der deutschen Rechtsprechung – anders als bei den skizzierten alternativen Lösungsansätzen – für die Bejahung der Nichtigkeit des Hauptvertrages nicht nur eine Bestechung vorliegen, sondern es muss ein zusätzliches Kriterium erfüllt sein. Der Bundesgerichtshof geht, wie bereits das Reichsgericht, davon aus, dass der Hauptvertrag sittenwidrig und somit nichtig i.S. von § 138 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ist, *sofern* die Schmiergeldabrede zu einer für den Geschäftsherrn nachteiligen Gestaltung

¹³⁵ Laut Bundesrat ist «nicht klar nachgewiesen», ob das schweizerische Recht die Anforderungen an den vollständigen Schadenersatz in Art. 3 Zivilrechtsübereinkommen, insb. mit Blick auf den immateriellen Schaden, erfüllt. «Nicht geklärt» ist auch, ob die Anforderungen an den Schutz von Beschäftigten in Art. 9 Zivilrechtsübereinkommen erfüllt sind (dazu insgesamt Zehnter Bericht über die Schweiz und die Konventionen des Europarates vom 27.2.2013, BBl 2013, 2145, 2172 Ziff. 4.6.1). In Bezug auf Letzteres wird auch die laufende Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz) von Bedeutung sein.

¹³⁶ Art. 7 Abs. 1 Zivilrechtsübereinkommen: «Jede Vertragspartei sieht in ihrem innerstaatlichen Recht vor, dass die Schadenersatzansprüche frühestens nach drei Jahren ab dem Tag verjähren, an dem der Geschädigte von dem Schaden oder der Korruptionshandlung und von der dafür verantwortlichen Person Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen» (zitiert nach der deutschen Übersetzung [Fn. 131]).

¹³⁷ Art. 60 Abs. 1 und 1^{bis} sowie Art. 128a rev. OR. Die Revision des privatrechtlichen Verjährungsrechts wurde vom National- und Ständerat in der Schlussabstimmung vom 15.6.2018 angenommen. Die revidierten Gesetzesnormen unterstehen im Zeitpunkt des Manuskriptabschlusses noch dem fakultativen Referendum.

¹³⁸ Nachweise siehe oben in Fn. 94 und Fn. 113.

des Hauptvertrages geführt hat.¹³⁹ Fehlt ein solcher Nachteil, ist der Hauptvertrag trotz Bestechung nicht sittenwidrig;¹⁴⁰ die Wirksamkeit des Hauptvertrages beurteilt sich dann nach den Regeln der Willensmängel bzw. des Stellvertretungsrechts und liegt somit in der Entscheidungsfreiheit des Geschäftsherrn.¹⁴¹ Ist ein (objektiver¹⁴²) Anhaltspunkt für einen Nachteil gegeben,¹⁴³ geht die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes von einem Beweis des ersten Anscheins für die nachteilige Beeinflussung des Hauptvertrages durch die Schmiergeldabrede aus, d.h. es muss nicht der Geschäftsherr die nachteilige Beeinflussung des Hauptvertrages, sondern sein Vertragspartner das Fehlen eines Nachteils beweisen.¹⁴⁴ Zudem erlaubt laut Bundesgerichtshof nicht jeder noch so geringe Nachteil eine Beurteilung des Hauptvertrages als sittenwidrig.¹⁴⁵

Zum anderen hat sich die deutsche Rechtsprechung, etwas vereinfacht ausgedrückt, vom sog. Nichtigkeitsmodell im oben beschriebenen Sinne zum sog. Genehmigungsmodell entwickelt.¹⁴⁶ Diese Änderung¹⁴⁷ in der Rechtsprechung erfolgte im Jahr 1999. Der BGH räumt nun dem Geschäftsherrn die Möglichkeit ein, den an sich sittenwidrigen Hauptvertrag analog zu § 177 BGB (Vertragsschluss durch Vertreter ohne Vertretungsmacht) zu genehmigen.¹⁴⁸ Von einer Genehmigung bleibt – so der Bundesgerichtshof – das

¹³⁹ Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ) 141 (1999), 357, 361 Ziff. I/2/b/(1), m.w.N. zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes; zur Rechtsprechung des Reichsgerichts: Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 134 (1931), 43, 56; 136 (1932), 359, 360. Ausführlich und kritisch zum Kriterium des Nachteils MEYER (Fn. 124), 201 ff.

¹⁴⁰ Z.B. Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (NJW-RR) 1990, 442, 443 Ziff. II/1/a.

¹⁴¹ MEYER (Fn. 124), 201.

¹⁴² Ibid., 204.

¹⁴³ Diese Voraussetzung, damit der Anscheinsbeweis greift, wird in BGHZ 141 (1999), 357, 361 f. Ziff. I/2/b/(1) ausdrücklich erwähnt. Die Voraussetzung war faktisch (ohne dass sie eigens erwähnt worden wäre) auch in BGH Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1989, 26 f. Ziff. II, und in RGZ 136 (1932), 359, 360, erfüllt (siehe dazu die Ausführungen in BGHZ 141 [1999], 357, 363 Ziff. I/2/b/[2]).

¹⁴⁴ RGZ 136 (1932), 359, 360 f.; 161 (1939), 229, 332 f.; BGH NJW 1962, 1099, 1100 Ziff. II *in fine*; BGHZ 141 (1999), 357, 361 f. Ziff. I/2/b/(1); siehe auch MEYER (Fn. 124), 202 f.

¹⁴⁵ BGHZ 141 (1999), 357, 362 Ziff. I/2/b/(2).

¹⁴⁶ So HARALD SCHLÜTER/MATHIAS NELL, Rechtswirksamkeit auf Schmiergeld beruhender Hauptverträge – Eine ökonomische Analyse, Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ) 2008, 223, 225.

¹⁴⁷ Ob bereits von einer dogmatischen Wende gesprochen werden kann, lässt sich laut MEYER (Fn. 124), 216 f., m.V. auf die besonderen Umstände des zu beurteilenden Falles «noch nicht mit Sicherheit» sagen.

¹⁴⁸ BGH NJW 2000, 511, 512 Ziff. III, m.V. auf Kommentarliteratur; zeitlich kurz vorher bereits BGHZ 141 (1999), 357, 363 f. Ziff. II (direkte Anwendung von § 177 Abs. 1 BGB).

Recht des Geschäftsherrn zur ausserordentlichen Kündigung unberührt.¹⁴⁹ Dass hier eine Genehmigungsmöglichkeit besteht, obschon die Sittenwidrigkeit und die damit verbundene Nichtigkeit nicht zur Disposition der Parteien stehen, bedarf der Erklärung. ARMBRÜSTER argumentiert im Münchener Kommentar damit, dass es hier lediglich um die «Ausstrahlungswirkung» der sittenwidrigen Schmiergeldabrede gehe; sie mache den Hauptvertrag nicht unter dem Gesichtspunkt missbilligter Kommerzialisierung, sondern der Schädigung Dritter, sittenwidrig. Daher sollte es – so ARMBRÜSTER – dem Dritten (Vertretenen, d.h. hier dem Geschäftsherrn), der selber nicht an der sittenwidrigen Grundabrede beteiligt war, möglich sein, dem Hauptvertrag durch sein Einverständnis den sittenwidrigen Charakter zu nehmen.¹⁵⁰ Trotz dieses erforderlichen Begründungsspagates findet das Genehmigungsmodell in der deutschen Lehre – neben Kritik – auch Zustimmung, mit dem hauptsächlichsten Argument, dass der Geschäftsherr besser geschützt ist, wenn er über die Wirksamkeit des Hauptvertrages entscheiden kann.¹⁵¹

Nach hier vertretener Auffassung legt der Blick auf die deutsche Rechtsprechung vor allem eine Schlussfolgerung nahe, nämlich, dass bei einem Ausgangspunkt «absolute Nichtigkeit des Hauptvertrages» anscheinend sofort Bedarf nach Korrektur besteht, um sachgerechte Lösungen zu erzielen, und dafür unter Umständen auch gewagte dogmatische Argumentationen in Kauf genommen werden (müssen).¹⁵² Mit dem Wechsel des Bundesgerichtshofes zur Genehmigungstheorie kommt man in der deutschen Rechtsprechung – vom konträren Standpunkt der Nichtigkeit ausgehend – mit grossem Argumentationsaufwand zu einem ähnlichen Ergebnis wie das schweizerische Bundesgericht und die herrschende schweizerische Lehre, welche die Nichtigkeit des Hauptvertrages verneinen und dem Geschäftsherrn über das Stellvertretungsrecht bzw. die Willensmängel die Entscheidungsfreiheit über das rechtliche Schicksal des Hauptvertrages einräumen.

¹⁴⁹ BGHZ 141 (1999), 357, 364 Ziff. II.

¹⁵⁰ CHRISTIAN ARMBRÜSTER, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, PostG, AGG, 7. Aufl., München 2015 (zit.: MüKo-ARMBRÜSTER), § 138 BGB N 128.

¹⁵¹ Siehe MEYER (Fn. 124), 217 f., mit ausführlichem Meinungsspiegel in Fn. 213 (selber aus dogmatischen Überlegungen kritisch zur Genehmigungstheorie [216 f.] und im Ergebnis gegen die Nichtigkeit *ipso iure* von Hauptverträgen [240 ff., insb. 260 f.]); *zustimmend* z.B. MüKo-ARMBRÜSTER (Fn. 150), § 138 BGB N 128; *ablehnend* z.B. CAI BERG, Wirtschaftskorruption, Phänomen und zivilrechtliche Rechtsfolgen, Frankfurt am Main 2004, 109 ff. (aus dogmatischen Überlegungen), der sich auch gegen eine pauschale Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit des Hauptvertrages ausspricht (105 und 124 ff.).

¹⁵² Dazu insgesamt etwa MEYER (Fn. 124), 240 ff.

D. Relative Nichtigkeit: Vereinfachung für den Geschäftsherrn?

Zum Lösungsvorschlag der relativen Nichtigkeit von TERCIER, dem zufolge sich zumindest der Geschäftsherr (während einer bestimmten Zeit) auf die Nichtigkeit des Hauptvertrages berufen können soll, ohne die Voraussetzungen eines Stellvertretungs- bzw. Willensmangels nachweisen zu müssen, ist zunächst positiv festzuhalten, dass die Entscheidungsfreiheit über das rechtliche Schicksal des Hauptvertrages in der Hand des Geschäftsherrn bleibt. Ganz abgesehen davon, dass der Vorschlag die grundsätzliche Frage aufwirft, inwieweit Allgemeininteressen (hier die effizientere Bestechungsbekämpfung) im Privatrecht berücksichtigt werden können,¹⁵³ stellt sich bereits auch die Vorfrage, ob und inwiefern sich der Geschäftsherr im Falle einer Anordnung der relativen Nichtigkeit *de lege ferenda*¹⁵⁴ tatsächlich leichter vom Hauptvertrag lösen könnte, als wenn er über die Rechtsbehelfe des Stellvertretungsrechts bzw. der Willensmängel vorgehen muss.

Ausgehend von der Überlegung, dass 1. bei der Bestechung eine der grossen Schwierigkeiten darin besteht, dass diese überhaupt entdeckt wird und nachgewiesen werden kann, und 2. der Nachweis, dass die charakteristischen Merkmale einer Bestechung vorliegen, auch bei diesem alternativen Lösungsvorschlag erbracht werden muss, damit der Hauptvertrag relativ nichtig ist, bewirkt der Vorschlag der relativen Nichtigkeit nach hier vertretener Auffassung im Vergleich zu den Rechtsbehelfen des Stellvertretungsrechts bzw. der Willensmängel auf der Tatbestandsseite keine wesentliche Vereinfachung für den Geschäftsherrn, die einen Einschnitt in die Gesetzessystematik erfordern bzw. rechtfertigen würde. Dieses Fazit ergibt sich aufgrund folgender Überlegungen:

1. Im Anwendungsbereich des *Stellvertretungsrechts* besteht – wie bereits erwähnt (Ziff. II/B/1) – lediglich in dem Fall, dass ausnahmsweise keine Kollusion, sondern nur ein Missbrauch der Vollmacht (ohne Zusammenwirken) vorliegt, eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass dem Geschäftsherrn der diesfalls erforderliche Nachweis der Bösgläubigkeit des Vertragspartners nicht gelingen könnte und er (der Geschäftsherr) folglich an den Hauptvertrag gebunden ist, da auch die Interessen des gutgläubigen Partners zu berücksichtigen sind.

¹⁵³ Welche Überlegungen hier eine Rolle spielen, wird anschliessend bei der Würdigung des Vorschlags der absoluten Nichtigkeit (Ziff. IV/E) skizziert. An dieser Stelle erübrigt sich eine Diskussion, da nach hier vertretener Auffassung bereits die Vorfrage (dazu sogleich) zu verneinen ist.

¹⁵⁴ Zur Anordnung *de lege ferenda* bereits oben Ziff. IV/A.

2. Im Anwendungsbereich der *Willensmängel* ergibt sich folgendes Bild:

a) In Bezug auf die *absichtliche Täuschung* (Art. 28 OR) liegt auch bei der Bestechung im konkreten Fall die eigentliche Krux beim Nachweis der *Kausalität* zwischen Täuschung und Vertragsabschluss – zusammen mit dem Nachweis, dass eine Täuschungshandlung vorliegt. In Bezug auf die Bestechung ist kontrovers, ob Kausalität nur dann vorliegt, wenn die *Einwirkungsmöglichkeit des Bestochenen* auf den Abschluss und die inhaltliche Gestaltung des Hauptvertrages nachgewiesen ist,¹⁵⁵ oder ob der Nachweis genügt, dass das *Verheimlichen einer Bestechungszahlung* den Irrtum des Geschäftsherrn über die Loyalität des Vertragspartners bzw. das Vorliegen einer bestechungsfreien Situation und dieser Irrtum wiederum den Vertragsabschluss beeinflusst hat.¹⁵⁶ Im *Klärschlammfall* konnte das Bundesgericht diese Frage offenlassen.¹⁵⁷

Bejaht werden können bei Vorliegen einer Bestechung die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der absichtlichen Täuschung. Bezüglich der *Täuschungshandlung* besteht bei der Bestechung die Besonderheit darin, dass sowohl der Vertragspartner (jedenfalls wenn er selber besticht oder ihm die Bestechung durch einen Dritten zugerechnet werden kann¹⁵⁸) als auch der Bestochene¹⁵⁹ je aktive und passive Täuschungshandlungen begehen. Zum

¹⁵⁵ So etwa die vorinstanzlichen Urteile zu BGE 129 III 320 ff. (*Klärschlammfall*), welche die Kausalität verneinten: Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Beschluss und Urteil vom 17.9.2002, i.S. Stadt Zürich gegen ABZ Recycling AG, Geschäfts-Nr. LB020058/U (zit.: OGER Zürich), 16 ff. E. III/3b; Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, Urteil vom 10.9.1999, i.S. A sowie B, C und D gegen X (zit.: BezGer Zürich), 15 ff. E. V/2.2.2.2 ff.

¹⁵⁶ Im letzteren Sinne WYSS/VON DER CRONE (Fn. 29), 40; ebenso: T. FRICK (Fn. 21), N 274 ff., insb. 279 ff.; STAUB (Fn. 10), N 450 ff.; ähnlich bereits HUBER (Fn. 29), 83.

¹⁵⁷ BGE 129 III 320, 327 E. 6.3 *in fine*.

¹⁵⁸ Nicht Dritte i.S. von Art. 28 Abs. 2 OR sind jene Bestechenden, deren Verhalten dem Vertragspartner zugerechnet werden kann. Hier spielt es keine Rolle, ob der Vertragspartner die Bestechung kannte oder hätte kennen müssen oder nicht (allgemein dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [Fn. 21], N 866; CHK-KUT [Fn. 21], Art. 28 OR N 12). In der besonderen Bestechungskonstellation, dass ein Unabhängiger/Aussenstehender besticht, dessen Handeln dem Vertragspartner nicht zugerechnet werden kann und von dem innerhalb der Sphäre des Vertragspartners niemand, dessen Wissen dem Vertragspartner zugerechnet werden kann, wusste (siehe oben Ziff. I/B mit Beispiel in Fn. 20), liegt Täuschung durch einen Dritten i.S. von Art. 28 Abs. 2 OR vor (dazu ausführlich BK-SCHMIDLIN [Fn. 19], Art. 28 OR N 192 ff.). Der Geschäftsherr könnte sich gestützt auf die Täuschungshandlungen durch diesen Aussenstehenden nicht auf die Unverbindlichkeit des Hauptvertrages wegen absichtlicher Täuschung berufen. Dazu wäre nach Art. 28 Abs. 2 OR erforderlich, dass der Vertragspartner zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Täuschung gekannt hat oder hätte kennen müssen.

¹⁵⁹ In Bezug auf die Täuschungshandlungen des Bestochenen liegt eine Täuschung durch einen Dritten i.S. von Art. 28 Abs. 2 OR vor. Kenntnis des Vertragspartners von der Täuschung durch den Bestochenen ist jedoch regelmässig gegeben (BK-SCHMIDLIN

einen veranlasst der Vertragspartner den Bestochenen, seinen Geschäftsherrn zu täuschen, und der Bestochene nimmt durch Vorspiegeln falscher Tatsachen oder Unterdrücken wahrer Tatsachen Einfluss auf den Vertragsabschluss. Zum anderen wird angenommen, dass der Vertragspartner und der Bestochene gegenüber dem Geschäftsherrn das Vorliegen eines nicht gebührenden Vorteils und das damit verbundene treuwidrige Verhalten verschweigen.¹⁶⁰ Die Aufklärungspflicht, die für eine Täuschung durch Verschweigen vorausgesetzt ist, ergibt sich beim Vertragspartner aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB)¹⁶¹ und beim Bestochenen aus seinem Innenverhältnis zum Geschäftsherrn.¹⁶² *Täuschungsabsicht* (mindestens Eventualvorsatz¹⁶³) ist sowohl beim Vertragspartner als auch beim Bestochenen evidentermassen gegeben.¹⁶⁴ Der *Irrtum* des Geschäftsherrn – der bei der absichtlichen Täuschung, anders als beim Grundlagenirrtum, kein wesentlicher sein muss (Art. 28 Abs. 1 OR) – besteht darin, dass keine bestechungsfreie Vertragsgrundlage besteht bzw. ihm (dem Geschäftsherrn) ein illoyaler Vertragspartner gegenübersteht.¹⁶⁵ Eine Berufung des Vertragspartners auf Zurechnung des Wissens des Bestochenen beim Geschäftsherrn wäre rechtsmissbräuchlich.¹⁶⁶ Wird die Frage des Geschäftsherrn nach dem Vorliegen eines nicht gebührenden Vorteils als zulässig erachtet, so begründet ihre falsche Beantwortung die Widerrechtlichkeit; bei der Täuschung durch Verschweigen geht die Prüfung der Widerrechtlichkeit in der Prüfung der Aufklärungspflicht auf.¹⁶⁷

[Fn. 19], Art. 28 OR N 113), ausser die Bestechung erfolgt z.B. durch einen Unabhängigen/Aussenstehenden, dessen Handeln dem Vertragspartner nicht zugerechnet werden kann und von dem innerhalb der Sphäre des Vertragspartners niemand, dessen Wissen dem Vertragspartner zugerechnet werden kann, wusste (siehe oben Ziff. I/B und Fn. 20).

¹⁶⁰ Z.B. BK-SCHMIDLIN (Fn. 19), Art. 28 OR N 37, 177, 179 f., 184 f. und 187 f.; TERCIER (Fn. 15), 261 f.

¹⁶¹ TERCIER (Fn. 15), 262; BK-SCHMIDLIN (Fn. 19), Art. 28 OR N 37 und 31 (der Vertragspartner weiss, dass sich der Geschäftsherr in einem Irrtum befindet und nutzt diesen treuwidrig aus).

¹⁶² Im Arbeits- bzw. Auftragsverhältnis ergeben sich Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten aus der allgemeinen Treuepflicht, die in Art. 321a Abs. 1 OR bzw. Art. 398 Abs. 2 OR stipuliert ist; im Zusammenhang mit der Bestechung: TERCIER (Fn. 15), 261; BK-SCHMIDLIN (Fn. 19), Art. 28 OR N 185 f.

¹⁶³ Siehe etwa BGE 136 III 528, 532 E. 3.4.2, m.N.; BK-SCHMIDLIN (Fn. 19), Art. 28 OR N 70 ff.

¹⁶⁴ Siehe etwa STAUB (Fn. 10), N 446, m.w.N.

¹⁶⁵ WYSS/VON DER CRONE (Fn. 29), 39; T. FRICK (Fn. 21), N 225 und 262; STAUB (Fn. 10), N 448.

¹⁶⁶ Siehe z.B. WYSS/VON DER CRONE (Fn. 29), 39 f.

¹⁶⁷ Allgemein zur Voraussetzung der Widerrechtlichkeit bei der absichtlichen Täuschung z.B. CHK-KUT (Fn. 21), Art. 28 OR N 8, m.w.N.

b) Sind nicht alle Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung erfüllt, verbleibt dem Geschäftsherrn immer noch die Möglichkeit, *Grundlagenirrtum* (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) geltend zu machen.¹⁶⁸ Folgende Voraussetzungen des Grundlagenirrtums können im Falle einer Bestechung problemlos bejaht werden: der *bestimmte Sachverhalt*, auf den sich der Irrtum bezieht (dies können innerhalb oder ausserhalb des Vertrages liegende Umstände sein,¹⁶⁹ bei der Bestechung ist es die Unkenntnis des Geschäftsherrn vom Vorliegen einer Bestechungssituation bzw. die falsche Annahme, es mit einem loyalen Geschäftspartner zu tun zu haben¹⁷⁰); die *objektive Wesentlichkeit* (wonach der zugrunde gelegte Sachverhalt auch «objektiv, vom Standpunkt oder nach den Anforderungen des loyalen Geschäftsverkehrs» als notwendige Grundlage des Vertrages erscheinen muss,¹⁷¹ was bei der Bestechung in Anbetracht der gefährdeten Rechtsgüter evident ist¹⁷²); und die *Erkennbarkeit* für den (nicht irrenden) Vertragspartner, dass der fälschlich angenommene Sachverhalt für den Irrenden eine notwendige Vertragsgrundlage war¹⁷³ (was sich bei der Bestechung in der Regel schon implizit daraus ergibt, dass der Vertragspartner alles daran setzt, die Bestechung geheim zu halten¹⁷⁴).

Schwierigkeiten bereiten kann beim Grundlagenirrtum allenfalls der Nachweis, dass es für den Geschäftsherrn bei Vertragsabschluss *subjektiv wesentlich* war (*conditio sine qua non*), dass dem Vertrag keine Bestechung zugrunde liegt bzw. ihm (dem Geschäftsherrn) ein loyaler Vertragspartner gegenübersteht. Eine Begründung der subjektiven Wesentlichkeit – wie von den Vorinstanzen im *Klärschlammfall* gemacht – bloss mit dem sofortigen Abbruch der Vertragsbeziehung nach Kenntniserlangung von der Bestechungs-

¹⁶⁸ Das Vorliegen eines Grundlagenirrtums wurde im *Klärschlammfall* von den Vorinstanzen bejaht (BezGer Zürich [Fn. 155], 29 ff. E. V/3.1 ff.; OGer Zürich [Fn. 155], 19 f. E. III/4b-d), war vor Bundesgericht nicht mehr strittig und musste somit von Letzterem nicht überprüft werden (BGE 129 III 320, 327 E. 6.4).

¹⁶⁹ CHK-KUT (Fn. 21), Art. 23/24 OR N 28, m.w.N.; BK-SCHMIDLIN (Fn. 19), Art. 23/24 OR N 100 ff., m.w.N.

¹⁷⁰ BezGer Zürich (Fn. 155), 29 f. E. V/3.2; OGer Zürich (Fn. 155), 19 E. III/4b und c; siehe auch HÉRITIER (Fn. 21), 148; TERCIER (Fn. 15), 258 f.

¹⁷¹ Siehe z.B. BGE 136 III 528, 532 E. 3.4.1, m.w.N.; CHK-KUT (Fn. 21), Art. 23/24 OR N 31, m.w.N.

¹⁷² Im *Klärschlammfall* bejahten die Vorinstanzen die objektive Wesentlichkeit, begründeten diese aber nicht näher. Mit Blick auf den zu beurteilenden längerfristigen Vertrag (konkret ging es um einen Fünfjahresvertrag) wurde dem loyalen Verhalten des Geschäftspartners noch zusätzliches Gewicht beigemessen (BezGer Zürich [Fn. 155], 30 E. V/3.2; OGer Zürich [Fn. 155], 19 E. III/4b und c); siehe auch HÉRITIER (Fn. 21), 148; TERCIER (Fn. 15), 259 f.; STAUB (Fn. 10), N 431 ff., m.w.N.

¹⁷³ Siehe z.B. BGE 135 III 537, 541 f. E. 2.2, m.w.N.; BK-SCHMIDLIN (Fn. 19), Art. 23/24 OR N 180 ff., insb. 180, m.w.N.; CHK-KUT (Fn. 21), Art. 23/24 OR N 30, m.w.N. auch zu Autoren, welche die Erkennbarkeit als Voraussetzung des Grundlagenirrtums ablehnen (so z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [Fn. 21], N 781 f. und 786).

¹⁷⁴ HÉRITIER (Fn. 21), 148; TERCIER (Fn. 15), 259.

zahlung, erscheint als ungenügend,¹⁷⁵ weil daraus für den relevanten Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nur indirekt etwas abgeleitet werden kann. Auch die Überlegung, die z.T. in der Literatur gemacht wird, dass sich die subjektive Wesentlichkeit daraus ergibt, dass die Bestechung für den Geschäftsherrn mit Reputationsverlust und oft mit wirtschaftlichen Nachteilen verbunden ist,¹⁷⁶ erscheint als unzureichend, weil dies nicht automatisch ausschliessen muss, dass der konkrete Geschäftsherr Bestechungszahlungen an seine Mitarbeiter unter Umständen trotzdem «durchgehen lässt», solange die abgeschlossenen Verträge «passabel» sind. Am deutlichsten und einfachsten lässt sich die subjektive Wesentlichkeit belegen, wenn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unternehmensinterne Antikorruptionsrichtlinien vorliegen, wenn Instruktionen an die Vertreter und Beauftragten ergangen sind, dass der Geschäftsherr Korruption nicht duldet,¹⁷⁷ oder wenn eine Antikorruptionsklausel in den Vertrag aufgenommen wird.¹⁷⁸ Inkonsequentes oder gleichgültiges Verhalten in früheren Bestechungsfällen kann den Nachweis der subjektiven Wesentlichkeit erschweren.¹⁷⁹ Somit steht im Falle einer Lösung über Grundlagenirrtum derjenige Geschäftsherr beweismässig besser da, der unternehmensinterne Antikorruptionsmassnahmen ergriffen hat und bezüglich Bestechung eine klare ablehnende Haltung einnimmt. Nach hier vertretener Auffassung wird dadurch die Effizienz der vom Bundesgericht und der herrschenden Lehre vertretenen Lösungsschiene der Willensmängel jedoch nicht geschwächt, sondern – sobald das entsprechende Rechtsbewusstsein bei den Akteuren einmal geschaffen ist – eher gestärkt, indem im Falle einer Bestechung derjenige Geschäftsherr rechtlich besser dasteht, der seinen Beitrag zur Bekämpfung der Korruption an der Wurzel geleistet hat. Dieser positive verhaltenssteuernde Nebeneffekt fehlt dem Lösungsvorschlag der relativen Nichtigkeit (im Unterschied zum Vorschlag der absoluten Nichtigkeit, die jedoch für den Geschäftsherrn mit einer kompletten Rechtsunsicherheit in Bezug auf den Hauptvertrag verbunden ist¹⁸⁰).

c) Die zeitliche Befristung der Geltendmachung von Willensmängeln auf ein Jahr ab Entdeckung (d.h. sicherer Kenntnis) des Irrtums bzw. der Täuschungshandlung, durch die der Irrtum hervorgerufen wurde,¹⁸¹ sollte beim Geschäftsherrn keinen unnötigen Zeitdruck verursachen.¹⁸² Auch für die rela-

¹⁷⁵ BezGer Zürich (Fn. 155), 31 E. V/3.4; OGer Zürich (Fn. 155), 20 E. III/4d; *ablehnend* auch WYSS/VON DER CRONE (Fn. 29), 41.

¹⁷⁶ So STEINBEISSER (Fn. 21), 61; T. FRICK (Fn. 21), N 494.

¹⁷⁷ HÉRITIER (Fn. 21), 148; TERCIER (Fn. 15), 259; siehe auch STAUB (Fn. 10), N 428.

¹⁷⁸ Weiterführend betreffend Antikorruptionsklauseln MEYER (Fn. 124), 236 ff.

¹⁷⁹ HÉRITIER (Fn. 21), 148; dazu allgemein auch BK-SCHMIDLIN (Fn. 19), Art. 23/24 OR N 171.

¹⁸⁰ Dazu bereits oben Ziff. III/A *in fine*.

¹⁸¹ Dazu bereits oben Ziff. II/B/2, m.w.N.

¹⁸² Siehe dazu auch BK-SCHMIDLIN (Fn. 19), Art. 31 OR N 126.

tive Nichtigkeit wird vorgeschlagen, dass sich der Geschäftsherr nur während einer gewissen Zeit darauf berufen können soll.¹⁸³

E. Absolute Nichtigkeit: Berücksichtigung von Dritt- und Allgemeininteressen im Privatrecht?

Eine Bejahung der absoluten Nichtigkeit von Hauptverträgen *de lege ferenda*¹⁸⁴ hätte zur Folge, dass die Entscheidungsfreiheit des Geschäftsherrn hinsichtlich des rechtlichen Schicksals des Hauptvertrages, die diesem bei Anwendung der Regeln zum Stellvertretungsrecht bzw. der Willensmängel zukommt, zu Gunsten von Drittinteressen (z.B. der Konkurrenten, die aufgrund der Bestechung beim Abschluss des Hauptvertrages das Nachsehen hatten) und Allgemeininteressen (z.B. einer effizient[er]en Bestechungsbekämpfung durch das Privatrecht) komplett zurückgedrängt würde. Dies wirft die grundsätzliche Frage auf, inwieweit Dritt- und Allgemeininteressen im Privatrecht berücksichtigt werden können.

Vorauszuschicken ist, dass eine absolute Nichtigkeit des Hauptvertrages der Interessenlage des Geschäftsherrn nicht immer entspricht und die Rechtsfolge somit aus dessen Sicht überschüssend ist. In der Praxis ist der Geschäftsherr unter Umständen auf den Hauptvertrag angewiesen (z.B. um Kosten oder Termenschwierigkeiten durch die Notwendigkeit des Abschlusses eines neuen Hauptvertrages zu vermeiden) bzw. der Hauptvertrag kann sich für ihn trotz der Bestechung als vorteilhaft erweisen (z.B. wenn der Beweggrund der Bestechung in der Beschleunigung des Vertragsabschlusses oder in der Sicherung des Stichentscheides im Falle mehrerer gleichwertiger Offerten liegt und nicht darin, für einen für den Geschäftsherrn suboptimalen Vertrag den Zuschlag zu erhalten).¹⁸⁵

Aussagekräftig sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen von FRANZ BYDLINSKI¹⁸⁶ zur «*schwachen Fassung*» des von ihm herausgearbeiteten *Prinzips der relativen (zweiseitigen) Rechtfertigung*, das ein elementares Strukturprinzip des Privatrechts darstellt, auf welches das Bundesgericht im

¹⁸³ Siehe oben Ziff. III/B bei Fn. 103 im Text.

¹⁸⁴ Zur Anordnung *de lege ferenda* bereits oben Ziff. IV/A.

¹⁸⁵ Siehe auch MEYER (Fn. 124), 241.

¹⁸⁶ FRANZ BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien/New York 1996 (zit.: *System und Prinzipien*), 92 ff.; bereits früher kürzer in DERS., *Fundamentale Rechtsgrundsätze, Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät*, Wien/New York 1988, 307 f.; seither DERS., *Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht*, in: Peter Apathy/Raimund Bollenberger/Peter Bydlinski/Gert Iro/Ernst Kerner/Martin Karollus (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, Wien 2010 (zit.: *FS Koziol*), 1355 ff.

Klärschlammfall Bezug nimmt (dazu sogleich noch) und das auch in der Schweizer Lehre¹⁸⁷ Zustimmung findet.

Ausgangspunkt des Prinzips der relativen Rechtfertigung ist die Überlegung, dass privatrechtliche Normen immer das Verhältnis zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten betreffen, die *gleichwertig* und daher *gleichberechtigt* sind.¹⁸⁸ Im Privatrecht gilt daher durchwegs, «dass sich jede Normierung (mindestens auch) unmittelbar zwischen tatbestandlich näher angegebenen Personen auswirkt; dass jede Zuteilung von Rechten, Vorteilen oder Chancen an bestimmte Subjekte (mindestens auch) *unmittelbar* Pflichten, Lasten oder Risiken für bestimmte andere, gleichwertige Subjekte bedeutet».¹⁸⁹ Daraus ergibt sich nach BYDLINSKI das Prinzip der relativen (zweiseitigen) Rechtfertigung im Privatrecht, wonach «*nicht nur zu begründen [ist], warum einem Normadressaten an sich eine günstige, einem anderen aber eine nachteilige Rechtsfolge zugeordnet wird, sondern auch, warum dies gerade im Verhältnis dieser beiden zueinander erfolgt; warum ein bestimmtes Subjekt also gerade gegenüber einem bestimmten anderen Subjekt Rechte bzw. Pflichten, Chancen oder Risiken erhalten soll*».¹⁹⁰ Daraus folgt, dass eine «absolute», einseitige, nur auf ein Subjekt bezogene Argumentation ..., mag sie in gewisser Beziehung noch so stark sein, eine privatrechtliche Normierung allein nie rechtfertigen [kann]».¹⁹¹

Unter der Überschrift «*Schwache Fassung des Prinzips*» hält BYDLINSKI fest, dass sich auch das «klassische» Privatrecht nicht nur um die normative Rechtfertigung im individuellen Verhältnis der Normadressaten selbst kümmert, sondern dass sich manche Normen und Rechtsinstitute des Privatrechts nur vollständig begründen lassen, wenn man «auch die Interessen bloss mittelbar Normbetroffener bis hin zur Beachtung des gesellschaftlichen Gesamtzustandes mit ins Auge fasst».¹⁹² Allerdings ist – so BYDLINSKI – zu beachten, «*dass die Berücksichtigung der Interessen desjenigen Beteiligten, dem auch Dritt- und Allgemeininteressen entgegenstehen, bei der Normierung (durch entsprechende Tatbestandsbildung oder durch Statuierung von Ausnahmen oder Gegenrechten in einer eigenen Norm) doch soweit reichen muss, dass er weiterhin noch als eigenständiges und gleichwertiges Subjekt respektiert er-*

¹⁸⁷ Siehe etwa HANS PETER WALTER, *Recht und Rechtfertigung, Zur Problematik einseitigen Privatrechts*, in: Pierre Tercier (Hrsg.), *Gauchs Welt – Recht, Vertragsrecht und Baurecht*, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, 301, 302 ff.

¹⁸⁸ F. BYDLINSKI, *System und Prinzipien* (Fn. 186), 93; DERS., *FS Koziol* (Fn. 186), 1356.

¹⁸⁹ F. BYDLINSKI, *System und Prinzipien* (Fn. 186), 93.

¹⁹⁰ *Ibid.*, 93 (Kursivschrift hinzugefügt).

¹⁹¹ *Ibid.*, 93 f.

¹⁹² *Ibid.*, 95.

scheint».¹⁹³ BYDLINSKI sieht darin eine «Bremse», ohne welche die positive Rechtsetzung «allzu leicht jede rationale Kontrolle zu verlieren [droht]».¹⁹⁴

Folgerichtig hält das Bundesgericht im *Klärschlammfall* zu den verschiedenen Funktionen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts deutlich fest, dass die pönale Sanktionsfunktion gegenüber Korruption primär dem Strafrecht (und, soweit es sich um Amtsträgerbestechung handelt, dem Recht des öffentlichen Dienstes) zukommt. Das Privatrecht – so das Bundesgericht weiter – «greift nur insoweit ein, als es die Lösung der betroffenen Partei von einem makelbehafteten Vertrag erlaubt und Anspruch auf Ausgleich rechtswidrig oder rechtlos bewirkter Vermögenseinbussen, Vermögenszugänge und Vermögensverschiebungen gibt. Diese Ansprüche aber haben eine Ausgleichs- und keine Privilegierungs- oder Diskriminierungsfunktion. Das Privatrecht gründet insoweit auf dem Prinzip der relativen zweiseitigen Rechtfertigung, was ausserhalb klarer gesetzlicher Anordnungen oder vertraglicher Regelung (z.B. Konventionalstrafe) keine privatrechtlichen Sanktionen gegenüber einer Partei zulässt, denen keine Ausgleichsfunktion auf der andern Seite zukommt».¹⁹⁵

Bei einer gesetzlichen Anordnung der absoluten Nichtigkeit für Hauptverträge, die infolge einer Bestechung abgeschlossen werden, ginge es ausschliesslich um Dritt- und Allgemeininteressen, wohingegen das allfällige Interesse des Geschäftsherrn am Hauptvertrag stets unberücksichtigt bliebe. Mit Verweis auf die oben dargestellten Überlegungen BYDLINSKIS zur «schwachen Fassung» des Prinzips der beidseitigen Rechtfertigung muss daher eine solche Regelung im Privatrecht klar abgelehnt werden. Eine entsprechende Sanktion über das öffentliche Recht (Strafrecht), etwa indem der Bereich der geschützten Rechtsgüter auf Hauptverträge ausgedehnt würde, sodass die Hauptverträge widerrechtlich und somit nichtig i.S. von Art. 19/20 OR wären, wäre schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil selbst im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, z.B. im Anwendungsbereich des BöB, (zu Recht) nicht die Nichtigkeit von Verträgen, die in Verletzung der Verfahrens- und Vergaberegeln abgeschlossen wurden, angeordnet, sondern den Konkurrenten gegenüber dem Auftraggeber ein Schadenersatzanspruch eingeräumt wird.¹⁹⁶

¹⁹³ Ibid., 96 (Kursivschrift hinzugefügt).

¹⁹⁴ Ibid., 97.

¹⁹⁵ BGE 129 III 320, 330 f. E. 7.2, m.V. auf F. BYDLINSKI, System und Prinzipien (Fn. 186), 92 ff. (im Zusammenhang mit der Frage, ob der bestechende Vertragspartner bei der *ex nunc*-Auflösung des Hauptvertrages [eines Dauerschuldverhältnisses] auch die Gewinnmarge des vereinbarten Entgelts [das *in casu* durch die Bestechung nicht beeinflusst wurde] behalten darf, obwohl dieser Gewinn nur wegen der Bestechung, also aufgrund einer strafbaren Handlung, erzielt werden konnte).

¹⁹⁶ Siehe oben Ziff. III/B bei Fn. 104 im Text.

Eine ganz andere Frage wäre schliesslich noch, ob und inwieweit die Anordnung einer absoluten Nichtigkeit die Korruptionsbekämpfung effektiver machen würde. Werden die Interessen des Geschäftsherrn am Hauptvertrag nicht berücksichtigt, hätte dieser (abgesehen vom drohenden Reputationsverlust) einen weiteren Grund, eine von ihm entdeckte Bestechung nicht publik zu machen, um den Hauptvertrag nicht zu gefährden. Auch für eine strafrechtliche Verfolgung der Privatbestechung von Amtes wegen, wie sie seit dem 1.7.2016 mit Ausnahme der leichten Fälle, die weiterhin nur auf Antrag verfolgt werden, gilt,¹⁹⁷ ist erforderlich, dass zuerst einmal Bestechungsindizien für die Strafverfolgungsbehörden zutage treten. Die überschüssende privatrechtliche Sanktion hätte daher eher eine zusätzliche Erschwerung der Strafverfolgung im Bereich der Privatbestechung zur Folge.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Art. 322^{octies} Abs. 2 und Art. 322^{novies} Abs. 2 StGB.

¹⁹⁸ Ähnlich SCHLÜTER/NELL (Fn. 146), 226 ff., insb. 226 und 229.

Gefahrensatz – Ding oder Unding?

Klärung und Erklärung einer Rechtsfigur

FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/RAPHAEL MÄRKI/CHIARA IMELDA WIRZ*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	437
II.	Gefahrensatz	439
	A. Warum der Gefahrensatz?	439
	B. Gefahr im Sinne des Gefahrensatzes	440
	C. Gefährlicher Zustand	441
	D. Haftungsbegründend: Unterlassung gebotener Massnahmen	442
	E. Ergreifung gebotener Massnahmen – Rechtspflicht?	443
III.	Haftpflichtrechtliche Bedeutung des Gefahrensatzes.....	446
	A. Widerrechtlichkeit	446
	1. Schaffung eines gefährlichen Zustandes	446
	2. Unterlassung von Schutzmassnahmen	447
	B. Kausalzusammenhang	450
	C. Verschulden.....	452
IV.	Fazit.....	455

I. Einleitung

Eine der Eigentümlichkeiten des schweizerischen Gesetzesrechts liegt darin, dass die Gesetzesnormen typischerweise kurz und bündig und äusserst generell-abstrakt formuliert sind. Ein Paradebeispiel dafür ist Art. 41 Abs. 1 OR, die «Mutter» aller Haftpflichtrechtsnormen im schweizerischen Deliktsrecht. Auf dessen kurzen Wortlaut – «*Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet*» – baut das gesamte Deliktsrecht auf, dem die schweizerischen Gerichte seit rund hundert Jahren in unzähligen Urteilen Gestalt geben. Neben einer bisweilen sehr kreativen Auslegung des Art. 41 Abs. 1 OR haben die Gerichte

* Prof. Dr. iur. FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Rechtsanwalt, LL.M. (Harvard), ordentlicher Professor für Privatrecht, Direktor des Instituts für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Universität Bern; MLaw RAPHAEL MÄRKI, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Universität Bern; MLaw CHIARA IMELDA WIRZ, wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Institut für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Universität Bern.

auch *ungeschriebene Rechtsnormen* ins Leben gerufen, um Sachverhalte zu erfassen, die sich zwar nicht unter die traditionelle Haftpflicht stellen lassen, die aber aus rechtspolitischen Motiven Pflichten begründen sollen, deren Verletzung eine Haftung des Verantwortlichen zur Folge haben kann.

Eine solche Norm des ungeschriebenen Rechts ist der so genannte Gefahrensatz, der besagt, dass derjenige, der einen (erkennbaren) gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, die zur Vermeidung eines Schadens gebotenen Schutzmassnahmen¹ zu ergreifen hat.² Der Gefahrensatz, welcher in der Lehre als ein «*Fundamentalsatz der Rechtsordnung*»³ oder «*allgemein anerkannter Rechtssatz*»⁴ bezeichnet wird, beinhaltet unklare und unbestimmte Rechtsbegriffe und wirft überhaupt zahlreiche Fragen auf. Zum Beispiel: Was ist unter einem gefährlichen Zustand zu verstehen? Welches sind die zur Schadensvermeidung erforderlichen Sorgfaltsmassnahmen? Und besteht dafür, wie in der Formel des Bundesgerichts⁵ zu lesen ist, tatsächlich eine Pflicht? – eine Frage, mit welcher sich auch THOMAS KOLLER und MATTHIAS REY in ihrem Aufsatz «*Vom «Neminem laedere» zur «Licence to kill?»*» befasst haben.⁶

Das Dogma des Gefahrensatzes ist von Kontroversen geprägt. In diesem Beitrag geht es um das Erklären und Verstehen des Gefahrensatzes als Rechtsfigur des Haftpflichtrechts.⁷ Dabei wird auch die Frage nicht gescheut: Braucht es den Gefahrensatz im Haftpflichtrecht überhaupt?

¹ Teilweise wird statt von Schutzmassnahmen von Vorsichtsmassnahmen gesprochen. Gemeint ist dasselbe.

² BGE 82 II 25 E. 1 S. 28; 116 Ia 162 E. 2c S. 169; 124 III 297 E. 5b S. 300; 126 III 113 E. 2a S. 115; 130 III 193 E. 2.2 S. 195.

³ Der Begriff stammt von KARL OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975, S. 88; vgl. auch HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, N 899; PIERRE WIDMER, Gefahren des Gefahrensatzes. Zur Problematik einer allgemeinen Gefährdungshaftung im italienischen und schweizerischen Recht, in: ZBJV (106), 1970, S. 289–323, S. 305.

⁴ BGE 82 II 25 E. 1 S. 28; WIDMER (Fn. 3), S. 305.

⁵ Im Urteil des BGer 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b spricht das Bundesgericht von «*Handlungspflicht*».

⁶ THOMAS KOLLER/MATTHIAS REY, Vom «*Neminem laedere*» zur «*Licence to kill*»? in: plädoyer 4/2006, S. 32–37, S. 37.

⁷ Siehe BGE 121 IV 10 ff. für eine Anwendung des Gefahrensatzes im Strafrecht.

II. Gefahrensatz

A. Warum der Gefahrensatz?

Die Antwort auf die Frage, warum der Gefahrensatz, ist in der unaufhaltsamen Entwicklung der Technik und der zunehmenden Verdichtung der menschlichen Lebensräume infolge des ungebremsten Bevölkerungswachstums zu suchen. Beides – der technische Fortschritt und die Bevölkerungsexplosion – führt unweigerlich zu neuen Gefahren und Risiken, die vom Menschen nicht beherrschbar sind, und zu einer steigenden Schädigungswahrscheinlichkeit.⁸ MANUEL JAUN spricht in diesem Zusammenhang von einer *«nahezu unüberblickbare[n] Vielfalt von Gefahren für die physische und psychische Integrität des Einzelnen»*⁹ und kritisiert, dass sich der Gesetzgeber den aus diesen Entwicklungen herrührenden neuen Haftungsbedürfnissen nur punktuell und ohne einheitliche Handhabe angenommen habe. Es entspricht beinahe schon der Tradition, dass der Gesetzgeber auf neue Gefahren und Risiken mit neuen Kausalhaftungstatbeständen reagiert.¹⁰ Auf das Verschulden des Haftpflichtigen soll es dabei nicht ankommen, sondern nur darauf, dass er für die Verwirklichung einer ihm zuzurechnenden Gefahr einzustehen hat.¹¹ Gesetzliche Gefährdungshaftungen knüpfen üblicherweise an bestimmte Vorrichtungen, Zustände oder Tätigkeiten an, von denen erfahrungsgemäss eine besondere Gefährdung für Personen und Sachen ausgeht. Paradebeispiele dafür sind die Fahrzeughalterhaftung nach Art. 58 SVG, die Haftung des Eisenbahnunternehmers nach Art. 40b EBG oder die Haftung des Inhabers von umweltgefährdenden Betrieben oder Anlagen nach Art. 59a USG.¹²

Die Gefahren dieser Welt lassen sich wegen ihrer Vielfalt und ihrer ständig neuen Erscheinungsformen nicht lückenlos in das spezialgesetzliche Gefährdungshaftungsrecht einordnen. Wo kein Gefährdungshaftungstatbestand auf eine verwirklichte Gefahr passt, bleibt haftpflichtrechtlich meist nur noch die

⁸ Vgl. MANUEL JAUN, Der Gefahrensatz – Gefahr oder Chance?, in: ZBJV (139), 2003, S. 141–179, S. 142 f.; MICHAEL BÜTLER, Gefahrensatz und Verkehrssicherungspflichten im Bergrecht, in: Barbara Klett (Hrsg.), Haftung am Berg 2013, HAVE 2013, S. 35–71, S. 36.

⁹ Siehe JAUN (Fn. 8), S. 142 f.

¹⁰ Allein im Bereich des Gesundheitsrechts haben sich die spezialgesetzlichen Haftungstatbestände in den letzten Jahren vervielfacht (vgl. beispielsweise Art. 63 ff. EpG, Art. 19 f. HFG und Art. 80 HMG).

¹¹ Vgl. WIDMER (Fn. 3), S. 295.

¹² REY/WILDHABER (Fn. 3), N 1500 ff.; weitere Tatbestände bei WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012, N 28.

Deliktshaftung nach Art. 41 OR.¹³ An dieser Stelle tritt der Gefahrensatz, seinem Wortlaut nach die passende Formel «für Gefahrenlagen aller Art»¹⁴, als Haftungsgrundlage in Erscheinung.¹⁵ Der Gefahrensatz dient der Ergänzung der «de lege lata nach wie vor nur kasuistisch statuierten Gefährdungshaftungstatbestände»¹⁶ und ermöglicht sozusagen eine geordnete Lückenfüllung im Gefährdungshaftpflichtrecht – bis zur Schaffung eines passenden spezialgesetzlichen Haftungstatbestandes. In diesem Sinne hält auch MANUEL JAUN fest, dass der Gefahrensatz in besonderem Masse geeignet sei, um Lücken des Haftungssystems zu Sach- und Betriebsgefahren zu beseitigen.¹⁷ Bloss: Stimmt das?

B. Gefahr im Sinne des Gefahrensatzes

Der Gefahrensatz knüpft an das Vorliegen eines *gefährlichen Zustandes* an. Nur, was ist «Gefahr»?¹⁸ Gemäss Duden wird Gefahr definiert als «Möglichkeit, dass jemandem etwas zustößt, dass ein Schaden eintritt; drohendes Unheil»¹⁹. Ist nicht beinahe jeder erdenkliche Zustand und jede erdenkliche Tätigkeit potentiell gefährlich und damit potentiell für jene Person, welcher dieser Zustand oder diese Tätigkeit zugerechnet wird, haftungsbegründend? Oder darf erst dann von Gefahr im Sinne des Gefahrensatzes gesprochen werden, wenn eine bestimmte Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich eine mit einem Zustand oder einer Tätigkeit zusammenhängende Gefahr verwirklicht?²⁰ In der Lehre wird der Gefahrschaffung als Haftungsgrundlage kritisch begegnet, weil einerseits jedem Schadenseintritt notwendigerweise eine (verwirklichte) Gefahr vorausgeht und andererseits die notwendige Abgrenzung von haftpflichtrechtlich relevanten (und haftungsbegründenden) Gefahren

¹³ BERNHARD BERGER, Abschied vom Gefahrensatz?, in: recht 1999, S. 104–110, S. 104; JAUN (Fn. 8), S. 142.

¹⁴ JAUN (Fn. 8), S. 142.

¹⁵ WIDMER (Fn. 3), S. 306, der sich in Bezug auf die damit einhergehende präjudizierte Schuldfrage kritisch zeigt.

¹⁶ BERGER (Fn. 13), S. 110.

¹⁷ MANUEL JAUN, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung. Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bern 2007, S. 25.

¹⁸ JAUN (Fn. 8), S. 154 f., erblickt im Fehlen einer präzisen Umschreibung der Gefahr eine der Hauptschwächen des Gefahrensatzes.

¹⁹ www.duden.de/rechtschreibung/Gefahr (besucht am 4. Juni 2018).

²⁰ KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht. Besonderer Teil, Bd. II/1: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Aufl., Zürich 1987 (zit. OFTINGER/STARK, Bd. II/1), Bd. II/1, § 16 N 28; vgl. zum Gefahrensatz auch DIES., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995 (zit. OFTINGER/STARK, Bd. I), Bd. I, § 3 N 54 ff. und § 4 N 44.

und haftpflichtrechtlich nicht relevanten Gefahren fehlt.²¹ Bisherige Versuche, aus den Gefahren auf abstrakte Weise *«besondere»* oder *«erhöhte»* Gefahren für eine Rechtsgutverletzung herauszufiltern, haben sich als nicht zielführend erwiesen.²² Es bleibt also nichts anderes übrig, als es den Gerichten zu überlassen, zu bestimmen, ob in einem konkreten Fall ein gefährlicher Zustand bestand, der nach Massnahmen zur Vermeidung der Gefahrverwirklichung rief. Die Lehre nennt als gefährliche Zustände namentlich Schächte, Bergbahnen und Skipisten, Öffnungen in Fusswegen oder Strassen, Treppen, Sprungtürme, fehlerhafte Produkte und Behälter mit giftigen oder explosiven Stoffen.²³

C. Gefährlicher Zustand

Im Gefahrensatz ist von einem gefährlichen Zustand die Rede, der geschaffen oder aufrechterhalten wird. Nach MANUEL JAUN ist damit gemeint, dass die Gefahr im Sinne des Gefahrensatzes nicht von (gefährlichem) Verhalten von Menschen ausgeht, sondern von einem *«Objekt»*: Es muss sich *«um ein Objekt handeln, das als solches geeignet ist, aus sich heraus einen Schaden zu verursachen»*²⁴. MANUEL JAUN stellt dabei klar, dass es beim Gefahrensatz nur um die Gefahr gehen kann, die in der dem *«(wie auch immer beschaffenen) Objekt innewohnende[n] Möglichkeit [liegt], jemandem unabhängig von einem menschlichen Dazutun Schaden zuzufügen»*²⁵. Diese Betrachtungsweise scheint zu eng zu sein, denn Objekte schaffen meistens erst dann einen gefährlichen Zustand, wenn sie vom Menschen bedient oder genutzt werden.²⁶ Das gilt regelmässig auch für Objekte, denen MANUEL JAUN die Eigenschaft des (eigendynamischen) *«Aus-sich-heraus-Schädigens»* zuschreibt, wie das auf *«giftige, ätzende, feuergefährliche, explosive und ähnliche Stoffe, Atomkraft und ionisierende Strahlen, Staudämme, motorenbetriebene Boden-*

²¹ JAUN (Fn. 8), S. 154 f.; vgl. OFTINGER/STARK (Fn. 20), Bd. II/1, § 16 N 27.

²² Vgl. OFTINGER/STARK (Fn. 20), Bd. II/1, § 16 N 28; ebenso JAUN (Fn. 8), S. 155.

²³ Siehe BÜTLER (Fn. 8), S. 37 f.; HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, § 4 N 33, jeweils m.w.H.

²⁴ JAUN (Fn. 8), S. 156.

²⁵ JAUN (Fn. 8), S. 156.

²⁶ Das sieht auch JAUN, (Fn. 8), S. 156 Fn. 50, der den gefährlichen Zustand auch in bestimmten Organisationsformen erblickt, *«in deren Rahmen und Struktur sich menschliche Aktivität auf Veranlassung und unter der Leitung eines Dritten entfaltet (z.B. ein Geschäftsbetrieb oder eine Veranstaltung). Die Gefahr, die hier dem Verkehr droht, besteht darin, dass solche Aktivität in dem Masse, wie sie von der betreffenden Organisation fremdbestimmt wird, auch organisationsbedingt fehlgesteuert werden kann, Organisationsmängel mit andern Worten ursächlich werden können für ein schädigendes Fehlverhalten der geleiteten Personen»*.

Wasser- und Luftfahrzeuge, überhaupt Maschinen aller Art [...], aber auch Tiere und anderes mehr»²⁷ zutrifft. Richtig ist dagegen, dass der Gefahrensatz nicht an das menschliche Verhalten als Ursache eines Schadens anknüpft, sondern an eine (menschgemachte) Gefahrenquelle – etwa ein Gegenstand, eine Anlage oder Einrichtung – mit Schädigungspotential.²⁸

D. Haftungsbegründend: Unterlassung gebotener Massnahmen

Der Gefahrensatz selbst macht deutlich: Nicht die Schaffung oder Unterhaltung eines gefährlichen Zustandes durch einen Menschen stellt das haftungsbegründende Moment dar, sondern die Unterlassung der gebotenen Massnahmen zur Schadensverhütung. Das ist bei den gesetzlich normierten Gefährdungshaftungen anders. Dort genügt bereits die Gefahr, die vom gesetzlich definierten Zustand (z.B. Betrieb eines Motorfahrzeuges) ausgeht, damit im Schadenfall eine Haftung greift. Bei der gesetzlichen Gefährdungshaftung tritt mit anderen Worten an die Stelle dessen, was in der gewöhnlichen Verschuldenshaftung die unerlaubte Handlung ist, die geschaffene oder unterhaltene Gefahr, welche derjenigen Person zugerechnet wird, die im Gesetz dafür bezeichnet ist (z.B. Motorfahrzeughalter). Dementsprechend bleibt der Gefahrensatz im Anwendungsbereich gesetzlicher Gefährdungstatbestände von vornherein aussen vor.²⁹ Seine Bedeutung für das Haftpflichtrecht erlangt der Gefahrensatz somit nur (aber immer) dort, wo ein gefährlicher Zustand nicht spezialgesetzlich eine Gefährdungshaftung auslöst, wenn er einen Schaden verursacht.

Von der unerlaubten (widerrechtlichen) Handlung, welche nach Art. 41 Abs. 1 OR die Deliktshaftung begründet, unterscheidet sich die erlaubte Schaffung oder Unterhaltung eines gefährlichen Zustandes darin, dass sie nicht unerlaubt ist, also nicht gegen objektives Recht verstösst. Führt die Verwirklichung der Gefahr zu einem Schaden, bedeutet das allein noch keine Haftung. Erst die Unterlassung der im konkreten Fall gebotenen Massnahmen zur Vermeidung der Gefahrverwirklichung vermag eine Haftung auszulösen.³⁰ Haftpflichtig wird also, wer einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält und dabei die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Schutzmassnahmen unterlässt. In dieser Unterlassung liegt nach bundesge-

²⁷ Siehe JAUN (Fn. 8), S. 157.

²⁸ BÜTLER (Fn. 8), S. 38; JAUN (Fn. 8), S. 153.

²⁹ Vgl. Urteil des BGer 4A_83/2015 vom 15. Juni 2015 E. 4.1.

³⁰ Richtig FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 12), N 580.

richtlicher Auffassung auch die Widerrechtlichkeit (Einzelheiten dazu unter III. A. S. 446 ff.).³¹

In der Literatur wird die Pflicht (dazu sogleich II. E., S. 443 ff.) des Gefahrverantwortlichen, die möglichen und zumutbaren Schutzmassnahmen zur Schadensverhütung zu ergreifen, auch Verkehrssicherungspflicht genannt.³² Auch das Bundesgericht verwendet diese Bezeichnung, insbesondere für die Pflicht der Bergbahn- und Skiliftunternehmen, welche Pisten erstellen und diese für den Skilauf öffnen, die zur Gefahrenabwehr zumutbaren Vorsichts- und Schutzmassnahmen vorzukehren.³³ Sie haben namentlich dafür zu sorgen, dass Pistenbenützer vor nicht ohne weiteres erkennbaren, sich als eigentliche Fallen erweisende Gefahren geschützt werden. Weiter ist dafür zu sorgen, dass Pistenbenützer vor Gefahren bewahrt werden, die selbst bei vorsichtigem Fahrverhalten nicht vermieden werden können.³⁴ Verkehrssicherungspflichten hat das Bundesgericht auch für Betreiber von Sprungturmanlagen³⁵ sowie Grundeigentümer von Bauwerkerrichtungen³⁶ präzisiert.

E. Ergreifung gebotener Massnahmen – Rechtspflicht?

Gemäss dem Gefahrensatz hat derjenige, der einen (erkennbar) gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Schutzmassnahmen zu treffen. Rechtsprechung und Lehre sprechen in diesem Zusammenhang von der Verkehrssicherungspflicht des Gefahrverantwortlichen (dazu schon oben II. D., S. 442 f.) und leiten diese aus Gesetz, aus anerkannten Branchenregeln privater oder halbstaatlicher Organisationen,³⁷ aber auch aus Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB ab.³⁸ Welche Ver-

³¹ BGE 126 III 113 E. 2a S. 114 f.

³² BK-BREHM, Art. 41 OR N 44a; BÜTLER (Fn. 8), S. 36 und 45, m.w.H.; JAUN (Fn. 8), S. 159 ff.; REY/WILDHABER (Fn. 3), N 903. Zum Begriff der Verkehrssicherungspflichten siehe KURT J. FURGLER, Die Verkehrssicherungspflicht im schweizerischen Haftpflichtrecht, Diss. Freiburg 1978, S. 16 ff. und 58 f.

³³ BGE 130 III 193 E. 2.2 und 2.3 S. 195 ff.; Urteil des BGer 4A_206/2014 vom 18. September 2014 E. 3.2; vgl. auch Urteil des BGer 4A_22/2008 vom 10. April 2008 E. 15.1: «Eine Verkehrssicherungspflicht kann sich als vertragliche Nebenpflicht aus einem Vertrag zwischen dem Betreiber und dem Nutzer einer Anlage ergeben, kann aber auch eine Grundlage im Deliktsrecht haben und ergibt sich aus der allgemeinen Schutzpflicht dessen, der einen Zustand schafft, aus dem angesichts der erkennbaren konkreten Umstände ein Schaden entstehen könnte».

³⁴ Urteil des BGer 4A_489/2014 vom 20. Februar 2015 E. 5.1.

³⁵ BGE 123 III 306 ff.

³⁶ Urteil des BGer 4C.296/1999 vom 28. Januar 2000 E. 2b.

³⁷ Urteile des BGer 6B_659/2008 vom 25. November 2008 E. 2.2 («Richtlinien für Anlage, Betrieb und Unterhalt von Schneesportabfahrten» der Schweizerischen Kommission für Unfallverhütung auf Schneesportabfahrten [SKUS-Richtlinien]); 6B_965/2008 vom

kehrssicherungspflicht den Gefahrverantwortlichen im Einzelfall trifft, hängt von der Wahrscheinlichkeit und der Schwere des drohenden Schadens ab. Ausserdem setzt die Zumutbarkeit der Verkehrssicherungspflicht des Gefahrverantwortlichen Grenzen.³⁹ Fraglich ist, ob der Gefahrensatz eine Rechtspflicht zur Vornahme solcher Massnahmen begründet, welche sozusagen präventiv (gerichtlich) erzwungen werden kann, oder bloss die Sorgfalt des Gefahrverantwortlichen (abstrakt) umschreibt, deren Verletzung zu einer Haftung führen kann. Das Bundesgericht spricht jedenfalls von einer Handlungspflicht⁴⁰ und führt aus, dass «[c]ette obligation [...] résulte directement du devoir général de respecter le droit à la vie et à l'intégrité corporelle, en tant que droit absolu»⁴¹.

In der Literatur wird diese Frage vorwiegend im Zusammenhang mit einer möglichen gesetzlichen Pflicht zum Rückruf von Produkten diskutiert.⁴² THOMAS KOLLER und MATTHIAS REY sehen mit der herrschenden Lehre⁴³ den Gefahrensatz im Privatrecht nur dann ernst genommen, wenn eine grundsätzliche Pflicht zur Produktbeobachtung und zur Wahrung vor oder zur Behebung von nachträglich erkannten oder erkennbaren Sicherheitsmängeln anerkannt werde.⁴⁴ In diesem Sinne sei von einer Handlungspflicht zu spre-

28. Oktober 2009 E. 4.4.1 (Sicherheitsregeln des Schweizerischen Unterwasser-Sport-Verbandes).

³⁸ Vgl. REY/WILDHABER (Fn. 3), N 903.

³⁹ Vgl. z.B. Urteile des BGer 4A_520/2007 vom 31. März 2008 E. 2.2; 4C.296/1999 vom 28. Januar 2000 E. 2b.

⁴⁰ Urteile des BGer 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b; 4A_104/2012 vom 3. August 2012 E. 2.1; BGE 126 III 113 E. 2a/aa S. 115: «Selon une jurisprudence déjà ancienne, celui qui a créé un état de fait dangereux doit prendre les mesures de précaution commandées par les circonstances pour éviter la survenance d'un accident. Cette obligation [...]». Vgl. ferner den strafrechtlichen BGE 121 IV 10 E. 3a S. 15: «Wer ein technisches Gerät wie die in Frage stehende Hebebühne anpreist und in Verkehr bringt, hat dafür zu sorgen, dass bei dessen Verwendung Leben und Gesundheit nicht gefährdet werden. Diese Verpflichtung ergibt sich aus dem allgemeinen Gefahrensatz [...]».

⁴¹ BGE 126 III 113 E. 2a/aa S. 115; vgl. auch BGer Urteil 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b: «[...] eine Handlungspflicht für denjenigen, der den gefährlichen Zustand geschaffen oder sonst in einer rechtlich verbindlichen Weise zu vertreten hat».

⁴² Vgl. z.B. MAREIKE SCHMIDT, Produktrückruf und Regress, Diss. Basel, Tübingen 2013, S. 24 ff.; EUGÉNIE HOLLIGER-HAGMANN, Die Verantwortung für die Produktsicherheit, in: HAVE 2007, S. 305–309, S. 305 ff.; ANDREA HAEFELI/ARNOLD RUSCH, Klagen gegen Fahrzeughersteller – vom kastenförmigen Range Rover und von fehlenden Airbags, in: HAVE 2014, S. 370–375, S. 375.

⁴³ Vgl. THOMAS RÖTHLISBERGER, Zivilrechtliche Produktbeobachtungs-, Warn- und Rückrufflichten der Hersteller. Unter Berücksichtigung wettbewerbs- und versicherungsrechtlicher Aspekte, Diss. Basel 2003, S. 151; THEODOR BÜHLER, Ist Schadensprävention kein Thema für das Schweizerische Haftpflichtrecht?, in: Festschrift Heinz Rey, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 197–206, S. 205; HAEFELI/RUSCH (Fn. 42), S. 375.

⁴⁴ KOLLER/REY (Fn. 6), S. 36.

chen, nicht bloss von einer Obliegenheit.⁴⁵ Trotzdem muss dem Grundsatz nach die Ableitung einer echten Rechtspflicht zur Vornahme von Schutzmassnahmen, die sich klageweise durchsetzen und erzwingen lässt, aus dem Gefahrensatz verneint werden. Denn die blossе, an sich erlaubte Schaffung einer (abstrakten) Gefahr kann nicht ausreichen, um die Aktivlegitimation eines jeden potentiell Betroffenen zur Klage auf Beseitigung oder Minimierung der Gefahr mittels Massnahmen zu begründen. Anders verhält es sich freilich in Bezug auf Gefährdungen, die das Gesetz verpönt und gegen welche es präventive Abwehrklagen zulässt, die eine konkrete Gefährdung eines bestimmten Rechtsgutes voraussetzen und darauf gerichtet sind, die drohende Rechtsverletzung zu verbieten.⁴⁶ Diese Abwehrklagen stützen sich aber nicht auf den Gefahrensatz, sondern auf gesetzliche Klagerechte.⁴⁷ Es gibt also keine einklagbare und durchsetzbare Gefahrbeseitigungspflicht des Gefahrverantwortlichen, die auf dem Deliktsrecht beruht.⁴⁸

Der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass eine potentiell gefährdete Person, welche die Gefahr mit eigenen Massnahmen abwendet, sich die Kosten dieser Schutzmassnahmen nicht zu ersetzen lassen vermag. Art. 41 Abs. 1 OR bildet nach dem Bundesgericht keine genügende Grundlage, um die Kosten einer präventiven Schadenabwehr auf einen Dritten zu überwälzen.⁴⁹

⁴⁵ A.M. sind OFTINGER/STARK (Fn. 20), Bd. II/1, § 16 N 30 Fn. 40, wonach keine rechtliche Pflicht zum Handeln bestehe, sondern nur eine Obliegenheit. Eine Rechtspflicht liege deshalb nicht vor, weil nicht auf Unterlassung des gefährlichen Tuns oder auf die Beseitigung des gefährlichen Zustandes geklagt werden könne. Nach verbreitetem Verständnis entsteht allerdings bei der Verletzung einer Obliegenheit keine Schadenersatzpflicht (vgl. statt mancher PETER GAUCH/WALTER A. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 102).

⁴⁶ Die Abwehrklagen knüpfen in der Regel an eine künftige Schädigung oder Verletzung an, die nicht bloss möglich ist, sondern mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten wird.

⁴⁷ Z.B. Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB betreffend die drohende Verletzung der Persönlichkeit; weitere Abwehrklagen finden sich etwa in Art. 679 Abs. 1 ZGB, Art. 35 Abs. 1 lit. a DesG, Art. 55 MschG und Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG.

⁴⁸ RÖTHLISBERGER (Fn. 43), S. 153 und 181; vgl. auch BÜHLER (Fn. 43), S. 199 f. Dasselbe gilt übrigens auch im Vertragsrecht, da die Gefahrenabwendungspflicht als nicht selbständig einklagbare Nebenpflicht zu qualifizieren ist (vgl. INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 67.08 und 68.05; RÖTHLISBERGER [Fn. 43], S. 180; vgl. BGE 126 III 113 betreffend die Pflicht des Bergbahnunternehmens die Sicherheit der Liftbenutzer zu gewährleisten).

⁴⁹ BGE 117 II 259 E. 3 S. 269 f.; vgl. RÖTHLISBERGER (Fn. 43), S. 154.

III. Haftpflichtrechtliche Bedeutung des Gefahrensatzes

Das ausservertragliche Haftpflichtrecht beruht auf einer Generalklausel – Art. 41 Abs. 1 OR – und zahlreichen besonderen Haftungstatbeständen.⁵⁰ Daneben hat die Rechtsprechung richterrechtliche Haftungstatbestände geschaffen, um unerwünschte Lücken des gesetzlichen Haftpflichtrechts zu füllen. Solche Lücken bestehen dort, wo das Verhalten einer Person zwar wertungsmässig nach einer Haftung ruft, es sich aber unter keinen gesetzlichen Haftungstatbestand subsumieren lässt, weil mindestens ein Tatbestandselement nicht erfüllt ist.⁵¹ Hier interessiert die Frage, ob der Gefahrensatz überhaupt je die Bedeutung eines selbständigen Haftungstatbestands erlangen kann oder ob er nicht nur (aber immerhin) als Richtschnur bei der Behandlung der Tatbestandselemente der deliktischen Haftung zudient.

A. Widerrechtlichkeit

1. Schaffung eines gefährlichen Zustandes

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre liegt Art. 41 OR die objektive Widerrechtlichkeitstheorie zugrunde. Eine Schadenszufügung ist danach widerrechtlich, «*wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoß gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht)*»⁵². Zur Verdeutlichung: Die Widerrechtlichkeit ist bei einem reinen Vermögensschaden nur gegeben, wenn eine Verhaltensnorm verletzt wurde, deren Zweck darin besteht, den Geschädigten vor solchen Schäden zu

⁵⁰ Nach richtigem Verständnis besteht zwischen der Haftung des Art. 41 Abs. 1 OR und den besonderen gesetzlichen Kausal- und Gefährdungshaftungen Anspruchskonkurrenz (so v.a. FELLMANN/KOTTMANN [Fn. 12], N 12).

⁵¹ Illustrativ: BGE 142 III 84 E. 3.3 S. 88: «*Die Vertrauenshaftung ist zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt; sie wurde gestützt auf das der Culpa-Haftung zugrundeliegende, bestimmte gegenseitige Treuepflichten der Partner begründende Vertragsverhandlungsverhältnis aus der Überlegung heraus entwickelt, dass in wertungsmässig vergleichbaren Fällen der haftpflichtrechtliche Schutz ebenfalls nicht versagt bleiben darf*».

⁵² BGE 119 II 127 E. 3 S. 128; 139 V 176 E. 8.2 S. 188; 116 Ib 367 E. 4a S. 373 f.; aus der Lehre: PIERRE WIDMER/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, *Privatrechtliche Haftung*, in: Stephan Weber/Peter Münch (Hrsg.), *Haftung und Versicherung – Beraten und Prozessieren im Haftpflicht- und Versicherungsrecht*, 2. Aufl., Basel 2015, N 2.71; vgl. BSK OR I-KESSELER, Art. 41 N 31.

schützen.⁵³ Die Widerrechtlichkeit oder Rechtswidrigkeit soll im System des Haftpflichtrechts eine vernünftige Begrenzung der Haftung erreichen.⁵⁴

Nach der hier vertretenen Auffassung vermag der Gefahrensatz aus sich heraus nicht die Widerrechtlichkeit der Schaffung einer Gefahr zu begründen. Soweit die Schaffung einer Gefahr gesetzlich nicht untersagt ist (zu den Abwehrklagen siehe oben II. E., S. 445),⁵⁵ hat sie als erlaubt zu gelten.⁵⁶ Das erlaubte Schaffen einer Gefahr erfüllt aber das Tatbestandselement der «*unerlaubten Handlung*», mithin der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. 1 OR, nicht. In der erlaubten Schaffung einer Gefahr liegt mit anderen Worten kein Verhaltensunrecht im Sinne der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie.⁵⁷ Das gilt auch dann, wenn eine Gefahr für das Vermögen eines anderen geschaffen wurde und sich diese Gefahr realisiert: Das Vermögen als solches ist kein absolutes Rechtsgut, seine Schädigung für sich allein somit nicht widerrechtlich.⁵⁸ Verwirklicht sich dagegen die Gefährdung eines absoluten Rechtsgutes und führt sie zu einer Verletzung eines solchen Rechtsgutes, so ist unter Vorbehalt eines Rechtfertigungsgrundes Widerrechtlichkeit in der Form eines Erfolgsunrechts gegeben. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Gefahrensatz keine Bedeutung hat,⁵⁹ soweit es um die Begründung der Widerrechtlichkeit einer Handlung geht – jedenfalls solange das Bundesgericht der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie nachlebt.⁶⁰

2. *Unterlassung von Schutzmassnahmen*

Nach der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie bedeutet die Verletzung eines absoluten Rechtsgutes ohne weiteres Widerrechtlichkeit des Verhaltens, durch welches der Erfolg – eben die Rechtsgutverletzung – herbeigeführt wird.⁶¹ Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht keine

⁵³ WIDMER/KRAUSKOPF (Fn. 52), N 2.71; BERGER (Fn. 13), S. 107, je m.w.H.

⁵⁴ WIDMER/KRAUSKOPF (Fn. 52), N 2.69; FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 12), N 273.

⁵⁵ BÜHLER (Fn. 43), S. 199.

⁵⁶ Vgl. auch Urteil des BGer 4C.296/1999 vom 28. Januar 2000 E. 2b.

⁵⁷ Vermögensschädigungen ohne Rechtsgutsverletzung sind daher an und für sich nicht rechtswidrig; sie sind es nur, wenn sie auf ein Verhalten zurückgehen, das von der Rechtsordnung als solches, d.h. unabhängig von seiner Wirkung auf das Vermögen, verpönt wird. Vorausgesetzt wird, dass die verletzten Verhaltensnormen zum Schutz vor diesen Schädigungen dienen.

⁵⁸ Als Beispiel mag man sich das (erlaubte) Konkurrieren im wirtschaftlichen Wettbewerb vor Augen halten, in welchem der Gewinn an Marktanteilen des einen Konkurrenten dem anderen zum (wirtschaftlichen) Nachteil gereicht.

⁵⁹ BERGER (Fn. 13), S. 107.

⁶⁰ Kritisch FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 12), N 312 ff.

⁶¹ Urteile des BGer 4A_104/2012 vom 3. August 2012 E. 2.1; 4A_520/2007 vom 31. März 2008 E. 2.1; 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b.

allgemeine Rechtspflicht, im Interesse anderer tätig zu werden.⁶² Damit ist auch gesagt, dass die Unterlassung einer Handlung, welche die Schädigung eines anderen verhindert hätte, grundsätzlich erlaubt, also nicht widerrechtlich, ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine Pflicht zum Handeln besteht. Dann vermag die pflichtwidrige Unterlassung eine Haftung auszulösen,⁶³ wenn sie (die Handlungspflicht) *«das Interesse des Geschädigten verfolgt und sich aus einer Schutzvorschrift zu dessen Gunsten ergibt»*⁶⁴. Widerrechtlichkeit durch Unterlassen kann also von vornherein nur dort vorliegen, wo *«eine Schutznorm zu Gunsten des Geschädigten ein Handeln ausdrücklich verlangt»*⁶⁵. Eine solche Schutznorm kann sich aus dem objektiven (geschriebenen oder ungeschriebenen) Recht oder aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz ergeben.⁶⁶ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung löst sie eine Handlungspflicht aus, die sich aus einer *«Garantenstellung für den Geschädigten»*⁶⁷ bzw. aus einer *«Garantenpflicht für den Geschädigten»*⁶⁸ ableitet.⁶⁹ Diese Garantenstellung oder Garantenpflicht kann – so das Bundesgericht – *«lediglich durch rechtliche Vorschriften begründet werden»*⁷⁰.

Fraglich ist, ob der Gefahrensatz eine rechtliche Vorschrift ist, die eine Garantenstellung des Gefahrverantwortlichen und damit dessen haftpflichtrelevante Pflicht zur Ergreifung der erforderlichen Schutzmassnahmen begründet. Das Bundesgericht bejaht diese Frage jedenfalls dort, wo infolge der Unterlassung ein absolutes Rechtsgut verletzt wird: *«Steht ein absolutes Recht auf dem Spiel, so ergibt sich [...] nach einem ungeschriebenen Rechtsgrundsatz eine Handlungspflicht für denjenigen, der den gefährlichen Zustand geschaffen oder sonst in einer rechtlich verbindlichen Weise zu vertreten hat»*.⁷¹ Die-

⁶² Schön formuliert in Urteil des BGer 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 5.3, m.w.H.

⁶³ Urteil des BGer 4C.296/1999 vom 28. Januar 2000 E. 2b: *«Entsprechend vermag erst der Verstoss gegen eine Rechtspflicht zur Schadensverhütung die Widerrechtlichkeit zu begründen, nicht schon die Schaffung oder Duldung eines gefährlichen Zustandes»*.

⁶⁴ Urteil des BGer 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 5.3.

⁶⁵ Urteil des BGer 4A_104/2012 vom 3. August 2012 E. 2.1; vgl. auch Urteil des BGer 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b; BGE 118 Ib 473 E. 2a S. 477; 116 Ib 367 E. 4c S. 374; vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 12), N 345 ff.; BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 37.

⁶⁶ Urteil des BGer 4A_520/2007 vom 31. März 2008 E. 2.1, m.w.H.; BGE 116 Ib 367 E. 4c S. 374.

⁶⁷ Urteil des BGer 2A.212/2006 vom 9. Oktober 2006 E. 2.3.

⁶⁸ Urteil des BGer 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 5.3.

⁶⁹ Vgl. z.B. BGE 137 III 539 E. 5.1 S. 544 (Garantenstellung bei Gefälligkeiten); 123 II 577 E. 4d/ff S. 583 (Amtspflichtverletzung); Urteile des BGer 2C.4/1999 vom 3. Juli 2003 E. 8 (Aufsichtspflichtverletzung); 8C_510/2007 vom 3. Oktober 2008 E. 7.3.1 (Garantenpflicht nach Art. 48 Abs. 1 UVG).

⁷⁰ BGE 136 II 187 E. 4.2 S. 191.

⁷¹ Urteil des BGer 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b; anders noch BGE 124 III 297 E. 5b S. 300: *«Nicht geeignet ist der Gefahrensatz [...] demgegenüber zur Begründung der Widerrechtlichkeit einer Unterlassung»*.

se Rechtsprechung wurde bisher in mehreren Entscheiden bestätigt und praktiziert.⁷² Sie ist richtig: Denjenigen, der einen gefährlichen Zustand schafft oder sonst in einer rechtlich verbindlichen Weise zu vertreten hat, soll die Pflicht treffen, die zur Vermeidung der Verletzung eines absoluten Rechtsgutes erforderlichen und zumutbaren Schutzmassnahmen zu ergreifen. Somit ist der Gefahrensatz als aus Treu und Glauben hergeleiteter Rechtsgrundsatz geeignet, um die Verletzung einer Handlungspflicht und damit die Widerrechtlichkeit einer Unterlassung zu begründen.

Bleibt noch die Frage zu klären, ob eine auf Garantenstellung beruhende Handlungspflicht des Gefahrverantwortlichen auch dort besteht, wo (nur) ein reiner Vermögensschaden auf dem Spiel steht. In seiner früheren Rechtsprechung schien das Bundesgericht in einzelnen Entscheiden den Gefahrensatz auch dann als Schutznorm behandeln zu wollen, wenn die pflichtwidrige Unterlassung bloss einen reinen Vermögensschaden auslöst.⁷³ Später änderte es den Kurs und stellte in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre⁷⁴ fest: *«Der Gefahrensatz ist [...] nicht geeignet, bei reinen Vermögensschäden bei Fehlen einer spezifischen Schutznorm selbst eine Widerrechtlichkeit zu begründen»*.⁷⁵ Seither verneint das Bundesgericht die Eignung des Gefahrensatzes, um bei reinen Vermögensschäden die Widerrechtlichkeit einer Unterlassung zu begründen,⁷⁶ was in der Literatur mehrheitlich zustimmend aufgenommen wird.⁷⁷ Auch diese Rechtsprechung verdient Zustimmung. Ist die Schaffung oder Aufrechterhaltung eines für das Vermögen Dritter gefährlichen Zustandes erlaubt (oben III. A.1., S. 447), so vermag der Gefahrensatz eine fehlende Schutznorm, welche zum Schutze des Vermögens eine Handlungspflicht des Gefahrverantwortlichen vorsieht, nicht zu ersetzen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Bedeutung des Gefahrensatzes für die Widerrechtlichkeit darin liegt, dass er eine Garantenpflicht desjenigen be-

⁷² Vgl. z.B. Urteil des BGER 4A_520/2007 vom 31. März 2008 E. 2.1 und 2.2 (betreffend gefährliche Waldarbeiten).

⁷³ Z.B. BGE 116 Ia 162 E. 2c S. 169; 93 II 329 E. 5 S. 341.

⁷⁴ OFTINGER/STARK (Fn. 20), Bd. II/1, § 16 N 107; FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 12), N 581; BERGER (Fn. 13), S. 107, m.w.H. in Fn. 25; vgl. JAUN (Fn. 8), S. 141.

⁷⁵ Urteil des BGER 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b.

⁷⁶ Urteile des BGER 4A_104/2012 vom 3. August 2012 E. 2.1; 4A_520/2007 vom 31. März 2008 E. 2.1.

⁷⁷ Vgl. OFTINGER/STARK (Fn. 20), Bd. II/1, § 16 N 107 und Bd. I, § 4 N 44; MAX KELLER/SONJA GABI/KARIN GABI, *Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., Basel 2012, S. 43 und 51; BERGER (Fn. 13), S. 107 f.; REY/WILDHABER (Fn. 3), N 790; HEINZ RASCHEIN, *Die Widerrechtlichkeit im System des Schweizerischen Haftpflichtrechts*, Diss. Bern 1985, S. 240; vgl. aber auch FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, 3. Aufl., Bern 2017, N 354: *«Ce principe aurait pu remédier aux limites de la conception objective de l'illicéité [...] si le Tribunal fédéral avait accepté de l'appliquer là où le dommage ne résulte pas d'une atteinte à un droit absolu. Comprise comme elle l'est, l'interdiction de la création d'un état de choses dangereux n'a pas de portée propre»*.

gründet, welcher eine Gefahr für absolute Rechtsgüter geschaffen hat oder aufrechterhält. Diese Pflicht des Gefahrverantwortlichen äussert sich darin, dass er die zur Vermeidung einer Verletzung der gefährdeten Rechtsgüter erforderlichen und zumutbaren Schutzmassnahmen ergreifen muss. In der Rechtsprechung und Lehre ist in diesem Zusammenhang auch von der Verkehrssicherungspflicht des Gefahrverantwortlichen die Rede (oben II. D., S. 443). Erst der Verstoss gegen diese Pflicht zur Schadensverhütung vermag die Widerrechtlichkeit zu begründen, nicht schon die Schaffung oder Duldung eines gefährlichen Zustandes.⁷⁸ Darin zeigt sich auch die haftungsbegrenzende Funktion des Gefahrensatzes: Es wird ausschliesslich der Gefahrverantwortliche haftpflichtig, der im Rahmen seiner Garantenpflicht die zur Vermeidung eines Schadens gebotenen Schutzmassnahmen zu ergreifen unterlassen hat.⁷⁹

B. Kausalzusammenhang

In der Rechtsdoktrin des schweizerischen Haftpflichtrechts wird auf die Bedeutung des Gefahrensatzes in der Überwindung des Kausalitätsproblems, welches darin liegt, dass die Schädigung auf eine Unterlassung zurückgeht, hingewiesen.⁸⁰ Das Bundesgericht spricht im Zusammenhang mit dem Gefahrverantwortlichen, der pflichtwidrig die erforderlichen und zumutbaren Schutzmassnahmen unterlässt, von «*Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen einer Unterlassung und dem eingetretenen Schaden*»⁸¹. Die einschlägige Frage lautet also: Braucht es den Gefahrensatz tatsächlich, um den «*Kausalbogen*» zwischen der Unterlassung erforderlicher und zumutbarer Schutzmassnahmen des Gefahrverantwortlichen und der Rechtsgutverletzung, aus welcher ein Schaden resultiert, zu spannen?⁸²

Richtig besehen betrifft das Kausalitätsproblem bei pflichtwidriger Unterlassung nicht den Gefahrensatz, sondern den Umstand, dass eine Unterlassung, d.h. ein «*Nichtstun*», streng gesehen keine Ursache im Sinne einer *conditio*

⁷⁸ Urteil des BGer 4C.280/1999 vom 28. Januar 2000 E. 2b.

⁷⁹ Vgl. Urteil des BGer 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b.

⁸⁰ Etwa BERGER (Fn. 13), S. 108; BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 38; HONSELL/ISENRING/KESSLER (Fn. 23), § 4 N 35.

⁸¹ BGE 124 III 297 E. 5b S. 300; vgl. Urteil des BGer 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b; vgl. auch HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, ZBJV (135), 1999, S. 401–418, S. 402; BERGER (Fn. 13), S. 106 ff.

⁸² Ironisch fragt WIDMER (Fn. 3), S. 305, ob man den Gefahrensatz, der in der Lehre bereits für die Widerrechtlichkeit und für das Verschulden erhalten muss, nicht auch für die Kausalität fruchtbar machen könnte: «*[E]s würde durchaus nichts im Wege stehen, das Kausalitätsproblem auch gerade noch durch denselben Fleischwolf zu treiben*».

sine qua non – einer nicht wegzudenkenden Ursache, ohne die der Erfolg entfie⁸³ – sein kann, denn «*ex nihilo, nihil fit*»⁸⁴. Das Bundesgericht löst dieses Problem allerdings auf eine Weise, die sich für alle Fälle pflichtwidriger Unterlassung – für die vertragswidrige und für die widerrechtliche Unterlassung gleichermaßen – bewährt hat: «*Nach dem Grundsatz, ex nihilo nihil fit*» kann zwischen einer unterlassenen Handlung und dem schädigenden Ereignis nur ein hypothetischer Kausalzusammenhang bestehen, bei dessen Feststellung wertende Gesichtspunkte einfließen».⁸⁵ Zur Verdeutlichung: Eine Unterlassung kommt von vornherein nur dann als rechtserhebliche Ursache einer Schädigung in Frage, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestand. Eine solche Pflicht kann sich aus Vertrag, aus Gesetz oder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, eben aus dem Gefahrensatz, ergeben.⁸⁶ Wird diese Handlungspflicht durch Unterlassung verletzt, so ist zu prüfen, ob zwischen dieser Unterlassung und der Rechtsgutverletzung sowie dem Schaden, welcher aus dieser Rechtsgutverletzung resultiert, ein rechtserheblicher Kausalzusammenhang besteht.

Bei pflichtwidrigen Unterlassungen ist zu prüfen, ob im konkreten Fall pflichtgemässes Handeln den Schadenseintritt verhindert hätte (hypothetische Kausalität).⁸⁷ Dabei gelten nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts folgende Grundsätze: «*Grundsätzlich unterscheidet die Rechtsprechung auch bei Unterlassungen zwischen natürlichem und adäquatem Kausalzusammenhang. Während bei Handlungen die wertenden Gesichtspunkte erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen diese Gesichtspunkte bei Unterlassungen in der Regel schon bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs eine Rolle*».⁸⁸ Der gerichtlichen Prüfung unterliegt bei pflichtwidrigen Unterlassungen somit ein hypothetischer Kausalverlauf, «*für den nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss*»⁸⁹. All das

⁸³ HARDY LANDOLT, in: Derselbe/Iris Herzog-Zwitter (Hrsg.), *Arzthaftpflichtrecht*. Handbuch zum Arzthaftungsrecht und elektronische Datenbank mit ca. 1400 Arzthaftungsentscheidungen, frei recherchierbar nach Stichworten, Zürich/St. Gallen 2015, N 664. Die *Conditio*-Formel kann jedoch modifiziert angewendet werden, indem anstelle des gedanklichen Wegdenkens der gebotenen Handlung ein Hinzudenken der pflichtgemässen Handlung vorgenommen wird (*conditio cum qua non*; REY/WILDHABER [Fn. 3], N 706, m.w.H.).

⁸⁴ HONSELL/ISENRING/KESSLER (Fn. 23), § 4 N 35.

⁸⁵ Urteil des BGer 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b.

⁸⁶ Illustrativ BGE 132 III 359 ff. (vertragswidrig unterlassene Sterilisation einer Patientin).

⁸⁷ BGE 115 II 440 E. 5a S. 447 f.; Urteile des BGer 2A.212/2006 vom 9. Oktober 2006 E. 5.2; 2C.1/2001 vom 3. Juli 2003 E. 6.2.

⁸⁸ Urteil des BGer 4C.136/2006 vom 28. August 2006 E. 2.3.

⁸⁹ BGE 132 III 305 E. 3.5 S. 311, m.w.H. Wird die hypothetische Kausalität ausschliesslich gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung – und nicht gestützt auf die Beweismittel des konkreten Falles – festgestellt, so unterliegt sie der freien Überprüfung durch das Bundes-

stützt sich aber nicht auf den Gefahrensatz, sondern kommt bei allen Fällen pflichtwidriger Unterlassung zu tragen, wenn der haftpflichtrechtliche Kausalzusammenhang zwischen einer solchen Unterlassung und einem Schaden zu verifizieren ist. Mit anderen Worten enthält der Gefahrensatz keine besonderen Regeln betreffend die Kausalität und seine Anwendung verlangt nicht nach Besonderheiten der Kausalitätsprüfung.⁹⁰

C. Verschulden

Nur wer schuldhaft einen anderen schädigt, haftet nach Art. 41 Abs. 1 OR. Das Verschulden – verstanden als Vorsatz oder als Fahrlässigkeit – ist Zurechnungskriterium und zugleich tragendes Haftungsprinzip der Verschuldenshaftung.⁹¹ Nach der herrschenden Meinung in der Lehre und der Rechtsprechung ist jedenfalls für die Fahrlässigkeit ein normativer (oder auch objektiver) Verschuldensbegriff massgebend.⁹² Das Verhalten des Schädigers wird mit dem hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der Situation des Schädigers verglichen.⁹³ Das Verschulden hat aber auch eine subjektive Seite: Dem Haftpflichtigen soll nur dann ein Verschuldensvorwurf gemacht werden können, wenn er im Zeitpunkt seines schädigenden Verhaltens urteilsfähig war (Art. 16 und 18 ZGB).⁹⁴ Nach dem Bundesgericht⁹⁵ und der herrschenden Lehre⁹⁶ ist der Gefahrensatz für die *Begründung* resp. *Eingrenzung* des Verschuldens im Rahmen von Art. 41 OR relevant.

gericht (Urteile des BGer 4A_204/2017 vom 29. August 2017 E. 5; 4A_49/2016 vom 9. Juni 2016 E. 4.1, je m.w.H.).

⁹⁰ Unklar ist, was das Bundesgericht genau meint, wenn es im Urteil des BGer 4C_119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b erklärt: «Bei der Beeinträchtigung absoluter Rechte durch Unterlassungen bleibt somit der Gefahrensatz über die Verschuldensfrage hinaus unter dem Gesichtspunkt der Handlungspflicht weiterhin relevant, wobei sich nichts ändert, ob dieser Aspekt nun der Widerrechtlichkeit oder dem Kausalzusammenhang zugeordnet wird».

⁹¹ WIDMER/KRAUSKOPF (Fn. 52), N 2.118; FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 12), N 513.

⁹² Vgl. dazu WIDMER/KRAUSKOPF (Fn. 52), N 2.119 und 2.121, wobei nur der zweite Autor den objektiven Verschuldensbegriff vertritt. Zur *dissenting opinion* von PIERRE WIDMER vgl. N. 2.134 ff.; FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 12), N 532 ff.

⁹³ REY/WILDHABER (Fn. 3), N 1003.

⁹⁴ WIDMER/KRAUSKOPF (Fn. 52), N 2.131; FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 12), N 571.

⁹⁵ Urteil des BGer 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b.

⁹⁶ Vgl. BERGER (Fn. 13), S. 108; FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 12), N 579 ff.; JAUN (Fn. 8), S. 147; CR CO I-WERRO, Art. 41 N 81; KELLER/GABI/GABI (Fn. 77), S. 51 und 69, wonach der Gefahrensatz aber bei der Widerrechtlichkeit nicht zu beachten sei; OFTINGER/STARK (Fn. 20), Bd. II/1, § 16 N 26, wonach der Gefahrensatz eine Anwendung des Verschuldensprinzips ist; HaftpflichtKomm-FISCHER, Art. 41 OR N 106; BÜHLER (Fn. 43), S. 200.

Wie schon erklärt, liegt das widerrechtliche Verhalten im Zusammenhang mit dem Gefahrensatz in der Unterlassung der erforderlichen und zumutbaren Massnahmen, die der Gefahrverantwortliche zu ergreifen verpflichtet war (siehe oben III. A.2., S. 447 ff.). Die erlaubte Schaffung einer Gefahr stellt keine (haftungsbegründende) widerrechtliche Handlung dar. Dagegen stellt die Unterlassung der gebotenen Schutzmassnahmen durch den Gefahrverantwortlichen eine Verletzung der Garantenpflicht dar, die nach Massgabe der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie eine unerlaubte Unterlassung im Sinne des Art. 41 Abs. 1 OR bedeutet. Um den Tatbestand des Art. 41 Abs. 1 OR zu erfüllen, muss den Gefahrverantwortlichen für seine widerrechtliche Unterlassung ein haftungsbegründendes Verschulden treffen.⁹⁷ Etwas anderes darf auch nicht aus dem Gefahrensatz folgen. Dieser erlaubt insbesondere nicht, vom Verschuldenserfordernis der Deliktshaftung Dispens zu nehmen. Die im Schrifttum geäusserte Befürchtung, «*dass der Gefahrensatz zur Generalklausel einer schrankenlosen Erfolgshaftung ausartet*»⁹⁸, darf sich nicht bewahrheiten. Der Gefahrensatz bedeutet nämlich weder eine Modifizierung des Verschuldensbegriffs noch einen besonderen Sorgfaltsmassstab. Vielmehr bleibt die allgemein gültige Definition des Verschuldens auch im Anwendungsbereich des Gefahrensatzes gültig: Gefragt wird, ob der Gefahrverantwortliche seine Garantenpflicht – gemeint ist die Pflicht, gebotene Massnahmen zur Vermeidung eines Schadens zu ergreifen, oder kurz: Verkehrssicherungspflicht – vorsätzlich oder fahrlässig verletzt hat.

Der Gefahrensatz enthält auch keine dahingehende Beweisregel, dass die Verwirklichung einer Gefahr zur Folge hat, dass der Gefahrverantwortliche zu beweisen habe, alle gebotenen Schutzmassnahmen ergriffen zu haben.⁹⁹ Aus der Verwirklichung einer Gefahr darf auch nicht im Sinne einer (wie auch immer gearteten) Vermutung geschlossen werden, der Gefahrverantwortliche habe seine Verkehrssicherungspflichten verletzt.¹⁰⁰ Exakt auf dieser (richtigen) Linie liegt das Bundesgericht mit seiner Rechtsprechung zum Gefahrensatz: «*Der auf die Verletzung von Rechtsgütern durch Unterlassungen ausgerichtete Gefahrensatz bleibt [...] relevant für die Begründung eines Verschuldens [...] wie auch umgekehrt im Rahmen von Art. 41 OR für die*

⁹⁷ FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 12), N 580; REY/WILDHABER (Fn. 3), N 1032; KELLER/GABI/GABI (Fn. 77), S. 70; a.M. wohl OFTINGER/STARK (Fn. 20), Bd. II/1, § 16 N 26, wonach schon die Schaffung eines gefährlichen Zustandes für andere einen Mangel an Sorgfalt darstellt.

⁹⁸ PIERRE WIDMER, Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, in: ZBJV (110), 1974, S. 289–330, S. 320 f., der auch von «*Verschuldenshaftung ohne Verschulden*», «*Gefährdungshaftung ohne typische und qualifizierte Gefährdung*» oder «*Haftung für die blossе Existenz*» spricht. Vgl. auch JAUN (Fn. 8), S. 145; KELLER/GABI/GABI (Fn. 77), S. 70.

⁹⁹ KELLER/GABI/GABI (Fn. 77), S. 70; vgl. auch OFTINGER/STARK (Fn. 20), Bd. II/1, § 16 N 34; WIDMER (Fn. 98), S. 320 f.

¹⁰⁰ Vgl. JAUN (Fn. 8), S. 145.

Eingrenzung der Haftung wegen Fehlen eines Verschuldens.¹⁰¹ Die Befürchtung, der Gefahrensatz könnte in der Praxis mit Bezug auf das Verschulden zu geänderten Beweislast- und Beweismassregeln oder gar zu einer verdeckten Kausalhaftung führen, scheint sich bislang nicht bewahrheitet zu haben.¹⁰² Das illustriert auch ein Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 2017: *«Die Gefahr war für den Beschwerdegegner nicht erkennbar; folglich kann ihm ein Verschulden weder für sein Handeln noch für sein Unterlassen – gestützt auf den Gefahrensatz – angelastet werden»*.¹⁰³

Sorgfaltswidrig – und damit schuldhaft – verhält sich dem Gesagten nach derjenige, welcher einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, ohne die zur Vermeidung eines Schadens gebotenen Schutzmassnahmen zu ergreifen.¹⁰⁴ Geboten sind jene Schutzmassnahmen, die sich aus der objektivierten Verkehrssicherungspflicht des Gefahrverantwortlichen ergeben (dazu schon oben II. D., S. 442 f.).¹⁰⁵ Für die Frage, ob in einem konkreten Fall die gebotenen Massnahmen vorgenommen wurden oder nicht, ist ein objektivierter Sorgfaltsmassstab¹⁰⁶ anzuwenden: Die Sorgfaltswidrigkeit ergibt sich aus dem Vergleich des tatsächlichen Verhaltens des Gefahrverantwortlichen mit dem hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der Situation des Gefahrverantwortlichen.¹⁰⁷ Jede negative Abweichung von diesem geforderten Durchschnittsverhalten – etwa das Ergreifen ungenügender Schutzmassnahmen – gilt als sorgfaltswidrig und damit als fahrlässig.¹⁰⁸ Das gilt ohne Rücksicht darauf, aus welchen Gründen der Gefahrverantwortliche zuvor die Gefahr geschaffen oder aufrechterhalten hat.¹⁰⁹

Für die Beschränkung der Haftung stellt das Bundesgericht auch darauf ab, ob die Gefahr, die der Gefahrverantwortliche geschaffen oder unterhalten hat,

¹⁰¹ Urteil des BGER 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b.

¹⁰² JAUN (Fn. 8), S. 145, stellt fest, dass das Schreckgespenst einer schrankenlosen Erfolgs-haftung keine Gestalt angenommen hat.

¹⁰³ Urteil des BGER 4A_70/2017 vom 14. Juli 2017 E. 2.3 i.f.

¹⁰⁴ Urteil des BGER 4A_608/2017 vom 30. April 2018 E. 3.1.1.

¹⁰⁵ Einzelheiten dazu bei JAUN (Fn. 8), S. 153 und 159 ff.

¹⁰⁶ Subjektive Umstände, wie das Alter des Gefahrverantwortlichen, seine Ausbildung, sein Kenntnisstand, seine Erfahrung oder unter Umständen auch sein Geschlecht, werden zwar auch berücksichtigt, aber nur, um den objektiven Sorgfaltsmassstab möglichst individuell-konkret zur Anwendung zu bringen (wohl in diesem Sinne, aber missverständlich – weil im Sinne der *«Resubjektivierung»* des Schadensbegriffs – formuliert, Urteil des BGER 4A_70/2017 vom 14. Juli 2017 E. 2.1).

¹⁰⁷ BGE 137 III 539 E. 5.2 S. 544; Urteile des BGER 4A_608/2017 vom 30. April 2018 E. 3.1.2; 4A_275/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 5.2, je m.w.H.

¹⁰⁸ Urteil des BGER 4A_22/2008 vom 10. April 2008 E. 4.

¹⁰⁹ Das gilt insbesondere auch für die gefälligkeitshalber geschaffene oder aufrechterhaltene Gefahr.

für ihn überhaupt erkennbar war.¹¹⁰ Auch das ist richtig. Fehlt es dem (durchschnittlichen) Gefahrverantwortlichen in der konkreten Situation schon an der (objektiven) Erkennbarkeit einer Gefahr bzw. eines gefährlichen Zustandes (dazu oben II. C., S. 441 f.), können ihm auch unterlassene Schutzmassnahmen nicht als (objektive) Sorgfaltswidrigkeit angelastet werden.

IV. Fazit

In diesem Beitrag ging es darum, den Gefahrensatz zu erklären und zu verstehen. Im Rückblick ist klar: Es galt in Wirklichkeit, den Gefahrensatz zu entmystifizieren. Denn der Gefahrensatz ist kein Allzweckmittel des Haftpflichtrechts. Er modifiziert nicht etwa die Grundsätze und Voraussetzungen des ausservertraglichen Haftpflichtrechts. Alles, was der Gefahrensatz schafft, ist die Begründung einer Garantienpflicht desjenigen, welcher eine Gefahr für absolute Rechtsgüter geschaffen hat oder aufrechterhält. Diese Garantienpflicht beruht auf dem Grundsatz von Treu und Glauben und äussert sich darin, dass der Gefahrverantwortliche die gebotenen Massnahmen zu ergreifen hat, um die Verwirklichung der Gefahr und den daraus resultierenden Schaden zu vermeiden. In diesem Zusammenhang sprechen Lehre und Rechtsprechung auch von der Verkehrssicherungspflicht des Gefahrverantwortlichen. Eine gesetzliche Normierung des Gefahrensatzes wurde bereits mehrmals angedacht, und sei es auch nur, um *«unserer Rechtsprechung ein flexibles Instrument zur gleichen Behandlung gleichgelagerter Gefährdungstatbestände in die Hand [zu geben]»*¹¹¹. Sie erscheint angesichts des Ausgeführten nicht nur unnötig, sondern auch nicht erwünscht, denn jeder Versuch, den Gefahrensatz in eine gesetzliche Generalklausel zu fassen, birgt das jeder Normierung immanente Risiko, entweder zu weit oder zu eng gefasst zu werden.¹¹² Der ungeschriebene Gefahrensatz gibt den Gerichten dagegen die er-

¹¹⁰ Urteil des BGer 4A_70/2017 vom 14. Juli 2017 E. 2.1; vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 12), N 580. Für ein Anwendungsbeispiel vgl. auch Urteil des BGer 4A_520/2007 vom 31. März 2008 E. 3.2.

¹¹¹ WIDMER (Fn. 3), S. 321.

¹¹² Vgl. z.B. Art. 50 des VE für eine Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts von 1999 (dazu PIERRE WIDMER/PIERRE WESSNER, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht von 1999, S. 133 ff., abrufbar unter: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-d.pdf [besucht am 4. Juni 2018]) und den in sprachlich leicht geänderter Form übernommenen Art. 60 OR 2020, welcher lautet: (1) *«Wer eine besonders gefährliche Tätigkeit ausübt, haftet für den Schaden, der durch die Verwirklichung ihres charakteristischen Risikos entsteht.»* (2) *«Als besonders gefährlich gilt eine Tätigkeit, die ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet ist, auch bei Anwendung aller Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden zu verursachen.»* (dazu WALTER FELLMANN/CHRISTOPH MÜLLER/Franz WERRO, in: Claire Huguenin/Reto M. Hilty [Hrsg.], Schweizer

forderlichen Spielräume, um für eine angemessene Anwendung dieses unbestrittenen Rechtsgrundsatzes besorgt zu sein.

Obligationenrecht 2020. Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013, Art. 60, N 1 ff.); kritisch gegenüber einer Generalklausel OFTINGER/STARK (Fn. 20), Bd. I, § 1 N 82 und Bd. II/1, § 16 N 26.

Falsus Procurator – national und international

JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/ALEJANDRO MORALES SANCHO/MARCO OESTER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	458
II.	Regelung im nationalen Recht	458
	A. Erscheinungsformen	459
	1. Bei fehlender Vollmacht	459
	2. Bei erloschener Vollmacht	460
	3. Bei überschrittener Vollmacht	460
	B. Heilende Wirkung der Genehmigung	461
	C. Haftung des vollmachtlosen Stellvertreters	462
	1. Sonderfall der culpa in contrahendo.....	463
	2. Weitere Schäden.....	464
	3. Bereicherungsansprüche.....	464
	D. Haftung des Vertretenenen	465
III.	Regelung im internationalen Privatrecht.....	465
	A. Vereinheitlichungsbemühungen auf internationaler Ebene	465
	B. Regelungen der Stellvertretung im IPRG	466
	1. Im Allgemeinen (Art. 126 Abs. 1–3 IPRG)	467
	a) Innenverhältnis (Abs. 1)	467
	b) Aussenverhältnis (Abs. 2 und 3).....	467
	2. Falsus Procurator im Besonderen (Art. 126 Abs. 4 IPRG)	468
IV.	Schlussbemerkungen.....	469

* Prof. Dr. iur. JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Ordinaria an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern; MLaw ALEJANDRO MORALES SANCHO, Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht CIVPRO; MLaw MARCO OESTER, Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht CIVPRO.

Frau BLaw Zoe Rüegegger danken die Autoren für die sehr wertvolle Mitarbeit.

I. Einleitung

Rechtsverhältnisse, deren Ursprung darin fusst, dass ein Rechtssubjekt in fremdem Namen und auf fremde Rechnung handelt, weisen die Besonderheit auf, dass deren Rechtswirkungen beim Vertretenen¹ eintreffen, sofern der Vertreter aufgrund eines gültigen Grundgeschäfts im Innenverhältnis tätig wird.²

Der Grundgedanke des Instituts der Stellvertretung beruht auf der Idee, dass der Vertretene dem Vertreter sein Vertrauen dahingehend ausspricht, dass Letzterer dessen Geschäfte willensgemäss besorgt. Diese Vertrauensbekundung kann sich explizit oder implizit aus dem Grundverhältnis zwischen den beiden ergeben. Bereits in der römischen Rechtsordnung waren autorisierte sowie unautorisierte Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre anerkannt; nicht zuletzt weil dieses Recht grösstenteils auf dem Gebot der *fides* basierte.³

Dieser Beitrag zu Ehren des sehr geschätzten Jubilars ist der Problematik der vollmachtlosen Stellvertretung im nationalen sowie im internationalen Verhältnis gewidmet.

II. Regelung im nationalen Recht

Die Stellvertretung ohne Vollmacht⁴ ist im schweizerischen Recht in den Art. 38 f. OR kodifiziert. An einer Vollmacht bzw. Ermächtigung fehlt es zunächst bei nicht vorhandener Vollmacht bzw. ungültiger Vollmacht, bei Überschreitung der Vollmacht sowie im Fall einer erloschenen Vollmacht.⁵ Das sich aus einer vollmachtlosen Stellvertretung ergebende Rechtsgeschäft

¹ Soweit in diesem Aufsatz Personen oder Personengruppen in der männlichen Form bezeichnet werden, geschieht dies ausschliesslich aus Gründen der besseren Lesbarkeit. Gemeint sind jeweils beide Geschlechter.

² ERNST A. KRAMER/THOMAS PROBST, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 2003, S. 221; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, § 9 Rz. 1022 ff.

³ URS LISCHER, Die Geschäftsführung ohne Auftrag im schweizerischen Recht, Basel 1990, S. 5.

⁴ Anstelle der Stellvertretung ohne «Ermächtigung» wird die Rede von vollmachtloser Stellvertretung (*falsus procurator*) sein, womit die rechtsgeschäftliche sowie auch die gesetzliche Stellvertretung gemeint sind.

⁵ ALDO STAUB, Zivilrechtliche Folgen der Privatbestechung, Zürich 2013, S. 191 f.; denkbar ist nach ROLF WATTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I: Art. 1–529, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 39 OR N 3 auch das Fehlen einer Ermächtigung im Falle, dass kein Vollmachtgeber existiert.

bleibt in einem Schwebezustand bis zu einer allfälligen Genehmigung durch den Vertretenen.⁶ Der Dritte bleibt jedoch an seine rechtsgeschäftliche Erklärung gebunden,⁷ unbeachtlich dessen, ob ihm der Mangel der Vollmacht bzw. deren Fehlen oder Erlöschen bekannt war. Jedenfalls hat die Genehmigung zur Folge, dass das Rechtsgeschäft die vorgesehenen Wirkungen entfaltet, d.h. diese wirken auf den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses zurück.⁸

Bei Nichtgenehmigung des Geschäftes – vorbehaltlich des Eintritts der Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes⁹ – kann der Vertreter dem Dritten gegenüber unter den Voraussetzungen von Art. 39 OR schadenersatzpflichtig werden.

A. Erscheinungsformen

Wie oben dargelegt, kennt das schweizerische Recht drei Erscheinungsformen¹⁰ der vollmachtlosen Stellvertretung. Diesen verschiedenen Kategorien ist gemeinsam, dass darunter nur die direkte, nicht aber die indirekte Stellvertretung fällt.¹¹

1. Bei fehlender Vollmacht

Die Kategorie der fehlenden Vollmacht lässt sich weiter in drei Unterarten aufteilen: Die nicht erteilte Vollmacht, die ungültige Vollmacht sowie die nicht gebrauchte Vollmacht:¹²

- Eine Vollmacht wurde *nicht erteilt*, wenn eine entsprechende Willenserklärung des Vertretenen gänzlich fehlte.

⁶ BSK OR I-WATTER (Fn. 5), Art. 38 N 4.

⁷ So auch BSK OR I-WATTER (Fn. 5), Art. 38 N 4; a.M. EUGEN BUCHER, Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 604.

⁸ BGer v. 03.05.2010, 4A_107/2010 E. 2.3 u. 2.5; BUCHER (Fn. 7), S. 603.

⁹ AHMED KUT, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 38 OR N 3.

¹⁰ CHK-KUT (Fn. 9), Art. 38 OR N 1; BSK OR I-WATTER (Fn. 5), Art. 38 N 4; STAUB (Fn. 5), S. 191 f.

¹¹ BGer v. 01.10.2002, 4C.206/2002 E. 2.3; ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Art. 32–40 OR, Stellvertretung, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 35 OR N 5; CHK-KUT (Fn. 9), Art. 38 OR N 2.

¹² STAUB (Fn. 5), S. 192 ff.; vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 38 OR N 5 ff., wobei nach dieser Auffassung diese Kategorie auch die erloschene sowie die überschrittene Vollmacht enthält.

- *Ungültigkeit* ist denkbar, wenn das im Hinblick auf die Vollmacht anvisierte Rechtsgeschäft unvollendet bleibt, eine Vollmacht wegen eines Verstosses gegen Art. 19 f. OR resp. 27 ZGB Nichtigkeit nach sich zieht oder derart mit einem Willensmangel behaftet ist, dass eine erfolgreiche Anfechtung ermöglicht wird.
- *Nicht gebraucht* wurde die Vollmacht wenn der bevollmächtigte Vertreter beim Abschluss des Rechtsgeschäfts von der Vollmacht keinen Gebrauch machen will und entsprechend im Aussenverhältnis als vollmachtloser Stellvertreter auftritt.¹³

2. *Bei erloschener Vollmacht*

Das Erlöschen einer Vollmacht kann sich bspw. ergeben, wenn die ursprüngliche Vollmacht widerrufen wurde (Art. 34 OR) sowie durch Verzicht, Zeitablauf, Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines sog. gesetzlichen Erlöschensgrundes nach Art. 35 OR.¹⁴ Ein allfälliger Gutglaubensschutz des Dritten greift in der Regel nur, wenn die Vollmacht durch einen der eben dargelegten Erlöschensgründe unwirksam wurde.¹⁵

3. *Bei überschrittener Vollmacht*

Der Umfang einer Vollmacht ist mittels Auslegung zu ermitteln.¹⁶ Die Überschreitung des eingeräumten Vertretungsumfanges ist von dessen Missbrauch abzugrenzen.¹⁷

Eine Überschreitung liegt dann vor, wenn der Vertreter nicht innerhalb der persönlichen, sachlichen und örtlichen Grenzen der Vollmacht agiert.¹⁸ Hier findet bei teilbaren Rechtsgeschäften Art. 20 Abs. 2 OR auf den von der Vollmacht abgedeckten Vertragsteil analog Anwendung.¹⁹

Von einem Missbrauch wird hingegen dann gesprochen, wenn die Art und Weise der Handlung des Vertreters zwar in formeller Hinsicht von der Vollmacht gedeckt ist, eine Berufung darauf aber missbräuchlich erscheint. Dem

¹³ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 38 OR N 5 ff.

¹⁴ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 38 OR N 11.

¹⁵ MAX KELLER/CHRISTIAN SCHÖBI, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel 1988, S. 81; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 38 OR N 11; STAUB (Fn. 5), S. 192.

¹⁶ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 38 OR N 12.

¹⁷ JUNG PETER, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 38 OR N 4.

¹⁸ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 38 OR N 12.

¹⁹ BSK OR I-WATTER (Fn. 5), Art. 38 N 2; KUKO OR-JUNG (Fn. 17), Art. 38 N 4.

Dritten, der den Missbrauch erkannte oder hätte kennen müssen, wird in diesem Fall der Gutglaubensschutz abgesprochen. Praktisch bedeutsam sind hier die Kollusion sowie das Handeln zum Nachteil des Vertretenen ohne Zusammenwirken des Vertreters und des Dritten.²⁰

Im Fall der Kollusion beabsichtigen der Vertreter und der Dritte durch einvernehmliches Zusammenwirken die absichtliche Schädigung des Vertretenen. Ein so entstandenes Rechtsgeschäft gilt als sittenwidrig und zieht Nichtigkeit nach sich, da für sittenwidrige Geschäfte keine Vollmacht erteilt wird bzw. eine solche auch nicht bestehen kann. Diese Konstellation wird von Art. 38 OR erfasst. Sofern der Vertretene das Geschäft nicht genehmigt, kann der Dritte überdies gegen den Vertreter keine Ansprüche geltend machen, da das Zusammenwirken im Aussenverhältnis als rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren ist.²¹

Ein Handeln zum Nachteil des Vertretenen ohne gegenseitiges Zusammenwirken des Vertreters und des Dritten liegt vor, wenn der Vertretene das durch die beiden «zustande gekommene» Rechtsgeschäft persönlich nicht abgeschlossen hätte oder dieses seinen objektiven Interessen zuwiderläuft. Wenn der Vertreter die Vollmacht bewusst oder unbewusst zum Nachteil des Vertretenen benutzt und der Dritte dies tatsächlich wusste oder dies hätte wissen müssen, kann er sich gegenüber dem Vertretenen nicht auf die Vollmacht bzw. die Vertretungsmacht berufen. Auch in diesem Fall wäre wegen seiner Bösgläubigkeit ein Rechtsmissbrauch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB gegeben. Sofern das Rechtsgeschäft nicht genehmigt wird, haftet der Vertreter dem bösgläubigen Dritten wiederum nicht aus Art. 39 OR.²²

B. Heilende Wirkung der Genehmigung

Vor der Genehmigung bzw. Nichtgenehmigung eines Rechtsgeschäfts, welches ohne entsprechende Vollmacht abgeschlossen wurde, bleibt dieses in der Schwebe und ist weder gültig noch ungültig, sondern für den Vertretenen vorübergehend, einseitig unverbindlich.²³

Die Genehmigung ist vom Vertretenen zu erteilen. Der Dritte hat aber seinerseits das Recht, dem Vertretenen eine angemessene Frist zu setzen, innert welcher sich der Vertretene entscheiden muss, ob er das schwebende Ge-

²⁰ Zum Ganzen BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 38 OR N 14.

²¹ Zum Ganzen BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 38 OR N 18.

²² Zum Ganzen BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 38 OR N 19 ff.

²³ BGE 107 II 109 E. 3 f.; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 38 OR N 33; vgl. auch KUKO OR-JUNG (Fn. 17), Art. 38 N 10.

schäft annehmen oder ablehnen will.²⁴ Nach unbenutztem Ablauf der Frist ist von einer stillschweigenden Ablehnung des Rechtsgeschäfts auszugehen. Hat der Dritte keine Frist angesetzt, verwirkt sein Recht gem. Art. 2 Abs. 2 ZGB, da das Rechtsgeschäft nicht jahrelang in der Schwebe bleiben kann.²⁵

Die Erteilung der Genehmigung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.²⁶ Diese ist an keine Form gebunden, es sei denn die Vollmacht bedürfe einer solchen.²⁷ In Anbetracht dessen, dass der Vertreter das Vertrauen des Vertretenen «missbraucht» und dieser vom durch den Vertreter «abgeschlossenen» Rechtsgeschäft keine Kenntnis hat, sind an konkludente Genehmigungen generell hohe Anforderungen zu stellen.²⁸ Wie schon erwähnt, folgt aus dem Stillschweigen grundsätzlich die Nichtgenehmigung des Geschäfts.²⁹

Nach Massgabe von Art. 39 Abs. 1 OR bleibt bei Nichtgenehmigung des Rechtsgeschäfts – sei dies ausdrücklich oder stillschweigend – für den Dritten die Möglichkeit, den Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens zu verlangen, es sei denn, dass dieser vom Mangel der Vollmacht wusste bzw. wissen musste.³⁰

C. Haftung des vollmachtlosen Stellvertreters

Eine rechtsunwirksame Vertretung kann zu Schadenersatzansprüchen des Dritten führen. Art. 39 Abs. 1 und 2 OR regeln in diesem Sinne einen besonderen Fall der *culpa in contrahendo*. Bemerkenswert sind diese Regelungen einerseits, weil darin der einzig gesetzlich normierte Fall der Dritthaftung im Hinblick auf eine mögliche Vertragsanbahnung statuiert wird und andererseits, weil Art. 39 Abs. 1 OR eine verschuldensunabhängige Kausalhaftung des (vollmachtlosen) Vertreters zum Ausdruck bringt.³¹ Ansonsten setzt der Schadenersatz gem. Art. 39 OR allgemein einen Schaden des Dritten, einen haftungsbegründenden Tatbestand sowie adäquate Kausalität zwischen dem

²⁴ Die Beendigung des Schwebezustands erfolgt demnach durch Genehmigung bzw. Nichtgenehmigung, womit das Rechtsgeschäft in diesem Zeitpunkt Gültigkeit erlangt bzw. dahinfällt.

²⁵ BGE 107 III 49 E. 1; CHK-KUT (Fn. 9), Art. 38 OR N 7 f.; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 38 OR N 42.

²⁶ BGE 110 II 230 E. 2 (*in casu* durch Klage auf Leistung); BGer v. 25.08.2014, 4A_368/2014 E. 4.

²⁷ BGE 75 II 342 E. 1.

²⁸ STAUB (Fn. 5), S. 194.

²⁹ BSK OR I-WATTER (Fn. 5), Art. 38 N 6; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 38 OR N 54 f.; STAUB (Fn. 5), S. 194.

³⁰ KRAMER/PROBST (Fn. 2), S. 221.

³¹ Zum Ganzen CHK-KUT (Fn. 9), Art. 39 OR N 1; KELLER/SCHÖBI, S. 90.

Schaden und dem haftungsbegründenden Tatbestand voraus.³² Der haftungsbegründende Tatbestand von Art. 39 Abs. 1 OR setzt folgende Elemente voraus: Abschluss eines Vertretungsgeschäfts, Handeln ohne Ermächtigung durch den Vertreter, dadurch ursächlich bewirktes Ausbleiben der Vertretungswirkung sowie berechtigter guter Glaube des Dritten in Bezug auf das Ausbleiben der Ermächtigung. Der qualifizierte Tatbestand nach Art. 39 Abs. 2 OR setzt zudem das Verschulden des Vertreters voraus sowie dass der Schadenersatzanspruch aus Billigkeitsgründen berechtigt erscheint.³³

Unabhängig von einem Schadenersatzanspruch nach Art. 39 Abs. 1 und 2 OR bleibt eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung vorbehalten (Art. 39 Abs. 3 OR), dies allerdings nur insofern als sich diese inhaltlich nicht mit dem vorgenannten Schadenersatzanspruch deckt.³⁴

1. *Sonderfall der culpa in contrahendo*

Bei der Haftung gem. Art. 39 Abs. 1 OR handelt es sich um den Ersatz des negativen Vertragsinteresses (sog. Vertrauensschaden).³⁵ Der aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsene Schaden ist zu ersetzen, wenn der gutgläubige Dritte darauf vertraut, dass der Vertrag zwischen ihm und dem Vertretenen gültig zustande gekommen sei. Er ist daher so zu stellen, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Mögliche Schadensposten sind insbesondere die Kosten des Vertragsschlusses, die eigenen Aufwendungen im Hinblick auf den Vertrag, der Schaden infolge Unterlassens eines anderweitigen Vertragsabschlusses und der aus diesem resultierende entgangene Gewinn.³⁶

Der Vertreter haftet in dieser Konstellation dann, wenn er gutgläubig als vermeintlicher Vertreter ein Rechtsgeschäft abschliesst, dessen Rechtswirkungen jedoch wegen der fehlenden Vollmacht und der fehlenden Genehmigung nicht eintreten.³⁷ Die Haftung entfällt, wenn der Dritte auf die fehlende Vollmacht hingewiesen wurde oder dieser in Kenntnis des Mangels dem Vertragsabschluss zustimmte.

³² SCHÖBI CHRISTIAN, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich 2016, Art. 39 OR N 1.

³³ Zum Ganzen BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 39 OR N 2 f.

³⁴ HPK-SCHÖBI (Fn. 32), Art. 39 OR N 17; KUKO OR-JUNG (Fn. 17), Art. 39 N 9; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 39 OR N 84; siehe auch hinten II.C.3.

³⁵ HPK-SCHÖBI (Fn. 32), Art. 39 OR N 8; BSK OR I-WATTER (Fn. 5), Art. 39 N 6; KUKO OR-JUNG (Fn. 17), Art. 39 N 3; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 39 OR N 2.

³⁶ BGE 116 II 689 E. 3.a; 106 II 131 E. 5; 90 II 404 E. 5.a; zum Ganzen siehe auch BSK OR I-WATTER (Fn. 5), Art. 39 N 6; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 39 OR N 59; HPK-SCHÖBI (Fn. 32), Art. 39 OR N 8 f.

³⁷ BSK OR I-WATTER (Fn. 5), Art. 39 N 4.

2. *Weitere Schäden*

Art. 39 Abs. 2 OR regelt den Ersatz des positiven Vertragsinteresses (sog. Erfüllungsinteresses). Hier soll der Dritte so gestellt werden, wie wenn der Vertrag gehörig erfüllt worden wäre.³⁸ Darunter fallen die Kosten für allfällige Ersatzkäufe, für Umtriebe und Spesen sowie der entgangene Gewinn aus dem nicht zustande gekommenen Vertrag. Der aufgrund des positiven Vertragsinteresses zu bezahlende Schaden ist in der Regel (aber keineswegs immer) grösser als der Schaden i.S. des negativen Vertragsinteresses. Es kommt hier ganz auf die Umstände des Einzelfalls an.

Im Gegensatz zu Abs. 1 wird hier ein Verschulden des Vertreters vorausgesetzt.³⁹ Dies beinhaltet die Kenntnis oder das «Kennenmüssen» des Fehlens einer entsprechenden Vollmacht.⁴⁰ Der Richter kann hier nach Billigkeit, d.h. unter Berücksichtigung aller wesentlichen Tatsachen, entscheiden.⁴¹ In der Lehre ist strittig, wen die Beweislast des Verschuldens trifft.⁴² Nach einem Teil der Lehre wird das Verschulden des Vertreters vermutet, diesem steht aber die Möglichkeit einer Exkulpation offen.⁴³ Gemäss der anderen Auffassung hat der Dritte das Verschulden des Vertreters zu beweisen.⁴⁴ Unseren Erachtens ist der ersten Auffassung beizupflichten, denn dem Wortlaut von Art. 39 OR lässt sich nicht entnehmen, dass vom Grundsatz der allgemeinen Beweislastverteilung gem. Art. 8 ZGB abgewichen werden soll.⁴⁵

3. *Bereicherungsansprüche*

Der in Art. 39 Abs. 3 OR anvisierte Bereicherungsanspruch richtet sich nach Art. 62 OR und ist – soweit nicht deckungsgleich – vom Schadenersatzanspruch gem. Art. 39 Abs. 1 und 2 OR abzugrenzen bzw. unabhängig.⁴⁶ Er kann anders als in den Fällen von Abs. 1 und 2 auch vom bösgläubigen Dritten – und zwar gegen den Vertretenen und/oder gegen den Vertreter – geltend

³⁸ HPK-SCHÖBI (Fn. 32), Art. 39 OR N 10.

³⁹ BSK OR I-WATTER (Fn. 5), Art. 39 N 8.

⁴⁰ KUKO OR-JUNG (Fn. 17), Art. 39 N 5; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 39 OR N 24.

⁴¹ BSK-OR I-WATTER (Fn. 5), Art. 39 N 9.

⁴² Die Frage der Beweislastverteilung wurde höchstrichterlich noch nicht geklärt.

⁴³ BSK-OR I-WATTER (Fn. 5), Art. 39 N 8; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 39 OR N 39 ff. u. 90.

⁴⁴ HPK-SCHÖBI (Fn. 32), Art. 39 OR N 12.

⁴⁵ So auch BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 39 OR N 51 ff.; BSK-OR I WATTER (Fn. 5), Art. 39 N 9; a.M. HPK-SCHÖBI (Fn. 32), Art. 39 OR N 12.

⁴⁶ HPK-SCHÖBI (Fn. 32), Art. 39 OR N 17; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 39 OR N 84; KUKO OR-JUNG (Fn. 17), Art. 39 N 9.

gemacht werden.⁴⁷ Sobald Schadenersatz- und bereicherungsrechtliche Ansprüche inhaltlich übereinstimmen, sind diese aufeinander anzurechnen.⁴⁸

Art. 39 Abs. 3 OR findet aber nur soweit Anwendung, als eine Rückabwicklung der durch den Dritten gemachten Zuwendungen nicht nach sachenrechtlichen Regeln (Vindikation) möglich ist (wie insbesondere im Falle der Vermischung oder des Verbrauchs).⁴⁹

D. Haftung des Vertretenen

Gegenüber dem Dritten ist eine Haftung des Vertretenen denkbar. Insbesondere käme in dieser Konstellation eine Zurechnung der *culpa in contrahendo* in Frage, wenn der Vertreter als Hilfsperson des Vertretenen zu qualifizieren wäre.⁵⁰

Die Haftung des Vertretenen rechtfertigt sich des Weiteren bei Vorliegen eigenen Verschuldens im Zusammenhang mit der Ausstellung der Vollmacht.⁵¹ So z.B. wenn der Vollmachtgeber es unterlässt, seinen Willen in der Vollmacht präzise kundzugeben bzw. so zu formulieren, dass es dem Vertreter dadurch unmöglich war, die mutmasslichen Interessen des Vertretenen genügend zu erkennen und entsprechend in dessen Sinne zu handeln.⁵²

III. Regelung im internationalen Privatrecht

A. Vereinheitlichungsbemühungen auf internationaler Ebene

Mit dem Haager Übereinkommen über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht vom 14. März 1978⁵³ wollte man das Stellvertretungsrecht auf internationaler Ebene vereinheitlichtem Kollisionsrecht unterstellen. Dieses Übereinkommen trat aber bisher nicht in Kraft und es wird vermutungsweise auch künftig so bleiben.⁵⁴

⁴⁷ HPK-SCHÖBI (Fn. 32), Art. 39 OR N 17.

⁴⁸ KUKO OR-JUNG (Fn. 17), Art. 39 N 9.

⁴⁹ KUKO OR-JUNG (Fn. 17), Art. 39 N 9.

⁵⁰ BSK-OR-I-WATTER (Fn. 5), Art. 39 N 12; vgl. auch LISCHER, S. 125; a.M. HUGUENIN (Fn. 2), § 9 Rz. 1110; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 39 OR N 68 ff.

⁵¹ KUKO OR-JUNG (Fn. 17), Art. 39 N 8; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 11), Art. 39 OR N 68 ff.

⁵² Vgl. KUKO OR-JUNG (Fn. 17), Art. 39 N 8.

⁵³ Abrufbar unter: <https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/full-text/?cid=89> (Stand 06.07.2018).

⁵⁴ DANIEL GIRSBERGER/ANDREAS FURRER, in: Markus Müller-Chen/Corinne Widmer Lüchinger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 126 IPRG N 4; WATTER ROLF/ROTH PELLANDA KATJA, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/

Zu erwähnen ist weiter das Genfer Übereinkommen über die Vertretung beim internationalen Warenkauf vom 17. Februar 1983,⁵⁵ das auch die vollmachtlose Stellvertretung bzw. deren allenfalls heilende Rechtsfolgen im Falle der Genehmigung regelt. Allerdings wurde auch dieser Staatsvertrag bislang nicht rechtsgenügend ratifiziert und sein Inkrafttreten ist somit ungewiss.⁵⁶

Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (CISG) gilt als bedeutendste internationale Kodifikation zur Rechtsvereinheitlichung. Es trat für die Schweiz am 1. März 1991 in Kraft.⁵⁷ Unter die vom CISG nicht ausdrücklich ausgeschlossenen Rechtsmaterien, welche im Übereinkommen als sog. *interne Lücken* nicht explizit normiert werden, fallen auch die Regelungen über die Stellvertretung. Zur Füllung solcher Lücken verweist Art. 7 Abs. 2 CISG auf die dem CISG zu Grunde liegenden allgemeinen Grundsätze der Konvention.⁵⁸ In der Lehre wird in diesem Zusammenhang postuliert, auch die UNIDROIT Prinzipien⁵⁹ bzw. die PECL⁶⁰ zur Füllung interner CISG-Lücken heranzuziehen, da diese Regelwerke die auf internationale Handelsverträge zugeschnittenen Grundsätze konkretisieren.⁶¹ Ob im Endeffekt Regelungen der gesetzlichen resp. rechtsgeschäftlichen Stellvertretung mittels solchen Lückenfüllungsmethoden aus dem CISG abgeleitet werden können, ist fraglich und kann an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt werden.⁶²

B. Regelungen der Stellvertretung im IPRG

Mangels internationalen Übereinkommen ist das auf die Stellvertretung anwendbare Recht nach Art. 126 IPRG zu ermitteln (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Die

Anton K. Schnyder/ Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar zum IPRG, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 126 IPRG N 43.

⁵⁵ Abrufbar unter: <http://unidroit.org/instruments/agency> (Stand 06.07.2018).

⁵⁶ ZK IPRG-GIRSBERGER/FURRER (Fn. 54), Art. 126 N 1 f.; BSK IPRG-WATTER /ROTH PELLANDA (Fn. 54), Art. 126 N 44.

⁵⁷ JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Bern 2018, Rz. 2370.

⁵⁸ Zum Ganzen KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 57), Rz. 2398; CHRISTOPH BRUNNER/PHILIPP K. WAGNER, in: Christoph Brunner (Hrsg.), Handkommentar zum CISG, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 7 CISG N 6.

⁵⁹ *Principles for international commercial contracts*, diese sind abrufbar unter: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (Stand 06.07.2018).

⁶⁰ *Principles of European Contract Law*, diese sind abrufbar unter: https://www.translex.org/400200/_pecl/ (Stand 06.07.2018).

⁶¹ SHK CISG-BRUNNER/WAGNER (Fn. 58), Art. 7 N 9 f.

⁶² Nach Auffassung von SHK CISG-BRUNNER/MURMANN/STUCKI (Fn. 58), Art. 4 N 33 ist dies grundsätzlich ausgeschlossen.

Bestimmung ist sowohl auf die vertragliche als auch auf die rechtsgeschäftliche (gewillkürte) Stellvertretung anwendbar. Nicht unter IPRG 126 fällt die ausschliesslich auf Gesetz beruhende Vertretung. Diese untersteht – je nach Rechtsgebiet – den speziellen Regelungen.⁶³

1. *Im Allgemeinen (Art. 126 Abs. 1–3 IPRG)*

a) **Innenverhältnis (Abs. 1)**

Abs. 1 betrifft nur das Innenverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter. Dieses Rechtsverhältnis (Grundverhältnis) wird entweder durch die Rechtswahl oder aufgrund objektiver Anknüpfung bestimmt. In der Regel wird es sich um einen Auftrag oder Arbeitsvertrag handeln.⁶⁴ Denkbar ist auch ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis i.S.v. IPRG 150.⁶⁵

Nach diesem Recht beurteilen sich die Fragen der Begründung, des Umfangs, der Dauer sowie des Erlöschens der Vollmacht und insbesondere auch der Haftung des Vertreters gegenüber dem Vertretenen infolge Vollmachtenmassung oder deren Überschreitung.⁶⁶

b) **Aussenverhältnis (Abs. 2 und 3)**

Art. 126 Abs. 2 IPRG regelt das Aussenverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Dritten.⁶⁷ Der Vertreter kann sich gegenüber dem Dritten mit Rechtswirkung für den Vertretenen nur verpflichten, wenn diesem die Vertretungsmacht eingeräumt wurde. Die an die Vertretungsmacht geknüpften Voraussetzungen sind dabei kollisionsrechtlich unabhängig vom Innenverhältnis zu prüfen.⁶⁸ Das Statut des Aussenverhältnisses regelt die Fragen der Zulässigkeit der Stellvertretung, der Begründung der Vertretungsmacht mitsamt der Beurteilung von Auslegungsfragen und Willensmängeln sowie den Umfang,

⁶³ Vgl. Art. 48 Abs. 1, Art. 82, Art. 85, Art. 92, Art. 155 sowie Art. 158 IPRG; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Kommentar zum IPRG und LugÜ mit weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2018, Art. 126 N 1 f.; ZK IPRG-GIRSBERGER/FURRER (Fn. 54), Art. 126 N 8 f.

⁶⁴ Zum Ganzen KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 57), Rz. 2505.

⁶⁵ BGer v. 05.09.2016, 4A_368/2016 E. 2.2 u 2.3; BGer v. 08.04.2013, 4A_258/2012 E. 5.3.5; BGer v. 15.12.2003, 4C.28/2003 E. 2.

⁶⁶ ZK IPRG-GIRSBERGER/FURRER (Fn. 54), Art. 126 N 17; BSK IPRG-WATTER/ROTH PELLANDA (Fn. 54), Art. 126 N 13b.

⁶⁷ OFK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 63), Art. 126 N 7.

⁶⁸ ZK IPRG-GIRSBERGER/FURRER (Fn. 54), Art. 126 N 22; a.M. BSK IPRG-WATTER/ROTH PELLANDA (Fn. 54), Art. 126 N 25 ff.

das Erlöschen und die Art und Weise, in der die Vertretungsmacht ausgeübt werden soll.⁶⁹

Angewendet wird primär das Recht des Staates, in dem der Vertreter seine Niederlassung hat. Diese bestimmt sich nach Art. 20 Abs. 1 lit. c IPRG⁷⁰ bzw. nach Art. 126 Abs. 3 IPRG, wo fingiert wird, dass sich der Ort der Niederlassung des Vertreters am Sitz des Vertretenen befindet, falls er in einem Arbeitsverhältnis zum Vertretenen steht und selbst über keine eigene Geschäftsniederlassung verfügt. Bei mehreren Niederlassungen ist diejenige massgebend, zu der das Handeln des Vertreters den engsten Bezug aufweist.⁷¹

Hat der Vertreter keine Niederlassung oder ist diese für den Dritten nicht erkennbar, ist sekundär an das Recht des Staates, in dem der Vertreter im Einzelfall hauptsächlich handelt, anzuknüpfen (Art. 126 Abs. 2 *in fine* IPRG). Unter der «hauptsächlichen» Handlungstätigkeit wird der örtliche Schwerpunkt der Vertretertätigkeit verstanden.⁷²

Es gilt zu erwähnen, dass eine einseitige Rechtswahl (für das Stellvertretungsstatut) – ohne anderslautende gesetzliche Anordnung – seitens des Vertretenen nicht zulässig ist, selbst wenn diese für den Dritten erkennbar ist. Im Aussenverhältnis kommt einer Rechtswahl zwischen dem Vertreter und dem Dritten gegenüber dem Vertretenen keine Wirkung zu. Dagegen ist eine Rechtswahl möglich bzw. wirksam, wenn der Vertretene und der Dritte dieser – sei es auch nur konkludent – zugestimmt haben.⁷³

2. *Falsus Procurator im Besonderen (Art. 126 Abs. 4 IPRG)*

Die Bestimmung betrifft das zwischen dem nicht ermächtigten Vertreter (*falsus procurator*) und dem Dritten anwendbare Recht und verweist auf die Regelung von Abs. 2. Massgeblich ist somit in erster Linie das Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung des Vertreters befindet; beim Fehlen einer solchen wird subsidiär an den Ort der Haupttätigkeit des Vertreters angeknüpft.⁷⁴ Bei einem nicht ermächtigten Arbeitnehmer ohne eigene Geschäftsniederlassung gilt die Vermutung von Abs. 3.⁷⁵

⁶⁹ ZK IPRG-GIRSBERGER/FURRER (Fn. 54), Art. 126 N 25 ff.; vgl. FRANK VISCHER/LUCIUS HUBER/DAVID OSER, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Bern 2000, Rz. 1025.

⁷⁰ Siehe hierzu etwa BGE 134 III 224 E. 3.2.2.

⁷¹ ZK IPRG-GIRSBERGER/FURRER (Fn. 54), Art. 126 N 42

⁷² Vgl. ZK IPRG-GIRSBERGER/FURRER (Fn. 54), Art. 126 N 44 f. m.w.H.

⁷³ ZK IPRG-GIRSBERGER/FURRER (Fn. 54), Art. 126 N 50; vgl. BSK IPRG-WATTER/ROTH PELLANDA (Fn. 54), Art. 126 N 40; VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 69), Rz. 1025.

⁷⁴ KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 57), Rz. 2514.

⁷⁵ KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 57), Rz. 2515.

Diese Bestimmung kommt insbesondere dann zur Anwendung, wenn der Vertretene nicht bereit ist, das Rechtsgeschäft nachträglich zu genehmigen und der Dritte keinen Anspruch gegenüber dem Vertretenen erwirbt.⁷⁶ Das gem. Abs. 4 ermittelte Recht regelt die Frage, ob der Dritte vom *falsus procurator* Schadenersatz fordern oder ob er diesem gegenüber zumindest den (vermeintlich) erworbenen vertraglichen Anspruch geltend machen kann.⁷⁷ Kommt das schweizerische Recht zur Anwendung, bestimmen sich die Rechtsfolgen nach Art. 38 f. OR.⁷⁸

IV. Schlussbemerkungen

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf internationaler Ebene die Bestrebungen zur kollisionsrechtlichen Vereinheitlichung im Bereich des Stellvertretungsrechts gescheitert sind. Die Haager bzw. Genfer Übereinkommen sind bislang nicht in Kraft getreten. Das CISG enthält keine ausdrücklichen Regelungen betr. die Stellvertretung.

In Binnensachverhalten ist die vollmachtlose Stellvertretung im Obligationenrecht geregelt. Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts in internationalen Rechtsverhältnissen ist das schweizerische IPRG zu befragen, dessen Kollisionsregeln als Verweisungsgegenstände rechtssystematischen Begriffen des schweizerischen materiellen Rechts entsprechen und anknüpfungstechnisch zwischen dem Innen- und Aussenverhältnis unterscheiden. Folglich wird das auf das Innenverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter anwendbare Recht entweder durch die Rechtswahl oder aufgrund der objektiven Anknüpfung ermittelt. Das Aussenverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Dritten wird an die Niederlassung des Vertreters bzw. an den Schwerpunkt der Vertretertätigkeit angeknüpft. Diese objektive Anknüpfung ist auch für die vollmachtlose Stellvertretung massgebend.

⁷⁶ BSK IPRG-WATTER/ROTH PELLANDA (Fn. 54), Art. 126 N 41.

⁷⁷ BSK IPRG-WATTER/ROTH PELLANDA (Fn. 54), Art. 126 N 41; vgl. BSK OR I-WATTER (Fn. 5), Art. 39 N 13.

⁷⁸ Zum Ganzen siehe vorne II.

Vertragsfreiheit sowie Unternehmensübernahmen

PETER V. KUNZ*

Inhaltsverzeichnis

I.	Thomas Koller.....	471
II.	Konzeptionelles.....	472
III.	Wirtschaftsrecht als <i>Lex specialis</i>	473
	A. Gesellschaftsrecht.....	473
	1. Schranken.....	473
	2. Unterteilrechtsgebiete	474
	B. Finanzmarktrecht.....	476
	1. Schranken.....	476
	2. Unterteilrechtsgebiete	477
	C. Kartellrecht.....	478
IV.	Regelung gegen ausländische Übernahmen.....	479
	A. Beispiele im Ausland.....	479
	B. Handlungsbedarf für die Schweiz?	481
	1. Entwicklungen.....	481
	2. Einschätzung(en).....	482

I. Thomas Koller

Der *Emeritus in spe*, THOMAS KOLLER, und der Unterzeichner kennen sich nicht erst seit den gemeinsamen Tagen als ordentliche Professoren an der Universität Bern, sondern bereits seit dem *Jahr 1991*, also seit den Assistenzzeiten an zwei Lehrstühlen am «Falkenplatz 18». Es folgten unsere Co-Fakultätszeiten seit dem *Jahr 2005*, notabene mit THOMAS KOLLER als dem «ewigen Finanzchef» unserer Rechtswissenschaftlichen Fakultät.

THOMAS KOLLER zeichnete (und zeichnet) sich durch eine gewisse «Reserviertheit» gegenüber dem Rechtsgebiet «Wirtschaftsrecht» aus, was zu akzeptieren ist. Im Folgenden soll aber eine Verwandtschaft unserer Fachgebiete aufgezeigt werden, konkret an einem obligationenrechtlichen Grundprinzip:

* Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Rechtsanwalt, LL.M., Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Institut für Wirtschaftsrecht, Universität Bern. Der Beitrag wurde Anfang April 2018 abgeschlossen.

THOMAS KOLLER hat in Forschung und Lehre eindrücklich aufgezeigt, dass die *Vertragsfreiheit nicht schrankenlos* sein kann, gerade etwa im Zusammenhang mit AGB bei Standardverträgen¹, und vergleichbare (legislative) Einschränkungen ergeben sich aus dem Wirtschaftsrecht in Bezug auf *Unternehmensübernahmen*.

In meiner Funktion als *Dekan* seit dem Jahr 2015 bedanke ich mich im Namen unserer Fakultät bei THOMAS KOLLER für die geleisteten Dienste in der Lehre und in der Forschung an der Universität Bern, mit Ausstrahlung weit darüber hinaus. Ich wünsche Dir und Deiner Familie nur das Allerbeste und anerkenne neidlos: Unser *wahrer Doyen* tritt nunmehr ab!

II. Konzeptionelles

Im Wirtschaftsrecht wird seit langer Zeit intensiv über *Unternehmensübernahmen* diskutiert². Dies muss insofern überraschen, als solche Übernahmen von Körperschaften³ unter rechtlichen Aspekten ein *primär vertragsrechtliches* und konzeptionell eher am Rand ein wirtschaftsrechtliches Thema darstellen (beispielsweise braucht es, und damit anders als bei Fusionen⁴, keine Zustimmung von Gesellschaftern bzw. von GV)⁵. Prototypisch erfolgt eine Unternehmensübernahme durch *Beteiligungsveräusserungen* von Gesellschaftern⁶ an Dritte⁷, ohne dass dies die Gesellschaft (oder den Staat) zu kümmern hat.

¹ Vgl. THOMAS KOLLER, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 17 (2008) 943 ff.

² Bereits vor fast 30 Jahren: ROLF WATTER, Unternehmensübernahmen (Habil. Zürich 1990) *passim*.

³ Im Folgenden liegt der Fokus auf Aktiengesellschaften (AG) sowie auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH).

⁴ Bei einer Fusion wird die übertragende («übernommene») Gesellschaft aufgelöst und im Handelsregister gelöscht, wohingegen bei der Unternehmensübernahme die Unternehmung als solche bestehen bleibt.

⁵ In der Wirtschaftsrealität kommen allerdings – mindestens bei «*unfriendly takeovers*» von Publikumsgesellschaften – regelmässig Generalversammlungen (GV) der Publikumsgesellschafter vor, um nach einer Unternehmensübernahme beispielsweise die Mitglieder des Verwaltungsrats (VR) abzuberufen oder die Gesellschaftsstatuten anzupassen.

⁶ Als *Verpflichtungsgeschäfte* dürfte es meist um Kaufverträge gehen, wobei (seltener) Tausch- und Schenkungsverträge ebenfalls vorkommen; generell: URS SCHENKER, Unternehmenskauf: Rechtliche und steuerliche Aspekte (Bern 2016) 219 ff.

⁷ Die Beteiligungsveräusserung ist die Basis der Unternehmensübernahme, die jedoch erst erfolgt, wenn die *Kontrolle bzw. Beherrschung erworben* wird; dies geschieht nicht allein durch Alleinbeteiligung, sondern bereits durch Mehrheitsbeteiligung und – in Ausnahmefällen – ev. durch Minderheitsbeteiligung.

Vom Konzept her betrifft also dieses *Drittgeschäft* ausschliesslich den Veräusserer sowie den Erwerber von Beteiligungspapieren (Aktien, Stammanteile etc.)⁸. Gesellschaftsrechtlich interessiert in erster Linie der *Gesellschafter*- bzw. *Minderheitenschutz*. Diese privaten Rechtsgeschäfte geniessen ausserdem einen weiteren rechtlichen Schutz, sozusagen auf einer höheren Ebene: die *Eigentumsgarantie* (Art. 26 BV⁹) sowie die *Vertragsfreiheit* (z.B. Art. 19 OR). Die Grundrechte in der Schweiz sind im Rahmen von Art. 36 BV indessen *nicht schrankenlos*, sofern eine gesetzliche Grundlage sowie öffentliche Interessen bestehen, die Eingriffe verhältnismässig sind, und die Kerngehaltsgarantie nicht verletzt wird.

In der Schweiz wird bei Unternehmensübernahmen *de iure* die *Vertragsfreiheit stark relativiert*, notabene durch das *Wirtschaftsrecht* (sozusagen als *Lex specialis*). Unter Grundrechtsaspekten muss – unbesehen der beschränkten Überprüfbarkeit gemäss Art. 190 BV – jede rechtliche Einschränkung auf deren *Bundesverfassungskonformität* hin überprüft werden. *Legislativschranken* ergeben sich *de lege lata* insbesondere aus dem Gesellschaftsrecht, aus dem Finanzmarktrecht und aus dem Kartellrecht; *de lege ferenda* besonders emotional wird momentan eine Regelung zu Unternehmensübernahmen durch Ausländer debattiert.

III. Wirtschaftsrecht als *Lex specialis*

A. Gesellschaftsrecht

1. Schranken

Bei der AG¹⁰ – als Prototyp der Körperschaft – hat deren VR sowohl Sorgfalts-, Treue- als auch Gleichbehandlungspflichten (Art. 717 OR). Dem VR steht jedoch *prinzipiell kein Mitspracherecht zum Mitgliederwechsel* als solchem zu¹¹. Die Veräusserung bzw. der Erwerb von Beteiligungen, als zentrale

⁸ Nebst solchen Unternehmensübernahmen als *Gesellschaftskäufe* («Share Deals») gibt es Betriebskäufe («Asset Deals»), auf die nicht eingegangen wird.

⁹ SR 101.

¹⁰ Art. 620 ff. OR (SR 220).

¹¹ Der VR kann keinen «Gesinnungscheck» bei den (künftigen) Aktionären vornehmen; es besteht *keine aktienrechtliche Handhabe* z.B. gegen ausschliesslich kurzfristig und einzig renditeorientierte «Finanzinvestoren», denn Aktionäre haben im Rahmen von Art. 680 Abs. 1 OR keine Pflichten.

Grundvoraussetzung für Unternehmensübernahmen, sieht *keine Bewilligungspflicht* vor¹², d.h. die *Vertragsfreiheit* gelangt zur Anwendung.

Sozusagen als gesellschaftsrechtliche «Verlängerung» der Vertragsfreiheit steht jedem Gesellschafter ein *Beteiligungsveräusserungsrecht* zu; konzeptionell hebt dieses Veräusserungsrecht, notabene ein Vermögensrecht des Gesellschafters, das gesellschaftsrechtliche *Gesamtkonzept von «Exit»* (in Ergänzung zu «Voice») hervor, das in weiten Teilen des Körperschaftsrechts vorherrschend ist. Für diese «Exit»-Variante¹³ bestehen gesetzliche Schranken¹⁴ einerseits und privatautonome Schrankenmöglichkeiten¹⁵ andererseits.

2. Unterteilrechtsgebiete

Das *Aktienrecht* – anders als das Personengesellschaftsrecht – nimmt keinen unmittelbaren Bezug auf den Gesellschafter, so dass die *Handelbarkeit der Aktien* (und damit das Veräusserungsrecht der Aktionäre) im Vordergrund steht¹⁶. Die Zulässigkeit von *vinkulierten Namenaktien*, für deren Übertragung die Zustimmung der betroffenen AG erforderlich ist¹⁷, erweist sich somit als aktienrechtliche Systemdurchbrechung. Diese *Relativierung der Vertragsfreiheit* wird immerhin im Rahmen von Art. 685a ff. OR relativiert¹⁸.

Im Aktienrecht wird bloss eine einzige *gesetzliche* Übertragungsbeschränkung vorgesehen, nämlich Art. 685 OR für nicht voll liberierte Namenaktien: «Dies ist als klares Indiz für die vom Gesetzgeber im Sinne einer Interessenabwägung zugunsten der Gesellschafter betonte Wichtigkeit der Veräusserbarkeit bzw. der Übertragbarkeit der Mitgliedschaft bei Kapitalgesellschaften

¹² Die Aktionäre suchen sich den VR aus (und wählen diesen: Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR), nicht umgekehrt; vgl. PETER V. KUNZ, Der Verwaltungsrat ist keine Vormundschaftsbehörde für Aktionäre – Plädoyer für die Eigenverantwortlichkeit der Investoren in der Schweiz, NZZ Nr. 273 (2007) 29.

¹³ Detailliert: PETER V. KUNZ, Zu «Exit» und «Voice»: Grundmechanismen des Minderheitenschutzes bzw. des Aktionärsschutzes, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI (Bern 2016) 23 ff. m.w.H.

¹⁴ Als aktienrechtliches Beispiel kann die gesetzliche Vinkulierung von nicht voll liberierten Namenaktien erwähnt werden: Art. 685 OR.

¹⁵ Dazu gehören – als Beispiele – die statutarische Vinkulierung gemäss Art. 685a ff. OR sowie die vertraglichen Erwerbsrechte an Beteiligungspapieren (sc. Kauf-, Vorkauf- und Vorhandrechte).

¹⁶ Vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht (Bern 2014) § 3 N 56.

¹⁷ Art. 685a Abs. 1 OR: «Die Statuten können bestimmen, dass Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen».

¹⁸ Die statutarische Vinkulierung bei AG hat *relativ enge Grenzen* zu beachten; generell: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht (4. A. Zürich 2009) § 6 N 46 ff. (re börsenkotierte Aktien) und N 194 ff. (re nicht kotierte Aktien); HANSPETER KLÄY, Die Vinkulierung – Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht (Diss. Basel 1996) *passim*.

und damit für die «exit»-Variante zu deuten»¹⁹. Weitere Schranken können auf der *privatautonom* Ebene vorgesehen werden²⁰.

Eine *intensivere Vinkulierung* als das Aktienrecht sieht das *Recht der GmbH* für die Übertragung von Stammanteilen vor, und zwar *ex lege*: «Die Abtretung von Stammanteilen bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Die Gesellschafterversammlung kann die Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigern» (Art. 786 Abs. 1 OR)²¹; insbesondere die Möglichkeit einer Zustimmungsverweigerung «*ohne Angabe von Gründen*» schränkt die Vertragsfreiheit (und damit die Eigentumsgarantie) wesentlich ein²².

Die «*Exit*»-Variante für Kapitalgesellschafter umfasst im Wesentlichen drei Elemente, die durch diverse legale Schranken betroffen sein können: das *Grundelement* von «Exit» (also die prinzipielle Übertragungsfreiheit bzw. die Möglichkeit der Investoren, ihre Beteiligungen zu «versilbern»), das *Preiselement* (d.h. die Übertragung muss nicht allein möglich sein, sondern korrekt «entschädigt» werden, etwa durch Marktpreise oder durch Garantien zum «inneren Wert») sowie schliesslich die *Käuferwahlfreiheit* (Frage: Kann sich der Veräusserer den konkreten Erwerber und «Gesellschafternachfolger» frei aussuchen?)²³.

Vinkulierungsmöglichkeiten bei Kapitalgesellschaften mögen sinnvoll sein bei *Klein- oder Kleinstverhältnissen* (sc. bei KMU und ev. bei Familiengesellschaften), hingegen nicht bei Publikumsgesellschaften²⁴. M.E. erscheint indes die *Bundesverfassungskonformität* der Vinkulierung *zweifelhaft*, insbesondere, was die öffentlichen Interessen sowie die Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 2 bzw. Abs. 3 BV) betrifft²⁵. Vom gesellschaftsrechtlichen

¹⁹ PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001) § 4 N 152; detailliert zur «Exit»-Variante: ebd. § 4 *passim* (und zu den Elementen von «Exit»: ebd. N 71 ff.).

²⁰ Konkret: statutarische Vinkulierung (Art. 685a ff. OR) sowie vertragliche Erwerbsrechte (re ABV).

²¹ Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht (11. A. Bern 2012) § 18 N 93 ff.

²² Diese weitgehende *gesetzliche* Ordnung bei GmbH kann sogar statutarisch *verschärft* werden durch ein Veräusserungsverbot: Art. 786 Abs. 2 Ziff. 4 OR; als Kompensation bleibt in diesem Fall indessen für die Gesellschafter ein «Recht auf Austritt aus wichtigem Grund» vorbehalten: Art. 786 Abs. 3 OR.

²³ Die Vertragsfreiheit sichert sämtliche drei Elemente ab, anders das Gesellschaftsrecht.

²⁴ PETER JUNG/PETER V. KUNZ/HARALD BÄRTSCHI, Gesellschaftsrecht (Zürich 2016) § 8 N 138.

²⁵ Beispielsweise sind keine öffentlichen Interessen erkennbar, Unternehmensübernahmen mittels Vinkulierung generell zu verhindern; unverhältnismässig sind zudem Übertragungsschranken, wenn entweder das Grundelement oder das Preiselement der «Exit»-Variante betroffen ist.

Rechtsetzer werden diese Bedenken allerdings nicht aufgenommen, ganz im Gegenteil²⁶.

B. Finanzmarktrecht

1. Schranken

Das Finanzmarktrecht sieht – im Prinzip – *keine Übertragungsschranken* für Beteiligungen vor und lässt insofern Gesellschaftsübernahmen ohne weiteres zu. Immerhin gelangen die gesellschaftsrechtlichen Schranken (v.a. Vinkulierungen) bei den Finanzintermediären ebenfalls zur Anwendung. Das Finanzmarktrecht kennt im Übrigen – als Grundsatz – *keine generelle Bewilligungspflicht* der FINMA²⁷ betreffend Unternehmensübernahmen²⁸. Unbesehen dessen bestehen diverse finanzmarktrechtliche Sicherungsmechanismen im Zusammenhang mit Gesellschaftsübernahmen, die sich als *faktische Schranken* erweisen können.

Im Finanzmarktrecht werden – als erstes Beispiel – gewisse *Mindeststandards* vorgesehen²⁹, zumindest für den Fall öffentlicher Übernahmen von Publikumsgesellschaften³⁰; entsprechende finanzmarktrechtliche Vorgaben stellen Schranken der Vertragsfreiheit sowie der Eigentumsgarantie dar. Eine weitere Einschränkung – als zweites Beispiel – ergibt sich aus *Gewährvorschriften*; solche personellen Bewilligungsvoraussetzungen³¹ in Verfahren vor der FINMA betreffen nicht nur die VR oder die GL (Organgewähr), sondern

²⁶ Bei der aktuellen «grossen» *Aktienrechtsrevision* soll die *Vinkulierung verschärft* werden bei kotierten Namenaktien, und zwar mit der expliziten Erwähnung von «Effektenleihen» u.Ä. re Umgehungsmöglichkeiten (vgl. Botschaft zum OR 2016: BBl 2017 532; vgl. Art. 685d Abs. 2 E-OR 2016: BBl 2017 704); dabei handelt es sich um einen der wenigen Punkte, der sogar rechtspolitisch unbestritten scheint.

²⁷ Bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) handelt es sich um die zentrale finanzmarktrechtliche Aufsichtsbehörde.

²⁸ Die FINMA hat in erster Linie die Geschäftstätigkeit von Finanzintermediären zu bewilligen.

²⁹ Eine *Übernahmeverhinderung als solche* stellt kein legitimes Ziel dar (und würde zusätzlich dem öffentlichen Interesse widersprechen); die Zielsetzungen des Finanzmarktrechts betreffen denn auch vielmehr – als Beispiele – die *Reputation des Finanzplatzes* oder den *Anlegerschutz*; einige Ziele ergeben sich aus Art. 1 Abs. 2 FinfraG (SR 958.1).

³⁰ Vgl. Art. 125 ff. FinfraG (sc. Übernahmerecht); Legaldefinition für *öffentliche Kaufangebote*: «Angebote zum Kauf oder zum Tausch von Aktien, Partizipations- oder Genussscheinen oder von anderen Beteiligungspapieren (Beteiligungspapiere), die sich öffentlich an Inhaberinnen und Inhaber von Aktien oder von anderen Beteiligungspapieren richten» (Art. 2 lit. i FinfraG).

³¹ Hinweise: PETER V. KUNZ, Kreuzfahrt durch's schweizerische Finanzmarktrecht (Bern 2014) 40 f.

z.T. ebenfalls *massgeblich beteiligte Gesellschafter* der Finanzintermediäre³² (Beteiligtengewähr)³³, so dass Unternehmensübernahmen durch die FINMA verhindert werden können³⁴.

2. Unterteilrechtsgebiete

Das finanzmarktrechtliche Übernahmerecht³⁵, Teil des Börsengesellschaftsrechts, sieht eine Ordnung für *öffentliche Kaufangebote* im Rahmen von Art. 125 ff. FinfraG vor³⁶, sozusagen als *Lex specialis* zum Kauf- und Tauschrecht (Art. 184 ff. OR)³⁷. Die Übernahmekommission (UEK) gemäss Art. 126 FinfraG spielt die übernahmerechtliche Hauptrolle, mit der FINMA zwar nicht als Statistin, jedoch in der Nebenrolle. Der *Entscheid zur Übernahme* – korrekter: der *Entscheid zur individuellen Veräusserung der Beteiligungspapiere* – wird nicht durch die *Zielgesellschaft* oder durch die *Behörde(n)*, sondern einzig durch die Aktionäre gefällt.

Die *Gesellschafter der Zielgesellschaft* erhalten, etwas trivialisiert, durch ein «Ping Pong» zwischen dem Anbieter, der Zielgesellschaft, der UEK sowie der Prüfgesellschaft *detaillierte Informationen* als Entscheidungsgrundlage: Angebotsprospekt (Art. 127 Abs. 1 FinfraG), Prüfung durch Prüfgesellschaft (Art. 128 FinfraG), Veröffentlichung des Ergebnisses des Angebots (Art. 130 FinfraG), Bericht des VR der Zielgesellschaft (Art. 132 Abs. 1 FinfraG) sowie schliesslich Vollzug durch die UEK (Art. 138 ff. FinfraG). Die *autonom entscheidenden Aktionäre* können ihre Beteiligungen veräussern, müssen dies allerdings nicht³⁸.

³² Für eine massgebliche Beteiligung muss die betreffende Gesellschaft zu mind. 10 % direkt oder indirekt am Kapital oder an den Stimmrechten beteiligt sein; Beispiel: Art. 3 Abs. 2 lit. c^{bis} BankG (SR 952.0).

³³ Detailliert: ELIAS BISCHOF, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (...) (Diss. Basel 2016) N 64 ff. sowie N 618 ff. (teils wird von «Aktionärsgeväähr» gesprochen: ebd. N 64 m.w.H.); zudem: MARK-OLIVER BAUMGARTEN/PETER BURCKHARDT/ALEXANDER ROESCH, Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren, AJP 15 (2006) 169 ff.

³⁴ M.W. ist dies bis anhin jedoch noch nie geschehen.

³⁵ Dieser Rechtsbereich enthält marktneutrale Regelungen zum Aktionärsschutz, und zwar mit Betonung der *Transparenz* sowie der *Gleichbehandlung*: URS SCHENKER, Schweizerisches Übernahmerecht (Habil. St. Gallen 2008) 199 ff.

³⁶ Die übernahmerechtlichen Details finden sich in der UEV (SR 954.195.1).

³⁷ In diesem Sinn: PETER V. KUNZ, Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht (2. A. Bern 2012) 136; das Übernahmerecht gemäss Art. 125 ff. FinfraG gilt ausschliesslich für Aktien etc. an Publikumsgesellschaften oder m.a.W. bei *Unternehmen mit kotierten Beteiligungspapieren*: Art. 125 Abs. 1 FinfraG i.V.m. Art. 2 lit. f FinfraG.

³⁸ Vorbehalten bleibt die «Kraftloserklärung der restlichen Beteiligungspapiere»: Art. 137 FinfraG.

Teils sehen *Gewährbestimmungen* eine *Beteiligtengewähr* vor, die es ermöglichen, eine Unternehmensübernahme zur verhindern. Die FINMA erteilt beispielsweise eine *Bankbewilligung* nur, aber immerhin, wenn «die natürlichen und juristischen Personen, welche direkt oder indirekt mit mindestens 10 Prozent des Kapitals oder der Stimmen an der Bank beteiligt sind oder deren Geschäftstätigkeit auf andere Weise massgebend beeinflussen können (qualifizierte Beteiligung), gewährleisten, dass sich ihr Einfluss nicht zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit auswirkt» (Art. 3 Abs. 2 lit. c^{bis} BankG³⁹)⁴⁰.

M.E. steht die *Bundesverfassungskonformität* der finanzmarktrechtlichen Schranken betreffend Eigentumsgarantie sowie Vertragsfreiheit – anders als bei der gesellschaftsrechtlichen Vinkulierung – *ausser Zweifel*. Die gesetzliche Grundlage ist gegeben (Art. 36 Abs. 1 BV), die Kernehaltsgarantie bleibt gewahrt (Art. 36 Abs. 4 BV), und die finanzmarktrechtlichen Vorgaben scheinen verhältnismässig (Art. 36 Abs. 3 BV); ausserdem können öffentliche Interessen an diesen Schranken (Art. 36 Abs. 2 BV) kaum bestritten werden.

C. Kartellrecht

Die individuellen Übertragbarkeiten von Beteiligungen (und damit allenfalls die Übernahmen von Gesellschaften) können nicht nur durch das Gesellschaftsrecht sowie durch das Finanzmarktrecht in Frage gestellt sein, sondern ebenfalls durch das Wettbewerbsrecht⁴¹. In diesem Zusammenhang spielt das Lauterkeitsrecht keine Rolle, anders hingegen das *Kartellrecht*. Das *kartellrechtliche Übernahmerecht* («Fusionskontrolle») basiert auf Art. 4 Abs. 3 KG⁴² i.V.m. Art. 9 ff. KG auf der einen Seite sowie auf der VKU⁴³ auf der anderen Seite.

Das Kartellrecht enthält eine Präventivregulierung betreffend *Unternehmenszusammenschlüsse*, die künftig zu Wettbewerbsbeschränkungen führen könn-

³⁹ Eine bankgesetzliche Sonderordnung gelangt für den Fall zur Anwendung, dass ein «beherrschender ausländischer Einfluss besteht» (z.B. durch eine Unternehmensübernahme): Art. 3^{bis} BankG.

⁴⁰ Ähnlich re *kollektive Kapitalanlagen*: Art. 14 Abs. 1 lit. b KAG (SR 951.31); vgl. THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts (Bern 2014) N 1161 f.; der Geschäftsplan einer *Privatversicherung* muss Angaben enthalten «über die Personen, welche direkt oder indirekt mit mindestens 10 Prozent des Kapitals oder der Stimmen am Versicherungsunternehmen beteiligt sind oder dessen Geschäftstätigkeit auf andere Weise massgebend beeinflussen können»: Art. 4 Abs. 2 lit. f VAG (SR 961.01).

⁴¹ In der Wirtschaftsrealität stellt das Kartellrecht regelmässig die grösste Hürde im Hinblick auf konkrete Unternehmensübernahmen dar.

⁴² SR 251.

⁴³ SR 251.4.

ten. Der Begriff «Unternehmenszusammenschlüsse» umfasst nicht allein Fusionen i.e.S. (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG), sondern jeden «Vorgang, wie namentlich [den] Erwerb einer Beteiligung (...), durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen» (Art. 4 Abs. 3 lit. b KG)⁴⁴, also m.a.W. ebenfalls *Unternehmensübernahmen* durch Beteiligungserwerb⁴⁵.

Sofern bestimmte quantitative Aufgreifkriterien erfüllt sind, entsteht für die betroffenen Unternehmen eine *Meldepflicht* gegenüber der WEKO⁴⁶, und zwar vor dem Vollzug des geplanten Zusammenschlusses (Art. 9 Abs. 1 KG). Im Anschluss kommt es zu *Prüfungen der WEKO* im Rahmen von Art. 10 KG i.V.m. Art. 32 ff. KG⁴⁷. Die WEKO kann einen solchen «Zusammenschluss untersagen» (Art. 10 Abs. 2 KG) und damit eine *Unternehmensübernahme verhindern*, allerdings einzig unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten⁴⁸.

IV. Regelung gegen ausländische Übernahmen

A. Beispiele im Ausland

Das *EU-Recht* basiert auf dem Grundsatz, dass im Zusammenhang mit Auslandsinvestitionen, inklusive der Übernahme von Gesellschaften, keine hoheitlichen Interventionen vorkommen. Die *Kapitalverkehrsfreiheit* gehört zu den Grundfreiheiten der EU⁴⁹, und selbst Unternehmen aus Nichtmitglieds-

⁴⁴ Es handelt sich um eine legislative wirtschaftliche Betrachtungsweise; zu Art. 4 Abs. 3 KG: ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht (2. A. Bern 2005) N 721 ff.

⁴⁵ Zum «Erwerb von Beteiligungsrechten»: Art. 1 VKU; bei Zusammenschlussvorhaben von Banken informiert die WEKO die FINMA: Art. 10 VKU.

⁴⁶ Die Wettbewerbskommission (WEKO) ist die kartellrechtliche Aufsichtsbehörde.

⁴⁷ Allg.: SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz (Diss. Bern 2012) *passim*.

⁴⁸ Art. 10 Abs. 2 KG: «Die Wettbewerbskommission kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss: a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt»; die WEKO muss die Marktentwicklungen sowie die Stellungen der Gesellschaften im internationalen Wettbewerb in ihre Erwägungen miteinbeziehen: Art. 10 Abs. 4 KG; vgl. EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY/GREGOR WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (4. A. Bern 2017) N 1768.

⁴⁹ Statt vieler: ANDREAS ENGERT, Gesellschaftsrecht, in: Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht (3. A. Baden-Baden/Basel 2013) N 15 ff.

staaten können sich darauf berufen⁵⁰. Zentrale Ausnahme vom Grundsatz sind die «Golden Shares», die in diversen Staaten der EU vorkommen⁵¹; die Praxis des EuGH zu deren rechtlichen Zulässigkeit erscheint schwankend.

Zahlreiche Staaten kennen Regelungen, die staatlichen Behörden sowohl Informations-, Mitsprache- als auch Interventionsrechte im Hinblick auf ausländische Unternehmensübernahmen einräumen⁵², und zwar meist aus (angeblichen) «Sicherheitsüberlegungen»; in den nationalen Rechtsordnungen wird entsprechend vorausgesetzt, dass es sich um Gesellschaften von «strategischem» bzw. von «nationalem» Interesse handelt⁵³. In Deutschland kam es im Jahr 2017 zur Erweiterung der aussenwirtschaftsrechtlichen Ordnung⁵⁴, die es der Bundesregierung erlaubt, bei Unternehmensübernahmen durch ausländische Investoren⁵⁵ zu intervenieren; Hintergrund waren Befürchtungen vor chinesischen «Staatskonzernen»⁵⁶.

Bereits seit Jahrzehnten bestehen umfassende Interventionsmöglichkeiten in den USA. Dass diese legalen Möglichkeiten im Zeitgeist von «America First» intensiv genutzt werden (sollen), kann nicht wirklich überraschen. Zuständige Behörde ist eine wirtschaftspolitische «Superbehörde»: das sog. *Committee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS)⁵⁷, das gerade in jüngster

⁵⁰ Es gilt das *Erga-omnes*-Prinzip; generell: ROGER ZÄCH, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts (2. A. Zürich 2005) N 550 ff.

⁵¹ Solche «Golden Shares» («Goldene Aktien») erlauben eine staatliche Privilegierung, die weiter geht als das Kapitalstimmrecht, und zwar bei Gesellschaften von «nationalem Interesse» (vgl. das VW-Gesetz in Deutschland zugunsten des Bundeslandes Niedersachsen); allg.: MATHIAS HABERSACK/DIRK VERSE, Europäisches Gesellschaftsrecht (4. A. München 2011) § 3 N 33 ff.

⁵² Generell: CHRISTIAN TIETJE/BERNHARD KLUTTIG, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen und -übernahmen – Zur Rechtslage in den USA, Grossbritannien, Frankreich und Italien (Halle 2008) *passim*.

⁵³ Die Interpretation erfolgt nicht selten politisch-extensiv.

⁵⁴ Neunte Verordnung zur Änderung der Aussenwirtschaftsverordnung vom 14. Juli 2017 des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie.

⁵⁵ Die Ordnung betrifft einzig Investoren aus Ländern *ausserhalb* EU/EFTA, die Beteiligungen von mehr als 25 % an Unternehmen mit «kritischen Infrastrukturen» erwerben wollen.

⁵⁶ HB Nr. 133 (2017) 8 («Unerwünschter Schutz vor Übernahmen»); NZZ vom 13. Juli 2017, 34 («Deutschland düpiert die Eigentümer»).

⁵⁷ Rechtsgrundlage: Section 721 of the Defense Production Act of 1950, 50 U.S.C. App. 2170; primäre Zuständigkeit: U.S. Department of the Treasury (Finanzministerium); ausserdem: Foreign Investment and National Security Act of 2007; zur Praxis des CFIUS (im Gegensatz zu den Möglichkeiten in den EU): TOBIAS A. HEINRICH, Europäisches Investmentscreening «light», Recht und Kapitalmarkt vom 16. September 2017, 13.

Vergangenheit besonders aktiv erscheint⁵⁸. Diese Behörde erweist sich in der Praxis v.a. interessiert an Informationsnachfragen über allfällige Investoren⁵⁹.

B. Handlungsbedarf für die Schweiz?

1. Entwicklungen

Seit einiger Zeit erweisen sich Auslandsinvestitionen sowie ausländische Unternehmensübernahmen als *beliebtes politisches Aufregerthema* in der Schweiz, das emotional bewirtschaftet werden kann (nicht zuletzt durch Zielgesellschaften im «Abwehrkampf»)⁶⁰; mit patriotischen Untertönen scheint fast ein «*Switzerland First*» angestrebt zu werden⁶¹: «Schweizer Industriepersonen» sollen vor «ausländischen *Raidern*» geschützt werden (Beispiele: Sulzer, Implenia und Sika), obwohl es primär um *wirtschaftspolitischen Heimatschutz* geht⁶².

Diverse *politische Vorstösse* im Bundesparlament der jüngsten Vergangenheit gehen auf solche Ängste vor Übernahmen zurück, insbesondere durch chinesische «Staatskonzerne». Auffällig erscheint in diesem Zusammenhang die *breite politische Harmonie* vom rechten Politlager (SVP)⁶³ bis zum linken Politlager (SP). Es wird beispielsweise vorgeschlagen, dass Energieinfrastrukturen (z.B. Stromnetze) der «Lex Koller» und damit einer Bewilligungspflicht unterstellt werden⁶⁴, und dass in Zukunft eine neue Bundesbehörde

⁵⁸ Diese Behörde untersagte beispielsweise die Übernahme der kalifornischen Qualcomm durch Broadcom aus Singapur im Jahr 2018 und den Verkauf von Lattice an chinesische Kaufinteressenten im Jahr 2017; seit Beginn der 1990er-Jahre kam es insgesamt jedoch nur zu fünf behördlichen Interventionen: NZZ vom 14. März 2018, 25 («Trump blockiert Mega-Deal»).

⁵⁹ Beispiele: NZZ vom 13. Dezember 2017, 25 («HNA macht ein Geheimnis um sich»).

⁶⁰ Vor diesem Hintergrund lassen sich immer wieder *Politiker* (sowie gewisse Medien) *instrumentalisieren* für «patriotische Abwehrkämpfe» gegen ausländische Übernahmen.

⁶¹ Eindrückliches Beispiel (notabene auf den «1. August» hin): Blick vom 31. Juli 2017, 1 ff. (Frontseite, rot mit Schweizerkreuzen: «Ausverkauf der Heimat – Rettet die Schweizer Firmen!»); Seiten 2 und 3: «Politiker warnen vor Ausverkauf der Heimat: „China führt einen Wirtschaftskrieg“»; Schweiz am Sonntag vom 21. Oktober 2017, 1 ff. («Schweiz soll Firmen von Chinas Übernahme-Hunger schützen»).

⁶² Nicht allein Politiker, sondern ebenfalls Journalisten sprechen sich für neue Abwehrmechanismen in der Schweiz aus; als Beispiel: PATRIK MÜLLER, Leichtfertiger Firmen-Ausverkauf nach China, Schweiz am Sonntag vom 21. Oktober 2017, 21 (sc. «Falsch verstandener Liberalismus»).

⁶³ Interpellation 17.3388 (Übernahmen schweizerischer Unternehmen durch chinesische Staatsfirmen [...]) von NR H.-U. Vogt; Interpellation 17.3671 (Übernahmen schweizerischer Unternehmen durch chinesische Staatsfirmen [...]) von NR H.-U. Vogt.

⁶⁴ Parlamentarische Initiative 16.498 (Unterstellung der strategischen Infrastrukturen der Energiewirtschaft unter die Lex Koller) von NR J. Badran: Es «soll aus ordnungs-

insbesondere Unternehmensübernahmen durch Ausländer zu prüfen sowie zu bewilligen hat⁶⁵.

Industriepolitische Interventionen werden traditionellerweise *abgelehnt* in der Schweiz, selbst wenn sie mit zusätzlichen (angeblichen) «Sicherheitsüberlegungen» begründet werden. Diese Ablehnung erfolgt nicht zuletzt angesichts der Bedeutung von *schweizerischen Direktinvestitionen im Ausland*: «Der Bundesrat ist der Ansicht, dass eine offene Politik der Schweiz gegenüber Investitionen aus dem Ausland zentral ist, um dem Wirtschaftsstandort Schweiz einen ausreichenden Zufluss von Kapital und Know-how zu sichern (...)»⁶⁶.

2. *Einschätzung(en)*

De lege lata erweist sich die Wirtschaftsrechtslage als klar: Es gilt – vorbehältlich der bei Unternehmensübernahmen noch nie angewendeten polizeilichen Generalklausel – der Grundsatz der freien Übertragbarkeit von Beteiligungen (als Basis von Gesellschaftsübernahmen), und seltene legislative Ausnahmen bestehen nur, aber immerhin, im Kapitalgesellschaftsrecht, in finanzmarktrechtlichen Unterteilrechtsgebieten sowie im Kartellrecht; es bestehen indessen *keine Interventionsmöglichkeiten* aus irgendwelchen *wirtschaftspolitischen* Motiven, selbst wenn «Sicherheitsüberlegungen» geltend gemacht werden⁶⁷.

Im Rahmen der Wirtschaftsglobalisierung verfolgt die Schweiz eine *liberale Investitionspolitik*. Dies betrifft Schweizer im Ausland und Ausländer in der Schweiz, was für eine positive Standortpolitik unerlässlich scheint. Dass eine

politischen Gründen ein Verkauf solcher Infrastrukturen (...) an Personen im Ausland grundsätzlich ausgeschlossen werden» (Begründung); ablehnend: MARTIN FÖHSE, Die Angst vor dem bösen Drachen, NZZ vom 29. März 2018, 10.

⁶⁵ Motion 18.3230 (Behörde für eine souveräne und nachhaltige industrielle Entwicklung der Schweiz) von NR C. Pardini: «Der Bundesrat wird beauftragt, ein Gremium im Sinne eines Service public zu schaffen (...), das Übernahmen und Fusionen von industriestrategisch bedeutsamen Unternehmen unter Beteiligung ausländischen Kapitals vorgängig prüft und bewilligen muss» (Begründung); u.a. soll dieses Gremium sicherstellen: die «digitale Revolution», den «ökologischen Umbau» sowie das Ziel, «keinen volkswirtschaftlich notwendigen Industrieanteil von 20 Prozent des BIP zu garantieren» (ebd.).

⁶⁶ Stellungnahme des BR zur Interpellation 17.3387 (Übernahme schweizerischer Unternehmen durch chinesische Staatsfirmen [...]) von NR H.-U. Vogt; die schweizerischen Direktinvestitionen im Ausland betragen im Jahr 2015 ca. CHF 1'120 Mia., vom Ausland in der Schweiz ca. CHF 833 Mia. (ebd.).

⁶⁷ Zur Einschränkung z.B. der Eigentumsgarantie fehlt eine gesetzliche Basis: Art. 26 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 36 Abs. 1 BV; m.E. könnte der BR gestützt auf die *polizeiliche Generalklausel* eingreifen; allg.: PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft (3. A. Bern 2011) § 7 N 102 ff. sowie § 46 N 25 ff.

populistische «Abwehrpolitik» heute populär sein dürfte, kann – bis zu den Bundesparlamentswahlen im Jahr 2019 – kaum überraschen. M.E. sollte trotzdem *kein generelles Übernahmeabwehrgesetz* vorgesehen werden⁶⁸.

De lege ferenda kann – und soll – zwar darüber debattiert werden, gewisse Unternehmungen oder sogar bestimmte Wirtschaftsbereiche von *nationalem Interesse* gesetzlich abzusichern (Art. 36 Abs. 2 BV: «öffentliches Interesse»), wobei es in diesem Zusammenhang ausschliesslich um *Infrastrukturbereiche* gehen darf⁶⁹; d.h. Übernahmen z.B. von Nestlé, Novartis, UBS oder ABB müssen in Zukunft (weiterhin) möglich sein⁷⁰. Unter dem Aspekt des *Verhältnismässigkeitsprinzips* könnte aber wohl auf eine Regulierung verzichtet werden, weil diese Unternehmen in der Schweiz regelmässig durch *Staatsbeteiligungen* «geschützt» sind⁷¹.

⁶⁸ Vgl. PETER V. KUNZ, Angst vor China?, Nordwestschweiz/Aargauer Zeitung vom 5. April 2018, 20 (Kolumne).

⁶⁹ Rüstungsindustrie, Telekommunikation, Energiebereich, Bahn und Post etc.

⁷⁰ Das Kapital der Mehrheit der SMI-Gesellschaften steht ohnehin mehrheitlich im Eigentum von ausländischen Investoren.

⁷¹ Beispiele: Post, Swisscom, SBB und RUAG; vgl. PETER V. KUNZ, Staatsbeteiligungen und ausgewählte Verantwortlichkeiten, GesKR 2018, 156 ff.; m.E. müsste vor diesem Hintergrund der rechtspolitische Handlungsbedarf für die Schweiz nur, aber immerhin, anders eingeschätzt werden, sofern *Privatisierungen* dieser Unternehmen in Zukunft stattfinden sollten, was momentan jedoch politisch unrealistisch erscheint.

Internationaler Gütertransport auf der Strasse zwischen Einheitsprivatrecht und Kollisionsrecht

SIMON LAIMER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	485
II.	CMR: Anwendungsbereich des Übereinkommens	489
III.	Ergänzende Anwendung nationalen Sachrechts	491
	A. Grundsätzliches	491
	B. Spezielle Kollisionsnormen im Übereinkommen am Beispiel von Art. 29 Abs. 1 CMR.....	494
	C. Allgemeines Kollisionsrecht des angerufenen Gerichts	496
IV.	Abschliessende Überlegungen	497

I. Einleitung

Mit dem internationalen Warenhandel ist auch die Güterbeförderung von einer Seite einer Staatsgrenze auf die andere eng verbunden, womit gleich zwei Sachgebiete aus dem natürlich sehr viel breiter gefächerten wissenschaftlichen *Œuvre*¹ des Jubilars genannt sind, denen er sich in so verdienstvoller Weise gewidmet hat.² Von den Früchten der tiefgehenden rechtlichen Durchdringung der angesprochenen Themenkreise konnten und können nicht

* Prof. Dr. SIMON LAIMER, LL.M., Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck.

¹ So reichen seine Forschungen etwa vom Anweisungs- und Akkreditivrecht, über das Mietrecht, das Sozial(versicherungs)recht oder das Steuerrecht, sogar bis hin zum Grillrecht, siehe THOMAS KOLLER, Die neue bundesrätliche Verordnung über das Grillieren auf Balkonen vom 7. Februar 2013 (BGV) und ihre Reflexwirkungen auf das Privatrecht, in: Jusletter vom 1. April 2013 (ENTE!; ebenfalls publiziert unter der Rubrik «Zu guter Letzt» in ZEuP 2015, S. 453 ff.); DENS., Ein wichtiger Meilenstein in der Entwicklung des Grillrechts: Das Grillsteuerrecht als weiteres Subsystem in diesem transdisziplinären Rechtsgebiet – Gleichzeitig mit Bemerkungen zum Urteil des FG Baden-Württemberg vom 7.6.2016 – 6 K 2803/15, npoR 2017, S. 57 ff.

² Siehe nur etwa jüngst THOMAS KOLLER, Das Verhältnis von «frachtrechtlicher Rüge» und «kaufrechtlicher Rüge» im internationalen Warenhandel unter UN-Kaufrecht (CISG), in: Jusletter 3. Juli 2017, sowie DENS., Die Querbezüge zwischen UN-Kaufrecht und COTIF-Eisenbahngüterbeförderungsrecht (CIM), AJP 4/2016, S. 415 ff.

nur Wissenschaft und Praxis,³ sondern im Rahmen seiner engagierten, weit über seine Heimatfakultät hinausreichenden Tätigkeit als ausgezeichnete Zivilrechtslehrer auch unzählige Studierende sowie Kolleginnen und Kollegen profitieren, wofür auch ich ihm zu grossem Dank verpflichtet bin.⁴ Mit diesem ihm gewidmeten Beitrag will ich THOMAS KOLLER herzliche Glückwünsche aussprechen und ihm auf diesem Weg noch viele fruchtbare Jahre als Forschender und Universitätslehrer wünschen.⁵

Ganz generell sind unter Güterbeförderungsverträgen sämtliche Rechtsgeschäfte zu verstehen, die eine Partei zum Transport beweglicher Sachen von

³ Etwa THOMAS KOLLER, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl. 2010, zu Art. 66-70 CISG (Übergang der Gefahr) sowie Art. 74-76 CISG (Schadenersatz); DERS., Aliud und peius: wirklich überholt? – oder: Was das CISG und das revidierte deutsche Recht dem OR (noch) voraus haben, in: Festschrift für Ernst A. Kramer, 2004, S. 531 ff.; DERS., Das Regressrecht des CISG-Importeurs gegen den CISG-Verkäufer bei Produkthaftungsfällen mit Körperschäden, in: Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, 2005, S. 421 ff.; DERS., Der Übergang der Leistungsgefahr bei internationalen Kaufverträgen unter der CIF- und der FOB-Klausel – Überlegungen zur sachgerechten Risikoverteilung im grenzüberschreitenden Warenverkehr, in: Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, 2009, S. 383 ff.; DERS., Die Verjährung von Ansprüchen aus der Lieferung nicht vertragsgemässer Ware nach UN-Kaufrecht (CISG) – ein Rückschlag für die internationale Attraktivität des schweizerischen Rechts im globalen Wettstreit der Rechtsordnungen?, recht 2009, S. 179 ff.; DERS., Das Beweismass im UN-Kaufrecht (CISG), in: Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, 2011, S. 963 ff.; DERS., Ist die Pflicht des Verkäufers zur fristgerechten Andienung korrekter Dokumente beim Akkreditivgeschäft eine wesentliche Vertragspflicht gemäss Art. 25 CISG? – Gleichzeitig mit Bemerkungen zum «chinesisch-italienisch-schweizerischen Walzdraht-Fall», IHR 2016, S. 89 ff.; THOMAS KOLLER/MICHAEL STALDER, Vertragsrecht und internationaler Handel – Die Vertragswidrigkeit der Ware im UN-Kaufrecht (CISG) bei national unterschiedlichen öffentlichrechtlichen Beschaffenheitsvorschriften, in: Gauchs Welt. Festschrift für Peter Gauch, 2004, S. 477 ff.; THOMAS KOLLER/DAVID JOST, Rinderlasagne mit Pferdefleisch, Salatgurken mit EHEC-Bakterien, dioxinverseuchtes Schweinefleisch – oft nur ein Verdacht und doch ein Mangel? Überlegungen zum Mangelverdacht bei Lebensmitteln als Vertragswidrigkeit der Ware nach UN-Kaufrecht (CISG), in: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, 2014, S. 35 ff.

⁴ Z.B. THOMAS KOLLER, Gurken, die keiner will, eine Wohnung, die mehrere wollen, und etliche Fragen ... (Bachelorprüfung im Privatrecht), ius.full 2013, S. 96 ff.; DERS., Eine gar nicht so einfache Lieferung von Garnen und – wiederum – etliche Fragen (Bachelorprüfung im Privatrecht), ius.full 2015, S. 42 ff.; THOMAS KOLLER/MICHAEL STALDER, Verunreinigter Paprika – ein Prüfungsfall aus dem Bereich des UN-Kaufrechts (CISG) mit prozessualen Aspekten, recht 2004, S. 10 ff.

⁵ Es handelt sich hierbei um die erweiterte Schriftfassung eines Vortrages, den ich im Rahmen des mittlerweile traditionellen Forschungskolloquiums zwischen den Universitäten Bern und Innsbruck mit Kolleginnen und Kollegen diskutieren durfte und an der *unalex*-Konferenz (zum *unalex*-Projekt siehe <http://www.unalex.eu>) in Riga im Juni 2017 gehalten habe; siehe auch SIMON LAIMER, International Carriage of Goods by Road between Uniform Law and Rome I: Some Recent Austrian Cases, The European Legal Forum (EuLF) 3/4 (2017) S. 58 ff.

einem Ort zum anderen verpflichten,⁶ und zwar unabhängig davon, wie lange die Transportstrecke ist oder welches Beförderungsmittel eingesetzt wird.⁷ Weist ein solcher Vertrag Beziehungen zu mehr als einer Rechtsordnung auf, dann gilt es zu bestimmen, welchem materiellen Recht er unterworfen ist.⁸ Grundsätzlich ist das anwendbare Recht dabei nach dem Kollisionsrecht des angerufenen Gerichts zu ermitteln.⁹ Aus der Sicht der Gerichte (fast)¹⁰ aller EU-Mitgliedstaaten ist hierfür die Rom I-Verordnung¹¹ heranzuziehen.¹² Schweizerische Gerichte haben das auf Sachverhalte mit Auslandsberührung anzuwendende Recht hingegen grundsätzlich nach dem «Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)»¹³ zu bestimmen.¹⁴

Freilich ist dem Kollisionsrecht gerade im internationalen Transportvertragsrecht mittlerweile geringere Bedeutung zuzumessen, da die Bemühungen zur Rechtsvereinheitlichung im Bereich des Strassen-, Eisenbahn-, See- sowie auch des Lufttransports bereits weitreichende Früchte getragen haben.¹⁵ Für den Gütertransport auf der Strasse, auf den ich mich im Folgenden konzent-

⁶ ANSGAR STAUDINGER, in: Reiner Schulze et al. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 9. Aufl. 2017, Art. 5 Rom I-VO N 5.

⁷ DIETER MARTINY, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 2015, Art. 5 Rom I-VO N 8; GÖTZ SCHULZE, in: Graf-Peter Calliess (Hrsg.), Rome Regulations. Commentary, 2. Aufl. 2015, Article 5 Rome I N 10; PETER MANKOWSKI, in: Christoph Reithmann/Dieter Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rz. 6.1832 f.; KARSTEN THORN, in: Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, Art. 5 Rom I-VO N 6.

⁸ SIMON LAIMER, Bestimmung des auf gesellschaftsrechtliche Nebenabreden anwendbaren Rechts, in: Simon Laimer/Christoph Perathoner (Hrsg.), Gesellschaftsrechtliche Nebenvereinbarungen in Europa, 2013, S. 3 (4).

⁹ BEA VERSCHRAEGEN, Internationales Privatrecht, 2012, Rz. 1068. Die Problematik der internationalen gerichtlichen Zuständigkeit kann in diesem Beitrag nicht weiter vertieft werden; weiterführend etwa JAN KROPHOLLER/JAN VON HEIN, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011; ALEXANDER R. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, 2014; GERHARD WALTER/TANJA DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl. 2012.

¹⁰ Mit Ausnahme dänischer Gerichte, wo jedoch das EVÜ gilt; vgl. ErwGr. 46 Rom I-VO.

¹¹ Verordnung (EG) 593/2008 vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. 2008 L 177/6, berichtet in ABl. 2009 L 309/87.

¹² Anzuwenden auf vertragliche Schuldverhältnisse, die ab dem 17.12.2009 geschlossen wurden (Art. 28 Rom I-VO i.d.F. ABl. 2009 L 309/87); vgl. STEFAN LEIBLE/MATTHIAS LEHMANN, Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht («Rom I»), RIW 2008, S. 528 (531).

¹³ Vom 18.12.1987, BBl. 1988 I 5, in Kraft seit 1.1.1989.

¹⁴ ANDREAS BUCHER/ANDREA BONOMI, Droit international privé, 3. Aufl. 2013, Rz. 27.

¹⁵ Z.B. das «Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr» (COTIF). Zu den Regeln betreffend die Güterbeförderung zur See vgl. etwa ILIAN NIKOLAEV DJADJEV, Law and Practice of the Obligations of the Carrier over the Cargo – The Hague-Visby Rules, 2016; oder JUAN ALBERTO SALMERÓN HENRÍQUEZ, Freedom of Contract, Bargaining Power and Forum Selection in Bills of Lading, 2016, S. 327 ff.

rieren will, wurde schon im Jahr 1956 in Genf das inzwischen praktisch europaweit gültige «Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr» (abgekürzt CMR)¹⁶ unterzeichnet.¹⁷ Damit wurde eine Vereinheitlichung in zentralen Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Güterfernverkehrs erzielt.¹⁸

Insbesondere in Bezug auf Problempunkte, zu denen die hohen Vertragsparteien des CMR-Übereinkommens aber keine Einigung erzielen konnten, sieht jedoch das Einheitsrecht selbst – im Sinne eines Kompromisses – wiederum Kollisionsnormen vor, wie etwa in Art. 29 Abs. 1 CMR,¹⁹ der unten²⁰ noch als Beispiel dienen wird, womit das Instrument, entgegen der angestrebten materiellen Rechtseinheit, gleichsam einen «Rückfall ins IPR» regelt.²¹

Für den auf diese Weise umrissenen Bereich des grenzüberschreitenden Strassengütertransports soll im Folgenden, ausgehend von den wesentlichen Informationen zum Anwendungsbereich des CMR-Übereinkommens (II.), das Verhältnis der CMR zum nationalen Recht überblicksmässig beschrieben und einzelne damit verbundene Probleme aufgezeigt werden (III.). Einige Gedanken dazu, wie der Rechtspraxis der Umgang mit diesem Rechtszustand immerhin erleichtert werden könnte, werden den Abschluss bilden (IV.).

¹⁶ In englischer – neben französischer und russischer – Fassung («Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road») abrufbar unter http://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/conventn/cmr_e.pdf (zuletzt abgefragt am 25.3.2018). Siehe auch «Protocol to the Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road» von 1978 sowie «Additional Protocol to the Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road concerning the Electronic Consignment Note» von 2008; vgl. INDIRA CARR/RICHARD KIDNER, *International Trade Law Statutes and Conventions 2009-2010*, 2010, S. 757 ff.

¹⁷ Zu einem ähnlichen Instrument in Amerika siehe etwa PAUL B. LARSEN, *The Uniform Legal Regime Governing Inter-American Contracts for Carriage of Goods by Road*, *Unif. L. Rev.* 2002, Vol. 7(3), S. 791 ff.

¹⁸ MANKOWSKI (Fn. 7), Rz. 6.1922.

¹⁹ Vgl. auch Art. 5 Abs. 1 CMR («the law of the country in which the consignment note has been made out»), Art. 16 Abs. 5 und Art. 20 Abs. 4 CMR («the law or custom of the place where the goods are situated»), Art. 28 Abs. 1 CMR («the law applicable [...] to an extra-contractual claim»), mithin das aus der Sicht EU-mitgliedstaatlicher Gerichte [siehe oben Fn. 10] aufgrund der Rom II-Verordnung [EG] Nr. 864/2007, aus der Sicht schweizerischer Gerichte auf der Grundlage der Art. 132 ff. IPRG bestimmte Recht; siehe etwa VENN DICEY/JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS/LAWRENCE COLLINS, *The Conflict of Laws*, Vol. 2, 15. Aufl. 2012, 33-120 Nr. 538), Art. 32 Abs. 1 und 3 CMR («the law of the court or tribunal seised of the case»).

²⁰ Siehe bei III.B.

²¹ BASEDOW, *Internationales Einheitsprivatrecht im Zeitalter der Globalisierung*, *RabelsZ* 81 (2017) S. 1 (23).

II. CMR: Anwendungsbereich des Übereinkommens

Die CMR schafft international einheitliches Sachrecht für Güterfrachtverträge im transnationalen Strassenverkehr, nicht aber für die Gepäckbeförderung soweit sie Nebenleistung zur Personenbeförderung ist.²² Das Übereinkommen gilt nach Art. 1 Abs. 1 S. 1 CMR für jeden Vertrag²³ über die entgeltliche²⁴ Beförderung von Gütern auf der Strasse mittels Kraft- und Sattelfahrzeugen, Anhänger sowie Sattelanhänger,²⁵ sofern der in der Abmachung angegebene Ort der Übernahme des Gutes und der für die Ablieferung vertraglich vorgesehene Ort²⁶ in zwei verschiedenen Staaten liegen,²⁷ von denen zumindest einer ein Vertragsstaat sein muss.²⁸ Ein Vertrag über den Transport von einem Ort zum anderen in demselben Staat, wenn auch über das Gebiet eines anderen Staates (sog. Schlenkerverkehr, z.B. von Innsbruck nach Salzburg über

²² FRANCO FERRARI, in: Franco Ferrari/Eva-Maria Kieninger/Peter Mankowski et al. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 1 CMR N 23.

²³ Dabei ist nur der betroffene Beförderungsvertrag, nicht etwa ein Unterfrachtvertrag, massgeblich, BGH TranspR 2009, S. 26 (27); zum Rückgriff unter aufeinanderfolgenden Frachtführern gemäss Art. 37 CMR siehe BGE 109 II 471. Nicht Verträge i.S.d. CMR sind ferner Speditionsverträge (BGE 132 III 626 E. 2.1. [zur Abgrenzung zwischen Spedition- und Frachtvertrag E. 3., vgl. ANDREAS FURRER, Schweizerisches Fracht-, Speditions- und Lagerrecht, Schriftenreihe zum Logistik- und Transportrecht, 2016, S. 271 f.]; KAY UWE BAHNSEN, in: Carsten Thomas Ebenroth/Karlheinz Boujong/Detlev Joost/Lutz Strohn (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 2015, Art. 1 CMR N 20 ff. m.w.N.; HELGA JESSER-HUSS, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 2014, Art. 1 CMR N 5; a.A. FELIX KOBEL, Die Haftungsrisiken des in der Schweiz domizilierten Spediteurs für Beschädigung oder Verlust des Speditionsgutes bei internationalen Strassentransporten, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 2004, S. 27 [33 f.]), ausserdem Verträge über die Miete eines Fahrzeugs (OGH TranspR 1986, S. 226), oder die Vermietung eines Fahrzeugs mit Fahrer (FERRARI [Fn. 22], Art. 1 CMR N 8).

²⁴ ROLF HERBER/HENNING PIPER, CMR. Internationales Strassentransportrecht (1996) Art. 1 Rz. 10 f. Dagegen erfordert Art. 5 Rom I-VO nicht die Entgeltlichkeit des Güterbeförderungsvertrages, vgl. ANDREAS SCHWARTZE, in: unalex Compendium, 2017, Art. 5 Rom I-VO Rz. 4.

²⁵ Siehe Art. 1 Abs. 2 CMR, der seinerseits auf Art. 4 des Abkommens über den Strassenverkehr v. 19.9.1949 verweist, wobei es sich um keine dynamische Verweisung handelt, siehe FERRARI (Fn. 22), Art. 1 CMR N 16 f.

²⁶ Massgeblich sind also die vertraglichen Angaben, nicht die tatsächliche Ausführung, JESSER-HUSS (Fn. 23), Art. 1 CMR N 33; PETER MANKOWSKI, Kollisionsrechtsanwendung bei Güterbeförderungsverträgen, TranspR 1993, S. 213 (216). Der Vertrag untersteht also auch dann der CMR, wenn die Ware ihren Bestimmungsort (etwa wegen Untergang der Ware) nicht erreicht und daher keine Grenze überschreitet, HARALD DE LA MOTTE/JÜRGEN TEMME, in: Karl-Heinz Thume (Hrsg.), CMR, 3. Aufl. 2012, Art. 1 N 21.

²⁷ THOMAS PFEIFFER/ANDREAS KADLETZ, Handbuch der Handelsgeschäfte, 1999, § 18 Rz. 11.

²⁸ SCHULZE (Fn. 7), Art. 5 Rome I N 32; MANKOWSKI (Fn. 7), Rz. 6.1924.

das «deutsche Eck»),²⁹ ist jedoch nicht von der CMR erfasst.³⁰ Von manchen Staaten, insbesondere von Österreich (§ 439a UGB), wird die CMR aber aufgrund autonomer legislativer Entscheidung auch auf den innerstaatlichen Strassengütertransport übertragen.³¹ Der Wohnsitz oder die Staatsangehörigkeit der Parteien, die nicht notwendigerweise Unternehmer sein müssen,³² spielen indes keine Rolle.³³

Unter dem Begriff «Güter» sind im Prinzip alle beweglichen Sachen zu verstehen, ohne dass es sich um Handelsware handeln muss,³⁴ wobei Art. 1 Abs. 4 CMR freilich die Beförderung von Postsendungen, die von internationalen Postübereinkommen erfasst sind, ebenso vom sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens ausnimmt wie den Transport von menschlichen Leichnamen und von Umzugsgut.³⁵ Vom Begriff «Strasse» wird grundsätzlich jeder Landweg erfasst, unabhängig davon, ob er dem öffentlichen Verkehr gewidmet ist.³⁶ Auf die sog. multimodale Beförderung im Rahmen eines einheitlichen Transportvertrages³⁷ mittels verschiedener Verkehrsmittel mit Umladung der Fracht (z.B. vom LKW auf ein Flugzeug, die Bahn oder ein Schiff) ist die CMR jedoch nicht anwendbar.³⁸ Einen Sonderfall bildet gleichwohl der sog. Huckepacktransport, bei welchem das mit dem Gut beladene Fahrzeug auf einer Teilstrecke durch ein anderes Verkehrsmittel befördert wird, ohne dass eine Umladung erfolgt (z.B. Fährschifftransport).³⁹

²⁹ Oder etwa von Freiburg i. Br. nach Aachen durch Frankreich, vgl. FABIAN REUSCHLE, in: Hermann Staub, *Handelsgesetzbuch*. Grosskommentar, 5. Aufl. 2017, Art. 1 CMR N 105.

³⁰ PFEIFFER/KADLETZ (Fn. 27), § 18 Rz. 11.

³¹ PETER SCHÜTZ/DOMINIK SCHÄRMER, *Transportrecht*, 2013, Rz. 2.

³² ULRICH MAGNUS, in: Staudinger BGB, 2016, Art. 5 Rom I N 73, 76.

³³ Siehe Art. 1 Abs. 1 S. 2 CMR. Vgl. BGE 132 III 626 E. 2.1.

³⁴ MANKOWSKI (Fn. 7), Rz. 6.1925.

³⁵ Mit einem Umzug ist ein Wohnungswechsel verbunden, sodass allein die transnationale Beförderung von neu gekauften Möbeln zu einer Wohnung noch nicht als Transport von Umzugsgut einzustufen ist, OLG Hamburg 28.2.1985, *TranspR* 1985, S. 188 = *RIW* 1985, S. 911.

³⁶ REUSCHLE (Fn. 27), Art. 1 CMR N 83.

³⁷ Anders bei gesonderten Teilverträgen, FRANK VISCHER/LUCIUS HUBER/DAVID OSER, *Internationales Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2000, Rz. 467 Fn. 266.

³⁸ Vgl. etwa BGH *VersR* 2009, S. 239 (240); BGer 4A 218/2008 v. 19.2.2009, E. 4.2.2.; MICHAEL HOCHSTRASSER, *Der Beförderungsvertrag*, 2015, Rz. 1457 f.

³⁹ Siehe Art. 2 CMR. Jedoch verweist Art. 2 Abs. 1 S. 2 CMR bei Unfällen auf dem Trägerfahrzeug in bestimmten Fällen auf das Haftungsrecht des Trägerfahrzeugs, MANKOWSKI (Fn. 7), Rz. 6.2096.

III. Ergänzende Anwendung nationalen Sachrechts

A. Grundsätzliches

Die CMR ist – anders als etwa das UN-Kaufrecht⁴⁰ – ein zwingendes,⁴¹ mithin ein von den Parteien des Beförderungsvertrages nicht abdingbares Übereinkommen (Art. 41 CMR).⁴² Einer besonderen Vereinbarung bedürfen die CMR-Vorschriften, entgegen der völkerrechtswidrigen⁴³ Rechtsprechungslinie der italienischen *Corte di Cassazione*,⁴⁴ indes nicht.⁴⁵ Mit dem Ziel, die Anwendung des Übereinkommens auch vor Gerichten von Nichtvertragsstaaten sicherzustellen, muss der Frachtbrief gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. k CMR ferner die Angabe beinhalten, dass die Beförderung trotz gegenteiliger Parteiabsprachen den Bestimmungen der CMR unterliegt (sog. *Paramountklausel*),⁴⁶ wobei dennoch das anzuwendende Sachrecht letztlich darüber entscheiden wird, ob sich das drittstaatliche Gericht daran halten muss.⁴⁷ In einen Vertrag, der nicht in den Anwendungsbereich der CMR fällt, können die Parteien die materiellen Massstäbe des Übereinkommens freilich nur unter dem Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Vertragsstatuts einbeziehen.⁴⁸

Soweit indes der Anwendungsbereich der CMR reicht, tritt nationales Recht hinter sie zurück.⁴⁹ Das allgemeine Kollisionsrecht ist demnach aus der Sicht

⁴⁰ INGO SAENGER, in: BeckOK BGB, 42. Aufl. 2016, Art. 6 CISG N 1; FRANCO FERRARI, Gap-filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law, Int. Bus. L. J. 2003, S. 221 (227); SACERDOTI, I criteri di applicazione della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: Diritto uniforme, diritto internazionale private e autonomia dei contraenti, Riv. trim. dir. proc. civ. 1990, S. 733 (744); vgl. OGH 13.9.2000, 1 Ob 77/01g, unalex AT-527; 17.12.2003, 7 Ob 275/03x, unalex AT-325; 4.7.2007, 2 Ob 95/06v, unalex AT-336; 2.4.2009, 8 Ob 125/08b, unalex AT-809.

⁴¹ JESSER-HUSS (Fn. 23), Art. 1 CMR N 1.

⁴² VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 37), Rz. 468.

⁴³ REUSCHLE (Fn. 27), Art. 1 CMR N 41, 108.

⁴⁴ Vgl. Cass. Mass. Giust. civ. 2001, S. 1559; Foro it. 1999/I, S. 258; Mass. Giust. civ. 1991, S. 1005; Riv. dir. int. priv. proc. 1993, S. 189; Dir. comm. int. 1987, S. 613; Foro it. 1976/I, S. 2859; krit. MANLIO FRIGO, La pretesa derogabilità della CMR e i caratteri del diritto uniforme, Riv. dir. int. priv. proc. 1983, S. 94; ANGELO PESCE, La convenzione sul trasporto terrestre di merci è diritto uniforme. Un errore della nostra Corte di Cassazione nel considerarla come diritto facoltativo, Foro pad. 1980/I, S. 286.

⁴⁵ INGO KOLLER, Transportrecht. Kommentar, 9. Aufl. 2016, vor Art. 1 CMR N 2.

⁴⁶ Wird dies unterlassen, haftet der Frachtführer nach Art. 7 Abs. 3 CMR für die Kosten und Schäden, die dem Verfügungsberechtigten deswegen entstehen, KARSTEN OTTE, in: Franco Ferrari/Eva-Maria Kieninger/Peter Mankowski et al. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 6 CMR N 23.

⁴⁷ INGO KOLLER (Fn. 45), vor Art. 1 CMR N 3.

⁴⁸ MANKOWSKI (Fn. 7), Rz. 6.1932.

⁴⁹ ANDREAS MAURER, Einheitsrecht im internationalen Warentransport, RabelsZ 81 (2017) S. 117 (134).

EU-mitgliedstaatlicher⁵⁰ Gerichte gemäss Art. 25 Rom I-VO (aber auch aus der Sicht schweizerischer Gerichte)⁵¹ nur dann heranzuziehen, wenn nicht ohnehin materielles Einheitsrecht gilt,⁵² weil die CMR ihren Anwendungsbereich selbst umschreibt und daher insofern eine (einseitige) Anknüpfungsregel enthält.⁵³

Diese Prinzipien wurden vom österreichischen OGH zuletzt insbesondere in seinem Urteil vom 18.2.2013⁵⁴ herausgearbeitet. Dieser Entscheidung lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Frachtführer (mit Sitz in Österreich) hatte für eine in Deutschland sitzende Absenderin ein Rotorblatt vom Hersteller in Dänemark zu einem Windpark nach Italien zu transportieren, das durch Leute des Herstellers auf dem Sattelaufleger abgestellt wurde. Die dänischen Behörden hatten eine maximale Transporthöhe von 4,3 Metern genehmigt. Tatsächlich wies das Transportfahrzeug jedoch eine Gesamthöhe von rund 4,6 Metern auf, sodass es beim Durchfahren einer Autobahnbrücke zur Beschädigung des Transportguts kam.⁵⁵

Der OGH formulierte in dem soeben zitierten Urteil treffend:

«Die CMR gilt als zwingendes (Art 41 CMR) Einheitsrecht für die Beziehungen zwischen Absender und Frachtführer, ohne dass zuvor das Vertragsstatut bestimmt werden müsste. Soweit die CMR eine abschließende Regelung trifft, kommt somit daneben nicht noch nationales Recht nach den nationalen Kollisionsregeln zur Anwendung [...]. Der Umstand, dass der italienische Corte di Cassazione (Kassationshof) die CMR, auch wenn die Voraussetzungen des Art 1 CMR erfüllt sind, nur im Fall einer dahingehenden Parteienvereinbarung anwendet [...], ist im Hinblick auf den zwingenden Charakter der Bestimmungen der CMR (Art 41 CMR) nicht von Bedeutung. Das nationale italienische Recht ist nur ergänzend anwendbar, wenn die CMR keine Regelung enthält.»

⁵⁰ Siehe oben Fn. 10.

⁵¹ VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 37), Rz. 468.

⁵² GOTTFRIED MUSGER, in: Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger (Hrsg.), Kurzkomentar zum ABGB, 5. Aufl. 2017, Art. 25 Rom I-VO N 2; THOMAS SIMONS, in: unalex Compendium, 2017, Art. 25 Rom I-VO Rz. 5.

⁵³ MARTINY (Fn. 7), Art. 25 Rom I-VO N 4; THORN (Fn. 7), Art. 25 Rom I-VO N 2. Dogmatisch anders, aber gleich im Ergebnis ROLF WAGNER, Normenkonflikte zwischen den EG-Verordnungen Brüssel I, Rom I und Rom II und transportrechtlichen Rechtsinstrumenten, TransportR 2009, S. 103 (109); KARL KREUZER, Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts – Wie europäisch soll das Europäische Internationale Privatrecht sein?, RabelsZ 70 (2006) S. 1 (46).

⁵⁴ OGH 18.2.2013, 7 Ob 5/13f, unalex AT-894 = RdW 2013, S. 532 = ZfRV-LS 2013/36.

⁵⁵ Siehe auch MARTIN PLATTE, Jüngere Rechtsprechung zum Transportrecht, ecollex 2013, S. 960.

Auch das schweizerische Bundesgericht⁵⁶ judizierte insoweit in einem Fall, in dem eine Verkäuferin (mit Sitz in der Schweiz) nach den vertraglichen Vereinbarungen den Transport der Kaufgegenstände in den Iran organisieren musste und damit ein ebenfalls in der Schweiz sitzendes Unternehmen beauftragt hatte, welches sodann von der Käuferin (mit Sitz im Iran) wegen Beschädigung der Ware in Anspruch genommen worden war:

«Ist das Vertragsverhältnis zwischen der Verkäuferin und der Beklagten als Frachtvertrag zu qualifizieren, kommen die materiellen Bestimmungen der CMR zur Anwendung, weil die CMR als völkerrechtlicher Vertrag den nationalen Kollisionsregeln des IPRG vorgeht (Art. 1 Abs. 2 IPRG).»

Gewiss stellt die CMR keine abschliessende Kodifikation des grenzüberschreitenden Strassengüterverkehrs dar, weshalb das nach den Regeln des Internationalen Privatrechts massgebliche nationale Recht heranzuziehen ist, soweit das Übereinkommen bewusst keine (abschliessende) Regelung enthält oder eine autonome⁵⁷ Ausfüllung planwidriger Unvollständigkeiten nicht möglich ist.⁵⁸ Dies wurde vor kurzem beispielsweise vom österreichischen OGH⁵⁹ in einem Fall entschieden, wo es um eine Entgeltforderung des Frachtführers für nicht vereinbarte bzw. unübliche Wartezeiten des Transportfahrzeuges ging. Insoweit begründet der OGH:

«Der Begriff Standgeld kommt in der CMR nicht vor [...]. Greift die CMR nicht ein, so gilt für einen Vertrag über die Beförderung von Gütern die kollisionsrechtliche Regelung des Art 5 Abs 1 Rom I-VO [...]. Haben die Parteien – wie hier – keine Rechtswahl getroffen und befindet sich in Slowenien, dem Sitz der Hauptverwaltung der klagenden Beförderin, der Übernahmeort, so ist nach Art 5 Abs 1 erster Satz Rom I-VO subsidiär slowenisches Recht anzuwenden.»

Auch das schweizerische Bundesgericht⁶⁰ hatte einen Fall zu entscheiden, in dem die Klägerin Verluste, welche sie durch den Stillstand einer anlässlich des Transports von der Schweiz nach Italien beschädigten Anlage erlitten habe, mit dem restlichen Frachtlohnanspruch der Beklagten verrechnen wollte, und stellte klar:

⁵⁶ BGE 132 III 626 E. 2.1.

⁵⁷ Hierzu INGO KOLLER (Fn. 45), vor Art. 1 CMR N 4; siehe Art. 31 Abs. 1, Art. 33 Abs. 4 WVK (Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969); vgl. Art. 7 Abs. 1 CISG.

⁵⁸ KATHARINA BOESCHE, in: Carsten Thomas Ebenroth/Karlheinz Boujong/Detlev Joost/Lutz Strohn (Hrsg.), Handlungsbuch, 3. Aufl. 2015, vor Art. 1 CMR N 8; vgl. BGH NJW 1992, S. 621.

⁵⁹ OGH 25.6.2014, 7 Ob 105/14p, unalex AT-941 = RdW 2014, S. 585 = ZfRV-LS 2014/55. Siehe zu einem ähnlichen Sachverhalt OGH 17.4.2013, 7 Ob 45/13p, SZ 2013/37.

⁶⁰ BGE 127 III 365 E. 3.

«Wie die Vorinstanz zutreffend darlegte, regelt die CMR den Anspruch des Frachtführers auf den Frachtlohn nicht, weshalb insofern schweizerisches innerstaatliches Recht anzuwenden ist (Art. 117 IPRG; [...]). Die Anwendung nationalen Rechts darf jedoch nicht dazu führen, dass die zwingenden Regelungen der CMR unterlaufen werden (vgl. Art. 41 CMR), wäre doch dadurch das Ziel der einheitlichen Rechtsanwendung in den Vertragsstaaten in Frage gestellt [...]. Aus diesem Grund kann die von der Klägerin geltend gemachte Verrechnung von vornherein nur erfolgen, wenn der von ihr zur Verrechnung gestellte Schadenersatzanspruch nach der CMR überhaupt Bestand hat.»

B. Spezielle Kollisionsnormen im Übereinkommen am Beispiel von Art. 29 Abs. 1 CMR

Hinsichtlich bestimmter Einzelfragen verweist die CMR jedoch ihrerseits auf die ergänzende Anwendung nationalen Rechts.⁶¹ In diesen Bereichen wurde demnach bewusst keine Rechtsvereinheitlichung angestrebt.⁶² Beispielsweise wird in Art. 5 Abs. 1 CMR hinsichtlich formaler Fragen bezüglich der Unterschrift auf dem Frachtbrief auf das Recht des Ausstellungsortes verwiesen, in Art. 16 Abs. 5 CMR für den Notverkauf hingegen auf die *lex rei sitae*.⁶³

Ebenfalls nicht auf das Vertragsstatut, sondern – insoweit sachfremd – auf die *lex fori* verweist demgegenüber Art. 29 Abs. 1 CMR für die Frage, welches Verschulden dem Vorsatz als Voraussetzung für die Durchbrechung von Haftungsgrenzen gleichsteht.⁶⁴ Dabei scheint nicht einmal restlos geklärt, ob der Verweis auf die *lex fori* zu einer unmittelbaren (zwingenden) Anwendung der Sachnormen des Gerichtsortes führt⁶⁵ oder als (Gesamt-)Verweisung auf das Kollisionsrecht des Forums zu verstehen ist, nach dem sodann das Schuldstatut zu bestimmen ist.⁶⁶

Eine lediglich überblicksmässige rechtsvergleichende Umschau lässt dabei durchaus inhaltliche Abweichungen zwischen den nationalen Sachrechten in Bezug auf die Frage erkennen, was als ein dem Vorsatz gleichstehendes Verschulden anzusehen ist.⁶⁷ In Österreich,⁶⁸ der Schweiz⁶⁹ und auch in Frank-

⁶¹ REUSCHLE (Fn. 27), Art. 1 CMR N 121.

⁶² MAURER (Fn. 49), S. 150.

⁶³ Siehe auch oben Fn. 19.

⁶⁴ Krit. JESSER-HUSS (Fn. 23), Art. 29 CMR N 6.

⁶⁵ REUSCHLE (Fn. 27), Art. 1 CMR N 121.

⁶⁶ Vgl. JESSER-HUSS (Fn. 23), Art. 32 CMR N 4.

⁶⁷ Vgl. etwa VESNA POLIC, Haftung eines Strassenfrachtführers bei einem Raubüberfall – neuere Gerichtspraxis in einigen Ländern, HAVE 2004, S. 176 ff.

⁶⁸ SCHÜTZ/SCHÄRMER (Fn. 31), Rz. 69 f. m.w.N.

reich lässt man grobe Fahrlässigkeit hierfür genügen, was in den skandinavischen Ländern gesetzlich angeordnet worden ist.⁷⁰ Ähnlich wird in Italien und Spanien für ausserordentlich schwere Fälle groben Verschuldens eine unbeschränkte, eben dem Vorsatz gleichstehende Haftung angenommen.⁷¹ In Deutschland⁷² ebenso wie in den Niederlanden und in Belgien ist fahrlässiges Verhalten dem Vorsatz dann gleichgestellt, wenn der Frachtführer «leichtfertig und in dem Bewusstsein» handelt, «dass ein Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintreten werde»,⁷³ womit in England die ungefähren Grenzen des «*wilful misconduct*»⁷⁴ umschrieben werden können.⁷⁵ Nach dem griechischen obersten Zivilgericht (Areopag) soll hingegen überhaupt nur vorsätzliches Handeln haftungsverschärfend wirken.⁷⁶

Jüngst wurde in Österreich vom OGH⁷⁷ entschieden, dass es bei der Beurteilung, ob das dem Frachtführer anzulastende Verschulden am Verlust der Fracht durch Diebstahl grob fahrlässig ist, auf verschiedene Faktoren ankommt, wie zum Beispiel die örtliche Situation, zeitliche Gegebenheiten, die Relation Wert/Gewicht der Waren, die Höhe des (unter anderem von dieser Relation abhängigen) Diebstahlrisikos, die konkreten Handlungen, die zum Diebstahl und Verbringen der Waren nötig sind. Bald darauf entschied der OGH⁷⁸, dass die Unkenntnis der deutschen Bestimmungen zur Verbrauchsteuer bei Durchfuhr von Kaffee beim Frachtführer keine grobe Fahrlässigkeit begründet.⁷⁹

⁶⁹ Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt v. 12.5.2000, BJM 2000, S. 311 f.; Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau HOR 2010.47 vom 7.6.2011, TranspR 2012, S. 339 ff. Nach dem Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt v. 14.2.1989, BJM 1991, S. 289, sollte hingegen (Eventual-)Vorsatz erforderlich sein. In BGE 107 II 238 E. 5b ging es wohl um einen Fall der vorsätzlichen Missachtung von Weisungen. Vgl. STEPHAN ERBE, Vertragliche Steuerung des Haftungsrisikos bei Transportverträgen, HAVE 2016, S. 1 (4 f.).

⁷⁰ JESSER-HUSS (Fn. 23), Art. 29 CMR N 8 ff.

⁷¹ OTTE (Fn. 46), Art. 29 CMR N 40.

⁷² Vgl. § 435 n.F. HGB. Zum vorherigen Recht HANNO MERKT, in: Adolf Baumbach/Klaus J. Hopt (Hrsg.), HGB, 37. Aufl. 2016, Art. 29 CMR N 1.

⁷³ Vgl. hierzu in Österreich etwa OGH 18.10.2017, 7 Ob 160/17f, TranspR 2018, S. 58.

⁷⁴ Siehe grundlegend DUYGU DAMAR, *Wilful Misconduct in International Transport Law*, 2011, S. 5 ff.

⁷⁵ JESSER-HUSS (Fn. 23), Art. 29 CMR N 6.

⁷⁶ OTTE (Fn. 46), Art. 29 CMR N 44.

⁷⁷ OGH 27.1.2016, 7 Ob 229/15z, RdW 2016, S. 402 = TranspR 2016, S. 200.

⁷⁸ OGH 30.11.2016, 7 Ob 181/16t, TranspR 2017, S. 258 (TOBIAS ECKARDT); vgl. HELENE HERDA, *Transportrechtliche Entscheidungen aus dem Jahr 2016*, *ecolex* 2017, S. 392.

⁷⁹ Siehe auch KARL-HEINZ DANZL, *Bemerkenswerte schadenersatzrechtliche Entscheidungen des OGH aus dem Jahr 2016*, *ZVR* 2017, S. 75 (95).

Der OGH⁸⁰ hatte jedoch schon zuvor klargestellt, dass auch eine Vielzahl von Nachlässigkeiten und Unvorsichtigkeiten, von denen jede für sich die Gefahr eines Schadens erhöht, zur Haftung wegen grober Fahrlässigkeit führen kann.⁸¹ Hierzu führt das Gericht unter anderem aus:

«Zwar kann nicht gesagt werden, dass ein Verstoß gegen die Regeln der Technik (oder den Stand der Technik) immer grobe Fahrlässigkeit nahelegt. Hier entscheiden zusätzliche Kriterien: Je naheliegender, einleuchtender und im Hinblick auf die Schadensabwehr wichtiger die Technik-Regeln sind, desto eher wird eine Missachtung der Regeln der Technik den Vorwurf einer groben Fahrlässigkeit rechtfertigen können [...]. Jedenfalls kann aber der [Anm.: vom Erstgericht getroffenen] Feststellung zur strukturellen Mangelhaftigkeit bestimmter Nachforschungsmaßnahmen die Relevanz für die Beurteilung eines grob fahrlässigen Verhaltens der Beklagten nicht abgesprochen werden.»

C. Allgemeines Kollisionsrecht des angerufenen Gerichts

Zusammenfassend kann sohin festgehalten werden, dass die CMR (nur) in bestimmten Teilgebieten zwingende abschliessende Regelungen enthält:⁸² dies betrifft Form und Inhalt des Frachtbriefes (Art. 4 ff. CMR), die Grundhaftung des Frachtführers (Art. 17 ff. CMR), die Lieferfrist (Art. 19 CMR), die Gerichtsstände (Art. 31 CMR) und die Ausschluss- und Verjährungsfristen (Art. 30, 32 CMR).⁸³ Für sämtliche unregelmässigen Bereiche, wie auch etwa das Zustandekommen des Vertrages oder dessen materielle Gültigkeit, ist das lückenfüllende Sachrecht hingegen nach dem Internationalen Privatrecht des Gerichtsorts zu bestimmen.⁸⁴

In diesem Sinne formulierte der deutsche BGH⁸⁵ in einem Fall, in dem die klagende Partei (der niederländische Transportversicherer der Versenderin) die ebenfalls in den Niederlanden ansässige Beklagte, die ein Paket zur Beförderung per LKW von Eindhoven nach Regensburg übernommen hatte, aus abgetretenem Recht der Versenderin wegen des Verlustes von Transportgut auf Schadensersatz in Anspruch nahm:

⁸⁰ OGH 22.4.2014, 7 Ob 46/14m, SZ 2014/38 = RdW 2014, S. 462 = EvBl 2014, S. 923 = eolex 2014, S. 695. Vgl. BGH TranspR 1984, S. 68 (KLAUS HEUER), zur Gefahr eines Diebstahls.

⁸¹ Siehe auch HELENE HERDA, Neues zum Transportrecht, eolex 2015, S. 631 (632 f.).

⁸² INGO KOLLER (Fn. 45), vor Art. 1 CMR N 22.

⁸³ MANKOWSKI (Fn. 7), Rz. 6.1933.

⁸⁴ FRANZ FISCHER, Ergänzung der CMR durch schweizerisches Recht, TranspR 1995, S. 424 (431).

⁸⁵ BGH v. 26. 3. 2009, I ZR 120/07, NJW-RR 2010, S. 247 = TranspR 2010, S. 76.

«Mit Recht hat das BG auch angenommen, dass auf einen zwischen der Versenderin und der Bekl. zustande gekommenen Vertrag [...] ergänzend neben der CMR – soweit diese keine Regelungen vorsieht – niederländisches Sachrecht zur Anwendung kommt. [...] Das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrags oder einer seiner Bestimmungen beurteilen sich [...] nach dem Recht, das anzuwenden wäre, wenn der Vertrag oder die Bestimmung wirksam wäre. Da auf einen wirksamen Beförderungsvertrag zwischen der Versenderin und der Bekl. neben der CMR ergänzend niederländisches materielles Recht anzuwenden wäre, beurteilt sich die Frage, ob es überhaupt zu einem Vertragsabschluss gekommen ist, auch nach diesem Recht.»

Aus der Sicht EU-mitgliedstaatlicher⁸⁶ Gerichte ist auf einen internationalen Güterbeförderungsvertrag⁸⁷, bei Fehlen einer Rechtswahl (Art. 3 Rom I-VO), gemäss Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO das Recht jenes Staates anzuwenden, in dem der Beförderer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn sich dort auch der Übernahmeort, der Ablieferungsort oder der gewöhnliche Aufenthalt des Absenders befindet, ansonsten das Recht des Staates, in dem der vereinbarte Ablieferungsort liegt.⁸⁸ In diesem Sinne wenden schweizerische Gerichte, mangels Rechtswahl der Parteien (Art. 116 IPRG), auf einen internationalen Transportvertrag gemäss Art. 117 Abs. 2 IPRG vermutungsweise das Recht an der Niederlassung des Erbringers der vertragscharakteristischen Leistung, mithin des Transportunternehmers, an.⁸⁹ Reine Beförderungsverträge sind ausserdem gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b Rom I-VO vom Anwendungsbereich des Internationalen Verbrauchervertragsrechts ausgenommen, vorbehaltlich einer (hier nicht relevanten) Rückausnahme für Pauschalreisen.⁹⁰ Entsprechend sollen internationale Transportverträge auch Art. 120 IPRG nicht unterstellt sein.⁹¹

IV. Abschliessende Überlegungen

Abschliessend kann man festhalten, dass schon Verweise bezüglich Einzelfragen auf das nationale unvereinheitlichte Recht, wie beim angesprochenen

⁸⁶ Siehe oben Fn. 10.

⁸⁷ Zu diesem etwa STAUDINGER (Fn. 6), Art. 5 Rom I-VO N 5 m.w.N.

⁸⁸ MUSGER (Fn. 52), Art. 5 Rom I-VO N 3.

⁸⁹ MAX KELLER/JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, Art. 117 N 120.

⁹⁰ SCHWARTZE (Fn. 24), Art. 5 Rom I-VO Rz. 5; ANDREAS SPICKHOFF, in: BeckOK BGB, 44. Aufl. 2017, Art. 6 Rom I-VO N 15.

⁹¹ So jedenfalls VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 37), Rz. 726 f.; a.A. ZivGer Basel-Stadt v. 12.12.1996, MJM 1998, S. 31 ff. = SZIER 1998, S. 422 (zust. IVO SCHWANDER).

Art. 29 CMR,⁹² für die Beratungspraxis nur mit erheblichem Aufwand handhabbar sind.⁹³ Jedoch bestehen sogar im vereinheitlichten Bereich einige Auslegungsdivergenzen,⁹⁴ wie etwa die angesprochene italienische Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des Übereinkommens.⁹⁵ Nachdem die Europäische Union kein Vertragsstaat der CMR ist, kann insofern auch der Europäische Gerichtshof mangels entsprechender Zuständigkeit nicht vereinheitlichend wirken.⁹⁶

Insgesamt scheint es für eine international einheitliche Auslegung der CMR demnach unbedingt erforderlich zu sein, dass den befassten Richterinnen und Richtern die Urteile der Gerichte anderer Staaten (auch sprachlich) zugänglich sind.⁹⁷ Entsprechend wäre eine zentrale Datenbank für transportrechtliche Gerichtsentscheidungen zur CMR ein geradezu unentbehrliches Hilfsmittel.⁹⁸ Die grenzüberschreitende Kommunikation würde auf diese Weise mit Hilfe einer mehrsprachigen Aufarbeitung der Informationen erheblich erleichtert.

⁹² Siehe oben III.B. Rechtseinheit liesse sich durch sachrechtliche Angleichung der nationalen Vorstellungen über vorsatzgleiches Verschulden erreichen, JESSER-HUSS (Fn. 23), Art. 29 CMR N 6.

⁹³ Krit. auch wegen des Anreizes zum *forum running*, der mit der fehlenden Harmonisierung in diesem Bereich einher geht, BARBARA KLETT, Die Haftung im internationalen Strassengüterverkehr nach CMR, Strassenverkehr 1/2017, S. 20 (24).

⁹⁴ BASEDOW (Fn. 21), S. 23. REUSCHLE (Fn. 27), Art. 1 CMR N 111, konstatiert ein gewisses «Beharrungsvermögen» der nationalen Rechtsordnungen.

⁹⁵ MANKOWSKI (Fn. 7), Rz. 6.1928. Siehe bereits oben III.A.

⁹⁶ REUSCHLE (Fn. 27), Art. 1 CMR N 113. Siehe im Hinblick auf die Beziehung zwischen Art. 31 CMR und der Brüssel I-Verordnung auf der Grundlage von Art. 71 Brüssel I-VO jedoch EuGH 4.9.2014, Rs. C-157/13 – Nickel & Goeldner Spedition GmbH *.l.* «Kintra» UAB, unalex EU-604; 19.12.2013, Rs. C-452/12 – Nipponkoa Insurance Co. (Europe) Ltd *.l.* Inter-Zuid Transport BV, unalex EU-570; 4.5.2010, Rs. C-533/08 – TNT Express Nederland BV *.l.* AXA Versicherung AG, unalex EU-222.

⁹⁷ MAURER (Fn. 49), S. 150.

⁹⁸ Die *unalex* Entscheidungssammlung geht diesbezüglich in die richtige Richtung, siehe <https://www.unalex.eu/Judgment/Judgment.aspx> (zuletzt abgefragt: 29.3.2018).

Ersatzpflicht für den Besuchsschaden

HARDY LANDOLT*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	499
II.	Sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht	500
	A. Rettungs-, Transport- und Reisekosten.....	500
	B. Kosten einer Begleitperson.....	501
	C. Besuchskosten	502
III.	Haftpflichtrechtliche Ersatzpflicht	503
	A. Prinzipielle Ersatzpflicht	503
	B. Aktivlegitimation.....	503
	C. Umfang der ersatzpflichtigen Besuche	504
	1. Besuchszweck	504
	2. Besuchsberechtigte Personen	505
	3. Besuchshäufigkeit	507
	D. Ersatzfähige Besuchskosten.....	509
	1. Kosten der besuchenden Personen	509
	2. Erwerbsausfall der besuchenden Personen.....	510
	E. Koordination zwischen Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden	511

I. Einleitung

Verletzte Personen müssen sich regelmässig in ärztliche oder pflegerische Obhut begeben und befinden sich während dieser Zeit in einem Spital oder einer anderen Institution. Es gehört zu den Gepflogenheiten, dass verletzte Personen von ihren Angehörigen, Freunden und Bekannten sowie Unbekannten, beispielsweise einem Spitalseelsorger, besucht werden. Die besuchenden Personen wenden dabei nicht nur ihre Zeit auf, sondern haben die mit den Besuchen zusammenhängenden Kosten zu tragen. Unter Umständen entsteht den besuchenden Angehörigen sogar ein Erwerbsausfall. In der Schadenregulierungspraxis bestehen im Zusammenhang mit der Ersatzpflicht des Besuchsschadens zahlreiche Fragen und Unklarheiten. Der vorliegende Beitrag

* Herr Prof. Dr. HARDY LANDOLT, LL.M., Landolt Rechtsanwälte, Glarus.
Der Autor dankt seiner studentischen Hilfskraft Alena Thalmann für die Mitwirkung an der Fertigstellung des Beitrages.

befasst sich mit der Ersatzpflicht für den Besuchsschaden aus versicherungs- und haftpflichtrechtlicher Sicht.

II. Sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht

A. Rettungs-, Transport- und Reisekosten

Die verschiedenen Sozialversicherungszweige statuieren in Bezug auf Rettungs-, Transport- und Reisekosten der verletzten Person eine unterschiedliche Leistungspflicht:

- Die obligatorische Unfallversicherung vergütet die notwendigen Reise-, Transport- und Rettungskosten¹. Die im Ausland anfallenden notwendigen Reise-, Transport- und Rettungskosten werden höchstens bis zu einem Fünftel des Höchstbetrages des versicherten Jahresverdienstes, aktuell CHF 148 200, vergütet². Nicht notwendige Kosten können vergütet werden, wenn es die familiären Verhältnisse rechtfertigen³.
- Die obligatorische Krankenpflegeversicherung leistet einen Beitrag an Transport- und Rettungskosten⁴. Die Versicherung übernimmt 50% der Kosten von medizinisch indizierten Krankentransporten, maximal pro Kalenderjahr CH 500⁵. Die Versicherung übernimmt für Rettungen in der Schweiz 50% der Rettungskosten, maximal pro Kalenderjahr CHF 5000⁶. Erfolgt die Rettung im Ausland, besteht keine Leistungspflicht.
- Die Invalidenversicherung vergütet die für die Durchführung von Eingliederungsmassnahmen notwendigen Reisekosten im Inland⁷ unter Einschluss eines Zehrgeldes⁸. Vergütet werden die Kosten, die den Preisen der öffentlichen Transportmittel für Fahrten auf dem direkten Weg entsprechen. Ist der Versicherte wegen Invalidität auf die Benützung eines anderen Transportmittels angewiesen, so werden ihm die daraus entstehenden Kosten ersetzt. Nicht vergütet werden geringfügige Auslagen für Fahrten im Ortskreis⁹. Die Details der Vergütung, insbesondere auch der Umfang der Vergütung für im Ausland anfallende Reisekosten, werden

¹ Vgl. Art. 13 Abs. 1 UVG.

² Vgl. Art. 20 Abs. 2 UVV.

³ Vgl. Art. 20 Abs. 1 UVV.

⁴ Vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. g KVG.

⁵ Vgl. Art. 26 Abs. 1 KLV.

⁶ Vgl. Art. 27 KLV.

⁷ Vgl. Art. 51 Abs. 1 IVG.

⁸ Vgl. Art. 90 Abs. 3 und 4 IVV.

⁹ Vgl. Art. 90 Abs. 1 IVV.

im Kreisschreiben über die Vergütung der Reisekosten in der Invalidenversicherung (KSVR) festgehalten¹⁰.

- Die Kantone vergüten den Bezügem einer jährlichen Ergänzungsleistung schliesslich ausgewiesene, im laufenden Jahr entstandene Kosten für Transporte zur nächstgelegenen Beratungsstelle¹¹. Die Details der Vergütung sind in der Begleitung über die Ergänzungsleistungen zur AV und IV (WEL) geregelt¹².

B. Kosten einer Begleitperson

Die Invalidenversicherung sieht explizit eine Vergütungspflicht für die Kosten einer Begleitperson vor, wenn die versicherte Person im Zusammenhang mit der Durchführung einer von der Invalidenversicherung finanzierten Abklärungs- und Eingliederungsmassnahme auf eine Begleitperson zwingend angewiesen ist¹³. Vergütet werden dabei nicht nur die Fahrauslagen, sondern auch ein Zehrgeld, wobei jedoch bei Urlaubs- oder Besuchsfahrten kein Zehrgeld ausgerichtet wird¹⁴.

Als unerlässliche Begleitperson gilt jene Person, auf deren Hilfe oder Betreuung die versicherte Person infolge ihrer Behinderung oder – bei Kindern – infolge ihres Alters notwendigerweise angewiesen oder die beim Vollzug einer Massnahme unerlässlich ist. Die Vergütung wird grundsätzlich nur für eine Begleitperson gewährt¹⁵. Die Invalidenversicherung hat für die Kosten des Transports mit dem privaten Motorfahrzeug auch dann aufzukommen, wenn die Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel dem Versicherten möglich und zumutbar ist, nicht dagegen der unter den konkreten Umständen unerlässlichen Begleitperson¹⁶.

In den anderen Sozialversicherungszweigen wird eine Ersatzpflicht für die Kosten einer Begleitperson von der Praxis für den Geltungsbereich der Unfallversicherung bejaht¹⁷, für den Geltungsbereich der Krankenversicherung¹⁸ und die Vergütung für Krankheits- und Behinderungskosten verneint¹⁹. Es

¹⁰ Gültig ab 1. Januar 2008.

¹¹ Vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. e ELG.

¹² Gültig ab 1. April 2011 (Stand 1. Januar 2018).

¹³ Vgl. Art. 51 IVG und Art. 78 IVV.

¹⁴ Vgl. Art. 90 Abs. 3 IVV.

¹⁵ Vgl. Rz 28 KSVR.

¹⁶ Vgl. BGE 109 V 266 ff.

¹⁷ Vgl. Urteil Versicherungsgericht des Kantons Aargau BE.2004.00233 vom 13. Oktober 2004 E. 4.

¹⁸ Vgl. BGE 130 V 424 E. 3.2 ff.

¹⁹ Vgl. Urteil Bundesgericht 9C_352/2015 vom 14. August 2015 E. 2.2.

wäre wünschenswert, wenn die Rechtsprechung – in Anwendung des Grundsatzes der Austauschbefugnis – einheitliche Voraussetzungen formulieren würde, unter denen die Kosten einer Begleitperson zu entschädigen sind.

C. Besuchskosten

Keine gesetzliche Leistungspflicht besteht in Bezug auf Besuchskosten, wenn sich die versicherte Person auf Kosten einer Sozialversicherung im Spital oder einem Heim aufhält. Das Kreisschreiben über die Vergütung der Reisekosten in der Invalidenversicherung (KSVR)²⁰ statuiert eine Entschädigungspflicht auch für Besuche von Angehörigen minderjähriger Versicherter, die sich in einem Spital aufhalten. Kann oder soll der Versicherte behinderungsbedingt oder aus medizinischen bzw. aus anderen beachtlichen Gründen die Krankenanstalt nicht verlassen, so besteht Anspruch auf Vergütung der Reisekosten einer Besuchsperson an jedem dritten Tag; wann und in welchem Rhythmus diese Besuche stattfinden, ist unerheblich²¹. Der Anspruch ist beschränkt auf Besuche der Eltern oder – bei deren Fehlen – anderer Angehöriger oder Dritter, die als dem versicherten Kind nahestehende Bezugspersonen Elternfunktionen ausüben. Bei Eingliederungsmassnahmen im Ausland besteht kein Anspruch auf Besuchsfahrten²². Hat der Versicherte keine solchen Angehörigen, so können bei Vorliegen beachtlicher persönlicher Gründe die Kosten für regelmässige Wochenend- sowie für die Besuchsfahrten des Versicherten nach einem vom Wohnort verschiedenen, regelmässig besuchten anderen Ort, z.B. Wohnort eines Verwandten, vergütet werden²³. Entschädigt werden die Kosten der öffentlichen Transportmittel 2. Klasse²⁴, nicht aber Unterkunfts- und Verpflegungskosten²⁵.

²⁰ Gültig ab 1. Januar 2008.

²¹ Siehe BGE 118 V 206 E. 4b und 5b.

²² Vgl. Rz 10 KSVR.

²³ Vgl. Rz 11 und 27 ff. KSVR.

²⁴ Vgl. Rz 32 KSVR.

²⁵ Vgl. Rz 51 KSVR.

III. Haftpflichtrechtliche Ersatzpflicht

A. Prinzipielle Ersatzpflicht

Die ältere Rechtsprechung hat die Ersatzpflicht für den Spitalbesuchsschaden als ersatzfähig qualifiziert²⁶. In jüngster Zeit hat das Bundesgericht die Ersatzpflicht auch für den Heimbesuchsschaden für die Mutter, nicht aber für den Vater eines wachkomatösen Kindes bejaht²⁷. Dessen Anspruch scheiterte aus prozessualen Gründen²⁸. Bislang ungeklärt ist, ob auch eine Ersatzpflicht für Angehörigenbesuche besteht, wenn sich die geschädigte Person zu Hause aufhält. Die Problematik der Ersatzfähigkeit des Hausbesuchsschadens wird insoweit relativiert, als notwendige Betreuungsleistungen von Angehörigen ohnehin unter dem Titel des Betreuungsschadens²⁹ ersatzpflichtig sind³⁰. Insofern stellt sich lediglich die Frage, ob Besuche der geschädigten Person, die von Dritten, welche keine Betreuungsleistungen erbringen, zu erstatten sind. Derartige Besuche erfolgen in der Regel freiwillig, weshalb kein Grund besteht, den Hausbesuchsschaden zu vergüten.

B. Aktivlegitimation

Die ältere Rechtsprechung erachtete den besuchenden Angehörigen als aktivlegitimiert³¹. Der Verletzte konnte den Besuchsschaden nur dann geltend machen, wenn eine schriftliche Abtretung vorlag³². In BGE 97 II 266 E. III/2-4

²⁶ Siehe BGE 97 II 266 E. III/2-4, 69 II 324 E. 3 und 57 II 94 E. 3 sowie Urteile Appellationshof des Kantons Bern 358/II/2001 vom 13. Februar 2002 = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 und Kantonsgericht des Kantons Wallis vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 136 E. 7 sowie Kantonsgericht des Kantons Graubünden ZF 3/66 vom 25. März und 17. Mai 1966 = PKG 1966 S. 46 E. 4.

²⁷ Vgl. Urteil Bundesgericht 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3.4 und 3.5. Rechtsvergleichend Urteil OLG Bremen 3 U 165/98 vom 31. August 1999 = FamRZ 2001, 1300 = OLGR-BHS 2000, 95 = VersR 2001, 595.

²⁸ Weiterführend HARDY LANDOLT, Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden – Gleichzeitig eine Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile vom 18.1.2006 (4C.283/2005), 27.3.2007 (4C.413/2006) und 25.5.2010 (4A_500/2009), in: HAVE 2011, S. 3 ff., 3-11.

²⁹ Vgl. Urteile Bundesgericht 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 8.3 und 4C.413/2006 vom 27. März 2007 E. 4.

³⁰ Siehe dazu Urteil OGH 7Ob281/02b vom 26. Februar 2003 E. a (Ersatzpflicht für Kontakt- und Besuchskosten von Angehörigen eines Querschnittsgelähmten nach dessen Spitalaufenthalt).

³¹ Vgl. BGE 57 II 94 E. 3b: «perché il diritto di farla valere spettava al marito solo, il quale, invece, non si è portato attore».

³² Vgl. BGE 69 II 324 E. 3a.

änderte das Bundesgericht ohne nähere Begründung seine Auffassung. Es erwog, dass der besuchte Verletzte aktivlegitimiert sei und die Besuchskosten des Angehörigen vom Verletzten gestützt auf die Geschäftsführung ohne Auftrag zu ersetzen seien³³. Die Rechtsprechung ist seitdem bei dieser Auffassung geblieben³⁴.

Sowohl die Aktivlegitimation des Verletzten als auch die Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag werden mit den Hinweisen kritisiert, dass der Besuchsaufwand letztlich nicht von der Hilfsbedürftigkeit des Verletzten, sondern vom Vorhandensein von Angehörigen bzw. vom Besuchswillen der Angehörigen abhängt und die besuchenden Angehörigen keine Geschäftsführer sind, die ein fremdes Geschäft auftragslos erbringen, sondern in eigenem Interesse tätig werden. Der Vermögensschaden fällt ferner bei den besuchenden Angehörigen an, weshalb – wie bei der Angehörigengenußnahme – von der Aktivlegitimation der Angehörigen ausgegangen werden sollte³⁵. Die ausländischen Rechtsordnungen gehen mitunter von der Aktivlegitimation der besuchenden Angehörigen aus³⁶.

C. Umfang der ersatzpflichtigen Besuche

I. Besuchszweck

Die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung hat die Ersatzpflicht für den Besuchsschaden mit der Erwägung bejaht, dass Angehörigenbesuche der Heilung förderlich seien³⁷. Daraus leiten Lehre³⁸ und kantonale Rechtsprechung mitunter ab, dass für medizinisch nicht indizierte Besuche kein Ersatzanspruch besteht³⁹. Bei bewusstseinsbeeinträchtigten bzw. wachkomatösen Ge-

³³ Gl. M. Urteil BGH VII ZR 91/77 vom 12. Dezember 1978 = NJW 1979, 598.

³⁴ Vgl. Urteile Bundesgericht 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3.3 und 4C.413/2006 vom 27. März 2007 E. 4.

³⁵ Siehe z.B. LANDOLT, HARDY, Angehörigenschaden: Reflex- oder Direktschaden - oder sogar beides?, in: HAVE 2009/1, S. 3 ff.

³⁶ Vgl. BERNHARD A. KOCH/HELMUT KOZIOL, Schadenersatz bei Personenschäden in Europa, in: HAVE 2003, S. 13 ff., 13.

³⁷ Vgl. BGE 97 II 266 E. III/4.

³⁸ Z.B. HORST NEUMANN-DUESBERG, Krankenbesuchskosten als Heilungskosten, in: NZV 1991, S. 455 ff., 455.

³⁹ Statt vieler Urteile Appellationshof des Kantons Bern 358/II/2001 vom 13. Februar 2002 = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8 und Kantonsgericht des Kantons Wallis vom 27. Oktober 1989 i.S. N. c. La Commune de Lens = SG 1989 Nr. 62 E. 4b/aa (Aufenthalt der Ehegattin bei einem doppelten Unterschenkelbruch ist für die Heilung nicht erforderlich) und vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 136 E. 5a/bb sowie Bezirksgericht St. Gallen vom 27. Mai 1988 i.S. Steinauer c. Kanton SG = SG 1988 Nr. 35 E. 5a; Kantons-

schädigten wurde die medizinische Nützlichkeit von Angehörigenbesuche in Frage gestellt, die Rechtsprechung bejaht in solchen Fällen eine Ersatzpflicht gleichwohl⁴⁰, was aus der Perspektive der besuchenden Angehörigen nur folgerichtig ist. Zum Beweis der medizinischen Notwendigkeit von Besuchsfahrten, die Eltern zu ihrem verletzten Kind unternehmen, reicht die Vorlage von ärztlichen Bescheinigungen aus. Dabei dürfen an die Darlegungslast keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden; es ist insbesondere keine detaillierte Schilderung des Krankheitsverlaufs zu verlangen⁴¹.

Das Bundesgericht weist gelegentlich auf das Erfordernis der medizinischen Notwendigkeit hin, anerkennt aber auch eine nichtmedizinische Notwendigkeit. Elternbesuche sind beispielsweise auch deshalb angezeigt, weil die Eltern über die medizinische Behandlung bestimmen⁴². Da das Bundesgericht die Ersatzpflicht für Angehörigenbesuche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag ableitet, sind konsequenterweise sämtliche Besuche, die sich als nützlich oder notwendig erweisen, als ersatzpflichtig zu qualifizieren. Eine Notwendigkeit für Besuche kann ohne weiteres auch aus nichtmedizinischen Gründen, z.B. beim regelmässigen Bringen und Holen von persönlichen Effekten, im Zusammenhang mit der Erledigung von Alltagsgeschäften oder dem Erlernen der nach Spitalentlassung erforderlichen Pflege⁴³, gegeben sein.

2. *Besuchsberechtigte Personen*

Besuchsberechtigt werden lediglich nahe Angehörige der verletzten Person qualifiziert. Ersatzpflichtig sind insbesondere Eltern⁴⁴ und Ehegattenbesu-

gericht des Kantons Freiburg vom 1. Juli 1980 = CaseTex Nr. 1850 (Besuche der Eltern eines 6-jährigen Kindes, das eine Niere verlor) und Kantonsgericht des Kantons Wallis vom 30. Januar 1975 = CaseTex Nr. 216 = ZWR 1975, 260.

⁴⁰ Vgl. Urteile Appellationshof des Kantons Bern 358/II/2001 vom 13. Februar 2002 = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8a sowie OLG Bremen 3 U 165/98 vom 31. August 1999 = VersR 2001, 595 (apallisches Syndrom), und OLG Saarbrücken 3 U 176/85 vom 23. Oktober 1987 = NZV 1989, 26 = BeckRS 2008, 18882 und LG Saarbrücken 14 O 117/87 vom 18. Dezember 1987 = NJW 1988, 2958 (dreiwöchige Besuche der Eltern eines komatösen Kindes); ferner NEUMANN-DUESBERG (Fn. 38), S. 455, 456 f.

⁴¹ Vgl. Urteil OLG Hamm 13 U 118/91 vom 13. Januar 1992 = NZV 1993, 151.

⁴² Urteil Bundesgericht 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3.3.

⁴³ Dazu BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30 bzw. das vorinstanzliche Urteil Appellationsgericht des Kantons Tessin vom 12. Februar 1982 i.S. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178 (Ersatzfähigkeit der Besuchskosten von CHF 20 000, die im Zusammenhang mit dem Spitalaufenthalt der Mutter, welche die spätere Pflege des verletzten Kindes zu Hause erlernen musste, anfielen).

⁴⁴ Vgl. Urteil Appellationshof des Kantons Bern 358/II/2001 vom 13. Februar 2002 = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8a.

che⁴⁵. Mitunter wird jedoch nur ein Anspruch auf den Besuch eines Elternteils bejaht, obwohl beide Eltern bzw. Geschwister den Geschädigten besucht haben⁴⁶.

Die deutsche Rechtsprechung geht davon aus, dass nicht nur «nächste», sondern auch «nahe» Angehörige besuchsberechtigt sind⁴⁷, schränkt den Ersatzanspruch aber auf medizinisch notwendige Besuchskosten ein⁴⁸. Als nahe Angehörige werden auch nichteheliche bzw. gleichgeschlechtliche Lebenspartner anerkannt⁴⁹. Die Ersatzpflicht hängt zudem nicht davon ab, ob die Lebenspartner ständig zusammen gewohnt haben⁵⁰. Nicht mehr zu den nahen Angehörigen zählen demgegenüber Geschwister⁵¹.

Die österreichische Rechtsprechung war anfänglich restriktiv und bejahte lediglich den tatsächlichen Besuchsschaden des Ehegatten und der Eltern minderjähriger Kinder, nicht aber anderer naher Angehöriger⁵². Die seitherige Rechtsprechung hat die Besuchsberechtigung sukzessive auf nahe Angehörige, insbesondere auch Geschwister⁵³ und volljährige Kinder⁵⁴ sowie Lebenspartner⁵⁵, ausgedehnt.

Es ist widersprüchlich, nahen Angehörigen einen Genugtuungsanspruch zuzubilligen, aber nicht sämtliche Besuche, welche genugtuungsberechtigte Angehörige erbringen, als ersatzpflichtig zu qualifizieren. Genugtuungsberechtigt

⁴⁵ Vgl. BGE 69 II 324 E. 3 und 57 II 94 E. 3.

⁴⁶ Vgl. Urteil Kantonsgericht des Kantons Wallis vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 136 E. 7b.

⁴⁷ Vgl. Urteil OLG Düsseldorf 1 U 205/73 vom 18. Juni 1973 = NJW 1973, 2112 (Ersatzpflicht für Flugkosten und den Verdienstausschlag der aus dem Ausland anreisenden Tochter der Verletzten wurde anerkannt).

⁴⁸ Grundlegend Urteil BGH VI ZR 171/90 vom 19. Februar 1991 = NJW 1991, 2340 = VersR 1991, 559 E. 2b.

⁴⁹ Vgl. Urteile LG Münster 8 S 410/96 vom 12. Juni 1997 = r + s 1997, 460 und OLG Nürnberg 11 U 267/95 vom 11. Juli 1995 = ADAJUR Nr. 12662 und 3591 = NZV 1997, 34.

⁵⁰ Vgl. Urteil KG 22 U 39/06 vom 12. März 2009 = BeckRS 2009, 11737 = NJOZ 2009, 2256.

⁵¹ Vgl. Urteil OLG Karlsruhe 10 U 15/97 vom 11. Juli 1997 = VersR 1998, 1256 E. 2 (Bruder) und ferner Urteil FG München 5 K 2313/06 vom 21. Juni 2007 = BeckRS 2007 26023733.

⁵² Vgl. Urteil OGH 2Ob4/84 vom 3. Juli 1984 E. 2.

⁵³ Vgl. Urteil OGH 2Ob41/89 vom 30. August 1989 (bejaht für besuchende Geschwister); 2Ob14/88 vom 30. August 1988 (bejaht für besuchende Schwester) und 2Ob39/87 vom 28. Oktober 1987 (verneint für besuchenden Bruder).

⁵⁴ Vgl. Urteil OGH 2Ob83/89 vom 20. Juli 1989.

⁵⁵ Vgl. Urteil OGH 2Ob103/01p vom 20. Juni 2002 = ÖJZ-LSK 2002/204 = EvBl 2002, 725 = ZVR 2003, 80 und 2003, 323.

sind die Angehörigen der Kernfamilie, d.h. Ehegatten⁵⁶, Verlobte bzw. Konkubinatspartner⁵⁷, Eltern⁵⁸, Nachkommen⁵⁹ sowie Geschwister⁶⁰ des Verletzten. Entsprechend ist davon auszugehen, dass sämtliche Besuche von genugtuungsberechtigten Angehörigen grundsätzlich ersatzpflichtig sind⁶¹. Im Hinblick auf die von der Rechtsprechung zur Begründung der Ersatzpflicht des Verletzten gegenüber dem besuchenden Angehörigen herangezogene Geschäftsführung ohne Auftrag ist konsequenterweise davon auszugehen, dass alle nützlichen und notwendigen Besuche, auch wenn diese von nicht genugtuungsberechtigten Personen vorgenommen werden, zu entschädigen sind⁶².

Es bleibt schliesslich zu betonen, dass letztlich auch der in einem Heim oder Wohneinrichtung untergebrachte Verletzte ein Kontaktrecht hat, wenn keine nächsten Angehörigen vorhanden sind; in solchen Fällen übernehmen Verwandte, Freunde oder Behördenvertreter die Angehörigenfunktion, weshalb ausnahmsweise eine Ersatzpflicht für den Besuchsschaden von Drittpersonen, welche keine nahen Angehörigen sind, geboten erscheint⁶³.

3. *Besuchshäufigkeit*

Die ersatzpflichtige Besuchshäufigkeit wird von der Praxis zurückhaltend bis rigide gehandhabt:

- In BGE 99 II 259 ff. wurden die gelegentlichen Spitalbesuche der Mutter einer mit einem offenen Beinbruch im Spital befindlichen erwachsenen Tochter als ersatzfähig bezeichnet.

⁵⁶ Vgl. z.B. BGE 112 II 220 E. 3 und Urteil Bezirksgericht Affoltern vom 23. November 1994 i.S. Alpina Versicherungen E. 8.

⁵⁷ Vgl. BGE 114 II 144 E. 3a.

⁵⁸ Vgl. BGE 129 IV 22 = Pra 2003 Nr. 132 E. 7, 116 II 95 E. 2c und Urteil Bundesgericht 4C.32/2003 vom 19. Mai 2003 E. 2.2. Den Schwiegereltern steht kein Genugtuungsanspruch zu (vgl. BGE 88 II 455 = Pra 1963 Nr. 48 E. 5).

⁵⁹ Vgl. BGE 117 II 50 E. 3 und 90 II 79 = Pra 1964 Nr. 83 E. 2, 88 II 455 = Pra 1963 Nr. 48 E. 4, 72 II 170 E. 9, 58 II 248 E. 2, 56 II 2127 E. 7 = Pra 1946 Nr. 117, Pra 1932 Nr. 124 und Pra 1930 Nr. 74. Es sind keine Gesamtgenugtuung, sondern Einzelgenugtuungen je Kind auszusprechen (vgl. BGE 90 II 79 = Pra 1964 Nr. 83 E. 2).

⁶⁰ Geschwister sind genugtuungsberechtigt, sofern ein gemeinsamer Haushalt oder eine besonders starke Bindung besteht (vgl. BGE 129 IV 22 = Pra 2003 Nr. 132 E. 7 und 118 II 404 = Pra 1994 Nr. 55 = ZBJV 1994, 283 E. 3b/bb).

⁶¹ Der österreichische OGH bejaht die Ersatzpflicht für Besuche von beistandspflichtigen Angehörigen (vgl. z.B. Urteile OGH 20b238/07z vom 15. März 2008 = Zak 2008, 196 = ZfRV-LS 2008/37 = ARD 5891/11/2008 = RdW 2008, 454 = ZVR 2008, 484 und 2008, 491 E. 4.3 und 20b83/89 vom 20. Juli 1989).

⁶² Vgl. Art. 422 Abs. 1 OR.

⁶³ Vgl. z.B. Urteil LG Mainz 8 T 144/97 vom 28. Juli 1997 = JurBüro 1998, 39 (ein bis zwei Besuche monatlich des Beistandes eines im Heim untergebrachten Geschädigten).

- Das Walliser Kantonsgericht hat die Anspruchsberechtigung sehr restriktiv ausgelegt. Anerkannt wurden drei Besuche durch den Vater eines Querschnittgelähmten in einem Monat⁶⁴.
- Das EVG hat festgestellt, dass Kinder im vorschul- und schulpflichtigen Alter einen Anspruch auf Vergütung der Kosten für Spitalbesuche an jedem dritten Tag haben⁶⁵.
- Der Berner Appellationshof demgegenüber hat bei Elternbesuchen im Spital während der Akutphase fünf bis sieben Stunden (inklusive Anfahrzeit) pro Tag als ersatzfähig qualifiziert⁶⁶.
- Das Amtsgericht Stadt-Luzern hat drei Besuche der Eltern eines im Wachkoma liegenden Kindes pro Woche (inklusive einem wöchentlichen Familienbesuchstag) bzw. wöchentlich insgesamt einen Zeitaufwand von 20 Stunden als der konkreten Situation angemessen bezeichnet⁶⁷. Das Luzerner Obergericht kürzte diesen Anspruch auf drei Stunden pro Woche⁶⁸.

Aus diesen Urteilen geht hervor, dass in der Akutphase ein ausgedehnteres Besuchsintervall zuzubilligen ist. Beim Eintritt einer schweren Verletzung sollten tägliche Besuche in der Akutphase⁶⁹ und drei Besuche pro Woche während der restlichen Rehabilitations- bzw. Aufenthaltsphase⁷⁰ als ersatzfä-

⁶⁴ Vgl. Urteil Kantonsgericht des Kantons Wallis vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 136 E. 7b.

⁶⁵ Vgl. BGE 118 V 206 E. 5c.

⁶⁶ Vgl. Urteil Appellationsgericht des Kantons Bern 358/II/2001 vom 13. Februar 2002 = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394.

⁶⁷ Vgl. Urteil Amtsgericht der Stadt Luzern 11 06 14 vom 17. Juni 2008 E. 4.3.1.5.

⁶⁸ Vgl. Urteil Obergericht des Kantons Luzern 11 08 127 vom 27. August 2009 E. 4.2.4 ff.

⁶⁹ Siehe rechtsvergleichend Urteile OLG Köln 11 U 75/00 vom 22. November 2000 = BeckRS 2001, 02698 E. 3 (täglich bzw. «rund um die Uhr»), OLG Hamm 27 U 7/98 vom 14. Mai 1998 = BeckRS 1998, 04356 E. 5 (Für die ersten zehn Tage nach dem Unfall ist ein täglicher Besuch seiner Ehefrau vertretbar, danach aber nicht mehr, zumal eine besondere physische und psychische Labilität des Klägers, die dergleichen erfordert hätte, nicht nachprüfbar dargetan ist.) und OLG Saarbrücken 3 U 176/85 vom 23. Oktober 1987 = NZV 1989, 26 = BeckRS 2008, 18882 (tägliche Besuche der Eltern eines wachkomatösen Kindes in den ersten 19 Tagen nach dem Unfall).

⁷⁰ Siehe rechtsvergleichend Urteile OLG Koblenz 12 U 1490/02 vom 13. Oktober 2003 = NJOZ 2004, 132 E. 2a/aa (alle zwei Tage), LG Mainz 8 T 144/97 vom 28. Juli 1997 = JurBüro 1998, 39 (ein bis zwei Besuche monatlich eines im Heim untergebrachten Geschädigten) sowie OLG Köln 3 U 146/88 vom 21. März 1989 und LG Aachen 1 O 21/86 vom 5. Juli 1988 = r + s 1989, 400 (Ein maximal dreimaliger Besuch in der Woche durch den Ehemann während der stationären Behandlung ist ausreichend.) und OLG Koblenz 12 U 880/80 vom 23. März 1981 = VersR 1981, 887 (18jähriger Verletzter mit Trümmerfraktur des linken Unterschenkels hat wöchentlich Anspruch auf zwei Besuche der Eltern).

hig betrachtet werden⁷¹. Das im Fall «Hennemuth» bei einem Paraplegiker entschädigte Besuchsintervall von drei Besuchen eines Angehörigen pro Monat ist zu streng und wohl darauf zurückzuführen, dass die Eltern des geschädigten jungen Mannes in Deutschland wohnten, er aber in der Schweiz rehabilitiert wurde.

D. Ersatzfähige Besuchskosten

1. Kosten der besuchenden Personen

Unbestritten ist die Ersatzpflicht für tatsächliche Besuchskosten. Der tatsächliche Besuchsschaden umfasst Reise-⁷², Unterbringungs-⁷³, Verpflegungs-⁷⁴ und Kinderbetreuungskosten⁷⁵. Herrschen winterliche Verhältnisse oder müssen weite Entfernungen zurückgelegt werden, sind nicht nur die Kosten von öffentlichen Verkehrsmitteln, sondern die Kosten für die Benützung eines privaten Motorfahrzeuges unter Einschluss von Mautgebühren zu entschädigen⁷⁶. Unklar ist, inwieweit für die Besuchszeit bzw. normative Besuchskosten Ersatz geleistet werden muss. Eine «Normativierung» des Besuchsschadenersatzes nahm der Berner Appellationshof im Jahr 2002 vor, indem er eine Ersatzpflicht für den Zeitaufwand der Mutter eines schwerstgeschädigten Kindes für die Zurücklegung des Wegs vom und ins Spital und die Besuchs-

⁷¹ Ablehnend ANDREA KOTTMANN, Schadensberechnung und Schadensschätzung bei Körperverletzung und Tötung. Notwendigkeit der Bildung von Regeln, Diss. Bern 2012, Rz 72.

⁷² Vgl. Urteile Appellationsgericht des Kantons Tessin vom 12. Februar 1982 i.S. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178 und Kantonsgericht des Kantons Wallis vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 136 E. 7b (bei Besuchen im Inland nur Kosten von öffentlichen Verkehrsmitteln, nicht aber Kosten eines Mietautos; bei Besuchen im Ausland auch Auto- und Flugkosten); ferner Urteil LG Saarbrücken 14 O 117/87 vom 18. Dezember 1987 = NJW 1988, 2958.

⁷³ Vgl. BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30 und Urteil Appellationsgericht des Kantons Tessin vom 12. Februar 1982 i.S. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178.

⁷⁴ Vgl. Urteil Kantonsgericht des Kantons Wallis vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 136 E. 7b (CHF 60 pro Tag für Unterkunft und Verpflegung).

⁷⁵ Vgl. Urteile Bundesgericht 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3.5 und ferner BGH VI ZR 263/88 vom 24. Oktober 1989 = DAR 1990, 58 = NJW 1990, 1037 = VersR 1989, 1308, VI ZR 201/83 vom 21. Mai 1985 = NJW 1985, 2757 und VI ZR 303/79 vom 28. Oktober 1980 = VersR 1981, 239.

⁷⁶ Vgl. Urteil OGH 2Ob103/01p vom 20. Juni 2002 = ÖJZ-LSK 2002/204 = EvBl 2002, 725 = ZVR 2003, 80 und 2003, 323.

zeit bejahte⁷⁷. Das Bundesgericht bejaht ebenfalls die Ersatzfähigkeit für eine «konkrete, durch die Besuche verursachte Beeinträchtigung in der Haushaltsführung»⁷⁸.

Die Bundesrichter stellen sogar fest, dass es keine Rolle spielt, ob die Beeinträchtigung durch Anstellung von Hilfskräften oder Mehreinsatz der Betroffenen kompensiert wird, und verweisen für die Schadenberechnung auf die Grundsätze des Haushaltsschadens⁷⁹. Diese Klarheit weicht einer gewissen Verwirrung, wenn dieselben Richter wenige Zeilen zuvor erwägen: «Der Ansicht kann nicht gefolgt werden, dass der Besuchsschaden als Teil des Pflegeschadens 'normativ' nach einem objektiven Wert der Besuche zu bestimmen sei. Besuche im Spital oder Pflegeheim haben ihren Grund in jedem Fall in der persönlichen Beziehung und können nicht als Leistung Dritter bewertet werden; sie haben keinen Marktwert»⁸⁰.

Diese höchstrichterliche Erwägung ist im Zusammenhang mit dem im föderalen Entscheid umstrittenen Erwerbsausfall des besuchenden Vaters zu sehen. Anders als die besuchende Mutter, welche im kantonalen Verfahren für ihre Besuchszeit eine Entschädigung analog den Grundsätzen des Haushaltsschadens beanspruchte, machte der besuchende Vater im kantonalen Verfahren seinen höheren Erwerbsausfall geltend. Er scheiterte mit dem Beweis des Erwerbsausfalles und forderte vor dem Bundesgericht nunmehr wie die Mutter einen Ersatz für die von ihm erbrachte Besuchszeit (unter Einschluss der Fahrzeiten). Das Bundesgericht lehnte diesen Perspektivenwechsel mit dem Hinweis auf den fehlenden «Marktwert» von Besuchsleistungen ab⁸¹.

2. *Erwerbsausfall der besuchenden Personen*

Neben den tatsächlichen und normativen Besuchskosten können besuchende Personen auch einen allfälligen Erwerbsausfall geltend machen⁸². Im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag, welche eine Er-

⁷⁷ Vgl. Urteil Appellationshof des Kantons Bern 358/II/2001 vom 13. Februar 2002 = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8 und 12.

⁷⁸ Urteil Bundesgericht 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3.5.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid. E. 3.3.

⁸¹ Ein Teil der Lehre vertritt als Folge der bundesgerichtlichen Erwägung den Standpunkt, dass der normative Besuchsschaden nicht ersatzpflichtig ist (vgl. z.B. PATRIK EICHENBERGER, Die Regulierung von Kinderschäden – Schadenausgleich in schwierigen Verhältnissen, in: HAVE 2014, S. 113 ff., 128, und WALTER FELLMANN, Entwicklungen – Neues aus dem Haftpflichtrecht, in: HAVE 2011, S. 227 ff., 248 ff.).

⁸² Vgl. BGE 97 II 259 E. 3 und 52 II 384 E. 5 sowie ferner Urteil Kantonsgericht des Kantons Wallis vom 1. Dezember 1978 i.S. Jordan c. Mutuelle Vaudoise = ZWR 1979, 322 = SG 1978 Nr. 30 E. IV.

satzpflicht für den «anderen» Schaden, worunter der Erwerbsausfall fällt, lediglich nach Ermessen des Richters vorsieht⁸³, besteht keine vollumfängliche Ersatzpflicht. Die Rechtsprechung betont zudem, dass die Besuchszeiten mit der Erwerbstätigkeit zu koordinieren sind⁸⁴. Besuchende Angehörige sind insbesondere gehalten, allfällige Fehlzeiten am Arbeitsplatz, die durch Besuche der verletzten Person entstehen, durch Vor- oder Nacharbeit aufzufangen⁸⁵. Der österreichische OGH ist etwas entgegenkommender und bejaht auch die Ersatzpflicht für unbezahlten Urlaub⁸⁶.

E. Koordination zwischen Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden

Pflege- und Betreuungsschaden sind komplementär zueinander, können aber gleichzeitig vorliegen, wenn der Verletzte nicht nur betreuungs-, sondern auch noch pflegebedürftig ist⁸⁷. Der Besuchsschaden ist mit dem Pflege- und dem übrigen Betreuungsschaden kumulierbar⁸⁸. Bei in einem Heim untergebrachten Geschädigten ist neben dem Heimpflege- und dem Heimbesuchsschaden auch und zusätzlich der Angehörigenpflegeschieden zu entschädigen, der entsteht, wenn der Geschädigte an Wochenenden oder ferienhalber sich zu Hause aufhält und dort gepflegt und betreut wird⁸⁹. Bei Kindern, die in einem Heim untergebracht sind, bejaht die Rechtsprechung einen Anspruch auf ein Besuchswochenende pro Monat⁹⁰.

⁸³ Vgl. Art. 422 Abs. 1 OR.

⁸⁴ Vgl. Urteil Bundesgericht 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3.3.

⁸⁵ Vgl. Urteil BGH VI ZR 171/90 vom 19. Februar 1991 = NJW 1991, 2340 = VersR 1991, 559 E. 2c/dd.

⁸⁶ Vgl. Urteil OGH 10b97/16w vom 24. Mai 2016 = Zak 2016, 218 = RdM-LS 2016/68 = iFamZ 2016, 215 = ZfG 2016, 90 = ZVR 2017, 75 E. 2.4.

⁸⁷ Bei unfallbedingter Hilfsbedürftigkeit des Verletzten kann der Schädiger verpflichtet sein, nebeneinander für die Kosten eines Tagespflegeheims und einer ausserhalb der Öffnungszeiten des Tagespflegeheims zu beschäftigenden Hilfskraft aufzukommen (vgl. Urteil OLG Köln 7 U 76/87 vom 17. September 1987 = FamRZ 1989, 178).

⁸⁸ Vgl. Urteil Bundesgericht 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 1-3.

⁸⁹ Ibid. E. 2.6.

⁹⁰ Vgl. Urteil OLG Bremen 3 U 165/98 vom 31. August 1999 = VersR 2001, 595.

CISG and Arbitration Agreements

ULRICH MAGNUS*

Table of Contents

I.	Introduction.....	514
II.	Some general considerations.....	515
III.	CISG applicable to arbitration clauses?.....	517
A.	The law governing the formation of an arbitration agreement	518
1.	The doctrine of separability.....	518
2.	Choice of law	519
3.	Lacking choice of law by the parties.....	522
4.	Scope of the CISG-provisions on formation	523
5.	Termination of the main contract and the fate of the arbitration agreement	524
B.	The incorporation of an arbitration clause into a CISG-contract...	525
C.	Battle of forms	525
D.	The interpretation of arbitration agreements in CISG-contracts...	526
E.	The form problem.....	527
IV.	CISG applicable as substantive law in arbitration proceedings?	528
A.	Parties' choice of law	528
B.	Applicable law in the absence of a choice by the parties	529
1.	Institutional arbitration.....	529
a)	Specific national law.....	530
b)	Application of private international law	530
c)	Free discretion of the arbitral tribunal	531
d)	Decision <i>ex aequo et bono</i>	532
2.	Ad hoc arbitral tribunals.....	533
3.	State courts.....	534
V.	Consequences of arbitrators' failure to apply the CISG.....	534
VI.	Summary	535

* Prof. Dr. ULRICH MAGNUS, Universität Hamburg, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.

I. Introduction

It is an oft-discussed and still controversial subject whether and if so to which extent the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) of 1980¹ is applicable in connection with arbitration. Insofar, several questions seek an answer: Do the CISG-provisions on formation of contract also apply to arbitration clauses in CISG-contracts? Do CISG-standards of interpretation apply to arbitration clauses in CISG-contracts or even in Non-CISG-contracts? Must arbitrators apply the CISG, eventually when? Which are the consequences if the CISG is not or merely wrongly applied?

The following text examines the present state of opinions to these problems and discusses which solution to follow. It is dedicated in longstanding collegiality and friendship to THOMAS KOLLER whose working areas include the Vienna Sales Convention and international trade law as a whole. He has written extensively on the CISG² and has, last but not least, been the coach of

¹ The CISG has been ratified by 89 States (2018). Among them there are almost all major trading nations.

² See in particular THOMAS KOLLER'S commentary (together with HERBERT SCHÖNLE) on Arts. 66-70 and 74-76 CISG, in: Heinrich Honsell (ed.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (2nd ed. 2010); further: THOMAS KOLLER, *AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (CISG) – Probleme aus schweizerischer Sicht*, in: *Festschrift für Heinrich Honsell* (2002) 223 et seq.; THOMAS KOLLER, *Die Verjährung von Ansprüchen des Käufers aus der Lieferung nicht vertragskonformer Ware im Spannungsfeld zwischen UN-Kaufrecht (CISG) und nationalem Partikularrecht*, *recht* 2003, 41 et seq.; THOMAS KOLLER, *Aliud und peius: wirklich überholt? – oder: Was das CISG und das revidierte deutsche Recht dem OR (noch) voraus haben*, in: *Festschrift für Ernst A. Kramer* (2004), 531 et seq.; THOMAS KOLLER (together with MICHAEL STALDER), *Vertragsrecht und interantionaler Handel – Die Vertragswidrigkeit der Ware im UN-Kaufrecht (CISG) bei national unterschiedlichen öffentlichrechtlichen Beschaffenheitsvorschriften*, in: *Festschrift für Peter Gauch* (2004) 477 et seq.; THOMAS KOLLER (together with MICHAEL STALDER), *Verunreinigter Paprika – ein Prüfungsfall aus dem Bereich des UN-Kaufrechts (CISG) mit prozessualen Aspekten*, *recht* 2004, 10 et seq.; THOMAS KOLLER, *Das Regressrecht des CISG-Importeurs gegen den CISG-Verkäufer bei Produkthaftungsfällen mit Körperschäden*, in: *Festschrift für Wolfgang Wiegand* (2005) 421 et seq.; THOMAS KOLLER, *Der Übergang der Leistungsgefahr bei internationalen Kaufverträgen unter der CIF- und der FOB-Klausel – Überlegungen zur sachgerechten Risikoverteilung im grenzüberschreitenden Warenverkehr*, in: *Festschrift für Eugen Bucher* (2009) 383 et seq.; THOMAS KOLLER (together with MARC ANDRÉ MAUERHOFER), *Das Beweismass im UN-Kaufrecht (CISG)*, in: *Festschrift für Ingeborg Schwenzer* (2011) 963 et seq.; THOMAS KOLLER (together with DAVID JOST), *Rinderlasagne mit Pferdefleisch, Salatgurken mit EHEC-Bakterien, dioxinverseuchtes Schweinefleisch – oft nur ein Verdacht und doch ein Mangel? Überlegungen zum Mangelverdacht bei Lebensmitteln als Vertragswidrigkeit der Ware nach UN-Kaufrecht (CISG)*, in: *Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014* (2014) 35 et seq.; THOMAS KOLLER, *Querbezüge zwischen UN-Kaufrecht und COTIF-Eisenbahngüterbeförderungs-*

numerous Vis Moot Court teams of the University of Berne. I hope THOMAS will forgive my writing in English (which he speaks well) but in the CISG-world English is the *lingua franca* whereas writings in German are read and taken into account only by a shrinking number of persons.

II. Some general considerations

There is ample evidence that arbitral tribunals in fact frequently apply the CISG when concerned with international sales cases.³ However, since many arbitral awards remain unpublished, a precise overall assessment is impossible. The evidence can only be taken from published awards and from personal views of arbitrators. Both sources speak in favour of a considerable frequency of the application of the CISG in arbitration proceedings.

Arbitration has numerous legal facets. With respect to the CISG only specific aspects are relevant: namely, whether, and if so when, the CISG applies to the formation, incorporation and interpretation of an arbitration agreement/an arbitration clause that is coupled with a sales contract to which the CISG is applicable. Also, the question whether and when arbitrators have to apply the CISG to the merits of a case must be pursued.

The CISG mentions arbitration directly on two occasions: Art. 45 (3) and Art. 61 (3) both provide: “No period of grace may be granted to the seller (resp. buyer) by a court or arbitral tribunal when the buyer (resp. the seller) resorts to a remedy for breach of contract.” The Convention states here a rule that also arbitral tribunals have to observe when they apply the CISG. Wheth-

recht (CIM), AJP 2016, 415 et seq.; THOMAS KOLLER, Ist die Pflicht des Verkäufers zur fristgerechten Andienung korrekter Dokumente beim Akkreditivgeschäft eine wesentliche Vertragspflicht gemäss Art. 25 CISG? – Gleichzeitig mit Bemerkungen zum «chinesisch-italienisch-schweizerischen Walzdraht-Fall», IHR 2016, 89 et seq.; THOMAS KOLLER, Das Verhältnis von «frachtrechtlicher Rüge» und «kaufrechtlicher Rüge» im internationalen Warenhandel unter UN-Kaufrecht (CISG), Jusletter vom 3.7.2017.

³ A recent counting stated that in 2017 the comprehensive data-bank of the Pace University, New York (cisp.pace) listed over 1.600 arbitral awards applying the CISG, see LOUKAS A. MISTELIS, in: Stefan Kröll/Loukas A. Mistelis/Maria del Pilar Perales Viscasillas (eds.), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. A Commentary (2nd ed. 2018) Art. 1 n. 18; for statistical material see also NILS SCHMIDT-AHRENDTS, CISG and Arbitration, Belgrade L. Rev. LIX (2011) 211 et seq. Further relevant studies are PETRA BUTLER, CISG and International Arbitration – A Fruitful Marriage?, International Trade and Business Law Review XVII (2014) 322 et seq.; André JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration, *RabelsZ* 77 (2013) 131 et seq.; SEBASTIAN KNETSCH, Das UN-Kaufrecht in der Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit (2011) in particular 39 et seq.; LOUKAS A. MISTELIS, CISG and Arbitration, in: André Janssen/Olaf Meyer (eds.), CISG Methodology (2009) 375 et seq.

er this is a hint that tribunals are bound to apply the Convention (provided all conditions for its application are met) or whether the Convention merely reacts to the situation that the tribunal applies the CISG on the basis of its own rules is open (see thereto below). The CISG further mentions arbitration proceedings in an indirect way in Art. 19 (3) and in Art. 81 (1). In both cases the Convention addresses contract provisions relating to the “settlement of disputes”. It is common opinion that the term includes arbitration agreements or arbitration clauses which are connected with a CISG-contract.⁴ However, it is disputed – and has to be discussed below – how far such agreements or clauses are covered by the CISG.

The parties’ agreement that disputes arising from a specific contract shall be arbitrated by a specific arbitration tribunal may be made either – rather rarely – by a separate agreement or – regularly – by a clause in the main contract. In the latter case an arbitration clause is often contained in the standard contract form of one or even both parties. Both kinds of agreeing on arbitration can relate to a CISG-contract and have to be dealt with here although the main focus will be on the practically only relevant arbitration clauses. When the term arbitration agreement is used here it includes both kinds – the separate and the incorporated agreement – unless stated otherwise.

The arbitral tribunal may be bound by rules of procedure as regulated by the arbitration institution under which the tribunal is established. These rules may prescribe the law applicable to the arbitration clause and to the arbitration proceedings. Yet, if they are silent in this respect or if an *ad hoc*-arbitral tribunal is composed the arbitrators have to determine the applicable law.

The relationship between the CISG and the international conventions on arbitration is relatively simple. Arbitration law is still primarily domestic law regulated by national laws which, however, often follow the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985 as amended in 2006. There are only two relevant multi-state conventions in the field of arbitration which take priority over national law: first, the famous and widely accepted⁵ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 which unified the law that state courts have to apply with respect to the recognition and enforcement of awards. Secondly,

⁴ EDWARD ALLAN FARNSWORTH, in: Cesare Massimo Bianca/Michael Joachim Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law* (1987) Art. 19 n. 2.8; JOHN O. HONNOLD/HARRY M. FLECHTNER, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (4th ed. 2009) n. 169 and n. 442; ULRICH MAGNUS, in: *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Wiener UN-Kaufrecht (CISG)* (ed. 2018) Art. 19 n. 17 and Art. 81 n. 8; ULRICH G. SCHROETER, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer (eds.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG* – (6th ed. 2013) Art. 19 n. 8a.

⁵ Presently (April 2018) there are 159 Contracting States to the New York Convention.

the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961.⁶ The relationship between the CISG and the two Conventions is governed by the principle of specialty. Both Arbitration Conventions are the more special regulations which prevail over the CISG as far as they contain competing rules.⁷ This does not forbid the application of CISG provisions in order to fill gaps the two Conventions leave.⁸

III. CISG applicable to arbitration clauses?

There are several subquestions when one asks whether the CISG applies to arbitration clauses: First, have the parties to a CISG-contract validly agreed on arbitration? Which law applies to the formation of the arbitration agreement/clause? Secondly, when is an arbitration clause in standard contract terms been validly incorporated into the contract? Thirdly, connected with it, how is the problem of the battle of forms solved with respect to mutual arbitration clauses? Fourthly, which form is applicable to arbitration clauses?

When I use the expression “CISG-contract” I mean a sales contract to which the CISG applies via Art. 1 (1) (a) or (b) and Art. 100 CISG. This is the case if the parties have validly chosen the CISG⁹ or if their seats of business are located in different CISG-States (Art. 1 (1) (a) CISG) or if the rules of private international law of the forum seized with the case lead to the law of a CISG-State (Art. 1 (1) (b) CISG). Further, the CISG’s temporal applicability must be given (Art. 100); no exclusions must apply (Arts. 2-5) and the parties must not have opted out of the CISG (Art. 6).

⁶ This Convention has been adopted by 30 States, among them 18 Member States of the EU (2018).

⁷ See NIKLAUS HUTZLI, in: Christoph Brunner, UN-Kaufrecht – CISG (2nd ed. 2014) Art. 90 n. 4; PETER HUBER, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (7th ed. 2016) Art. 90 CISG n. 5; PETER MANKOWSKI, in: Franco Ferrari et al. (eds.), Internationales Vertragsrecht (2nd ed. 2012) Art. 90 CISG n. 6; INGO SAENGER, in: Beck’scher Online Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BeckOG BGB, 2017) Art. 90 CISG n. 2; STAUDINGER/MAGNUS (supra fn. 4) Art. 90 n. 11.

⁸ See German Bundesgerichtshof (BGH) Internationales Handelsrecht (IHR) 2014, 56 n. 9 et seq.; *Filanto SpA v. Chilewich International Corp.*, 789 F.Suppl. 1229 (SDNY 1992) and the references in the preceding fn.

⁹ The parties can choose the CISG for their contract even if the conditions of the CISG’s applicability are not met; see Hoge Raad, Nederlands Jurisprudentie (NJ) 1992, 105; Hoge Raad NJ 2001, 391; *FPM Financial Services, LLC v. Redline Products Ltd.*, (DCNJ) WestLaw 5288005; BIANCA/BONELL/BONELL (supra fn. 4) Art. 6 n. 3.5; BRUNNER/MANNER/SCHMITT (supra fn. 7) Art. 6 n. 10; HONNOLD/FLECHTNER (supra fn. 4) n. 78 et seq.; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/FERRARI (supra fn. 4) Art. 6 n. 39 et seq.; STAUDINGER/MAGNUS (supra fn. 4) Art. 6 n. 62 et seq.

A. The law governing the formation of an arbitration agreement

1. The doctrine of separability

Arbitration clauses in contracts are generally regarded as separate contracts though connected with the main (sales) contract.¹⁰ This is expressed, for instance, in Art. 23 (1) of the UNCITRAL Arbitration Rules (in their 2013 version): "...an arbitration clause that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null shall not entail automatically the invalidity of the arbitration clause." In substance more or less identical is sec. 7 of the practically important English Arbitration Act 1996.¹¹ Furthermore, the same idea of principal independence of the arbitration clause from the rest of the contract underlies Art. 81 (1) sent. 2 CISG that "Avoidance does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes...".

The principle of the autonomy – or separability – of the arbitration agreement can have repercussions on the law that applies to the formation of the main contract and to the arbitration agreement or arbitration clause. In practice, often the same law will be applied to both.¹² However, there is no automatism. Both – the main contract and the arbitration agreement – can follow different law. Therefore, where the CISG governs the main contract it is not self-understanding that the conclusion of an arbitration clause in this contract is also subject to the CISG-provisions on the formation of contracts (Arts. 14 et seq.).

¹⁰ See the particularly relevant English jurisprudence: e.g., *Premium Nafta Product Ltd. (20th Defendant) & Ors. v. Fili Shipping Company Ltd. & Ors.* [2007] UKHL 20; *National Iranian Oil Company v. Crescent Petroleum Company International Ltd. & Anor.* [2016] EWHC 510 (Comm.); further, e.g., DIETMAR CZERNICH, *The Law Applicable to the Arbitration Agreement*, in: Gerold Zeiler/Irene Welser et al. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2015*, 73; RAINER HAUSMANN, in: Christoph Reithmann/Dieter Martiny (eds.), *Internationales Vertragsrecht* (8th ed. 2015) n. 8.182; DAVID ST JOHN SUTTON/JUDITH GILL/MATTHEW GEARING, *Russell on Arbitration* (24th ed. 2015) n. 2-010 et seq.; PIETER SANDERS (ed.), *International Handbook on Commercial Arbitration* (looseleaf, 2010) 59 et seq.; ROLF TRITTMANN/INKA HANEFELD, in: Karl-Heinz Böckstiegel/Stefan Kröll/Patricia Nacimiento (eds.), *Arbitration in Germany* (2007) § 1029 n. 9.

¹¹ "Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement.»

¹² See, for instance, the German Federal Supreme Court, BGH RIW 1976, 449 (450); the Indian Supreme Court in *National Thermal Power Corp. v. Singer Co.*, 1992 SCR (3) 106; however, contrary, e.g., Austrian Supreme Court (OGH) JBl. 1974, 186.

2. Choice of law

Since in arbitration the autonomy of the parties is the all-embracing general principle¹³ (as it is also the fundamental principle of the CISG)¹⁴ the parties may choose the law applicable to a separate arbitration agreement or to an arbitration clause in their contract.¹⁵ The choice may be explicit or even implicit. The law intended to be chosen then governs already the conclusion of the arbitration agreement or clause as well as any possible invalidity ground such as mistake, fraud, threat and the like.

In the case of an arbitration clause in the contract it is, however, completely unusual that the parties explicitly agree on a specific law applicable only to this clause though this may happen where a separate arbitration agreement has been concluded.¹⁶

In the absence of an explicit choice of law for the arbitration agreement the question arises whether the parties agreed implicitly on a specific law. The most common case is that the main contract contains both a choice of law-clause and an arbitration clause. Does then the choice of law-clause also extend to the arbitration clause? The answer depends on the intention of the parties unless international or national mandatory law that applies to arbitration provides otherwise (presently, there appear to exist nowhere statutory restrictions on the principle freedom of commercial parties in international sales transactions to choose the applicable law for their arbitration agreement). Yet, in the absence of any indication to the contrary the intention of the parties should be assumed that the chosen law shall also regulate the formation of the incorporated arbitration agreement. This seems to be the prevailing opinion in international case law and legal writing.¹⁷ The influential

¹³ See, e.g., GARY BORN, *International Commercial Arbitration I* (2009) 82 et seq.; JANSSEN/SPIPKER (supra fn. 3) *RabelsZ* 77 (2013) 135. Generally on the principle of party autonomy in private international law JÜRGEN BASEDOW, *Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts*, *RabelsZ* 75 (2011) 32 et seq. who regards party autonomy as a general right of persons in any field of law which exists already before all state power and which in principle the state has to respect. Any restriction of this right requires a reasonable justification.

¹⁴ See in particular Art. 6 CISG, but also the numerous provisions of the Convention which expressly give priority to the parties' agreement.

¹⁵ See Art. V (1) (a) New York Convention and Art. VI (2) (a) European Convention on International Commercial Arbitration; further ALBERT VENN DICEY/JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS/LAWRENCE COLLINS, *The Conflict of Laws* (15th ed. 2017) n. 16R-001; REITHMANN/MARTINY/HAUSMANN (supra fn. 10) n. 8.240 with many references.

¹⁶ See also *Sulamérica CIA Nacional de Seguros SA & Ors. v. Enesa Engenharia SA & Ors.* [2012] EWCA Civ 638 (n. 11 per MARTIN JAMES MOORE-BICK LJ.).

¹⁷ See, for instance, BGH RIW 1976, 449 (450); BGH NJW-RR 2010, 548 (n. 30); OLG Hamm SchiedsVZ 2014, 38 (42); OGH RdW 2009, 514 (528); *National Thermal Power Corp. v. Singer Co.*, 1992 SCR (3) 106; also, e.g., BORN (supra fn. 10) *International*

standard-work of DICEY/MORRIS/COLLINS is representative for this view: “*The law chosen by the parties*. If there is an express choice of law to govern the arbitration agreement, that choice will be effective, irrespective of the law applicable to contract as a whole. If there is an express choice of law to govern the contract as a whole, the arbitration agreement will also normally be governed by that law: this is so whether or not the seat of arbitration is stipulated, and irrespective of the place of the seat.”¹⁸

Is the intended seat of arbitration nonetheless an indication of an intention to apply the law at this seat? Some courts¹⁹ and legal writers²⁰ suggest to generally subject the arbitration agreement to the law at the seat of the arbitration and to disregard the law explicitly chosen for the main contract. It is in my view unlikely and unrealistic that this mirrors the probable intention of the parties because parties generally refer their choice of law to all clauses of their contract including the arbitration clause. If they intended another law for the formation of the arbitration clause they could have easily so said in their

Commercial Arbitration I 385; DIETMAR CZERNICH, Österreich: Das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht, SchiedsVZ 2015, 181 (184); LEONARDO GRAFFI, The law applicable to the arbitration agreement: A practitioner’s view, in: Franco Ferrari/Stefan Kröll (eds.), Conflict of Laws in International Arbitration (2010) 19 et seq. (35); STEPHAN WILSKE/TODD J. FOX, in: REINMAR WOLFF (ed.), New York Convention (2012) Art. II n. 233; confirming this principle also *Sulamérica CIA Nacional de Seguros SA & Ors. v. Enesa Engenharia SA & Ors.* [2012] EWCA Civ 638 (n. 11 per MARTIN JAMES MOORE-BICK LJ.: “It has long been recognised that in principle the proper law of an arbitration agreement which itself forms part of a substantive contract may differ from that of the contract as a whole, but it is probably fair to start from the assumption that, in the absence of any indication to the contrary, the parties intended the whole of their relationship to be governed by the same system of law. It is common for parties to make an express choice of law to govern their contract, but unusual for them to make an express choice of the law to govern any arbitration agreement contained within it; and where they have not done so, the natural inference is that they intended the proper law chosen to govern the substantive contract also to govern the agreement to arbitrate.”). The decision cites many further judgments supporting this principle. In the concrete case the Court reached however the result that English law applied to the arbitration clause in a main contract for which the parties had explicitly chosen Brazilian law. The main reason was that the closest and most real connection of the arbitration clause existed with English law where the seat of the arbitration was located because under an alleged rule of Brazilian law the arbitration agreement would be significantly undermined. The outcome of the decision is hardly convincing because the Court of Appeal ranked possible alleged rules of the chosen law higher than existing facts in the process of balancing all circumstances for and against a closer connection to English than to Brazilian law. Further, the result of this balancing process is unforeseeable.

¹⁸ DICEY/MORRIS/COLLINS (supra fn. 15) n. 16-017.

¹⁹ E.g., OGH JBl. 1974, 186.

²⁰ E.g., MICHAEL MUSTILL/STEWART CRAWFORD BOYD, Commercial Arbitration (2nd ed. 2001) 63 (rebuttable presumption that law of the intended seat of the arbitration governs the arbitration agreement); REITHMANN/MARTINY/HAUSMANN (supra fn. 10) n. 8.240 with further references.

contract. The doctrine of separability of the arbitration agreement alone is no reason to infer that the law at the seat of the arbitration should govern the agreement. For, separability as such has nothing to do with the intention of the parties and does therefore not imply a certain intention. In addition, the separability doctrine merely allows but does not oblige to apply different law to the main contract and to the arbitration clause. Indeed, it may be easier for arbitrators to apply the law at the seat of arbitration to all aspects of arbitration, even to the conclusion of the arbitration agreement. However, the yardstick is not to ease the burden of arbitrators but to follow the intention of the parties.

Moreover, in cases where the seat of the arbitration is still undetermined when the main contract with the arbitration clause is concluded the seat theory would not allow to determine the applicable law at that time. This causes considerable uncertainty on whether or not the arbitration clause is valid. Also under practical aspects it is preferable to apply the same law to the formation of the main contract as well as to the formation of the arbitration clause unless there are further relevant indications than merely the intended seat of the arbitration which point to the law of the seat. This solution avoids in many cases a double examination of the same question under different laws. Only, where the law applicable to the main contract leads to the invalidity of the contract²¹ whereas the law of the – in advance definitely determined – seat does not, the latter law should prevail.²²

If the parties have chosen an institutional arbitration which prescribes the application of a specific law this is generally also an implied choice of that law for the formation of the arbitration agreement. If the institution does not regulate the question of the applicable law, the seat of the institution as such does not justify the inferral of an implicit choice of the law at this seat.

Thus, where the parties have chosen the CISG as applicable law – or where the arbitral tribunal decided to apply the CISG – the Convention applies both to the main contract as well as to (the formation of) the connected arbitration clause. The choice of the law of a CISG-state (or arbitral decision to apply such a law) suffices as a choice of the CISG unless there are clear signs of a

²¹ Contrary to the English decision in *SulaAmérica CIA Nacional de Segouros SA & Ors. v. Enesa Engenharia SA & Ors.* [2012] EWCA Civ 638 the mere allegation that the chosen law would lead to the invalidity of the contract and also of the arbitration clause should however not suffice. Only if the invalidity is more or less certain (for instance, confirmed by an expert opinion) should it matter and point to the law of the arbitration's seat if this law regards the arbitration agreement as valid.

²² In this sense also CZERNICH (supra fn. 17) *SchiedsVZ* 2015, 181 (184); CHRISTIAN KÖLLER, in: Christoph Liebscher/Paul Oberhammer/Walter H. Rechberger, *Schiedsverfahrensrecht I* (2011) 3/63.

deviating intention of the parties.²³ Without such signs, the formation provisions of the CISG (Arts. 14-24) regulate how and when an agreement has been concluded.

3. *Lacking choice of law by the parties*

If there is neither an explicit nor an implicit choice of the applicable law (neither for the arbitration agreement nor for the main contract) but the main contract is a CISG-contract it is advocated here that the CISG-provisions on formation shall apply also to the formation of the arbitration agreement.²⁴ This solution is in line with the opinion that the law applicable to the main contract should generally apply to the arbitration clause as well.²⁵ The solution is, however, in contrast to the probably prevailing view which generally favours the law at the place where the arbitral award was made or is to be made as the law objectively applicable to the formation of an arbitration agreement.²⁶

In CISG-cases, there are particular reasons for applying the formation provisions of the CISG to an arbitration agreement: First, due to the widespread dissemination of the CISG the arbitration will anyway often take place in a Contracting State of the CISG (for instance in Paris, in Switzerland, in Swe-

²³ See HONNOLD/FLECHTNER (supra fn. 4) n. 77.1; KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS/MISTELIS (supra fn. 3) Art. 6 n. 18; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/FERRARI (supra fn. 4) Art. 6 CISG n. 22; STAUDINGER/MAGNUS (supra fn. 4) Art. 6 CISG n. 24; all with further references.

²⁴ In this sense also, e.g., WOLFRAM BUCHWITZ, in: Beck'scher Online Grosskommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BeckOGK BGB, as on 1 June 2017) Art. 14 CISG n. 27.

²⁵ In this sense, e.g., OGH JBl. 2006, 726; OGH RdW 2009, 514; CZERNICH (supra fn. 17) SchiedsVZ 2015, 181 (185).

²⁶ For this view see Art. V (1) (a) New York Convention (“... the said agreement is not valid ... under the law of the country where the award was made»); Art. VI (2) (b) European Convention on International Commercial Arbitration (“In taking a decision concerning the existence or the validity of an arbitration agreement, courts of Contracting States shall examine the validity of such agreement ... under the law of the country in which the award is to be made»); BGHZ 77, 12; Italian Corte di Cassazione Foro it. 1983 I 2200; Swiss Bundesgericht (BG) YB Comm. Arb. XXII (1997) 800; BÖCKSTIEGEL/KRÖLL/NACIMIENTO/TRITTMANN/HANEFELD (supra fn. 10) § 1029 n. 11; DOMINIQUE HASCHER, European Convention on International Commercial Arbitration of 1961. Commentary, YB Comm. Arb. XXXVI (2011) 504 et seq. (529); REITHMANN/MARTINY/HAUSMANN (supra fn. 10) n. 8.242; for the law at the seat of arbitration (where the award is however regularly made) *Sulamérica CIA Nacional de Segouros SA & Ors. v. Enesa Engenharia SA & Ors.* [2012] EWCA Civ 638 (n. 26 et seq.); *Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Istihsal Endustrisi AS v. VSC Steel Company Ltd.* [2013] EWHC 4071 (Comm.) (n. 101); JULIAN D. M. LEW/LOUKAS A. MISTELIS/MICHAEL KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration (2003) n. 6-23.

den etc.). Then, there will be no differing outcome under the two contrary views. However, the here suggested solution clarifies the otherwise still open question whether or not the CISG-provisions apply instead of the domestic law of the respective state. Secondly, in a number of cases the country where the award was made or is to be made cannot be determined, in particular if the award was not yet rendered and the seat of arbitration has still to be determined by the arbitrators. Also, in cases of online arbitration it can be difficult to determine the country of the award. The applicability of the CISG avoids this loophole. Thirdly, since the Convention is a uniform and worldwide accepted regulation with abundant case law and legal writing in English the CISG is often easier to apply than national domestic law. The latter requires expert opinions on the domestic law where the arbitrators or state court judges are not familiar with it. This will not infrequently be the case because neither the arbitrators nor state court judges are necessarily trained in the law of the country where the arbitration proceedings take place. The application of the CISG then saves costs and time. Fourthly, in any event is the CISG particularly designed and apt for international transactions. Fifthly, like in the case of a choice of law by the parties as discussed supra, where the CISG applies to the main contract it should also apply to all of its single clauses. To systematically subject the arbitration clause in a CISG-contract to a law different from that of the main contract would be both impractical and unnatural. Sixthly, the suggested application of the CISG removes the necessity of two different rules – for cases where the place of the award can be determined and where this is not the case. Seventhly, a modest further argument derives from the fact that the wording of Art. V (1) (a) New York Convention and essentially also Art. VI (2) European Convention on International Commercial Arbitration addresses the law that regulates the “validity”. This could be understood as referring only to the material validity (error, fraud, duress etc.) and not to the pure mechanism to establish consent (the formal validity is anyway separately regulated). Then, the question which law applies to that mechanism would remain open. In any way both instruments do not provide substantive provisions for this formation mechanism whereas the CISG does.

4. Scope of the CISG-provisions on formation

However, with respect to the formation, the CISG merely regulates the so-called ‘outer consent’ as provided for in Arts. 14-24 CISG. This means the mechanism that forms the consent, generally through offer and acceptance. The CISG’s formation provisions neither cover the material validity²⁷ nor the form of arbitration agreements (for the form see below at III.C.). There is a

²⁷ See Art. 4 (a) CISG.

decision of the German Federal Supreme Court giving the impression that the CISG as a whole cannot be applied to agreements on settlement of litigation (which include choice of court and arbitration agreements).²⁸ In regard of a choice of court agreement the Court stated that the formation of such clauses does not fall within the scope of the CISG but has to be dealt with in accordance with the law designated by the rules of private international law of the court seized.²⁹ The context makes it, however, clear that the formulation is too wide and that the Court merely excludes the material validity and the form aspect from the matters that are covered by the formation provisions of the CISG.³⁰

Outside the scope of the CISG (for questions of material validity) either the chosen national law or, in the absence of such choice, the law of the country applies where the award was made or was to be made. Where this country cannot be determined the rules of private international law designate the insofar applicable law.³¹

The limits of the scope of the CISG can lead to the additional application of another law and it could be argued that it then would be simpler to apply from the outset the other law to the whole of the contract. However, the practice material shows that matters of material validity are rather rarely raised in international sales contracts. It would thus be a pity and a too quick consequence to abandon the advantages of the application of the CISG merely in order to care for certain rare cases.

5. *Termination of the main contract and the fate of the arbitration agreement*

If the main contract terminates this does generally not affect the fate of the accompanying arbitration agreement. Art. 81 (1) sent. 2 CISG provides expressly: “Avoidance (*sc. of the main contract*) does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes ...”. Thus, an arbitration agreement regularly survives the end of the CISG-contract.

²⁸ BGH IHR 2015, 157.

²⁹ BGH *ibid.*

³⁰ See thereto ULRICH MAGNUS, UN-Kaufrecht – Aktuelles zum CISG, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2017, 140 et seq. (155 et seq.).

³¹ See for this ultimate solution Art. VI (2) (c) European Convention on International Commercial Arbitration; also BGH SchiedsVZ 2011, 46 (n.32); REITHMANN/MARTINY/HAUSMANN (*supra* fn. 10) n. 8242. The UN Convention leaves the question open.

B. The incorporation of an arbitration clause into a CISG-contract

Where the incorporation of an arbitration clause into a CISG-contract is at stake and the CISG is applicable via the parties' explicit or implicit choice or via the tribunal's decision, the solution has to be sought within the CISG even though the CISG does not contain a special provision regulating the incorporation of standard terms. Since the New York Convention and the European Convention on International Commercial Arbitration do not provide a substantive solution for this situation they do not displace the CISG here. Both Conventions require an "agreement" on arbitration but are lacking detailed provisions how the agreement is reached. Insofar the CISG steps in.

Under the CISG it is necessary that the sender must give a clear hint that the arbitration clause – or in practice that the own standard terms – shall become part of the contract. Where the communication is in writing, even via the internet, the hint must be regularly placed on the frontpage of the offer or acceptance. Further, the receiving party must have had the possibility to read the standard terms including the arbitration clause.³² This will regularly require that the clause, if not individually negotiated, must be made available to the other party either by giving or sending it, respectively the whole set of standard terms containing the clause, or by making it available on the internet by a direct link so that the addressee can immediately download the terms and is not forced to search the applicable terms. The receiving party must have had the opportunity to take knowledge of the standard terms before the conclusion of the contract. A mere reference to the own standard terms without making them easily available to the addressee does not suffice to incorporate them.³³

C. Battle of forms

Often both parties will send their standard forms containing arbitration clauses which seldom refer to the same arbitration. This famous "battle of the forms" has also to be solved within the framework of the CISG although again no specific CISG-provision addresses the problem; and again the New York Convention and the European Convention on International Commercial Arbitration provide no rule for the situation. The solution that is gaining in-

³² See, e.g., BGH IHR 2002, 14; Cour d'appel de Paris JCP 1997 II 22772; Hof's Hertogenbosch NIPR 2003 no. 192; OGH IHR 2018, 19 (20).

³³ See further FERRARI ET AL./MANKOWSKI (supra fn. 7) Vor Art. 14 n. 33 et seq.; KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS/FERRARI (supra fn. 3) Art. 14 n. 40; STAUDINGER/MAGNUS (supra fn. 4) Art. 14 n. 41a.

creasing acclaim and should be adopted under the CISG is the “knock-out rule”.³⁴ If the parties show that they wish to perform the contract despite the contradicting terms (for instance, by part-performance or preparations of performance etc.), those terms neutralise each other and no arbitration agreement has been reached; the competent state courts have jurisdiction.

D. The interpretation of arbitration agreements in CISG-contracts

It is not entirely clear which law applies to the interpretation of arbitration agreements or clauses. Where the parties have explicitly chosen the law applicable to the arbitration agreement, it should go undisputed that this law applies.³⁵ This case is however extremely rare. Where the parties have, as usual, merely chosen the law applicable to the main contract this should be dealt with in the same way as discussed in connection with the formation of arbitration agreements. Therefore, the choice of law for the main contract should also here regularly constitute an implicit choice for the arbitration clause in the contract unless there are clear indications to the contrary.

Where there is no choice of the applicable law by the parties it is again advocated here that if the main contract is governed by the CISG also the interpretation of the arbitration agreement should be subject to the respective CISG-provisions, in particular to Art. 8 CISG. In the first line this provision refers to the recognisable intent of the party making a statement, and in the second line “to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.”³⁶ According to the probably prevailing view, however, the law at the place of arbitration shall be applicable if that place can be ascertained.³⁷ If the place is indeterminable the law applicable to the main contract shall apply.³⁸ The reasons advanced for the application of the CISG – as the law objectively governing the main con-

³⁴ See, e.g., BGH IHR 2002, 16 (18); French Cour de cassation CISG-online no. 344; BRUNNER/MURMANN/STUCKI (supra fn. 7) Art. 4 n. 44; DORNIS, in: Heinrich Honsell (supra fn. 2) Art. 19 n. 41; HONNOLD/FLECHTNER (supra fn. 4) n. 170.4; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER (supra fn. 4) Art. 19 n. 25 et seq.; STAUDINGER/MAGNUS (supra fn. 4) Art. 19 n. 24 et seq.

³⁵ See, e.g., OLG München IHR 2018, 12 (14).

³⁶ Art. 8 (2) CISG.

³⁷ See, for instance, OLG München IHR 2018, 12 (14); JULIUS VON STAUDINGER/RAINER HAUSMANN, Internationales Vertragsrecht 2 (ed. 2016) IntVertrVerfR n. 455 (differently – law of the place where the arbitral award shall be rendered – REITHMANN/MARTINY/HAUSMANN (supra fn. 10) n. 8.242).

³⁸ In this sense STAUDINGER/HAUSMANN (preceding fn. 37) n. 456.

tract – with respect to the formation of the arbitration agreement (supra III.A.3.) are in essence relevant also here and can be referred to.

E. The form problem

It is still disputed whether or not the CISG applies to the form of arbitration agreements which are contained in, or closely connected with, a CISG-contract. The CISG follows the principle of freedom from form (Art. 11) unless a Contracting State declared a reservation against this provision (see Arts. 12 and 96). Would the CISG be applicable, even oral arbitration agreements would regularly be valid. On the contrary, Art. II (1) New York Convention and Art. I (2) (a) European Convention on International Commercial Arbitration all require the arbitration agreement to be in writing unless the applicable national law allows a more lenient form.³⁹ Also Art. 7 (2) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in its Option I version provides: “The arbitration agreement shall be in writing.” The Option II version, however, waives any form requirement.

The court practice is divided on whether the CISG or the Conventions prevail although the more authoritative court decisions (of central supreme courts) reject the applicability of the CISG with respect to the form of arbitration agreements.⁴⁰ In legal literature some authors favour the applicability of the CISG,⁴¹ whereas the majority denies it as far as international, European or national law provides for form requirements for arbitration agreements.⁴² As

³⁹ See Art. VII (1) New York Convention, Art. I (2) (a) European Convention on International Commercial Arbitration.

⁴⁰ Against the applicability of the CISG and the freedom from form for arbitration agreements, e.g., BGH IHR 2015, 157; Swiss BG CISG-online no. 627; Cantonal Court Zug (Switzerland) IHR 2005, 119 (120); for the applicability of the CISG, e.g., *Filanto SpA v. Chilewich International Corp.*, 789 F.Suppl. 1229 (SDNY 1992); evidently also *Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabaté USA, Sabaté S.A.*, 328 f. 3d 528 (US Court of Appeals, 9th Cir., 2003) = IHR 2003, 295; applying the CISG but accepting a valid arbitration agreement only if made in writing and respectively proved: Spanish Supreme Court (Tribunal Supremo) no. 3587/1996 and no. 2977/1996 (for both there are abstracts in English at the Pace database).

⁴¹ See in particular KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS/PERALES VISCASILLAS (supra fn. 3) Art. 11 n. 13; BURGHARD PILTZ, *Internationales Kaufrecht* n. 3-132; JEFF WAINCYMER, *The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complementary Relationship between Substance and Procedure*, in: *Festschrift for Albert A. Kritzer* (2008) 582 et seq. (588); JANET WALKER, *Agreeing to Disagree: Can we just have Words? CISG Article 11 and the Model law Writing Requirement*, *Journal of Law & Commerce* 25 (2005/06) 153 et seq.

⁴² See among others BeckOGK BGB/BODENHEIMER (supra fn. 24) Art. 11 n. 8; BeckOK BGB/SAENGER (supra fn. 7) Art. 11 n. 6; ROBERT KOCH, *The CISG as the Law Applicable to Arbitration Agreements?*, in: *Festschrift for Albert A. Kritzer* (2008) 267 et seq. (286);

mentioned, this is also the standpoint of the relevant international instruments, the New York Convention, the European Convention and of the primary option of the UNCITRAL Model Law. The Conventions thus regulate the form of arbitration agreements and therefore prevail over the CISG as the more special regulations. The CISG's principle of freedom of form does not apply as far as the two Conventions are applicable. If the Conventions are not applicable, domestic law steps in which very often requires writing as well – as, too, suggested by the Option I of the UNCITRAL Model Law.⁴³ Despite all sympathy for informality in international business transactions, to derogate from the jurisdiction of state courts and from the path of 'public justice' should not be accepted lightly. The writing requirement has here not only the function to secure reliable proof but also and with greater weight to warn and insofar to protect the party who waives its access to state courts. Where national law upholds the writing requirement for arbitration agreements – as for instance § 1031 German Civil Procedure Code (ZPO) – the CISG should not open a way to circumvent the necessary form.

The CISG thus does not regulate the form of arbitration agreements and other settlements of litigation.

IV. CISG applicable as substantive law in arbitration proceedings?

Must arbitrators apply the CISG as substantive law to the merits of the dispute in question, and if so, when?

A. Parties' choice of law

It is rather undisputed that arbitrators have to apply the CISG as substantive law if the parties have chosen it as the law governing their sales contract (or even as governing law for a non-sales contract).⁴⁴ Factually, this rule is

STEFAN KRÖLL, Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application, *Journal of Law and Commerce* 25 (2005/06) 39 et seq. (44 et seq.); MünchKommBGB/GRUBER (supra fn. 7) Art. 11 CISG n. 5; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHMIDT-KESSEL (supra fn. 4) Art. 11 n. 7; INGEBORG SCHWENZER/DAVID TEBEL, Das Wort ist nicht genug – Schieds-, Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln unter dem CISG, in: *Festschrift für Ulrich Magnus* (2014) 319 et seq. (329, 333); STAUDINGER/MAGNUS (supra fn. 4) Art. 11 n. 7.

⁴³ See the examples cited by WALKER (supra fn. 41) fn. 19 et seq.

⁴⁴ See, e.g., PETRA BUTLER, Choice of Law, in: Larry DiMatteo/André Janssen/Ulrich Magnus/Reiner Schulze (eds.), *International Sales Law. Contract, Principles & Practice* (2016) 1047; FRANCO FERRARI, CISG and the Law Applicable in International

acknowledged by all international and national regulations as well as by the arbitration rules of permanent arbitration institutions such as the ICC.⁴⁵ For, because of the predominant principle of party autonomy in arbitration, the arbitrators must respect the parties' choice, and in particular not only an express choice of the parties but also an implied one.⁴⁶ An express choice of the CISG happens but is not the rule. However, parallel to the clearly prevailing view of state courts⁴⁷ it will be regularly an implied choice if the parties designate the law of a Contracting State of the CISG because the CISG is the special law for international sales in the Contracting States which displaces the internal sales law.⁴⁸ Only where there are clear indications that the parties intended to opt for the internal, non-unified sales law (for instance: choice of French law under exclusion of the CISG), the CISG must not be applied but instead the internal law is applicable.⁴⁹

B. Applicable law in the absence of a choice by the parties

1. Institutional arbitration

Where the parties have neither expressly nor implicitly chosen the applicable law, there is a sequence of examination which has to be followed in order to determine the law governing the contract in dispute. In the first line, the rules of the institutional arbitration are decisive if the parties have chosen an institutional arbitration and if the institution disposes of such rules. The parties' choice of the institution includes the choice of the rules which the arbitration institution has obliged itself to follow.

For the following it has again to be assumed that the contract in dispute is an international commercial sales transaction which *ratione materiae* falls within

Commercial Arbitration: Remarks Focusing on Three Common Hypotheticals, in: Mads Bryde Andersen/René Franz Henschel (eds.), *A Tribute to Joseph M. Lookofsky* (2015) 55 et seq. (56); JANSSEN/SPILKER (supra fn. 3) *RabelsZ* 77 (2013) 135; MISTELIS (supra fn. 3), in: Janssen/Meyer 381; NILS SCHMIDT-AHRENDTS, *CISG and Arbitration*, *Belgrade L. Rev.* 2011, 215; WAINCYMER (supra fn. 41) 595.

⁴⁵ See Art. 21 (1) ICC Rules of Arbitration.

⁴⁶ Also JANSSEN/SPILKER (supra fn. 3) *RabelsZ* 77 (2013) 136.

⁴⁷ See BGH NJW 1997, 3309; BGH NJW 1999, 1259; French Cour de cassation 13 September 2011, database CISG-France; Hof Arnhem Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 1996 no. 397; OGH IHR 2009, 246; *Asante Technologies, Inc. v. PMC-Sierra, Inc.*, 164 F. Suppl. 2d 1142 (ND Cal., 2001); for further references UNCITRAL Digest.

⁴⁸ JANSSEN/SPILKER (supra fn. 3) *RabelsZ* 77 (2013) 136.

⁴⁹ The choice of a specific law is generally the choice of the substantive rules of that law not of the private international law rules of that country.

the scope of the CISG and meets the Convention's territorial and temporal applicability requirements.

a) Specific national law

The rules of the arbitration institution may – in the absence of the parties' choice of the proper law of their contract – prescribe the application of a specific national law;⁵⁰ then, this law governs the contract without any prior redress to private international law. If the designated law is that of a CISG-state, again and unless there is a clear indication to the contrary,⁵¹ the arbitrators are bound to apply the CISG as the special part of national law that regulates international commercial sales if the contract as such falls under the Convention.

The rules of the arbitration institution designate a specific national law also if they cite and focus on a specific internal law (e.g., cite relevant provisions of the French Code civil) without which the rules cannot be reasonably applied. This is an implicit choice of the ununified domestic law. The CISG cannot be applied irrespective whether or not the designated law is that of a CISG Contracting State.

b) Application of private international law

The institutional arbitration rules may also prescribe that the arbitrators shall apply the law designated by the private international law either of the country where the arbitration takes place or which the arbitrators regard appropriate.⁵²

⁵⁰ See as an example the «Einheitsbedingungen im Deutschen Getreidehandel» (Uniform Conditions in German Grain Trade); Art. 44 of these conditions determines German law as applicable to the contract.

⁵¹ This is the case with the «Einheitsbedingungen im Deutschen Getreidehandel»; Art. 44 of these conditions does not only refer to German law as applicable to the contract but also expressly excludes the CISG. Therefore, under these Conditions the internal German sales law has to be applied which, however, is rather similar to the CISG rules because it has been adapted to the CISG in 2002.

⁵² Extensively to the applicable conflict of laws-rules FERRARI (supra fn. 44) 81 et seq.; also LINDA SILBERMAN/Franco FERRARI, Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong, in: Franco Ferrari/Stefan Kröll (eds.), Conflict of Laws in International Arbitration (2011) 257 et seq.; for the different approaches of arbitral tribunals see also MISTELIS (supra fn. 3), in: Janssen/Meyer 384.

Where private international law then leads to the law of a CISG Contracting State, again the arbitrators must apply the CISG.⁵³

c) Free discretion of the arbitral tribunal

Not rarely the rules of the arbitration institution leave it to the discretion of the arbitral tribunal which law to apply.⁵⁴ This rule obliges the arbitrators to apply a certain law but leave it to their decision which law they opt for. Law includes here the CISG because the Convention is a systematic codification of most relevant sales problems that can be applied like any national sales law which not infrequently also leaves some gaps and doubts.⁵⁵ The arbitral tribunal therefore is entitled to directly apply the CISG (whether or not its applicability conditions are met). Is the tribunal obliged to apply the CISG in such a case? My answer is no.⁵⁶ The CISG does not bind arbitration courts but merely Contracting States and their courts. The tribunal may for good reasons which it should however communicate apply another law. This is the consequence that the parties have deliberately chosen an arbitration institution which grants the arbitrators this freedom. The application of the CISG may be generally recommendable in the cases discussed here, but the tribunal does not make a mistake of law when it applies another law instead.

Where in such a case the arbitral tribunal decides – as it is also free to do – to apply the rules of private international law (whether or not those of the place of arbitration) it must, however, follow this path and consequently apply the law thus designated. At the risk of repetition, if the designated law is that of a CISG-state – and the contract falls under the Convention – the CISG must be applied.⁵⁷

⁵³ Also PETER MANKOWSKI, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (4th ed. 2018) Art. 1 CISG n. 57; MünchKommBGB/P. HUBER (supra fn. 7) Art. 1 CISG n. 60 .

⁵⁴ See, e.g., Art. 21 (1) sent. 2 ICC Arbitration Rules; Art. 35 (1) sent. 2 UNCITRAL Arbitration Rules (version 2013); for further examples see JANSSEN/SPILKER (supra fn. 3) *RabelsZ* 77 (2013) 143 et seq.

⁵⁵ In this sense, e.g., ICC Arbitration case no. 9887 of August 1999 (available on the Pace Databank); also JANSSEN/SPILKER (supra fn. 3) *RabelsZ* 77 (2013) 145.

⁵⁶ Also STEFAN KRÖLL, Arbitration and CISG, in: Ingeborg Schwenger/Yesim M. Atamer/Petra Butler (eds.), *Current Issues in CISG and Arbitration* (2013) 59 et seq.; MünchKommBGB/P. HUBER (supra fn. 7) Art. 1 CISG n. 60, 62; GEORGIOS PETROCHLOS, Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention, *Revue Hellenique de Droit International* 52 (1999) 191 (also available at the Pace Databank); INGEBORG SCHWENZER, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenger (eds.), *Commentary on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (3rd ed. 2011) 22; however contra: KNETSCH (supra fn. 3) 41 et seq.; MünchKommHGB/MANKOWSKI (supra fn. 53) Art. 1 CISG n. 57; probably also BUTLER (supra fn. 44) 1048 et seq.

⁵⁷ Also BUTLER (supra fn. 44) 1051; JANSSEN/SPILKER (supra fn. 3) *RabelsZ* 77 (2013) 141.

If the tribunal opts directly for a specific national law,⁵⁸ it is the tribunal's further discretion to apply either the ununified sales law or the CISG if the national law is that of a CISG-state. The tribunal is also here not bound to apply the Convention although it may do so. In the light of the circumstances it may often be recommendable to apply the CISG as a neutral and well-balanced system of sales law. However, the tribunal is not under an obligation to apply the Convention to the merits of the dispute even though the conditions of applicability of the CISG are fulfilled.⁵⁹

It may sound as a contradiction and inconsistency to argue on the one hand that, as advocated here, arbitrators must apply the CISG to the formation and interpretation of an arbitration clause (in a CISG-contract and in the absence of any choice of law by the parties) while on the other hand they are not bound to apply the CISG to the merits of the contract in dispute. However, both issues are not identical but different. The arbitration clause is part of the underlying contract and should follow the law governing the contract unless good reasons require otherwise. The law governing the contract should principally extend to the arbitration clause. If the CISG is the governing law of the underlying contract it can be presumed that reasonable parties would generally also have opted for its application with respect to the formation and interpretation of any of the contract clauses. The situation is, however, different with respect to the case that the rules of the arbitration institution which the parties have chosen give the arbitrators free discretion. There, no intention can be presumed that reasonable parties would have opted for the CISG. The parties' indirect intention (via the choice of the arbitral institution and its rules) is that the arbitrators shall have *carte blanche* with respect to the applicable law. This includes that the arbitrators may not opt for the CISG despite the conditions of its applicability are fulfilled.

d) Decision *ex aequo et bono*

Where the institutional rules or the parties so allow the arbitral tribunal may even decide *ex aequo et bono*. This means a decision not bound to apply exactly any law or legal rules but the tribunal may render a mere equitable decision. Such entirely free decision (which nonetheless must be fair and neutral)

⁵⁸ See to this alternative also extensively FERRARI (supra fn. 44) 62 et seq.

⁵⁹ See JANSSEN/SPIPKER (supra fn. 3) RabelsZ 77 (2013) 137; KRÖLL (supra fn. 56) 65. Therefore, an arbitral award cannot be successfully attacked with the argument that the arbitrator failed to apply the CISG where the ICC-Rule Art. 21 (1) allows the application of the law which the arbitrator deems "appropriate"; see *Triulzi Cesare SRL v. Xinyi Group (Glass) Co. Ltd.* [2014] SGHC 220 (n. 161).

must be expressly authorised.⁶⁰ The rule that the arbitrators may choose the applicable system of law is no such authorisation.

2. *Ad hoc arbitral tribunals*

If an *ad hoc*-arbitral tribunal decides, there is little difference to the rules just discussed for institutional arbitration tribunals. Have the parties chosen the law applicable to their contract or to the merits of the dispute the tribunal has to apply this law, as the case may be, also the CISG.

If the parties have neither expressly nor impliedly made such a choice there are, in contrast to institutional arbitration, no pre-formulated rules on the applicable substantive law. International or national arbitration law then comes into play. In cases falling under the European Convention on International Commercial Arbitration, Art. VII of this Convention provides that the tribunal “shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable.” The tribunal must therefore follow the conflict of laws path and first determine the applicable rules of private international law. Where these rules then lead to the law of a CISG-state the tribunal is bound to apply the CISG. The New York Convention does not provide an answer since it merely deals with the arbitration agreement, not with the law governing the underlying contract.

National arbitration law that has adopted the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration prescribes as well that “the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.”⁶¹ Where this national law has to be observed the private international law may lead to a CISG-Contracting State and – again – oblige the tribunal to apply the CISG. National law may also provide that the law most closely connected with the subject of the dispute has to be determined and applied by the arbitrators.⁶²

Where no rules at all exist, the arbitrators may choose the applicable law. However, a decision *ex aequo et bono* is, as already mentioned, only admissible if explicitly authorised by the parties.

⁶⁰ See, e.g., 28 (3) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; Art. 21 (3) ICC Arbitration Rules; § 1051 (1) German ZPO; Art. 187 (2) Swiss IPRG; where the parties did not in advance authorise an *ex aequo et bono*-decision a respective arbitral award can be quashed; see, e.g., OLG München SchiedsVZ 2005, 308.

⁶¹ Art. 28 (2) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

⁶² See, e.g., § 1051 (2) German ZPO; Art. 187 (1) Swiss IPRG.

3. *State courts*

State courts can be confronted with the question whether the arbitration agreement was valid either where the agreement is raised as defence against a suit before a state court or where the setting aside of the arbitral award is sought or in proceedings for the recognition and enforcement of the award. However, whether the arbitration tribunal applied the correct law to the merits of the case is as such no reason which allows a control of an award by state courts. International and national law requires that such error of law constitutes a violation of the *ordre public* or of the rule that the aggrieved party must be given a reasonable opportunity to be heard.⁶³

In the first lane, like the arbitral tribunal, the state court concerned with the validity of the arbitration agreement has to apply the law expressly or implicitly chosen by the parties.⁶⁴ In the absence of such a choice the state court has to apply the law of the country where the arbitral award was or will be rendered if the New York or the European Convention is applicable;⁶⁵ in the other cases the *lex fori* is applicable if national law so provides.⁶⁶

V. **Consequences of arbitrators' failure to apply the CISG**

An arbitrator's failure to apply the CISG although it should have been applied does generally not render the award contestable. In particular is it no ground to refuse the recognition and enforcement of the award. The only possible ground in this context would be the violation of the public order; however, the mere omission to apply the actually applicable law is by itself not yet an *ordre public* violation.⁶⁷ The same reasoning is true for the case that the arbitrator applied the CISG wrongly. State courts do generally not control the correct application of the law that the tribunal applied.⁶⁸ But things become

⁶³ See in particular Art. V (1) (b) and (2) (b) New York Convention; Art. IX (1) (b) European Convention on International Commercial Arbitration (without *ordre public* reservation); Art. 34 (2) (a) (ii) and (b) (ii) and Art. 36 (1) (a) (ii) and (b) (ii) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; § 1059 (2) no. 1 lit. b and no. 2 lit. b German ZPO; Art. 190 (2) (d) and (e) Swiss IPRG.

⁶⁴ See Art. V (1) (a) New York Convention; Art. VI (2) (a) European Convention on International Commercial Arbitration; § 1059 (2) no. 1 lit. a German ZPO; Art. 178 (2) Swiss IPRG.

⁶⁵ Art. V (1) (a) New York Convention; Art. VI (2) (b) and (c) European Convention on International Commercial Arbitration.

⁶⁶ See, e.g., § 1059 (2) no. 1 lit. a German ZPO; Art. 178 (2) Swiss IPRG.

⁶⁷ See *Triulzi Cesare SRL v. Xinyi Group (Glass) Co. Ltd.* [2014] SGHC 220 (n. 161).

⁶⁸ KRÖLL/KRAFT, in: Böckstiegel/Kröll/Nacimiento (supra fn. 10) § 1059 n. 80, 82.

different if the arbitrator's decision is completely arbitrary and equals a decision *ex aequo et bono* without the parties' authorisation. Then, the basis for the arbitration is lacking and the outcome of the award may infringe public policy. An evident misapplication of law with grave consequences for the aggrieved party would impair the public order in that it would undermine the trust of the general public in arbitration proceedings and their legal certainty.⁶⁹

VI. Summary

1. Arbitral tribunals must apply the CISG with respect to the conclusion and interpretation of the arbitration agreement if the parties have so chosen. It is an implied choice of the CISG if the parties have chosen the law of a Contracting State of the CISG unless there are clear signs of a contrary intention of the parties.
2. Where there is no direct express or implicit choice of the law applicable to the arbitration agreement, in the absence of any indication to the contrary the intention of the parties should be assumed that the law governing the main contract shall also regulate the formation and interpretation of the accompanying arbitration agreement. If the governing law is the law of a CISG-State the CISG has to be applied.
3. If the parties have chosen an institutional arbitration which prescribes the application of a specific law this is generally also an implied choice of that law for the formation of the arbitration agreement. If the institution does not regulate the question of the applicable law, the seat of the institution as such does not justify the inferral of an implicit choice of the law at this seat.
4. If there is neither an explicit nor an implicit choice of the applicable law (neither for the arbitration agreement nor for the main contract) but the main contract is a CISG-contract it is advocated here that the CISG-provisions on formation shall apply also to the formation of the arbitration agreement. Since the New York Convention of 1958 and the European Convention on International Commercial Arbitration require an arbitration "agreement" but do not contain rules on the formation of such an agreement the CISG can and should step in.
5. With respect to the incorporation of an arbitration clause into a contract governed by the CISG, the addressee must have had the opportunity to take knowledge of the clause and respective standard terms before the conclusion of the contract. A mere reference to the own terms without making them easily available to the addressee does not suffice to incorpo-

⁶⁹ See OLG Dresden SchiedsVZ 2005, 210 (213).

- rate them. With respect to the battle between competing arbitration clauses in a CISG-contract the “knock-out rule” is gaining increasing acclaim under the CISG and should be adopted: If the parties show that they wish to perform the contract despite the contradicting terms (for instance, by part-performance or preparations of performance etc.), those terms neutralise each other and no arbitration agreement has been reached; the competent state courts remain to have jurisdiction.
6. The CISG does not regulate the form of arbitration agreements and other settlements of litigation. Where international, European or national law upholds the writing requirement for arbitration agreements the CISG does not open a way to circumvent such form requirement.
 7. If the parties have expressly or impliedly chosen the CISG (or the law of a CISG-State) as applicable to their main contract the arbitral tribunal has to apply the CISG also to the merits of the case. Only where there are clear indications that the parties intended to opt for the internal, non-unified sales law (for instance: choice of French law under exclusion of the CISG), the CISG must not be applied but instead the internal law is applicable.
 8. Where the arbitral tribunal has to, or is entitled to, apply the rules of private international law (whether or not those of the place of arbitration) it must follow this path and consequently apply the law thus designated to the contract in dispute. Does private international law then lead to the law of a CISG-state the arbitrators must apply the CISG.
 9. Even in situations where the tribunal is not bound to apply the CISG, in the light of the circumstances it may often be recommendable to apply the Convention since it is a neutral and well-balanced system of sales law.
 10. The arbitrator’s failure to apply the CISG although it should have been applied does generally give not rise to challenge an award. Only where the award is completely arbitrary it may offend public policy and be unenforceable.

«Wo kein Geld fliesst, sollen keine
Steuern erhoben werden»*

«Dealing» statt Vertrag im internationalen Steuerrecht – ein Streiflicht auf die grenzüber- schreitende Betriebsstättenbesteuerung

ADRIANO MARANTELLI**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	540
II.	Einführungsbeispiel	542
	A. Einleitung	542
	B. Fall einer Ausland-Betriebsstätte («Outbound-Fall»).....	542
	C. Fall einer Inland-Betriebsstätte («Inbound-Fall»).....	543
III.	Steuerausscheidungsmethoden.....	543
	A. Allgemeines.....	543
	B. Anwendbare Steuerausscheidungsmethoden aus Schweizer Optik	548
	C. Anwendbare Steuerausscheidungsmethoden aus Optik der OECD	550
IV.	Authorised OECD Approach («AOA»).....	551
	A. Allgemeines.....	551
	B. Steuerliche Konsequenzen des AOA.....	556
	C. Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an Wirtschaftsgütern im Rahmen des AOA	557
	D. Insbesondere zu den sog. Dealings im Rahmen des AOA.....	558
	E. Wertfestsetzung bei Innentransaktionen («Bepreisung von Dealings»).....	562
	1. Einleitung.....	562

* So Bundesrat Hans-Rudolf Merz in der Sommersession 2005 anlässlich der Debatte im Ständerat vom 14.6.2005 zur Unternehmenssteuerreform II, Amtl. Bulletin 05.3049 (abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=9296#votum6>, zuletzt besucht am 8. März 2018).

** Prof. Dr. ADRIANO MARANTELLI, LL.M., Institut für Steuerrecht, Universität Bern. Der Autor dankt Herrn Prof. Dr. URS R. BEHNISCH, Konsulent bei Meyerlustenberger Lachenal Rechtsanwälte, Baar/Zug für die Durchsicht des Manuskripts und für wertvolle Hinweise, sowie Frau Rechtsanwältin DOMINIQUE DA SILVA, MLaw, Assistentin am Institut für Steuerrecht der Universität Bern für die Korrekturarbeiten.

2.	Beurteilung spezifischer Innentransaktionen (Dealings).....	563
a)	Überführung von Gütern des materiellen Anlage- vermögens.....	563
b)	Überführung von Gütern des immateriellen Anlage- vermögens.....	563
c)	Überführung von Gütern des Umlaufvermögens.....	564
d)	Erbringen von Dienstleistungen.....	564
e)	Nutzungsüberlassung (Vermietung usw.) von beweg- lichen Gütern des materiellen Anlagevermögens	566
f)	Nutzungsüberlassung (Lizenzierung usw.) von Imma- terialgütern.....	567
g)	Verrechnung von Zinsen.....	567
3.	Zusammenfassende Darstellung.....	568
F.	Der AOA und die Auswirkungen auf die schweizerische Ab- kommenspolitik resp. schweizerische DBA	569
V.	Schweizerische Gewinnermittlungsvorschriften.....	573
A.	Ausgangslage.....	573
B.	Denkbare rechtliche Grundlagen	575
1.	Steuersystematische Realisation	575
a)	Ertragsseite	575
b)	Aufwandseite	577
2.	Stammhaus oder Betriebsstätte als separate, individuelle Gewinnermittlungseinheiten	578
3.	Ausgewählte schweizerische Literatur und Verwaltungs- praxis.....	580
C.	Steuerliche Gewinnermittlung bei ausgewählten Dealings	582
1.	Überführung von Wirtschaftsgütern vom schweizerischen Stammhaus auf dessen Auslandbetriebsstätte.....	582
a)	Einleitung.....	582
b)	Überführung von Gütern des materiellen Anlage- vermögens.....	582
aa)	Steuerausscheidung gemäss der objektmässigen Methode	582
bb)	Steuerausscheidung gemäss der quotenmässig- direkten Methode	584
c)	Überführung von Gütern des derivativen immateriellen Anlagevermögens resp. Umlaufvermögens.....	585
2.	Überführung von Wirtschaftsgütern von der schweize- rischen Betriebsstätte auf deren ausländisches Stammhaus.....	586
a)	Überführung von Gütern des materiellen und deriva- tiven immateriellen Anlagevermögens resp. des Umlaufvermögens.....	586

aa)	Steuerausscheidung gemäss der objektmässigen Methode	586
bb)	Steuerausscheidung gemäss der quotenmässig-direkten Methode	587
3.	Überführung von Wirtschaftsgütern vom ausländischen Stammhaus auf dessen Inlandbetriebstätte	588
a)	Überführung von Gütern des materiellen Anlagevermögens	588
aa)	Steuerausscheidung gemäss der objektmässigen resp. quotenmässig-direkten Methode	588
b)	Überführung von Gütern des derivativen immateriellen Anlagevermögens resp. Umlaufvermögens	589
4.	Überführung von Wirtschaftsgütern von einer Auslandbetriebstätte auf deren schweizerisches Stammhaus	590
a)	Steuerausscheidung gemäss der objektmässigen resp. quotenmässig-direkten Methode	590
5.	Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen von Mobilien/derivativen Immaterialgütern von einem schweizerischen Stammhaus an dessen Auslandbetriebstätte	590
a)	Erbringen von Dienstleistungen von einem schweizerischen Stammhaus an dessen Auslandbetriebstätte	590
aa)	Steuerausscheidung gemäss der objektmässigen Methode	590
aaa)	Einleitung	590
bbb)	Steuersystematische Realisation	591
ccc)	Stammhaus oder Betriebstätte als separate Gewinnermittlungseinheiten	594
ddd)	Literaturmeinungen	594
eee)	Regelung der Steuervorlage 17	595
bb)	Steuerausscheidung gemäss der quotenmässig-direkten Methode	596
cc)	Schlussfolgerung	597
b)	Nutzungsüberlassungen von Mobilien/derivativen Immaterialgütern von einem schweizerischen Stammhaus an dessen Auslandbetriebstätte	599
6.	Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen von Mobilien/derivativen Immaterialgütern von einer schweizerischen Betriebstätte an deren ausländisches Stammhaus	600
a)	Steuerausscheidung gemäss der objektmässigen Methode	600
7.	Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen von Mobilien/derivativen Immaterialgütern von einer Auslandbetriebstätte an deren schweizerisches Stammhaus	600

a)	Dienstleistungen von der Auslandbetriebstätte an deren schweizerisches Stammhaus	600
aa)	Steuerausscheidung gemäss der objektmässigen Methode	600
bb)	Steuerausscheidung gemäss der quotenmässig-direkten Methode	602
b)	Nutzungsüberlassungen von Mobilien/derivativen Immaterialgütern von einem schweizerischen Stammhaus an dessen Auslandbetriebstätte	602
8.	Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen von Mobilien/derivativen Immaterialgütern von einem ausländischen Stammhaus an dessen schweizerische Betriebstätte	603
9.	Zusammenfassende Rasterdarstellung	603
10.	Zwischenergebnis	605
VI.	Fallstudie	605
A.	Einleitung	605
B.	Sachverhalt	606
C.	Lösungshinweise	608
1.	Vorbemerkung	608
2.	Inland AG mit BS-Ausland	608
3.	Ausland AG mit BS-Schweiz	610
VII.	Schlussbetrachtung	612

I. Einleitung

Der Jubilar, dem die vorliegende Festschrift gewidmet ist, hat sich während seiner akademischen Laufbahn immer wieder mit grundlegenden Fragen des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Steuerrecht und damit mit Wertungskongruenzen resp. -disparitäten zwischen den beiden Rechtsgebieten befasst¹. Davon zeugt bereits die aus dem Jahre 1993 stammende Habilitationsschrift mit dem Titel «Privatrecht und Steuerrecht – Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete»².

Der vorliegende Aufsatz möchte deshalb auf ein Thema eingehen, bei dem das Steuerrecht gegenüber dem Privatrecht ebenfalls eigene Wege geht, ja gehen muss. Konkret geht es um die Frage der (unilateralen) Gewinnermitt-

¹ Vgl. statt vieler: THOMAS KOLLER, Aspekte der Wertungskongruenz bzw. Wertungsdisparität zwischen dem Privatrecht und dem Steuerrecht (dargestellt am Beispiel der steuerlichen Behandlung von Kosten der Instandstellung im Erbgang bzw. «erbgangsähnlich» erworbener Liegenschaften, ASA 57, S. 465 ff. sowie DERS., Privatrecht und Steuerrecht – Ein erschöpftes Thema?, ZBJV 131 (1995), S. 92 ff.

² Bern 1993.

lung³ und (bilateralen) Gewinnabgrenzung⁴ bei Betriebstätten im internationalen Steuerrecht und in diesem Zusammenhang um die Frage, wie «Innentransaktionen» zwischen Stammhaus/Hauptsitz⁵ und Betriebstätte steuerlich zu behandeln sind. Ein Rückgriff auf zivilrechtliche Rechtsverhältnisse resp. Verträge ist in diesem Zusammenhang jeweils nämlich nicht möglich, so dass das Steuerrecht eigene Behelfslösungen in diesem Spannungsverhältnis zwischen (fiktiver) steuerlicher Selbständigkeit und zivilrechtlicher Unselbständigkeit⁶ der Betriebstätte suchen muss. Dabei wird sich zeigen, dass die zivilrechtliche Einheitlichkeit des Einheitsunternehmens steuerrechtlich durchbrochen wird.

Der Einstieg in diese relativ technische Materie sei anhand des folgenden kleinen Einführungsbeispiels versucht. Vorausgeschickt sei ferner, dass im vorliegenden Aufsatz allgemeine Betriebstättenfragen behandelt werden, d.h. die Sonderprobleme von Banken- und Versicherungsbetriebstätten ausgeklammert bleiben.

³ Diese bezieht sich auf die nationale, unilaterale Ebene (vgl. auch OECD-MA 2017 Art. 7 Ziff. 30). Es geht um den Zeitpunkt der Gewinnrealisierung, die Zulässigkeit von Abzügen und allfällige Ausnahmen von der Steuerpflicht (PETER BRÜLISAUER, Gewinnabgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte im internationalen Steuerrecht der Schweiz, Diss. SG 2006, S. 15). Vgl. dazu auch DIETER NIEHAVES, Kommentar zu Art. 7 OECD-MA, in: Florian Haase (Hrsg.), Aussensteuergesetz Doppelbesteuerungsabkommen, 3. Aufl., Heidelberg 2016, Art. 7 MA Rn. 57 sowie KARL WASER, Kommentar zu Art. 7 DBA, in: Dietmar Aigner/Georg Kofler/Michael Tumpel (Hrsg.), DBA OECD-Musterabkommen mit den Besonderheiten der österreichischen DBA, Kommentar, Wien 2016, DBA § 7 Rz. 25 S. 473.

⁴ Diese bezieht sich auf die internationale, bilaterale Ebene und erschöpft sich darin, «einen nach unilateralem Recht bestehenden Steueranspruch einzuschränken oder zu belassen» (BRÜLISAUER [Fn. 3], S. 16). Vgl. dazu auch NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 57. Unterschieden wird dabei noch zwischen der «Gewinnabgrenzung dem Grunde nach», «als der Zuordnung der (aktiven und passiven) Wirtschaftsgüter» und der «Gewinnabgrenzung der Höhe nach», «als der Bestimmung des Anteils an den Erträgen und Aufwendungen des Unternehmens» (HOLGER KAHLE/AARON KINDICH, in: Thomas Lübbehüsen/Holger Kahle [Hrsg.], Brennpunkte der Besteuerung von Betriebstätten, Herne 2016, Rz. 4.9, S. 230). Die «Gewinnabgrenzung dem Grunde nach» ist hierbei in Art. 7 Abs. 1 OECD-MA, diejenige «der Höhe nach» in Art. 7 Abs. 2 OECD-MA geregelt (PETER BRÜLISAUER, Kommentar zu Art. 7 OECD-MA, in: Martin Zweifel/Michael Beusch et al. [Hrsg.], Internationales Steuerrecht, Basel 2015, Art. 7 OECD-MA N 275). Synonym zum Begriff «Gewinnabgrenzung» werden auch etwa verwendet: «Gewinnzurechnung» resp. «Gewinnaufteilung» (WASER [Fn. 3], DBA § 7 Rz. 24 S. 473).

⁵ Die beiden Begriffe werden hier synonym verwendet.

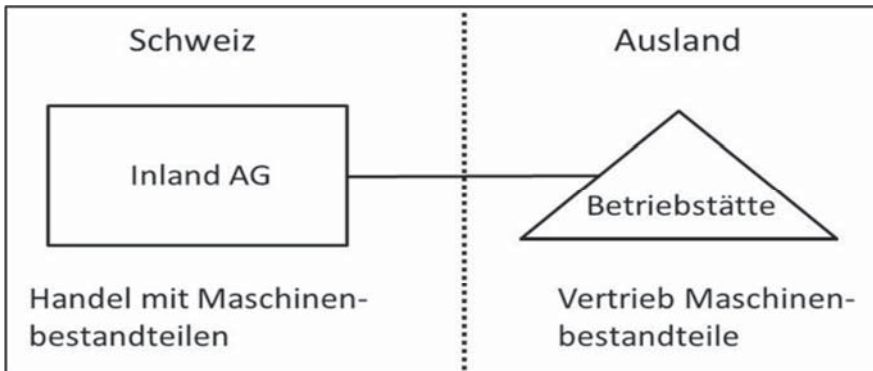
⁶ So die treffende Formel bei KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.2, S. 227.

II. Einführungsbeispiel

A. Einleitung

International tätige Unternehmen können ihre Auslandsaktivitäten auf verschiedene Weise gestalten. Traditionellerweise geschieht dies in einer ersten Phase durch den «blossen» Export von Waren oder die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen aus dem Ursprungsland. In einer zweiten Phase wird dann oftmals im Ausland eine sog. Betriebsstätte oder bei weiterer Verfestigung der Auslandsaktivitäten eine Tochtergesellschaft gegründet⁷. Neben diesen traditionellen Vorgehensweisen sind im Zeitalter des E-Commerce natürlich auch noch weitere Handlungsformen denkbar, welche gegenwärtig der Steuerwelt Kopfzerbrechen bereiten⁸. Der vorliegende Aufsatz befasst sich somit mit einem kleinen Ausschnitt aus der mittleren «Export-Festigungsstufe» des erwähnten traditionellen Exportdreiklangs.

B. Fall einer Ausland-Betriebsstätte («Outbound-Fall»)



Die Inland AG handelt als Eigenhändlerin mit Maschinenbestandteilen aller Art und verkauft diese im Ausland mittels einer Geschäftseinrichtung, welche aus schweizerischer Sicht eine sog. Betriebsstätte («BS-Ausland») gemäss Art. 52 Abs. 1 DBG⁹ und damit im Regelfall eine beschränkte Steuerpflicht im Ausland nach Massgabe des lokalen ausländischen Rechts begründet.

⁷ Vgl. GERNOT BRÄHLER, Internationales Steuerrecht, 8. Aufl., Wiesbaden 2014, S. 218. Vgl. zum Ganzen auch OTTO H. JACOBS, Internationale Unternehmensbesteuerung, 8. Aufl., München 2016, S. 893 ff.

⁸ Vgl. dazu bspw. ADRIANO MARANTELLI, Die Betriebsstätte im internationalen Steuerrecht – vom «Status quo» zu «quo vadis», ZBJV 154 (2018), S. 83 ff., S. 111 ff.

⁹ Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990, SR 642.11.

Folgende Daten sind bekannt:

	TOTAL	Inland AG (Stammhaus/Hauptsitz)	BS-Ausland
Umsatz	1'000 [100 %]	800 [80 %]	200 [20 %]
Gewinn gemäss Buchhaltung	100	75	25

C. Fall einer Inland-Betriebstätte («Inbound-Fall»)

Die Ausland AG handelt als Eigenhändlerin mit Maschinenbestandteilen aller Art und verkauft diese in der Schweiz mittels einer Geschäftseinrichtung, was aus schweizerischer Sicht eine sog. Betriebstätte («BS-Inland») und damit eine beschränkte Steuerpflicht gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. b DBG begründet.

Folgende Daten sind bekannt:

	TOTAL	Ausland AG (Stammhaus/Hauptsitz)	BS-Inland
Umsatz	1'000 [100 %]	800 [80 %]	200 [20 %]
Gewinn gemäss Buchhaltung	100	75	25

III. Steuerausscheidungsmethoden

A. Allgemeines

Wie wird nun der Gewinn von Stammhaus/Hauptsitz und Betriebstätte bestimmt? Diese Frage stellt sich nicht zuletzt deshalb, weil im Falle der Inlandbetriebsstätte die Schweiz den Gewinn auf Stufe Bund mit der direkten Bundessteuer erfassen kann (Art. 51 Abs. 1 lit. b DBG i.V.m. Art. 58 DBG) und bei der Auslandbetriebsstätte den im Ausland erzielten Gewinn von der schweizerischen Bemessungsgrundlage freistellen muss (Art. 51 Abs. 2 DBG).

Theoretisch stehen zur Gewinn- resp. Steuerabgrenzung zwei Hauptverfahrensweisen zur Verfügung, nämlich die objektmässige¹⁰ sowie die quotenmässige Steuerausscheidungsmethode¹¹. Bei der objektmässigen Steuerausscheidung wird der Gewinn der Betriebsstätte unabhängig vom Gesamtgewinn der Unternehmung direkt aufgrund der (handelsrechtlichen) Betriebsstätten-Jahresrechnungen ermittelt¹². Es findet somit, anders als bei quotenmässigen Methoden, keine Gesamtgewinnzerlegung, sondern eine Teilgewinnermittlung statt¹³. Bezogen auf die oben genannten Zahlen würde dies aus Schweizer Optik somit im vereinfachten Modellfall die folgenden steuerbaren Gewinne bei Hauptsitz und Betriebsstätte ergeben.

¹⁰ Die Terminologie ist im internationalen Verhältnis nicht einheitlich. Zwecks Vermeidung von Missverständnissen mit derjenigen des interkantonalen Steuerrechts sollte aus schweizerischer Optik international-steuerlich jeweils von «objektmässiger» und «quotenmässiger» Steuerausscheidung gesprochen und die teilweise verwendete Terminologie, die nach «direkter» (= objektmässige) und «indirekter» (= quotenmässige) Ausscheidung differenziert, vermieden werden (PETER LOCHER, Kommentar zum DBG, I. Teil, Therwil/Basel 2001, Art. 6 DBG N 19; DERS., Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2005, S. 325 Fn. 12; FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/HANS ULRICH MEUTER, Handkommentar zum DBG, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 6 DBG N 24). In Deutschland, wo kein terminologischer Konflikt mit interkantonalem Steuerrecht besteht, wird im Schrifttum regelmässig von «direkter» und «indirekter» Methode gesprochen.

¹¹ Vgl. dazu sowie zum Folgenden: PETER LOCHER, Kommentar zum DBG, II. Teil, Therwil/Basel 2004, Art. 52 DBG N 22. Der Begriff «Steuerausscheidung» wird etwa definiert als «Zuordnung oder Verteilung des Steuersubstrats einer steuerpflichtigen Person auf verschiedene Steuerhoheiten nach bestimmten Zuteilungsnormen» (STEFAN OESTERHELT/SUSANNE SCHREIBER, Kommentar zu Art. 52 DBG, in: Martin Zweifel/Michael Beusch [Hrsg.], Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 6 DBG N 18).

¹² Vgl. dazu LOCHER (Fn. 10), S. 325 f. sowie BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 30 f. und S. 32 Fn. 232.

¹³ So die Formel bei KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.21, S. 234. Folge davon kann sein, dass einer Betriebsstätte ein Gewinn zugeordnet wird, auch wenn das Stammhaus einen Verlust ausweist und *vice versa* (OECD-MA 2017 Art. 7 Ziff. 17; so auch bereits OECD-MA 2008 Art. 7 Ziff. 11). In der Praxis wird in diesem Zusammenhang auch etwa von «inkongruenter Gewinnermittlung» gesprochen (BRÜLISAUER [Fn. 4], Art. 7 OECD-MA N 213). Der vorerwähnte Grundsatz ist im schweizerischen Aussensteuerrecht in Art. 52 Abs. 4 DBG explizit verankert.

Bei der Inlandbetriebstätte:

	TOTAL	Ausland AG (Stammhaus/Hauptsitz)	BS-Schweiz
Umsatz	1'000	800	200
Gewinn gemäss Buchhaltung	100	75	25
Steuerbarer Gewinn	100	75	25

Bei der Auslandsbetriebstätte:

	TOTAL	Inland AG (Stammhaus/Hauptsitz)	BS-Ausland
Umsatz	1'000	800	200
Gewinn gemäss Buchhaltung	100	75	25
Steuerbarer Gewinn	100	75	25

Bei der quotenmässigen Steuerauscheidung dagegen wird der Totalgewinn einer Unternehmung anhand bestimmter Schlüsselgrössen, bspw. der Buchhaltungsergebnisse oder unternehmenstypischer Hilfsfaktoren¹⁴, zwischen Hauptsitz/Stammhaus und Betriebstätte aufgeteilt¹⁵. Dabei wird in der Schweiz mitunter zusätzlich zwischen der quotenmässig-direkten und der quotenmässig-indirekten Methode unterschieden. Bei der quotenmässig-direkten Steuerauscheidung stützt man sich zur Ermittlung des Verteilungsschlüssels direkt auf die Buchhaltungsergebnisse¹⁶ (Gewinne) von Stammhaus und Betriebstätte¹⁷.

¹⁴ Gemäss OECD sind dies bspw. Umsatz, Personalaufwand oder das Betriebsvermögen (OECD-MA 2008 Art. 7 Ziff. 54). In der Schweiz werden z.T. auch andere Aufteilungsschlüssel verwendet, wie z.B. Prämienvolumen, F&E-Aufwendungen, Mieten usw. (BRÜLISAUER [Fn. 4], Art. 7 OECD-MA N 370).

¹⁵ Vgl. BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 30 und S. 32 Fn. 232.

¹⁶ In der Schweiz besteht gemäss OESTERHELT/SCHREIBER für eine Inlandbetriebstätte keine Pflicht, nach Art. 957 OR «Bücher zu führen», was aber wohl zu apodiktisch ist (OESTERHELT/SCHREIBER [Fn. 11], Art. 52 DBG N 23 unter Verweis auf StRG ZH, 30.10.2013, ZStP 2014, S. 137 E. 3b). Zur Frage der Buchführung vgl. auch BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 255 ff.; DERS. (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 187 ff. und N 299; DERS. Abgrenzung nach dem «Dealing-at-Arm's-Length-Prinzip» im internationalen Einheitsunternehmen, FStR 2014, S. 211 ff. (1. Teil), S. 336 ff. (2. Teil), S. 238. Weil ein Abstellen auf die Handelsbilanz zur Festlegung des Quotenschlüssels mitunter zu Verzerrungen führen

Dies ergäbe wiederum bezogen auf die eingangs gemachten Beispiele folgende modellhaft vereinfachte Steuerauscheidung.

Bei der Inlandbetriebstätte:

	TOTAL	Ausland AG (Stammhaus/Hauptsitz)	BS-Schweiz
Umsatz	1'000	800	200
Gewinn gemäss Buchhaltung	100 [100 %]	75 [75 %]	25 [25 %]
Steuerbarer Gewinn	100 [100 %]	75 [75 %]	25 [25 %]

Bei der Auslandbetriebstätte:

	TOTAL	Inland AG (Stammhaus/Hauptsitz)	BS-Ausland
Umsatz	1'000	800	200
Gewinn gemäss Buchhaltung	100 [100 %]	75 [75 %]	25 [25 %]
Steuerbarer Gewinn	100 [100 %]	75 [75 %]	25 [25 %]

Die Ergebnisse der quotenmässig-direkten und der objektmässigen Methode stimmen bei den vorliegenden Beispielen somit überein. Dies ist der Fall, weil positive Ergebnisse (Gewinne) vorliegen. Unterschiede ergeben sich dagegen im Wesentlichen bei Verlusten¹⁸ oder wenn im Rahmen der Gewinnermittlung steuerliche Aufrechnungen vorgenommen werden¹⁹.

Bei der quotenmässig-indirekten Methode wird der Gesamtgewinn des Einheitsunternehmens im Verhältnis bestimmter unternehmerischer Hilfsfaktoren (z.B. Umsatz oder Produktionsfaktoren wie Kapital, kapitalisierte Löhne und Mieten usw.) zwischen Hauptsitz und Betriebstätte aufgeteilt. Bei Handelsunternehmen wie im eingangs erwähnten Beispiel ist dies im Regelfall der Um-

kann, wird auch etwa ein Abstellen auf die Steuerbilanz postuliert (BRÜLISAUER [Fn. 3], S. 87 ff. sowie DERS. [Fn. 16], S. 224 f.).

¹⁷ BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 35.

¹⁸ OESTERHELT/SCHREIBER (Fn. 11), Art. 52 DBG N 12.

¹⁹ BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 224; DERS. (Fn. 3), S. 38 f.

satz²⁰. Entsprechend resultiert im vereinfachten Modellfall folgende Steuerauscheidung.

Bei der Inlandbetriebstätte:

	TOTAL	Ausland AG (Stammhaus/Hauptsitz)	BS-Schweiz
Umsatz	1'000 [100 %]	800 [80 %]	200 [20 %]
Gewinn gemäss Buchhaltung	100	75	25
Steuerbarer Gewinn	100 [100 %]	80 [80 %]	20 [20 %]

Bei der Auslandbetriebstätte

	TOTAL	Inland AG (Stammhaus/Hauptsitz)	BS-Ausland
Umsatz	1'000 [100 %]	800 [80 %]	200 [20 %]
Gewinn gemäss Buchhaltung	100	75	25
Steuerbarer Gewinn	100 [100 %]	80 [80 %]	20 [20 %]

Aus den bisher gemachten Ausführungen ergibt sich, dass die hier interessierende Problematik der steuerlichen Behandlung von Transaktionen zwischen Hauptsitz und Betriebstätten, also von sog. *Dealings*²¹, systembedingt primär²² bei der objektmässigen Steuerauscheidungsmethode aktuell wird. Bei

²⁰ So für das interkantonale Steuerrecht: PETER LOCHER, Einführung in das interkantonale Steuerrecht, 4. Aufl., Bern 2015, S. 103. Analoges gilt auch für das internationale Steuerrecht.

²¹ So die Originalterminologie der OECD. Offizielle Sprachen der OECD sind Englisch und Französisch, nicht aber Deutsch.

²² Primär, aber nicht nur. So kann bspw. ein Dealing das Funktionsprofil des Stammhauses und/oder der Betriebstätte verändern, mit der Folge, dass dieser Änderung auch bei der quotenmässig-indirekten Steuerauscheidungsmethode durch eine Anpassung des Aufteilungsschlüssels Rechnung getragen werden muss (PETER BRÜLISAUER/MARCO MÜHLEMANN, Kommentar zu Art. 58 DBG, in: Martin Zweifel/Michael Beusch [Hrsg.], Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 58 DBG N 487 und 490; BRÜLISAUER [Fn. 4], Art. 7 OECD-MA N 165). BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 237

dieser werden Stammhaus und Betriebsstätte *qua* Fiktion wie unabhängige Dritte behandelt. Vor allem in diesem fingierten Drittverhältnis stellt sich die Frage, ob und wenn ja, zu welchen Werten Stammhaus und Betriebsstätte untereinander Inrenttransaktionen (Dealings) abwickeln, d.h. Güter austauschen, Nutzungsrechte überlassen resp. Dienstleistungen erbringen können.

B. Anwendbare Steuerauscheidungsmethoden aus Schweizer Optik

Welche der oben genannten, theoretisch denkbaren (Haupt-)Steuerauscheidungsmethoden kommt nun gemäss dem lokalen schweizerischen Steuerrecht zur Anwendung? Zur Beantwortung dieser Frage sind erneut Inland- und Auslandbetriebsstätte auseinander zu halten. Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die Situation bei der direkten Bundessteuer. Immerhin folgen die meisten Kantone dieser Regelung, wobei umstritten ist, inwieweit Kantone, die dies nicht tun, unter dem Steuerharmonisierungsaspekt überhaupt einen entsprechenden Gestaltungsspielraum hätten²³.

Bei der Inlandbetriebsstätte, also der hierzulande beschränkten Steuerpflicht einer im Ausland ansässigen juristischen Person (Unternehmung) mit Schweizer Betriebsstätte, ist nach Ansicht der Eidg. Steuerverwaltung (ESTV)²⁴ sowie gemäss Bundesgericht²⁵ die objektmässige Steuerauscheidung anzuwenden²⁶. Dies dürfte bei der Inlandbetriebsstätte auch der herr-

(vgl. auch DERS. [Fn. 4], Art. 7 OECD-MA N 536) macht folgendes Beispiel: «Wenn z.B. ein interner Leistungsaustausch zu einer Verrechnung von Löhnen oder Mieten führt, kann dadurch der «Erwerbsfaktor Arbeit» beeinflusst werden». Betreffend Auswirkung von Dealings bei den quotenmässigen Methoden wohl in der Tendenz noch anders: BRÜLSAUER (Fn. 3), S. 34 und S. 40.

²³ Nach OESTERHELT/SCHREIBER sollen die Grundsätze des DBG zum Umfang der Steuerpflicht aufgrund der vertikalen Steuerharmonisierung auch für die Kantone gelten (OESTERHELT/SCHREIBER [Fn. 11], Art. 52 DBG N 4). Vgl. zur ganzen Problematik auch PETER LOCHER, Steuerharmonisierung – Aufgaben und Möglichkeiten der Steuerjustiz, ASA 85 (2016/2017), S. 1 ff., S. 14 ff.

²⁴ Vgl. den Hinweis bei LOCHER (Fn. 11), Art. 52 DBG N 22. Vgl. ferner auch RAOUL STOCKER, Internationale Erfolgsabgrenzung bei Betriebsstätten, FStR 2007, S. 87 ff., S. 89 Fn. 15 mit Verweis auf PETER AGNER/BEAT JUNG/GOTTHARD STEINMANN, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich 1995, Art. 52 DBG N 6.

²⁵ Urteil des Bundesgerichts 2P.140/2005 vom 28.11.2005 E. 4.3 = StR 2006, S. 433 ff. Schon im Jahre 1947 hatte das Bundesgericht im «Bulova-Entscheid» festgehalten, die objektmässige («direkte») Methode eigne sich besser als die quotenmässige («indirekte»); BGE 73 I 191, 200 f.

²⁶ Auch BRÜLSAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 95 interpretiert die Praxis von ESTV und Bundesgericht in diesem Sinne.

schenden Lehre entsprechen²⁷. Nur nebenbei sei hier bemerkt, dass dies auch in unserem nördlichen Nachbarland die nach Ansicht des deutschen Bundesfinanzhofes vorrangig anzuwendende Methode ist²⁸.

Bei der Auslandbetriebstätte geht die ESTV im Grundsatz ebenfalls von der Anwendung der objektmässigen Steuerauscheidungsmethode aus²⁹. Die Literatur dagegen ist hier im Allgemeinen dezidiert als bei der Inlandbetriebstätte geteilter Auffassung³⁰. Es finden sich sowohl Befürworter der objektmässigen als auch Vertreter der quotenmässig-direkten Steuerauscheidungsmethode³¹. Das Bundesgericht selbst hat in einem *obiter dictum* die quotenmässige Steuerauscheidung auch schon als zulässig erachtet³².

Die hier interessierende Problematik der steuerlichen Behandlung sog. Dealings, also von Innenleistungen zwischen Hauptsitz/Stammhaus und Betriebstätte, kann unter dem Gesichtspunkt der schweizerischen Behördenpraxis

²⁷ LOCHER (Fn. 11), Art. 52 DBG N 43 i.V.m. N 24. Vgl. auch OESTERHELT/SCHREIBER (Fn. 11), Art. 52 DBG N 2; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 10), Art. 52 DBG N 4 und N 15 m.w.N. sowie XAVIER OBERSON, Précis de droit fiscal international, 4. Aufl., Bern 2014, S. 153. Weitere Nachweise zudem bei BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 243 Fn. 180.

²⁸ NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 70 mit Nachweisen.

²⁹ So gemäss LOCHER (Fn. 11), Art. 52 DBG N 22; ANDREAS HELBING, Internationale Sitzverlegungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht, Diss. ZH 2010, S. 186; JEAN-BLAISE PASCHOUD/RAPHAËL GANI, Art. 52 LIFD, in: Yves Noël/Florence Aubry Girardin (Hrsg.), Impôt fédéral direct, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 52 LIFD N 40 sowie STOCKER (Fn. 24), S. 91 Fn. 31. Vgl. ferner KS Nr. 8 der ESTV vom 18.12.2001, Ziff. 4.1 sowie KS Nr. 23 der SSK vom 23.11.2006, Ziff. 3.1.2. Nur in Ausnahmefällen soll eine quotenmässig-direkte Ausscheidung möglich sein. Die ESTV muss freilich insofern einen kleinen Abstrich von der «Objektmässigkeit» machen, als bekanntlich nach der gesetzlichen Regelung von Art. 52 Abs. 3 DBG ausländische Betriebsstättenverluste provisorisch zu übernehmen sind. Es wird deshalb auch etwa von der «Direkten Ausscheidung gemäss DBG» gesprochen (vgl. dazu LOCHER [Fn. 11], Art. 52 DBG N 29 ff.).

³⁰ So LOCHER (Fn. 11), Art. 52 DBG N 25; OESTERHELT/SCHREIBER (Fn. 11), Art. 52 N 16 und PASCHOUD/GANI (Fn. 29), Art. 52 LIFD N 2 und 27 f.

³¹ Für die objektmässige Steuerauscheidung bei Auslandbetriebstätten sprechen sich bspw. folgende Autoren aus: OESTERHELT/SCHREIBER (Fn. 11), Art. 52 DBG N 16; AGNER/JUNG/STEINMANN (Fn. 24), Art. 52 DBG N 7; HUBERTUS BAUMHOFF/REINHARD LEITNER/ANGELO DIGERONIMO, Betriebsstättengewinnermittlung im internationalen Vergleich – Deutschland, Österreich, Schweiz –, IWB 2012 (die Seiten werden hier gemäss der elektronischen Ausgabe der IWB zitiert, die offenbar von der gedruckten Form des Aufsatzes abweicht), S. 496 f. sowie PASCHOUD/GANI (Fn. 29), Art. 52 LIFD N 41; für die quotenmässig-direkte dagegen bspw. RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 10), Art. 52 DBG N 4; BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 87.

³² So im Urteil vom 12. November 1999 E. 2b in: NStP 2000, S. 19 als *obiter dictum* unter dem Regime des DBG. Der Fall in BGE 117 Ib 248 betraf dagegen eine Inlandbetriebstätte, noch unter dem Regime des BdBSt.

und nach Massgabe derjenigen Literaturstimmen, die eine objektmässige Steuerauscheidung favorisieren, somit durchaus akut werden³³.

C. Anwendbare Steuerauscheidungsmethoden aus Optik der OECD

Bis zum Musterabkommen 2008 der OECD («OECD-MA 2008») sah die hier für Unternehmensgewinne relevante Bestimmung von Art. 7 OECD-MA 2008 beide Steuerauscheidungsmethoden vor, nämlich neben der objektmässigen auch die quotenmässige und zwar in Art. 7 Abs. 4 OECD-MA 2008³⁴. Letztere ist nach Ansicht der OECD aber nur subsidiär anwendbar, d.h. nur insoweit, als sie «in einem Vertragsstaat üblich ist»³⁵ sowie mit den Grundsätzen von Art. 7 OECD-MA 2008 übereinstimmt. Es kann auf die entsprechende Formulierung in Art. 7 Abs. 4 OECD-MA 2008 verwiesen werden.

Im Jahre 2010 änderte die OECD indes den Wortlaut von Art. 7 OECD-MA und eliminierte Art. 7 Abs. 4 OECD-MA 2008 aus dem Musterabkommen. Damit fiel, nach wohl herrschender Meinung, für Doppelbesteuerungsabkommen (DBA), die auf dem geänderten OECD-Muster basieren, die Möglichkeit einer Steuerauscheidung nach Massgabe der quotenmässigen Methode weg³⁶.

³³ OESTERHELT/SCHREIBER (Fn. 11), Art. 52 DBG N 17.

³⁴ Die Aufnahme dieser Bestimmung in die DBA soll auf schweizerische Bemühungen zurückgehen (ALEXANDER HEMMELRATH, Kommentar zu Art. 7 OECD-MA, in: Klaus Vogel/Moris Lehner [Hrsg.], Doppelbesteuerungsabkommen, Kommentar, 6. Aufl., München 2015, Art. 7 Rz. 111).

³⁵ Gemäss DIGERONIMO konnte die indirekte Methode (méthode indirecte ou globale) bereits unter dem OECD-MK 1994 «que pour des cas relativement exceptionnels» angewendet werden (ANGELO DIGERONIMO, Le rapport de l'OCDE sur l'Attribution de revenus aux établissements stables, ASA 65 [1996/97], S. 199 ff., S. 202, Hervorhebung weggelassen).

³⁶ Für die nunmehrige Unzulässigkeit der quotenmässigen Ausscheidung sprechen sich bspw. die OECD aus (OECD-MK 2017 Art. 7 Ziff. 41 f.), sowie in der Literatur: OESTERHELT/SCHREIBER (Fn. 11), Art. 52 DBG N 17; DANIEL DE VRIES REILINGH, Manuel de droit fiscal international, Bern 2012, S. 136; OBERSON (Fn. 27), S. 155; STEFAN BENDLINGER, Die Betriebsstätte in der Praxis des internationalen Steuerrechts, 3. Aufl., Wien 2016, S. 330; WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 92 S. 494; KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.45, S. 245; differenzierend dagegen STOCKER (Fn. 24), S. 92 sowie NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 198 und 205. Für die weitergeltende Zulässigkeit tritt dagegen BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 294 m.w.N. und N 373 ein. Nach GERRIT FROTSCHER, Internationales Steuerrecht, 4. Aufl., München 2015, S. 166 soll die indirekte Methode, d.h. die quotenmässige gemäss hier verwendeter schweizerischer Terminologie, in Deutschland aufgrund von § 1 V 8 AStG nur noch zur Anwendung kommen, «wenn der Steuerpflichtige nachweist, dass der andere Staat diese Methode anwendet und dass die Gewinnabgrenzung auf Grund der direkten Methode zu einer Doppelbesteuerung führt». Die

Zahlreiche Doppelbesteuerungsabkommen der Schweiz, auch solche neueren Datums mit einem Inkrafttreten nach dem 22. Juli 2010³⁷, sehen aber weiterhin die Anwendbarkeit der quotenmässigen Steuerauscheidung vor. Sie folgen also im Ergebnis dem OECD-MA 2008 oder älteren OECD-Musterabkommen resp. -kommentaren, welche die Anwendung besagter Methode ebenfalls noch ermöglichen (bspw. der OECD-MK 1994).

IV. Authorised OECD Approach («AOA»)

A. Allgemeines

Die OECD hat sich in der Vergangenheit immer wieder mit Steuerauscheidungsfragen und der anwendbaren Methodik befasst³⁸. So hat sie bspw. im Jahre 1994 einen Bericht³⁹ publiziert, der dann Eingang in eine Änderung des OECD-Musterkommentars gefunden hat (OECD-MK 1994). In den Jahren 2001, 2003 und 2004 wurden verschiedene Diskussionsentwürfe zum Thema veröffentlicht⁴⁰.

Botschaften zu den schweizerischen DBA mit AOA halten jeweils Folgendes fest: «Die in der Schweiz im interkantonalen Verhältnis übliche proportionale Aufteilung der Unternehmensgewinne ist auf internationaler Ebene bereits seit Jahren nicht mehr in Gebrauch. Die Streichung [einer Art. 7 Abs. 4 OECD-MA 2008 nachgebildeten Bestimmung, Anm. des Verfassers] hat daher keine materiellen Auswirkungen» (Botschaft zur Genehmigung eines Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Ungarn, BBl 2014 87, 92).

³⁷ Dies ist das Datum der Veröffentlichung des OECD-MA 2010 und des OECD-Betriebstättenberichts 2010 (OECD, 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, 22 July 2010, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/ctp/transferring/45689524.pdf>, zuletzt besucht am 5. April 2018) (BRÜLISAUER [Fn. 4], Art. 7 OECD-MA N 25).

³⁸ Zur Chronologie vgl. BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 22 ff.; CHRISTIAN KÄSER, Verfassungs- und Gemeinschaftsrechtliche Probleme der Umsetzung des «Authorized OECD Approaches» (AOA) im deutschen Recht, in: Jürgen Lüdicke/Arne Schnitger/Christoph Spengel (Hrsg.), Besteuerung internationaler Unternehmen, Festschrift für Dieter Endres zum 60. Geburtstag, München 2016, S. 180 f. sowie ULF ANDRESEN, Betriebstätengewinnabgrenzung nach Abkommensrecht, in: Franz Wassermeyer/Ulf Andresen/Xaver Ditz (Hrsg.), Betriebsstätten Handbuch, 2. Aufl., Köln 2018, S. 300 ff., S. 301 f.

³⁹ Attribution of Income to Permanent Establishments, Issues in International Taxation No. 5, OECD, Paris, 1994, abgedruckt in: Bd. II, S. R(13)-1 der ungekürzten Ausgabe des OECD-MA 2014. Vgl. den Hinweis bei LOCHER (Fn. 11), Art. 52 DBG N 45 sowie ANDRESEN (Fn. 38), S. 301.

⁴⁰ Vgl. dazu sowie allgemein zur Historie NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 220 f. sowie TATIANA BONDARENKO, The History of Article 7 OECD Model Convention, in: Brugger Florian/Plansky Patrick (Hrsg.), Permanent Establishments in International and EU Tax Law, Series on International Tax Law Volume 68, Wien 2011, S. 125 ff. und ROBERTO BERNALES, The Authorized OECD Approach: An Overview, in: Carlos Gutiérrez/Andreas

Eine markante Zäsur stellt in dieser Hinsicht der am 17. Juli 2008 veröffentlichte «Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments» dar (im Folgenden: «Betriebsstättenbericht 2008»). Darin wurde der sog. «Functionally Business Activity Approach»⁴¹ verworfen und der sog. «Functionally Separate Entity Approach» definitiv zum «Authorised OECD Approach» («AOA») erhoben, d.h. zur offiziellen Auslegungsmaxime der OECD-Mitgliedstaaten für die internationale Gewinnabgrenzung zwischen Hauptsitz/Stammhaus und Betriebsstätte⁴². Im Kern bedeutet dieser Ansatz, dass Betriebsstätten in Bezug auf Steuerauscheidungsfragen wie selbständige und unabhängige⁴³ Unternehmen behandelt werden. Als Folge des AOA kann es steuerlich, wenn auch nicht zivilrechtlich, zwischen Stammhaus und Betriebsstätte wie unter rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften zu (fiktiven) «Leistungsbeziehungen» resp. Quasi-Geschäftsvorfällen kommen⁴⁴. Die OECD prägte für diese Inrentansaktionen, wie bereits erwähnt, den Ausdruck «Dealing». Sie betrachtet diese «als das Äquivalent zu konzerninternen Transaktionen zwischen rechtlich selbständigen Unternehmen»⁴⁵. Nach herrschender Meinung gilt dieser Ansatz unter dem Regime des OECD-MA 2008 aber noch nicht absolut, sondern vorerst lediglich eingeschränkt⁴⁶. Dies zeigt sich etwa darin, dass die OECD bei der Wertfestsetzung im Zusammenhang mit Dealings unter dem OECD-MK 2008 noch nicht durchwegs Drittpreise, sondern auch noch blosse Kostenverrechnungen vorsieht⁴⁷.

Perdelwitz (Hrsg.), *Taxation of Business Profits in the 21st Century*, Amsterdam 2013, S. 135 ff.

⁴¹ Vgl. zu diesem KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.35 ff., S. 240 ff.; CHRISTIAN LOOKS, in: Christian Looks/Oliver Heinsen (Hrsg.), *Betriebsstättenbesteuerung*, 3. Aufl., München 2017, S. 248 (der von «Relevant Business Approach» spricht); FROTSCHER (Fn. 36), S. 164; CHRISTIAN KÄSER, in: Franz Wassermeyer/Christian Käser/Michael Schwenke (Hrsg.), *Doppelbesteuerung*, Kommentar, Loseblatt (Stand: 139. Ergänzungslieferung, Oktober 2017), München, MA Art. 7 Rz. 323 f. sowie STOCKER (Fn. 24), S. 89.

⁴² NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 23; ANDRESEN (Fn. 38), S. 307. Das UN-MA dagegen hat den AOA nicht übernommen (NIEHAVES [Fn. 3], Art. 7 MA Rn. 233; LOOKS [Fn. 41], S. 252; HEMMELRATH [Fn. 34], Art. 7 Rz. 93a). Hinsichtlich einer Würdigung/Kritik des AOA vgl. NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 295 ff.

⁴³ Vgl. den Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 OECD-MA 2010, der neu auch das Wort «unabhängig» umfasst. Zur Unabhängigkeitsfiktion vgl. WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 31 S. 475.

⁴⁴ DIETER ENDRES, 55 Musterfälle zum Internationalen Steuerrecht, 2. Aufl., Nordkirchen 2016, S. 171; KÄSER (Fn. 38), S. 180. Vgl. auch BENDLINGER (Fn. 36), S. 318 ff.

⁴⁵ KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.49, S. 247 unter Verweis auf den Betriebsstättenbericht 2010 (Fn. 37), Teil I, Ziff. 14.

⁴⁶ Vgl. NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 151 m.w.N. sowie Rn. 156 und Rn. 217 f.; WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 27 S. 474 und Rz. 33 S. 476 sowie ANDRESEN (Fn. 38), S. 302. Nach PATRICK PLANSKY, *Die Gewinnzurechnung zu Betriebsstätten im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen*, Diss. Wien 2009, S. 119 sollte dagegen schon im Anwendungsbereich des OECD-MA 2008 die uneingeschränkte Selbständigkeitsfiktion gelten.

⁴⁷ Vgl. dazu Lit. IV.E.2. hienach.

Die Ergebnisse des «Betriebsstättenberichtes 2008» sind im Berichtsjahr in einem ersten Schritt (zumindest teilweise) in eine Änderung des OECD-Musterkommentars⁴⁸, aber noch nicht in eine Anpassung des Wortlautes des OECD-Musterabkommens eingeflossen. Diese erfolgte erst 2010, also zwei Jahre später. Am 22. Juli 2010 veröffentlichte die OECD nämlich einen weiteren Betriebsstättenbericht (im Folgenden: «Betriebsstättenbericht 2010»), welcher das Konzept des «Separate Legal Entity Approach» zusätzlich erläuterte resp. verfeinerte⁴⁹. Die Erkenntnisse dieses Betriebsstättenberichts aus dem Jahre 2010 sind dann, anders als im Jahre 2008, nicht nur in einen geänderten OECD-Musterkommentar, sondern ebenso in einen angepassten Wortlaut des OECD-Musterabkommens eingeflossen. Für die hier interessierende Thematik ist dabei vor allem der geänderte Wortlaut der Kernbestimmung von Art. 7 Abs. 2 OECD-MA 2010 relevant sowie die oben bereits erwähnte Tatsache, dass Art. 7 Abs. 4 OECD-MA 2008 und damit verbunden die abkommensrechtliche Möglichkeit weggefallen ist, eine Steuerauscheidung in Anwendung der quotenmässigen Methode vorzunehmen.

Der zentrale Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 OECD-MA 2010 lautet wie folgt:

«Für die Zwecke dieses Artikels sowie des Artikels [23A] [23B] sind unter den Gewinnen, die in jedem Vertragsstaat der in Absatz 1 erwähnten Betriebsstätte zuzurechnen sind, jene Gewinne zu verstehen, die sie namentlich durch ihre Beziehungen zu anderen Teilen des Unternehmens unter Berücksichtigung der vom Unternehmen über die Betriebsstätte und über andere Teile des Unternehmens ausgeübten Funktionen, der verwendeten Aktiven und der übernommenen Risiken hätte erzielen können, wenn sie ein getrenntes und unabhängiges Unternehmen gewesen wäre, das eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit unter gleichen oder ähnlichen Bedingungen ausgeübt hätte».

Unter dem 2010er-Regime gilt nun bei Betriebsstätten hinsichtlich Gewinnzurechnung eine uneingeschränkte Selbständigkeitsfiktion (resp. Unabhängigkeitsfiktion⁵⁰) und damit eine starke Annäherung an die Prinzipien der Einkünfteabgrenzung zwischen rechtlich selbständigen Unternehmen⁵¹. Einer

⁴⁸ Vgl. die Übersicht über die wichtigsten inhaltlichen Punkte des OECD-MK 2008 bei BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 309. Gegenüber dem OECD-MK 1994 hat sich mit Bezug auf die hier interessierende «Bepreisung» von Innendealings freilich noch nicht allzu viel geändert, wird doch auch im OECD-MK 2008 immer noch ein Methodenmix aus Marktpreis- und blosser Kostenverrechnung festgeschrieben (BRÜLISAUER [Fn. 4], Art. 7 OECD-MA N 310).

⁴⁹ Vgl. dazu auch die synoptische Darstellung betreffend Gemeinsamkeiten und Unterschiede des OECD-MA 2008 und 2010 bei LOOKS (Fn. 41), S. 250 f.

⁵⁰ Vgl. den Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 OECD-MA 2010, der neu auch das Wort «unabhängig» umfasst. Zur Unabhängigkeitsfiktion vgl. WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 31 S. 475 sowie BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 234.

⁵¹ KÄSER (Fn. 38), S. 181: «Mit der Änderung des Art. 7 am 22.7.2010 wurde der AOA nunmehr ins MA transportiert und die Gewinnzurechnung klar an der uneingeschränkten

Betriebstätte sind infolgedessen grundsätzlich uneingeschränkt «die Gewinne zuzurechnen, die sie erzielt hätte, wenn sie die gleichen oder ähnliche Funktionen als selbständiges und unabhängiges Unternehmen unter gleichen oder ähnlichen Bedingungen ausgeübt hätte»⁵². Einer Betriebstätte können aufgrund von Innentransaktionen (Dealings) auch Gewinne zugerechnet werden, die im Aussenverhältnis noch nicht realisiert worden sind. Nach OECD-Ansicht wird eine Besteuerung im Betriebstättenstaat nämlich nicht durch den Gewinn des Gesamtunternehmens bzw. den Gewinn des Geschäftsbereichs begrenzt, in dem die Betriebstätte tätig ist. Es wird mit anderen Worten eine Besteuerung nicht realisierter Gewinne ermöglicht⁵³. Diese Übernahme der Fiktion uneingeschränkter Selbständigkeit der Betriebstätte kontrastiert interessanterweise mit dem Trend, die Konturen des Betriebstättenbegriffes immer stärker aufzuweichen⁵⁴.

Die uneingeschränkte Selbständigkeitsfiktion soll sich nur auf Art. 7 OECD-MA (inkl. Art. 23 A und B OECD-MA), nicht aber auf andere Abkommensbestimmungen auswirken. So kann bspw. eine unternehmensinterne Lizenzzahlung i.S.v. Art. 12 OECD-MA auf Stufe der Betriebstätte nicht einer Quellensteuer unterliegen⁵⁵ und ebenso wenig liegen quellensteuerpflichtige Gewinnausschüttungen gemäss Art. 10 OECD-MA vor, wenn der Betriebstätte zugeordnete Gewinne an das Stammhaus überführt werden⁵⁶. Schliesslich soll sich auch bei einer «Transferpreiskorrektur» gemäss Art. 7 Abs. 3 OECD-MA i.V.m. Art. 9 OECD-MA und anders als bei rechtlich unabhängigen Konzernunternehmen die Frage eines sog. *Secondary adjustments* nicht stellen⁵⁷. Eine weitere Durchbrechung der uneingeschränkten Selbständigkeits-

Selbständigkeitsfiktion ausgerichtet. Als deutlichstes Zeichen hierfür wird im Text des Abs. 2 explizit darauf hingewiesen, dass der Betriebstätte der Gewinn zuzurechnen ist, den sie «insbesondere in ihren Geschäftsbeziehungen mit anderen Unternehmensteilen» hätte erzielen können. Damit werden Innentransaktionen, die zivilrechtlich nicht existent und damit ohne jede Relevanz sind, für Zwecke der steuerlichen Gewinnermittlung anerkannt». Ebenso WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 8 S. 475; NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 151 und Rn. 237; ANDRESEN (Fn. 38), S. 302; KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.44 f., S. 244 f.; HEMMELRATH (Fn. 34), Art. 7 Rz. 14b.

⁵² NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 23. Eine reine Verrechnung von Aufwendungen oder Kosten dürfte gemäss diesem Konzept nur noch in ausgesprochenen Ausnahmefällen und bei entsprechenden Voraussetzungen auch unter Kapitalgesellschaften zulässig sein, so allenfalls bei Personalentsendungen oder Kostenumlagen (ANDRESEN [Fn. 38], S. 326; vgl. auch BRÜLISAUER [Fn. 4], Art. 7 OECD-MA N 510).

⁵³ NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 230.

⁵⁴ KÄSER (Fn. 41), MA Art. 7 Rz. 374; ähnlich auch BERNALES (Fn. 40), S. 177. Zur Aufweichung des Betriebstättenbegriffes vgl. auch MARANTELLI (Fn. 8), S. 83 ff.

⁵⁵ KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.62, S. 254. Dies ergibt sich auch aus OECD-MA 2017 Art. 7 Ziff. 28. Vgl. zum Ganzen auch BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 406.

⁵⁶ FROTSCHER (Fn. 36), S. 192. Vorbehalten bleiben natürlich Sonderregeln gewisser Staaten wie bspw. die «brach profit tax» der USA.

⁵⁷ OECD-MA 2017 Art. 7 Ziff. 61.

fiktion wird ferner in der mangelnden Möglichkeit gesehen, interne Zinsen zu verrechnen oder auf der Grundlage der fiktiven Selbständigkeit eine fiktive Kreditwürdigkeit der Betriebstätte zu ermitteln⁵⁸.

Was die konkrete Vorgehensweise bei der Gewinnabgrenzung unter dem AOA anbelangt, sind folgende Schritte auseinanderzuhalten⁵⁹:

Schritt 1:

- 1.1. Bestimmung der Betriebstätigkeit, d.h. Identifikation der Personalfunktionen einer Betriebstätte inkl. Zuordnung von materiellen/immateriellen Wirtschaftsgütern, Chancen, Risiken, Geschäftsvorfällen, Dotationskapital und übrigen Passiva der Betriebstätte;
- 1.2. Identifikation von Dealings zwischen Hauptsitz/Stammhaus und Betriebstätte.

Schritt 2:

- 2.1. Analoge Anwendung der Verrechnungspreisgrundsätze für verbundene Unternehmen;
- 2.2. Ansatz marktkonformer Drittpreise auf die in Schritt 1 identifizierten Dealings.

In der vorliegenden Abhandlung interessieren in der Folge vor allem die Schritte 1.2. und 2.2.

Das Update 2017 des OECD-Musterabkommens hat den Wortlaut von Art. 7 OECD-MA nicht verändert, so dass dieser weiterhin dem OECD-MA 2010 entspricht. Wenn in der Folge weiterhin vom OECD-MA 2010 gesprochen wird, geschieht dies deshalb, um Verwirrungen mit der primär auf dieses Musterabkommen ausgerichteten Literatur zu vermeiden. Die jeweiligen Ausführungen beziehen sich aber regelmässig auch auf das OECD-MA 2017. Der OECD-Musterkommentar 2017 hat einzelne Anpassungen erfahren, namentlich bei den Transferpreiskorrekturen, die aber für das hier interessierende Thema nicht von zentraler Bedeutung sind⁶⁰. Am 22. März 2018 hat die OECD zudem einen weiteren Bericht mit dem Titel «Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments» veröffentlicht, der sich vor allem mit Steuerauscheidungsfragen im Zusammenhang mit den durch das BEPS-Projekt initiierten Änderungen von Art. 5(4), 5(5) und 5(6) OECD-MA 2017 befasst.

⁵⁸ KÄSER (Fn. 38), S. 181.

⁵⁹ ENDRES (Fn. 44), S. 171 mit instruktivem Beispiel; NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 239 ff.

⁶⁰ So wurde in OECD-MK 2017 Art. 7 hauptsächlich eine Ziff. 59.1 betreffend Verständigungsverfahren bei Transferpreisfragen sowie am Ende von Ziff. 62 eine Alternativformulierung betreffend Fristen bei Verrechnungspreisverfahren ergänzt.

In Bezug auf die Zukunft wird sich zeigen, ob und allenfalls wie der AOA auf Erscheinungen wie die «digitale Betriebsstätte»⁶¹ angewendet werden kann⁶².

B. Steuerliche Konsequenzen des AOA

Zivilrechtlich sind Hauptsitz/Stammhaus und Betriebsstätte ein und dasselbe Rechtssubjekt. Dies hat unter anderem zur Folge, dass nicht das Stammhaus oder die Betriebsstätte je einzeln separat *zivilrechtlich* Eigentümerinnen von Vermögensgegenständen/Wirtschaftsgütern sein können⁶³, sondern dass dies nur für das Gesamtunternehmen zutrifft. Weitere *zivilrechtliche* Konsequenz ist aber auch, dass Stammhaus und Betriebsstätte keine zivilrechtlichen Verträge miteinander abschliessen können.

Steuerlich hilft dies nun freilich nicht weiter. Indem für Gewinnabgrenzungszwecke das Steuerrecht A sagt und fingiert, dass Stammhaus und Betriebsstätte zwei eigenständige Gebilde sind, muss es in einem zweiten Schritt auch B sagen und das nötige steuerrechtliche Instrumentarium zur Verfügung stellen, damit besagter Fiktion in der steuerlichen Realität zum Durchbruch verholfen und die Betriebsstätte wie ein wirtschaftlich verselbständigtes Profit Center behandelt werden kann.

Dazu muss das Steuerrecht bspw. entsprechende Regeln aufstellen, wie zwar nicht das *zivilrechtliche*, wohl aber zumindest das *wirtschaftliche* Eigentum⁶⁴

⁶¹ Dazu vgl. MARIE SAPIRIE, Permanent Establishment and the Digital Economy, Tax Notes International 90/1 (2018), S. 31 ff. und LEE A. SHEPPARD, Digital Permanent Establishment and Digital Equalization Taxes, Tax Notes International 90/1 (2018), S. 9 ff.

⁶² Vgl. dazu YARIV BRAUNER/PASQUALE PISTONE, Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment, Tax Notes International 90/1 (2018), S. 87 ff.; RAPHAEL HOLZINGER, Ergebnisabgrenzung bei «digitalen Betriebsstätten»: Wo liegt das Problem?, TPI 2017/6, S. 299 ff.; RAFFAELE PETRUZZI/SVITLANA BURIK, Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules?, Tax Notes International 90/1 (2018), S. 91 ff., insb. S. 112 ff.; LEE A. SHEPPARD, Five Takeaways From the Digital Tax Debate, Tax Notes International 89/13 (2018), S. 1251 ff., insb. S. 1253; RICHARD WELLMANN/LARS JUNKERS, Die Zukunft des AOA in den Zeiten von BEPS, IStR 2017, S. 847 ff.

⁶³ STOCKER (Fn. 24), S. 91; KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.46, S. 246.

⁶⁴ Vgl. dazu etwa auch die sich dem Bundesgericht stellende Aufgabe im BGE 142 II 9 = Pra 2016 Nr. 68 = StR 2016, S. 238 (vgl. die Kritik des Entscheides bei ADRIANO MARANTELLI/ANDREA OPEL, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, ZBJV 153 [2017], S. 151 ff., S. 199 ff.).

bestimmter Wirtschaftsgüter dem Stammhaus oder der Betriebsstätte zugeordnet werden kann⁶⁵.

Ebenso muss das Steuerrecht für die fehlenden zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse resp. Verträge ein Surrogat vorsehen. Im vorliegenden Aufsatz interessiert vor allem dieser zweite Aspekt, weshalb auf den ersten, d.h. die Zuordnung wirtschaftlichen Eigentums, hier zu Beginn nur kurz und rudimentär eingetreten sei.

C. Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an Wirtschaftsgütern im Rahmen des AOA

Die OECD definiert «wirtschaftliches Eigentum» als

«the equivalent of ownership for income tax purposes by a separate enterprise, with the attendant benefits and burdens (e.g. the right to the income attributable to the ownership of the asset, such as royalties; the right to depreciate a depreciable asset; and the potential exposure to gains or losses from the appreciation or depreciation of the asset)»⁶⁶.

Dabei sollen gemäss OECD für einzelne Gruppen von Wirtschaftsgütern folgende Regeln für die Zuordnung des *wirtschaftlichen* Eigentums⁶⁷ zum Hauptsitz/Stammhaus resp. zur Betriebsstätte gelten:

- bei materiellen Wirtschaftsgütern gilt primär der Ort deren Nutzung⁶⁸ für die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums. Als Schweizer wird man dabei an die Abgrenzung des Privatvermögens vom Geschäftsvermögen bei Einzelfirmen erinnert, die primär nach dem «tatsächlichen Dienen» vorzunehmen ist⁶⁹ oder an die Regeln zum interkantonalen Steuerrecht⁷⁰;
- bei immateriellen Wirtschaftsgütern wird – vereinfachend gesagt – auf den Ort, wo die wesentlichen Personalfunktionen ausgeübt werden, verwiesen⁷¹. Konkret wird dann weiter zwischen sog. *marketing intangibles*

⁶⁵ Im Rahmen des AOA sind natürlich nicht nur Wirtschaftsgüter («assets»), sondern aufgrund einer Funktionsanalyse auch Risiken und Dotationskapital zuzuordnen.

⁶⁶ Betriebsstättenbericht 2010 (Fn. 37), Teil I, Ziff. 14 Fn. 4.

⁶⁷ «Das (wirtschaftliche Eigentum) ist nach dem AOA von herausragender Bedeutung für die Zuordnung des Wirtschaftsguts» (NIEHAVES [Fn. 3], Art. 7 MA Rn. 244).

⁶⁸ KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.54, S. 250; NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 244; WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 46 S. 479; ANDRESEN (Fn. 38), S. 313; BRÜLSAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 221 und N 444.

⁶⁹ Vgl. dazu LOCHER (Fn. 10), Art. 18 DBG N 130 ff.

⁷⁰ Nach BRÜLSAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 224 können die Regeln zum interkantonalen Steuerrecht analog angewendet werden.

⁷¹ BRÜLSAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 221 (mit Verweis auf den Betriebsstättenbericht 2008, Teil I, Ziff. 107 [OECD, Report on the Attribution of Profits to Permanent

(also bspw. Marken, Warenzeichen) und *trade intangibles* (bspw. Patente) unterschieden.

Bei *marketing intangibles* ist für die Zuordnung wirtschaftlichen Eigentums massgebend, «wer über die Strategie ihres Schutzes und ihrer Weiterentwicklung entscheidet»⁷², ob der Hauptsitz oder die Betriebstätte.

Bei *trade intangibles* wird «auf den Ort der sie betreffenden Willensbildung abgestellt; die Zuteilung erfolgt also «nach der Entscheidungsverantwortung für deren Entwicklung und den damit verbundenen Risiken»⁷³.

Dabei werden selbst entwickelte Immaterialgüter dem Unternehmensteil zugeordnet, «in dem die wesentlichen Personalfunktionen im Hinblick auf die Entwicklung des Wirtschaftsguts wahrgenommen werden. Als wesentliche Personalfunktion gilt hier die aktive Entscheidung («active decision-making»), das Risiko der Entwicklung des immateriellen Wirtschaftsguts zu tragen»⁷⁴. Dabei wird diese Entscheidungsbefugnis oftmals unterhalb der obersten Leitungsebene anzusiedeln sein. Für erworbene immaterielle Wirtschaftsgüter ist demgegenüber der Unternehmensteil massgebend, in welchem «die wesentlichen Personalfunktionen im Hinblick auf den Erwerb des Wirtschaftsguts ausgeübt werden»⁷⁵.

D. Insbesondere zu den sog. Dealings im Rahmen des AOA

Wenn im Konzern eine Muttergesellschaft ihrer Tochtergesellschaft ein Warenlager verkauft oder eine bestimmte Dienstleistung (z.B. Rechtsberatung) erbringt, wird ein entsprechendes Vertragsverhältnis begründet und die Muttergesellschaft wird in Anwendung korrekter Transferpreisregeln einen dem «arm's length»-Prinzip entsprechenden Kaufpreis resp. ein drittpreiskonformes Honorar verlangen müssen.

Establishments, 17 July 2008, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/41031455-pdf>, zuletzt besucht am 5. April 2018]) sowie N 445 ff.

⁷² KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.55, S. 250; NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 244. Vgl. auch WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 48 S. 480 sowie BRÜLSAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 229 und N 448 f.

⁷³ KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.55, S. 250 unter Verweis auf ERNST-AUGUST BALDAMUS, Neues zur Betriebsstättengewinnermittlung, IStR 2012, S. 318.

⁷⁴ NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 244. Vgl. auch WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 47 S. 480 sowie BRÜLSAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 228.

⁷⁵ NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 244. Vgl. auch WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 47 S. 480 sowie BRÜLSAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 229.

Wie verhält es sich damit, wenn die besagten Transaktionen zwischen Stammhaus und Betriebsstätte abgewickelt werden?⁷⁶ Liegt überhaupt ein sog. Dealing im Sinne von Art. 7 Abs. 2 OECD-MA vor?⁷⁷ Überträgt man die beiden oben gemachten Beispiele aus dem Bereich eines Konzerns in denjenigen eines Einheitsunternehmens mit Stammhaus und Betriebsstätte, würde die Übertragung eines Warenlagers und das Erbringen einer Dienstleistung die Voraussetzungen für die Annahme eines Dealings erfüllen⁷⁸. Gemäss OECD muss eine Innentransaktion nämlich dann als sog. Dealing anerkannt werden, wenn ihr «ein reales und identifizierbares Ereignis» zugrunde liegt⁷⁹. Dieses muss von wirtschaftlicher Bedeutung sein und zudem hinreichend dokumentiert werden⁸⁰, damit die von der OECD geforderte Anerkennungsschwelle überschritten wird. Oder wie es im englischen Originaltext des Betriebsstättenberichts 2010 nachzulesen ist:

⁷⁶ «Da es sich bei innerunternehmerischen Leistungsbeziehungen (sog. «dealings») nicht um Verträge, sondern um rein für steuerliche Abgrenzungsfragen relevante Transaktionen handelt, stellt sich die Frage nach deren Identifikation» (KAHLE/KINDICH [Fn. 4], Rz. 4.60, S. 253).

⁷⁷ Der englische Originaltext von Art. 7 Abs. 2 OECD-MA 2010 verwendet explizit das Wort «dealing», währenddem in der deutschen Übersetzung bloss eine sinngemässe Umschreibung («... Beziehungen zu anderen Teilen des Unternehmens...») vorgenommen wird. Das deutsche Aussensteuergesetz verwendet den Ausdruck «anzunehmende schuldrechtliche Beziehungen» (§ 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 AStG). Wird bspw. ein Wirtschaftsgut nicht im Verhältnis Stammhaus/Betriebsstätte überführt, sondern zwischen Betriebsstätten, soll nach deutscher Auffassung die «Dreieckstheorie» gelten, d.h. es wird eine fiktive Veräusserung von der Betriebsstätte an das Stammhaus und von diesem an die fiktiv erwerbende Betriebsstätte angenommen (HARALD SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 4. Aufl., Köln 2017, S. 1146).

⁷⁸ Kein Dealing würde nach NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 252 beim blossen Durchreichen aufgenommenen Fremdkapitals vom Stammhaus an die Betriebsstätte resultieren.

⁷⁹ NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 249. Vgl. auch die Umschreibung in den deutschen Verwaltungsgrundsätzen: «Eine anzunehmende schuldrechtliche Beziehung [d.h. ein Dealing, Anm. des Verfassers] setzt ein tatsächliches und identifizierbares Ereignis voraus (wirtschaftlicher Vorgang), das im Regelfall die jeweils ausgeübten Personalfunktionen betrifft. Es muss eine Schwelle überschritten werden, die es rechtfertigt, für dieses Ereignis anzunehmen, dass rechtlich selbständige, unabhängige Unternehmen in einer vergleichbaren Situation eine schuldrechtliche Vereinbarung abgeschlossen oder eine bestehende Rechtsposition geltend gemacht hätten [...]» (Grundsätze über die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf die Aufteilung der Einkünfte zwischen einem inländischen Unternehmen und seiner ausländischen Betriebsstätte und auf die Ermittlung der Einkünfte der inländischen Betriebsstätte eines ausländischen Unternehmens nach § 1 Absatz 5 des Aussensteuergesetzes und der Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung [Verwaltungsgrundsätze Betriebsstättengewinnaufteilung – VWG BsGa] vom 22. Dezember 2016, [abrufbar unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2016-12-22-verwaltungsgrundsaeetze-betriebsstaetten_gewinnaufteilung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt besucht am 5. April 2018], Rn. 165).

⁸⁰ STOCKER (Fn. 24), S. 92.

«Under the authorised OECD approach, that <dealing> as documented by the enterprise will be recognised for the purposes of attributing profit, provided it relates to a real and identifiable event (e.g. the physical transfer of stock in trade, the provision of services, use of an intangible asset, a change in which part of the enterprise is using a capital asset, the transfer of a financial asset, etc.)»⁸¹.

Ob dies der Fall ist, entscheidet sich aufgrund einer sog. Funktionsanalyse, im Rahmen derer zu prüfen ist, ob im Zuge der Innentransaktion Risiken, Verantwortlichkeiten und Vorteile übertragen wurden, was sich nicht zuletzt auch aus vorhandenen Unterlagen – es wird auch etwa der Terminus «Quasiverträge» verwendet⁸² – ergeben kann. Dabei können die fraglichen Dokumente natürlich nicht alleine massgebend sein. Entscheidend ist vielmehr, ob der wirtschaftliche Gehalt einer konkreten Leistungsbeziehung mit ihrer äusseren Form übereinstimmt und ob die getroffenen Vereinbarungen wirtschaftlich sinnvoll sind, was – wie erwähnt – anhand einer Funktionsanalyse zu bestimmen ist⁸³. Oder um es noch einmal in der *lingua franca* der OECD zu sagen:

«A functional and factual analysis should be used to determine whether such an event has occurred and should be taken into account as an internal dealing of economic significance. And ultimately it is the functional and factual analysis which determines whether the dealing has taken place, not the accounting records or other documentation provided by the enterprise. [...] This will require the determination of whether there has been any economically significant transfer of risks, responsibilities and benefits as a result of the <dealing>. In transactions between independent enterprises, the determination of the transfer of risks, responsibilities and benefits would normally require an analysis of the contractual terms of the transaction. This analysis would follow the guidance on contractual terms found in paragraphs 1.52-1.54 of the Guidelines [d.h. den OECD-Transferpreisrichtlinien wie sie im Jahre 2010 galten, Anm. d. Verfassers]. [...] A dealing takes place within a single legal entity and so there are no <contractual terms> to analyse. However, the authorized OECD approach treats <dealings> as analogous to transactions between associated enterprises and so the guidance in paragraphs 1.52-1.54 of the Guidelines can be applied in the PE context by analogy. In particular, as noted in paragraph 1.52, <The terms of a transaction may also be found in correspondence/communications between parties other than a written contract.> So, by analogy, the <contractual terms> are the accounting records, together with any contemporaneous internal documentation, purporting to transfer risks, responsibilities and benefits from one part of the enterprise to another part»⁸⁴.

⁸¹ Betriebstättenbericht 2010 (Fn. 37), Teil I, Ziff. 177 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁸² Vgl. BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 512.

⁸³ STOCKER (Fn. 24), S. 99.

⁸⁴ Betriebstättenbericht 2010 (Fn. 37), Teil I, Ziff. 177 ff.

Was die im Zitat mehrfach erwähnte Dokumentation anbelangt, sind die lokalen Steuerbehörden gemäss OECD-MA 2010⁸⁵ gehalten, dokumentierte Intransaktionen anzuerkennen, wenn

- «die Dokumentation mit der durch die Funktionsanalyse ermittelten wirtschaftlichen Realität in Einklang steht,
- die im Zusammenhang mit dem «dealing» dokumentierten Vereinbarungen in ihrer Gesamtheit nicht von denen abweichen, die zwischen vergleichbaren selbständigen Unternehmen getroffen worden wären, die in einer wirtschaftlich vernünftigen Art und Weise handeln oder aber die von dem Steuerpflichtigen vorgetragene Dokumentation die Steuerverwaltung nicht daran hindert, einen geeigneten Verrechnungspreis zu bestimmen und
- das vom Steuerpflichtigen dokumentierte «dealing» die Grundsätze des OECD-Betriebstättenberichts nicht verletzt, indem z.B. ein Risikotransfer vorgetragen wird, durch den Funktionen und Risiken getrennt werden»⁸⁶.

Dass im Innenverhältnis eine Leistungsbeziehung stattgefunden hat, muss dabei grundsätzlich die steuerpflichtige Person beweisen. In der Literatur wird zu diesem Zweck etwa konkret vorgeschlagen, den physischen Transfer von Wirtschaftsgütern mithilfe von Zollpapieren oder die tatsächliche Erbringung einer Dienstleistung anhand der Reisedokumente der leistungserbringenden Person und nach Massgabe des Arbeitsergebnisses zu dokumentieren⁸⁷.

Aus schweizerischer Optik empfiehlt es sich, neben den allgemeinen steuerlichen Aufzeichnungspflichten i.S.v. Art. 124 ff. DBG «die Gewinnabgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebstätte auf Basis einer vertragsähnlichen Dokumentation («Quasi-Verträge») zu erstellen, worin die wahrgenommenen Funktionen und Risiken sowie die gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen aufgeführt sind»⁸⁸. Da die Schweiz bei der Mehrwertsteuer hinsichtlich internationaler Betriebstätten bekanntlich das sog. «Dual entity»-Prinzip vertritt⁸⁹, könnte man sich m.E. auch die Dokumentationserfordernisse resp. -erfahrungen dieses Bereiches zunutze machen.

⁸⁵ Vgl. OECD-MA 2010 Art. 7 Ziff. 26.

⁸⁶ KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.60, S. 254 in Übersetzung von OECD-MA 2010 Art. 7 Ziff. 26. Vgl. auch NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 249.

⁸⁷ ANDRESEN (Fn. 38), S. 324.

⁸⁸ BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 512 (Hervorhebung weggelassen). Ebenso BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 298.

⁸⁹ MWST-Info 02, Ziff. 4.1. Vgl. ferner CLAUDIO FISCHER, Kommentar zu Art. 10 MWSTG, in: Martin Zweifel/Michael Beusch/Pierre-Marie Glauser/Philip Robinson (Hrsg.), Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel 2015, Art. 10 MWSTG N 70 und N 120.

E. Wertfestsetzung bei Innentransaktionen («Bepreisung von Dealings»)

1. Einleitung

Sobald das Vorliegen eines spezifischen Innendealings erstellt ist, muss dieses – *horribile dictu* – «bepreist» werden – wie es in der deutschsprachigen Fachliteratur jeweils so schön in wörtlicher Übersetzung aus dem Englischen heisst. Dazu verweist die OECD auf die Verrechnungspreis-/Transferpreisbestimmungen von Art. 9 OECD-MA 2010 und das dazugehörige Regelwerk – es sei auf das oben wiedergegebene Zitat aus dem Betriebstättenbericht 2010 hingewiesen. Zu diesem Zweck können die transaktionsbezogenen Standardmethoden (Preisvergleichs-, Wiederverkaufspreis- und Kostenaufschlagsmethode) oder auch die transaktionsbezogenen Gewinnmethoden (*Transactional Net Margin Method* [TNMM], *Profit Split Method*) zur Anwendung kommen⁹⁰.

Was die Festsetzung der «Transferpreise» für Transaktionen im Verhältnis «Stammhaus – Betriebstätte» anbelangt, war in der Vergangenheit bekanntlich die umstrittene Kardinalfrage, ob nur Kosten weiterbelastet werden dürfen, oder aber ein Gewinnaufschlag vorgenommen und damit verbunden jeweils ein Drittpreis (*arm's length price*) verrechnet werden muss.

Der Betriebstättenbericht 2010 und entsprechend auch Art. 7 Abs. 2 OECD-MA 2010 sowie der dazugehörige OECD-MK 2010 stellen nun klar, dass zwischen Stammhaus und Betriebstätte, wie auch zwischen Betriebstätten untereinander, *arm's length*-Preise wie unter unabhängigen Dritten zu verrechnen sind. Die Innentransaktionen (Dealings) beim hier interessierenden Einheitsunternehmen mit Stammhaus und Betriebstätte sollen also analog behandelt werden wie der Leistungsaustausch zwischen Mutter-, Tochter- und Schwestergesellschaften im Konzern. Das OECD-MA 2008 ging demgegenüber teilweise noch andere Wege, wie vor ihm natürlich auch der OECD-MK 1994. Da die Abweichungen zwischen den Modellen 2008 und 2010 in der Praxis relevant sein können, seien hier die Unterschiede bei der Wertfestsetzung bezüglich einzelner Innentransaktionen kurz dargestellt⁹¹.

⁹⁰ NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 250, Fn. 350. Vgl. auch BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 461 sowie KÄSER (Fn. 41), MA Art. 7 Rz. 554 ff.

⁹¹ In der Literatur wird zum Teil bei Innentransaktionen, die mit einer blossen Kostenzuordnung (ohne Gewinnaufschlag) verbunden sind, nicht mehr von Dealings gesprochen (WASER [Fn. 3], DBA § 7 Rz. 62 S. 486). Diese Einschränkung wird in der vorliegenden Abhandlung nicht gemacht. Auch das OECD-MA 2008, das teilweise nur eine Kostenverrechnung vorsieht, verwendet ja denn auch bereits den Ausdruck «Dealing» (vgl. bspw. OECD-MA 2008 Art. 7 Ziff. 17 und 18).

2. Beurteilung spezifischer Innentransaktionen (*Dealings*)

a) Überführung von Gütern des materiellen Anlagevermögens

Gemäss OECD-MA 2010 ist materielles Anlagevermögen zu marktkonformen Drittpreisen, also inkl. Gewinnaufschlag, zu überführen⁹². Analoges galt auch bereits für das OECD-MA 2008⁹³ sowie den OECD-MK 1994⁹⁴. Zu welchem Zeitpunkt die Besteuerung erfolgen soll, lässt die OECD dagegen offen⁹⁵.

b) Überführung von Gütern des immateriellen Anlagevermögens

Gemäss OECD-MA 2010 ist bei Überführung eines Immaterialgutes der Marktpreis anzusetzen⁹⁶.

Nach DITZ gilt dies auch für das OECD-MA 2008⁹⁷. In der Literatur wird das OECD-MA 2008 teilweise aber auch in dem Sinne interpretiert, dass definitive Überführungen von Immaterialgütern «nur dann zum Marktpreis – das heisst mit einem angemessenen Gewinnaufschlag – verrechnet werden dürfen, wenn das <Unternehmen im normalen Gang seiner Geschäftsführung> auch gegenüber einem Dritten einen solchen in Rechnung stellen würde [...], was bei immateriellen Gütern – im Gegensatz zu materiellen Gütern – wohl selten(er) der Fall sein wird»⁹⁸.

⁹² KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.66, S. 257; ANGELO DIGERONIMO/ANDREAS KOLB, Überblick über das Update 2010 des OECD-Musterabkommens, ASA 79 (2010/2011), S. 669 ff., S. 677. Zu welchem Zeitpunkt das ermittelte Ergebnis allerdings zu besteuern ist, lässt die OECD offen (KAHLE/KINDICH, ebd.).

⁹³ OECD-MA 2008 Art. 7 Ziff. 21. So die Interpretation durch NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 156. Vgl. auch WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 66 S. 487.

⁹⁴ OECD-MK 1994 Art. 7 Ziff. 15. Vgl. zum Ganzen auch: DIGERONIMO/KOLB (Fn. 92), S. 673; LOCHER (Fn. 10), S. 326 sowie DERS. (Fn. 11), Art. 52 DBG N 45.

⁹⁵ KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.66, S. 257.

⁹⁶ KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.69, S. 258.

⁹⁷ Nach DITZ gilt der Fremdvergleichsgrundsatz «unabhängig davon, ob ein materielles oder immaterielles Wirtschaftsgut des Anlage- oder Umlaufvermögens vorliegt» (XAVIER DITZ, Kommentar zu Art. 7 OECD-MA, in: Jens Schönfeld/Xaver Ditz [Hrsg.], Doppelbesteuerungsabkommen, Kommentar, Köln 2013, Art. 7 OECD-MA 2008 Rz. 160).

⁹⁸ BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 336 unter Hinweis auf OECD-MA 2008 Art. 7 Rz. 31 f. Meines Erachtens ergibt sich dies aber nicht direkt aus der zitierten Kommentarstelle.

Die Regeln des OECD-MA 2008 gelten auch für den OECD-MK 1994, da dieser im hier interessierenden Bereich denselben Text und nur eine andere Abschnittsnummerierung als der OECD-MK 2008 aufwies⁹⁹.

c) Überführung von Gütern des Umlaufvermögens

Gemäss OECD-MA 2010, OECD-MA 2008¹⁰⁰ und OECD-MK 1994¹⁰¹ ist kein Unterschied zwischen materiellem Anlagevermögen und Umlaufvermögen zu machen¹⁰². Es gilt somit das oben zum materiellen Anlagevermögen Gesagte. Es sind dritttübliche Fremdpreise anzusetzen.

d) Erbringen von Dienstleistungen

Unter dem OECD-MA 2010 sind Dienstleistungen grundsätzlich nach Fremdvergleichskriterien abzurechnen¹⁰³.

Beim OECD-MA 2008 (wie auch beim OECD-MK 1994¹⁰⁴) differenziert der OECD-MK 2008 dagegen je nach Dienstleistung.

Dabei sind mit einem Gewinnaufschlag abzurechnen¹⁰⁵:

- Dienstleistungen, die ganz oder teilweise Gegenstand der Unternehmenstätigkeit bilden sowie
- die von einer Betriebsstätte erbrachten spezifischen Dienstleistungen, sofern die Haupttätigkeit der Betriebsstätte darin besteht, ihrem Unternehmen derartig spezifische Dienstleistungen zu erbringen.

⁹⁹ OECD-MK 1994 Art. 7 Ziff. 17.1 entspricht OECD-MA 2008 Art. 7 Ziff. 31.

¹⁰⁰ OECD-MA 2008 Art. 7 Ziff. 21 nennt explizit den «Warenbestand» und Ziff. 33 verweist auf Fertigprodukte, Rohmaterialien oder Halbfertigfabrikate. In diesem Sinne auch die österreichische Praxis (WASER [Fn. 3], DBA § 7 Rz. 66 S. 487). Vgl. auch DIGERONIMO/KOLB (Fn. 92), S. 677.

¹⁰¹ OECD-MK 1994 Art. 7 Ziff. 15 und 17.3 (Ziff. 15 nennt auch den «Warenbestand»). Vgl. zum Ganzen DIGERONIMO/KOLB (Fn. 92), S. 673; LOCHER (Fn. 10), S. 326 sowie DERS. (Fn. 11), Art. 52 DBG N 45.

¹⁰² So grundsätzlich auch WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 66 S. 487.

¹⁰³ KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.71, S. 258; NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 252; WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 90 S. 493 f.; DIGERONIMO/KOLB (Fn. 92), S. 677 sowie BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 510. Es kann im weiteren verwiesen werden auf OECD-MA 2017 Art. 7 Ziff. 40.

¹⁰⁴ OECD-MK 1994 Art. 7 Ziff. 17.5 bis 17.7. Vgl. zum Ganzen auch BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 308 sowie LOCHER (Fn. 10), S. 327.

¹⁰⁵ OECD-MA 2008 Art. 7 Ziff. 35 und 36. Vgl. zum Ganzen auch OBERSON (Fn. 27), S. 147 f. resp. BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 347 ff.

Gemäss (bspw. österreichischer) Praxis¹⁰⁶ und Literatur¹⁰⁷ zum OECD-MA 2008 sind somit dann Fremdvergleichspreise anzusetzen, «wenn die Erbringung solcher Dienstleistungen zur Haupttätigkeit der betreffenden Unternehmenseinheit zählt»¹⁰⁸. Die österreichischen Verrechnungspreisrichtlinien illustrieren dies mit folgendem Beispiel¹⁰⁹:

«Eine österreichische Gesellschaft, die Übersetzungs- und Dolmetschdienste anbietet, unterhält in Rumänien ein Zweigbüro. Gibt dieses Zweigbüro Übersetzungsarbeiten in die spanische Sprache mangels ausreichender Fachkräfte im rumänischen Büro an die Wiener Zentrale weiter, dann kann die Wiener Zentrale nicht bloss die anfallenden Kosten an das rumänische Büro weiterbelasten, sondern muss jene Preise ansetzen, die bei Erstellung solcher Übersetzungen an vergleichbare dritte Auftraggeber in Rechnung gestellt würden».

Dagegen soll nach dem OECD-MA 2008¹¹⁰ und dem OECD-MK 1994¹¹¹ eine blosser Kostenverrechnung ohne Gewinnaufschlag greifen bei

- Dienstleistungen, die «als Teil des allgemeinen Managements des Unternehmens als Ganzem», oder
- Dienstleistungen, «die im Rahmen der allgemeinen Geschäftsführung des Unternehmens erbracht werden» (wobei hier auch Ausnahmen bestehen).

Bei der ersten Kategorie nennt der OECD-MK 2008 z.B. Schulungsleistungen¹¹².

Die (bspw. österreichische) Praxis¹¹³ und Literatur¹¹⁴ sprechen in diesem Zusammenhang von Nebentätigkeiten oder Nebenleistungen und nennen als Beispiele¹¹⁵:

- «die Erbringung von Leistungen auf dem Gebiet der Buchführung, der Rechtsberatung sowie des Revisions- und Prüfungswesens,

¹⁰⁶ Österreichische Verrechnungspreisrichtlinien 2010, Rz. 229 (Verrechnungspreisrichtlinien 2010 [VPR 2010; abrufbar unter: <https://findok.bmf.gv.at/findok?execution=e1s1>, zuletzt besucht am 5. April 2018], im Folgenden: VPR 2010).

¹⁰⁷ Vgl. WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 72 S. 489.

¹⁰⁸ VPR 2010 (Fn. 106) Rz. 229.

¹⁰⁹ VPR 2010 (Fn. 106) Rz. 229.

¹¹⁰ OECD-MA 2008 Art. 7 Ziff. 37 und 38. Vgl. dazu auch BRÜLSAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 349.

¹¹¹ OECD-MK 1994 Art. 7 Ziff. 17.7 resp. 21. Vgl. dazu auch NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 252 Fn. 357.

¹¹² OECD-MA 2008 Art. 7 Ziff. 37.

¹¹³ VPR 2010 (Fn. 106) Rz. 231 f.

¹¹⁴ WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 73 S. 489.

¹¹⁵ Vgl. VPR 2010 (Fn. 106) Rz. 232.

- Kontroll-, Regie- und vergleichbare Leistungen des Hauptsitzes, wenn diese Tätigkeiten gegenüber der Betriebsstätte und in ihrem Interesse ausgeübt werden,
- zeitlich begrenzte Überlassungen von Arbeitskräften, einschliesslich solcher im Führungsbereich des Hauptsitzes,
- die Aus- und Fortbildung sowie die soziale Sicherung von Personal, das im Hauptsitz im Interesse der Betriebsstätte tätig ist».

Der Berücksichtigung eines Präzipiiums zugunsten des Stammhauses stehen der OECD-MK 2008 und der OECD-MK 1994 eher kritisch gegenüber¹¹⁶. Zumindest muss die Betriebsstätte sich keinen korrespondierenden Abzug gefallen lassen¹¹⁷.

e) **Nutzungsüberlassung (Vermietung usw.) von beweglichen Gütern des materiellen Anlagevermögens**

Nach Massgabe des OECD-MA 2010 können für die Nutzungsüberlassung¹¹⁸ körperlicher Wirtschaftsgüter (fiktive) Mietzinsen verrechnet werden¹¹⁹. Analoges muss für (fiktive) Pachtzinsen resp. Leasinggebühren gelten.

Gemäss OECD-MA 2008¹²⁰ und OECD-MK 1994¹²¹ dürfen dagegen keine fremdüblichen Miet- oder Pachtzinsen, sondern nur die tatsächlich aufgelaufenen anteiligen Kosten weiterbelastet werden.

¹¹⁶ Bei Anwendung der objektmässigen Methode besteht grundsätzlich auch kein Raum für die Zuspreehung eines Präzipiiums an den Hauptsitz (OESTERHELT/SCHREIBER [Fn. 11], Art. 52 DBG N 23; LOCHER [Fn. 11], Art. 52 DBG N 49 und N 29). Grund dafür ist letztlich, dass diese Methode von der absoluten Selbstständigkeit der Betriebsstätte ausgeht, was ein Präzipiium für das Stammhaus ausschliesst.

¹¹⁷ OECD-MA 2008 Art. 7 Ziff. 39 f. resp. OECD-MK 1994 Art. 7 Ziff. 22 f. Vgl. dazu auch OBERSON (Fn. 27), S. 148 sowie BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 354 f. und N 512 (letzterer mit Kritik an der OECD-Regelung und unter Verweis auf die Schweizer Praxis, der zufolge den Leistungen der Geschäftsführung mittels Zuweisung eines Präzipiiums Rechnung getragen werden könne).

¹¹⁸ Bei einer dauerhaften und ausschliesslichen Nutzung eines Wirtschaftsgutes in einer Betriebsstätte ist wohl eine fiktive Veräusserung vom Stammhaus an die Betriebsstätte anzunehmen, bei einer nur vorübergehenden Nutzung in der Betriebsstätte dagegen eine blosser Nutzungsüberlassung (so NIEHAVES [Fn. 3], Art. 7 MA Rn. 173).

¹¹⁹ WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 90 S. 493.

¹²⁰ OECD-MA 2008 Art. 7 Ziff. 33 und 34. WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 70 S. 488; BENDLINGER (Fn. 36), S. 294. Gemäss HEMMELRATH (Fn. 34), Art. 7 Rz. 119 hat die im Betriebsstättenbericht 2008 (Fn. 71), Teil I, Ziff. 207 ff. (konkret dürfte es sich um Ziff. 234 handeln) vertretene Anerkennung von marktkonformen Mietentgelten (resp. Pachtzins- oder Lizenzzahlungen) nur für ein Abkommen auf Grundlage des OECD-MA 2010 Bedeutung.

f) Nutzungsüberlassung (Lizenzierung usw.) von Immaterialgütern

Nach dem OECD-MA 2010 kann bei der Nutzungsüberlassung von Immaterialgütern eine (fiktive) Lizenzgebühr, also ein Drittpreis inkl. Gewinnaufschlag verrechnet werden¹²². Gemäss OECD-MA 2008¹²³ und OECD-MK 1994¹²⁴ soll dagegen nur eine Kostenverrechnung ohne Gewinnaufschlag möglich sein¹²⁵. Demgemäss können unter dem Regime des Jahres 2008¹²⁶ resp. 1994 keine fiktiven, fremdüblichen Lizenzgebühren geltend gemacht werden.

g) Verrechnung von Zinsen

Überlässt das Stammhaus der Betriebstätte – in Ergänzung zum Dotationskapital – zusätzliches Kapital, kann dies grundsätzlich nicht als Darlehen an die Betriebstätte (sog. «Eigendarlehen») ausgestaltet werden. Dementsprechend ist auch keine Verrechnung interner Zinsen zulässig¹²⁷. Etwas anderes gilt nur bei Banken, *Treasury Centers* und Finanzierungsbetriebstätten. Dies gilt sowohl mit Blick auf das OECD-MA 2010¹²⁸, wie auch für das OECD-MA 2008¹²⁹ und den OECD-MK 1994¹³⁰. In diesem Punkt unterscheidet sich so-

¹²¹ So verweist bspw. BRÜLSAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 333 auch auf den OECD-MK 1994.

¹²² Betriebstättenbericht 2010 (Fn. 37), Teil I, Ziff. 206 ff. WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 90 S. 493.

¹²³ OECD-MA 2008 Art. 7 Ziff. 34. Vgl. dazu auch OBERSON (Fn. 27), S. 147; BENDLINGER (Fn. 36), S. 327 sowie HEMMELRATH (Fn. 34), Art. 7 Rz. 119.

¹²⁴ OECD-MK 1994 Art. 7 Ziff. 17.4. Vgl. zum Ganzen auch BRÜLSAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 308 resp. N 336; LOCHER (Fn. 10), S. 327 sowie DERS. (Fn. 11), Art. 52 DBG N 46.

¹²⁵ OECD-MA 2008 Art. 7 Ziff. 34. So auch die Interpretation durch NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 156.

¹²⁶ WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 71 S. 488.

¹²⁷ So bspw. auch die deutschen Verwaltungsgrundsätze (VWG BsGa [Fn. 79], Rn. 174). Allenfalls kommt die Verrechnung eines Dienstleistungsentgeltes für die Finanzierungsunterstützung in Frage (HEMMELRATH [Fn. 34], Art. 7 Rz. 215).

¹²⁸ Vgl. dazu NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 248; KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.61, S. 254 sowie LOOKS (Fn. 41), S. 250.

¹²⁹ OECD-MA 2008 Art. 7 Ziff. 41 f. Vgl. zum Ganzen OBERSON (Fn. 27), S. 146; WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 64 S. 486; BENDLINGER (Fn. 36), S. 294 sowie ANDREAS KOLB, Überblick über das Update 2008 des OECD-Musterabkommens, ASA 77 (2008/2009), S. 625 ff., S. 630 und BRÜLSAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 321 resp. N 323. Letzterem zufolge gilt für das OECD-MA 2008 die «Finanzierungsbetriebstätten»-Ausnahme nicht, weil diese vom Betriebstättenbericht 2008 (Fn. 71) nicht in das OECD-MA 2008 übertragen worden sei (ebd. N 323). BRÜLSAUER ist zudem gegenüber dem Verbot verzinslicher Eigendarlehen kritisch eingestellt (BRÜLSAUER [Fn. 4], Art. 7 OECD-MA N 470).

mit die Erfolgs- resp. Vermögensabgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte von derjenigen zwischen rechtlich selbständigen Unternehmen¹³¹, was teilweise kritisiert wird¹³².

3. Zusammenfassende Darstellung

Zusammenfassend und rastermässig dargestellt können bei Innentransaktionen/Dealings folgende Wertansätze zur Anwendung kommen:

	OECD-MA 2010 (2017)	OECD-MA 2008	OECD-MK 1994
Überführung von Gütern des materiellen Anlagevermögens	Marktkonformer Drittpreis	Marktkonformer Drittpreis	Marktkonformer Drittpreis
Überführung von Gütern des immateriellen Anlagevermögens	Marktkonformer Drittpreis	Marktkonformer Drittpreis (z.T. mit Nuancen in der Literatur)	Marktkonformer Drittpreis (z.T. mit Nuancen in der Literatur)
Überführung von Gütern des Umlaufvermögens	Marktkonformer Drittpreis	Marktkonformer Drittpreis	Marktkonformer Drittpreis
Erbringen von Dienstleistungen	Marktkonformes Entgelt («DL-Honorar»)	Je nach Art der Dienstleistung marktkonformes Entgelt (bei Hauptleistung) oder blosser Kostenverrechnung ohne Gewinnaufschlag (bei Nebenleistung)	Je nach Art der Dienstleistung marktkonformer Drittpreis (bei Hauptleistung) oder blosser Kostenverrechnung ohne Gewinnaufschlag (bei Nebenleistung)
Nutzungsüberlassung von beweglichen Gütern des materiellen Anlagevermögens	Marktkonformes Entgelt («Miet-/Pachtzins», «Leasinggebühr» etc.)	Blosse Kostenverrechnung ohne Gewinnaufschlag	Blosse Kostenverrechnung ohne Gewinnaufschlag
Nutzungsüberlassung von Immaterialgütern	Marktkonformes Entgelt («Lizenzgebühr»)	Blosse Kostenverrechnung ohne Gewinnaufschlag	Blosse Kostenverrechnung ohne Gewinnaufschlag
Verrechnung von internen Zinsen	Nicht möglich (ausser im Finanzsektor)	Nicht möglich (ausser im Finanzsektor)	Nicht möglich (ausser im Finanzsektor)

¹³⁰ OECD-MK 1994 Art. 7 Ziff. 18. So auch die Interpretation durch LOCHER (Fn. 10), S. 327 resp. DERS. (Fn. 11), Art. 52 DBG N 46.

¹³¹ KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.56, S. 251 f.

¹³² So bspw. FROTSCHER (Fn. 36), S. 177 mit Bezug auf die entsprechenden innerdeutschen Gesetzesbestimmungen.

F. Der AOA und die Auswirkungen auf die schweizerische Abkommenspolitik resp. schweizerische DBA

Im vorliegenden Kapitel sei kurz auf die Frage eingetreten, wie sich die Schweiz zum AOA stellt resp. ob und falls ja, wie sich dieser in den schweizerischen DBA niederschlägt.

Das erste schweizerische DBA, welches den AOA im Sinne des OECD-Regelwerkes 2010 festschrieb, war dasjenige mit Slowenien im Jahre 2013. Seither wurde der AOA auch in folgenden DBA eingeführt resp. vorgesehen: DBA mit Belgien, Island, Kosovo, Liechtenstein, Ungarn und Zypern. Die Übernahme des AOA in Art. 7 der jeweiligen DBA entspricht dabei der Abkommenspolitik der Schweiz¹³³. Da aber einzelne unserer Vertragspartner den AOA nicht übernehmen (wollen) und die Schweiz diesbezüglich jeweils zu Kompromissen bereit ist, fehlt der AOA auch in verschiedenen neueren resp. kürzlich revidierten schweizerischen DBA, so unter anderem in denjenigen mit Argentinien, Australien, Oman, Pakistan, Sambia und Saudi-Arabien¹³⁴.

¹³³ Dies ergibt sich m.E. aus dem Grundtenor der Botschaften zu den DBA mit AOA (vgl. bspw. die Botschaft zur Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Slowenien, BBl 2012 9573, 9577 f., oder zum DBA mit Ungarn [Fn. 36], BBl 2014 87, 92). Ferner kann auf einen Aufsatz verwiesen werden, bei dem der ehemalige Leiter der Abteilung für internationales Steuerrecht der ESTV als Co-Autor mitgewirkt hat, und wo es heisst: «Nach der Genehmigung des OECD-Musterabkommens 2010 kam die Schweiz ihrer Bereitschaft nach, den neuen Artikel 7 mit dem Authorised OECD Approach zur Gewinnallokation sofort zu übernehmen, und hat diesen umgehend in allen DBA-Verhandlungen offeriert. Die meisten der Vertragsstaaten wiesen jedoch in den Verhandlungen darauf hin, dass sie zunächst die Auswirkungen auf ihr innerstaatliches Steuerrecht analysieren müssten (und dies nach über zehnjähriger intensiver Diskussion zum AOA innerhalb der OECD!)» (JÜRIG GIRAUDI/RENÉ MATTEOTTI/PHILIPP ROTH, Schweizerische DBA-Politik, in: Michael Lang/Josef Schuch/Claus Staringer [Hrsg.], Die österreichische DBA-Politik – Das «österreichische Musterabkommen», Wien 2013, S. 55 ff., S. 63).

¹³⁴ Auch Deutschland hat erst relativ wenige DBA mit Berücksichtigung des AOA abgeschlossen (vgl. die Übersicht bei ANDRESEN [Fn. 38], S. 329). Auch wenn der AOA an sich der deutschen Abkommenspolitik entspricht und unilateral mit sprichwörtlich deutscher Gründlichkeit in einem umfassenden Regelwerk umgesetzt wurde, ist er in den DBA oft nicht implementiert worden (KAHLE/KINDICH [Fn. 4], Rz. 4.93, S. 269; LOOKS [Fn. 41], S. 251). Auch die Umsetzung des AOA in anderen Staaten soll eher zögerlich vorangehen (vgl. dazu BART KOSTERS/RENÉ OFFERMANN, Implementation of the Authorized OECD Approach by OECD Member Countries, in: Carlos Gutiérrez/Andreas Perdelwitz [Hrsg.], Taxation of Business Profits in the 21st Century, Amsterdam 2013, S. 273 ff.), ganz abgesehen davon, dass verschiedene (OECD-)Staaten (Australien, Chile, Griechenland, Lettland, Mexiko, Neuseeland, Portugal [bis zur Anpassung des lokalen Rechts], Österreich, Neuseeland, die Slowakei und die Türkei) einen diesbezüglichen Vorbehalt zum OECD-MA angebracht haben (OECD-MA 2017 Art. 7 Ziff. 95 ff.) und den AOA ablehnen.

Die meisten schweizerischen DBA enthalten somit noch einen analogen Wortlaut, wie er in Art. 7 OECD-MA 2008 oder ähnlich lautenden Vorgängerbestimmungen vorgesehen ist. Mit Bezug auf die Auslegung dieser jeweiligen «2008er»-Bestimmungen¹³⁵ stellt sich deshalb die Frage, ob diese im Lichte des geänderten OECD-Kommentars 2008 inklusive AOA oder aber nach Massgabe einer älteren Version des OECD-Musterkommentars auszulegen sind. Angesprochen ist damit letztlich die Frage, ob der OECD-Kommentar in dynamischer oder statischer Weise zur Auslegung konkreter DBA-Bestimmungen heranzuziehen ist. Die OECD selbst ist Verfechterin der dynamischen Auslegung¹³⁶, ebenso bspw. die deutsche¹³⁷, österreichische¹³⁸ resp. niederländische Finanzverwaltung¹³⁹. Der deutsche Bundesfinanzhof dagegen gehört zur Gruppe der «Statiker», ebenso wie ein grosser Teil des Schrifttums unseres nördlichen Nachbarlandes¹⁴⁰ wie übrigens auch der schweizerischen¹⁴¹ resp. international-steuerlichen Literatur¹⁴².

Was die schweizerische Judikatur anbelangt, hat das Bundesgericht je nach konkretem Einzelfall im Ergebnis teilweise dynamisch¹⁴³, teilweise statisch¹⁴⁴ entschieden oder die Frage explizit offengelassen¹⁴⁵ resp. vereinzelt gar nicht

¹³⁵ Mit KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.422, S. 366, sind wohl drei Fälle auseinanderzuhalten: 1) Das DBA enthält eine Regelung, die Art. 7 OECD-MA 2010 nachgebildet ist; 2) das DBA enthält eine Regelung, die Art. 7 OECD-MA 2008 nachgebildet ist und das DBA wurde nach Änderung des OECD-MK im Jahre 2008 abgeschlossen; 3) das DBA enthält eine Regelung, die Art. 7 OECD-MA 2008 nachgebildet ist und das DBA wurde vor Änderung des OECD-MA im Jahre 2008 abgeschlossen.

¹³⁶ OECD-MK 2017 Introduction Ziff. 3 und 33 f. Vgl. dazu auch NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 157; KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.100, S. 271; BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 26 sowie LOOKS (Fn. 41), S. 252.

¹³⁷ NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 161.

¹³⁸ WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 33 S. 476, mit Hinweisen zu kritischen Literaturstellen.

¹³⁹ OLA VAN BOEIJEN-OSTASZEWSKA, The applicability of the AOA to Existing Tax Treaties – A Matter of Interpretation?, in: Carlos Gutiérrez/Andreas Perdelwitz (Hrsg.), Taxation of Business Profits in the 21st Century, Amsterdam 2013, S. 251 ff., S. 270. Die US-amerikanische Steuerverwaltung (IRS) soll dagegen der statischen Ansicht folgen (VAN BOEIJEN-OSTASZEWSKA, ebd.).

¹⁴⁰ NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 161 m.w.N.; KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.100, S. 271; HEMMELRATH (Fn. 34), Art. 7 Rz. 14e und Rz. 87d sowie ANDRESEN (Fn. 38), S. 302.

¹⁴¹ Vgl. die Nachweise bei ANDREA OPEL, Neuausrichtung der schweizerischen Abkommenspolitik in Steuersachen, Amtshilfe nach dem OECD-Standard, Eine rechtliche Würdigung, Habil. BS 2015, S. 82.

¹⁴² Vgl. die Nachweise bei OPEL (Fn. 141), S. 83.

¹⁴³ So z.B. im Urteil 2A_239/2005 vom 28.1.2005 E. 3.4.5 («Dänemark-Entscheid») oder im Urteil 2C_558/2007 und 2C_559/2007 vom 6.3.2008 E. 2.3.

¹⁴⁴ So z.B. im Urteil 2C_452/2012 und 2C_453/2012 vom 7.11.2012 E. 4.6.

¹⁴⁵ So z.B. im Urteil 2C_498/2013 vom 29.4.2014 E. 4.1 zur sog. Professorenklausel im alten DBA-Japan.

erst thematisiert¹⁴⁶. Entsprechend wird in der schweizerischen Literatur die höchstrichterliche Rechtsprechung denn auch unterschiedlich interpretiert. Einzelne Autoren erachten das Auslegungsverständnis des Lausanner Gerichts eher als statisch¹⁴⁷, andere wiederum als dynamisch¹⁴⁸.

Konkret hatte das Bundesgericht die hier interessierende Frage nach der Auslegung von schweizerischen DBA-Bestimmungen, die (weitgehend) dem Art. 7 OECD-MA 2008 entsprechen, aber vor dem 17. Juli 2008 in Kraft getreten sind, soweit ersichtlich noch nie zu beurteilen.

Dagegen haben sich ehemalige namhafte Exponenten der ESTV tendenziell eher für eine dynamische Auslegung und damit für eine sofortige Anwendung des AOA ausgesprochen, zumindest was sog. Verständigungsverfahren anbelangt. Es kann auf folgende Aussage von DIGERONIMO und KOLB verwiesen werden:

«Die OECD hat am 17.7.2008 den sog. Betriebsstättenbericht verabschiedet. Danach soll der Gewinn der Betriebsstätte durch Anwendung des in Art. 7 Abs. 2 OECD-MA verankerten Fremdvergleichsgrundsatzes so ermittelt werden, als wäre die Betriebsstätte ein selbständiges Unternehmen, das die gleichen oder ähnliche Funktionen unter gleichen Bedingungen ausübt (sog. Authorised OECD Approach, AOA). Die Schwierigkeit besteht nun darin, das neue Konzept unter den bestehenden DBA, welchen die bisherige Fassung des Artikels 7 zugrunde liegt, durchzusetzen. Die Schweiz hat allerdings in der OECD erklärt, dass sie im Rahmen einer Verständigungslösung bereit wäre, das neue AOA-Konzept sofort, d.h. vor der formellen Revision eines Abkommens anzuwenden, weil ihr sich in Revision befindendes internes Recht weitgehend dem neuen Artikel 7 OECD-MA entsprechen wird»¹⁴⁹.

Auch BRÜLISAUER huldigt letztlich tendenziell eher einer dynamischen Auslegung, wenn dieser Autor konkret wie folgt vorgehen will: Auf DBA, welche analog zu Art. 7 OECD-MA 2008 ausgestaltet sind, soll primär der OECD-

¹⁴⁶ Vgl. etwa die Urteile 2P.306/2004 und 2A.709/2004 vom 24.6.2005 E. 8.1 resp. das Urteil 2C_472/2010 vom 18.1.2011 = StE 2011 A 32 Nr. 17 sowie das Urteil 2P.140/2005 vom 28.11.2005 E. 4.2 = StR 2006, S. 433 ff.

¹⁴⁷ Vgl. etwa OPEL (Fn. 141), S. 83 f.: «Die neuste Rechtsprechung deutet jedoch darauf hin, dass das Bundesgericht eher dem «statischen Ansatz» zuneigt, auch wenn es die Frage bislang nicht endgültig entschieden hat».

¹⁴⁸ So BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 27.

¹⁴⁹ DIGERONIMO/KOLB (Fn. 92), S. 672. Gemäss OECD soll der MK 2008 auch auf bereits bestehende DBA, also «dynamisch» anzuwenden sein (so NIEHAVES [Fn. 3], Art. 7 MA Rn. 157 sowie ANDRESEN [Fn. 38], S. 326). Art. 7 MA 2010 inkl. MK 2010 sollen dagegen nur für künftig abzuschliessende DBA und für Revisionen bestehender DBA relevant sein (so NIEHAVES [Fn. 3], Art. 7 MA Rn. 223; VAN BOEIJEN-OSTASZEWSKA [Fn. 139], S. 268 f. unter Verweis auf OECD-MK 2010, Introduction, Ziff. 35; zumindest tendenziell a.A. BRÜLISAUER [Fn. 4], Art. 7 OECD-MA N 30). Zur Situation mit Blick auf deutsche DBA und den diesbezüglichen zeitlichen Abgrenzungen resp. Doppelbesteuerungsproblemen vgl. NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 284 ff. sowie LOOKS (Fn. 41), S. 254.

Kommentar 2008 zur Anwendung kommen, was auch für DBA gelten soll, die vor der Veröffentlichung des OECD-Kommentars 2008 am 18.7.2008 in Kraft getreten sind oder revidiert wurden. Bei DBA, welche auf dem OECD-MA 2010 beruhen, soll dagegen *primär* der OECD-Kommentar 2010 Anwendung finden¹⁵⁰. Da aber nach Meinung BRÜLISAUERS die Schweiz den AOA dem Grunde nach schon seit jeher anwendet¹⁵¹, ist diesem Autor zufolge davon auszugehen, dass der OECD-Kommentar 2010 in der Praxis *sekundär* auch für die Auslegung von Schweizer DBA, welche auf Art. 7 Abs. 2 OECD-MA (2008) beruhen, herangezogen wird¹⁵².

Die Schweiz hat den AOA nicht durch ein umfassendes Regelwerk in innerstaatliches Recht transformiert, wie dies bspw. in Deutschland¹⁵³ und (etwas weniger umfangreich) in Österreich geschehen ist¹⁵⁴. Eine nationalrechtliche Umsetzung in Deutschland war deshalb notwendig, weil DBA-Regelungen nördlich des Rheins nicht *self-executing* sind¹⁵⁵. Auch terminologisch wirkt sich die Umsetzung in nationales Recht aus, indem bspw. in Deutschland das sog. Dealing mit «anzunehmender schuldrechtlicher Beziehung» umschrieben wird¹⁵⁶.

¹⁵⁰ BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 29.

¹⁵¹ BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 12, N 86, N 408 und N 463; DERS. (Fn. 16), S. 241.

¹⁵² BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 30 (Hervorhebungen weggelassen). BRÜLISAUER stützt die These, wonach der AOA schon immer gegolten habe, mit Verweis in N 81 ff., insb. N 86 auf den «Cayman-Entscheid» (BGE 139 II 78) und das «Guernsey-Urteil» des Bundesgerichts (Urteil 2C_1086/2012 und 2C_1087/2012 vom 16.5.2013). Nach hier vertretener Auffassung werden diese Entscheide damit überinterpretiert, so dass man ein derart weitreichendes Ergebnis nicht auf besagte Urteile abstützen kann.

¹⁵³ Vgl. § 1 Abs. 4 und 5 AStG und die dazu erlassene BetriebsstättengewinnaufteilungsVO (BsGaV) vom 13. Oktober 2014 (abrufbar unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Gesetze/2014-10-17-Betriebsstaetengewinnaufteilungsverordnung.pdf;jsessionid=52A5B7E6DC6BE9154235068E54E2F422?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt besucht am 5. April 2018). Das deutsche Bundesfinanzministerium hat zudem rund 180 Seiten umfassende «Verwaltungsgrundsätze Betriebsstättengewinnaufteilung – VWG BsGa» (Fn. 79) veröffentlicht. Die Literatur zum Thema ist bereits unübersichtlich. Hier sei bloss verwiesen auf ULF ANDRESEN, Betriebsstättengewinnermittlung nach innerstaatlichem Recht, in: Franz Wassermeyer/Ulf Andresen/Xaver Ditz (Hrsg.), Betriebsstätten Handbuch, 2. Aufl., Köln 2018, S. 159 ff.; FROTSCHER (Fn. 36), S. 162 ff. sowie KAHLE/KINDICH (Fn. 4), Rz. 4.103 ff., S. 271 ff.

¹⁵⁴ Vgl. dazu VPR 2010 (Fn. 106) Ziff. 2.2. Als innerstaatlicher (Ersatz-)Realisationsnorm für den Outbound-Fall gilt § 6 Z 6 lit. a EStG (WASER [Fn. 3], DBA § 7 Rz. 203 S. 535). Die Realisation findet im Zeitpunkt der Wirtschaftsgutüberführung bzw. der (abgeschlossenen) Dienstleistungserbringung statt (WASER [Fn. 3], DBA § 7 Rz. 205 S. 536).

¹⁵⁵ NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 226. Zur Diskussion in Deutschland vgl. auch DITZ (Fn. 97), Art. 7 OECD-MA Rz. 35 ff. Zur Situation in der Schweiz vgl. BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 287 und N 416. Der Autor selbst verneint bspw. den *self-executing*-Charakter von Art. 7 Abs. 2 OECD-MA 2010 für das schweizerische Recht.

¹⁵⁶ Vgl. § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 AStG. Dieser Begriff ist mit den Ausdrücken «Innentransaktion» und «Dealing» gleichzusetzen (NIEHAVES [Fn. 3], Art. 7 MA Rn. 273).

V. Schweizerische Gewinnermittlungsvorschriften

A. Ausgangslage

Doppelbesteuerungsabkommen können bekanntlich ein bestimmtes Besteuerungsrecht einschränken, infolge ihrer bloss negativen Wirkung aber nicht die intern-rechtliche Besteuerungsgrundlage ersetzen¹⁵⁷. Oder wie dies in der international-steuerrechtlichen Literatur mitunter auch schon mit der nötigen Kürze und Stringenz formuliert wurde: «But the treaty cannot create profits, it can only attribute these profits that are recognised by national provisions»¹⁵⁸.

Mit Bezug auf die hier interessierende Problematik stellt sich somit die Frage, ob sog. Dealings aufgrund der unilateralen/lokalen schweizerischen *Gewinnermittlungsvorschriften* überhaupt zu Drittpreisen erfasst werden können

¹⁵⁷ Dies gilt auch im hier interessierenden Bereich von Art. 7 OECD-MA (BRÜLISAUER [Fn. 4], Art. 7 OECD-MA N 21 und N 413; DERS. [Fn. 16], S. 234; STOCKER [Fn. 24], S. 88; für Deutschland: DITZ [Fn. 97], Art. 7 OECD-MA Rz. 35 ff. sowie ANDRESEN [Fn. 38], S. 309; für Österreich: HELMUT LOUKOTA/HEINZ JIROUSEK, Kommentar zu Art. 7 OECD-MA, in: Helmut Loukota/Heinz Jirousek [Hrsg.], Internationales Steuerrecht, Kommentar, Loseblatt [Stand: 1.3.2015], Wien, I/1 Z 7 Rz. 13). Art. 7 OECD-MA beschlägt somit die Frage der bilateralen Gewinnabgrenzung, nicht aber die Frage der lokalen Gewinnermittlung (OECD-MA 2017 Art. 7 Ziff. 66). So soll es nach DITZ in Deutschland vor Implementierung des AOA und der damit verbundenen Änderung von § 1 AStG resp. Erlass einer entsprechenden Verordnung (der sog. BsGaV vom 13.10.2014) an einer innerstaatlichen Rechtsgrundlage für die steuerliche Erfassung bspw. von Dienstleistungen zum Drittpreis gefehlt haben (DITZ [Fn. 97], Art. 7 OECD-MA Rz. 175). Für Tschechien hat PĚCHOTA (mit Stand 2011) hierbei das Vorliegen einer unilateralen Gewinnermittlungsnorm verneint, für Österreich dagegen bejaht (FRANTIŠEK PĚCHOTA, The interrelation between the Attribution of Profits under Tax Treaty Law and the Realization of Profits under Domestic Law, in: Florian Brugger/Patrick Plansky [Hrsg.], Permanent Establishments in International and EU Tax Law, Series on International Tax Law Volume 68, Wien 2011, S. 171 ff., S. 177 f.). Tschechien scheint indes mittlerweile die gesetzliche Grundlage geschaffen zu haben (vgl. KOSTERS/OFFERMANN [Fn. 134], S. 281).

¹⁵⁸ MATHIAS MELICHER, The Methods for the Attribution of Profits to Permanent Establishments, in: Florian Brugger/Patrick Plansky (Hrsg.), Permanent Establishments in International and EU Tax Law, Series on International Tax Law Volume 68, Wien 2011, S. 219 ff., S. 223. Vgl. auch PĚCHOTA (Fn. 157), S. 177: «For the actual taxation of PE profits it is therefore important that, firstly, a taxing right is implemented in domestic law and, secondly, that this taxing right is also allowed after treaty application» oder PLANSKY (Fn. 46), S. 125: «Auch Art. 7 OECD-MA kann fehlende innerstaatliche Steuerpflichten begründende Tatbestände nicht ersetzen». Keine explizite lokale Vollzugsgesetzgebung verlangen dagegen offenbar KOSTERS/OFFERMANN (Fn. 134), S. 283, wenn diese ausführen: «In principle, under the functionally separate entity approach, it seems not per se necessary to create special rules for the taxation of PEs of non-residents. In principle, the same tax rules would apply to domestic enterprises as well as to PEs of non-resident enterprises».

und wenn ja, zu welchem Zeitpunkt¹⁵⁹. Oder konkreter gefragt: Wird auf Seiten des leistenden schweizerischen Stammhauses bzw. der leistenden schweizerischen Betriebstätte im Moment des Dealings jeweils ein steuerbarer Ertrag/Gewinnaufschlag erzielt und beim empfangenden schweizerischen Stammhaus resp. der empfangenden schweizerischen Betriebstätte ein geschäftsmässig begründeter Aufwand generiert oder ein zum Verkehrswert aktivierbares Wirtschaftsgut entgegen genommen? Dieser Fragestellung sei im Folgenden nachgegangen.

Die sich dabei stellende Problematik ist relativ komplex und ein Musterbeispiel für die Schwierigkeiten, die entstehen können, wenn Steuer- und Zivilrecht nicht synchron ausgestaltet werden (können). Letztlich besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem (zivilrechtlichen) Massgeblichkeitsprinzip und den (steuerlichen) Gewinnermittlungs- resp. Gewinnabgrenzungsvorschriften¹⁶⁰. Wie sich zeigen wird, wird das Massgeblichkeitsprinzip bei den hier interessierenden Fällen oft aus steuersystematischen Gründen beiseitegeschoben, allerdings ohne dass an dessen Stelle das schweizerische Steuerrecht adäquat formulierte Ersatznormen zur Verfügung stellt.

Für die Beantwortung der Frage nach Art und Weise der lokal-schweizerischen Gewinnermittlung sei auch hier zwischen Inland- und Auslandbetriebstätte sowie nach angewendeter Steuerauscheidungsmethode (objekt-mässige *versus* quotenmässig-direkte) unterschieden.

Folgende denkbaren Dealings/Innentransaktionen seien in der Folge im Lichte schweizerischer Gewinnermittlungsvorschriften untersucht:

- Wirtschaftsgüter (materielles Anlagevermögen, derivative Immaterialgüter resp. Umlaufvermögen) werden überführt von
 - einem schweizerischen Stammhaus auf dessen Auslandbetriebstätte;
 - einer schweizerischen Betriebstätte auf deren ausländisches Stammhaus;
 - einem ausländischen Stammhaus auf dessen schweizerische Betriebstätte;
 - einer Auslandbetriebstätte auf deren schweizerisches Stammhaus.
- Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen («Vermietungen», «Verpachtungen», «Lizenzierungen» usw.) von Mobilien/derivativen Immaterialgütern werden erbracht von
 - einem schweizerischen Stammhaus an dessen Auslandbetriebstätte;

¹⁵⁹ So auch STOCKER (Fn. 24), S. 89. Allgemein in diesem Sinne auch PÉCHOTA (Fn. 157), S. 177.

¹⁶⁰ Ähnlich auch BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 513.

- einer schweizerischen Betriebstätte an deren ausländisches Stammhaus;
- einer Auslandbetriebstätte an deren schweizerisches Stammhaus;
- einem ausländischen Stammhaus an dessen schweizerische Betriebstätte.

Da bei internen Zinsen bereits gemäss internationalem Steuerrecht (OECD-MA 2010, 2008 und OECD-MK 1994) kein Dealing vorliegt¹⁶¹, werden Zinsen in der Folge unter dem Gewinnermittlungsaspekt nicht mehr behandelt.

B. Denkbare rechtliche Grundlagen

1. Steuersystematische Realisation

a) Ertragsseite

Wie schon mehrmals erwähnt, sind Stammhaus und Betriebstätte zivilrechtlich nicht eigenständige Rechtssubjekte. Dies hat zur Folge, dass bspw. bei der Übertragung eines Wirtschaftsgutes (z.B. einer Maschine, eines derivativ erworbenen Patentes oder eines Warenlagers) in der handelsrechtlichen Jahresrechnung im Moment der Übertragung kein Gewinnaufschlag ausgewiesen wird¹⁶². Oder um es mit der steuerrechtlichen Terminologie zu formulieren: Es findet weder eine echte noch eine buchmässige Realisation statt. Es stellt sich somit die Frage, ob es durch die Übertragung der fraglichen Wirtschaftsgüter allenfalls zu einer sog. steuersystematischen Realisation kommen kann¹⁶³.

Eine steuersystematische Realisation liegt nach LOCHER vor, «wenn ein weder zu einer echten noch zu einer buchmässigen Auflösung der stillen Reserven führender Vorgang bewirkt, dass eine bisherige potentielle Besteuerungsmöglichkeit in Zukunft nicht mehr gewährleistet ist. Dieser steuerliche

¹⁶¹ Kein Dealing würde nach NIEHAVES (Fn. 3), Art. 7 MA Rn. 252 im Übrigen beim etwas anders gelagerten blossen Durchreichen aufgenommenen Fremdkapitals vom Stammhaus an die Betriebstätte resultieren.

¹⁶² THIERRY A. OBRIST, *Le concept de réalisation systématique en droit fiscal suisse*, Diss. NE 2012, S. 565 f.; OESTERHELT/SCHREIBER (Fn. 11), Art. 52 DBG N 24; PETER RIEDWEG, *Emigration (inkl. Übertragung von Vermögenswerten ins Ausland)*, in: Martin Zweifel/Michael Beusch/Peter Riedweg/Stefan Oesterhelt (Hrsg.), *Umstrukturierungen*, Basel 2016, § 10 N 10; BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 512.

¹⁶³ Auch nach BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 59 DBG N 390 steht bei der vorliegenden Frage die steuersystematische Realisation im Vordergrund. Zu dieser vgl. allgemein LOCHER (Fn. 10), Art. 18 DBG N 97 ff. sowie PETER SPORI, *Zur steuersystematischen Realisation*, ASA 57 (1988/89), S. 65 ff.

Zugriff hängt mit Anomalien oder territorialen Schranken eines Steuersystems zusammen und ist damit «systembedingt» (daher die Ausdrucksweise «steuersystematische Realisierung»)»¹⁶⁴. Es soll dadurch nicht zuletzt der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zum Durchbruch verholfen werden¹⁶⁵. Mit dem Rückgriff auf eine steuersystematische Realisation weicht man gleichzeitig vom Massgeblichkeitsprinzip ab, was für diese Realisations- oder Abrechnungsart typisch ist¹⁶⁶. Bei der steuersystematischen Realisation wird seitens der Lehre regelmässig verlangt, dass es zu deren Anwendung eine klare gesetzliche Grundlage braucht¹⁶⁷ und der Verhältnismässigkeitsgrundsatz berücksichtigt wird¹⁶⁸. Zudem ist in der Literatur allgemein eine gewisse Zurückhaltung bei der Annahme steuersystematischer Realisationen zu beobachten¹⁶⁹.

Ausgangspunkt für die Annahme einer steuersystematischen Realisation ist im hier interessierenden Fall eines als juristische Person errichteten Einheitsunternehmens Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG, welcher folgenden Wortlaut aufweist:

«Der steuerbare Reingewinn setzt sich zusammen aus [...] c. den der Erfolgsrechnung nicht gutgeschriebenen Erträgen, mit Einschluss der Kapital-, Aufwertungs- und Liquidationsgewinne [...]» (Hervorhebung hinzugefügt).

Falls die Steuervorlage 17 in Kraft treten sollte, könnte man sich ebenfalls auf Art. 61b Abs. 1 und 2 E-DBG berufen.

¹⁶⁴ LOCHER (Fn. 10), Art. 18 DBG N 97.

¹⁶⁵ Vgl. dazu OBRIST (Fn. 162), S. 169, der allerdings auch auf gegenläufige Ansichten in der Literatur hinweist.

¹⁶⁶ Was eine allfällige Verletzung des Massgeblichkeitsprinzips anbelangt, kann sich diese auch andernorts bei steuersystematischen Realisierungen ergeben, so bspw. bei der Privatentnahme in innerschweizerischen Verhältnissen. Auch im Falle einer schweizerischen Einzelfirma wird bei der Überführung eines Gutes vom Geschäftsvermögen ins Privatvermögen steuersystematisch abgerechnet (Art. 18 Abs. 2 DBG), ohne dass ein Aussenumsatz stattgefunden hätte. Dieser ergibt sich erst, wenn der/die Einzelfirmeninhaber(in) das Gut dereinst veräussert. Dass dann, anders als im Betriebsstättenfall, möglicherweise ein steuerfreier privater Kapitalgewinn gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG erzielt wird, ändert nichts an der gemachten Grundsatzaussage zur fehlenden (echten) Realisierung «am Markt» im Überführungszeitpunkt.

¹⁶⁷ URS. R. BEHNISCH, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, Habil. BE 1996, S. 200; BRÜLSAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 394 m.w.N. sowie BRÜLSAUER (Fn. 16), S. 340. «In der Bundesverwaltungspraxis besteht freilich die Tendenz, an die gesetzliche Grundlage keine hohen Anforderungen zu stellen [...]» (HELBING [Fn. 29], S. 302).

¹⁶⁸ BEHNISCH (Fn. 167), S. 200; LOCHER (Fn. 10), Art. 18 DBG N 98 sowie ROBERT DANON, Art. 57/58 LIFD, in: Yves Noël/Florence Aubry Girardin (Hrsg.), Impôt fédéral direct, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 57/58 LIFD N 149.

¹⁶⁹ BRÜLSAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 395 m.w.N. sowie OBRIST (Fn. 162), S. 148 f. und SPORI (Fn. 163), S. 92.

Ob konkret jeweils eine steuersystematische Realisation angenommen werden kann oder nicht, sei weiter unten bei den einzelnen Dealings näher geprüft.

b) Aufwandseite

Bei den in der Folge interessierenden Sachverhaltsgruppen hat man es nicht nur mit Erträgen, sondern auch mit Aufwänden zu tun.

Dazu ein Beispiel: Ein schweizerisches Stammhaus überträgt ein Wirtschaftsgut mit stillen Reserven auf seine ausländische Betriebsstätte. Dabei werden die stillen Reserven steuersystematisch realisiert, wie sich bei den weiter unten diskutierten Fallkonstellationen zeigen wird. Was geschieht nun, wenn das Schweizer Stammhaus von seiner ausländischen Betriebsstätte gleichzeitig eine Dienstleistung erhält und dafür ein marktkonformes Dienstleistungshonorar schuldet. Liegt auf Stufe des schweizerischen Stammhauses ein geschäftsmässig begründeter, steuerlich abzugsfähiger Aufwand vor?

Dies wäre selbst unter dem Aspekt der steuersystematischen Realisierung meines Erachtens zu bejahen, obschon die Begründung der Abzugsfähigkeit zugebenermassen schon etwas mehr Mühe bereitet. Mit der steuersystematischen Realisierung lässt sich ja auf den ersten Blick die «steuersystematische Abrechnung», nicht aber unbedingt der «steuersystematische Abzug» begründen. Es gibt mit Bezug auf Abzüge kein Pendant zu Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG. Insbesondere hilft Art. 59 DBG diesbezüglich nicht weiter.

Lässt sich die Abzugsfähigkeit des fraglichen Honoraraufwandes gemäss Beispiel trotzdem rechtfertigen? Um dies zu erreichen, müsste man sich wohl mit der Hilfskonstruktion behelfen, wonach die steuersystematische Realisierung nicht nur zu Lasten, sondern auch zu Gunsten der Steuerpflichtigen greifen muss, wie das in der Literatur denn auch durchaus vertreten wird¹⁷⁰. In diesem Sinne wären nicht isoliert bloss Erträge steuersystematisch aufzurechnen, sondern es wäre eine handelsrechtskonforme Bilanz- und Erfolgsrechnung umfassend steuersystematisch ausser Kraft zu setzen resp. zu korrigieren. Oder am oben gemachten Beispiel erläutert:

Die steuersystematische Realisierung auf Stufe Stammhaus bewirkt, dass das Massgeblichkeitsprinzip ausser Kraft gesetzt wird und an die Stelle einer handelsrechtskonformen «Handelsbilanz» eine (an sich handelsrechtswidri-

¹⁷⁰ Von einer Durchbrechung des Massgeblichkeitsprinzips zugunsten des Steuerpflichtigen bei internationalen Abgrenzungssachverhalten gehen auch BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 395 und BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 340 aus.

ge¹⁷¹) Steuerbilanz tritt, welche den auf den stillen Reserven steuersystematisch realisierten Überführungsgewinn ausweist (Transfer des Wirtschaftsgutes mit stillen Reserven vom inländischen Stammhaus auf die Auslandbetriebsstätte). Es wäre meines Erachtens nun widersprüchlich, wenn man in besagter Steuerbilanz des Stammhauses nicht auch den gleichzeitig durch dieses realisierten Honoraraufwand berücksichtigen würde. Wird das Massgeblichkeitsprinzip und damit die Handelsbilanz einmal durch eine steuersystematische Realisierung ausser Kraft gesetzt und wird infolgedessen eine davon abweichende Steuerbilanz errichtet, müssten in diese sowohl Erträge als auch Aufwände Eingang finden. Dies nicht zuletzt deshalb, weil andernfalls der Leistungsfähigkeitsgrundsatz verletzt würde, der ja mittels steuersystematischer Realisierung gerade verwirklicht werden soll. Zugegebenermassen wäre es schöner, dies alles würde so im Gesetz stehen und man könnte auf entsprechende dogmatische Klimmzüge verzichten.

Zusammenfassend müssten nach hier vertretener Auffassung Aufwand und Erträge anlässlich einer steuersystematischen Realisation kongruent behandelt werden. Man könnte (untechnisch) von einem «Kongruenzprinzip» sprechen.

2. *Stammhaus oder Betriebsstätte als separate, individuelle Gewinnermittlungseinheiten*

Eine andere, radikalere Möglichkeit, dem AOA auf Stufe des schweizerischen Stammhauses oder der schweizerischen Betriebsstätte zum Durchbruch zu verhelfen, wäre das Konzept, nicht das Einheitsunternehmen bestehend aus Stammhaus und Betriebsstätte als Ganzes zur steuerlichen Gewinnermittlungseinheit zu erklären, sondern Stammhaus und Betriebsstätte im Sinne einer «Teilgewinnkonstruktion»¹⁷² je separat und individuell. Damit würde man die mit dem AOA korrespondierende «uneingeschränkte Selbständigkeitsfiktion» der Betriebsstätte in Reinkultur verwirklichen und Betriebsstätte resp. Stammhaus im hier interessierenden Bereich direkt wie selbständige juristische Personen behandeln. Man müsste in diesem Fall bspw. die Jahresrechnung der Betriebsstätte und nicht diejenige des Einheitsunternehmens als Referenzmassstab – auch für das Massgeblichkeitsprinzip – heranziehen¹⁷³. Oder

¹⁷¹ Handelsrechtswidrig ist die Steuerbilanz deshalb, weil steuerlich (d.h. steuersystematisch) ein Ertrag ausgewiesen wird, der handelsrechtlich noch nicht (am Markt gegen aussen) realisiert ist. Es wird das Realisationsprinzip verletzt (BRÜLISAUER [Fn. 16], S. 339).

¹⁷² Terminologie gemäss BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 221.

¹⁷³ Im Einheitsunternehmen sind ja grundsätzlich drei Jahresrechnungen zu unterscheiden, nämlich diejenige des Hauptsitzes, der Betriebsstätte sowie des Gesamt-/Einheitsunternehmens (PÉCHOTA [Fn. 157], S. 176). Verschiedene Kantone scheinen separate Betrieb-

anders gesagt: Es käme zu einer «Reduzierung/Segmentierung» des Massgeblichkeitsprinzips vom Einheitsunternehmen auf dessen wirtschaftlich separate Einzelteile (*Profit-Center*) «Stammhaus» und «Betriebstätte».

Falls ein Dealing zwischen Stammhaus und Betriebstätte bloss auf Kostenbasis und nicht mit einem marktkonformen Drittpreis abgerechnet würde, müsste man dann konsequenterweise wie bei juristischen Personen eine verdeckte oder wohl besser gesagt, eine «fiktive» Gewinnausschüttung diagnostizieren, nachdem man im Zusammenhang mit Dealings ja laufend von *fiktiven* Dienstleistungs-, Miet-, Pacht- oder Lizenzverträgen spricht. Die gesetzliche Grundlage für die Gewinnerfassung wäre dann nicht mehr in Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG, sondern in Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG zu suchen.

Zugegebenermassen würde man sich aber wohl auf relativ dünnes dogmatisches Eis begeben, wenn man ohne explizite gesetzliche Grundlage die Regeln über die verdeckte Gewinnausschüttung *tel quel* von Konzernverhältnissen auf die aus Hauptsitz und Betriebstätte bestehenden Einheitsunternehmen übertragen würde¹⁷⁴. Nicht von ungefähr hat man deshalb in Deutschland im Zuge der Implementierung des AOA im Hinblick auf die Durchsetzung korrekter Verrechnungspreise bei Betriebstättenkonstellationen eine explizite Norm ins deutsche Aussensteuergesetz aufgenommen¹⁷⁵.

Der Ansatz, wonach Betriebstätte resp. Hauptsitz je separat und individuell Gewinnermittlungseinheit bilden, hätte freilich den Vorteil, dass man so mit Blick auf den AOA und die Marktpreisverrechnung ohne weiteres nicht nur die Ertrags-, sondern auch die Aufwandseite einer Lösung zuführen könnte. Wenn bspw. einer schweizerischen Betriebstätte AOA-konform ein Dienstleistungsaufwand zu marktkonformen Drittpreisen belastet wird, wäre dieser beim vorliegenden Konzept grundsätzlich geschäftsmässig begründet und

stättenbuchhaltungen allerdings nur dann anzuerkennen, wenn diese «revisionsgeprüft» sind (BRÜLISAUER [Fn. 16], S. 221).

¹⁷⁴ Art. 7 OECD-MA beschlägt mit anderen Worten die Frage der bilateralen Gewinnabgrenzung, nicht aber die Frage der lokalen Gewinnermittlung (OECD-MA 2017 Art. 7 Ziff. 66). Die hier interessierende Problematik wurde namentlich in Deutschland diskutiert. Die Frage hängt letztlich auch mit der Problematik zusammen, inwiefern DBA *self-executing* sind oder nicht. Es sei zum Ganzen verwiesen auf DITZ (Fn. 97), Art. 7 OECD-MA Rz. 35 ff. sowie für Österreich auf WASER (Fn. 3), DBA § 7 Rz. 203 ff. S. 535 f. sowie LOUKOTA/JIROUSEK (Fn. 157), I/1 Z 7 Rz. 13. So soll es nach DITZ in Deutschland vor Implementierung des AOA und der damit verbundenen Änderung von § 1 AStG resp. Erlass einer entsprechenden Verordnung (der sog. BsGaV vom 13.10.2014) bspw. an einer innerstaatlichen Rechtsgrundlage für die steuerliche Erfassung von Dienstleistungen zum Drittpreis gefehlt haben (DITZ [Fn. 97], Art. 7 OECD-MA Rz. 175). Vgl. ferner MELICHER (Fn. 158), S. 223 sowie PĚCHOTA (Fn. 157), S. 177, die ebenfalls eine lokale Vollzugsgesetzgebung voraussetzen. A.A. dagegen offenbar KOSTERS/OFFERMANN (Fn. 134), S. 283.

¹⁷⁵ Vgl. dazu § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 AStG.

damit steuerlich abzugsfähig, immer vorausgesetzt, es besteht ein sachlicher Zusammenhang zwischen Aufwendung und Geschäftsbetrieb in dem Sinne, dass der Aufwand betrieblich verursacht bzw. unternehmerisch veranlasst ist¹⁷⁶. Auf eine dogmatische Herleitung der Begründung wie im Rahmen der steuersystematischen Realisierung könnte man verzichten.

Solange in der Schweiz eine explizite gesetzliche Grundlage im innerstaatlichen Recht fehlt, wird man sich bei der Gewinnermittlung aber wohl weiterhin mit der steuersystematischen Realisierung/Abrechnung und darauf beruhenden Konstruktionen behelfen müssen, um dem AOA zum Durchbruch zu verhelfen.

3. *Ausgewählte schweizerische Literatur und Verwaltungspraxis*

In der schweizerischen Literatur und Verwaltungspraxis werden Betriebstätten teilweise faktisch wie separate Gewinnermittlungseinheiten behandelt. Vereinzelt wird dieses Konzept aber auch abgelehnt.

Zur ersten Gruppe scheint LOCHER zu gehören, wenn er im Kommentar zu Art. 52 DBG ausführt:

«In der Regel ist Ausgangspunkt für die Ermittlung der Gewinne, die der Betriebsstätte zugerechnet werden können, die separate Erfolgsrechnung der Betriebsstätte. Der darin ausgewiesene Saldo der Erfolgsrechnung kann nach den für schweizerische Unternehmen geltenden Grundsätzen korrigiert werden [...]. Das bei Beachtung von DBA massgebende Recht enthält für diese Gewinnermittlung im Wesentlichen drei Grundsätze, die ebenso für die Anwendung von [Art. 52] Abs. 2 [DBG] von Bedeutung sind [...].

- *Behandlung wie ein selbständiges Unternehmen,*
- *Verrechnung der Unkosten,*
- *Gleichbehandlung der Betriebsstätte mit inländischen Unternehmen»¹⁷⁷.*

Die im zweiten Punkt erwähnte Unkosten- an Stelle einer Drittpreisverrechnung ist dabei historisch zu erklären, als bei Drucklegung von LOCHERS Kommentar noch nicht der AOA und das damit verbundene *arm's length*-Prinzip integral dem OECD-Standard entsprachen.

Von ähnlichen Voraussetzungen ging schliesslich unter dem Regime des BdBSt resp. Wehrsteuerbeschlusses auch bereits die ESTV aus, wenn sie in

¹⁷⁶ BAUMHOFF/LEITNER/DIGERONIMO (Fn. 31), S. 557. Vgl. zur ganzen Problematik auch BRÜLSAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 231 ff., namentlich zur Unterscheidung zwischen «Anknüpfung an eine zielgerichtete Tätigkeit der Betriebsstätte» versus «Anknüpfung an die blosse Existenz der Betriebsstätte».

¹⁷⁷ LOCHER (Fn. 11), Art. 52 DBG N 44.

ihrem Kreisschreiben Nr. 24 vom 1. Juni 1960 in Ziff. 2a¹⁷⁸ bei Anwendung der objektmässigen Methode auf Inlandbetriebsstätten die Gewinnermittlungsregeln wie folgt konkretisierte:

«Für die Ermittlung des der Wehrsteuer unterliegenden Reinertrages ist regelmässig vom Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung der schweizerischen Betriebsstätte auszugehen. Zum Saldo sind alle Erträge hinzuzurechnen, die aus der Tätigkeit der Betriebsstätte hervorgegangen, aber dieser aus irgendeinem Grund nicht gutgeschrieben worden sind, wie Verkaufserlöse, Kapitalzinse und Kapitalgewinne, Lizenzeinnahmen, Beteiligungserträge und ähnliche Einkünfte. Zum Reinertrag gehört insbesondere auch der Gewinn oder Nutzen, der mittelbar aus einer Betriebsstätte gezogen oder den an der Unternehmung beteiligten Gesellschaftern oder ihnen nahestehenden Personen gewährt worden ist, sei es durch Festsetzung unangemessener Preise oder durch eine andere Begünstigung».

Und auch OESTERHELT/SCHREIBER halten im vorliegenden Zusammenhang bei Innentransaktionen resp. Quasi-Geschäftsvorfällen Folgendes fest: ««Dealings», d.h. Transaktionen innerhalb desselben Steuersubjekts (Stammhaus und Betriebsstätte oder Geschäftsbetrieb oder zwischen Betriebsstätten/Geschäftsbetrieben) sind zwar in der Buchführung des schweizerischen Gesamtkonzerns ohne Gewinn erfasst, können jedoch steuerlich korrigiert werden, um der gesonderten Besteuerung und angemessenen Gewinnabgrenzung gerecht zu werden [...]»¹⁷⁹.

Andere Autoren dagegen, die sich explizit mit der hier interessierenden Frage der steuerlichen Abrechnung von Dealings befasst haben, lehnen eine steuerliche Fragmentierung des Einheitsunternehmens ab, «da sich die handels- und steuerrechtlichen Gewinnermittlungsvorschriften nicht auf die separate Betriebsstätte, sondern auf das Gesamtunternehmen beziehen»¹⁸⁰.

¹⁷⁸ ASA 28, S. 496 ff.

¹⁷⁹ OESTERHELT/SCHREIBER (Fn. 11), Art. 52 DBG N 24.

¹⁸⁰ PETER ATHANAS/PETER BRÜLISAUER, Güter- und Dienstleistungsaustausch zwischen Stammhaus und Betriebsstätte nach DBG, in: Peter Locher/Bernard Rolli/Peter Spori (Hrsg.), Internationales Steuerrecht in der Schweiz, Aktuelle Situation und Perspektiven, Festschrift zum 80. Geburtstag von Walter Ryser, Bern 2005, S. 93 ff., S. 103. Ebenso BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 339 und S. 354.

C. Steuerliche Gewinnermittlung bei ausgewählten Dealings

I. *Überführung von Wirtschaftsgütern vom schweizerischen Stammhaus auf dessen Auslandbetriebstätte*

a) Einleitung

Bei der Überführung von Wirtschaftsgütern vom schweizerischen Stammhaus auf eine Auslandbetriebstätte stellt sich nach traditioneller Doktrin die Frage, ob Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG eine ausreichende gesetzliche Grundlage darstellt, um die mit der Überführung eines Wirtschaftsgutes (bspw. einer Maschine) entwindenden stillen Reserven steuerlich zu erfassen, d.h. ob besagte Norm Grundlage einer sog. steuersystematischen Realisierung sein kann. Die Frage ist in der Literatur umstritten¹⁸¹. Verschiedene Autoren bejahen indes die Abrechnung bei einer Überführung vom schweizerischen Stammhaus auf eine ausländische Betriebstätte oder *vice versa*¹⁸².

Übergeordnetes Recht, konkret das Freizügigkeitsabkommen und damit indirekt die «National Grid Indus»-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, steht einer Abrechnung nicht entgegen, da besagtes Abkommen auf juristische Personen nicht anwendbar ist¹⁸³.

b) **Überführung von Gütern des materiellen Anlagevermögens**

aa) **Steuerausscheidung gemäss der objektmässigen Methode**

Sofern auch im Falle der Auslandbetriebstätte die Steuerausscheidung nach der objektmässigen Methode vorgenommen wird, wie dies bspw. von der ESTV und einem Teil der Literatur vertreten wird¹⁸⁴, ist im Moment des Dealings (d.h. der Überführung des Wirtschaftsgutes) eine sofortige steuersystematische Realisierung unter Anwendung von Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG

¹⁸¹ ATHANAS/BRÜLISAUER (Fn. 180), S. 101. Vgl. die Übersicht über die divergierenden Lehrmeinungen bei OBRIST (Fn. 162), S. 558 ff.

¹⁸² Vgl. die Übersicht bei OBRIST (Fn. 162), S. 558 ff. Bejaht wird dies z.B. von LOCHER (Fn. 11), Art. 58 DBG N 152 sowie PETER ATHANAS/MAYA BAUER-BALMELLI, Besteuerung der Unternehmung – Ausgewählte Probleme, Problemfelder, Schwachstellen und Postulate, ST 67 (1993), S. 569 ff., S. 573, verneint dagegen von BEHNISCH (Fn. 167), S. 284 sowie OBRIST (Fn. 162), S. 565 ff. Für weitere Nachweise siehe auch DANON (Fn. 168), Art. 57/58 LIFD N 144.

¹⁸³ DANON (Fn. 168), Art. 57/58 LIFD N 143 m.w.N.

¹⁸⁴ Vgl. Lit. III.B. hievor.

anzunehmen¹⁸⁵. Dem schweizerischen Fiskus wird bei dieser Steuerauscheidungsmethode nämlich definitiv Steuersubstrat entzogen¹⁸⁶. Von einer sofortigen Realisation ohne Steueraufschubsmöglichkeit bei Anwendung dieser Methode gehen denn auch Autoren aus, die ansonsten die Anwendung der quotenmässig-direkten Methode mit Steueraufschub favorisieren¹⁸⁷. Da die ESTV im vorliegenden «Outbound»-Fall die objektmässige Steuerauscheidungsmethode anwendet, dürfte dies denn auch das Motiv für die grundsätzliche¹⁸⁸ Ablehnung der «These von der aufgeschobenen Gewinnrealisierung» sein¹⁸⁹.

In der Steuervorlage 17 ist in Art. 61b E-DBG vorgesehen, dass bei der «Verlegung von Vermögenswerten» grundsätzlich über die stillen Reserven abzurechnen ist.

Zum Steueraufschub noch Folgendes: Dieser ist im Falle einer Auslandbetriebstätte bei Anwendung der objektmässigen Methode nicht *per se* unmöglich¹⁹⁰. Grundsätzlich müssten aber wohl die folgenden Voraussetzungen dafür gegeben sein, die SPORI bereits in einem Aufsatz vor rund 30 Jahren dargelegt hat:

- Im internationalen Steuerrecht müsste sich der Grundsatz der Gewinnabgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebstätte nach wirtschaftlicher

¹⁸⁵ Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG ist eine steuerliche Korrekturvorschrift, die bezweckt, eine handelsrechtskonforme Erfolgsrechnung nach steuersystematischen Gesichtspunkten zu korrigieren (RIEDWEG [Fn. 162], § 10 N 11). Vgl. auch KS Nr. 5 der ESTV vom 1.6.2004, Ziff. 2.2.2.

¹⁸⁶ HELBING (Fn. 29), S. 322 *et passim*; RUDOLF VON SIEBENTHAL/PETER SPORI, Transfer von Wirtschaftsgütern in eine und aus einer Steuerhoheit, Länderbericht Schweiz, in: Cahiers de droit fiscal international, IFA 40. Kongress New York 1986, Volume LXXIa, Kluwer Deventer et al. 1986, S. 503 ff., S. 521 sowie BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 347.

¹⁸⁷ Vgl. BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 220 sowie DERS. (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 68 und 154. Von einer sofortigen Abrechnung geht generell die Verwaltungspraxis aus (BRÜLISAUER/MÜHLEMANN [Fn. 22], Art. 58 DBG N 475; RIEDWEG [Fn. 162], § 10 N 18 und 28).

¹⁸⁸ Bloss «in Einzelfällen» soll ein Aufschub noch zulässig sein (so die Kursunterlagen zu Thema 3, Fall 3, Variante 4 des von der ESTV und des Instituts für Steuerrecht der Universität Bern durchgeführten Weiterbildungskurses in Schwarzenburg vom 17.-20.5. 2016).

¹⁸⁹ Auf die sofortige Abrechnung seitens der Verwaltungspraxis verweisen BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 475 sowie RIEDWEG (Fn. 162), § 10 N 18 und 28. Die sofortige Abrechnung erfolgt natürlich nicht zuletzt aus Praktikabilitätsgründen: «Aus der Sicht des Fiskus sind Praktikabilitätsgründe gegen den Besteuerungsaufschub anzuführen: Die nachträgliche Aufteilung eines Marktgewinnes in zwei Ertragskomponenten (in realisierte stille Reserven aus der Zeit der Zugehörigkeit zum inländischen Besteuerungskreis einerseits und in Gewinnanteile, die der ausländischen Betriebsstätte zuzurechnen sind, andererseits) dürfte zuweilen nicht leicht fallen» (VON SIEBENTHAL/SPORI [Fn. 186], S. 519).

¹⁹⁰ So auch VON SIEBENTHAL/SPORI (Fn. 186), S. 521.

Zugehörigkeit durchsetzen «und damit die Erkenntnis, dass dem Betriebsstättenstaat die Besteuerung von Gewinnen insoweit untersagt ist, als diese auf die Realisation nicht unter seiner Hoheit gebildeter stiller Reserven zurückzuführen sind»¹⁹¹.

- Das Unternehmen selbst müsste mit einer entsprechenden Buchführung (d.h. mittels Verrechnungsposten) sicherstellen, «dass die im Zeitpunkt der Überführung bestehenden stillen Reserven festgestellt und nach Massgabe ihrer echten Realisation bzw. ihres Verzehrs der Erfolgsrechnung des Stammhauses gutgebracht werden» können¹⁹².

Bei Anwendung der objektmässigen Steuerauscheidungsmethode müsste man wohl noch zusätzlich verlangen, dass der Steueraufschub auf einer expliziten gesetzlichen Grundalge beruht, so wie ja in der Vergangenheit der Steueraufschub mit Bezug auf die Übertragung von Altbeteiligungen im Konzernverhältnis auch in Art. 207a Abs. 3 DBG¹⁹³ geregelt wurde. Denn eine bloss dogmatische Ableitung des Steueraufschubs aus dem Ausscheidungsmechanismus wie bei der quotenmässig-direkten Methode wäre wohl bei einer objektmässigen Steuerauscheidung nicht mehr möglich.

Von den drei genannten Voraussetzungen ist die Letzte in der Hand des helvetischen Gesetzgebers und die zweite im Einflussbereich der Unternehmung. Am schwierigsten dürfte wohl die Erfüllung des ersten Kriteriums sein, da das sog. «tax sharing» wohl nach wie vor nicht der gängigen Praxis im internationalen Steuerrecht entspricht¹⁹⁴ und eine Anpassung der anwendbaren DBA voraussetzen würde¹⁹⁵.

bb) Steuerauscheidung gemäss der quotenmässig-direkten Methode

Vertreter der quotenmässig-direkten Steuerauscheidungsmethode gehen davon aus, dass es hier nicht zu einer sofortigen Realisation, sondern zu einem Steueraufschub kommen kann. D.h. es ist nicht schon im Moment der Innen-

¹⁹¹ SPORI (Fn. 163), S. 91 (Hervorhebungen weggelassen).

¹⁹² SPORI (Fn. 163), S. 91 (Hervorhebungen weggelassen).

¹⁹³ Auf diese Bestimmung verweisen auch RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 10), Art. 58 DBG N 166 im Zusammenhang mit der hier interessierenden Steueraufschubsfrage.

¹⁹⁴ Vgl. dazu HELBING (Fn. 29), S. 322, S. 324 ff., S. 335 *et passim*; ROBERT DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux – Analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, ASA 74 (2005/2006), S. 257 ff., S. 263 sowie VON SIEBENTHAL/SPORI (Fn. 186), S. 520. A.A. offenbar BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 350.

¹⁹⁵ Vgl. immerhin die Regelung in Art. 13 Abs. 6 DBA-USA. Vgl. dazu auch EVELINE SAUPPER/MARKUS WEIDMANN, Kommentar, Vor Art. 3 FusG, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Fusionsgesetz, Basel 2005, Vor Art. 3 N 71.

transaktion (Überführung der Wirtschaftsgüter im Zuge eines Dealings), sondern erst im Zeitpunkt der Aussentransaktion (echte Realisierung) über die stillen Reserven abzurechnen («These der aufgeschobenen Gewinnrealisation») ¹⁹⁶. Technisch kann dieser Aufschub dabei je nach konkretem Überführungssachverhalt entweder durch eine Korrekturbuchung innerhalb der Steuerbilanz oder in einer separaten Abgrenzungsrechnung ausserhalb der Steuerbilanz erzielt werden ¹⁹⁷. Bei der Übertragung von Wirtschaftsgütern im hier interessierenden Zusammenhang ist nach BRÜLISAUER letztere Methode anzuwenden ¹⁹⁸.

Die «These von der aufgeschobenen Gewinnrealisierung» wird hierbei jeweils damit begründet, dass dem schweizerischen Fiskus im Falle der Auslandsbetriebstätte auf Stufe des schweizerischen Stammhauses, sowie bei Anwendung der quotenmässig-direkten Methode im Moment der Überführung, noch kein Steuersubstrat verloren gehe, weil anlässlich der echten Realisierung durch die Betriebstätte der schweizerische Fiskus quotenmässig am höheren Gesamtgewinn des Einheitsunternehmens partizipiere ¹⁹⁹ resp. dass eine sofortige Abrechnung gegen das Massgeblichkeitsprinzip (konkret das Vorwärts- und Imparitätsprinzip) verstossen würde ²⁰⁰.

c) Überführung von Gütern des derivativen immateriellen Anlagevermögens resp. Umlaufvermögens

Bei der Überführung derivativ erworbener Immaterialgüter sind grundsätzlich dieselben Überlegungen zu machen wie soeben bei der Übertragung materiellen Anlagevermögens ²⁰¹.

Bei der Überführung von Gütern des Umlaufvermögens gilt dem Grundsatz nach ebenfalls das zum Transfer von materiellem Anlagevermögen Ausge-

¹⁹⁶ So z.B. bei schweizerischem Stammhaus mit ausländischer Betriebstätte: BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 218; BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 491 ff.; SPORI (Fn. 163), S. 90 sowie VON SIEBENTHAL/SPORI (Fn. 186), S. 519. Vgl. ferner die Ausführungen bei RIEDWEG (Fn. 162), § 10 N 25. Vgl. auch ATHANAS/BRÜLISAUER (Fn. 180), S. 106: «Bei unbeschränkter Steuerpflicht in der Schweiz ist daher die Besteuerung der stillen Reserven auf den überführten Wirtschaftsgütern systematisch nicht auf dem Wege der Entstrickung, sondern auf dem Wege der Gewinnabgrenzung sicherzustellen». Interessant ist, dass auch AGNER/JUNG/STEINMANN (Fn. 24), Art. 58 DBG N 12 als damalige Exponenten der ESTV den Steueraufschub befürworten.

¹⁹⁷ BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 216 ff.; DERS. (Fn. 16), S. 348 ff. sowie S. 352 f.; DERS. (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 156 ff.; BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 491 ff.

¹⁹⁸ BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 352.

¹⁹⁹ OBRIST (Fn. 162), S. 569.

²⁰⁰ BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 218.

²⁰¹ So auch BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 223 Fn. 1345.

führte²⁰². Bei objektmässiger Steuerauscheidung ist eine sofortige Realisation der stillen Reserven anzunehmen. Bei Anwendung der quotenmässig-direkten Methode wird in der Literatur dagegen die aufgeschobene Gewinnrealisation vertreten²⁰³. Dabei wird aber gleichzeitig auch auf den erhöhten Komplexitätsgrad bei deren technischen Durchführung hingewiesen²⁰⁴.

In der Steuervorlage 17 ist in Art. 61b E-DBG vorgesehen, dass bei der «Verlegung von Vermögenswerten» grundsätzlich über die stillen Reserven abzurechnen ist. Diese Bestimmung deckt sowohl Immaterialgüter als auch Umlaufvermögen ab.

2. *Überführung von Wirtschaftsgütern von der schweizerischen Betriebstätte auf deren ausländisches Stammhaus*

a) **Überführung von Gütern des materiellen und derivativen immateriellen Anlagevermögens resp. des Umlaufvermögens**

aa) Steuerauscheidung gemäss der objektmässigen Methode

Wie im Falle des inländischen Stammhauses gemäss Lit. V.C.1.b.aa. hievorum, ist auch bei der ein Wirtschaftsgut übertragenden inländischen Betriebstätte steuerlich sofort über die stillen Reserven abzurechnen, d.h. im Moment des Dealings²⁰⁵. Oder wie es BRÜLISAUER formuliert:

«Vor diesem Hintergrund lässt es sich aus Gründen der objektiven Beweislast rechtfertigen, die Veranlagung i.S.d. objektmässig-direkten Methode auf Basis der Faktoren der separaten Betriebsstätte vorzunehmen. Dies hat allerdings zur Konsequenz, dass bei qualifizierten und – im Lichte von Art. 51 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 52 Abs. 4 DBG – auch bei einfachen Übertragungssachverhalten [darunter versteht BRÜLISAUER u.a. die Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter, Anm. des Verfassers²⁰⁶] steuerlich sofort mit Fremdvergleichspreisen abzurechnen ist. Diese vorzeitige steuerliche Erfassung einfacher Übertragungssachverhalte verstösst nicht gegen das Gesetz, zumal spätestens im Rahmen der echten Realisierung die Besteuerung ohnehin vorgenommen wird. Bei Anwendung der objektmässig-direkten Methode muss daher die Gewinnabgrenzung – und damit verbunden auch die Besteuerung – im Sinne der uneingeschränkten Selbständigkeitsfiktion der Betriebstätte²⁰⁷

²⁰² BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 227 f.; DERS. (Fn. 16), S. 353.

²⁰³ Vgl. BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 494.

²⁰⁴ BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 228; ATHANAS/BRÜLISAUER (Fn. 180), S. 113.

²⁰⁵ RIEDWEG (Fn. 162), § 10 N 16; BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 497.

²⁰⁶ Vgl. BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 209.

²⁰⁷ Vgl. zu den Unterschieden der «uneingeschränkten» im Verhältnis zur «eingeschränkten Selbständigkeitsfiktion» BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 278 ff. Die «eingeschränkte

vorweggenommen werden, weil ansonsten das der Schweiz zustehende Steuer substrat endgültig und unausweichlich verloren ginge»²⁰⁸.

Diese Vorgehensweise steht im Übrigen im Einklang mit Art. 7 OECD-MA²⁰⁹.

Bei der Übertragung von Gütern des derivativ erworbenen immateriellen Anlagevermögens oder von Umlaufvermögen durch eine Inlandbetriebstätte auf deren ausländisches Stammhaus wäre analog vorzugehen.

bb) Steuerauscheidung gemäss der quotenmässig-direkten Methode

Bei Inlandbetriebstätten, die Wirtschaftsgüter auf das ausländische Stammhaus überführen, steht die quotenmässig-direkte Steuerauscheidungsmethode nicht im Vordergrund, weil bspw. «dem inländischen Fiskus die Vorgänge im ausländischen Stammhaus – wie Veräusserung oder Verbrauch von Wirtschaftsgütern – in vielen Fällen nicht bekannt sind»²¹⁰. Dies dürfte sich auch in Anbetracht der erweiterten Amtshilfemöglichkeiten nicht grundlegend geändert haben, kann man doch in einem vom Massenverfahren geprägten Veranlagungsalltag nicht für jede «simple» Betriebstättenveranlagung ein Amtshilfesuch stellen²¹¹. Auch von Vertretern, die ansonsten im spiegelbildlichen Fall (Übertragung vom schweizerischen Stammhaus auf eine Auslandsbetriebstätte) der quotenmässig-direkten Methode den Vorzug geben, wird deshalb anerkannt, dass bei Inlandbetriebstätten in der vorliegenden Konstellation regelmässig die Steuerauscheidung nach Massgabe der objektmässigen Methode vorgenommen werden muss²¹², was auch der Behördenpraxis resp. herrschenden Lehre entspricht²¹³.

schränkte Selbständigkeitsfiktion» will diesem Autor zufolge der Betriebstätte nur mit Bezug auf die bilaterale *Gewinnabgrenzung*, nicht aber hinsichtlich unilateraler *Gewinnermittlung*, Selbständigkeit zuerkennen, währenddem sich die Selbständigkeit der Betriebstätte bei der «uneingeschränkten Selbständigkeitsfiktion» auf beides bezieht. Nach BRÜLISAUER folgt die Schweiz bei Inlandbetriebstätten der «uneingeschränkten Selbständigkeitsfiktion» (BRÜLISAUER [Fn. 4], Art. 7 OECD-MA N 281).

²⁰⁸ BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 220 (Hervorhebungen weggelassen). Ebenso BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 167 sowie BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 489.

²⁰⁹ BRÜLISAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 316.

²¹⁰ BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 219.

²¹¹ Der guten Ordnung halber sei hier noch auf Art. 9 Abs. 1 lit. d StAhiV (SR 651.11) hingewiesen, demzufolge spontane Amtshilfe zu leisten ist, sobald ein Steuervorbescheid feststellt, «dass in der Schweiz oder im Ausland eine Betriebsstätte besteht oder nicht besteht oder welche Gewinne einer Betriebsstätte zugewiesen werden».

²¹² BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 220.

²¹³ Vgl. Lit. III.B. hievor.

Die Anwendung der quotenmässig-direkten Methode soll gemäss gewissen Stimmen in der Literatur immerhin ausnahmsweise dann in Betracht kommen, wenn die schweizerische Betriebstätte eine nach schweizerischem Recht erstellte Gesamtbuchhaltung inkl. Teilergebnis der schweizerischen Betriebstätte einreicht. In einem solchen Fall darf nach dieser Ansicht «der Steuerzuschub im Lichte des in Art. 52 Abs. 3 Satz 1 DBG verankerten Schlechterstellungsverbots, das auch bei beschränkter Steuerpflicht zu beachten ist, nicht verwehrt werden»²¹⁴. Es gelten mit anderen Worten die oben in Lit. V.C.1.b.bb. zur Auslandbetriebstätte gemachten Ausführungen sinngemäss²¹⁵.

3. *Überführung von Wirtschaftsgütern vom ausländischen Stammhaus auf dessen Inlandbetriebstätte*

a) **Überführung von Gütern des materiellen Anlagevermögens**

aa) **Steuerausscheidung gemäss der objektmässigen resp. quotenmässig-direkten Methode**

Hier stellt sich aus schweizerischer Optik die Frage, zu welchem Wert das Anlagevermögen bei der schweizerischen Betriebstätte eingebucht werden darf. Mit Bezug auf das geltende Recht wird in der Literatur in einem ersten Schritt auf das Massgeblichkeitsprinzip verwiesen, wonach im Zuge des Grenzübertritts höchstens Ermessens- oder Willkürreserven²¹⁶ aufgelöst werden dürfen, ausser im Falle von Art. 670 OR aber keine Zwangsreserven²¹⁷. In einem zweiten Schritt wird dann aber vertreten, dass man zugunsten des Steuerpflichtigen vom Massgeblichkeitsprinzip abweichen dürfe, «damit das Prinzip *der wirtschaftlichen Zugehörigkeit* nicht untergraben wird bzw. dass ein im Betriebstättenstaat (allfällig) besteuert Gewinn in der Schweiz nicht ein zweites Mal besteuert wird»²¹⁸. Konkret soll somit der Einbuchungswert entweder dem Fremdvergleichspreis oder aber aus Praktikabilitätsgründen

²¹⁴ BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 220. Ebenso BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 490.

²¹⁵ Im Sinne einer analogen Anwendung der Regeln auch BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 354 sowie BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 497.

²¹⁶ Zum Begrifflichen betreffend Zwangs-, Ermessens- sowie Willkürreserven vgl. PETER BÖCKLI, *Neue OR-Rechnungslegung*, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 245 f. sowie LUKAS HANDSCHIN, *Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., Basel 2016, S. 414 f. Die Zulässigkeit von Ermessens- und Willkürreserven wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt (kritisch vor allem BÖCKLI, ebd., etwas liberaler HANDSCHIN, ebd.).

²¹⁷ BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 495.

²¹⁸ BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 354. Ebenso BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 498 i.V.m. N 496.

dem der ausländischen Besteuerung zugrundeliegenden Abrechnungswert entsprechen²¹⁹. Nach BRÜLISAUER/MÜHLEMANN wäre diese Korrektur hier und im Unterschied zum Fall der unbeschränkten Steuerpflicht (Übertragung des Wirtschaftsgutes vom Ausland auf ein schweizerisches Stammhaus) nicht in einer separaten Abgrenzungsrechnung, sondern innerhalb der Steuerbilanz vorzunehmen²²⁰.

Die Einbuchung zum Verkehrswert entspricht auch dem in der Steuervorlage 17 vorgeschlagenen Art. 61a Abs. 1 und 2 E-DBG²²¹.

In der vorliegenden Abhandlung wird somit von der Zulässigkeit einer Verkehrswerteinbuchung des Anlagevermögens bei der Inlandbetriebstätte ausgegangen²²². Dies ergibt sich bei Anwendung der objektmässigen Steuerauscheidung, die bei der Inlandbetriebstätte im Vordergrund steht.

b) Überführung von Gütern des derivativen immateriellen Anlagevermögens resp. Umlaufvermögens

Bei der Überführung *derivativ* erworbener Immaterialgüter und damit beim Vorliegen eines Dealings sind grundsätzlich dieselben Überlegungen zu machen wie soeben bei der Übertragung materiellen Anlagevermögens.

Auch betreffend Umlaufvermögen gilt das zum materiellen Anlagevermögen Ausgeführte sinngemäss²²³. Das Umlaufvermögen, z.B. das Warenlager, kann bei der Inlandbetriebstätte zum Verkehrswert eingebucht werden. Es besteht zudem die Möglichkeit, den Warendrittel zu bilden²²⁴.

Was die Steuervorlage 17 anbelangt, kann gemäss Art. 61a E-DBG sowohl immaterielles als auch Umlaufvermögen zum Verkehrswert bilanziert werden. Es kann dieser Norm gemäss sogar selbst geschaffener Mehrwert (*Goodwill*) aktiviert werden.

²¹⁹ Vgl. zum Ganzen BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 498 unter Berufung auf Art. 52 Abs. 4 DBG i.V.m. Art. 52 Abs. 1 DBG. Unter dem alten OR müsste man noch ergänzen, dass der fragliche Wert nicht über dem Geschäftswert von Art. 960 altOR liegen sollte.

²²⁰ BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 498; BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 354.

²²¹ Offenbar geht auch die österreichische Finanzverwaltung von der Möglichkeit eines «Step-up» auf den fremdüblichen Verrechnungspreis aus (WASER [Fn. 3], DBA § 7 Rz. 68 S. 488).

²²² Ebenso ETIENNE JUNOD, Die steuersystematische Realisation: Ein Überblick mit Gegenüberstellungen bei den direkten Steuern, StR 2006, S. 110 ff., S. 122.

²²³ In diesem Sinne auch BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 229.

²²⁴ BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 229; VON SIEBENTHAL/SPORI (Fn. 186), S. 510.

4. *Überführung von Wirtschaftsgütern von einer Auslandsbetriebstätte auf deren schweizerisches Stammhaus*

a) **Steuerausscheidung gemäss der objektmässigen resp. quotenmässig-direkten Methode**

Es gelten im Wesentlichen die in der vorangehenden Litera gemachten Ausführungen, da kein grundsätzlicher Unterschied besteht, ob es sich bei der schweizerischen Empfängerin um eine Betriebstätte oder das Stammhaus handelt. Es ist eine Einbuchung zum Verkehrswert vorzunehmen²²⁵.

Einzig der Steueraufschub gemäss der quotenmässig-direkten Methode wäre gemäss BRÜLISAUER nicht durch eine separate Abgrenzungsrechnung innerhalb, sondern durch eine ausserhalb der Steuerbilanz vorzunehmen²²⁶.

5. *Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen von Mobilien/derivativen Immaterialgütern von einem schweizerischen Stammhaus an dessen Auslandsbetriebstätte*

a) **Erbringen von Dienstleistungen von einem schweizerischen Stammhaus an dessen Auslandsbetriebstätte**

aa) Steuerausscheidung gemäss der objektmässigen Methode

aaa) Einleitung

Zum Einstieg in die hier interessierende Problematik sei von folgendem kleinen Einführungsbeispiel ausgegangen: Ein schweizerisches Stammhaus erbringt seiner ausländischen Betriebstätte eine Dienstleistung. Der damit verbundene Aufwand beträgt beim inländischen Stammhaus 100. Einer unabhängigen Drittpartei würde man die Dienstleistung zum Marktpreis von 110 erbringen und in Rechnung stellen. Muss das schweizerische Stammhaus im Moment des Dealings (d.h. der Dienstleistungserbringung an die ausländische Betriebstätte) steuerlich einen Gewinnaufschlag von 10 versteuern? Diese Frage sei zuerst unter dem Titel der steuersystematischen Realisation geprüft.

²²⁵ So auch schon VON SIEBENTHAL/SPORI (Fn. 186), S. 513.

²²⁶ BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 354.

bbb) Steuersystematische Realisation

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit der Fallkonstellation darin, dass man nicht Wirtschaftsgüter mit stillen Reserven auf eine ausländische Betriebsstätte überträgt, sondern bei fehlender steuerlicher Abrechnung auf einen Gewinnzuschlag aus einer Dienstleistungserbringung verzichtet. Am Umstand, dass auch hier aufgrund einer territorialen Schranke dem Fiskus Steuersubstrat verloren gehen kann, ändert dies freilich nichts. Es gibt ja denn auch Definitionen, welche die steuersystematische Realisation in einem etwas weiteren Sinne dann annehmen, «wenn ein unternehmensinterner Vorgang bewirkt, dass der potentielle Besteuerungszugriff in Zukunft nicht mehr gewährleistet ist»²²⁷. Allenfalls macht es aber zumindest terminologisch Sinn, nicht von einer steuersystematischen *Realisation* – dieser Begriff ist trotz allem mit dem Bild einer Auflösung stiller Reserven besetzt –, sondern eher von einer steuersystematischen *Abrechnung* zu sprechen. Die steuersystematische Realisation/Abrechnung beruht dabei, wie in Lit. V.B.1.a. hievore bereits erwähnt, auf der steuerlichen Korrektornorm von Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG. Im vorliegenden Fall könnten folgende Gründe für deren Anwendung und damit zugunsten einer steuersystematischen Realisation/Abrechnung geltend gemacht werden²²⁸:

- Die Bestimmung von Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG wird im vorliegenden Fall (Erbringen einer Dienstleistung) anlässlich der Auslegung nicht stärker strapaziert, als wenn man sie mit Blick auf die Überführung von Wirtschaftsgütern anwendet, wie dies ein wesentlicher Teil der Literatur ja durchaus befürwortet²²⁹. Um den Transfer einzelner Wirtschaftsgüter innerhalb eines als juristische Person errichteten Einheitsunternehmens rechtfertigen zu können, muss man bei der Auslegung von Art. 58 Abs. 1 lit. c Satz 2 DBG bekanntlich jeweils die «Hilfsdienste» von Art. 18 Abs. 2 DBG in Anspruch nehmen, da nur letztere Bestimmung explizit die «Überführung von Geschäftsvermögen» und nicht bloss – wie Art. 58 Abs. 1 lit. c Satz 2 DBG – die Verlegung ganzer Geschäftsbetriebe und Betriebsstätten erwähnt. Im hier interessierenden Dienstleistungsfall müsste man somit bei der Auslegung von Art. 58 Abs. 1 lit. c Satz 1 DBG höchstens etwas Ähnliches tun und den Blick auf den Terminus «Verwertung» von Art. 18 Abs. 1 DBG wandern lassen, der von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Sinne eines umfassenden Entstri-

²²⁷ BRÜLSAUER (Fn. 16), S. 339.

²²⁸ Zum alten Recht, d.h. BdBSt resp. Wehrsteuerbeschluss, vgl. auch bereits das KS der ESTV Nr. 24 vom 1.6.1960 (ASA 28, S. 496), Ziff. 2c, das von der Realisation von Drittpreisen für Dienstleistungen ausgeht.

²²⁹ Vgl. die Hinweise zur Literatur bei OBRIST (Fn. 162), S. 558 ff. sowie die Nachweise bei RIEDWEG (Fn. 162), § 10 N 20.

ckungstatbestandes interpretiert wird²³⁰. Dies ist letztlich auch vor dem Hintergrund zulässig, dass sich eine allzu enge Auslegung im vorliegenden Bereich nicht aufdrängt. Oder um es mit den drastischen Worten von ATHANAS/BRÜLISAUER zu formulieren, die unter Zitierung von REICH die hier akute Abrechnungsproblematik wie folgt umreissen: «Mit Bezug auf die Besteuerung von grenzüberschreitenden Sachverhalten hat sich der Gesetzgeber [...], im Bestreben, ein relativ engmaschiges normatives Netz zu knüpfen, in Widersprüche und Ungereimtheiten verstrickt, die in der Steuerpraxis nur dadurch zu beheben sein werden, dass der Wortlaut der Bestimmungen weitgehend beiseitegeschoben wird»²³¹.

- Bei der Überführung von Wirtschaftsgütern (z.B. Verkaufsprodukten aus Umlaufvermögen) wird das Konzept des Steueraufschubs vertreten mit dem Postulat, nicht schon im Moment des Dealings bei der Gewinnermittlung, sondern erst später, wenn bspw. die Betriebstätte die fraglichen Produkte an eine Drittpartei veräussert und eine echte Realisation am Markt erfolgt, den resultierenden Gewinn im Rahmen der Gewinnabgrenzung sachgerecht zwischen Stammhaus und Betriebstätte aufzuteilen²³². Diesem Konzept kann man durchaus Verständnis entgegenbringen. Bei Dienstleistungen unterscheiden sich die Dinge freilich insofern, als bei diesen und anders als bei Gegenständen des Umlaufvermögens (oder allenfalls auch solchen des materiellen oder immateriellen Anlagevermögens) in Zukunft unter Umständen kein *offensichtlicher* Realisationsvorgang auszumachen sein wird. Dienstleistungen fliessen wohl sehr oft unmerklich in die Leistungserstellung einer Betriebstätte ein und werden nicht ein weiteres Mal – wie beim Verkauf von Waren oder einer Maschine durch die Betriebstätte – klar ersichtlich und abgrenzbar am Markt realisiert. Insofern stellt sich hier die Praktikabilitätsfrage hinsichtlich Steueraufschub noch in höherem Masse als dies bereits bei der Überführung von Gegenständen des Anlage- oder Umlaufvermögens der Fall ist. Diese und andere Gründe lassen die Methode der aufgeschobenen Gewinnrealisierung bei Dienstleistungen in einem anderen Licht und somit nicht mehr unbedingt als stringente Alternative zur sofortigen Gewinnrealisation erscheinen.
- Geht man davon aus, dass Art. 52 DBG (und ein DBA) die objektmässige Steuerauscheidung zulässt oder gar verlangt, wäre es auslegungstechnisch aus systematischer Sicht nicht kohärent, wenn man diese Ausschei-

²³⁰ So MARKUS REICH/JULIA VON AH, Kommentar zu Art. 18 DBG, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 18 DBG N 28 mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts vom 14.5.1976, in: ASA 46 (1977/1978), S. 468. Vgl. auch LOCHER (Fn. 10), Art. 18 DBG N 97.

²³¹ ATHANAS/BRÜLISAUER (Fn. 180), S. 114 mit Verweis auf MARKUS REICH, Realisation stiller Reserven und Unternehmensumstrukturierungen, ST 1993, S. 579 ff., S. 580.

²³² Vgl. Lit. V.C.1.b.bb. hievor.

dungsmechanik dann bei Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG gleichsam leerlaufen lassen würde²³³. Denn bei der objektmässigen Methode ist der Moment der Dienstleistungserbringung/des Dealings (wie bei den Wirtschaftsgütern die Überführung) der letztmögliche praktikable Zeitpunkt für eine steuerliche Erfassung, womit gleichsam auch wieder der Bogen zur steuersystematischen Rechtfertigung geschlagen ist. Zudem kann beim Erbringen von Dienstleistungen, anders als bei der Übertragung von Wirtschaftsgütern mit stillen Reserven, nicht als Argument gegen eine steuersystematische Realisierung ins Feld geführt werden, man besteuere unter Umständen einen fiktiven Wert, da sich stille Reserven bis zum späteren echten Realisierungsvorgang verflüchtigen könnten. Dieses Verflüchtigungsrisiko besteht bei Dienstleistungen nicht.

- International gilt unter dem Regime des OECD-MA 2010 die uneingeschränkte Selbstständigkeitsfiktion der Betriebstätte²³⁴, so dass damit verbunden über Dealings abzurechnen ist. Es ist nun durchaus sinnvoll, zwecks Vermeidung von Über- und Unterbesteuerungen²³⁵ das unilaterale und das bilaterale Recht aufeinander abzustimmen. Das internationale Gewinnabgrenzungsrecht sollte insofern mit dem schweizerischen Gewinnermittlungsrecht möglichst synchronisiert sein. Die Wertungen und Prinzipien des bilateralen Rechts sollten «im Rahmen der Auslegung des unilateralen Rechts berücksichtigt werden, zumal die Schweiz gegenüber Art. 7 und 9 OECD-MA keinen Vorbehalt angebracht hat»²³⁶. Es wäre mit anderen Worten kaum überzeugend, wenn die Schweiz den AOA zum Bestandteil der schweizerischen Abkommenspolitik erklärt, ihn dann auch effektiv in einer Reihe von Doppelbesteuerungsabkommen, die das parlamentarische Genehmigungsverfahren durchlaufen haben, verwirklicht, den AOA dann aber in der praktischen Anwendung bei der Ausle-

²³³ Analoger Auffassung betreffend Annahme, dass die Bestimmungen zum «Umfang der Steuerpflicht» (Art. 52 DBG) mit denjenigen zur Realisation (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG) zusammenhängen, d.h. gleichsam «gekoppelt» auszulegen sind: BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 439 f.

²³⁴ Was aus Schweizer Optik zumindest für sog. «Inbound-Verhältnisse» gilt (BRÜLISAUER [Fn. 4], Art. 7 OECD-MA N 281). Wendet man die objektmässige Steuerauscheidungsmethode auch im «Outbound-Fall» an, spricht nichts dagegen, auch für diesen von der uneingeschränkten Selbstständigkeitsfiktion der Betriebstätte auszugehen.

²³⁵ Diese können durchaus entstehen (vgl. dazu das eine Überführung von Wirtschaftsgütern betreffende Beispiel bei PÉCHOTA [Fn. 157], S. 182, was aber keinen Unterschied zur hier interessierenden Dienstleistungsfrage macht, sowie die Schlussfolgerung dieses Autors auf S. 183: «It thus is recommended that the contracting states allow for recognition of the non-realized profits resulting from the relocation of assets as tax-recognized items in the taxable year in which they are transferred between the PE and other parts of the company»).

²³⁶ BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 472. Ebenso BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 346.

gung schweizerischer Normen bereits bei der unilateralen Gewinnermittlung «auflaufen» liesse.

ccc) Stammhaus oder Betriebsstätte als separate Gewinnermittlungseinheiten

Falls man, wie in Lit. V.B.2. hievor kurz diskutiert, Stammhaus und Betriebsstätte je als eigene Gewinnermittlungseinheiten und damit im Sinne der uneingeschränkten Selbstständigkeitsfiktion wie juristische Personen behandeln würde, könnte sich die Aufrechnung eines Gewinnaufschlages (im Eingangsbeispiel von 10) allenfalls auch aufgrund von Art. 58 Abs. 1 lit. a und b DBG rechtfertigen. Damit würde man die mit dem Eingangsbeispiel aufgeworfene Frage nach dem Gewinnaufschlag bei Dienstleistungen unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Gewinnausschüttung²³⁷ oder, wohl besser gesagt, der «fiktiven» Gewinnausschüttung abhandeln. Auf die relative dogmatische Neuheit einer solchen Konstruktion trotz Verankerung des AOA im bilateralen Recht und der damit einhergehenden uneingeschränkten Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte wurde mit Blick auf die fehlende gesetzliche Grundlage oben bereits hingewiesen²³⁸.

ddd) Literaturmeinungen

Die schweizerische Literatur scheint bei «Innen-Dienstleistungen» zwischen Stammhaus und Betriebsstätte teilweise eine Ertragsrealisation anzunehmen²³⁹, ohne allerdings die Problematik der Gewinnermittlung explizit und im Detail zu thematisieren. Gewisse Autoren dagegen verneinen das Vorliegen einer innerstaatlichen Rechtsgrundlage, um interne Dienstleistungen im Zeitpunkt

²³⁷ Oder je nach Richtung des Leistungsflusses könnte auch eine «verdeckte Kapitaleinlage» vorliegen.

²³⁸ Vgl. Lit. V.B.2. hievor.

²³⁹ So die Interpretation durch ATHANAS/BRÜLISAUER (Fn. 180) der Literaturstellen bei KLAUS D. BUCIEK, Kommentar zu Art. 7 DBA Deutschland-Schweiz, in: Hans Flick/Franz Wassermeyer/Michael Kempermann (hrsg. von Franz Wassermeyer/Michael Kempermann/Johannes Bassler/Nils Häck), Doppelbesteuerungsabkommen Deutschland-Schweiz, Kommentar, Loseblatt (Stand: 47. Lieferung), Köln seit 1981, Art. 7 Rz. 505 resp. MAX WIDMER/MARKUS KRONAUER, Zuteilung und Besteuerung der Unternehmensgewinne bei Betriebsstätten, in: Ernst Höhn (Hrsg.), Handbuch des internationalen Steuerrechts der Schweiz, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1993, S. 226 ff., S. 257. Letztere wiederum beziehen sich auf MAX B. LUDWIG, Die Besteuerung von Unternehmen mit Betriebsstätten im Ausland, Generalbericht, Cahiers de droit fiscal international, IFA Kongress Lausanne 1973, Volume LVIIIa, Den Haag/London/Boston 1973, S. 1 ff., S. 12 sowie JEAN-MARC RIVIER, Die Besteuerung von Unternehmen mit Betriebsstätten im Ausland, Länderbericht Schweiz, Cahiers de droit fiscal international, IFA Kongress Lausanne 1973, Volume LVIIIa, Den Haag/London/Boston 1973, S. 297 ff., S. 302.

der Dienstleistungserbringung gewinnauslösend zu erfassen²⁴⁰. So wollen ATHANAS/BRÜLISAUER das Problem der sachgerechten Gewinnallokation nicht bereits im Rahmen der lokalen Gewinnermittlung, d.h. bei der Innentransaktion (Dealing), sondern – wenn überhaupt – erst anlässlich der bilateralen Gewinnabgrenzung, d.h. bei der Aussentransaktion (echte Realisierung) lösen. Oder wie dies die beiden Autoren mit Blick auf die Situation *de lege lata* formulieren: «Unternehmensinterne Dienstleistungen können weder durch Art. 18 Abs. 2 DBG noch durch Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG steuersystematisch erfasst werden. Diese können nur durch Aufwandszuordnung oder durch *Beteiligung an den (zukünftigen) Erträgen, die auf die erbrachten Dienstleistungen zurückzuführen sind*, abgegolten werden»²⁴¹.

Immerhin gehen auch diese beiden Autoren *de lege ferenda* davon aus, dass es sowohl aus Praktikabilitätsüberlegungen als auch aus theoretischer Sicht sinnvoll wäre, «innerbetriebliche Leistungsbeziehungen bereits im Zeitpunkt der Leistungserbringung steuerlich bzw. abgrenzungstechnisch zu erfassen, damit die Abgrenzung des echt realisierten Gewinns nach dem Prinzip der wirtschaftlichen Zugehörigkeit verursachungsgerecht erfolgen kann»²⁴².

eee) Regelung der Steuervorlage 17

Die Steuervorlage 17 (SV 17) enthält in Art. 61b E-DBG folgenden Entwurf einer DBG-Bestimmung:

«¹ Endet die Steuerpflicht, so werden die in diesem Zeitpunkt vorhandenen, nicht versteuerten stillen Reserven einschliesslich des selbst geschaffenen Mehrwerts besteuert.

² Als Ende der Steuerpflicht gelten die Verlegung von Vermögenswerten, Betrieben, Teilbetrieben oder Funktionen aus dem Inland in einen ausländischen Geschäftsbetrieb oder in eine ausländische Betriebsstätte, der Übergang zu einer Steuerbefreiung nach Artikel 56 sowie die Verlegung des Sitzes oder der tatsächlichen Verwaltung ins Ausland».

Eine ähnliche Bestimmung enthielt auch bereits die Vorlage zur Unternehmenssteuerreform III²⁴³, die dann in der Volksabstimmung vom 12. Februar

²⁴⁰ So bspw. MADELEINE SIMONEK, Rezension von: Peter Brülisauer, Gewinnabgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte im internationalen Steuerrecht der Schweiz, Diss. iur., Universität St. Gallen 2006, Bern/Stuttgart/ Wien 2006, FStR 2007, S. 155 ff., S. 159 unter Zustimmung zu derselben von BRÜLISAUER in seiner Dissertation vertretenen Ansicht. Ebenso ATHANAS/BRÜLISAUER (Fn. 180), *passim* (vgl. sogleich im Text).

²⁴¹ ATHANAS/BRÜLISAUER (Fn. 180), S. 115 (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁴² ATHANAS/BRÜLISAUER (Fn. 180), S. 115.

²⁴³ Vgl. Botschaft zum Unternehmenssteuerreformgesetz III vom 5. Juni 2015, BBl 2015 5069, 5212.

2017 bekanntlich abgelehnt wurde. Gemäss ihrem Wortlaut deckt die zitierte Bestimmung unter anderem die Überführung von Vermögenswerten in ausländische Betriebstätten ab. Was Dienstleistungen anbelangt, werden diese mit Blick auf die geplante Norm in der Botschaft zur SV 17 im Zusammenhang mit Funktionsverlagerungen wie folgt thematisiert:

«Absatz 2 nennt die Tatbestände, bei welchen über die stillen Reserven einschliesslich des selbst erschaffenen Mehrwerts abzurechnen ist. Neu wird präzisiert, dass steuerlich auch über einzelne Funktionen (z.B. Verkaufstätigkeiten, Dienstleistungen usw.) abzurechnen ist, wenn diese ins Ausland verlegt werden»²⁴⁴.

Interessant ist, dass die Botschaft von einer «Präzisierung» spricht, als ob die fragliche Abrechnungsmöglichkeit für Funktionen inkl. Dienstleistungen schon immer gegolten hätte. Wie ist der fragliche Passus mit Blick auf die hier interessierende Frage zu interpretieren? Möglicherweise deckt er nicht genau den vorliegenden Fall ab. Die im Artikel erwähnte Funktionsverlagerung²⁴⁵ ist aber immerhin mit unserer Dienstleistungskonstellation verwandt und damit in Zukunft, falls die Norm in Kraft treten sollte, als Indiz für eine steuerliche Erfassung des im Eingangsbeispiel interessierenden Gewinnaufschlages zu werten. Dazu Folgendes: In unserem Beispiel erbringen Personen des Hauptsitzes eine Dienstleistung. Bei dem in der Botschaft anvisierten Fall würden wohl diese Personen ins Ausland, auf die Betriebstätte verlegt, so dass in Zukunft dieser die fraglichen Personalfunktionen und das damit verbundene Gewinnpotential zugerechnet werden müssten. Gemeinsam ist beiden Fällen, dass möglicherweise keine Wirtschaftsgüter mit stillen Reserven übertragen werden und trotzdem eine steuerliche Abrechnung erfolgt. Soll bei der Personalausgliederung, also der Funktionsverlagerung abgerechnet werden können, ist es zumindest nicht völlig abwegig, dies auch im ersteren, hier interessierenden Fall der Dienstleistungserbringung zu tun.

bb) Steuerausscheidung gemäss der quotenmässig-direkten Methode

In der Literatur hat sich vor allem BRÜLISAUER mit der Frage beschäftigt, ob das Erbringen von Dienstleistungen durch das schweizerische Stammhaus an eine ausländische Betriebstätte zur Gewinnrealisierung in der Schweiz führen kann. Der genannte Autor verneint dies mit Bezug auf die quotenmässig-

²⁴⁴ Botschaft zum Bundesgesetz über die Steuervorlage 17 (SV17), BBl 2017 57.

²⁴⁵ Vgl. zu dieser PETER BRÜLISAUER/STEPHAN KUHN, Allokation und Reallokation von betrieblichen Funktionen und Risiken im multinationalen Konzern, FStR 2002, S. 81 ff., S. 86 ff.; BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 507 ff. sowie RAOUL STOCKER/KERSTEN A. HONOLD, Schweizer Steuerfolgen bei Geschäftsstrukturierungen über die Grenze, FStR 2011, S. 229 ff. und JACOBS (Fn. 7), S. 745 ff.

direkte Steuerauscheidungsmethode unter Berufung auf das in Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG verankerte Massgeblichkeits- und Realisationsprinzip, denen zufolge nur «der im Verkehr mit Dritten *echt realisierte Aussen-Ertrag* steuerlich erfasst werden» dürfe²⁴⁶. Es kann auf die Ausführungen in Lit. V.C.5.a.aa.ddd. hievor verwiesen werden. Das heisst BRÜLISAUER zufolge nun aber nicht, dass man das Erbringen von Dienstleistungen im Einheitsunternehmen völlig ausser Acht lassen darf. Zwar nicht schon im Zeitpunkt der Innentransaktion/des Dealings, wohl aber bei der bilateralen *Gewinnabgrenzung*, d.h. im Moment der Aussenstransaktion/echten Realisierung will dieser Autor der Dienstleistungserbringung zu Marktpreisen im Einheitsunternehmen dann durchaus Rechnung tragen²⁴⁷.

Ferner differenziert BRÜLISAUER je nach Dienstleistung. Bei administrativen Dienstleistungen («Verwaltungsdienstleistungen») soll der Dienstleistungserbringung durch das schweizerische Stammhaus bspw. pauschal/schematisch durch Gewährung eines Präzipiums Rechnung getragen werden²⁴⁸. Bei operativen Dienstleistungen («Geschäfts-Dienstleistungen») soll hingegen mittels einer separaten Abgrenzungsrechnung sichergestellt werden, dass im Moment der Steuerauscheidung das Schweizer Stammhaus durch eine entsprechend erhöhte Ausscheidungsquote an dem durch die Dienstleistung bewirkten höheren Gesamtgewinn der Unternehmung angemessen partizipiert²⁴⁹.

cc) Schlussfolgerung

Nach der hier vertretenen Meinung lassen die schweizerischen Gewinnermittlungsvorschriften gerade noch die Annahme zu, dass bei Anwendung der objektmässigen Steuerauscheidungsmethode beim schweizerischen Stammhaus, welches seiner ausländischen Betriebsstätte eine Dienstleistung erbringt, aus steuersystematischen Gründen ein Ertrag realisiert wird (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG). Über dieses «Dienstleistungs-Dealing» kann somit unter lokalsteuerlichem Gesichtspunkt im Rahmen der Gewinnermittlung sofort abge-

²⁴⁶ BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 354; vgl. zur ganzen Problematik auch DERS. (Fn. 3), S. 229 f. sowie BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 499.

²⁴⁷ BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 354 f. Vgl. auch ATHANAS/BRÜLISAUER (Fn. 180), S. 105: «Der tatsächlich realisierte Gewinn muss alsdann im Rahmen der Abgrenzung entsprechend seiner zeitlichen Entstehung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte aufgeteilt werden».

²⁴⁸ BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 355. Ebenso BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 77 f. und BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 502.

²⁴⁹ BRÜLISAUER (Fn. 3), S. 229 f. und S. 232 sowie DERS. (Fn. 16), S. 355. Ebenso BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 501 i.V.m. N 500.

rechnet werden²⁵⁰. Es liegt ein qualifizierter, d.h. abgrenzungsrelevanter unternehmensinterner Sachverhalt vor, wie er bspw. auch in der Literatur²⁵¹ allgemein für die Anwendung von Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG verlangt wird. Diese Lösung ist dogmatisch zwar nicht auf Grimselgranit verankert, steht aber auch nicht gerade auf Treibsand, sondern zumindest auf Berner Sandstein. Sie ist zugegebenermassen eher das Resultat eines Prozesses, von zwei Übeln das kleinere zu wählen. Denn wenn die lokalen Gewinnermittlungsvorschriften nicht auf die bilateralen Gewinnausscheidungsregeln abgestimmt sind, kann dies zu kaum praktikablen Verhältnissen resp. Unter- oder Überbesteuerungen führen, wie das auch in der internationalsteuerlichen Literatur festgestellt wurde²⁵². Zu bedauern ist trotzdem, dass der schweizerische Gesetzgeber anlässlich der Steuervorlage 17 (wie auch schon bei der USR III) nicht eine klarere Norm in Bezug auf die unilaterale Gewinnermittlung vorgesehen hat, um dem AOA auch intern-rechtlich überzeugender zum Durchbruch zu verhelfen. Bei der steuersystematischen Realisation/Abrechnung wird seitens der Lehre ja regelmässig vertreten, dass es dazu einer klaren gesetzlichen Grundlage bedarf²⁵³.

In unserem nördlichen und östlichen Nachbarland bestehen diesbezüglich denn auch genauere Vorschriften. So hält etwa das deutsche Aussensteuergesetz fest, dass eine unter Umständen zur Einkünftekorrektur berechtigte Geschäftsbeziehung auch vorliegt bei «Geschäftsvorfällen zwischen einem Unternehmen eines Steuerpflichtigen und seiner in einem anderen Staat gelegenen Betriebsstätte (anzunehmende schuldrechtliche Beziehungen)»²⁵⁴. Und in Österreich wird in § 6 Z 6 EStG im Anschluss an die für Wirtschaftsgüter geltenden Überführungsbestimmungen präzisiert: «Dies gilt sinngemäss für sonstige Leistungen»²⁵⁵.

Mit einer gesetzlichen Regelung hätte man sich in der Schweiz zumindest für die Zukunft einigermassen gewagte dogmatische Klimmzüge ersparen können, um eine sachgerechte Gewinnverteilung im Verhältnis Stammhaus-Betriebsstätte zu erreichen.

²⁵⁰ Von einer jeweils sofortigen steuerlichen Abrechnung geht auch BRÜLISAUER aus, wenn er im Falle einer Inlandbetriebsstätte die Steuerausscheidung gemäss der objektmässigen Methode als zulässig erachtet (BRÜLISAUER [Fn. 3], S. 220, S. 222 sowie S. 229).

²⁵¹ BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 455.

²⁵² Vgl. dazu etwa PÉCHOTA (Fn. 157), S. 182 ff.

²⁵³ BEHNISCH (Fn. 167), S. 200; BRÜLISAUER/MÜHLEMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 394 m.w.N.

²⁵⁴ § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 AStG.

²⁵⁵ Vgl. zu dieser Bestimmung PLANSKY (Fn. 46), S. 127 sowie EDUARD LECHNER, Steuerentstrickung gemäss § 6 Z 6 EStG nach dem AbgÄG 2004, in: Michael Lang/Heinz Jirousek (Hrsg.), Praxis des Internationalen Steuerrechts, Festschrift für Helmut Loukota zum 65. Geburtstag, Wien 2005, S. 289 ff.

b) Nutzungsüberlassungen von Mobilien/derivativen Immaterialgütern von einem schweizerischen Stammhaus an dessen Auslandbetriebstätte

Bei der oben diskutierten Übertragung von materiellem Anlagevermögen wurde angenommen, dass die fraglichen Wirtschaftsgüter definitiv ins Ausland überführt werden. Findet dagegen keine *definitive* Übertragung von mobilem Anlagevermögen oder derivativ erworbenem immateriellem Anlagevermögen statt, sondern wird dieses im Rahmen einer Gebrauchs- oder Nutzungsüberlassung zeitlich bloss beschränkt zur Verfügung gestellt (Miete, Leasing, Lizenzierung usw.), kommen die soeben zur Dienstleistung dargestellten Regeln sinngemäss zur Anwendung, da es sich um wirtschaftlich verwandte Tatbestände handelt²⁵⁶. Es kann auf Stufe des schweizerischen Stammhauses im Zuge dieses Dealings steuerlich somit sofort ein marktkonformer Miet-, Leasing- oder ähnlicher Ertrag erfasst werden (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG).

Meines Erachtens könnte man ebenfalls einen wirtschaftlichen Zusammenhang zu der definitiven Überführung von Wirtschaftsgütern (materielles und derivativ erworbenes immaterielles Anlagevermögen, Umlaufvermögen) herstellen. Wenn man den endgültigen Transfer besagter Güter zum Anlass einer steuersystematischen Abrechnung nimmt, wäre es nicht überzeugend, bloss vorübergehende Nutzungsüberlassungen und die damit verbundenen Gewinnaufschläge nicht ebenfalls zu erfassen, gehen doch dem schweizerischen Fiskus diese Gewinnkomponenten ebenso definitiv verloren wie beim Gütertransfer die stillen Reserven, wenn sie nicht periodengerecht besteuert werden. Zudem werden bei einer Nutzungsüberlassung keine stillen Reserven besteuert, die sich allenfalls später verflüchtigen, was eine Abrechnung sogar noch angezeigt erscheinen lässt als beim definitiven Wirtschaftsgütertransfer selbst.

Dass es zudem nicht derart abwegig ist, bspw. bei einem Pachtverhältnis die Frage nach einer steuersystematischen Realisation/Abrechnung zu stellen, auf der die steuerliche Abrechnung letztlich beruht, zeigen ebenso die inner-schweizerischen Geschäftsverpachtungsfälle²⁵⁷.

²⁵⁶ In diesem Sinne vertritt auch BRÜLISAUER eine analoge Anwendung der Regeln (BRÜLISAUER [Fn. 3], S. 223 sowie DERS. [Fn. 16], S. 355).

²⁵⁷ Vgl. Art. 18a Abs. 2 DBG. Vgl. ferner LOCHER (Fn. 10), Art. 18 DBG N 110.

6. *Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen von Mobilien/derivativen Immaterialgütern von einer schweizerischen Betriebstätte an deren ausländisches Stammhaus*

a) **Steuerausscheidung gemäss der objektmässigen Methode**

Werden die Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen nicht von einem schweizerischen Stammhaus, sondern einer schweizerischen Betriebstätte ins Ausland erbracht, ergeben sich im Rahmen der objektmässigen Steuerauscheidungsmethode hinsichtlich lokaler Gewinnermittlung grundsätzlich dieselben Steuerfolgen wie bei einer Leistungserbringung durch ein schweizerisches Stammhaus ins Ausland²⁵⁸.

Es ist denn auch die objektmässige Steuerauscheidung und damit die im Regelfall zwingend zur Anwendung kommende sofortige Abrechnung über den Gewinnaufschlag, die bei Inlandbetriebstätten greift. Dies unter anderem deshalb, weil eine schweizerische Betriebstätte bloss verpflichtet ist, eine separate Betriebstättenbuchhaltung, nicht aber eine Gesamtbuchhaltung einzureichen²⁵⁹ und damit zusammenhängend die Informationsbeschaffung über das Gesamt-/Einheitsunternehmen zusätzlich erschwert ist²⁶⁰.

Insofern deutet bei einer Inlandbetriebstätte alles akzentuiert auf die objektmässige Ausscheidungsmethode und die damit verbundenen Rechtsfolgen gemäss den Ausführungen in Lit. V.C.5.a.aa. hievor hin, da in diesem Falle die Alternativmöglichkeit der quotenmässig-direkten Methode kaum zur Verfügung steht.

7. *Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen von Mobilien/derivativen Immaterialgütern von einer Auslandbetriebstätte an deren schweizerisches Stammhaus*

a) **Dienstleistungen von der Auslandbetriebstätte an deren schweizerisches Stammhaus**

aa) **Steuerausscheidung gemäss der objektmässigen Methode**

Bei dieser Konstellation stellt sich die spiegelbildliche Frage zu der in Lit. V.C.5.a.aa. hievor diskutierten Problematik der Realisierung eines Ge-

²⁵⁸ Vgl. Lit. V.C.5. hievor.

²⁵⁹ BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 238.

²⁶⁰ BRÜLISAUER (Fn. 16), S. 243.

winnaufschlages, nämlich ob eine von der Auslandbetriebstätte erbrachte Dienstleistung, die mit einem drittpreiskonformen Honorar abgerechnet wurde, beim die Dienstleistung beanspruchenden schweizerischen Stammhaus als geschäftsmässig begründeter Aufwand abgezogen werden kann.

Wie in Lit. V.B.1. und 2. hievor erläutert, könnte dieses Resultat auf zwei verschiedenen Wegen erzielt werden. Entweder man wendet die steuersystematische Realisierung/Abrechnung nicht nur mit Bezug auf die Ertrags-, sondern auch hinsichtlich Aufwandseite an. Oder aber man qualifiziert Stammhaus und Betriebstätte als separate, individuelle Gewinnermittlungseinheiten (was aber allenfalls im Moment noch an der fehlenden gesetzlichen Grundlage scheitern könnte).

Zur Rechtfertigung einer Aufwandberücksichtigung mittels steuersystematischer Realisierung Folgendes: Auf der Ertragsseite (bei der Honorarempfängerin) begründet man die Erfassung des Gewinnaufschlages bekanntlich mit einer steuersystematischen Realisierung und mit Anwendung von Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG. Dabei wird das Massgeblichkeitsprinzip zu Lasten des Steuerpflichtigen insofern durchbrochen, als bekanntlich in der Jahresrechnung des Einheitsunternehmens kein steuerbarer Gewinnaufschlag ausgewiesen wird. In der Literatur wird nun zu Recht die Ansicht vertreten, dass eine Durchbrechung des Massgeblichkeitsprinzips nicht nur zu Lasten, sondern auch zu Gunsten der Steuerpflichtigen möglich sein muss. In unserem Fall hätte man somit zur steuersystematischen Abrechnung auf der Ertragsseite gleichsam einen korrespondierenden steuersystematischen Abzug auf der Aufwandseite. Dies immer vorausgesetzt, es besteht ein sachlicher Zusammenhang zwischen Aufwendung und Geschäftsbetrieb in dem Sinne, dass der Aufwand betrieblich verursacht bzw. unternehmerisch veranlasst ist²⁶¹.

Eine zusätzliche Begründung für die Annahme eines steuerlich relevanten Abzuges könnte ferner wie folgt lauten: Aus dem Ausland erworbene Wirtschaftsgüter dürfen bekanntlich auf Stufe des schweizerischen Stammhauses oder der schweizerischen Betriebstätte zum Verkehrswert eingebucht werden (siehe Lit. V.C.3.a.aa. hievor). Darin sieht die Literatur ebenfalls eine Durchbrechung des Massgeblichkeitsprinzips²⁶². Es wäre nun im Sinne korrespondierender Verhältnisse nicht sachgerecht, bei einem Vorgang, bei dem nicht ein aktivierbares Wirtschaftsgut erworben, sondern eine sofort der Erfolgsrechnung zu belastende Dienstleistung beansprucht wird, eine Durchbrechung oder zumindest Einschränkung des traditionellen Massgeblichkeitsprinzips *a priori* zu verwerfen.

²⁶¹ BAUMHOFF/LEITNER/DIGERONIMO (Fn. 31), S. 557. Vgl. zur ganzen Problematik auch BRÜLSAUER (Fn. 4), Art. 7 OECD-MA N 231 ff., namentlich zur Unterscheidung zwischen «Anknüpfung an eine zielgerichtete Tätigkeit der Betriebstätte» versus «Anknüpfung an die blosse Existenz der Betriebstätte».

²⁶² BRÜLSAUER (Fn. 16), S. 354.

Abschliessend sei der Bogen noch zum internationalen Steuerrecht erweitert. Es wäre erneut, wie bereits in Lit. V.C.5.a.aa.bbb. hievor ausgeführt, nicht befriedigend, wenn man sich auf internationaler Ebene zur Einführung des AOA verpflichtet hätte, den AOA dann aber im Zuge der lokalen Gewinnermittlung faktisch nur auf der Ertrags-, nicht dagegen auf der Aufwandseite implementieren würde. Daraus würden sich verpönte Doppelbesteuerungen ergeben. Die AOA-Grundsätze sind somit auch binnenrechtlich synchron anzuwenden.

bb) Steuerauscheidung gemäss der quotenmässig-direkten Methode

Es kann grundsätzlich auf die Ausführungen in Lit. V.C.5.a.bb. hievor verwiesen werden, die sinngemäss auf die vorliegende Konstellation zu übertragen sind. Nach BRÜLSAUER als dem Hauptvertreter dieses Ausscheidungskonzeptes liegt somit kein sofortiger geschäftsmässig begründeter Aufwand i.S.v. Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG i.V.m. Art. 59 DBG vor, der bereits im Moment der Dienstleistungserbringung steuerlich der Betriebsstätte belastet werden dürfte. «Werden interne Dienstleistungen vom Ausland ins Inland erbracht, können lediglich die effektiven Aufwendungen von der inländischen Bemessungsgrundlage abgezogen werden»²⁶³. Der Dienstleistungserbringung ist nach dieser Auffassung durch die Zuordnung eines Präzipuums an das ausländische Stammhaus, oder aber im Rahmen der bilateralen *Gewinnabgrenzung*, Rechnung zu tragen²⁶⁴.

b) Nutzungsüberlassungen von Mobilien/derivativen Immaterialgütern von einem schweizerischen Stammhaus an dessen Auslandbetriebsstätte

Es kommen die soeben zur Dienstleistungserbringung gemachten Ausführungen sinngemäss zur Anwendung. Auf Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen können dieselben Regeln zur Anwendung gelangen²⁶⁵. Es sei auf die Ausführungen in Lit. V.C.5.b. hievor verwiesen. Dem schweizerischen Stammhaus könnte im Moment des Dealings ein marktkonformer «Mietzins» oder eine marktkonforme «Lizenzgebühr» belastet werden, immer vorausgesetzt, es besteht ein sachlicher Zusammenhang zwischen Aufwendung und Geschäftsbetrieb in dem Sinne, dass der Aufwand betrieblich verursacht bzw. unternehmerisch veranlasst ist²⁶⁶.

²⁶³ BRÜLSAUER/MÜHELMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 506 (Hervorhebung weggelassen).

²⁶⁴ Vgl. BRÜLSAUER (Fn. 3), S. 229 f.; DERS. (Fn. 16), S. 356. Ebenso BRÜLSAUER/MÜHELMANN (Fn. 22), Art. 58 DBG N 506.

²⁶⁵ BRÜLSAUER (Fn. 3), S. 223.

²⁶⁶ BAUMHOFF/LEITNER/DIGERONIMO (Fn. 31), S. 557.

8. *Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen von Mobilien/derivativen Immaterialgütern von einem ausländischen Stammhaus an dessen schweizerische Betriebstätte*

Es gelten die soeben in der vorangehenden Litera gemachten Ausführungen zum Stammhaus sinngemäss, ja sogar noch insofern akzentuiert, als bei der Inlandbetriebstätte im Sinne der absoluten Selbständigkeitsfiktion grundsätzlich die objektmässige Steuerauscheidungsmethode zur Anwendung gelangt, die Informationsbeschaffung vom ausländischen Stammhaus erschwert ist und auch keine Pflicht besteht, eine Gesamtbuchhaltung zu erstellen.

9. *Zusammenfassende Rasterdarstellung*

Rastermässig lassen sich die zur lokalen Gewinnermittlung gemachten Ausführungen bei Anwendung der im Vordergrund stehenden objektmässigen Steuerauscheidung wie folgt zusammenfassen:

	Vom schweizerischen Stammhaus an dessen Auslandsbetriebstätte	Von der schweizerischen Betriebstätte an deren ausländisches Stammhaus	Vom ausländischen Stammhaus an dessen Inlandsbetriebstätte	Von der Auslandsbetriebstätte an deren schweizerisches Stammhaus
Überführung von Gütern des materiellen Anlagevermögens	Steuersystematische Realisierung der stillen Reserven im Zeitpunkt der Überführung (Dealing), kein Steuerzuschub. (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 61b E-DBG)	Steuersystematische Realisierung der stillen Reserven im Zeitpunkt der Überführung (Dealing), kein Steuerzuschub. (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 61b E-DBG)	Aktivierung des Wirtschaftsgutes zum Verkehrswert. (Praxis resp. Art. 61a E-DBG)	Aktivierung des Wirtschaftsgutes zum Verkehrswert. (Praxis resp. Art. 61a E-DBG)
Überführung von Gütern des (derivativen) immateriellen Anlagevermögens	Steuersystematische Realisierung der stillen Reserven im Zeitpunkt der Überführung (Dealing), kein Steuerzuschub. (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 61b E-DBG)	Steuersystematische Realisierung der stillen Reserven im Zeitpunkt der Überführung (Dealing), kein Steuerzuschub. (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 61b E-DBG)	Aktivierung des Wirtschaftsgutes zum Verkehrswert. (Praxis resp. Art. 61a E-DBG)	Aktivierung des Wirtschaftsgutes zum Verkehrswert. (Praxis resp. Art. 61a E-DBG)

	Vom schweizerischen Stammhaus an dessen Auslandsbetriebstätte	Von der schweizerischen Betriebsstätte an deren ausländisches Stammhaus	Vom ausländischen Stammhaus an dessen Inlandsbetriebstätte	Von der Auslandsbetriebstätte an deren schweizerisches Stammhaus
Überführung von Gütern des Umlaufvermögens	Steuersystematische Realisierung der stillen Reserven im Zeitpunkt der Überführung (Dealing), kein Steueraufschub. (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 61b E-DBG)	Steuersystematische Realisierung der stillen Reserven im Zeitpunkt der Überführung (Dealing), kein Steueraufschub. (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 61b E-DBG)	Aktivierung des Wirtschaftsgutes zum Verkehrswert. (Praxis resp. Art. 61a E-DBG)	Aktivierung des Wirtschaftsgutes zum Verkehrswert. (Praxis resp. Art. 61a E-DBG)
Erbringen von Dienstleistungen (fiktives «DL-Honorar»)	Steuersystematische Abrechnung über den Gewinnzuschlag im Zeitpunkt der Leistungserbringung (Dealing), kein Steueraufschub. (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 61b E-DBG)	Steuersystematische Abrechnung über den Gewinnzuschlag im Zeitpunkt der Leistungserbringung (Dealing), kein Steueraufschub. (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 61b E-DBG)	Geschäftsmässig begründeter Aufwand. («Kongruenzprinzip», allenfalls Massgeblichkeitsprinzip bezogen auf Betriebstätte infolge uneingeschränkter Selbstständigkeitsfiktion)	Geschäftsmässig begründeter Aufwand. («Kongruenzprinzip», allenfalls Massgeblichkeitsprinzip bezogen auf Betriebstätte infolge uneingeschränkter Selbstständigkeitsfiktion)
Nutzungsüberlassung von beweglichen Gütern des materiellen Anlagevermögens (fiktiver «Miet- oder Pachtzins»)	Steuersystematische Abrechnung über den Gewinnzuschlag im Zeitpunkt der Leistungserbringung (Dealing), kein Steueraufschub. (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 61b E-DBG)	Steuersystematische Abrechnung über den Gewinnzuschlag im Zeitpunkt der Leistungserbringung (Dealing), kein Steueraufschub. (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 61b E-DBG)	Geschäftsmässig begründeter Aufwand. («Kongruenzprinzip», allenfalls Massgeblichkeitsprinzip bezogen auf Betriebstätte infolge uneingeschränkter Selbstständigkeitsfiktion)	Geschäftsmässig begründeter Aufwand. («Kongruenzprinzip», allenfalls Massgeblichkeitsprinzip bezogen auf Betriebstätte infolge uneingeschränkter Selbstständigkeitsfiktion)
Nutzungsüberlassung von Immaterialgütern (fiktive «Lizenzgebühr»)	Steuersystematische Abrechnung über den Gewinnzuschlag im Zeitpunkt der Leistungserbringung (Dealing), kein Steueraufschub. (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 61b E-DBG)	Steuersystematische Abrechnung über den Gewinnzuschlag im Zeitpunkt der Leistungserbringung (Dealing), kein Steueraufschub. (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 61b E-DBG)	Geschäftsmässig begründeter Aufwand. («Kongruenzprinzip», allenfalls Massgeblichkeitsprinzip bezogen auf Betriebstätte infolge uneingeschränkter Selbstständigkeitsfiktion)	Geschäftsmässig begründeter Aufwand. («Kongruenzprinzip», allenfalls Massgeblichkeitsprinzip bezogen auf Betriebstätte infolge uneingeschränkter Selbstständigkeitsfiktion)
Verrechnung von internen Zinsen	n/a (kein Dealing)	n/a (kein Dealing)	n/a (kein Dealing)	n/a (kein Dealing)

10. *Zwischenergebnis*

Die Praxis der ESTV und ein Teil des Schrifttums will die Steuerauscheidung generell, d.h. sowohl im Falle der Inlandbetriebstätte als auch in jenem der Auslandbetriebstätte nach der objektmässigen Methode vornehmen. Demgegenüber wollen einzelne Autoren bei der Auslandbetriebstätte die quotenmässig-direkte Steuerauscheidung zur Anwendung bringen. Der Hauptunterschied zwischen den beiden Ausscheidungsmechanismen liegt erstens darin, dass bei der objektmässigen Steuerauscheidung die stillen Reserven im Zuge einer Wirtschaftsgüterüberführung (Dealing) sofort besteuert werden, bei der quotenmässig-direkten Methode dagegen ein Aufschub greifen kann (These der aufgeschobenen Gewinnrealisierung). Hierin besteht wohl aus Sicht der Steuerpflichtigen der Hauptnachteil der objektmässigen Steuerauscheidungsmethode (sofortiger steuerbarer Ertrag ohne Liquiditätszufluss), der zwar nicht systembedingt ist, aber wohl im Konzept der «uneingeschränkten Selbständigkeitsfiktion» der Betriebstätte einer positiv-rechtlich verankerten Aufschubsregelung bedürfte, um angewendet zu werden. Zumindest bei Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen ist die objektmässige Methode im Ergebnis dagegen nicht fiskalistischer, weil bei ihr ja nicht nur die steuererhöhende Ertragsrealisation sofort erfolgt, sondern auch der steuermindernde Aufwandausweis.

VI. Fallstudie

A. Einleitung

Die bisherigen theoretischen Aussagen zu Dealings sollen anhand einer kleinen Fallstudie exemplifiziert und vertieft werden. Es sollen gleichsam die einzelnen Puzzlesteine zusammengesetzt und mit einer Klammer versehen werden. Dabei sei an das eingangs erwähnte Beispiel der Inland AG resp. Ausland AG angeknüpft. Die Fälle werden dabei nach Massgabe der von OECD, Schweizer Behörden- und Gerichtspraxis favorisierten objektmässigen Ausscheidungsmethode gelöst. Aus Platzgründen können die Lösungsvorschläge nur als Raster, partiell ergänzt durch Fussnoten, dargestellt werden.

B. Sachverhalt

Folgende Transaktionen sollen aus steuerlicher Optik beurteilt werden:

1. Fall der Auslandbetriebstätte («Inland AG» mit «BS-Ausland»)
 - 1.1 Die Inland AG überträgt der BS-Ausland eine Verpackungsmaschine (Buchwert bei der Inland AG: 100; Verkehrswert: 120)²⁶⁷.
 - 1.2 Die Inland AG überträgt ein von Dritten früher erworbenes Immaterialgut gegen Entgelt auf die BS-Ausland (Buchwert des Immaterialgutes: 100; Verkehrswert 300).
 - 1.3 Die Inland AG überträgt das Immaterialgut nicht auf die BS-Ausland, sondern stellt ihr dieses gegen ein marktkonformes jährliches Nutzungsentgelt von 10 zur Verfügung (jährliche Kosten bei der Inland AG: 2)²⁶⁸.
 - 1.4 Die Inland AG überlässt der BS-Ausland vorübergehend verschiedene Geschäftsfahrzeuge zur Nutzung. Das marktkonforme Entgelt («Mietzins») beträgt 10, die bei der Inland AG jährlich anfallenden Kosten 8.
 - 1.5 Die Inland AG überträgt Verkaufsprodukte auf die als Eigenhändlerin tätige BS-Ausland in das bei dieser vor Ort bestehende Warenlager (Einstandspreis bei der Inland AG: 100; Verkehrswert: 150).
 - 1.6 Die Inland AG erbringt der BS-Ausland entgeltlich eine juristische Dienstleistung, nämlich Rechtsberatung²⁶⁹ in einem von dritter Seite gegen die BS-Ausland angestregten Haftungsprozess (ein externes Anwaltsbüro würde dafür ein Honorar von 10 verlangen, bei Kosten von 4).
 - 1.7 Die Inland AG stellt der BS-Ausland ergänzend zum bereits gewährten Dotationskapital zusätzliche Liquidität von 100 als «Darlehen» zur Verfügung. Ein marktkonformer Zinssatz würde 2,5 % betragen.
2. Spiegelbildlicher Sachverhalt: Fall der Inlandbetriebstätte («Ausland AG» mit «BS-Schweiz»)
 - 2.1 Die Ausland AG überträgt der BS-Schweiz eine Verpackungsmaschine²⁷⁰. Folgende Werte sind bekannt:
Variante (i): Anschaffungskosten und Verkehrswert bei der Ausland AG: 120; Buchwert bei der Ausland AG: 100 resp.

²⁶⁷ Vgl. dazu auch das Beispiel im Betriebstättenbericht 2010 (Fn. 37), Teil I, Ziff. 194 ff.

²⁶⁸ Vgl. dazu auch das Beispiel im Betriebstättenbericht 2010 (Fn. 37), Teil I, Ziff. 206 ff.

²⁶⁹ Vgl. dazu auch das Beispiel in den Botschaften zu den DBA mit Slowenien (Fn. 133; BBl 2012 9573, 9578) resp. Ungarn (Fn. 36; BBl 2014 87, 92).

²⁷⁰ Vgl. dazu auch das Beispiel im Betriebstättenbericht 2010 (Fn. 37), Teil I, Ziff. 194 ff.

Variante (ii): Anschaffungskosten bei der Ausland AG: 120; Verkehrswert bei der Ausland AG: 125; Buchwert bei der Ausland AG 100.

Sachverhaltsabwandlung: Die BS-Schweiz überträgt der Ausland AG eine Verpackungsmaschine (Buchwert bei der BS-Schweiz: 100; Anschaffungs-/Verkehrswert: 120).

- 2.2 Die Ausland AG überträgt ein von Dritten früher erworbenes Immaterialgut gegen Entgelt auf die BS-Schweiz (Buchwert des Immaterialgutes: 100; Anschaffungs- resp. Verkehrswert: 300).
- 2.3 Die Ausland AG überträgt das Immaterialgut nicht auf die BS-Schweiz, sondern stellt ihr dieses gegen ein marktconformes jährliches Nutzungsentgelt von 10 zur Verfügung (jährliche Kosten bei der Ausland AG: 2)²⁷¹.
- 2.4 Die Ausland AG überlässt der BS-Schweiz vorübergehend verschiedene Geschäftsfahrzeuge zur Nutzung. Das marktconforme Entgelt («Mietzins») beträgt 10, die bei der Ausland AG jährlich anfallenden Kosten 8.
- 2.5 Die Ausland AG überträgt Verkaufsprodukte auf die als Eigenhändlerin tätige BS-Schweiz in das bei dieser vor Ort bestehende Warenlager (Einstandspreis bei der Ausland AG: 100; Verkehrswert: 150).
- 2.6 Die Ausland AG erbringt der BS-Schweiz entgeltlich eine juristische Dienstleistung, nämlich Rechtsberatung²⁷² in einem von dritter Seite gegen die BS-Schweiz angestregten Haftungsprozess (ein externes Anwaltsbüro würde dafür ein Honorar von 10 verlangen, bei Kosten von 4).
- 2.7 Die Ausland AG stellt der BS-Schweiz ergänzend zum bereits gewährten Dotationskapital zusätzliche Liquidität von 100 als «Darlehen» zur Verfügung. Ein marktconformer Zinssatz würde 2.5 % betragen.

Variante a: Zwischen dem ausländischen Staat und der Schweiz besteht ein DBA, das dem OECD-MA 2010 (resp. neu 2017²⁷³) nachgebildet ist.

Variante b: Zwischen dem ausländischen Staat und der Schweiz besteht ein DBA, das dem OECD-MA 2008 nachgebildet ist²⁷⁴.

²⁷¹ Vgl. dazu auch das Beispiel im Betriebsstättenbericht 2010 (Fn. 37), Teil I, Ziff. 206 ff.

²⁷² Vgl. dazu auch das Beispiel in den Botschaften zu den DBA mit Slowenien (Fn. 133; BBl 2012 9573, 9578) resp. Ungarn (Fn. 36; BBl 2014 87, 92).

²⁷³ Das OECD-MA 2017 enthält für die hier interessierende Frage von Art. 7 OECD-MA keine relevanten Abweichungen.

²⁷⁴ Da im hier interessierenden Bereich betreffend Frage der «Bepreisung» von Dealings (blosse Kostenverrechnung *versus* Verrechnung inkl. Gewinnaufschlag) keine grundlegenden Unterschiede zwischen dem OECD-MA 2008 und demjenigen des Jahres 1994 bestehen, wird auf eine gesonderte Darstellung der Rechtslage bei Anwendung eines schweizerischen DBA, das dem OECD-MA 1994 entspricht, verzichtet.

Frage: Wie sind die Sachverhalte 1.1 bis 1.7 resp. 2.1 bis 2.7 unter dem hier interessierenden Aspekt der Innentransaktion/des Dealings zu beurteilen?

C. Lösungshinweise

1. Vorbemerkung

In der zweiten Rasterkolonne wird jeweils die aufgrund der lokalen schweizerischen Gewinnermittlungsvorschriften massgebende Bemessungsgrundlage dargestellt. In der dritten und vierten Kolonne zeigt sich eine allfällige Einschränkung des lokalen Gewinnausweises durch das OECD-MA 2010/2017 (Kolonne 3) resp. das OECD-MA 2008 (Kolonne 4). In den Kolonnen 5 (OECD-MA 2010/2017) und 6 (OECD-MA 2008) wird das Endergebnis dargestellt. Ist der lokale Gewinnausweis tiefer, bildet diese tiefere Zahl die Bemessungsgrundlage, weil ein DBA nur eine negative Wirkung haben und keine Besteuerungsgrundlage schaffen kann. Ist der lokale Gewinnausweis höher, als das DBA es zulässt, greift die Schrankenwirkung des DBA und es wird nur die gemäss DBA zulässige tiefere Bemessungsgrundlage der Besteuerung zugrunde gelegt. Es kommt somit in Kolonne 5 immer die tiefere Zahl aus den Kolonnen 2 und 3 resp. in Kolonne 6 immer die tiefere Grösse aus den Kolonnen 2 und 4 zur Besteuerung.

2. Inland AG mit BS-Ausland

	Ergebnis bei Inland AG gemäss schweiz. Gewinnermittlung	Ergebnis bei Inland AG gemäss OECD-MA 2010/2017	Ergebnis bei Inland AG gemäss OECD-MA 2008	Endergebnis bei Inland AG bei Anwendung OECD-MA 2010/2017	Endergebnis bei Inland AG bei Anwendung OECD-MA 2008
Frage 1.1 Übertragung Verpackungsmaschine	Realisierung stiller Reserven von 20	Realisierung stiller Reserven von 20	Realisierung stiller Reserven von 20 ¹⁾	Realisierung stiller Reserven von 20	Realisierung stiller Reserven von 20
Frage 1.2 Übertragung Immateri- algut	Realisierung stiller Reserven von 200	Realisierung stiller Reserven von 200	Realisierung stiller Reserven von 200	Realisierung stiller Reserven von 200	Realisierung stiller Reserven von 200
Frage 1.3 Nutzungsüberlassung Immateri- algut	Ertrag von 10	Ertrag von 10	Blosse Kostenbelas- tung von 2 ²⁾	Ertrag von 10	Blosse Kostenbelas- tung von 2 ²⁾
Frage 1.4 Nutzungsüberlassung Geschäftsfahrzeuge	Ertrag von 10	Ertrag von 10	Blosse Kostenbelas- tung von 8 ³⁾	Ertrag von 10	Blosse Kostenbelas- tung von 8 ³⁾
Frage 1.5 Übertragung Verkaufs- produkte	Realisierung stiller Reserven von 50	Realisierung stiller Reserven von 50	Realisierung stiller Reserven von 50	Realisierung stiller Reserven von 50	Realisierung stiller Reserven von 50

	Ergebnis bei Inland AG gemäss schweiz. Gewinnermittlung	Ergebnis bei Inland AG gemäss OECD-MA 2010/2017	Ergebnis bei Inland AG gemäss OECD-MA 2008	Endergebnis bei Inland AG bei Anwendung OECD-MA 2010/2017	Endergebnis bei Inland AG bei Anwendung OECD-MA 2008
Frage 1.6 Dienstleistung (Rechtsberatung)	Ertrag von 10	Ertrag von 10 ²⁷⁵	Blosse Kostenbelastung von 4 ^{276,*)}	Ertrag von 10	Blosse Kostenbelastung von 4 ^{*)}
Frage 1.7 Zinsbelastung	Kein Zinsertrag	Kein Zinsertrag	Kein Zinsertrag	Kein Zinsertrag	Kein Zinsertrag

*) Dies gilt, sofern ein von der Schweiz abgeschlossenes DBA dem OECD-MA 2008 entspricht und nach dem 17. Juli 2008 abgeschlossen wurde, sowie für früher abgeschlossene schweizerische DBA, wenn man der dynamischen Heranziehung des OECD-MK 2008 für die Auslegung folgt. Selbst bei statischer Auslegung des OECD-MA 2008 und damit Heranziehung des OECD-MK 1994 für früher abgeschlossene schweizerische DBA würde sich kaum ein anderes Resultat ergeben, weil sich der OECD-MK 1994 bezüglich «Bepreisung» von Dealings im vorliegenden Fall nicht grundlegend vom OECD-MA 2008 unterscheidet.

²⁷⁵ Bei der Erbringung einer juristischen Beratungsleistung liegt ein sog. Dealing im Sinne eines «realen und identifizierbaren Ereignisses» vor (Betriebsstättenbericht 2010 [Fn. 37], Teil I, Ziff. 236 ff.). Das Dealing ist unter dem Regime des OECD-MA 2010 zum marktkonformen Drittpreis von 10 abzurechnen. Es kann diesbezüglich auch auf die Botschaften zu den schweizerischen DBA mit AOA verwiesen werden, worin es jeweils heisst: «So sind beispielsweise die Leistungen der zentralisierten Dienste an die Betriebsstätte (z.B. für Personalmanagement oder Rechtsdienst) von dieser für steuerliche Zwecke wie gegenüber einem unabhängigen Leistungserbringer zu entschädigen, obwohl zivilrechtlich und für Zwecke der Handelsbilanz keine Leistungsbeziehung besteht» (Botschaft zum DBA-Ungarn [Fn. 36], BBl 2014 87, 92).

²⁷⁶ Bei Anwendung eines dem OECD-MA 2008 entsprechenden schweizerischen DBA kommt nur eine Kostenweiterbelastung in Frage, weil im vorliegenden Sachverhalt in Bezug auf eine Handelsbetriebstätte juristische Beratungsleistungen als blosse Nebenleistungen gelten, die ohne Gewinnzuschlag abzurechnen sind (vgl. zum Ganzen etwa HEMMELRATH [Fn. 34], Art. 7 Rz. 129). Diese Meinung wird in der schweizerischen Doktrin freilich nicht unbedingt geteilt (vgl. den Hinweis bei BRÜLSAUER [Fn. 4], Art. 7 OECD-MA N 353).

3. *Ausland AG mit BS-Schweiz*

	Ergebnis bei BS-Schweiz gemäss schweiz. Gewinnermittlung	Ergebnis bei BS-Schweiz gemäss OECD-MA 2010/2017	Ergebnis bei BS-Schweiz gemäss OECD-MA 2008	Endergebnis bei BS-Schweiz bei Anwendung OECD-MA 2010/2017	Endergebnis bei BS-Schweiz bei Anwendung OECD-MA 2008
Frage 2.1 Erwerb Verpackungsmaschine, Variante (i)	Aktivierung zum Verkehrswert von 120 bei der BS-Schweiz	Aktivierung zum Verkehrswert von 120 bei der BS-Schweiz ²⁷⁷	Aktivierung zum Verkehrswert von 120 bei der BS-Schweiz ⁷⁾	Aktivierung zum Verkehrswert von 120 bei der BS-Schweiz	Aktivierung zum Verkehrswert von 120 bei der BS-Schweiz
Frage 2.1 Erwerb Verpackungsmaschine, Variante (ii)	Aktivierung zum Verkehrswert von 125 bei der BS-Schweiz ²⁷⁸	Aktivierung zum Verkehrswert von 125 bei der BS-Schweiz	Aktivierung zum Verkehrswert von 125 bei der BS-Schweiz ⁷⁾	Aktivierung zum Verkehrswert von 125 bei der BS-Schweiz	Aktivierung zum Verkehrswert von 125 bei der BS-Schweiz
Frage 2.1 Übertragung Verpackungsmaschine, Sachverhaltsabwandlung	Realisierung stiller Reserven von 20	Realisierung stiller Reserven von 20	Realisierung stiller Reserven von 20 ²⁷⁹	Realisierung stiller Reserven von 20	Realisierung stiller Reserven von 20 ²⁸⁰
Frage 2.2 Erwerb Immaterialgut	Aktivierung zum Verkehrswert von 300 bei der BS-Schweiz	Aktivierung zum Verkehrswert von 300 bei der BS-Schweiz	Aktivierung zum Verkehrswert von 300 bei der BS-Schweiz	Aktivierung zum Verkehrswert von 300 bei der BS-Schweiz	Aktivierung zum Verkehrswert von 300 bei der BS-Schweiz
Frage 2.3 Nutzung Immaterialgut	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 10 bei der BS-Schweiz	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 10 bei der BS-Schweiz	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 2 bei der BS-Schweiz ^{281, 9)}	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 10 bei der BS-Schweiz	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 2 bei der BS-Schweiz ⁷⁾

²⁷⁷ Bei Variante (i) darf die Verpackungsmaschine zum Anschaffungs- und Verkehrswert von 120 bei der BS-Schweiz eingebucht werden. Die Auflösung der gebildeten sog. Ermessens- oder Willkürreserven von 20 ist nicht handelsrechtswidrig.

²⁷⁸ Nach der in der Literatur vertretenen Meinung dürfte bei Variante (ii) sogar der Verkehrswert von 125 eingebucht werden (Auflösung von sog. Zwangsreserven), sofern dieser – für Verhältnisse unter altem OR – nicht über dem Geschäftswert von Art. 960 altOR liegt. Gleiches müsste wohl auch unter dem in der Steuervorlage 17 vorgesehenen Art. 61a Abs. 1 und 2 E-DBG gelten.

²⁷⁹ Bei Anwendung der objektmässigen Steuerauscheidungsmethode.

²⁸⁰ Bei Anwendung der objektmässigen Steuerauscheidungsmethode.

²⁸¹ Gemäss OECD-MA 2008 ist im Rahmen der Nutzungsüberlassung eines Immaterialgutes nur eine Kostenverrechnung ohne Gewinnaufschlag zulässig. Die Ausland AG dürfte aus ihrer Optik somit bloss ihre Kosten von 2 der BS-Schweiz weiterbelasten. Würde man bei der BS-Schweiz demgegenüber einen geschäftsmässig begründeten Aufwand von 10 (marktkonforme Lizenzgebühr) akzeptieren, würde im Einheitsunternehmen von Stammhaus und Betriebstätte eine Unterbesteuerung resultieren (Ertrag beim Stammhaus von bloss 2, Abzug bei der Betriebstätte von 10). Eine solche wäre in Fällen wie dem vorliegenden wohl auch schon in der «Vor-BEPS-Zeit» des OECD-MA 2008 verpönt

	Ergebnis bei BS-Schweiz gemäss schweiz. Gewinnermittlung	Ergebnis bei BS-Schweiz gemäss OECD-MA 2010/2017	Ergebnis bei BS-Schweiz gemäss OECD-MA 2008	Endergebnis bei BS-Schweiz bei Anwendung OECD-MA 2010/2017	Endergebnis bei BS-Schweiz bei Anwendung OECD-MA 2008
Frage 2.4 Nutzung Geschäftsfahrzeuge	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 10 bei der BS-Schweiz	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 10 bei der BS-Schweiz	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 8 bei der BS-Schweiz ⁹⁾	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 10 bei der BS-Schweiz	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 8 bei der BS-Schweiz ⁹⁾
Frage 2.5 Erwerb Verkaufsprodukte	Aktivierung zum Verkehrswert von 150 bei der BS-Schweiz ²⁸²	Aktivierung zum Verkehrswert von 150 bei der BS-Schweiz	Aktivierung zum Verkehrswert von 150 bei der BS-Schweiz	Aktivierung zum Verkehrswert von 150 bei der BS-Schweiz	Aktivierung zum Verkehrswert von 150 bei der BS-Schweiz
Frage 2.6 Dienstleistung (Rechtsberatung)	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 10 bei der BS-Schweiz	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 10 bei der BS-Schweiz ²⁸³	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 4 bei der BS-Schweiz ^{284,*)}	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 10 bei der BS-Schweiz	Geschäftsmässig begründeter Aufwand von 4 bei der BS-Schweiz ⁹⁾

gewesen. Diese Sichtweise hätte als Konsequenz zur Folge, dass sich hier das anwendbare, OECD-MA 2008 nachgebildete, DBA zum Nachteil der steuerpflichtigen Unternehmung auswirkt, ein Phänomen, das freilich durchaus eintreten kann (MICHAEL LANG, Introduction to the Law of Double Taxation Conventions, 2. Aufl., Wien 2013, S. 36). Bei der BS-Schweiz ist steuerlich somit bloss ein Aufwand von 2 als geschäftsmässig begründet anzuerkennen.

²⁸² Sofern die nötigen materiellen Voraussetzungen vorliegen, kann der Warendrittel gebildet werden.

²⁸³ Bei der Erbringung einer juristischen Beratungsleistung liegt ein sog. Dealing im Sinne eines «realen und identifizierbaren Ereignisses» vor (Betriebsstättenbericht 2010 [Fn. 37], Teil I, Ziff. 236 ff.). Das Dealing ist unter dem Regime des OECD-MA 2010 zum marktkonformen Drittpreis von 10 abzurechnen. Es kann diesbezüglich auch auf die Botschaften zu den schweizerischen DBA mit AOA verwiesen werden, worin es jeweils heisst: «So sind beispielsweise die Leistungen der zentralisierten Dienste an die Betriebsstätte (z.B. für Personalmanagement oder Rechtsdienst) von dieser für steuerliche Zwecke wie gegenüber einem unabhängigen Leistungserbringer zu entschädigen, obwohl zivilrechtlich und für Zwecke der Handelsbilanz keine Leistungsbeziehung besteht» (Botschaft zum DBA-Ungarn [Fn. 36], BBl 2014 87, 92).

²⁸⁴ Gemäss OECD-MA 2008 ist im Rahmen der Erbringung einer juristischen Beratungsleistung als Nebenleistung nur eine Kostenverrechnung ohne Gewinnaufschlag zulässig (vgl. zum Ganzen etwa HEMMELRATH [Fn. 34], Art. 7 Rz. 129). Diese Meinung wird in der schweizerischen Doktrin freilich nicht unbedingt geteilt (vgl. den Hinweis bei BRÜLISAUER [Fn. 4], Art. 7 OECD-MA N 353). Die Ausland AG dürfte aus ihrer Optik somit bloss ihre Kosten von 4 der BS-Schweiz weiterbelasten. Würde man bei der BS-Schweiz demgegenüber einen geschäftsmässig begründeten Aufwand von 10 (marktkonformes Dienstleistungshonorar) akzeptieren, würde im Einheitsunternehmen von Stammhaus und Betriebsstätte eine Unterbesteuerung resultieren. Eine solche wäre in Fällen wie dem vorliegenden wohl auch schon in der «Vor-BEPS-Zeit» des OECD-MA 2008 verpönt gewesen. Diese Sichtweise hätte allerdings zur Folge, dass sich hier das anwendbare,

	Ergebnis bei BS-Schweiz gemäss schweiz. Gewinnermittlung	Ergebnis bei BS-Schweiz gemäss OECD-MA 2010/2017	Ergebnis bei BS-Schweiz gemäss OECD-MA 2008	Endergebnis bei BS-Schweiz bei Anwendung OECD-MA 2010/2017	Endergebnis bei BS-Schweiz bei Anwendung OECD-MA 2008
Frage 2.7 Zinsbelastung	Kein Zinsaufwand	Kein Zinsaufwand	Kein Zinsaufwand	Kein Zinsaufwand	Kein Zinsaufwand

*) Dies gilt, sofern ein von der Schweiz abgeschlossenes DBA dem OECD-MA 2008 entspricht und nach dem 17. Juli 2008 abgeschlossen wurde, sowie für früher abgeschlossene schweizerische DBA, wenn man der dynamischen Heranziehung des OECD-MK 2008 für die Auslegung folgt. Selbst bei statischer Auslegung des OECD-MA 2008 und damit Heranziehung des OECD-MK 1994 für früher abgeschlossene schweizerische DBA würde sich kaum ein anderes Resultat ergeben, weil sich der OECD-MK 1994 bezüglich «Bepreisung» von Dealings im vorliegenden Fall nicht grundlegend vom OECD-MA 2008 unterscheidet.

VII. Schlussbetrachtung

Dass das Verhältnis des Zivilrechts zum Steuerrecht eine «never ending story» ist, hat bereits der Jubilar in seinen zahlreichen Schriften zu diesem Thema in eindrücklicher Weise dargelegt. Zeugnis davon legt auch der vorliegende Aufsatz ab, der die vom Lektorat vorgegebene Seitenzahl infolge der ungeahnten Komplexität des Themas überschritten hat und fast zum «never ending article» geworden ist.

Um damit nicht noch länger zu werden, deshalb zum Schluss bloss folgende Feststellung: Als Hauptschwierigkeit hat sich bei der Beurteilung der Steuerfolgen von Dealings herausgestellt, dass der AOA im internen Recht der Schweiz bisher gesetzgeberisch nicht lückenlos umgesetzt wurde. Das wird sich auch mit der Steuervorlage 17 noch nicht grundlegend ändern, da diese bloss für einzelne der hier interessierenden Bereiche eine etwas klarere Gesetzesgrundlage enthält. Das Umsetzungsdefizit hängt zugegebenermassen wohl auch damit zusammen, dass wir hierzulande bisher noch nicht gerade mit Doppelbesteuerungsabkommen überflutet worden sind, die den AOA vorsehen. Sollte sich aber der AOA in Zukunft in unseren Vertragspartnerstaaten und in entsprechenden DBA weiter verbreiten, wird der helvetische Gesetzgeber wohl nicht darum herumkommen, zumindest ein paar ergänzende konzise Umsetzungsnormen zu erlassen. Dabei hätten sich diese nicht nur

OECD-MA 2008 entsprechende, DBA zum Nachteil der steuerpflichtigen Unternehmung auswirkt, ein Phänomen, das freilich durchaus eintreten kann (LANG [Fn. 281], S. 36). Bei der BS-Schweiz ist steuerlich somit bloss ein Aufwand von 4 als geschäftsmässig begründet anzuerkennen.

mit der Ertrags-, sondern vor allem auch mit der Aufwandseite von Dealings und allenfalls auch mit der Steueraufschubsfrage zu befassen. Gewisse weitere Punkte müssten zumindest auf Stufe Kreisschreiben konkretisiert werden. Man braucht ja dann in diesem Umsetzungsprozess nicht gerade so weit zu gehen wie unsere nördlichen Nachbarn, die eine 15-seitige klein gedruckte Rechts- resp. eine 180-seitige Verwaltungsverordnung erlassen haben. Wichtig wäre zudem, dass man innerhalb des implementierten Konzeptes konsistent bleibt und die lokale Gewinnermittlung nahtlos auf die bilaterale Gewinnabgrenzung abstimmt. Es ist bekanntlich noch nie gut herausgekommen, wenn man in der Mitte des (Grenz-)Flusses plötzlich die Pferde vor der Kutsche auswechselt.

Gleichzeitig wäre sicherzustellen, dass auch bezüglich Staaten, die den AOA ablehnen und/oder mit denen wir ein DBA gemäss OECD-MA 2008 haben, die lokalen Normen den internationalen Regeln nicht zuwiderlaufen. Idealerweise könnte man die DBG-Normen flexibel ausgestalten, so dass sie auf beide Arten von DBA (OECD-MA 2010/2017 und 2008) passen.

So einfach, wie sich Alt-Bundesrat Rudolf Merz die Situation im Steuerrecht gemäss dem im Vorspann wiedergegebenen Zitat vorgestellt hat, liegen die Dinge somit auch im hier interessierenden Bereich nicht. Dies zeigt sich schon darin, dass nicht einmal Einigkeit über die Schreibweise des Terminus «Betriebstätte» besteht, ob mit einem oder zwei «s»²⁸⁵.

Wenn man die internationale und lokale Literatur, Judikatur und Verwaltungspraxis sichtet, herrscht für den aussenstehenden Betrachter ein relatives Chaos der sich entgegenstehenden Standpunkte, Konzepte und gesetzlichen Regelungen, was einen an folgende kleine Anekdote erinnert: Eine der kompliziertesten kriegerischen und diplomatischen Auseinandersetzungen des 19. Jahrhunderts betraf das ehemals dänische und später deutsche Schleswig-Holstein. Zum entsprechenden politischen Wirrwarr hielt der damalige Premierminister von Queen Victoria und ihrem Prinzgemahl (Prince Consort) Albert, Lord Palmerston, Folgendes fest: «Only three people understood it: The Prince Consort who is dead, a German Professor who has gone mad, and I who have forgotten all about it»²⁸⁶. Wenn man sich mit der internationalen Betriebstättengewinnermittlung befasst, ist man froh, wenn einem nur das letzte Schicksal ereilt.

²⁸⁵ Vgl. dazu den Hinweis bei LOCHER (Fn. 10), S. 275 Fn. 36.

²⁸⁶ Zitiert gemäss «Quoteinvestigator» (abrufbar unter: <https://quoteinvestigator.com/2017/12/31/mad/>, zuletzt besucht am 15. April 2018). Vgl. zur Anekdote auch JULIA BAIRD, Victoria The Queen, London 2016, S. 331.

Gerichtsstände grenzüberschreitender Einzelverfahren im Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz

Aussonderungs-, Admassierungs- und Forderungseinziehungsklage unter dem revidierten IPRG

ALEXANDER R. MARKUS*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	616
II.	Räumlich-persönlicher Anwendungsbereich des elften Kapitels IPRG	618
III.	Erweiterte Anerkennung nach Art. 174a IPRG n.F.....	619
	A. Voraussetzungen.....	619
	B. Erweiterte Prozessführungsbefugnis der ausländischen Verwaltung für insolvenzbezogene Einzelverfahren	620
IV.	Insolvenzbezogene Verfahren nach LugÜ	621
V.	Insolvenzbezogene Verfahren nach IPRG	624
VI.	Aussonderungsklage	625
	A. Regelung in SchKG und IPRG.....	625
	B. Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ.....	626
	C. Räumlicher Anwendungsbereich und Zuständigkeiten nach LugÜ.....	628
	D. Grenzüberschreitende Zuständigkeiten ausserhalb des LugÜ	629
VII.	Admassierungsklage	631
	A. Regelung im SchKG.....	631
	B. Aktivlegitimation zur Admassierungsklage im internationalen Verhältnis	632
	C. Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ.....	632
	D. Räumlicher Anwendungsbereich und Zuständigkeiten nach LugÜ.....	634
	E. Grenzüberschreitende Zuständigkeiten ausserhalb des LugÜ	634
VIII.	Forderungseinziehungsklagen gegen den Drittschuldner.....	635
	A. Regelung im SchKG.....	635

* Prof. Dr. iur. ALEXANDER R. MARKUS, Ordinarius und Direktor am Institut CIVPRO der Universität Bern.

B. Aktivlegitimation zur Forderungseinziehungsklage im internationalen Verhältnis.....	635
C. Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ.....	636
D. Räumlicher Anwendungsbereich und Zuständigkeiten nach LugÜ.....	639
E. Grenzüberschreitende Zuständigkeiten ausserhalb des LugÜ.....	639
IX. Schluss.....	640

I. Einleitung

Der Gefeierte versteht es nicht nur, das materielle Recht stets im engen Kontext zum Verfahrensrecht zu sehen. Obwohl Obligationenrechtler, bezieht er jeweils vorbildlich das Verfahrensrecht in seine Untersuchungen mit ein und bemüht sich um die Fortentwicklung dieses Fachgebiets. Das Insolvenzrecht strahlt denn auch nicht nur – wie jedes Verfahrensrecht – auf das materielle Recht zurück, sondern ist vielleicht das Paradebeispiel für geradezu «übergreifendes» Verfahrensrecht schlechthin. Es schafft sozusagen eine neue Welt nicht nur für das materielle Recht, sondern setzt Zäsuren auch für zivilprozessuale Verhältnisse. Das niemals zu unterschätzende Postulat der *Einheit der Rechtsordnung* hält dem entgegen, indem es die Eingriffe des Insolvenzrechts gegenüber dem materiellen Recht und dem Zivilprozessrecht so gering wie möglich halten will – im Interesse der Kontinuität der Rechtsverhältnisse und der Voraussehbarkeit der Lösungen für die Rechtsunterworfenen.

Im März 2018 hat das Parlament eine Revision des elften Kapitels IPRG verabschiedet,¹ welche die anno 1989 noch als modernes Vorbild geltende Schweizer Regelung den ausländischen Systemen annähern will, die es inzwischen links überholt hatten. Das UNCITRAL-Modellgesetz von 1997² und die EU-Insolvenzverordnung von 2015³ sind dem Prinzip der internationalen Gleichbehandlung der Gläubiger enger verpflichtet als das IPRG. Die Schweizer Regelung ist auch nach der Revision nach wie vor weit von den «Idealprinzipien» von Universalität und Einheit der Insolvenz entfernt.⁴ So hält die Revision an einem formellen Anerkennungsverfahren fest, das durch-

¹ BBl 2018 1505; das Inkrafttreten findet voraussichtlich per 1. Januar 2019 statt.

² UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenz vom 30. Mai 1997.

³ Verordnung (EU) Nr. 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (EuInsVO).

⁴ ALEXANDER R. MARKUS, Ohne Hilfskonkurs – ein Paradigmenwechsel im internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, in: Alexander R. Markus/Stephanie Hrubesch Millauer/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 222, S. 325 ff.

gestanden sein will, um einer ausländischen Hauptinsolvenz den Zugriff auf die Schweizer Aktivmasse zu erlauben.⁵ Der erhebliche Fortschritt der Neuregelung besteht hingegen darin, dass das Anerkennungsgericht nach Art. 174a IPRG n.F. unter bestimmten Voraussetzungen auf ein hiesiges Hilfsverfahren verzichten kann.⁶ Damit ist eine erhebliche *Erweiterung der Anerkennung* verbunden, zumal die ausländische Konkursverwaltung bedeutend grössere Kompetenzen erhält als dies bei einem hiesigen Hilfsverfahren der Fall ist. Die ausländische Verwaltung handelt unmittelbar für das ausländische Insolvenzverfahren in der Schweiz, indem sie etwa Informationen einholt, Vermögensstücke in den Eröffnungsstaat der ausländischen Hauptinsolvenz verbringt oder – eben – Aktiv- und Passivprozesse führt.⁷

Unter dem elften Kapitel IPRG in seiner vormaligen Fassung zog die Anerkennung der ausländischen Hauptinsolvenz zwingend ein schweizerisches Hilfs-Insolvenzverfahren nach sich. Im Kontext der Insolvenz stehende Einzelverfahren befinden sich – wie bei einer Schweizer Haupt- oder Niederlassungsinsolvenz – *beinahe ausschliesslich* in der Hand der hiesigen Verwaltung der Hilfsinsolvenz. Dieses Prinzip hat das IPRG in seiner b.F. nur gerade bei der Anfechtungsklage aufgeweicht, die auch durch die ausländische Konkursverwalter oder berechnigte Konkursgläubiger erhoben werden kann.⁸ Die Zuständigkeit für diese oder andere insolvenzbezogene Einzelverfahren, die sich in der Hand der Schweizer Hilfsverwaltung befinden, richtete sich nach bisherigem Mehrheitsverständnis nach den Zuständigkeitsvorschriften des SchKG, allenfalls der ZPO oder ggf. des IPRG.⁹

Bei einem Verzicht auf das Hilfskonkursverfahren öffnet sich – wie erwähnt – das Feld für ausländische Insolvenzbehörden. Sie haben denn auch das Verwaltungsvakuum auszufüllen, das durch den Verzicht auf ein Schweizer Hilfsverfahren besteht. Nach Art. 174a Abs. 4 IPRG n.F. stehen der ausländischen Verwaltung sämtliche Befugnisse zu, die ihr nach der ausländischen *lex concursus* zukommen; sie darf in der Schweiz insbesondere auch insolvenzbezogene Einzelverfahren führen. Der Einsicht folgend, dass sich Einzelverfahren mit Bezug zur Schweizer Aktivmasse zudem auch vermehrt im Ausland abspielen dürften, sieht das revidierte Recht mit Art. 174c IPRG n.F.

⁵ Art. 166 IPRG.

⁶ Dazu FRANCO LORANDI, Die Revision des internationalen Insolvenzrechts (Art. 166 ff. IPRG), in: Alexander R. Markus/Stephanie Hrubesch Millauer/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S.189 ff. Zu Natur und Funktionsweise des Verzichts auf das Hilfsverfahren: MARKUS, Hilfskonkurs (Fn. 4), S. 225 ff.

⁷ Zur Prozessführungsbefugnis des ausländischen Insolvenzverwalters siehe MARJOLAINE JAKOB, Die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter, Zürich/Basel/Genf 2018, *passim*.

⁸ Art. 171 Abs. 1 IPRG.

⁹ Siehe dazu die Ausführungen zu den einzelnen Klagen hinten.

eine Anerkennungsnorm für ausländische Urteile vor, die aus insolvenznahen Einzelverfahren hervorgehen. Sie beschränkt sich allerdings auf die Kategorie der Anfechtungsansprüche und ähnlicher gläubigerschädigenden Ansprüche und lässt andere insolvenznahe Verfahren ausser Acht, so z.B. ausländische Kollokationsverfahren, die mit der Schweizer Insolvenz koordiniert werden.¹⁰

In Zukunft werden sich somit Einzelverfahren im In- und Ausland ergeben, die zwar einen Bezug zur Schweizer Hilfsmasse aufweisen, jedoch unter die bedeutend erweiterten Prozessführungsbefugnisse der ausländischen Verwaltung fallen. Das Inkrafttreten des revidierten IPRG ändert nicht etwa Rechtsnatur und zuständigkeitsrechtliche Beurteilung dieser Einzelverfahren; es betrifft jedoch die Parteikonstellation und beeinflusst damit die gerichtlichen Zuständigkeiten. Ausländische Zuständigkeiten werden mit der Beteiligung der ausländischen Verwaltung häufiger, wodurch auch die Frage der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung daraus hervorgehender Entscheidungen in der Schweiz vermehrt ins Blickfeld gerät. Der vorliegende Beitrag will anhand einer Reihe von insolvenzverbundenen Gerichtsverfahren – Aussonderungs-, Admassierungs- und Forderungseinziehungsklage – prüfen, welchen grenzüberschreitenden Zuständigkeiten sie bei einer erweiterten Anerkennung zu gehorchen haben.

Die Zuständigkeitsfragen sind auf zwei Ebenen anzugehen:

- (1) Welche Verfahren unterstehen dem LugÜ und sind deshalb einer nationalen Regelung durch IPRG oder SchKG entzogen?
- (2) Welche Zuständigkeitsvorschriften bieten IPRG oder SchKG an, soweit das LugÜ nicht anwendbar ist?

Zuvor ist der neue Rahmen, den das revidierte elfte Kapitel des IPRG bietet, kurz zu beleuchten.

II. Räumlich-persönlicher Anwendungsbereich des elften Kapitels IPRG

Das elfte Kapitel des IPRG erhebt räumlich-persönlich nur insoweit einen Geltungsanspruch, als die schweizerische Hilfsmasse betroffen ist.¹¹ Gerade im Rahmen der erweiterten Anerkennung, bei welcher keine schweizerische Verwaltung für diese Masse tätig ist, verlangt diese Abgrenzung nach beson-

¹⁰ Dazu ALEXANDER R. MARKUS, Revision des 11. Kapitels IPRG: Ausländische Zivilprozesse und Schweizer Insolvenz, in: Florence Guillaume/Ilaria Pretelli (Hrsg.), *Les nouveautés en faillite transfrontalière et les banques et les assurance den face aux tiers*, Zürich 2016, S. 40 ff.

¹¹ BGE 137 III 631 E. 2.3.4; JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7), N 78, N 154.

derer Aufmerksamkeit. So kann sich nämlich – wenn auch selten – die Frage einer schweizerischen Zuständigkeit in Bezug auf insolvenzbezogene Einzelverfahren stellen, welche die schweizerische Aktivmasse nicht betreffen, und zwar unabhängig davon, ob die ausländische Hauptinsolvenz anerkannt wurde oder nicht. Ein schweizerischer Gerichtsstand für solche Verfahren kann sich z.B. aufgrund einer Zuständigkeitsvereinbarung ergeben.¹² Das BGer hat die Frage offengelassen, wie die Frage der Prozessführungsbefugnis der ausländischen Verwaltung in diesen Fällen zu beurteilen ist.¹³ In solchen Verfahren wird vorgeschlagen, dass die Prozessführungsbefugnis der ausländischen Verwaltung gestützt auf eine *inzidente Anerkennung* der ausländischen Hauptinsolvenz angenommen werden kann mit dem Ergebnis, dass eine im Prinzip unbeschränkte Prozessführungsbefugnis der ausländischen Verwaltung nach Massgabe der *lex fori processus* resultiert.¹⁴ Diese Verfahren, die auch nach der vorliegenden Revision ausserhalb des elften Kapitels IPRG bleiben, bilden zwar nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Die vorliegenden Ergebnisse können jedoch *mutatis mutandis* darauf übertragen werden.

III. Erweiterte Anerkennung nach Art. 174a IPRG n.F.

A. Voraussetzungen

Die erweiterte Anerkennung unter Verzicht auf das Hilfsverfahren erfolgt auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung. Der Antrag wird gestellt, nachdem die ausländische Insolvenz anerkannt und ein Schuldenruf analog Art. 232 SchKG durchgeführt wurde, der keine Forderungen i.S.v. Art. 172 Abs. 1 IPRG n.F. (pfandgesicherte und nach Schweizer Recht privilegierte Forderungen sowie Forderungen von Schweizer Niederlassungsgläubigern) ergeben hat.¹⁵ Werden andere Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz angemeldet, so kann der Verzicht auf das Hilfsverfahren nur erfolgen, wenn die Forderungen dieser Gläubiger im ausländischen Konkurs-

¹² JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7), N 153 m.w.H.

¹³ BGE 139 III 236 E. 4.5; JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7), N 79.

¹⁴ JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7), N 181 ff.; MARJOLAINE JAKOB, Bemerkungen zur Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten nach dem Vorentwurf für eine Revision des 11. Kapitels des IPRG, Jusletter 11. April 2016, N 45.

¹⁵ Art. 174a Abs. 1 IPRG n.F.

verfahren angemessen berücksichtigt werden.¹⁶ Die erweiterte Anerkennung kann unter Bedingungen und Auflagen erteilt werden.¹⁷

B. Erweiterte Prozessführungsbefugnis der ausländischen Verwaltung für insolvenzbezogene Einzelverfahren

Das BGER hält die Legitimation der ausländischen Verwaltung nach dem bisherigen elften Kapitel IPRG eng: Sie ist im Wesentlichen darauf beschränkt, den Antrag zur Anerkennung der ausländischen Hauptinsolvenz einzureichen, vorsorgliche Massnahmenanträge zu stellen sowie – zufolge einer Anerkennung der ausländischen Insolvenz – auch Anfechtungsklagen einzuleiten.¹⁸ In besonderen Fällen lässt das BGER zudem die klageweise Geltendmachung bestrittener Forderungen des Gemeinschuldners durch die ausländische Verwaltung zu, und zwar sofern im Hilfsverfahren keine Gläubiger vorhanden sind und deshalb weder ein Beschluss über die Geltendmachung noch eine Abtretung nach Art. 260 SchKG erfolgen kann.¹⁹

Bei der erweiterten Anerkennung ändert sich das Szenario entscheidend. Mangels einer schweizerischen Insolvenzverwaltung muss die ausländische Verwaltung notwendigerweise zusätzliche Kompetenzen erhalten; ihre Prozessführungsbefugnis wird denn auch entsprechend erweitert.²⁰ Sie ist grundsätzlich befugt, jegliche Ansprüche geltend zu machen, welche der ausländischen Masse zustehen, und ist gleichzeitig befugt, die Anerkennung ausländischer insolvenznaher Entscheidungen im Sinne von Art. 174 c IPRG zu beantragen.²¹ Das Entsprechende gilt für die Passivseite. Somit werden also diese Zuständigkeitsfragen aus der neuen Perspektive der ausländischen Verwaltung zu beantworten sein, welche bei der Lösung dieser Fragen zweifellos das europäische Verfahrensrecht – EuGVVO, LugÜ, EuInsVO – vor Augen haben wird.

¹⁶ Art. 174a Abs. 2 IPRG n.F.

¹⁷ Art. 174a Abs. 3 IPRG n.F.; zur Durchsetzbarkeit solcher Bedingungen und Auflagen siehe MARKUS, Hilfskonkurs (Fn. 4), S. 224.

¹⁸ BGE 129 III 683 E. 5.3; bestätigt in BGE 130 III 620 E. 3.4.2; siehe aber auch BGE 134 III 366 E. 9.2.4.

¹⁹ BGE 174 III 374; JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7) N 88; RODRIGO RODRIGUEZ, Zuständigkeiten im internationalen Insolvenzrecht, Bern 2016, N 729.

²⁰ Art. 174a Abs. 4 IPRG n.F.

²¹ JAKOB, Vorentwurf (Fn. 14), N 17 f.

IV. Insolvenzbezogene Verfahren nach LugÜ

Haben Kläger oder Beklagte ihren Wohnsitz im Ausland, so ist die Voraussetzung der Internationalität des Schweizer Verfahrens gegeben, und zwar sowohl im Sinne des LugÜ wie auch des IPRG. Die Gerichtsstände des IPRG gehen den Gerichtsständen des SchKG vor, solange es sich um *Erkenntnisverfahren* handelt, und nicht um (Gesamt- oder Einzel-)Vollstreckungsverfahren, welche das IPRG ausserhalb des elften Kapitels nicht regelt.²² Sofern das LugÜ räumlich-persönlich anwendbar ist, überlagert es die unilateralen Normierungen des IPRG und des SchKG.²³ Deshalb ist jeweils vorab zu prüfen, ob die vorliegend zu behandelnden Klagen in den sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ fallen.

Gemäss Rechtsprechung des EuGH sind Klagen i.S.v. Art. 1 Ziff. 2 lit. b LugÜ vom Anwendungsbereich der EuGVVO oder des LugÜ ausgeschlossen, *wenn sie unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen* und mit diesem in einem *engen Zusammenhang* stehen.²⁴ Nach Art. 1 Prot. Nr. 2 LugÜ sind die Entscheidungen des EuGH zur aEuGVVO von der schweizerischen Rechtsprechung zu berücksichtigen.²⁵

Die Unterscheidung zwischen zivilprozessualen und insolvenznahen Verfahren ist hoch sensibel. Während erstere Kategorie dem Prinzip von *actor sequitur forum rei* unterliegen muss, folgt letztere der *vis attractiva concursus*. Die beiden Prinzipien stehen in einem deutlichen Spannungsfeld zueinander,²⁶ das Prinzip des Beklagtenschutzes ist nicht ohne Weiteres dem insolvenzrechtlichen Konzentrationsanspruch zu opfern. Gerade auch unter dem Aspekt des Beklagtenschutzes hat der EuGH eine Reihe von Entscheidungen erlassen, die im Grundtenor einen *engen Begriff* der «insolvenznahen» Verfahren postulieren, die statt unter die EuGVVO unter die EuInsVO fallen.²⁷ Daraus resultiert ein weiter Anwendungsbereich des Gerichtsstandsystems

²² Art. 30a SchKG; siehe zur Qualifikation als Erkenntnisverfahren hinten V.

²³ Art. 1 Abs. 2 IPRG; Art. 30a SchKG.

²⁴ Grundlegend EuGH Rs. C- 133/78 Gourdain/Nadler, 22.2.1979, N 4; ALEXANDER R. MARKUS, Turbulenzen zwischen Brüssel und Lugano, Schweizerische Insolvenz und ausländischer Zivilprozess in der Praxis des Bundesgerichts, AJP 3/2017, S. 290; KARL SPÜHLER/RODRIGO RODRIGUEZ, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013, N 520; GERHARD WALTER/TANJA DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl. Bern 2012, S. 188 f.

²⁵ Statt vieler ALEXANDER R. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, Bern 2014, N 635 ff.

²⁶ Dazu PETER KINDLER/MATTHIAS WENDLAND, Die internationale Zuständigkeit für Einzelstreitverfahren nach der neuen Europäischen Insolvenzverordnung, RIW 2018, S. 245 ff., *passim*.

²⁷ Siehe dazu MORITZ BRINKMANN, Der Aussonderungsstreit im internationalen Insolvenzrecht – Zur Abgrenzung zwischen EuGVVO und EuInsVO, IPRax 2010, 4, S. 325.

von Brüssel und Lugano, das insbesondere auch eine Reihe von Einzelverfahren erfasst, die in einem Kontext zu Insolvenzverfahren stehen.

«Insolvenznahe» Verfahren liegen nach EuGH nur vor, wenn sie sich eng innerhalb des insolvenzrechtlichen Rahmens halten.²⁸ Ausnahmen von der Anwendung des LugÜ sind nur gerechtfertigt, wenn es um Streitigkeiten geht, die ohne die Insolvenzeröffnung nicht entstehen könnten und unmittelbar der Durchführung des Insolvenzverfahrens dienen.²⁹ Dabei handelt es sich etwa um paulianische Anfechtungsklagen oder die Rückforderungsklage wegen amtlicher Veräusserungshandlungen einer unzuständigen Insolvenzverwaltung.³⁰ Verfahren etwa, die auch ohne Insolvenz hätten geführt werden können, verbleiben hingegen deutlich im Anwendungsbereich der europäischen Zivilprozessinstrumente.³¹ «Insolvenznahe» Verfahren müssen ihren Ursprung geradezu im Insolvenzrecht haben; ist dagegen das Zivilrecht Rechtsgrundlage, so unterfällt der Anspruch ohne Weiteres den Zuständigkeiten des Europäischen Zivilprozessrechts, also des Systems von Brüssel und Lugano.³² Dass die Insolvenzverwaltung als Partei an einem solchen Rechtsstreit beteiligt ist, ändert nichts an dieser Qualifikation.³³ Der Bereich der zur EuGVVO komplementären aEuInsVO³⁴ und EuInsVO, die seit dem Jahr 2002 die insolvenzrechtlichen Gegenstücke zum Brüsseler Gerichtsstandssystem bilden, wird entsprechend eng ausgelegt.³⁵

In einer Reihe von Entscheidungen äussert sich das BGer im ungefähr selben Grundtenor wie der EuGH.³⁶ Es statuiert zur Einordnung eines Verfahrens als «insolvenznahe» drei Kriterien:³⁷ (1) Der Streitgegenstand ist insolvenzrechtlich, d.h. die Klage findet seine Grundlage im Insolvenzrecht³⁸, es besteht (2) keine Wahrscheinlichkeit, dass das Verfahren auch ohne Insolvenz geführt worden wäre und (3) der Ertrag der ausländischen Konkursmasse wird

²⁸ EuGH Rs. C-133/78 Gourdain/Nadler, 22.2.1979; EuGH Rs. C-339/07 Deko Marty, 12.2.2009; EuGH Rs. C-292/08 German Graphics, 10.9.2009; Art. 25 Abs. 1 EuInsVO; BGE 131 III 227 E. 3.2.

²⁹ JAN KROPHOLLER/JAN VON HEIN, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Uebereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVI und EuGFVO, 9. A., Frankfurt am Main 2011, Art. 1 EuGVO N 35, m.w.H.

³⁰ EuGH Rs. C-339/07 Deko Marty, 12.2.2009; EuGH C-111/08 Alpenblume, 2.7.2009.

³¹ EuGH Rs. C-133/78 Gourdain/Nadler, 22.2.1979; vgl. BGE 125 III 108 E. 3b, m.w.H.; MARKUS, Turbulenzen (Fn. 24), S. 290.

³² EuGH Rs. C-157/13 Nickel/Goeldner, 4.9.2014, N 27.

³³ EuGH Rs. C-292/08 German Graphics, 10.9.2009, N 33.

³⁴ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. L 160 vom 30. Juni 2000.

³⁵ EuGH Rs. C-292/08 German Graphics, 10.9.2009, N 23-25.

³⁶ So etwa BGE 125 III 108; 131 III 227 E. 3.2; 133 III 386.

³⁷ Darstellung der Rechtsprechung bei RODRIGUEZ, Zuständigkeiten (Fn. 19), N 645.

³⁸ Z.B. bei der paulianischen Anfechtungsklage klar zu bejahen, zumal dieses Instrument ausserhalb des Vollstreckungskontextes keine rechtliche Grundlage hat.

vergrössert,³⁹ wobei das letztere Kriterium als blosses Hilfskriterium betrachtet wird.⁴⁰

Im Zusammenhang mit den Klagen, deren Bezug zur Insolvenz sich allein daraus ergibt, dass eine der beteiligten Parteien von Anfang an oder im Verlauf der zivilrechtlichen Streitigkeit einem Insolvenzverfahren unterliegt,⁴¹ zeichnet sich hingegen eine neue, abweichende Linie des Bundesgerichts ab. Im Fall, in welchem eine schweizerische Gläubigerschaft eine Forderung gegen eine insolvente Gesellschaft in Frankreich eingeklagt hatte, sah das BGer noch das LugÜ als anwendbar an, trotz der Beteiligung einer Gemeinschaftschuldnerin auf der Passivseite am Verfahren.⁴² Als jedoch – mit umgekehrten geographischen Vorzeichen – belgische Kläger schuldrechtliche Forderungen gegen die SAir-Gruppe geltend machten, weitete das BGer den Begriff der «insolvenznahen» Verfahren markant aus. In den BGE 140 III 320 und BGE 141 III 382 ging es um die Anerkennung zweier belgischer Forderungsurteile, die nach Ausbruch der SAir-Insolvenz gefällt und in der hiesigen Kollokation geltend gemacht worden waren. Der belgische Forderungsprozess des letzteren BGE war vor, des ersteren nach der Eröffnung in der Schweiz eingeleitet worden. Das BGer verneinte (im Ergebnis unterschiedslos) die Anerkennung beider Urteile aufgrund des LugÜ mit der Begründung, dass es sich um «insolvenznahe» Verfahren handle, die nach Art. 1 Ziff. 2 lit. b LugÜ ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ stünden. Die Einordnung der Brüsseler Klagen als insolvenznahe Verfahren ist aber fraglich, zumal diese Verfahren in casu weder unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgingen, noch sich eng in dessen Rahmen hielten, noch ihren Ursprung im Insolvenzrecht hatten, wie es die vorstehend dargestellte Rechtsprechung voraussetzen würde.⁴³ Ob die Verfahren ohne Insolvenz geführt worden wären, kann zwar nicht mit Sicherheit gesagt werden, ist jedoch durchaus wahrscheinlich. Die erste belgische Klage war jedenfalls bereits eingeleitet worden, bevor die SAir-Group insolvent wurde, die zweite zwar erst nachher, jedoch wie die erste an einem Forum in Belgien, welches Land die schweizerische Insolvenz nicht anerkannt hatte, und somit die Klage auch nicht als insolvenzrechtliches Verfahren behandelte. Somit fehlte m.a.W. auch dem späteren Verfahren eine insolvenzrechtliche Grundlage; die Klagen waren

³⁹ BGE 134 III 366 = BGER 6.3.2008 4A_231/2007 unpublizierte E. 4.2. betr. Klage einer italienischen Konkursverwaltung gegen einen CH-Schuldner.

⁴⁰ RODRIGUEZ, Zuständigkeiten (Fn. 19), N 645.

⁴¹ RODRIGUEZ, Zuständigkeiten (Fn. 19), N 624, erfasst diese vorliegend bedeutenden Klagen als eigene Kategorie.

⁴² BGE 125 III 108 E. 3b m.w.H.; dazu hinten VIII.C.

⁴³ Vgl. denn auch diverse Rechtsprechungskritik von JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7), N 127; MARKUS, Turbulenzen (Fn. 24), S. 289 ff.; MARKUS, Revision (Fn. 10), S. 29 ff.; IVO SCHWANDER, SAirLines, Rechtsprechung zum internationalen Sachen-, Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht, SZIER 2009, S. 425 ff.

nicht als Kollokationsklagen einzustufen, sondern hatten resp. behielten ihren Charakter als Erkenntnisverfahren und ihre verfahrensrechtliche Grundlage im gemeinen Zivilprozessrecht.⁴⁴

V. Insolvenzbezogene Verfahren nach IPRG

Hauptsächlich in Situationen, in welchen der Gemeinschuldner seinen Wohnsitz ausserhalb eines LugÜ-Staats besitzt, bestimmen sich allfällige Schweizer Zuständigkeiten nach dem autonomen internationalen Zivilverfahrensrecht der Schweiz. *Sedes materiae* ist im Ausgangspunkt das IPRG; anders die ZPO, die ausdrücklich im SchKG vorgesehene Gerichtsständen nicht derogiert,⁴⁵ beansprucht das IPRG nach Art. 30a SchKG Vorrang vor sämtlichen geschriebenen und ungeschriebenen SchKG-Gerichtsständen, sofern und soweit sich die Klage im Anwendungsbereich des IPRG befindet.

Die Gerichtsstände des IPRG finden auf Erkenntnisverfahren nach schweizerischem Verständnis Anwendung, nicht jedoch auf Gerichtsstände, die dem (Einzel- oder Gesamt-)Vollstreckungsrecht zuzuordnen sind.⁴⁶ Die Zuordnung ist insbesondere im Fall der «Reflexklagen» (wie etwa der Anfechtungsklage) differenzierend vorzunehmen⁴⁷ und dementsprechend umstritten.⁴⁸ Die Qualifikation ist unter dem IPRG nicht notwendigerweise gleich wie unter dem LugÜ. Während unter dem LugÜ eine staatsvertragsautonome Qualifikation greift, die einer funktional-rechtsvergleichenden Sicht zu folgen hat,⁴⁹ greift beim IPRG eine Qualifikation *lege fori*, nach derjenigen grundsätzlich auch die formale Einordnung der Klagen im Gesetz – vorliegend im SchKG – in die Waagschale geworfen werden kann. Allerdings ist dabei gleichzeitig dem bundesgerichtlichen Postulat Rechnung zu tragen, wonach

⁴⁴ Siehe dazu auch hinten VIII.C.

⁴⁵ Art. 46 ZPO.

⁴⁶ ANNETTE DOLGE, Internationale Zuständigkeit für zwangsvollstreckungsrechtliche Klagen nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen, Zürich 2009, S. 44 ff.; DOMINIK VOCK/DANIÈLE MÜLLER, SchKG-Klagen nach der schweizerischen ZPO, Zürich 2012, S. 9, S. 248.

⁴⁷ BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 30a N 2.

⁴⁸ Für Einordnung von „Reflexklagen“ allgemein unter dem IPRG: PAUL OBERHAMMER, Jäger des verlorenen Schatzes – Deutsche Insolvenzverwalter in der Schweiz, in: Bernd-Rüdiger Kern/Hans Lilie (Hrsg.), FS Gerfried Fischer, Medizinjurisprudenz zwischen Medizin und Kultur, Frankfurt am Main etc. 2010, S. 346; HENRY SCHÜPBACH, Droit et action revocatoires, Bâle 1997, Art. 289 N 78 ff.; allgemein gegen Einordnung unter dem IPRG: BGE 129 III 683; DOLGE (Fn. 46) S. 44 ff.; BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 289 N 27 m.w.H.

⁴⁹ Vgl. MARKUS, IZPR (Fn. 25), N 660 ff.

eine Harmonie zwischen LugÜ und IPRG anzustreben und als (systematische) Auslegungsrichtlinie zu berücksichtigen ist.⁵⁰

Auch wenn die Qualifikation der Verfahren beim IPRG grundsätzlich aus der Sicht der Schweizer *lex fori* erfolgt, ist dieses Gesetz nicht zwingend an die Einordnungen gebunden, welche die materiellen oder prozessualen Sachkodifikationen vornehmen. Es sieht vielmehr selbst auch unabhängige Qualifikationen vor, welche die Einordnungen der *sedes materiae* für die Zwecke dieses Gesetzes erweitern oder abändern (vgl. Art. 13 oder Art. 150 IPRG). Eine so verstandene *lex fori* dient mithin nur als Ausgangspunkt für eine kodifikationsautonome Qualifikation des IPRG.

VI. Aussonderungsklage

A. Regelung in SchKG und IPRG.

Der Dritte, der die Herausgabe einer Sache aus der Schweizer Masse beansprucht, hat nach Fristansetzung durch die Konkursverwaltung *am Konkursort* zu klagen.⁵¹ Befindet sich die Sache in der Masse eines schweizerischen Hilfskonkurses, so beansprucht diese Regelung ebenfalls Geltung, so zumindest nominal kraft der Verweisung des Art. 170 Abs. 1 IPRG auf das SchKG. Findet zufolge erweiterter Anerkennung kein Hilfsverfahren in der Schweiz statt, so greift die Verweisung hingegen ins Leere, zumal ein schweizerischer (Hilfs-) Konkursort fehlt.

Aus Binnensicht wird die Aussonderungsklage von der wohl noch h.M. als insolvenzrechtliche «Reflexklage» eingestuft, welche die Eigentumsverhältnisse nur vorfrageweise beurteilt, deshalb nur zwischen den Parteien für das nämliche Insolvenzverfahren wirkt und deren Urteil insbesondere keine materielle Rechtskraft für spätere zivilprozessuale Erkenntnisverfahren entfaltet.⁵² Die h.M. hat hier durchaus die Aussonderungsklage im Auge, welcher zivil-

⁵⁰ BGE 126 III 334 E. 3.b; 135 III 556 E. 3.1; dazu ALEXANDER R. MARKUS, Der zukünftige Vertragsgerichtsstand nach IPRG und seine Auslegung im Licht des revidierten Lugano-Übereinkommens – oder: Staatsvertragskonforme Auslegung reloaded, in: Bonomi Andrea/Cashin Ritaine Eleanor (Hrsg.), *La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après*, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 87 ff.; DANIEL WÜGER, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Diss. Bern 2005, S. 52 ff.

⁵¹ Art. 242 Abs. 2 SchKG. Die allfällige Anwendung dieser Frist oder ähnlicher Regeln des ausländischen Insolvenzrechts bestimmt sich nach dem Kollisionsrecht des ausländischen Gerichts.

⁵² Siehe die Stimmen hinten Fn. 82.

rechtliche Aussonderungsgründe zugrunde liegen.⁵³ Das erstaunt bereits vor dem Hintergrund, dass ihr Gegenstück, die Admassierungsklage, wesentlich deutlicher als materiellrechtliche Klage beurteilt wird.⁵⁴ Ob das Aussonderungs- oder das Admassierungsverfahren zum Zug kommt, entscheidet sich jedoch allein aufgrund der Gewahrsams- oder Eintragungsverhältnisse am streitigen Vermögensgegenstand im Zeitpunkt des Konkurses.⁵⁵ Die Reihe von weiteren Gründen, weshalb die «selbstbeschränkende» Einordnung der Aussonderungsklage als «Reflexklage» sachlich nicht zutrifft, werden hinten im Kontext mit der Qualifikation nach IPRG beleuchtet.⁵⁶

Weil in der Schweiz kein Gesamtverfahren stattfindet, fehlt der schweizerischen «Masse» eine eigene rechtliche Identität. Beklagte der Aussonderungsklage ist somit keine schweizerische «Masse» sondern die ausländische Masse bzw. deren Verwaltung. Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass ein Aussonderungsverfahren dennoch in der Schweiz stattfindet. Neben dem Beklagtenwohnsitz bietet das IPRG nämlich besondere Gerichtsstände an den Lageorten von Sachen;⁵⁷ das LugÜ immerhin für unbewegliche Sachen.⁵⁸

B. Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ

Ob die Aussonderungsklage sachlich unter das LugÜ fällt, ist hierzulande umstritten.⁵⁹ Der EuGH hatte jedoch im Jahr 2009 einen Fall zu beurteilen, dessen Ausgangssituation sich exakt gleich darstellt wie bei einer Aussonde-

⁵³ Eine Einstufung als „Reflexklage“ ist m.E. nur dann geboten, wenn dem Verfahren nicht zivilrechtliche sondern rein konkursrechtliche Aussonderungsgründe zugrunde liegen (Tatbestände nach Art. 201, 202 und 203 SchKG; dazu JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Zürich 2014, N 1309).

⁵⁴ Hinten VII.A.

⁵⁵ KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 53), N 1304.

⁵⁶ Hinten VI.D.

⁵⁷ Art. 97 und 98 Abs. 2 IPRG.

⁵⁸ Art. 22 Ziff. 1 LugÜ.

⁵⁹ Für Einordnung im LugÜ: YVES DONZALLAZ, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bern 1998, N 965; SPÜHLER/RODRIGUEZ (Fn. 24), N 520. Gegen Einordnung im LugÜ: BHK-DASSER, Art. 1 LugÜ N 88; DOLGE (Fn. 46), S. 44 ff.; DANIEL HUNKELER/ZENO SCHÖNMANN, in: Boesch/Duss Jacobi/Hunkeler/Marro/Meier-Dieterle/Renggli/Schönmann (Hrsg.), *Klagen und Rechtsbehelfe im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Basel 2018, S. 625; ISAAK MEIER, *Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 179 m.w.H.; WALTER STOFFEL, *Ausschliessliche Gerichtsstände des Lugano-Übereinkommens und SchKG-Verfahren, insbesondere Rechtsöffnung, Widerspruchsklage und Arrest*, in: I. Schwander/W. Stoffel (Hrsg.), *Festschrift für Oscar Vogel*, Fribourg 1991, S. 370; VOCK/MÜLLER (Fn. 46), S. 8; WALTER/DOMEJ (Fn. 24), S. 191; ebenso noch BHK LugÜ-MARKUS, Art. 22 Nr. 5 N 217; MARKUS, *IZPR* (Fn. 25) N 715, N 719.

rungsklage⁶⁰ des schweizerischen Rechts. German Graphics erhob gegen eine im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits insolvente Gesellschaft eine dingliche Klage, und zwar gestützt auf ihr Eigentumsrecht, das auf einem Eigentumsvorbehalt beruhte. Dass die Insolvenzverwalterin auf der Passivseite am Rechtsstreit beteiligt war, reichte dem EuGH für einen Ausschluss von der EuGVVO nicht aus.⁶¹ Entscheidend war für das Gericht vielmehr, dass die Klage ihren Grund nicht im Insolvenz-, sondern im allgemeinen zivilrechtlichen Eigentumsrecht hatte. Die Klage hätte auch ausserhalb der Insolvenz erhoben werden können und setzte als solche die Bestellung eines Insolvenzverwalters nicht voraus;⁶² «der Aussonderungsanspruch besteht trotz des Insolvenzverfahrens, und nicht aufgrund desselben.»⁶³ Vor diesem Hintergrund qualifizierte der EuGH die vorliegende Klage als Instrument, das unter die aEuGVVO fällt. Zumal die prozessuale Ausgangslage mit derjenigen einer schweizerischen Aussonderungsklage identisch ist, sollte diese Entscheidung bei einer schweizerischen Beurteilung unbedingt berücksichtigt werden.

Wie erwähnt, wird die Aussonderungsklage aus mehrheitlicher Binnensicht als blosse «Reflexklage» eingestuft, deren Urteil keine materielle Rechtskraft entfaltet.⁶⁴ Auch sogar wenn diese Beurteilung entgegen m.M. zutreffen sollte,⁶⁵ so spielte sie für die Einordnung als LugÜ-Erkenntnisverfahren dennoch keine Rolle. Auch wenn eine Vindikationsklage im Kontext der Insolvenz allenfalls im Sinne einer «Reflexklage» modifiziert und reduziert wird, so lässt dies deshalb nicht den Schluss zu, der Anspruch finde seinen Ursprung im Insolvenzverfahren und sei ohne Gesamtverfahren nicht denkbar.⁶⁶ Der Eigentümer klagt auch bei der Reflexklage gestützt auf sein ziviles Recht gegen den Gemeinschuldner bzw. dessen Verwaltung als Prozessstandscharakterin; der Zeitpunkt seiner Klage allein, d.h. ob sie vor oder nach Ausbruch der Insolvenz erhoben wurde, ist nicht mit dem Kriterium von EuGH und BGer gleichzusetzen, ob die Insolvenz für die Klage *kausal* war.⁶⁷ Auch wenn die SchKG-Sicht das «Reflexurteil» insofern modifiziert und reduziert, als es im Gegensatz zur ordentlichen Vindikationsklage keine materielle Rechtskraft für zivilrechtliche Verhältnisse entfaltet, so spielt dies für die Einord-

⁶⁰ Für eine rechtsvergleichende Sicht siehe BRINKMANN (Fn. 27), S. 327.

⁶¹ EuGH, Rs. C-292/08 German Graphics, 10.9.2009, N 33.

⁶² EuGH, Rs. C-292/08 German Graphics, 10.9.2009, N 32; vgl. dazu PAUL OBERHAMMER, Im Holz sind Wege: EuGH SCT./Alpenblume und der Insolvenzbestand des Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO, IPRax 4/2010, S. 324; KINDLER/WENDLAND (Fn. 26), S. 248, S. 251.

⁶³ CHARLOTTE WILLEMER, *Vis attractiva* und die Europäische Insolvenzverordnung, Tübingen 2006, S. 361.

⁶⁴ Vorne VI.A; siehe hinten Fn. 82.

⁶⁵ Vgl. hinten VI.D.

⁶⁶ So aber DOLGE (Fn. 46) S. 44 ff.

⁶⁷ Vorne IV.

nung als LugÜ-Erkenntnisverfahren keine Rolle, zumal dafür eine materielle Rechtskraft des Urteils dort überhaupt nicht vorausgesetzt wird.⁶⁸ Die Eigenschaft als Vindikationsklage mit materiellrechtlicher Grundlage bleibt in einer funktionalen Betrachtung somit gewahrt. Vorbehalten bleiben allein Aussonderungsklagen, die auf rein insolvenzrechtlichen Aussonderungsrechten beruhen.⁶⁹

Die konkursrechtliche *Kollokationsklage* ist als insolvenznahe Klage zu beurteilen, welche nicht dem LugÜ unterfällt.⁷⁰ Sie mag auf den ersten Blick Gemeinsamkeiten mit der Aussonderungsklage aufweisen, zumal sie sich wie die Aussonderungsklage gegen die Prozessstandschafterin des Gemeinschuldners richtet. Das Instrument ist aber von der Aussonderungsklage klar zu unterscheiden, denn bei ersterer geht es um die Passiven, bei letzterer um die Aktiven der Masse.⁷¹ Der Grund dafür, dass die Kollokationsklage auch internationalzivilprozessual anders qualifiziert wird als dingliche Klagen liegt darin, dass die Konkursforderungen in einem Kollokationssystem, das diese Ansprüche nach dem Prinzip der *par conditio creditorum* intensiv bewirtschaftet, integriert sind.⁷²

C. Räumlicher Anwendungsbereich und Zuständigkeiten nach LugÜ

Das LugÜ ist grundsätzlich⁷³ anwendbar, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz oder Sitz in einem Staat hat, der an das LugÜ gebunden ist.⁷⁴ Bei einer schweizerischen Hauptinsolvenz hat der Gemeinschuldner meist seinen Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz, zumal der Konkurs nach Art. 46 SchKG i.d.R. am Wohnsitz stattfindet. Bei einer schweizerischen Hilfsinsolvenz nach dem elften Kapitel IPRG befindet sich die prozessführungsbefugte Hilfsinsolvenzverwaltung am schweizerischen Vermögensort.⁷⁵ Damit fallen die Aussonderungsklagen, die der Dritte gegen diese Massen richtet, i.d.R. räumlichpersönlich unter das LugÜ.

⁶⁸ MARKUS, IZPR (Fn. 25), N 1455.

⁶⁹ Vorne VI.A.

⁷⁰ BGE 141 III 382 E. 3.5.2; siehe zudem nur DOLGE (Fn. 46), S. 44; HUNKELER/SCHÖNMANN (Fn. 59), S. 645, S. 658; MARKUS, IZPR (Fn. 25), N 719.

⁷¹ BGE 105 III 11 E. 2.

⁷² Darin unterscheiden sich Kollokationsverfahren *nota bene* von Zivilprozessen gegen den Gemeinschuldner, welche nicht in ein solches System eingebunden sind, also z.B. die belgischen Klagen der Sabena und des belgischen Staates nach der vorne IV kritisch beleuchteten SAir-Rechtsprechung des Bundesgerichts.

⁷³ Vorbehaltlich der Anknüpfungen nach Art. 22 und 23 LugÜ.

⁷⁴ Art. 2 LugÜ; MARKUS, IZPR (Fn. 25), N 652 ff.

⁷⁵ Art. 167 Abs. 1 IPRG n.F.

Anders verhält es sich bei der erweiterten Anerkennung einer ausländischen Hauptinsolvenz. Da in der Schweiz keine Hilfsverwaltung existiert, befindet sich die beklagte Partei im Aussonderungsverfahren am Sitz der Verwaltung des betroffenen ausländischen Insolvenzverfahrens. Eine schweizerische Sitz- oder Wohnsitzzuständigkeit kommt somit nicht in Betracht. Zumal das LugÜ keine Vindikationszuständigkeit am Belegenheitsort der beweglichen Sache zur Verfügung stellt, wird somit recht häufig in der Schweiz *überhaupt keine Zuständigkeit* gegeben sein. Immerhin sind Fälle denkbar, in welchen etwa eine schweizerische Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen wurde, eine schweizerische Niederlassungszuständigkeit gegeben ist oder aber dingliche Rechte an einer unbeweglichen Sache in der Schweiz betroffen sind.⁷⁶

Hat die Verwaltung der ausländischen Insolvenz ihren Sitz ausserhalb der LugÜ-Staaten, so bestimmt sich eine allfällige schweizerische Zuständigkeit nur sehr selten nach LugÜ, so etwa wenn es sich um dingliche Rechte Dritter an in der Schweiz belegenen Grundstücken handelt⁷⁷ oder wenn mit einem Aussonderungsgläubiger, der seinen Wohnsitz in einem LugÜ-Staat besitzt, eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten einer Schweizer Zuständigkeit besteht.⁷⁸

Um den Aussonderungsanspruch durchzusetzen, wird somit häufig der Dritte das ausländische Aussonderungsurteil gestützt auf das LugÜ in der Schweiz zur *Anerkennung und Vollstreckbarerklärung* bringen. Im Exequaturverfahren passivlegitimiert ist die ausländische Insolvenzverwaltung. Wegen der vorliegenden Qualifikation des Aussonderungsverfahrens als LugÜ-Erkenntnisverfahren steht die isolierte Regelung des Art. 174 c IPRG n.F. diesem Vorgehen denn auch nicht entgegen, zumal sich diese Bestimmung nur auf Anfechtungsklagen u.Ä. bezieht, welche als «insolvenznahe» Verfahren nicht dem LugÜ unterstehen.⁷⁹

D. Grenzüberschreitende Zuständigkeiten ausserhalb des LugÜ

Wie vorne⁸⁰ erwähnt, wirft Art. 242 Abs. 2 SchKG, der eine Zuständigkeit am Konkursort vorsieht, in den Fällen der erweiterten Anerkennung Fragen auf. M.E. ist im internationalen Verhältnis aber ohnehin das IPRG anwendbar, zumal das Aussonderungsverfahren als zivilprozessuales Erkenntnisverfahren

⁷⁶ Art. 23 LugÜ; Art. 5 Ziff. 5 LugÜ; Art. 5 Ziff. 1 LugÜ.

⁷⁷ Art. 22 Ziff. 5 LugÜ.

⁷⁸ Art. 23 Ziff. 1 LugÜ.

⁷⁹ KINDLER/WENDLAND (Fn. 26), S. 259.

⁸⁰ Vorne VI.A.

einzustufen ist.⁸¹ Für eine (gesamt-)vollstreckungsrechtliche Einordnung spricht zwar der Zusammenhang mit dem eigens für die Aussonderungsklage normierten Vorverfahren nach Art. 242 Abs. 1 und 2 SchKG, welches sich in das schweizerische Gesamtverfahren integriert. Für ein zivilprozessuales Erkenntnisverfahren spricht hingegen, dass die Aussonderungsklage, die auf zivilrechtlichen Aussonderungsgründen beruht, auch sogar unter dem schweizerischen Zivilverfahrensrecht funktional mit einer Vindikationsklage gleichzusetzen ist. Zwar entfaltet die daraus hervorgehende Entscheidung gemäss wohl noch h.M. keine *res iudicata*, sondern wird als konkursrechtliche «Reflexklage» betrachtet.⁸² Die Begründungen dafür, dass die Klage allein den Konkursbeschlagn in der laufenden Zwangsvollstreckung zwischen den Parteien entscheide, und damit das materielle Recht nur vorfrageweise geprüft werden müsse,⁸³ erscheinen jedoch tautologisch. In der Sache ist eine solche Selbstbeschränkung der Aussonderungsklage unnötig und kann insbesondere nicht darauf gestützt werden, dass das Verfahren zwischen Parteien stattfindet, die materiell nicht zur Sache legitimiert wären.⁸⁴ Zweckmässigkeitsüberlegung könnte immerhin sein, dass der Streitgegenstand möglichst rein insolvenzrechtlich gehalten werden soll, um Weiterungen des Verfahrens etwa im Zusammenhang mit Drittsprechern zu vermeiden. Das BGer relativiert solche Zweckmässigkeitsüberlegungen jedoch, wenn es zwar als einzigen Prüfungsgegenstand erachtet, ob der Ansprecher im Zeitpunkt der Konkursöffnung ein dingliches Recht gehabt habe, gleichzeitig aber einräumt, dass diese Frage nicht in jedem Fall ohne Prüfung der Rechte Dritter beantwortet werden könne.⁸⁵ Erwächst die aus dem Aussonderungsverfahren hervorgehende Entscheidung hingegen in materielle Rechtskraft, so wird eine erneute Beanspruchung der Justiz in einem zweiten Prozess verhindert, weshalb diese Lösung ihrerseits auch dem Gebot der effizienten Rechtsprechung gerecht wird. Eine Notwendigkeit, die Prüfung wie beschrieben zu beschrän-

⁸¹ Zur Unterscheidung siehe vorne V.

⁸² Für Einordnung als materiellrechtliche Vindikationsklage mit *res iudicata*: KUKO-SchKG-BÜRGI, Art. 242 N 5, N 17; HUNKELER/SCHÖNMANN (Fn. 59), S. 636; CARL JAEGER, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (4. Aufl. bearb. von Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann), 5. Aufl., Zürich 1997–2001, Art. 242 N 21; ganz entschieden jüngst auch ROGER SCHOBER/MONIKA AVDYLI, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum SchKG, 4. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2017, Art. 242 SchKG N 31; VOCK/MÜLLER (Fn. 46) S. 7 m.w.H.; für Einordnung als Klage mit nur insolvenzrechtlichen Wirkungen BGer 15.11.2011 4A_185/2011 E. 2.2.; BGE 131 III 595 E. 2.1; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 46 N 46; DOLGE (Fn. 46), S. 22; BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 242 N 6; KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 53), N 1316; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 242 N 11; MEIER, IZPR (Fn. 59), S. 179.

⁸³ BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 242 N 6 m.w.H.; DOLGE (Fn. 46), S. 22.

⁸⁴ Dies ist nur der Fall z.B. bei der negativen Kollokationsklage oder der Anfechtungsklage.

⁸⁵ BGE 131 III 595 E. 2.1 i.f.

ken, ergibt sich keineswegs, zumal sich – wie erwähnt – mit der Prozessstandschafterin des behaupteten Eigentümers und dem besitzenden Dritten die *legitimi contradictores* gegenüberstehen, was gegen eine Einordnung als blosser «Reflexklage» spricht.

Was die nachstehend behandelte Admassierungsklage als unmittelbares Spiegelbild der Aussonderungsklage betrifft, so sind diese Umstände ins Bewusstsein eines bedeutenden Teils der Lehre gerückt, die ihr denn auch die Qualität einer materiellrechtlichen Klage zugesteht.⁸⁶ Auch vor diesem Hintergrund ist eine Einordnung des Aussonderungsverfahrens unter die Erkenntniszuständigkeiten des IPRG gerechtfertigt.

Damit eröffnet sich dem ausländischen Ansprecher wahlweise zur ausländischen allgemeinen Zuständigkeit eine schweizerische Belegenheitszuständigkeit der beweglichen Sache nach Art. 98 Abs. 2 IPRG; ggf. besteht eine Immobilienzuständigkeit nach Art. 97 IPRG in der Schweiz. In der Mehrzahl der Fälle wird jedoch ein ausländisches Aussonderungsurteil am Ort der Hauptmasse gefällt, das in der Schweiz zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung gebracht wird. Dies ist gestützt auf Art. 25 ff. IPRG möglich, solange der hier geforderten Einordnung als IPRG-Erkenntnisurteil gefolgt wird.

VII. Admassierungsklage

A. Regelung im SchKG

Das Instrument der Admassierungsklage dient – wie übrigens auch dasjenige der nachstehend behandelten Forderungseinziehungsklage – zur Feststellung und Bereinigung der Aktiven der Schweizer Hilfsinsolvenz. Die Admassierungsklage ist aus SchKG-Sicht als materiellrechtliche Klage zu beurteilen, und nicht etwa als insolvenzrechtliche «Reflexklage».⁸⁷ Mit dem Dritten als Beklagten und der Verwaltung als Klägerin und Prozessstandschafterin für den Gemeinschuldner stehen sich die *legitimi contradictores* gegenüber. Das SchKG sieht für die Admassierungsklage denn auch keine spezifisch zwangsvollstreckungsrechtliche Zuständigkeit vor, weshalb im Binnenverhältnis die Zuständigkeiten der ZPO für die Vindikations- bzw. Grundbuchberichtigungsklage greifen.⁸⁸

⁸⁶ Hinten VII.A.

⁸⁷ HUNKELER/SCHÖNEMANN (Fn. 59), S. 636 m.w.H.; VOCK/MÜLLER (Fn. 46), S. 6; BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 242 N 7; a.M. AMONN/WALTHER (Fn. 82), § 46 N 46; KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 53), N 1321; DOLGE (Fn. 53), S. 23.

⁸⁸ Nach Art. 46 ZPO.

B. Aktivlegitimation zur Admassierungsklage im internationalen Verhältnis

Wird ein ausländisches Insolvenzverfahren nach Art. 166 IPRG ordentlich anerkannt, d.h. ohne dass auf das Hilfsverfahren verzichtet wird, so bereinigt die Hilfskonkursverwaltung die Aktiven, indem sie wenn nötig Admassierungsklagen nach Art. 242 Abs. 3 SchKG (oder bei bestrittenen Forderungen Forderungseinziehungsklagen⁸⁹) erhebt.⁹⁰ Die ausländische Verwaltung verfügt in diesen Situationen über keine Aktivlegitimation für eine Admassierungsklage in der Schweiz.

Im Fall einer *erweiterten Anerkennung* ohne Hilfsverfahren hingegen ist die ausländische Verwaltung der Hauptinsolvenz zur Klage legitimiert. Sofern die Sache der (virtuellen) «Schweizer Masse» zuzuordnen ist, d.h. sich auf schweizerischem Territorium befindet, bestimmt sich die Legitimation unmittelbar nach dem elften Kapitel IPRG.⁹¹ Betrifft die Admassierungsklage ausländisches Vermögen des Gemeinschuldners, so ist das elfte Kapitel des IPRG hingegen nicht direkt anwendbar; die Aktivlegitimation der ausländischen Verwaltung bestimmt sich diesfalls gestützt auf eine analoge Anwendung dieser Regeln.⁹²

C. Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ

Nach heute wohl noch h.L. werden Admassierungsklagen unter dem LugÜ als insolvenznahe Klagen beurteilt und somit nach Art. 1 Ziff. 2 lit. b LugÜ vom Staatsvertrag nicht erfasst.⁹³ Diese Lehre konfligiert deutlich mit der neueren Rechtsprechung des EuGH. Im 2009 entschiedenen Fall erhob German Graphics eine Klage gegen eine bereits insolvente Gesellschaft gestützt

⁸⁹ Nach Bestätigung durch die zweite Gläubigerversammlung (BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 243 N 7).

⁹⁰ Vorbehältlich Abtretung nach Art. 260 SchKG, in welchem Fall die Abtretungsgläubiger aktivlegitimiert sind. Siehe auch hinten VIII.B.

⁹¹ Art. 174a Abs. 4 IPRG n.F.; BGE 137 III 631 E. 2.3.4, siehe auch BGE 139 III 236 E. 4.5; JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7), N 78, N 154.

⁹² Vorne II.

⁹³ Gegen Anwendbarkeit des LugÜ: SHK LugÜ-DASSER, Art. 1 N 888 Fn. 222 (allerdings zweifelnd); DOLGE (Fn. 46), S. 22; OFK IPRG/LugÜ-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 1 LugÜ N 16; BSK LugÜ-ROHNER/LERCH, Art. 1 N 93; VOCK/MÜLLER (Fn. 46), S. 8, S. 254; so auch noch BHK-MARKUS, Art. 22 Nr. 5 LugÜ N 217 m.w.H., jedoch kritisch MARKUS, IZPR (Fn. 25), N 72; zweifelnd MEIER, IZPR (Fn. 59), S. 179. Für eine Einordnung als LugÜ-Erkenntnisverfahren hingegen Komm. Schnyder-ACOCELLA, Art. 1 LugÜ N 111; HUNKELER/SCHÖNMANN (Fn. 59), S. 637; SPÜHLER/RODRIGUEZ (Fn. 24), N 520; implizit KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 242 N 5.

auf ihr Eigentumsrecht, das sie aus einem Eigentumsvorbehalt zu ihren Gunsten ableitete.⁹⁴ Wie vorne erwähnt,⁹⁵ entspricht diese Klage funktional einer Aussonderungsklage, die ihrerseits nichts Anderes als eine Vindikationsklage darstellt.⁹⁶ Nun ist die Admassierungsklage nichts Anderes als das Gegenstück der Aussonderungsklage: Die Parteirollen sind vertauscht, Klägerin gegen den Dritten ist die Masse, Beklagter ist der Drittsprecher. Die Admassierungsklage wird denn auch aus Schweizer Sicht deutlich als materiellrechtliche *Vindikation* und nicht als Reflexklage eingeordnet,⁹⁷ was schon beinahe imperativ für eine Qualifikation als ein zivilprozessuales LugÜ-Erkenntnisverfahren spricht. Insofern erstaunt es, dass die h.L. *unter dem LugÜ* eine Beurteilung als «insolvenznahe» Verfahren vornimmt, zumal insolvenznahe Verfahren unter dem LugÜ restriktiver zu qualifizieren sind als die insolvenzrechtlichen Instrumente unter dem nationalen Recht.⁹⁸

Bei der hinten näher besprochenen EuGH-Rechtsprechung Nickel und Goeldner⁹⁹ geht es um eine Forderungseinziehung durch die Insolvenzverwaltung gegen einen Drittschuldner des Gemeinschuldners, welche Klage vom EuGH als zivilprozessuale Klage beurteilt wurde, die unter die aEuGVVO/LugÜ fällt. Es wäre nicht einzusehen, warum die vorliegende Geltendmachung eines dinglichen Anspruchs durch die Verwaltung anders zu beurteilen wäre als die Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs durch die Verwaltung. Beides betrifft zivilrechtliche Ansprüche des Gemeinschuldners gegen Dritte, beides gehört aus insolvenzrechtlicher Sicht zur Bereinigung der Aktivmasse im Konkurs.

In der Vergleichung mit der Aussonderungsklage verlangt der Schutz des beklagten Dritten bei der Admassierungsklage noch verstärkt nach einer Anwendung des LugÜ, zumal der Beklagte als Passivpartei ausserhalb des Insolvenzstaats erwarten darf, dass er in einer genuin zivilrechtlichen Auseinandersetzung nur an den zivilprozessualen Gerichtsständen des Staatsvertrags verfolgt werden kann, und zwar unabhängig davon, ob und wann der Ansprecher insolvent geworden ist.

⁹⁴ EuGH, Rs. C-292/08 German Graphics, 10.9.2009.

⁹⁵ Vorne VI.B.

⁹⁶ Vorne VI.B, VI.D.

⁹⁷ BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 242 N 7; ZK SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 46 ZPO N 9 m.w.H.; VOCK/MÜLLER (Fn. 46), S. 6, S. 254; vgl. auch die übrigen Autoren in Fn. 87, die sich gegen eine Reflexklage aussprechen; a.M. DOLGE (Fn. 46), S. 23.

⁹⁸ Vorne IV.

⁹⁹ EuGH Rs. C-157/13 Nickel/Goeldner 4.9.2014; hinten VIII.C.

D. Räumlicher Anwendungsbereich und Zuständigkeiten nach LugÜ

Geht es um die Admassierung einer beweglichen Sache, so findet das LugÜ Anwendung, wenn der beklagte Dritte seinen Wohnsitz in einem an diesen Staatsvertrag gebundenen Land hat. Das LugÜ sieht für solche Vindikationsklagen keinen besonderen Gerichtsstand vor; sie sind im nach Art. 2 LugÜ Wohnsitzstaat des Beklagten anzubringen.¹⁰⁰ Geht es um die Admassierung eines schweizerischen Grundstücks, so gibt das LugÜ für dingliche Klagen eine zwingende Zuständigkeit nach Art. 22 Ziff. 1 im schweizerischen Belegenheitsstaat.¹⁰¹ Daraus hervorgehende Urteile werden gestützt auf Art. 32 ff. LugÜ im eurozivilprozessualen Wohnsitzstaat des beklagten Dritten anerkannt.

E. Grenzüberschreitende Zuständigkeiten ausserhalb des LugÜ

Wie erwähnt, regelt das IPRG ausserhalb des elften Kapitels Verfahren weder der Einzel- noch der Gesamtvollstreckung. Die Qualifikation, ob ein insolvenznahe Einzelverfahren vorliegt, erfolgt aus der Sicht der schweizerischen *lex fori*.¹⁰²

Ob Admassierungsklagen von den Erkenntniszuständigkeiten des IPRG erfasst werden, ist umstritten.¹⁰³ Angesichts des Umstands, dass die Admassierungsklage bereits aus SchKG-Sicht nicht als «Reflexklage» sondern als materiellrechtliche Klage zu beurteilen ist, deren Binnenzuständigkeit nach der ZPO bestimmt wird,¹⁰⁴ müsste sie aber zwanglos als Erkenntnisverfahren ins IPRG eingeordnet werden.¹⁰⁵ Was für die Aussonderungsklage gilt, muss im Übrigen umso mehr auch für deren Spiegelbild gelten, zumal die Rechtsnatur jener Klage als materielles Erkenntnisverfahren vergleichsweise umstrittener ist.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Weil Art. 2 LugÜ nur die internationale Zuständigkeit regelt, richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem autonomen internationalen Zivilprozessrecht des Forumstaats.

¹⁰¹ Art. 97 IPRG regelt die örtliche Zuständigkeit am Situs des Grundstücks.

¹⁰² Vorne V.

¹⁰³ Gegen Anwendung des IPRG: DOLGE (Fn. 46), S. 48. Für Anwendung des IPRG: VOCK/MÜLLER (Fn. 46), S. 9, S. 254; HUNKELER/SCHÖNMANN (Fn. 59), S. 637; MEIER, IZPR (Fn. 59), S. 179.

¹⁰⁴ Vorne VII.A.

¹⁰⁵ MEIER, IZPR (Fn. 59), S. 179.

¹⁰⁶ Vorne VI.A.

Gestützt auf diese Beurteilung eröffnet sich der ausländischen Verwaltung (wahlweise zur ausländischen Zuständigkeit am Wohnsitz des Dritten) eine schweizerische Belegenheitszuständigkeit nach IPRG, sofern es sich um eine bewegliche Sache handelt;¹⁰⁷ andernfalls besteht hierzulande eine Immobiliarzuständigkeit nach Art. 97 IPRG. In den meisten Fällen wird ein ausländisches Aussonderungsurteil, das am Ort der Hauptmasse ergangen ist, in der Schweiz zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung gebracht werden. Dies ist gestützt auf Art. 25 ff. IPRG möglich.

VIII. Forderungseinziehungsklagen gegen den Drittschuldner

A. Regelung im SchKG

Im Gegensatz zur Aussonderungsklage regelt das SchKG die Zuständigkeit für die Forderungseinzugsklage nicht, weshalb im Binnenkontext die ZPO dafür massgeblich ist.¹⁰⁸

Die schweizerische Konkursverwaltung darf gestützt auf Art. 243 SchKG nur *unbestrittene* Forderungen autonom einziehen. Leitet sie Betreuung ein und erhebt der Drittschuldner (begründeten) Rechtsvorschlag, so hat die zweite Gläubigerversammlung über die Einziehung der Forderung durch die Konkursverwaltung oder eine allfällige Abtretung zu entscheiden. Die Einziehung durch die Konkursverwaltung ist nur zulässig, wenn keine Abtretung i.S.v. Art. 260 SchKG erfolgt ist;¹⁰⁹ in der Praxis werden strittige Ansprüche häufig den Abtretungsgläubigern überlassen.

B. Aktivlegitimation zur Forderungseinziehungsklage im internationalen Verhältnis

Das Bundesgericht hat eine Aktivlegitimation der ausländischen Verwaltung zur klageweisen Durchsetzung bestrittener Forderungen bereits unter dem bisherigen Recht bejaht, und zwar unter der Voraussetzung, dass keine schweizerischen Gläubiger vorhanden sind, die über die Anhebung der Forderungseinzugsklage bzw. über deren Abtretung befinden können. Im beurteilten Fall trat die schweizerische Verwaltung die Forderung der ausländischen Masse ab, und zwar in analoger Anwendung des Art. 260 SchKG.¹¹⁰ Nach

¹⁰⁷ Art. 98 Abs. 2 IPRG.

¹⁰⁸ Art. 46 ZPO.

¹⁰⁹ Dazu BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 243 N 7; BSK SchKG-BERTI, Art. 260 N 2.

¹¹⁰ BGE 137 III 374 E. 3; JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7), Rz. 95; vorne III.B.

dem neuen Recht ist die Rechtszuständigkeit an der Forderung ohne Weiteres bei der ausländischen Masse zu verorten, allein gestützt auf die erweiterte Anerkennung gemäss Art. 174a Abs. 4 IPRG n.F.

C. Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ

Ob die Forderungseinziehungsklage als insolvenznahe Klage im Sinne von Art. 1 Ziff. 2 lit. b LugÜ gilt, wird hierzulande unterschiedlich beurteilt.¹¹¹ Das Bundesgericht entschied, dass die Klage der ausländischen Verwaltung auf Einziehung einer Forderung gegen den schweizerischen Drittschuldner nicht dem LugÜ unterstehe, da die Klage ohne die Konkursöffnung nicht eingeleitet worden wäre.¹¹²

Die Qualifikation der Forderungseinziehungsklage ist vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zu beurteilen. Wie erwähnt, schliesst der EuGH Ansprüche aus dem Anwendungsbereich der EuGVVO (und des dazu parallelen LugÜ) aus, wenn diese *unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen* und in *engem Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren* stehen. Dabei sei der Anwendungsbereich der erwähnten zivilprozessualen Instrumente weit zu fassen, während der Bereich der komplementären EuInsVO eng auszulegen ist.¹¹³ Wie vorne gezeigt, konkretisiert sich die erwähnte Regel insofern, als die rechtliche Grundlage der Ansprüche geprüft wird. Ist das allgemeine Zivilrecht Rechtsgrundlage, so unterfällt der Anspruch den Zuständigkeiten des Europäischen Zivilprozessrechts, ungeachtet des Umstands, dass er statt durch den Gemeinschuldner durch den Insolvenzverwalter als dessen Prozessstandschafter geltend gemacht wird.¹¹⁴

In der Entscheidung des EuGH Nickel und Goeldner machte die Insolvenzverwaltung eine Forderung gegen den Schuldner des Gemeinschuldners (Drittschuldner) geltend, die Entgelt für einen Transport darstellte, welchen der Gemeinschuldner vor seiner Insolvenz gestützt auf einen Frachtvertrag durchgeführt hatte. Der EuGH hielt fest, dass sich die rechtliche Grundlage dieser Forderung im Zivil- und Handelsrecht finde, und nicht in abweichenden Sonderregeln des Insolvenzrechts, weshalb sich die gerichtliche Zuständigkeit nach der aEuGVVO bestimme.¹¹⁵ Bei der vom EuGH beurteilten Klage handelt es sich um das genaue Äquivalent einer schweizerischen Einzie-

¹¹¹ Nicht unter das LugÜ fallend: BSK LugÜ-ROHNER/LERCH, Art. 1 N 93 lit. j (vgl. jedoch widersprüchlich N 94 lit. q). Unter das LugÜ fallend: SHK LugÜ-DASSER, Art. 1 N 89 Fn. 242; WALTER/DOMEJ (Fn. 24), S. 190.

¹¹² BGE 134 III 366 = BGer 6.3.2008 4A_231/2007, unpublizierte E. 4.2; vgl. dazu vorne IV.

¹¹³ Vorne IV.

¹¹⁴ Siehe vorne IV; KINDLER/WENDLAND (Fn. 26), S. 250.

¹¹⁵ EuGH, Rs. C-157/13 Nickel/Goeldner, 4.9.2014, N 27; N 29 ff.

hungsklage der Verwaltung, die von der zweiten Gläubigerversammlung dazu ermächtigt wurde.

Die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung¹¹⁶ ist vor diesem Hintergrund neu zu überdenken. Das vom BGer noch hilfsweise verwendete Einordnungskriterium, ob der Ertrag aus der Forderung die ausländische Konkursmasse vergrössert, darf unter dem neurechtlichen Konzept einer erweiterten Anerkennung ohnehin keine Rolle spielen. Die Schweizer Masse wird in diesem neuen Konzept nicht bewirtschaftet, die Tätigkeiten des ausländischen Verwalters, die er gestützt auf Art. 174a Abs. 4 IPRG n.F. in der Schweiz ausübt, sind naturgemäss auf die ausländische Masse ausgerichtet.¹¹⁷

In der Entscheidung des EuGH i.S. F-*Tex* ging es um die Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen, welche die Verwaltung einem Gläubiger abgetreten hatte. Anfechtungsklagen sind gemäss EuGH zwar als insolvenznah zu qualifizieren und fallen deshalb nicht unter die Zuständigkeitsvorschriften der EuGVVO/LugÜ.¹¹⁸ Zuzufolge der Abtretung an den einzigen Gläubiger der Schuldnerin qualifizierte der EuGH deren Anspruch jedoch als gemein-zivilprozessual und damit der aEuGVVO unterfallend. Zur Begründung führte der EuGH an, dass die Forderung mit der Abtretung in das Vermögen der Zessionarin übergegangen war, und die Zessionarin im eigenen Interesse, zu ihrem persönlichen Vorteil und nach ihrer freien Disposition handle, zumal der Erlös zum Bestandteil ihres Vermögens werde. Daran ändere nichts, dass im konkreten Fall vereinbart wurde, einen Teil des Erlöses als Gegenleistung für die Abtretung abzugeben, zumal es sich dabei lediglich um eine Zahlungsmodalität handle.¹¹⁹ Allein der Wechsel in der Gläubigerschaft macht mithin einen an sich als insolvenznah zu qualifizierenden Anspruch zu einem gemein-zivilprozessualen. Umgekehrt ändert die Qualifikation eines gemein-zivilprozessualen Anspruchs hingegen nicht zu einem insolvenznahen, weil er von der Verwaltung als insolvenzrechtliche Prozessstandschafterin geltend gemacht wird.¹²⁰ Dies zeigt deutlich die Tendenz des EuGH, Aktivprozesse der Verwaltung, welche die Geltendmachung von Forderungen des Gemeinschaftschuldners gegen Drittschuldner zum Gegenstand haben, den EuGVVO und LugÜ zuzuordnen. Wird eine solche Forderung des Drittschuldners den Gläubigern abgetreten, so ändert mit Gewissheit nichts an dieser Qualifikation.

¹¹⁶ BGE 134 III 366 = BGer 6.3.2008 4A_231/2007 unpublizierte E. 4.2.

¹¹⁷ Art. 174a Abs. 2 IPRG n.F. alleine hat zu gewährleisten, dass die Interessen der Schweizer Gläubiger an der ausländischen Masse berücksichtigt werden.

¹¹⁸ EuGH Rs. C-213/10 F-*Tex*, 19.4.2012, N 29; siehe auch EuGH, Rs. C-339/07 *Deko Marty*, 12.2.2009 N 28.

¹¹⁹ EuGH Rs. C-213/10 F-*Tex*, 19.4.2012, N 45.

¹²⁰ EuGH Rs. C-292/08, *German Graphics*, 10.9.2009, N 33; vorne IV.

In diesem Kontext ist es von Interesse, die umgekehrte Situation eines Passivprozesses der Verwaltung zu betrachten, in welcher Gläubiger Forderungen gegen den Gemeinschuldner geltend machen. Im Fall einer schweizerischen Gläubigerschaft, die im Jahr 1993 eine Forderung gegen eine insolvente Gesellschaft in Frankreich eingeklagt hatte, betrachtete das BGer das LugÜ durchaus als anwendbar.¹²¹ Das mag auf den ersten Blick erstaunen, zumal der Passivprozess der Verwaltung grundsätzlich anders zu beurteilen ist als deren Aktivprozess. Mit Ausbruch der Insolvenz werden obligatorische Ansprüche gegen den Gemeinschuldner zu Konkursforderungen, welche der Gläubiger nötigenfalls mit einer *Kollokationsklage* erstreiten muss. Diese Klagen sind aus guten Gründen als «insolvenznahe» zu beurteilen,¹²² weshalb das LugÜ oder die EuGVVO auf diese Verfahren nicht angewendet werden. Die Begründung des Bundesgerichts lautete jedoch im vorliegenden Fall, dass die Klage aus Sicht der Schweiz nicht auf dem Insolvenzrecht beruhe und mit hoher Wahrscheinlichkeit auch ohne das Insolvenzverfahren der Beklagten eingereicht worden wäre.¹²³ In der Tat war der bilaterale Gerichtsstands- und Konkursvertrag mit Frankreich¹²⁴ per 31.12.1991 ausser Kraft getreten,¹²⁵ weshalb in casu keine Anerkennung der französischen Insolvenz in der Schweiz erfolgte. Damit waren die schweizerischen Behörden nicht gehalten, eine allfällige insolvenzrechtliche Grundlage dieser Klage, die aus französischer Sicht zweifellos bestand, zu berücksichtigen. Aus Schweizer Perspektive blieb die französische Insolvenz auf das Territorium Frankreichs beschränkt, die schweizerische Klage war nicht als Kollokationsklage i.e.S. zu beurteilen. Im Licht dieser Rechtsprechung wäre ein Aktivprozess der Verwaltung, wie er bei der Forderungseinziehungsklage vorliegt, noch *a fortiori* als LugÜ-Erkenntnisverfahren zu beurteilen statt als insolvenznahe Verfahren.

In analogen Fällen mit umgekehrtem geographischen Vorzeichen, in welchem ausländische Einzelverfahren zu beurteilen waren, die sich gegen den Schweizer Gemeinschuldner richteten, hat das BGer jedoch anders geurteilt.¹²⁶ Wie vorne beschrieben, behandelte es diese Klagen funktional als «Kollokationsklagen», deren Urteile weder nach LugÜ noch nach IPRG anerkennbar sind.¹²⁷ Die Klagen waren jedoch in einem Staat hängig, für den die schweizerische Insolvenz keine Wirkung entfaltete, weshalb sie unter dem

¹²¹ BGE 125 III 108; dazu RODRIGUEZ, Zuständigkeiten (Fn. 19), N 635.

¹²² Dazu vorne VI.B.

¹²³ BGE 125 III 108 E. 3b m.w.H.

¹²⁴ Vertrag über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen vom 15. Juni 1869, seine Zusatzakte vom 4. Oktober 1935 sowie sein erläuterndes Protokoll (SR 0.276.193.491).

¹²⁵ VPB 55.58A.

¹²⁶ BGE 140 III 320; 141 III 382.

¹²⁷ Vorne IV.

LugÜ als zivilprozessuale Erkenntnisverfahren und die daraus hervorgehenden Urteile als anerkennbar einzustufen gewesen wären.

Unabhängig davon, ob die vorliegende Meinung zur Behandlung nicht in die Insolvenz eingebundener Verfahren geteilt wird, so ist festzuhalten, dass der Kollokationsprozess i.e.S. a priori anders zu beurteilen ist als der aktive Forderungsprozess der Verwaltung, zumal die Kollokationssituation naturgemäss eine enge Einbindung in die Insolvenz erfordert und bewirkt.¹²⁸ Rückschlüsse vom Aktiv- auf den Passivprozess der Verwaltung sind nicht ohne Weiteres möglich.

D. Räumlicher Anwendungsbereich und Zuständigkeiten nach LugÜ

Werden Forderungseinziehungsklagen einer ausländischen Verwaltung wie vorliegend als zivilprozessuale Erkenntnisverfahren eingeordnet, so ist der räumliche Anwendungsbereich des LugÜ differenzierend zu bestimmen, und zwar nach Massgabe der jeweils in Frage kommenden Zuständigkeiten.¹²⁹ Für Forderungsklagen gilt als Grundprinzip, dass der Beklagte seinen Wohnsitz in einem an das LugÜ gebundenen Staat haben muss; hat er seinen Wohnsitz in einem EU-Staat, so bestimmt sich die Zuständigkeit nach der EuGVVO, sofern ein Gerichtsstand in einem EU-Mitgliedstaat angerufen wird.¹³⁰ Für die Forderungsklagen des Gemeinschuldners kommt fast die ganze Palette der Zuständigkeiten in Frage, und zwar – neben dem allgemeinen Beklagtengerichtsstand von Art. 2 LugÜ – die besonderen Gerichtsstände jeweils nach Massangabe der Natur der Forderung als vertraglich, deliktisch etc.¹³¹ Solche besonderen Gerichtsstände ergeben sich je nach Umständen auch in der Schweiz, so z.B. an einem hiesigen Vertragserfüllungsort.¹³²

E. Grenzüberschreitende Zuständigkeiten ausserhalb des LugÜ

Das SchKG regelt den Gerichtsstand der Forderungseinziehungsklage nicht ausdrücklich, weshalb im Binnenbereich die ZPO greift.¹³³ In grenzüberschreitenden Situationen fällt die Forderungseinziehungsklage unter das

¹²⁸ Vorne VI.B.

¹²⁹ Vgl. vorne VI.C.

¹³⁰ Art. 64 Abs. 1 und 2 LugÜ *per analogiam*.

¹³¹ Art. 5 ff. LugÜ.

¹³² Art. 5 Ziff. 1 LugÜ.

¹³³ Art. 46 ZPO.

IPRG, wenn es sich um ein Erkenntnisverfahren handelt, die Klage mithin nicht als vollstreckungsrechtlich bzw. insolvenzrechtlich zu beurteilen ist.¹³⁴

Dass die Klage nicht als «insolvenznah» im Sinne des Europäischen Zivilprozessrechts zu beurteilen ist, wurde vorne¹³⁵ gezeigt. Unter einer autonom schweizerischen Betrachtungsweise ändert sich nichts an dieser Beurteilung, zumal auch das SchKG nicht den Anspruch erhebt, die Klage sei als insolvenzrechtlich zu qualifizieren. Es normiert weder die Zuständigkeit noch ansonsten verfahrensrechtliche Besonderheiten dieser Klagen, sondern folgt allein der Notwendigkeit, die Klagelegitimation zuzuteilen, welche Frage aber allein zur Beurteilung der Natur der Klage keine Rolle spielen kann.¹³⁶

IX. Schluss

Bei einer erweiterten Anerkennung der ausländischen Insolvenz, wie sie nach der Novelle zum elften Kapitel des IPRG nunmehr zugelassen wird, ist das schweizerische Feld frei für insolvenzbezogene Verfahren, an welchen eine ausländische Insolvenzverwaltung beteiligt ist. Bis heute richtete sich das Hauptinteresse auf die paulianische Anfechtungszuständigkeit, zumal die Legitimation der ausländischen Verwaltung grundsätzlich darauf beschränkt war. Die Frage der Zuständigkeit für weitere insolvenzbezogene Klagen wird erst virulent, nachdem das neue Recht auf eine schweizerische Hilfsverwaltung verzichtet und deshalb der ausländischen Insolvenzverwaltung eine umfassende Aktiv- und Passivlegitimation zuerkennt.

Die vorliegenden Ausführungen, wonach für die drei behandelten Instrumente das LugÜ und/oder das IPRG anwendbar sind, gelten zwar auch für Situationen, in welchen ein Hilfsverfahren in der Schweiz ausgelöst wurde, und demnach i.d.R. die schweizerische Hilfsverwaltung Verfahrenspartei ist. Die Gesetzesnovelle hat insbesondere nichts an den staatsvertraglichen Rechtsgrundlagen geändert; der nunmehr vermehrte Einbezug der ausländischen Verwaltung schärft jedoch – auch für den Autoren selber – den Blick auf die Qualifikation der untersuchten Verfahren. Fast durchwegs entgegen der h.L. ist bei den drei untersuchten Instrumenten der Aussonderungs-, Admassierungs- und Forderungseinziehungsklage davon auszugehen, dass sie im internationalen Kontext unter die *Erkenntniszuständigkeiten* des LugÜ und/oder des IPRG fallen. Dieser Umstand unterstützt bei der Lösung einiger Fragen, die sich wegen der bloss punktuellen Regelung von insolvenzbezogenen Verfahren in

¹³⁴ Vorne V.

¹³⁵ Vorne VII.C.

¹³⁶ Vgl. vorne IV; vorne VIII.B.

der Gesetzesnovelle stellen.¹³⁷ Insbesondere haben die vorgeschlagenen Einordnungen zur Konsequenz, dass neben den Anfechtungsentscheidungen weitere Kategorien ausländischer Entscheidungen, welche die Schweizer Masse betreffen, hiezulande anerkannt und vollstreckbar erklärt werden können. Damit werden Rechtsschutzlücken im Interesse in- und ausländischer Gläubiger vermieden.

¹³⁷ Art. 171 und Art. 174 c. IPRG n.F.

La protection des consommateurs dans les contrats liés

ARIANE MORIN*

Sommaire

I.	Introduction.....	644
II.	Les contrats liés en droit européen.....	646
	A. Les contrats liés en droit européen.....	646
	1. Les contrats en cause.....	646
	a) En général.....	646
	b) Le contrat principal.....	647
	c) Le contrat accessoire.....	648
	2. Le critère de l'unité économique.....	648
	B. La compatibilité avec le droit suisse.....	649
	1. La notion de contrats liés.....	649
	2. Les contrats liés en droit de la consommation.....	650
III.	Les conséquences de l'existence de contrats liés.....	651
	A. Les solutions du droit européen.....	651
	1. L'effet de la révocation du contrat principal sur le contrat accessoire.....	651
	2. Les droits du consommateur contre le prêteur dans les contrats de crédit liés.....	652
	B. L'eurocompatibilité du droit suisse.....	653
	1. La protection du consommateur dans les contrats composés.....	653
	2. La protection du consommateur lorsque les contrats liés ont été passés entre des parties différentes.....	654
	a) Les effets de la révocation du contrat principal sur le contrat accessoire.....	654
	b) Les droits du consommateur contre le prêteur dans les contrats de crédit liés.....	655
IV.	Conclusion.....	656

* Prof. Dr. ARIANE MORIN, Faculté de droit, Université de Lausanne.
Je remercie beaucoup mes assistants Mme Blanche Tinguely et M. Damien Oppliger pour leurs recherches documentaires et leur relecture attentive de cet article.

I. Introduction

Conformément au principe de l'adaptation autonome du droit suisse au droit européen posé en 1993 à la suite du rejet de l'accord sur l'EEE, il est nécessaire de rendre le droit suisse compatible avec le droit européen, même dans les domaines qui sortent du cadre des accords bilatéraux¹. Selon le Conseil fédéral, notre droit doit être eurocompatible pour que la Suisse puisse en tout temps réorienter sa politique d'intégration vis-à-vis de l'UE. L'adaptation autonome du droit suisse au droit européen doit également servir à intensifier la concurrence et la libéralisation de notre économie, afin de préserver et d'améliorer les chances des entreprises suisses d'accéder sans trop d'entraves au marché européen. Ce processus implique une amélioration de la protection des consommateurs, pour éviter que l'intensification de la concurrence ne se fasse à leurs dépens et pour garantir que les entreprises suisses se soumettent aux mêmes conditions sociopolitiques que les entreprises européennes².

Cela explique pourquoi la majorité des textes consacrés à la protection des consommateurs reprend, souvent mot à mot, le contenu de directives européennes. En particulier les art. 40a à 40f CO ont été modifiés en 1993 pour assurer leur compatibilité avec la Directive 85/577/CEE concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux. De même, la LCC du 23 mars 2001 a repris la Directive 87/102/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation³.

On peut se demander si l'objectif d'eurocompatibilité reste atteignable en matière de révocation et de crédit à la consommation. En effet, la Directive 87/102/CEE, reprise dans la LCC, a été remplacée en 2008 par la Directive 2008/48/CE concernant les contrats de crédits aux consommateurs. Quant à la

¹ Le principe de l'adaptation autonome explique pourquoi l'art. 141 al. 2 lit. a LParl oblige le Conseil fédéral à assortir tout projet de loi d'un Message à l'Assemblée fédérale, dans lequel il doit en principe faire le point sur les relations entre ce projet et le droit européen, et motiver son éventuel choix d'une solution non eurocompatible, cf. ROLAND BIEBER/FRANCESCO MAIANI, Précis de droit européen, 3^e éd. Berne 2016.

² FF 2006, p. 6476; FF 2008, pp. 6682-6665; FF 2014, p. 2887; BIEBER/MAIANI (n. 1), pp. 402 ss; FRANCESCO MAIANI, Lost in translation: euro-compatibility, legal security, and the autonomous implementation of EU law in Switzerland, ELR 1/2013, pp. 29 ss; ARIANE MORIN, L'influence du droit européen sur le droit privé suisse de la consommation, in: Lauren Ojha/Pierre-François Vulliemin (éds.), Le droit de la consommation dans son contexte économique, Lausanne 2009, pp. 17 ss, spéc. pp. 21 s.

³ MORIN (n. 2), pp. 17 ss, spéc. p. 22.

Directive 85/577/CEE, reprise aux art. 40a ss CO, elle a été remplacée en 2013 par la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs⁴.

Or, le législateur suisse a tenu compte très partiellement de ces réformes, en se contentant de prolonger à 14 jours le délai de révocation des art. 40a CO et 16 LCC. Il n'a en revanche pas repris d'autres éléments importants des nouvelles directives, en particulier leurs règles consacrées aux contrats liés. Ainsi, le parlement n'a pas donné suite à la proposition de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats d'étendre automatiquement la révocation d'un contrat à tous les autres contrats qui lui étaient liés (cf. art. 40a P-CO et 16 P-LCC), conformément à l'art. 15 de la Directive 2008/48/CE et à l'art. 15 de la Directive 2011/83/UE⁵. Cette proposition n'a pas vraiment été discutée devant les Chambres fédérales, si bien que son rejet ne doit pas se comprendre comme un silence qualifié, mais plutôt comme une conséquence collatérale de la décision du parlement de ne pas étendre l'application des art. 40a ss CO aux contrats à distance⁶. Par ailleurs, le législateur ne s'est jamais interrogé sur une éventuelle modification de l'art. 21 al. 1 lit. a LCC dans le sens de l'art. 3 lit. n de la Directive 2011/83/UE⁷.

Dans ces circonstances, la question se pose de savoir si le juge ne devrait pas interpréter les art. 40a ss CO, 16 et 21 LCC dans le sens des règles des Directives 2008/48/CE et 2011/83/UE consacrées aux contrats liés.

Certes, le juge qui interprète le droit repris doit en principe tenir compte de la volonté du législateur d'adapter le droit suisse au droit européen et veiller à ce que sa solution s'harmonise autant que possible avec celle du droit européen en vigueur au moment où il rend sa décision (prise en compte dynamique du droit européen)⁸. Mais il n'est pas pour autant possible de donner sans autre aux art. 40a ss CO un sens correspondant à celui de l'art. 15 de la Directive 2011/83/UE, et aux art. 16 et 21 LCC le même sens que les art. 3 lit. n et 15

⁴ La présente contribution concerne le droit des contrats en général et non le domaine spécial du droit du voyage. C'est pourquoi la Directive (UE) 2015/2302 relative aux voyages à forfait et prestations de voyage liées (qui va remplacer le 1^{er} juillet 2018 la Directive 90/314/CEE concernant les vacances et circuits à forfait reprise dans la LVF) ne sera pas analysée ci-après (sauf *infra*, n. 25).

⁵ FF 2013, pp. 916 et 2898 s.

⁶ ANNE-CHRISTINE FORNAGE, Vers un droit du crédit à la consommation plus équitable, JdT 2017 II 4, spéc. pp. 25 s.

⁷ MICHAEL BARNIKOL, Die Schutzinstrumente des schweizerischen Konsumkreditrechts, Berne 2014, pp. 269 ss; FORNAGE (n. 6), p. 43.

⁸ ATF 129 III 335; ATF 131 III 81; ATF 137 III 226; BIEBER/MAIANI (n. 1), p. 407; MORIN (n. 2), p. 26. Pour déterminer le sens du droit européen, le juge suisse peut s'en remettre à la jurisprudence de la CJUE, au droit des Etats membres transposant la directive considérée, ou encore à des textes comme les PECL, les Principes Acquis ou la Proposition de règlement européen sur la vente, qui n'ont pas force de loi mais contribuent à préciser le sens des directives, cf. MORIN (n. 2), pp. 27 s.

al. 1 de la Directive 2008/83/CE. La Suisse n'étant pas un Etat membre, elle n'a pas à se conformer strictement au texte de ces directives (qui sont d'harmonisation totale), dont les solutions doivent en plus se concilier avec le système préétabli du droit suisse⁹.

Par conséquent, pour se prononcer sur une éventuelle reprise jurisprudentielle des solutions des Directives 2008/48/CE et 2011/83/UE relatives aux contrats liés, il faut commencer par vérifier que ce concept est conciliable avec le système du droit suisse. Cas échéant, il faudra encore déterminer si le droit positif ne contient pas déjà des normes qui complètent les art. 40a ss CO, 16 LCC et 21 LCC, de telle manière que notre ordre juridique, pris comme un tout cohérent, protège en définitive le consommateur dans les contrats liés de façon équivalente au droit européen. Ce n'est donc qu'à défaut de telles normes qu'il se justifiera d'adapter le droit suisse aux règles des Directives 2008/48/CE et 2011/83/UE.

II. Les contrats liés en droit européen

A. Les contrats liés en droit européen

Les Directives 2008/48/CE et 2011/83/UE donnent une définition de la notion de contrats liés qui ne figurait pas, ou pas en ces termes, dans les directives qu'elles ont abrogées.

1. Les contrats en cause

a) En général

L'art. 3 lit. n de la Directive 2008/48/CE et l'art. 2 ch. 15 de la Directive 2011/83/UE partent de la même hypothèse: un consommateur est partie à un contrat en vertu duquel un professionnel s'est engagé à lui fournir des marchandises ou des services (le contrat principal) et il conclut un deuxième contrat (le contrat accessoire) avec le même professionnel ou avec un tiers, dont l'objet est en relation étroite avec celui du contrat principal. Cette hypothèse se distingue de celle de la chaîne de contrats (qui existe p. ex. dans le cadre d'un leasing indirect)¹⁰, puisque c'est le consommateur qui est nécessairement partie aux deux contrats, et non le professionnel avec lequel il a conclu le

⁹ ATF 129 III 35; SUSAN EMMENEGGER/ALEX TSCHENTSCHER, in: Berner Kommentar, Band I.1, Einleitung und Personenrecht, Art. 1 OR N 302; MAIANI (n. 2), pp. 32 s.

¹⁰ ATF 4A_404/2008; FORNAGE (n. 6), pp. 44 s.

contrat accessoire. Si le consommateur a conclu ce contrat avec un tiers, celui-ci ne pourra donc pas être qualifié d'auxiliaire (art. 68 CO) ou de substitut (art. 399 CO) du professionnel partie au contrat principal.

Le contrat principal et le contrat accessoire doivent être des contrats de consommation. Ils vont lier le même consommateur, à savoir une personne physique qui agit dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle (art. 3 lit. a de la Directive 2008/48/CE; art. 2 ch. 1 de la Directive 2011/83/UE), à un professionnel, c'est-à-dire une personne physique ou morale qui s'engage dans le cadre de l'exercice de ses activités commerciales ou professionnelles (art. 3 lit. b de la Directive 2008/48/CE; art. 2 ch. 2 de la Directive 2011/83/UE). Lorsque la personne physique qui traite avec le(s) professionnel(s) poursuit des buts à la fois privés et professionnels (p. ex. l'acquisition d'un véhicule destiné à être utilisé dans un cadre familial et dans le contexte de l'exploitation d'une entreprise), ces contrats seront qualifiés de contrats de consommation si l'usage privé est prépondérant (considérant 17 de la Directive 2011/83/UE)¹¹.

b) Le contrat principal

Le contrat principal peut en principe être n'importe quel contrat, nommé ou innommé, qui a pour objet la livraison d'une chose et/ou la fourniture d'un service par le professionnel au consommateur (cf. art. 3 lit. n de la Directive 2008/48/CE; art. 2 ch. 3 à 6 de la Directive 2011/83/CE). Il faut toutefois réserver ici l'art. 3 de la Directive 2011/83/UE, qui exclut certains contrats de son champ d'application (p. ex. les contrats immobiliers).

Les règles de la Directive 2008/48/CE (soit ses art. 3 lit. n et 15) consacrées aux contrats liés s'appliquent indépendamment du mode de conclusion du contrat principal. En revanche, les art. 2 ch. 15 et 15 de la Directive 2011/83/UE exigent que le contrat principal soit un contrat à distance ou un contrat hors établissement commercial (art. 2 ch. 7 et 8 de la Directive 2011/83/UE).

¹¹ Les Etats membres peuvent toutefois étendre l'application de cette Directive à des personnes morales ou physiques qui ne sont pas des consommateurs au sens de son art. 2 lit. a, comme des ONG, des jeunes entreprises, des PME, cf. considérant 13 de la Directive 2011/83/UE.

c) Le contrat accessoire

Dans le cadre de la Directive 2008/48/CE, le contrat accessoire doit être un contrat de crédit (au sens de l'art. 3 lit. c de la Directive), que le consommateur a conclu dans le but exclusif de financer le contrat principal, par exemple pour être en mesure de payer le prix de vente dû au professionnel dans le cadre de ce contrat¹². Le contrat accessoire se rapporte donc ici à l'exécution de la prestation due par le consommateur dans le cadre du contrat principal.

La Directive 2011/83/UE ne concerne pour sa part que les contrats accessoires qui portent sur la fourniture de biens ou de services afférents au contrat principal (art. 2 ch. 15 de la Directive 2011/83/UE), soit à l'exécution de la prestation du professionnel dans le cadre de ce contrat. Il s'agira par conséquent d'un contrat relatif à la livraison, à l'installation, à l'utilisation, à l'entretien ou à la réparation de l'objet du contrat principal¹³. On peut songer par exemple à un contrat principal relatif à l'achat d'un ordinateur et un contrat accessoire concernant les programmes informatiques qui seront utilisés avec cet ordinateur.

2. *Le critère de l'unité économique*

Pour être qualifiés de contrats liés, le contrat principal et le contrat accessoire doivent former une unité économique. Selon ce critère, emprunté au droit allemand, ces contrats doivent se trouver objectivement dans une relation de dépendance telle que l'un d'eux n'aurait pas pu être conclu sans l'autre, ou qu'il n'existe qu'en raison de l'existence de l'autre¹⁴.

L'unité économique sera toujours admise si le consommateur a conclu le contrat principal et le contrat accessoire avec le même professionnel (art. 3 lit. n de la Directive 2008/48/CE; art. 2 ch. 15 de la Directive 2011/83/UE).

Si le contrat accessoire a été conclu avec un tiers, il faut que celui-ci ait su, ou qu'il ait pu objectivement savoir, que ce contrat se trouvait dans une relation de dépendance avec le contrat principal.

¹² CARSTEN HERRESTHAL, in: Staudinger/Herresthal (éds.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 358-360 (Verbundene und zusammenhängende Verträge), Berlin 2017, § 358 N 33.

¹³ Art. 2 lit. m de la Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente; HERRESTHAL (n. 12), § 360 N 14.

¹⁴ MATHIAS HABERSACK, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 3, §§ 331-442, 7^e éd. Munich 2016, § 358 N 36; HERRESTHAL (n. 12), § 358 NN 7, 33 et 128 ss; CHRISTIAN VON BAR/ERIC CLIVE (éds.), *Principles, Definition and Model Rules of European Contract Law*, Vol. I, Munich 2009, pp. 382 s.

Ainsi, l'art. 3 lit. n de la Directive 2008/48/CE retient une unité économique et, par conséquent, l'existence d'un contrat de crédit lié, dans les circonstances suivantes:

- Lorsque le tiers (soit le prêteur) a conclu le contrat de crédit avec le consommateur par l'intermédiaire du professionnel partie au contrat principal. Celui-ci doit avoir contribué à la négociation (cf. art. II-5:106 DCFR) ou à la conclusion du contrat de prêt. Il n'est pas nécessaire qu'il ait agi sur la base d'une convention avec le prêteur. En revanche, ce dernier doit avoir eu connaissance de son intervention et y avoir consenti: il y a alors une unité économique opposable au prêteur comme au professionnel partie au contrat principal, parce qu'ils ont collaboré au financement de ce contrat¹⁵.
- Lorsque le contrat de crédit mentionne spécifiquement les biens ou les services visés dans le contrat principal. L'unité économique est ici opposable au prêteur, puisqu'il sait ou doit savoir que le consommateur a pris le crédit dans le but exclusif de financer ce contrat.

De son côté, l'art. 2 ch. 15 de la Directive 2011/83/UE indique que le contrat principal et le contrat accessoire conclu avec un tiers sont liés et forment ainsi une unité économique¹⁶, lorsque le tiers a fourni les biens ou les services afférents au contrat principal sur la base d'un accord conclu avec le professionnel partie à ce dernier contrat. En effet, il sait ou doit alors savoir que le contrat accessoire vise à compléter le contrat principal.

B. La compatibilité avec le droit suisse

1. La notion de contrats liés

Conformément à l'art. 19 al. 1 CO, les parties à des contrats conclus séparément peuvent tout à fait convenir conventionnellement que ces contrats seront liés les uns aux autres et définir la portée juridique de ce lien. En l'absence d'un tel accord, le Tribunal fédéral reconnaît dans sa jurisprudence constante que des contrats conclus séparément les uns des autres vont être fonctionnellement liés les uns aux autres s'ils concourent à la réalisation d'un but commun et se trouvent de ce fait dans un rapport d'interdépendance économique¹⁷. Le lien fonctionnel entre ces contrats se déduit alors du principe de

¹⁵ HABERSACK (n. 14), § 358 NN 38 ss; HERRESTHAL (n. 12), § 358 NN 115 ss.

¹⁶ Cf. VON BAR/CLIVE (n. 14), p. 383.

¹⁷ ATF 115 II 452; ATF 118 II 157; ATF 136 III 65; ATF 139 III 49; ATF 142 III 657; MARC AMSTUTZ/ARIANE MORIN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (éds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6^e éd., Einl. vor Art. 184 ff. N 12.

la confiance, voire du complètement du contrat par recours à la volonté hypothétique des parties¹⁸.

Comme le droit européen, le droit suisse reconnaît donc que des contrats peuvent être liés l'un à l'autre parce que l'un d'eux apparaît objectivement comme dépendant de l'autre, de telle sorte qu'ils forment objectivement une unité économique. C'est ainsi par exemple que le Tribunal fédéral a admis l'existence de contrats liés lorsqu'une banque passe avec un client un contrat portant sur l'achat d'instruments financiers pour le compte de ce client, combiné avec un contrat de crédit en vertu duquel la même banque prête au client une partie des fonds nécessaires au financement des achats opérés dans le cadre du contrat de commission (opération de crédit liée)¹⁹, ou encore en cas de combinaison entre un contrat portant sur la construction d'une maison et un contrat passé avec la même entreprise relatif à l'installation d'un chauffe-eau de ce bâtiment (contrat accessoire relatif à la fourniture de biens ou de services afférents au contrat principal)²⁰.

Même si la majorité des arrêts consacrés aux contrats liés traite de situations impliquant les mêmes parties (contrats composés), le Tribunal fédéral précise que des contrats liés peuvent concerner des parties différentes, et former ainsi un ensemble multilatéral impliquant au moins trois personnes (par opposition à l'ensemble bilatéral constitué par les contrats composés)²¹.

2. *Les contrats liés en droit de la consommation*

En droit suisse, un contrat va être qualifié de contrat de consommation selon des critères équivalents à ceux du droit européen (cf. not. art. 40a ss CO; art. 2 et 3 LCC)²².

Comme en droit européen, il s'impose alors de protéger les intérêts économiques du consommateur, pour corriger le déséquilibre structurel entre consommateurs et professionnels²³.

¹⁸ ATF 107 II 144; ATF 115 II 452; ATF 136 III 65; ATF 139 III 49.

¹⁹ ATF 139 III 39.

²⁰ ATF 63 II 414.

²¹ ATF 142 III 657; ATF 120 II 212; BSK-OR I-AMSTUTZ/MORIN (n. 17), Einl. vor Art. 184 ff. NN 12 et 50 ss.

²² ATF 139 III 201; THOMAS KOLLER, Art. 8 UWG: eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, PJA 2014, pp. 19 ss, spéc. pp. 25 s.; PASCAL PICHONNAZ, Quelques nouveautés liées aux contrats de consommation, in: Pascal Pichonnaz/Franz Werro (éds.), La pratique contractuelle 4, Genève/Zurich/Bâle 2015, pp. 37 ss, spéc. pp. 42 s.

²³ MORIN (n. 2), pp. 18 et 26.

Si ce contrat se trouve dans un lien fonctionnel avec un autre contrat conclu par le même consommateur, l'interdépendance économique entre ces contrats doit être prise en compte pour déterminer la mesure de la protection du consommateur. Cela jouera par exemple un rôle dans le contrôle du contenu des conditions générales incorporées dans l'un des contrats (art. 8 LCD): ainsi, le caractère *a priori* abusif des conditions générales d'un des contrats peut être compensé par les avantages que le contrat lié offre au consommateur²⁴; en revanche, une clause de conditions générales prévoyant la divisibilité de contrats objectivement liés devrait être considérée comme abusive au sens de l'art. 8 LCD, dans la mesure où elle est défavorable au consommateur; si elle concerne un crédit lié, cette clause sera illicite au sens des art. 19 et 20 CO, vu le caractère impératif de l'art. 21 LCC (art. 37 LCC).

Par ailleurs, comme le montre précisément l'art. 21 LCC, la protection du consommateur dans les contrats liés peut s'opérer en dérogation à la relativité des conventions²⁵.

Tout cela montre que la reprise du concept de contrat liés retenu dans les Directives 2008/48/CE et 2011/83/UE n'entraînerait aucun changement fondamental du système du droit suisse.

III. Les conséquences de l'existence de contrats liés

A. Les solutions du droit européen

1. *L'effet de la révocation du contrat principal sur le contrat accessoire*

L'art. 15 al. 1 de la Directive 2008/48/CE et l'art. 15 de la Directive 2011/83/UE prévoient, en dérogation à la relativité des conventions, que la révocation du contrat principal entraîne automatiquement celle du contrat accessoire.

Cette solution, qui ne figurait pas dans les Directives 85/577 CEE et 87/102/CEE, repose sur l'idée que puisque les deux contrats forment une unité économique dans laquelle ils se trouvent dans un rapport de dépendance réciproque, le consommateur qui révoque le contrat principal ne devrait plus être tenu par le contrat accessoire (considérant 37 de la Directive 2008/48/CE). Et

²⁴ KOLLER (n. 22), pp. 28 s.; PASCAL PICHONNAZ, in: Vincent Martenet/Pascal Pichonnaz (éds.), Commentaire romand, Loi contre la concurrence déloyale, Bâle 2017, art. 8 LCD NN 153 ss.

²⁵ ATF 120 II 112; BSK-OR I-AMSTUTZ/MORIN (n. 17), Einl. vor Art. 184 ff. NN 12 et 50 s.

de fait, si le contrat principal disparaît, le contrat de crédit contracté dans le but exclusif de financer ce contrat principal perd tout son sens, tandis que le contrat relatif à la fourniture de biens ou de services afférent au contrat principal ne peut plus être exécuté. Cette conséquence est opposable aux tiers avec lequel le consommateur a conclu le contrat accessoire, car le critère de l'unité économique implique que l'interdépendance entre les deux contrats lui était au moins objectivement reconnaissable.

La révocation automatique du contrat accessoire vise aussi à éviter que le consommateur ne renonce à révoquer le contrat principal, par crainte de se trouver toujours lié par le contrat accessoire. Elle empêche les professionnels de rendre l'exercice du droit de révocation plus difficile, en dispersant dans des contrats distincts des opérations qui, du fait de leur unité économique, auraient pu faire l'objet d'un seul contrat²⁶.

2. *Les droits du consommateur contre le prêteur dans les contrats de crédit liés*

En cas d'inexécution du contrat principal, l'art. 15 al. 2 de la Directive 2008/48/CE permet au consommateur de faire valoir contre le prêteur avec lequel il a conclu le contrat de crédit lié les mêmes droits que ceux qu'il a vainement opposés au fournisseur (c'est-à-dire au professionnel partie au contrat principal) par exemple en compensant sa créance contre celui-ci avec sa dette envers le prêteur. Il se justifie de protéger ici le consommateur en dérogation de la relativité des conventions, parce que le déséquilibre structurel par rapport au professionnel l'empêche en général de négocier les termes du contrat principal, notamment concernant une prestation à crédit, de sorte qu'il s'adresse le plus souvent au prêteur parce qu'il n'a pas eu d'autre choix. Dans la mesure où, en outre, le contrat de prêt forme une unité économique avec le contrat principal, il n'y a rien de choquant à placer le consommateur

²⁶ HABERSACK (n. 14), § 358 N 2, § 360 N 2; HERRESTHAL (n. 12), § 358 N 1, § 360 N 1. La Directive (UE) 2015/2302 vise à empêcher des abus analogues de la part de prestataires de service de voyage. En effet, elle assimile en principe à un forfait unique les contrats conclus avec des professionnels distincts grâce à des procédures de réservation en ligne liées gérées par le professionnel avec lequel le premier contrat de voyage a été conclu (p. la compagnie aérienne qui transmet les données du client à un hôtelier avec lequel sera conclu un contrat d'hébergement, cf. art. 3 al. 2 lit. b et 7 al. 3 de la Directive (UE) 2015/2302; ERNST FÜHRICH, Die neue Pauschalreiserrichtlinie, NJW 2016 pp. 1204 ss, spéc. p. 1026; ALISON NOTARO, Le droit suisse des voyages à forfait à la lumière de quelques plateformes de réservation en ligne, sui generis 2018, pp. 42 ss NN 52 s.

dans une situation équivalente à celle dans laquelle il se serait trouvé si le professionnel lui avait concédé un crédit dans le cadre du contrat principal²⁷.

Cette disposition reprend la solution de l'ancien art. 11 al. 2 de la Directive 87/102/CEE, avec cette différence qu'elle peut s'appliquer plus facilement, parce que la définition plus large de la notion de crédit lié retenue à l'art. 3 lit. n de la Directive 2008/48/CE est plus large que celle qui prévalait dans la Directive 87/102/CE²⁸. L'art. 11 al. 2 de cette directive n'admettait en effet un contrat de crédit lié que lorsque le prêteur et le fournisseur avaient au préalable passé une convention aux termes de laquelle le prêteur octroyait exclusivement un crédit au clients du fournisseur, pour financer leurs contrats avec ce dernier. Cette exigence a été jugée trop restreinte et abandonnée dans la Directive 2008/48/CE²⁹. Le consommateur peut désormais opposer au prêteur ses droits contre le fournisseur, si ce prêteur lui a accordé le crédit alors qu'il savait ou devait savoir que celui-ci allait servir à financer le contrat principal, vu ses relations (contractuelles ou non) avec le fournisseur, ou les informations que lui a données le consommateur³⁰.

B. L'eurocompatibilité du droit suisse

Pour savoir si le droit positif suisse, pris dans sa globalité, est eurocompatible en ce qui concerne la protection du consommateur dans les contrats liés, il faut distinguer selon que ces contrats impliquent les mêmes parties (contrats composés) ou des parties différentes (ensemble multilatéral).

I. *La protection du consommateur dans les contrats composés*

Selon le Tribunal fédéral, les contrats liés qui impliquent les mêmes personnes, s'assimilent à un seul contrat mixte. La différence entre ces contrats composés et un contrat mixte est en effet purement formelle, car dans les

²⁷ HABERSACK (n. 14), § 359 N 24; cf. aussi BARNIKOL (n. 7), pp. 248 ss et 284; XAVIER FAVRE-BULLE, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éds.), Commentaire Romand Code des obligations I, 1^{ère} éd. Genève/Bâle/Munich 2001, art. 21 LCC NN 3 ss.

²⁸ FORNAGE (n. 6), p. 43.

²⁹ PETER ROTT, Consumer Credit, in: Norbert Reich/Hans-W. Micklitz/Peter Rott/Klaus Tonner (éds.), European Consumer Law, 2^e éd. Cambridge 2014, p. 286; BARNIKOL (n. 7), p. 289. Au demeurant, à la différence de la Directive 2008/48/CE, qui est d'harmonisation totale, la Directive 85/577/CE était d'harmonisation minimale, si bien que les Etats membres pouvaient admettre des contrats de crédit liés à des conditions plus larges que celle de son art. 11 al. 2 lit. c, cf. CJCE, 23 avril 2009, aff. C-509/07, *Luigi Scarpelli c. NEOS Banca SpA*.

³⁰ *Supra*, II.A.2; BARNIKOL (n. 7), p. 289.

deux cas, les mêmes parties combinent des éléments relevant de différents contrats en vue d'atteindre un but commun. Il n'y a dès lors pas de raison de traiter les contrats composés différemment d'un contrats mixte, pour le seul motif qu'ils sont été conclus séparément les uns des autres³¹.

Par conséquent, le consommateur pourra s'en prendre au professionnel en cas d'inexécution de n'importe lequel des contrats composés comme s'ils étaient liés par un seul contrat. Par exemple, si le consommateur a passé avec le même professionnel un contrat de vente immobilière et un contrat de fourniture d'énergie sur le bien-fonds vendu, il pourra invoquer l'art. 82 CO pour refuser de payer le prix de vente si le professionnel ne lui fournit pas d'énergie, en raison de la relation de connexité entre ces prestations³².

Par ailleurs, la révocation du contrat principal devrait entraîner la révocation automatique du contrat accessoire, puisque du fait de leur interdépendance, ce second contrat n'aurait pas été conclu sans le premier (art. 20 al. 2 CO p. an)³³.

Lorsque les contrats liés ont été passés entre les mêmes parties, le droit positif suisse conduit donc à des résultats correspondant à ceux du droit européen. Il n'est donc pas nécessaire de reprendre ici les Directives 2008/48/CE et 2011/83/UE pour assurer son eurocompatibilité.

2. *La protection du consommateur lorsque les contrats liés ont été passés entre des parties différentes*

a) **Les effets de la révocation du contrat principal sur le contrat accessoire**

Les art. 40a ss CO et l'art. 16 LCC ne traitent pas des effets de la révocation du contrat principal sur le contrat accessoire passé avec un tiers.

Cela n'est guère problématique si ce contrat a un objet afférent à celui du contrat principal. En effet, la révocation du contrat principal rendra alors impossible l'exécution du contrat accessoire, si bien que les parties ne seront plus tenues de l'exécuter, conformément à l'art. 119 CO. On arrive ainsi ici à

³¹ ATF 118 II 157; ATF 131 III 531; ATF 139 III 49; ATF 142 III 657; LUC THÉVENOZ/JACQUES DE WERRA, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd. Bâle 2012, Intro. art. 184-529 NN 14 ss.

³² ATF 97 I 390.

³³ MARLIS KOLLER-TUMLER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (éds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6^e éd., art. 40a CO N 2; voir aussi ATF 131 III 528; ATF 137 III 123; ATF 139 III 49 (détermination des règles applicables à la résiliation de contrats mixtes ou composés en fonction du critère de la prépondérance).

une solution comparable à celle du nouvel art. 1186 CCfr., qui prévoit notamment que *«lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition»*³⁴.

En revanche, la révocation du contrat principal n'entraîne aucune impossibilité de l'exécution d'un contrat de crédit lié. Vu l'unité économique entre ce contrat et le contrat principal, le consommateur devrait certes pouvoir invalider le contrat de crédit conformément à l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO, en invoquant une erreur sur la base subjectivement et objectivement nécessaire du contrat³⁵, ou le résilier pour justes motifs³⁶. Cette solution ne s'assimile toutefois pas à une révocation automatique du contrat de prêt: d'une part, l'invalidation ou la résiliation du contrat suppose une manifestation de volonté du consommateur au prêteur. D'autre part, on ne peut exclure que le consommateur soit tenu de verser au prêteur une indemnité plus importante que celle visée à l'art. 16 al. 3 LCC (cf. not. art. 26 CO), puisque l'art. 40f al. 4 CO n'est pas applicable.

La solution à laquelle conduit le droit positif suisse n'est donc pas compatible avec l'art. 15 al. 1 de la Directive 2008/48/CE³⁷. Il faut dès lors interpréter l'art. 16 LCC dans le sens de cette règle européenne, et prévoir que la révocation d'un contrat portant sur la fourniture de biens ou la prestation de services entraîne automatiquement celle du contrat de crédit qui lui est lié, parce qu'il forme avec lui une unité économique³⁸.

b) Les droits du consommateur contre le prêteur dans les contrats de crédit liés

Calqué sur l'art. 11 al. 2 de la Directive 87/102/CEE, l'art. 21 al. 1 lit. a LCC ne permet au consommateur d'opposer au prêteur ses droits contre le fournisseur que si ceux-ci ont passé une convention d'exclusivité.

Le champ d'application de l'art. 21 LCC est ainsi beaucoup plus restrictif que celui des art. 3 lit. n et 15 al. 2 de la Directive 2008/48/CE. Le consommateur ne pourra par exemple pas invoquer l'art. 21 LCC dans les contrats de crédit liés à l'utilisation de cartes de crédit (art. 1 al. 2 lit. b LCC), dans le cadre

³⁴ Sur l'art. 1186 CCfr., cf. not. HUGO BARBIER, *Le point sur l'interdépendance contractuelle, son empire et ses fonctions*, RTD Civ. 2017, pp. 846 ss.

³⁵ ATF 132 III 737; BRUNO SCHMIDLIN, *Mangel des Vertragsabschlusses*, Art. 23-31 OR, Berner Kommentar, Berne 2013, Art. 23-24 OR N 128.

³⁶ ATF 128 III 428; BK-SCHMIDLIN (n. 35), Art. 23-24 OR NN 312 ss.

³⁷ Cf. FF 2014, p. 2885.

³⁸ *Supra*, II.A; FORNAGE (n. 6), p. 25.

desquels les professionnels concernés ne passent en général pas de convention d'exclusivité. Au demeurant, il lui sera le plus souvent extrêmement difficile d'apporter la preuve (art. 8 CC) de l'existence d'une telle convention³⁹.

Or, *de lege lata*, le consommateur empêché d'invoquer l'art. 21 LCC en raison de son caractère trop restrictif n'aura pas d'autre moyen de déroger à la relativité des conventions pour opposer au prêteur ses droits contre le professionnel partie au contrat principal, malgré l'unité économique entre les contrats⁴⁰.

La solution de l'art. 21 LCC n'est donc pas eurocompatible. Par conséquent, cette disposition doit s'interpréter extensivement, conformément à l'art. 3 lit. n de la Directive 2008/48/CE⁴¹.

IV. Conclusion

Le principe de l'adaptation autonome du droit suisse au droit européen commande que le consommateur suisse soit protégé comme le consommateur européen dans le contexte de contrats liés. Si cet objectif peut déjà être atteint dans le contexte des art. 40a ss CO, compte tenu de la systématique globale du droit suisse, il ne l'est que partiellement dans le cadre des art. 16 et 21 LCC. Pour que ces normes restent eurocompatibles en cas de crédit lié octroyé par un tiers, il faut procéder à leur adaptation jurisprudentielle aux solutions des art. 3 lit. n et 15 de la Directive 2008/48/CE.

³⁹ BARNIKOL (n. 7), pp. 256 ss; FAVRE-BULLE (Fn. 27), art. 21 LCC NN 7 ss.

⁴⁰ Pour le cas particulier du leasing indirect, cf. FORNAGE (n. 6), pp. 44 s.

⁴¹ BARNIKOL (n. 7), pp. 269 s.; FORNAGE (n. 6), p. 43.

Die Bedeutung des Verschuldens im schweizerischen Arbeitsrecht

ROLAND MÜLLER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Problemstellung	658
II.	Begriff des Verschuldens	659
	A. Definition.....	659
	B. Unterscheidung in Vorsatz und Fahrlässigkeit	660
	C. Durch das Gesetz verwendete Begriffe	660
III.	Überblick über die Anwendbarkeit des Verschuldens	661
	A. Allgemeiner Teil des Obligationenrechts	661
	B. Arbeitsvertragsrecht.....	662
	C. Arbeitsgesetz	667
	D. Arbeitslosenversicherungsrecht.....	668
IV.	Hauptanwendungsbereiche des Verschuldens	670
	A. Haftung des Arbeitnehmers	670
	1. Voraussetzungen der Haftung des Arbeitnehmers nach Art. 321e OR im Allgemeinen	670
	2. Verschulden im Rahmen des Art. 321e OR im Besonderen ..	671
	3. Beweislast des Verschuldens	673
	B. Annahmeverzug der Arbeitgeberin.....	674
	1. Annahmeverzug der Arbeitgeberin im Allgemeinen	674
	2. Verschulden beim Annahmeverzug der Arbeitgeberin im Besonderen.....	674
	3. Beweislast des Verschuldens	676
	C. Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin	677
	1. Voraussetzungen der Lohnfortzahlungspflicht im Allgemeinen	677
	2. Verschulden bei der Lohnfortzahlungspflicht im Besonderen.....	678
	3. Beweislast des Verschuldens	679
	D. Kürzung des Ferienanspruchs.....	681
V.	Zusammenfassung und Empfehlungen	683

* Prof. Dr. ROLAND MÜLLER, Zivilistisches Seminar, Universität Bern.

I. Problemstellung

Das Verschulden ist in vielen Rechtsgebieten von grosser Bedeutung, sei dies nun direkt oder nur indirekt. Als Beispiel für eine direkte Bedeutung kann Art. 34 StGB angeführt werden, wonach das Gericht die Geldstrafe ausdrücklich nach dem Verschulden des Täters bestimmt. Eine indirekte Bedeutung ergibt sich meistens im Zusammenhang mit fahrlässigen Handlungen oder Unterlassungen. Dazu kann als Beispiel Art. 754 OR dienen, wonach Mitglieder der Verwaltung und der Geschäftsleitung für jegliche fahrlässige Pflichtverletzung (egal, ob leicht oder grob) haften. Auch THOMAS KOLLER hat bereits in seinem viel beachteten Grundlagenwerk zur Balkongrillverordnung (BGV) auf die Strafbestimmungen bei unsorgfältigem Grillieren hingewiesen.¹ Damit hat er faktisch den Anstoss zu einer vertieften Auseinandersetzung mit der Bedeutung des Verschuldens gegeben.²

Im schweizerischen Arbeitsrecht spielt das Verschulden im Zusammenhang mit verschiedenen Bestimmungen eine entscheidende Rolle. Dabei wird der Begriff «Verschulden» jedoch in den entsprechenden Artikeln völlig unterschiedlich ausgelegt. So wird beispielweise in Art. 324a OR erwähnt, dass ein Arbeitnehmer, der aus Gründen, die in seiner Person liegen, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist, beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen für eine beschränkte Zeit weiterhin Lohn von der Arbeitgeberin beziehen kann.³ In diesem Zusammenhang wird ein Verschulden des Arbeitnehmers sehr selten angenommen.⁴ Auf der anderen Seite wird das Verschulden des Arbeitnehmers, das die Arbeitgeberin zur Kürzung des Ferienanspruchs nach Art. 329b OR berechtigt, durch Teile der Lehre eher weit ausgelegt.⁵ In beiden Artikeln wird dabei die Wendung «ohne Verschulden» verwendet.

¹ Auch wenn dieser wissenschaftliche Aufsatz am 1. April im Jusletter 2014 publiziert wurde, so zeigt er doch exemplarisch auf, welche Konsequenzen ein Grillverschulden haben kann.

² In der Kommentierung des Urteils 6 K 2803/15 des Finanzgerichts Baden-Württemberg vom 7.6.2016 lässt THOMAS KOLLER das Verschulden dann erneut anklingen: Trägt nicht der Urheber der Statuten des Grillvereins ein Verschulden, weil er zu wenig Wert auf eine angemessene Formulierung der Wohltätigkeit legte? (vgl. THOMAS KOLLER, Ein wichtiger Meilenstein in der Entwicklung des Grillrechts, in: npoR 2/2017, 57 ff.).

³ Vgl. Art. 324a Abs. 1 OR.

⁴ WOLFGANG PORTMANN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 324a N 4.

⁵ Vgl. Nachweis in THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015, Rz. 496. Eine Übersicht über die Vielfalt der Auslegungsmöglichkeiten und die dabei verwendeten Begriffe findet sich bei CYRIL DOMINIK BLATTNER, Der Verschuldensbegriff im schweizerischen Arbeitsrecht, Masterarbeit Bern 2012, S. 43.

Das Verschulden und der Grad des Verschuldens eines Arbeitnehmers spielen auch bei der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung eine entscheidende Rolle. Demnach werden die Zahlungen eingestellt, wenn der Arbeitnehmer durch eigenes Verschulden arbeitslos geworden ist.⁶ Die Dauer der Einstellung bemisst sich dabei nach dem Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers.⁷ Ebenso wenig wie im Arbeitsvertragsrecht wird auch im Bereich der Arbeitslosenentschädigung der Begriff des Verschuldens genauer umschrieben.⁸

Es ist mit anderen Worten aus dem Wortlaut der diversen Bestimmungen nicht ersichtlich, inwiefern im einen Fall das Verschulden eng und in einem anderen das Verschulden eher breit ausgelegt wird. Die folgenden Ausführungen sollen daher bezüglich der massgebenden Bestimmungen im Arbeitsrecht klarstellen, welche Art und welcher Grad an Verschulden vorausgesetzt wird.

II. Begriff des Verschuldens

A. Definition

Das Gesetz enthält keine Legaldefinition des Verschuldens.⁹ Dem Allgemeinen Teil des Obligationenrechts folgend, lässt sich der Begriff als «die Nichtanwendung der erforderlichen Sorgfalt oder die Missachtung derjenigen Grundsätze des menschlichen Zusammenlebens, die für den Schuldner nach den allgemeinen Regeln massgebend sind»¹⁰, definieren. Im Allgemeinen wird damit also ein gesetzlich missbilligtes Verhalten des Schädigers verstanden.¹¹ Das Verschulden im Arbeitsrecht besteht darin, dass der Schuldner eine für ihn aus dem Arbeitsvertrag erwachsende Pflicht verletzt.¹²

⁶ Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG.

⁷ Art. 30 Abs. 3 AVIG.

⁸ JACQUELINE CHOPARD, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung: Art. 30/30a AVIG unter Berücksichtigung des Übereinkommens Nr. 168 der IAO, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 1998, S. 45.

⁹ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 9. Aufl., Zürich 2008, Rz. 2963.

¹⁰ ROLF H. WEBER, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, 5. Teilband, Bern 2000, Art. 99 OR N 28.

¹¹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 9), Rz. 2963.

¹² ANDREAS VON THUR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., bearbeitet von ARNOLD ESCHER, Zürich 1984, S. 114.

B. Unterscheidung in Vorsatz und Fahrlässigkeit

Es können verschiedene Arten von Verschulden unterschieden werden. Das abweichende Verhalten resp. die Vertragsverletzung kann vorsätzlich oder fahrlässig sein.¹³ Beim Vorsatz kennt der Schuldner die Vertragswidrigkeit seines Handelns und den daraus resultierenden Erfolg, den er auch erreichen will (*dolus*) oder den er mindestens in Kauf zu nehmen bereit ist (*dolus eventualis*).¹⁴ Bei Fahrlässigkeit handelt der Schuldner sorgfaltswidrig (*culpa*).¹⁵ Die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt wird üblicherweise in drei Fahrlässigkeitsstufen eingeteilt: Die leichte, die mittlere und die grobe Fahrlässigkeit.¹⁶ Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Schuldner unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausser Acht gelassen hat, was jedem vernünftigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen.¹⁷ Bei der leichten Fahrlässigkeit werden hingegen lediglich Vorsichtsgebote ausser Acht gelassen, deren Beachtung man von einer vernünftigen Person in derselben Lage und unter denselben Umständen erwarten würde.¹⁸ Von einer mittleren Fahrlässigkeit geht das Bundesgericht dann aus, wenn die Verletzung der gebotenen Sorgfalt weder leicht noch schwer wiegt.¹⁹ Die Unterscheidung in leichte, mittlere und grobe Fahrlässigkeit spielt in der Regel bei der Begründung der Schadenersatzpflicht keine Rolle. Im Allgemeinen haftet der Schädiger dem Geschädigten für jedes Verschulden, jedoch kann der Schwere des Verschuldens bei der Schadenersatzbemessung eine Bedeutung zukommen.²⁰

C. Durch das Gesetz verwendete Begriffe

Im Arbeitsrecht finden sich unterschiedliche Formulierungen für die Berücksichtigung des Verschuldens. Insbesondere die Verwendung der Begriffe «Verschulden»²¹, «Sorgfalt»²², «sorgfältig»²³, «fahrlässig»²⁴, «absichtlich»²⁵

¹³ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 9), Rz. 2963.

¹⁴ WOLFGANG WIEGAND, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 99 N 5.

¹⁵ BSK OR I-WIEGAND (Fn. 14), Art. 99 N 6.

¹⁶ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 9), Rz. 2963.

¹⁷ WALTER FELLMANN, Der einfache Auftrag – Art. 394–406 OR, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, 4. Aufl., Bern 1992, Art. 398 OR N 503.

¹⁸ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 9), Rz. 2963.

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts (4C.126/2004) vom 15. September 2004, E. 2.4.

²⁰ BSK OR I-WIEGAND (Fn. 14), Art. 99 N 6.

²¹ Art. 322b Abs. 3 OR, Art. 324 Abs. 1 OR, Art. 324a Abs. 1 OR, Art. 326 OR, Art. 328a Abs. 2 OR, Art. 329b Abs. 1 und 2 OR, Art. 336c Abs. 1 lit. b OR, Art. 349c Abs. 1 OR, Art. 352 Abs. 2 OR und Art. 353b Abs. 2 OR.

und «vorsätzlich»²⁶ deuten darauf hin, dass das Verschulden in der entsprechenden Bestimmung in einer Form zu berücksichtigen ist. Im Arbeitslosenversicherungsbereich, insbesondere im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Sanktionen, wurde der Begriff «Verschulden» direkt in die Bestimmung von Art. 30 Abs. 1 und 3 AVIG aufgenommen.

In welcher Weise das Verschulden zu berücksichtigen ist, kann aus den verwendeten Begriffen nicht abgeleitet werden. Insofern ist eine allgemeine Auslegung nicht zielführend. Vielmehr müssen die verschiedenen Begriffe bei jeder einzelnen Bestimmung bezüglich Art und Grad des Verschuldens analysiert werden.

III. Überblick über die Anwendbarkeit des Verschuldens

A. Allgemeiner Teil des Obligationenrechts

Grundsätzlich haftet nach den Regeln des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts jede Partei der anderen für Schäden, welche sie durch Vertragsverletzung verursacht. Dies ergibt sich aus der Bestimmung von Art. 97 ff. OR. Dieser Grundsatz gilt, soweit nicht bspw. im Arbeitsvertragsrecht selbst eine Einschränkung dieses Grundsatzes festgelegt wird.²⁷

Kommt der Schuldner seiner vertraglichen Pflicht nicht nach, so liegt eine Vertragsverletzung vor. Resultiert daraus in natürlicher und adäquat kausaler Weise ein Schaden für den Gläubiger, ist der Schuldner im Falle seines Verschuldens nach den allgemeinen Grundsätzen haftbar (Art. 97 ff. OR). Dabei hat der Gläubiger die Vertragsverletzung und den dadurch bewirkten Schaden nachzuweisen, der Schuldner hingegen, dass ihm kein Verschulden zur Last gelegt werden kann.²⁸ Der Schuldner haftet in der Grundnorm der Art. 97 ff. OR grundsätzlich für jedes Verschulden. Haftungsauslösend sind somit bereits leichtes Verschulden des Schädigers und folglich auch sämtliche weiteren Grade des Verschuldens bis hin zum Vorsatz.

²² Art. 352a Abs. 1 OR und Art. 321e Abs. 2 OR.

²³ Art. 321a Abs. 1 und 2 OR.

²⁴ Art. 321e Abs. 2 OR, Art. 59 Abs. 1 lit. a und c ArG, Art. 60 Abs. 2 ArG.

²⁵ Art. 321e Abs. 1 OR, Art. 323b Abs. 2 OR, Art. 324 Abs. 2 OR, Art. 337c Abs. 2 OR.

²⁶ Art. 59 Abs. 1 lit. a, b und c ArG, Art. 60 Abs. 1 ArG.

²⁷ ROLAND MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers, ArbR 2006, S. 15.

²⁸ Wie bei allen Vertragshaftungen wird das Verschulden des Schuldners vermutet (MÜLLER [Fn. 27], ArbR 2006, S. 16).

B. Arbeitsvertragsrecht

Im Arbeitsvertragsrecht finden sich eine ganze Reihe Bestimmungen, welche Ausdrücke enthalten, die auf die Berücksichtigung von Verschulden schliessen lassen. Die folgende Auflistung gibt einen Überblick über diese Bestimmungen und hält in aller Kürze fest, ob und in welcher Weise das Verschulden im betreffenden Fall zu berücksichtigen ist.

- Art. 321a OR: Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen, die Instrumente der Arbeitgeberin fachgerecht zu bedienen und diese sowie zur Verfügung gestellte Materialien sorgfältig zu behandeln. Damit wird eine Sorgfaltspflicht im Sinne einer Vertragspflicht statuiert, welche die elementaren Anforderungen an die Erfüllung der Arbeitspflicht darstellt und deren Verletzung sich auf das Arbeitszeugnis oder auf eine Kündigung auswirken kann und nicht nur im Zusammenhang mit der Haftung zu sehen ist.²⁹ Das Mass des Verschuldens bei einer Verletzung dieser Pflichten richtet sich jedoch nach Art. 321e OR.³⁰
- Art. 321e OR: Der Arbeitnehmer ist für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig der Arbeitgeberin zugefügt hat. Die Haftung des Arbeitnehmers nach Art. 321e OR stellt eine Sondervorschrift zu Art. 97 Abs. 1 OR dar.³¹ Die Haftungsvoraussetzungen von Art. 321e OR entsprechen jenen des Art. 97 OR: Der Arbeitnehmer haftet, wenn ein Schaden im Sinne einer unfreiwilligen Vermögenseinbusse in Form von Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven entstanden ist, eine Vertragsverletzung vorliegt und zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang besteht. Das Verschulden als weitere Haftungsvoraussetzung ist jedoch im Unterschied zu Art. 97 OR nach dem besonderen Haftungsmassstab von Art. 321e Abs. 2 OR zu beurteilen.³² Dies ist einer der Hauptanwendungsbereiche des Verschuldens im Arbeitsrecht, weshalb darauf im Speziellen noch eingegangen wird.³³ Es kann an dieser Stelle jedoch bereits erwähnt werden, dass bereits leichtes Verschulden die Haftung des Arbeitnehmers auslösen kann.
- Art. 322b OR: Der Provisionsanspruch des Arbeitnehmers fällt dann nachträglich dahin, wenn das Geschäft von der Arbeitgeberin ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird oder wenn der Dritte seine Verbind-

²⁹ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 348.

³⁰ WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 195.

³¹ BBl 1967 311.

³² PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 30), Rz. 209.

³³ Vgl. dazu weiter hinten unter Ziff. IV. A.

lichkeiten nicht erfüllt.³⁴ Dabei spielt es keine Rolle, wieso der Dritte seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt, solange die Arbeitgeberin daran keine Schuld trägt.³⁵ Kommt die Arbeitgeberin hingegen ihrerseits den Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag ganz oder teilweise nicht nach (Schlecht-, Spät-, oder Nichtleistung), fällt der Provisionsanspruch dennoch nicht dahin, sofern die Arbeitgeberin nicht nachweisen kann, dass sie kein Verschulden trifft.³⁶ Der Verschuldensbegriff wird nicht näher spezifiziert, weshalb davon auszugehen ist, dass jedes Verschulden der Arbeitgeberin massgeblich ist.

- Art. 323b OR: Diese Bestimmung zur Lohnsicherung hält fest, dass die Arbeitgeberin Gegenforderung mit der Lohnforderung nur soweit verrechnen darf, als diese pfändbar ist, jedoch dürfen Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden unbeschränkt verrechnet werden.³⁷ Der Begriff der Absicht entspricht jenem von Art. 41 OR. Damit ist Vorsatz oder Eventualvorsatz gemeint, wobei Böswilligkeit nicht vorausgesetzt ist.³⁸ Nicht erfasst ist damit die leichte bis grobe Fahrlässigkeit.
- Art. 324 OR: Diese Bestimmung regelt den Arbeitgeberverzug. Demnach bleibt die Arbeitgeberin zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, wenn die Arbeit infolge Verschuldens der Arbeitgeberin nicht geleistet werden kann oder sie aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug kommt.³⁹ Auf diese Bestimmung ist bei der Darstellung der Hauptanwendungsbereiche vertieft einzugehen. An dieser Stelle ist lediglich darauf hinzuweisen, dass das Verschulden der Arbeitgeberin entweder in der unterlassenen Vorbereitung oder in der Nichtannahme der gehörig angebotenen Arbeitsleistung gesehen wird.⁴⁰ Immerhin ist ebenso darauf hinzuweisen, dass die Arbeitgeberin auch ohne Verschulden zur Lohnzahlung verpflichtet bleibt, nämlich dann, wenn der Wegfall der Arbeitsleistung auf Gründe zurückzuführen ist, welche im weitesten Sinne

³⁴ Art. 322b Abs. 3 OR.

³⁵ MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt, Bern 2010, Art. 322b OR N 9.

³⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 322b OR N 10.

³⁷ Art. 323b Abs. 2 OR.

³⁸ AGER ZH ZR 2001 Nr. 71; ADRIAN STAEHELIN, Der Arbeitsvertrag – Art. 319-330a OR, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V 2c, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 323b OR N 15; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 323b OR N 14.

³⁹ Art. 324 Abs. 1 OR.

⁴⁰ CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2005, Art. 324 OR N 1.

aus der Risikosphäre der Arbeitgeberin stammen.⁴¹ In diesem Sinne ist für den Arbeitgeberverzug damit grundsätzlich kein Verschulden vorausgesetzt. Im zweiten Absatz des Art. 324 OR wird des Weiteren festgehalten, dass sich der Arbeitnehmer auf den Lohn anrechnen lassen muss, was er bei einer Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Hierfür ist Vorsatz vorausgesetzt. Fahrlässigkeit alleine genügt demnach nicht.⁴²

- Art. 324a OR: Durch Abs. 1 dieser Bestimmung wird der Fall geregelt, dass ein Arbeitnehmer aus persönlichen Gründen, aber ohne Verschulden, an der Arbeitsleistung gehindert wird.⁴³ Das Verschulden des Arbeitnehmers wird in diesem Zusammenhang erst angenommen, wenn es sich bei der fraglichen Handlung um ein offensichtliches Fehlverhalten handelt, womit leichtes Verschulden ausgenommen wird.⁴⁴ Von Art. 324a Abs. 1 OR sind demnach grundsätzlich mittlere Fahrlässigkeit bis Vorsatz erfasst. In einigen Fällen, welche unter Art. 324a Abs. 1 OR subsumiert werden, ist die Arbeitsverhinderung zwar durch den Arbeitnehmer herbeigeführt, das entsprechende Verhalten wird jedoch nicht als Fehlverhalten angesehen und folgerichtig bleibt eine Lohnfortzahlung unabhängig vom Verschulden geschuldet.⁴⁵ Dasselbe gilt bei der Schwangerschaft nach Art. 324a Abs. 3 OR. Auf Art. 324a OR ist zurückzukommen, da diese Bestimmung in der Praxis sehr relevant ist.
- Art. 326 OR: Akkordlohnarbeit kann beliebig vereinbart und ausgestaltet werden. Art. 326 Abs. 1 OR hält jedoch fest, dass zur Einkommenssicherung die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer so viel Arbeit zuweisen muss, wie dieser bewältigen kann. Ist sie dazu ohne ihr Verschulden ausserstande, muss die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer im Zeitlohn beschäftigen.⁴⁶ Dabei sind keine Einschränkungen ersichtlich, so dass bereits leichtes Verschulden der Arbeitgeberin zur Unzulässigkeit der Entlohnung nach Zeitarbeit führt.⁴⁷ Die Beweislast für die Berechtigung der Zuweisung

⁴¹ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 324 OR N 4.

⁴² BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324 N 13; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324 OR N 12.

⁴³ Der Arbeitsunfähigkeit ist die Unzumutbarkeit gleichgestellt (FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005, zugleich in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/4, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2005, S. 127).

⁴⁴ OGer TG in JAR 1984, S. 126; BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324a N 4.

⁴⁵ Zu denken ist bspw. an die Übernahme öffentlicher Ämter oder die Erfüllung gesetzlicher Pflichten (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ [Fn. 40], Art. 324a OR N 10).

⁴⁶ Art. 326 Abs. 2 OR.

⁴⁷ Zu beachten ist jedoch, dass die Leistung von Zeitarbeit unter Umständen aufgrund der Treupflicht nach Art. 321a OR und den Regeln des Arbeitgeberverzugs nach Art. 324 Abs. 2 OR im Rahmen der «anderen Arbeit» geleistet werden muss, wobei jedoch die

von Zeitarbeit inklusive des fehlenden Verschuldens liegt bei der Arbeitgeberin.⁴⁸

- Art. 328a Abs. 2 und 3 OR: Danach hat die Arbeitgeberin im Falle einer Hausgemeinschaft mit dem Arbeitnehmer die Pflicht, bei unverschuldeter Krankheit und unverschuldetem Unfall oder bei Schwangerschaft und Niederkunft für die Dauer der entsprechenden Lohnzahlungspflicht⁴⁹ Pflege und ärztliche Behandlung zu gewähren. Obwohl in Art. 328a OR, anders als bei Art. 324a OR, keine Karenzfrist vorgesehen ist,⁵⁰ wird das Verschulden in dieser Bestimmung gleich auszulegen sein wie bei Art. 324a OR.
- Art. 329b OR: Hier geht es um die Möglichkeit der Arbeitgeberin zur Ferienkürzung bei verschuldeter Abwesenheit des Arbeitnehmers. Auf die Frage, was unter schuldhafter Arbeitsverhinderung, welche die Arbeitgeberin berechtigt, vom Ferienkürzungsrecht bereits ab dem ersten vollen Monat an Gebrauch zu machen, zu verstehen ist, wird noch im Detail einzugehen sein. Im Ergebnis ist nach der hier vertretenen Meinung jedoch für das Verschulden die Auslegung des Verschuldensbegriffs nach Art. 324a OR heranzuziehen, mithin sollte leichtes Verschulden nicht zu einer Kürzung des Ferienanspruchs nach Art. 329b Abs. 1 OR führen.⁵¹
- Art. 336c OR: Bei einer unverschuldeten Verhinderung an der Arbeitsleistung darf die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer während einer gewissen Zeit nicht kündigen.⁵² Das Verschulden richtet sich dabei nach jenem des Art. 324a OR.⁵³
- Art. 337c OR: Wird ein Arbeitnehmer ungerechtfertigterweise fristlos entlassen, soll er gemäss Art. 337c OR gleich gestellt sein, wie wenn er gar keine fristlose, sondern höchstens eine ordentliche Kündigung erhalten hätte.⁵⁴ Obwohl es sich bei dem von der Arbeitgeberin zu bezahlenden Betrages um Schadenersatz und nicht um Lohn handelt, belegt die Entstehungsgeschichte des Artikels, dass die Berechnung des Schadens abschliessend durch diese Bestimmung geregelt werden soll und damit kein Mitverschuldensabzug wie bei Art. 44 OR möglich ist.⁵⁵ Nur bei der zusätzlichen Entschädigung nach Abs. 3 kann ein solcher in Anwendung

Arbeitgeberin zur Lohnzahlung im Umfang des durchschnittlich verdienten Akkordlohns verpflichtet bleibt (ZK-STAEHELIN [Fn. 38], Art. 326 OR N 12).

⁴⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 326 OR N 4.

⁴⁹ Vgl. dazu Art. 324a OR.

⁵⁰ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 328a N 2.

⁵¹ GLM. BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 329b N 1; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 329b OR N 1; VISCHER (Fn. 43), S. 184 Fn. 21; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 329b OR N 3.

⁵² Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.

⁵³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 326c OR N 8.

⁵⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn. 40), Art. 337c OR N 2.

⁵⁵ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 606.

gebracht werden.⁵⁶ Der Arbeitnehmer muss sich indes anrechnen lassen, was er anderweitig verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat. Hierbei ist, ebenso wie bei Art. 324 OR, Vorsatz vorausgesetzt. Fahrlässigkeit genügt dafür nicht. Die Beweislast trägt grundsätzlich die Arbeitgeberin. Nichtsdestotrotz wird in der Praxis der Arbeitnehmer nachweisen müssen, dass er sich aktiv um eine Stelle bemüht hat, denn wenn die Arbeitgeberin eine allgemein grosse Arbeitskräftenachfrage für den betreffenden Beruf oder mehrere freie, zumutbare Stellen nachweist, auf die sich der Arbeitnehmer nicht beworben hat, wird der Beweis als erbracht betrachtet.⁵⁷

- Art. 349c OR: Diese Bestimmung regelt die Lohnfortzahlung des Handelsreisenden bei Verhinderung an der Reisetätigkeit. Bezüglich der Lohnfortzahlungspflicht richtet sich die Beurteilung nach den Grundsätzen des Art. 324a OR. Das gilt auch in Bezug auf das Verschulden. Demnach ist für eine allfällige Verneinung des Lohnfortzahlungsanspruchs ein offensichtliches Fehlverhalten vorausgesetzt. Leichte Fahrlässigkeit wird nicht genügen. Art. 349c OR regelt damit eigentlich lediglich die Berechnungsweise der Zahlungspflicht.⁵⁸
- Art. 352 OR: Der Heimarbeitnehmer wird durch diese Bestimmung verpflichtet, bei verschuldeter Reise mangelhaft ausgeführter Arbeit, diese unentgeltlich zu verbessern, sofern dadurch die Mängel behoben werden können. Ist eine Verbesserung nicht möglich, bleibt es bei den allgemeinen Haftungsgrundsätzen des Arbeitnehmers gemäss Art. 321e OR. Das Verschulden des Arbeitnehmers ist dabei zu bejahen, wenn er fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat. Das gilt auch für leichte Fahrlässigkeit. Das Verschulden ist gemäss den allgemeinen Regeln der Vertragsverletzung vom Arbeitnehmer zu beweisen (Exkulpationsbeweis; Art. 97 OR).
- Art. 352a OR: Hat der Heimarbeitnehmer Material oder Geräte, die ihm übergeben wurden, schuldhaft verdorben, so haftet er der Arbeitgeberin höchstens für den Ersatz der Selbstkosten. Vorausgesetzt ist für die Anwendung dieser Bestimmung Vorsatz oder Fahrlässigkeit, wobei in Analogie zu Art. 321e OR auch leichte Fahrlässigkeit eine Schadenersatzpflicht begründet.⁵⁹ Durch diese Bestimmung wird hauptsächlich die Haftung des Heimarbeitnehmers für den entgangenen Gewinn der Arbeitgeberin ausgeschlossen, wobei dieses Haftungsprivileg bei vorsätzlich zugefügtem Schaden entfallen dürfte.⁶⁰

⁵⁶ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 327c N 6.

⁵⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 337c OR N 7; Urteil des Bundesgerichts (4C.158/2002) vom 20. August 2002, E. 4.2.

⁵⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 349c OR N 1.

⁵⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 352a OR N 6.

⁶⁰ Dies ist umstritten. Dafür aber BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 352a N 3; THOMAS GEISER, Haftung bei neuen Arbeitsformen (Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze, Per-

- Art. 353b OR: Bei der Verhinderung an der Arbeitsleistung der ununterbrochen im Dienst der Arbeitgeberin stehenden Arbeitnehmern werden die Heimarbeiter durch diese Bestimmung allen übrigen Arbeitnehmern gleichgestellt. Art. 324a OR und Art. 324b OR, welcher der Gesetzgeber zu erwähnen vergass, sind voll anwendbar.⁶¹
- Das Verschulden spielt auch bei der Beurteilung einer allfälligen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten der Arbeitgeberin (bspw. Verletzung von Art. 328 OR) eine Rolle. Dies wird zwar nicht ausdrücklich im Arbeitsvertragsrecht ausgedrückt, folgt jedoch aus den allgemeinen Grundsätzen des Art. 97 OR i.V.m. Art. 42 ff. OR.⁶² Sowohl für das Zusprechen von Schadenersatz als auch für allfällige Genugtuungsansprüche ist Verschulden vorausgesetzt. Erfasst wird dabei jedes Verschulden der Arbeitgeberin. Auch für die Zusprechung von Genugtuung ist entgegen dem früheren Wortlaut von Art. 49 OR auf Seiten der Arbeitgeberin nicht mehr ein schweres Verschulden erforderlich.⁶³

C. Arbeitsgesetz

- Art. 59 ArG: Diese Bestimmung behandelt die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Arbeitgeberin. Unter Strafe gestellt wird dabei das vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandeln gegen den Gesundheitsschutz und die Plangenehmigung.⁶⁴ Ebenfalls ist sowohl eine vorsätzliche als auch eine fahrlässige Verletzung der Bestimmungen über den Sonderenschutz der jugendlichen oder weiblichen Arbeitnehmer strafbar.⁶⁵ Hingegen ist eine fahrlässige Verletzung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften nicht strafbar. Dafür ist Vorsatz vorausgesetzt.⁶⁶

sonalverleih), AJP 1997, S. 787-796, S. 793; PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4. Aufl., Zürich 2009, Art. 342a OR Rz. 4038; a.M. ADRIAN STAEHELIN, *Der Arbeitsvertrag – Art. 331-355 OR*, in: Peter Gauch / Jörg Schmid (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V 2c*, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 352a N 7; FRANZ WALDNER, *Die Heimarbeit aus rechtlicher und historischer Sicht*, Basel 1994, S. 160; wohl auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 352a OR N 5 und OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, *Droit du travail*, Lausanne 2010, Art. 352a OR N 8.

⁶¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 353b OR N 2; ZK-STAEHELIN (Fn. 60), Art. 353b OR N 2.

⁶² BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 328 N 53 ff.

⁶³ THEO GUHL/ALFRED KOLLER, in: Theo Guhl, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, bearbeitet von Alfred Koller (§§ 1-47), Anton K. Schnyder (§§ 48-58) und Jean Nicolas Druey (§§ 59-89), 9. Aufl., Zürich 2000, § 10 Rz. 10 f.

⁶⁴ Art. 59 Abs. 1 lit. a ArG.

⁶⁵ Art. 59 Abs. 1 lit. c ArG.

⁶⁶ Art. 59 Abs. 1 lit. b ArG.

- Art. 60 ArG: Gemäss dem ersten Absatz dieser Bestimmung macht sich ein Arbeitnehmer strafbar, wenn er vorsätzlich den Vorschriften über den Gesundheitsschutz zuwiderhandelt.⁶⁷ Wenn er aber durch die Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen über den Gesundheitsschutz andere Personen gefährdet, ist auch die fahrlässige Verletzung der entsprechenden Bestimmungen strafbar.⁶⁸ Da es sich sowohl bei Art. 59 ArG als auch bei Art. 60 ArG um Strafbestimmungen handelt, sind für die Bestimmung des Verschuldensbegriffs die massgeblichen strafrechtlichen Bestimmungen heranzuziehen. Damit genügt für eine vorsätzliche Zuwiderhandlung bereits Eventualvorsatz.⁶⁹ Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder Vergehen hingegen, wer «die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.»⁷⁰

D. Arbeitslosenversicherungsrecht

- Art. 30 AVIG: Diese Bestimmung bezweckt eine angemessene Beteiligung des Versicherten am Schaden, den er durch pflichtwidriges Verhalten der Arbeitslosenversicherung natürlich und adäquat kausal zugefügt hat.⁷¹ Als erster Einstellungstatbestand nennt Art. 30 AVIG die Arbeitslosigkeit durch eigenes Verschulden.⁷² Liegt kein Verschulden vor, kann die Leistung nicht eingestellt werden.⁷³ Ein Selbstverschulden in diesem Sinne ist gegeben, wenn und soweit der Eintritt der Arbeitslosigkeit nicht auf objektive Faktoren zurückzuführen ist, sondern in einem vermeidbaren Verhalten des Ver-

⁶⁷ Art. 60 Abs. 1 ArG.

⁶⁸ Art. 60 Abs. 2 ArG.

⁶⁹ LAURENT MOREILLON, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel /Rémy Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 60 ArG N 9; Art. 12 Abs. 2 StGB.

⁷⁰ Art. 12 Abs. 3 StGB.

⁷¹ BARBARA KUPFER BUCHER, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung in: Erwin Murer/Hans-Ulrich Stauffer (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2013, Art. 30 AVIG, S. 160.

⁷² Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG; Unterstützung können auch Versicherte u.U. beantragen, die eine dauernde selbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen wollen und die ohne eigenes Verschulden arbeitslos sind (Art. 71b Abs. 1 lit. a AVIG i.V.m. Art. 71a Abs. 1 AVIG).

⁷³ CHOPARD (Fn. 8), S. 47. Der Arbeitgeber hat in beschränktem Umfange bei der Verschuldensabklärung mitzuwirken (vgl. BENJAMIN KAMBER, Die Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers bei Verschuldensabklärung der Arbeitslosenkasse, Masterarbeit Bern 2013, S. 63 ff.).

sicherten liegt.⁷⁴ Dieses Verhalten muss gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vorsätzlich erfolgt sein.⁷⁵ Das Bundesgericht hat überdies entschieden, dass es ausreicht, dass das allgemeine Verhalten am Arbeitsplatz aus sachlich gerechtfertigten Gründen von der Arbeitgeberin missbilligt wurde und der Arbeitnehmer trotz Wissens um diese Missbilligung sein Verhalten nicht geändert hat, womit er der Arbeitgeberin Anlass zur Kündigung gab bzw. eine solche in Kauf nahm. Ausschlaggebend ist, ob der Versicherte wissen konnte und musste, dass er durch sein Handeln womöglich eine Kündigung bewirkt.⁷⁶ Anders ist die Sanktion bei Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG zu beurteilen. Demnach ist, aufgrund der Ermangelung einer Beschränkung auf Grobfahrlässigkeit oder Vorsatz, auch eine leichte Fahrlässigkeit zu sanktionieren, wenn die versicherte Person nicht alles unternimmt, um einen drohenden Schaden abzuwenden.⁷⁷ Dasselbe gilt für die Einstellungsgründe nach Art. 30 Abs. 1 lit. e und g AVIG.⁷⁸ Hingegen setzt die Anwendung von Art. 30 Abs. 1 lit. f AVIG zumindest Eventualvorsatz voraus. Nur wer mit Wissen und Willen die Arbeitslosenentschädigung zu Unrecht erwirkt oder zu erwirken versucht, unterliegt der Sanktion.⁷⁹

- Art. 41 AVIG: Nimmt der Arbeitnehmer eine ihm zugewiesene zumutbare Zwischenbeschäftigung nicht an, bemüht er sich nicht genügend um Zwischenbeschäftigung oder gibt er eine solche ungerechtfertigterweise auf, so verfügt die kantonale Amtsstelle, dass ihm je nach Grad des Verschuldens mindestens 100 und höchstens 1000 Franken von seiner Kurzarbeitsentschädigung abgezogen werden. Zu Abzügen kommt es auch in dieser Bestimmung bereits bei leichtem Verschulden.⁸⁰
- Art. 55 AVIG: Im Rahmen der Insolvenzenschädigung muss der Arbeitnehmer die Insolvenzenschädigung in Abweichung von Art. 25 Abs. 1 ATSG zurückerstatten, soweit die Lohnforderung im Konkurs oder in der Pfändung abgewiesen oder aus Gründen nicht gedeckt wird, die der Arbeitnehmer absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat, ebenso soweit sie von der Arbeitgeberin nachträglich erfüllt wird.⁸¹ Leichte Fahrlässigkeit wird damit durch diese Bestimmung ausgeschlossen.

⁷⁴ KUPFER BUCHER (Fn. 71), Art. 30 AVIG, S. 161.

⁷⁵ Vgl. dazu SR 0.822.726.8 in Kraft seit 17.10.1991.

⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts (8C_466/2007) vom 19. November 2007, E. 3.1.

⁷⁷ BGE 124 V 232 E. 4.d; KUPFER BUCHER (Fn. 71), Art. 30 AVIG, S. 173.

⁷⁸ KUPFER BUCHER (Fn. 71), Art. 30 AVIG, S. 181; ARV 2007 N 13, S. 212 E. 3.2.

⁷⁹ THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Ulrich Meyer-Blaser (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2007, Rz. 851.

⁸⁰ Art. 64 Abs. 1 lit. a AVIV.

⁸¹ Art. 55 Abs. 2 AVIG.

Die Vielzahl der Bestimmungen, welche in irgendeiner Form das Verschulden berücksichtigen, verunmöglicht es an dieser Stelle, für jede einzelne Bestimmung vertiefende Fallbeispiele aufzuführen. In diesem Beitrag wird der Fokus daher auf vier Hauptanwendungsbereiche des Verschuldens gelegt. Dabei handelt es sich um die Haftung des Arbeitnehmers, die Lohnfortzahlungspflicht und die Ferienkürzung.

IV. Hauptanwendungsbereiche des Verschuldens

A. Haftung des Arbeitnehmers

1. Voraussetzungen der Haftung des Arbeitnehmers nach Art. 321e OR im Allgemeinen

Der Arbeitnehmer ist gemäss Art. 321e Abs. 1 OR verantwortlich für den Schaden, den er absichtlich oder fahrlässig der Arbeitgeberin zufügt. Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches ist vorab ein konkreter Schaden, der durch die Vertragsverletzung verursacht wurde. Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die in der Verminderung der Aktiven, der Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Sie entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.⁸² Generell besteht eine Ersatzpflicht nur dann, wenn eine Vertragsverletzung vorliegt, d.h. wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden kann. Unter die nichtgehörige Erfüllung kann auch die Leistungsverzögerung fallen. Auf das Arbeitsverhältnis bezogen heisst dies, dass eine Pflichtverletzung vorliegt, wenn der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht oder seiner Treuepflicht nicht nachkommt.⁸³ Zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Schaden muss zudem ein adäquat kausaler Zusammenhang bestehen, welcher den natürlichen Kausalzusammenhang, also die Relation zwischen Ursache und Erfolg, voraussetzt. Schliesslich muss den Arbeitnehmer ein Verschulden treffen.

Schädigt der Arbeitnehmer in Ausübung seiner arbeitsvertraglichen Tätigkeit nicht die Arbeitgeberin, sondern sich selbst oder einen Dritten, ist Art. 321e Abs. 2 OR analog heranzuziehen. Haftet der Arbeitnehmer (insbesondere aus Art. 41 OR) einem Dritten für Schaden, den er diesem in Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten zugefügt hat, muss ihn die Arbeitgeberin von der Haf-

⁸² Anstelle vieler Urteile vgl. BGE 116 II 444 f.

⁸³ MÜLLER (Fn. 27), ArbR 2006, S. 18.

tung gegenüber dem Dritten insoweit freihalten, als der Arbeitnehmer nach Art. 321e Abs. 2 OR im Verhältnis zum Arbeitgeber befreit ist.⁸⁴ Auch bei dieser sogenannten Freizeichnung ist das Verschulden demnach von Bedeutung.

2. *Verschulden im Rahmen des Art. 321e OR im Besonderen*

Der Arbeitnehmer hat nur für das in Art. 321e Abs. 2 OR vorgegebene Sorgfaltsmass einzustehen. Der Grund dafür liegt darin, dass überall dort, wo gearbeitet wird, auch Fehler geschehen. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Arbeitnehmer für einen Schaden aufkommen soll, der von der Arbeitgeberin schon bei Vertragsabschluss erwartet werden musste.⁸⁵ Konsequenterweise ist die Bestimmung gemäss Art. 362 OR als eine einseitig zwingende Vorschrift ausgestaltet, weshalb sie gemildert, nicht aber verschärft werden darf.⁸⁶ Vertragsabreden oder Kollektivvereinbarungen, die eine Haftung ohne Rücksicht auf das Verschulden vorsehen, sind daher nichtig, auch wenn der Arbeitsvertrag selbst gültig bleibt.⁸⁷

Das Mass der Sorgfalt, für welches der Arbeitnehmer gemäss Gesetz einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, welche die Arbeitgeberin gekannt hat oder hätte kennen sollen.⁸⁸ Das heisst, dass bereits für die Frage, ob überhaupt eine Haftung besteht oder nicht, Art. 321e Abs. 2 OR heranzuziehen ist. Denn von einem unerfahrenen Arbeitnehmer kann nicht die gleiche Sorgfalt erwartet werden wie von einem erfahrenen, hochqualifizierten Arbeitnehmer.

Das Verschulden des Arbeitnehmers ist eng mit dieser Sorgfaltspflicht verbunden. Es kann in absichtliche oder fahrlässige Schadenszufügung unterteilt werden. Unter die absichtliche Schadenszufügung wird auch die eventualvorsätzliche gerechnet.⁸⁹ Bezüglich der Fahrlässigkeit ist zu beachten, dass «Fahrlässigkeit» nicht mit «Unsorgfalt» gleichgesetzt werden kann. Die Handlung des Arbeitnehmers kann zwar objektiv mangelhaft sein, dennoch ist von einem schuldhaften Handeln erst dann zu sprechen, wenn zusätzlich

⁸⁴ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 321e N 24 mit Hinweis auf die Haftung eines Kanzleihinhabers für Fehler eines angestellten Anwalts (OGer BE, JAR 2011, 417).

⁸⁵ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 466a.

⁸⁶ MÜLLER (Fn. 27), ArbR 2006, S. 14.

⁸⁷ ZK-STAEHELIN (Fn. 60), Art. 362 OR N 5; GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 467.

⁸⁸ Art. 321e Abs. 2 OR.

⁸⁹ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 321e OR N 14.

ein subjektiver Mangel des Könnens oder des Wollens hinzutritt.⁹⁰ Da ein Verschulden des Arbeitnehmers als Haftungsvoraussetzung gilt, wird eine Haftung erst dann begründet, wenn auch der subjektive Mangel vorliegt.⁹¹ Fahrlässigkeit in diesem Sinne bedeutet immer eine Missachtung einer nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit oder Sorgfalt, womit ein Verstoß des Arbeitnehmers gegen die Sorgfaltspflicht nicht nur eine Vertragsverletzung darstellt, sondern auch für die Beurteilung des Verschuldens relevant ist.⁹²

Die Haftung nach Art. 321e OR wird also grundsätzlich bei jedem Verschulden des Arbeitnehmers ausgelöst.⁹³ Die Einteilung in grobe, mittlere und leichte Fahrlässigkeit spielt erst für die Bemessung der Haftung eine Rolle. Die Bemessung des Schadenersatzes richtet sich primär nach Art. 321e Abs. 2 OR und ergänzend nach Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 43 und 44 OR. Gestützt auf diese Bestimmungen kann das Gericht die Ersatzpflicht ermässigen oder ganz von ihr entbinden. Zumindest mittlere und leichte Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers führen dabei, neben anderen Reduktionsgründen wie Berufsrisiko, Mitverschulden der Arbeitgeberin, Lohnhöhe des Arbeitnehmers etc.⁹⁴, regelmässig zu einer Reduktion der Schadenersatzpflicht.⁹⁵ Art. 321e OR gewährt dem Richter jedoch einen grossen Ermessensspielraum.⁹⁶ Es ist für eine Arbeitgeberin daher i.d.R. schwierig abzuschätzen, in welchem Umfange ein Schadenersatzanspruch gegen einen fehlbaren Arbeitnehmer gerichtlich durchsetzbar ist. Folgende Faustformel⁹⁷ aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁹⁸ kann diesbezüglich hilfreich sein:⁹⁹

- Bei *leichter Fahrlässigkeit* kann grundsätzlich von einer Maximalhaftung in Höhe eines Monatslohnes ausgegangen werden. Handelt es sich aber

⁹⁰ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 321e OR N 15. In diesem Sinne auch der «Barhockerfall» (Urteil des AppGer BS vom 5. November 1999 in Sachen H.G. gegen S.Z.-L., abgedruckt in: BJM 2001, S. 296-301), bei der eine vom Barhocker fallende Frau reflexartig nach ihrer Kollegin griff und diese damit ebenfalls zu Fall brachte, woraus eine Invalidität resultierte.

⁹¹ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 321e N 3.

⁹² Dem Arbeitnehmer wird eine Sorgfaltspflichtverletzung sowohl als Vertragsverletzung als auch als Verschulden angelastet (ZK-STAEHELIN [Fn. 38], Art. 321e OR N 16).

⁹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 321e OR N 2.

⁹⁴ Vgl. dazu die Aufzählung bspw. in BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 321e N 5 ff.

⁹⁵ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 321e OR N 27.

⁹⁶ BGE 110 II 344 E. 6b.

⁹⁷ Von dieser Faustformel kann im Einzelfall abgewichen werden.

⁹⁸ BGE 110 II 344; JAR 1995, S. 87; JAR 2004, S. 428; JAR 2000, S. 120; BJM 1981, S. 295; Urteil des Bundesgerichts (4C.16/2003) vom 24. Juni 2003; Urteil des Bundesgerichts (4C.103/2005) vom 1. Juni 2005; Urteil des Bundesgerichts (4C.195/2004) vom 7. September 2004; Urteil des AGer ZH vom 12. August 2003 AN 03058.

⁹⁹ Vgl. zum Nachweis auch MÜLLER (Fn. 27), ArbR 2006, S. 20.

um schadensgeneigte Arbeit, kann bei leichter Fahrlässigkeit i.d.R. kein Schadenersatzanspruch durchgesetzt werden.¹⁰⁰

- Bei *mittlerer Fahrlässigkeit* kann grundsätzlich von einer Maximalhaftung in Höhe von zwei Monatslöhnen ausgegangen werden. Mittlere Fahrlässigkeit ist immer dann anzunehmen, wenn weder klar leichte Fahrlässigkeit noch klar grobe Fahrlässigkeit vorwerfbar ist.
- Bei *grober Fahrlässigkeit* kann grundsätzlich von einer Maximalhaftung in Höhe von drei Monatslöhnen ausgegangen werden. Nur bei grossem Schaden und entsprechender Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers besteht die Möglichkeit, eine höhere Schadenersatzforderung durchzusetzen.
- Bei nachweisbarer *Absicht* kann grundsätzlich die gesamte Schadenersatzforderung gegenüber dem fehlbaren Arbeitnehmer durchgesetzt werden. Bestand im Zeitpunkt der Sorgfaltspflichtverletzung jedoch Urteilsunfähigkeit, so kommt nur eine Billigkeitshaftung nach Art. 54 OR in Frage.¹⁰¹

Ein starres Festhalten an einer solchen Formel ist jedoch abzulehnen. Für das Festlegen des Haftungsumfanges ist das Gebot der fallgerechten Einzeloptik unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Umstände zu befolgen.¹⁰² Die Faustformel soll jedoch eine Hilfestellung dafür bieten, abschätzen zu können, in welchem Umfang ein Schadenersatz in der Regel gerichtlich durchsetzbar sein wird.

3. *Beweislast des Verschuldens*

Die Arbeitgeberin hat im Rahmen von Art. 321e OR nach allgemeiner Regel von Art. 8 ZGB die Vertragsverletzung, den dadurch bewirkten Schaden und den natürlichen und den adäquaten Kausalzusammenhang nachzuweisen.¹⁰³

Wie bei allen Vertragshaftungen wird das Verschulden des Arbeitnehmers indes vermutet.¹⁰⁴ Es obliegt damit dem Arbeitnehmer, den Nachweis zu erbringen, dass ihm kein Verschulden zur Last fällt (Exkulpation).¹⁰⁵ Dies ergibt sich aus Art. 97 Abs. 1 OR, der nach herrschender Auffassung auch auf das Arbeitsrecht anwendbar ist.¹⁰⁶

¹⁰⁰ JAR 1987, S. 131.

¹⁰¹ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 321e OR N 14.

¹⁰² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 321e OR N 12.

¹⁰³ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 321e OR N 32.

¹⁰⁴ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 469.

¹⁰⁵ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 321e N 1.

¹⁰⁶ Vgl. zum Nachweis STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 321e OR N 13.

B. Annahmeverzug der Arbeitgeberin

1. Annahmeverzug der Arbeitgeberin im Allgemeinen

Es gilt der Grundsatz: ohne Arbeit keinen Lohn. Der Arbeitsvertrag ist ein schuldrechtliches Austauschverhältnis.¹⁰⁷ Es wird eine Leistung und eine Gegenleistung ausgetauscht. Wenn die Leistung nicht erbracht wird, braucht auch die Gegenleistung nicht ausgerichtet zu werden. Wenn die eine Partei nicht leistet, kann die andere ihre Leistung zurückbehalten. Das ergibt sich aus den in Art. 119 OR festgehaltenen allgemeinen Grundsätzen und wurde vom Bundesgericht auch bezüglich des Rechts auf Arbeitsverweigerung bei Lohnrückständen ausdrücklich festgehalten.¹⁰⁸ Für die Lohnverweigerung bei fehlender Arbeitsleistung ist das so selbstverständlich, dass die Gerichte dies gar nicht ausdrücklich festhalten müssen.

Von diesem Grundsatz gibt es aber gewichtige Ausnahmen. Zum einen bleibt der Lohnanspruch erhalten, wenn die Arbeitsleistung nicht möglich ist, weil die Arbeitgeberin im Annahmeverzug ist.¹⁰⁹ Zum anderen sehen die Art. 324a/b OR aus sozialen Gründen vor, dass die Arbeitgeberin das Risiko einer in der Person des Arbeitnehmers liegenden Arbeitsunfähigkeit während einer beschränkten Zeit und unter bestimmten Voraussetzungen tragen muss. In beiden Fällen behält der Arbeitnehmer trotz fehlender Arbeitsleistung seinen Lohnanspruch und er muss die nicht geleistete Arbeit auch nicht nachholen.¹¹⁰ Die entsprechenden Zeiten dürfen ihm deshalb auch nicht auf die Ferien oder auf Überstunden oder auf Gleitzeiten angerechnet werden.

2. Verschulden beim Annahmeverzug der Arbeitgeberin im Besonderen

Dem Wortlaut von Art. 324 Abs. 1 OR zufolge bleibt die Arbeitgeberin zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, wenn die Arbeit infolge Verschuldens der Arbeitgeberin nicht geleistet werden kann oder sie aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug kommt. Diese Bestimmung bildet einen Fall des Gläubigerverzugs nach Art. 91 OR. Demnach gerät die Arbeitgeberin in Annahmeverzug, wenn sie in ungerechtfertigter Weise die vom Arbeitnehmer gehörig angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt oder

¹⁰⁷ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324 N 1; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 324a OR N 1.

¹⁰⁸ BGE 120 II 209.

¹⁰⁹ Art. 324 OR.

¹¹⁰ PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 30), Rz. 309.

wenn sie die ihr obliegenden notwendigen Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen nicht vornimmt.¹¹¹ Will der Schuldner seine Leistung nicht später noch erbringen, kann er nach den Regeln des Allgemeinen Teils des OR, soweit eine Hinterlegung seiner Leistung nicht möglich ist, im Wesentlichen in diesen Fällen vom Vertrag zurücktreten. Da diese Rechtslage beim Arbeitsvertrag kaum angemessen wäre, hat der Gesetzgeber für den Arbeitsvertrag eine abweichende Regel getroffen. Die Arbeitgeberin hat den Lohn für die ganze Dauer der Verhinderung zu bezahlen, obgleich sie die Arbeitsleistung nicht erhält und der Arbeitnehmer auch nicht später die Leistung noch erbringen muss. Dafür steht dem Arbeitnehmer kein Recht zu, vom Vertrag zurückzutreten.¹¹² Entgegen dem verwirrenden Wortlaut von Art. 324 Abs. 1 OR ist für das Eintreten dieser Rechtsfolge das Verschulden der Arbeitgeberin nicht vorausgesetzt.¹¹³ Es steht in der Lehre und Rechtsprechung ausser Diskussion, dass Art. 324 OR auch jene Fälle erfasst, in denen ohne das Verschulden der Arbeitgeberin die Arbeitsleistung wegen eines Ereignisses unmöglich geworden ist, das in der Risikosphäre der Arbeitgeberin liegt.¹¹⁴ Damit hat die Arbeitgeberin das Betriebsrisiko zu tragen, indem sie für Betriebsstörungen technischer Art¹¹⁵, wirtschaftlicher Art¹¹⁶ oder behördlicher Art¹¹⁷ haftet.¹¹⁸ Nicht einzustehen hat die Arbeitgeberin im Umkehrschluss grundsätzlich für unverschuldete Verhinderungsgründe, die nicht in ihren, sondern in den Risikobereich des Arbeitnehmers fallen. Zu denken ist dabei zum einen an die subjektiv in der Person des Arbeitnehmers liegenden Verhinderungsgründe wie Krankheit oder Unfall¹¹⁹ und zum anderen an objektive Gründe, wie bspw. Strassensperrungen, Reiseverbote etc.¹²⁰ Diese objektiven Verhinde-

¹¹¹ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324 N 3.

¹¹² VISCHER (Fn. 43), S. 122.

¹¹³ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324 N 4.

¹¹⁴ Urteil des Bundesgerichts (4A_291/2008) vom 2. Dezember 2008; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324 OR N 4; ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324 OR N 10 und 12; VISCHER (Fn. 43), S. 122; JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, Art. 324 OR N 2; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, Rz. 113 und 206.

¹¹⁵ Zu denken ist hier bspw. an Unterbrechung der Energieversorgung, Maschinenschäden etc.

¹¹⁶ Bspw. Auftragsmangel, Personalmangel, Rohstoffmangel etc.

¹¹⁷ So bspw. bei fehlender Arbeitsbewilligung, Entzug der Betriebsbewilligung, Schliessung eines Betriebes aus polizeilichen Gründen (Urteil des BGer [4C.417/2006] vom 16. März 2007, E. 3.3 etc.).

¹¹⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324 OR N 5; BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324 N 4.

¹¹⁹ Das Gesetz mildert diesen Grundsatz aber dahin, dass es eine Lohnfortzahlungspflicht während einer beschränkten Dauer vorsieht, wenn die Arbeitsunfähigkeit in der Person des Arbeitnehmers begründet ist und diesen kein Verschulden trifft (Art. 324a OR).

¹²⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324 OR N 5.

rungsgründe können je nach konkreter Konstellation jedoch auch der Risikosphäre der Arbeitgeberin zugeordnet werden.¹²¹

Ein Fall des Annahmeverzugs stellt die einseitige, durch Weisung angeordnete Freistellung dar.¹²² Bezüglich Verschuldens stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, inwieweit sich der Arbeitnehmer an seinen Lohn anrechnen lassen muss, was er während der Dauer der Freistellung absichtlich zu verdienen unterlassen hat.¹²³ Für das Anrechnen eines hypothetischen Einkommens ist Vorsatz vorausgesetzt. Für die Grundkonstellation von Art. 324 OR, abgesehen von der Freistellung, ist diese Vorschrift von geringer Bedeutung. Der Ersatzerwerb müsste für den Arbeitnehmer zumutbar sein sowie sofort aufgenommen und – zur Wiederaufnahme der Arbeit – wieder abgebrochen werden können.¹²⁴ Es ist daher davon auszugehen, dass sich der Arbeitnehmer deshalb einen unterlassenen Verdienst praktisch nur anrechnen lassen muss, wenn die Arbeitgeberin ausdrücklich auf eine konkrete Möglichkeit aufmerksam gemacht hat. Dasselbe gilt grundsätzlich auch bei einer Freistellung. Der Arbeitnehmer ist jedoch im Sinne einer Obliegenheit verpflichtet, sich um eine Ersatzstelle zu bemühen,¹²⁵ insbesondere dann, wenn die Dauer der Freistellung eine entsprechende Arbeitsaufnahme zulässt.

3. *Beweislast des Verschuldens*

Da in Art. 324 Abs. 1 OR grundsätzlich kein Verschulden vorausgesetzt ist, muss es auch nicht nachgewiesen werden. Immerhin ist jedoch vom Arbeitnehmer nach der allgemeinen Regel des Art. 8 ZGB nachzuweisen, dass überhaupt ein Fall von Arbeitgeberverzug vorliegt. Demnach muss er nachweisen, dass die Verhinderung der Arbeitsleistung in der Risikosphäre der Arbeitgeberin liegt und dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erfolglos angeboten hat.¹²⁶ Auf der anderen Seite hat die Arbeitgeberin, will sie die Lohnzahlung durch die Anrechnung von Ersparnissen und anderweitigem Verdienst begrenzen, das Vorliegen dieser Ersparnisse resp. eines Ersatzverdienstes auch nachzuweisen.¹²⁷ Bei unterlassenem Erwerb muss sie zudem die Zumutbarkeit der nicht angetretenen Stelle sowie den Vorsatz des Arbeitnehmers beweisen.¹²⁸

¹²¹ Vgl. dazu das Beispiel in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324 OR N 5.

¹²² BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324 N 7.

¹²³ Art. 324 Abs. 2 OR.

¹²⁴ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 422.

¹²⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324 OR N 13.

¹²⁶ BGE 135 III 357.

¹²⁷ BGE 96 II 57.

¹²⁸ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324 N 13.

C. Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin

1. Voraussetzungen der Lohnfortzahlungspflicht im Allgemeinen

Die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin ist eine wichtige Konkretisierung der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin.¹²⁹ Sie ermöglicht dem Arbeitnehmer, trotz fehlender Arbeitsleistung weiterhin den Lebensunterhalt bestreiten zu können.¹³⁰ Sind alle Voraussetzungen von Art. 324a OR gegeben, so hat die Arbeitgeberin für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn. Der Arbeitnehmer soll wirtschaftlich so gestellt werden, wie wenn er gearbeitet hätte.¹³¹ Ein Lohnfortzahlungsanspruch ist aber nur unter gewissen Voraussetzungen gerechtfertigt. Dazu gehört eine gewisse Mindestdauer (Karenzfrist), in welcher der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin die Treue gehalten hat.¹³² Weitere Voraussetzung der Lohnfortzahlungspflicht ist, dass die Leistungsverhinderung durch Gründe hervorgerufen wird, die in der Person des Arbeitnehmers liegen.¹³³ Das Gesetz zählt beispielhaft Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes als Gründe auf, die von Art. 324a OR erfasst werden.¹³⁴ Die Lohnfortzahlungspflicht ist damit auf subjektive Leistungshinderungsgründe beschränkt.¹³⁵ Das Vorliegen einer dieser oben genannten Gründe ist jedoch nur in jenen Fällen relevant, in denen diese Gründe den Arbeitnehmer hindern, seiner Arbeit nachzugehen. Eine Verhinderung wird in Lehre und Rechtsprechung dahingehend verstanden, dass es dem Arbeitnehmer entweder unzumutbar oder unmöglich sein muss, die vertragsgemässe Arbeit zu erbringen.¹³⁶ Umstände, die den Arbeitnehmer ausserhalb der Arbeitszeit beein-

¹²⁹ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 426.

¹³⁰ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324a OR N 2; Art. 324a OR gilt für alle Arten von Arbeitsverträgen, insbesondere auch für Teilzeitarbeit, Arbeit auf Abruf oder für Arbeit im Stundenlohn (GUY LONGCHAMP, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon [Hrsg.], *Commentaire du contrat de travail*, Bern 2013, Art. 324a OR N 1).

¹³¹ THOMAS GEISER, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, *AJP* 2003, S. 328.

¹³² PHILIPPE GNAEGI, *Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie*, Diss. Neuenburg, Zürich 1996, S. 44; BGE 126 III 75 E. 2d; ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324a OR N 2; vgl. Art. 324a Abs. 1 OR.

¹³³ Deutlicher wäre wohl die Formulierung «Verhinderung, die in seinen persönlichen Verhältnissen liegt» (VISCHER [Fn. 43], S. 127).

¹³⁴ HANS-PETER EGLI, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, *AJP* 2000, S. 1065; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn. 40), Art. 324a OR N 1.

¹³⁵ REHBINDER (Fn. 114), Rz. 194.

¹³⁶ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324a N 1; ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324a OR N 3.

trächtigen, aber grundsätzlich nicht an der Verrichtung der Arbeit hindern, sind unbeachtlich.¹³⁷

Die Ursache des Nichterbringens der Arbeitsleistung muss des Weiteren einen Kausalzusammenhang mit dem Ausbleiben der Arbeitsleistung aufweisen.¹³⁸ Schliesslich würde Art. 324a Abs. 1 OR nach dem Wortlaut voraussetzen, dass die Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers unverschuldet entstanden ist. Trotz des klaren Wortlauts hat sich die Rechtsprechung jedoch gegenteilig entwickelt, weshalb darauf näher einzugehen ist.

2. *Verschulden bei der Lohnfortzahlungspflicht im Besonderen*

Nach dem Wortlaut von Art. 324a Abs. 1 OR ist eine Lohnfortzahlung nur geschuldet, wenn die Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers unverschuldet entstanden ist. Dabei ist jedoch zu beachten, dass an den Verschuldensbegriff höhere Anforderungen gestellt werden als im allgemeinen Zivilrecht.¹³⁹ Der Arbeitnehmer soll bei seiner Freizeitgestaltung gewisse Risiken eingehen dürfen, ohne befürchten zu müssen, seinen Lohnanspruch bei einer Arbeitsverhinderung zu verlieren.¹⁴⁰ Insbesondere soll der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch nicht bereits dann verlieren, wenn er bei gehöriger Sorgfalt hätte voraussehen können, dass sein Verhalten zu einer Arbeitsunfähigkeit führen könnte und es ihm möglich gewesen wäre, dieses Ergebnis in irgendeiner Weise zu verhindern.¹⁴¹ Die Arbeitgeberin hat also in diesem beschränkten Ausmass das allgemeine Lebensrisiko zu tragen.¹⁴² Damit Verschulden im Sinne dieser Bestimmung angenommen wird, muss ein offensichtliches Fehlverhalten vorliegen.¹⁴³ Dazu zählt zumindest die vorsätzliche oder eventualvorsätzliche Herbeiführung der Arbeitsverhinderung.¹⁴⁴ Nicht

¹³⁷ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324a OR N 3.

¹³⁸ GEISER (Fn. 131), AJP 2003, S. 325.

¹³⁹ EGLI (Fn. 134), AJP 2000, S. 1065; VISCHER (Fn. 43), S. 129; HANS UELI SCHÜRER/MARIANNE WANNER, Arbeit und Recht, 13. Aufl., 2017, S. 86.

¹⁴⁰ BGE 122 III 268 E. 3a; ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324a OR N 24.

¹⁴¹ GEISER (Fn. 131), AJP 2003, S. 325.

¹⁴² REHBINDER (Fn. 114), Rz. 195.

¹⁴³ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324a N 5.

¹⁴⁴ Als Beispiel für eine vorsätzliche Herbeiführung einer Arbeitsunfähigkeit kann die Selbstverstümmelung dienen, als Beispiel für eventualvorsätzliche Herbeiführung kann das Autofahren in angetrunkenem Zustand angeführt werden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [Fn. 41], Art. 324a/b OR N 29; OGer ZH in JAR 1980, S. 137; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008, S. 223); bezüglich strafrechtlich relevanten Verhaltens vgl. BGE 138 V 140 E. 2.3. THOMAS GEISER geht davon aus, dass jeder Fahrausweisentzug vom Lenker/Arbeitnehmer verschuldet ist und demnach keine Lohnfortzahlungspflicht gegeben ist (THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Folgen von Verkehrsdelikten, Strassenverkehr 2/2017, S. 35-44).

dazu zählt in der Regel jedoch bloss leichte Fahrlässigkeit.¹⁴⁵ Bei Fahrlässigkeit ist danach zu unterscheiden, ob es sich um eine grobe oder lediglich eine leichte Fahrlässigkeit handelt. Handelt es sich um grobe Fahrlässigkeit, so fällt der Anspruch auf Lohnfortzahlung nicht dahin, sondern er ist zu kürzen.¹⁴⁶ Bei leichter Fahrlässigkeit wird hingegen weder eine Kürzung vorgenommen noch fällt der Anspruch auf Lohnfortzahlung dahin.¹⁴⁷ Aus sozialen Gründen ist hier eine grosszügige Haltung einzunehmen.¹⁴⁸

In einigen Fällen, welche unter Art. 324a Abs. 1 OR subsumiert werden, ist die Arbeitsverhinderung zwar durch den Arbeitnehmer herbeigeführt, das entsprechende Verhalten wird jedoch nicht als Fehlverhalten angesehen und folgerichtig bleibt eine Lohnfortzahlung entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes unabhängig vom Verschulden des Arbeitnehmers geschuldet.¹⁴⁹ Das ist beispielsweise bei der Übernahme öffentlicher Ämter oder bei der Erfüllung gesetzlicher Pflichten der Fall. Dasselbe gilt richtigerweise auch bei der Schwangerschaft nach Art. 324a Abs. 3 OR.

3. *Beweislast des Verschuldens*

Den Arbeitnehmer trifft nach den allgemeinen Beweislastregeln von Art. 8 ZGB die Beweislast¹⁵⁰ für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen der Lohnfortzahlung.¹⁵¹ Er muss damit namentlich beweisen, sofern er die Lohnfortzahlungspflicht geltend macht, dass er aus Gründen, die von Art. 324a OR gedeckt werden, an der Arbeit verhindert ist, dass zwischen der Arbeitsverhinderung und dem dafür ursächlichen Grund ein Kausalzusammenhang besteht und dass die Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses erfüllt ist. Die Arbeitgeberin hingegen hat die anspruchshindernden Sachumstände zu bewei-

¹⁴⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324a/b OR N 29.

¹⁴⁶ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324a OR N 29; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324a/b OR N 29; EGLI (Fn. 134), AJP 2000, S. 1065; GNAEGI (Fn. 132), S. 63 f.; WYLER (Fn. 144), S. 223; a.M. BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324a N 5; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 324a OR N 17; VISCHER (Fn. 43), S. 129.

¹⁴⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324a/b OR N 29.

¹⁴⁸ OGer ZH in JAR 1990, S. 159.

¹⁴⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn. 40), Art. 324a OR N 10.

¹⁵⁰ Mit Beweislast ist hier die objektive Beweislast gemeint, welche die Folgen der Beweislosigkeit regelt und nicht die subjektive, welche bestimmt, wer einen Sachverhalt zu behaupten, bestreiten oder substantiieren hat (CHRISTOPH SCHÖNENBERGER, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, Diss. Zürich, Bern 2001, S. 16 Fn. 67).

¹⁵¹ LONGCHAMP (Fn. 130), Art. 324a OR N 48; THOMAS GEISER, Arztzeugnisse zur Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit – Zwischen Informationsbedürfnissen und Datenschutz, in: Wolfgang Wiegand/Thomas Koller/Hans Peter Walter (Hrsg.), Tradition mit Weitsicht – Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern 2009, S. 209.

sen.¹⁵² Dazu zählen der Untergang des Lohnfortzahlungsanspruches infolge Ablaufs der beschränkten Zeit und die vertragliche Karenzfrist.¹⁵³ Uneinigkeit herrscht indes bezüglich der Frage, wer die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens trägt. Die Lehre scheint in dieser Frage unterschiedlicher Auffassung zu sein. Der eine Teil sieht die Beweislast beim Arbeitnehmer¹⁵⁴, der andere Teil bei der Arbeitgeberin.¹⁵⁵ Begründet werden beide Positionen mit dem Verweis auf Art. 8 ZGB, wobei bei der ersten Ansicht davon ausgegangen wird, dass im Rahmen von Art. 324a OR fehlendes Verschulden eine rechtsbegründende Voraussetzung darstellt, wohingegen die zweite Auffassung die Meinung vertritt, das Vorhandensein eines Verschuldens sei als rechtshindernde Tatsache zu verstehen.¹⁵⁶ Das Bundesgericht hat die Frage indirekt dahingehend entschieden, dass es davon ausgeht, dass die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens die Arbeitgeberin zu tragen hat.¹⁵⁷

Diese restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Verschulden gemäss Art. 324a OR führt letztlich dazu, dass nur in ganz seltenen Fällen ein derart gravierendes Verschulden des Arbeitnehmers angenommen wird, dass die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin entfällt. Ein Beispiel dazu findet sich im Urteil des Obergerichts Thurgau vom 29. September 1983 in JAR 1984 S. 126 ff. Ausgangslage dieses Falles waren Kinder des Quartiers, welche am 10. Februar 1982 wie schon früher, mutwillig die Hausglocke der klägerischen Wohnung betätigten. Darüber erbost, rannte der Kläger in den Hof, wo die Kinder spielten und ergriff das erstbeste von ihnen. Es war die 10-jährige Natascha, die er heftig schlug und zu Boden warf. Der Arzt stellte zahlreiche Prellungen am Körper und Gesicht fest, an den Lippen eine Quetschung und hielt eine leichte Hirnerschütterung für möglich. In der Folge kam der Vater des Mädchens aus dem Hause, machte dem Kläger scharfe Vorwürfe, die dieser nicht unerwidert liess. Empört nahm der Vater dem Kläger die Brille ab, worauf eine Schlägerei zwischen den beiden Männern entstand. Der Kläger, der noch gegen den Briefkastentrakt des Wohnhauses fiel, erlitt Verletzungen und musste notfallmässig ins Spital verbracht werden. Dort musste

¹⁵² SCHÖNENBERGER (Fn. 150), S. 16.

¹⁵³ SCHÖNENBERGER (Fn. 150), S. 16.

¹⁵⁴ GABRIEL AUBERT, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des Obligations I*, Genf 2003, Art. 324a OR N 35; BRÜHWILER (Fn. 114), Art. 324a OR N 7a; BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324a N 4; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 324a OR N 20; ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324 OR, Art. 324a OR N 31; VISCHER (Fn. 43), S. 130 und wohl auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324a/b OR N 29.

¹⁵⁵ EGLI (Fn. 134), AJP 2000, S. 1068; GNAEGI (Fn. 132), S. 64; REHBINDER (Fn. 114), Rz. 318; WYLER (Fn. 144), S. 224; THOMAS GEISER, Kündigungsschutz bei Krankheit, AJP 1996, S. 557 und mit ausführlicher Begründung SCHÖNENBERGER (Fn. 150), S. 16 und S. 141 ff.

¹⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324a/b OR N 29.

¹⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts (4C.74/2000) vom 16. August 2001, E. 4b = JAR 2002, S. 199 f.

er sich bis zum 17. März 1982 aufhalten und war noch bis Ende Mai 1982 zu 100 % arbeitsunfähig. Während dieser Zeit richtete ihm die Arbeitgeberin keinen Lohn aus. Entstanden waren ihm gleichzeitig Spital- und Arztkosten von rund Fr. 10'000. Am 14. April 1982 verweigerte die SUVA gestützt auf Art. 67 Abs. 3 KUVG sämtliche Leistungen. Darauf lehnte auch die beklagte Arbeitgeberin mit Hinweis auf die gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen jede Lohnzahlung ab. Am 23. Juni 1982 verlangte der Kläger klageweise Nachzahlung von drei Monatslöhnen, ausgehend von einem Bruttolohn von Fr. 2'605 bzw. Nettoverdienst von Fr. 2'373.90, total Fr. 7'121.90 nebst 5 % Zins seit 23. Juni 1982. Die erste Instanz hiess die Klage mit Urteil vom 26. April 1983 gut. Trotz Leistungsausschluss der SUVA entfalle die Leistungspflicht des Arbeitgebers nicht. Hierfür wäre nämlich ein grobes Verschulden notwendig, welches vom Arbeitgeber zu beweisen wäre und dieses fehle hier (Art. 324a und 324b OR). Das Obergericht bewertete das Verschulden des Arbeitnehmers nicht als leicht und verneinte die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin. In seiner Begründung verwies das Obergericht u.a. auf BGE 107 V 234, wonach die Beteiligung an Raufereien und Schlägereien eine aussergewöhnliche Gefahr im Sinne von Art. 67 Abs. 3 KUVG darstelle.

D. Kürzung des Ferienanspruchs

Der Ferienanspruch des Arbeitnehmers ergibt sich aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin und ist in Art. 329a OR in relativ zwingender Form ausgestaltet worden. Mit der Gewährung von Ferien soll dem Arbeitnehmer Anspruch auf Einräumung von zusammenhängender Freizeit von mehreren Tagen zum Zweck der Erholung zugestanden werden und zum anderen soll der Arbeitnehmer Anspruch auf Lohnfortzahlung erhalten, damit er in die wirtschaftliche Lage versetzt wird, die Ferien überhaupt dem Erholungszweck widmen zu können.¹⁵⁸ Der Ferienanspruch wächst dabei mit der geleisteten Arbeit an.¹⁵⁹ Im Umkehrschluss bedeutet das jedoch auch, dass der Ferienanspruch grundsätzlich nicht wächst, wenn keine Arbeit geleistet wird.¹⁶⁰ Ausnahmen von diesem Prinzip sieht das Gesetz im Falle von Art. 324 OR und Art. 329b OR vor.¹⁶¹ Nach Art. 329b OR darf die Arbeitgeberin in gewissen Fällen den Ferienanspruch kürzen. Eine entscheidende Rolle bei der Frage, wie gross die Kürzung ausfällt, spielt dabei das Verschulden am Arbeitsausfall. Die Bestimmung des Art. 329b OR ist äusserst unklar formuliert. Lehre und Recht-

¹⁵⁸ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 488.

¹⁵⁹ AGER ZH in JAR 1999, S. 205.

¹⁶⁰ AUBERT (Fn. 154), CR, Art. 329b OR N 1 f.

¹⁶¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 329b OR N 2.

sprechung scheinen sich jedoch auf eine Auslegung geeinigt zu haben.¹⁶² Demnach regelt Abs. 1 von Art. 329b OR die Verhinderung an der Arbeit aus Verschulden des Arbeitnehmers. Die Arbeitgeberin darf in diesem Fall bei einer Verhinderung von mehr als einem Monat um einen Zwölftel des Jahresanspruchs pro vollen Abwesenheitsmonat vornehmen. Der zweite Absatz regelt die schuldlose Verhinderung an der Arbeitsleistung aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. In diesem Fall darf ab dem vollendeten zweiten Monat eine Kürzung von einem Zwölftel des Jahresferienanspruchs pro vollen Abwesenheitsmonat vorgenommen werden, wobei für den ersten Abwesenheitsmonat noch keine Kürzung erfolgen darf. Bei schwangerschaftsbedingten Verhinderungen sind es nach Abs. 3 drei vollendete Monate Absenz, die eine Kürzung um einen Zwölftel des Jahresanspruchs zulassen.¹⁶³

Die Voraussetzung des Verschuldens resp. des Unverschuldens in den Absätzen 1 und 2 wird teilweise weit ausgelegt und soll jedes Versäumnis erfassen, welches der Arbeitnehmer zu verantworten habe und welches in seiner Sphäre liege.¹⁶⁴ Dies ist abzulehnen. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Bestimmung vor allem erreichen, dass Fälle, in denen die Arbeitsverhinderung nach den Grundsätzen des Annahmeverzuges im Hinblick auf das Betriebsrisiko von der Arbeitgeberin zu vertreten ist, von einer Kürzung ausgeschlossen sind.¹⁶⁵ Anknüpfungspunkt ist jedoch in erster Linie die Arbeitsverhinderung. In Fällen, in denen zwar nicht gearbeitet wird, jedoch keine Arbeitsverhinderung vorliegt, ist Art. 329b OR nicht anwendbar. Vielmehr sind dann die Bestimmungen über den Arbeitgeberverzug (Art. 324 OR) oder das Prinzip «ohne Arbeit keine Ferien» anwendbar.¹⁶⁶ Verschulden spielt nur im Bereich der Verhinderung in der Person des Arbeitnehmers eine Rolle. Trifft in diesen Fällen den Arbeitnehmer ein Verschulden, so bemisst sich die Ferienkürzung ausschliesslich nach Absatz 1, während bei fehlendem Verschulden die Privilegierung der Absätze 2 und 3 die Kürzung beschränkt.¹⁶⁷ Objektive Verhinderungsgründe berechtigen daher keinesfalls zur Kürzung des Ferienanspruchs.¹⁶⁸ Zur Frage, welches Verschulden eine Privilegierung ausschliessen

¹⁶² Urteil des Bundesgerichts (4A_631/2009) vom 17. Februar 2010, E. 4 = JAR 2011, S. 129; JAR 1999, S. 167, E. 3b; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 329b OR N 2; WYLER (Fn. 144), S. 350; VISCHER (Fn. 43), S. 184 f.; ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 329b OR N 3-10; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 329b OR N 1.

¹⁶³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 329b OR N 2.

¹⁶⁴ Eine Ausdehnung befürwortet bspw. ERIC CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, Diss. Lausanne 2001, S. 111 f.

¹⁶⁵ Botschaft BBl 1982 III, S. 231 f.

¹⁶⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 329b OR N 3.

¹⁶⁷ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 329b OR N 4.

¹⁶⁸ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 495; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 329b OR N 1.

soll, ist auf den Verschuldensbegriff des Art. 324a OR zurückzugreifen.¹⁶⁹ Demnach ist die Anwendung von Absatz 1 bei leichter Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers nicht anwendbar.

V. Zusammenfassung und Empfehlungen

Es können verschiedene Arten von Verschulden unterschieden werden. Die im Arbeitsrecht gängigen fünf Stufen des Verschuldens beinhalten die leichte Fahrlässigkeit, die mittlere Fahrlässigkeit, die grobe Fahrlässigkeit, den Eventualvorsatz und den Vorsatz. Die Unterscheidung in leichte, mittlere und grobe Fahrlässigkeit spielt in der Regel bei der Begründung der Schadenersatzpflicht keine Rolle. Im Allgemeinen haftet der Schädiger dem Geschädigten für jedes Verschulden, jedoch kann der Schwere des Verschuldens bei der Schadenersatzbemessung eine Bedeutung zukommen.

Der Begriff «Verschulden» wird in zahlreichen Bestimmungen im Arbeitsrecht verwendet. Das Gesetz verwendet jedoch unterschiedliche Formulierungen für die Berücksichtigung des Verschuldens. Insbesondere die Verwendung der Begriffe «Verschulden», «Sorgfalt», «sorgfältig», «fahrlässig», «absichtlich» und «vorsätzlich» deuten darauf hin, dass das Verschulden in der entsprechenden Bestimmung in einer Form zu berücksichtigen ist. Obwohl alle diese Begriffe auf Verschulden hindeuten, wird das Verschulden in den entsprechenden Artikeln völlig unterschiedlich ausgelegt.

Vom Grundsatz, dass der Schädiger für jedes Verschulden haftet, weichen insbesondere die Art. 324a OR und Art. 329b OR ab, bei denen leichte Fahrlässigkeit nicht schadet. Ebenfalls hinzuweisen ist auf Art. 324 OR, bei dessen Anwendung es entgegen dem etwas verwirrenden Wortlaut der Bestimmung nicht auf ein Verschulden ankommt. Bei der Haftung des Arbeitnehmers nach Art. 321e OR führen zumindest mittlere und leichte Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers, neben anderen Reduktionsgründen wie Berufsrisiko, Mitverschulden der Arbeitgeberin, Lohnhöhe des Arbeitnehmers etc., regelmässig zu einer Reduktion der Schadenersatzpflicht.

Glücklicherweise kann im Arbeitsrecht auf eine reiche Rechtsprechung zurückgegriffen werden, welche zu jeder Bestimmung eine individuelle Auslegung des Verschuldensbegriffes erlaubt. Dies ist in anderen Rechtsgebieten nicht so einfach. So fehlen zum Beispiel im Grillhaftungsrecht oder im Grillsteuerrecht weitgehend publizierte Urteile. Insbesondere forensisch tätige

¹⁶⁹ So auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 329b OR N 3; ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 329b OR N 4; BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 329b N 1; BK-REHBINDER/Stöckli (Fn. 35), Art. 329b OR N 1.

Juristen, aber auch Richter und Sicherheitsexperten sind deshalb darauf angewiesen, dass renommierte und fachlich bestens ausgewiesene Wissenschaftler mit umfassender Erfahrung, wie zum Beispiel Prof. Dr. THOMAS KOLLER von der Universität Bern, sich dieser Problematik annehmen und noch viele weitere erhellende Aufsätze dazu publizieren. Auch an dieser Stelle sei ihm deshalb noch lange beste Gesundheit und frohes Schaffen gewünscht.

Krankentaggeldversicherung als Instrument zur Sicherung des Erwerbseinkommens bei Krankheit

Vorschlag für eine umfassende Untersuchung als Grundlage adäquater Problemlösung

KURT PÄRLI*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	686
II.	Problemstellung	686
	A. Erwerbseinkommen und Ersatzleistungen bei Krankheit	686
	B. Praxisprobleme des <i>Status Quo</i>	690
	C. Zwischenbemerkungen.....	693
	1. Staatliche Pflicht zur Absicherung krankheitsbedingten Erwerbsausfalls	693
	2. Aktivierender Sozialstaat: Neue Lösungsansätze und neue Probleme	693
III.	Wissensstand, Diskussion und bisherige Lösungsvorschläge.....	694
	A. Verbreitung der Taggeldversicherung	694
	B. Analysen und Lösungsvorschläge in Studien und Berichten zur Taggeldversicherung	695
IV.	Was untersucht werden müsste (und weshalb)	697
	A. Ziel einer umfassenden Untersuchung.....	697
	B. Ein möglicher Forschungsplan	698
	1. Rechtliche und rechtspolitische Bedeutung der Krankentaggeldversicherung.....	698
	2. Empirische Untersuchungen zur Ausgestaltung der Lohnfortzahlung bzw. Verbreitung und Formen der Taggeldversicherung	699
	3. Ergebnisse und Bewertung.....	699
	4. Lösungsvorschläge.....	700
	C. Nutzen einer solchen Studie	700

* Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI, Fachbereich Soziales Privatrecht, Universität Basel.

I. Einleitung

THOMAS KOLLER hat sich in seiner intensiven Publikationstätigkeit immer wieder Schnittstellen zwischen Zivilrecht und Sozialversicherungsrecht zugewandt. Die Einkommenssicherung erkrankter Arbeitnehmer auf dem Wege der Taggeldversicherung ist eine Zuspitzung dieser Schnittstelle, da die Taggeldversicherung einerseits als Instrument der Sozialversicherung nach dem Krankenversicherungsgesetz (KVG) und andererseits als (fast) rein privatrechtliche Versicherung nach dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG) angeboten wird und überdies im Zusammenhang mit der in Art. 324a Obligationenrecht (OR) geregelten Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin steht.

Der vorliegende Beitrag geht insoweit neue Wege, indem nicht einfach die geltende Rechtslage der Regelung zur Krankentaggeldversicherung bzw. ausgewählte Probleme derselben dargestellt werden. Ziel des Beitrages ist vielmehr, unter anderem aufzuzeigen, welche Wissenslücken hinsichtlich der Verbreitung der Taggeldversicherung bestehen, wie bedeutend die anhand von Einzelfällen bekannten Probleme wie z.B. arbeitsassoziierte Arbeitsunfähigkeit oder Gesundheitsvorbehalte in der Praxis sind und welche allenfalls gar nicht bis zu den Gerichten durchdringenden Fragen und Probleme sich noch stellen. Auch soll skizziert werden, wie diese Wissenslücken geschlossen werden können. Der Autor kann dies in einem Festschriftenbeitrag nicht tun, er kann nur Anregungen geben, was zu untersuchen wäre.

Die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und die Taggeldversicherung sind ein rechtspolitischer «Longseller». Entsprechend mangelt es nicht an sozialpolitischen Vorstössen und Ideen, wie die Probleme (soweit bekannt) gelöst werden sollen. Im vorliegenden Text werden – eher untypisch für einen rechtswissenschaftlichen Beitrag – diese rechtspolitischen Bemühungen zusammenfassend dargestellt und kritisch gewürdigt.

Wie die Probleme gesetzgeberisch gelöst werden sollen, zeigt der Beitrag nicht auf. Vielmehr wird dargelegt, auf Grundlage welcher – aktuell noch nicht vorhandenerer – Wissensbasis die rechtspolitische Diskussion um eine Taggeldversicherung geführt werden müsste.

II. Problemstellung

A. Erwerbseinkommen und Ersatzleistungen bei Krankheit

Das Einkommen aus Erwerbstätigkeit stellt für die meisten Menschen in der Schweiz die wichtigste Einkommensquelle dar. Der weitaus grösste Teil der

gemäss Erwerbstätigenstatistik erwerbstätigen Personen ist in einem Angestelltenverhältnis tätig¹.

Wenn nun wegen einer Krankheit oder eines Unfalls die Erwerbstätigkeit vorübergehend oder länger dauernd nicht mehr oder nicht mehr im bisherigen Ausmass ausgeübt werden kann, stellt sich die Frage der Einkommenssicherung. Bei unfallbedingtem Erwerbsausfall deckt die obligatorische Unfallversicherung der Arbeitnehmenden den Erwerbsausfall². Anders verhält es sich bei krankheitsbedingtem Erwerbsausfall.

Art. 324a OR sieht vor, dass Arbeitnehmer/innen, sofern das Arbeitsverhältnis drei Monate gedauert hat oder für drei Monate eingegangen ist, für eine beschränkte Zeit auch dann einen Lohnanspruch haben, wenn sie aus persönlichen Gründen, u.a. bei Vorliegen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, an der Arbeitsleistung gehindert sind. Nach Art. 324a Abs. 2 OR beträgt die Lohnfortzahlungspflicht im ersten Dienstjahr drei Wochen und danach für eine angemessene längere Zeit³. Eine längere Dauer der Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin kann verabredet werden oder durch Normalarbeitsvertrag (NAV) oder Gesamtarbeitsvertrag (GAV) bestimmt sein. Eine von den Vorschriften des Art. 324a Abs. 1-3 OR abweichende Regelung darf durch schriftlichen Vertrag, NAV oder GAV getroffen werden, sofern diese abweichende Regelung für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist.

Die Gleichwertigkeit ist gemäss Praxis regelmässig gegeben bei einer Krankentaggeldlösung mit hälftiger Prämienteilung, ohne Wartefrist und Taggelder von 80 % des Lohnes während mind. 720 Tagen innerhalb von 900 aufeinanderfolgenden Tagen⁴. Während diese Lösung in den ersten drei Wochen

¹ Das Bundesamt für Statistik meldet für das Jahr 2013 rund viereinhalb Millionen Erwerbstätige, davon 79,8% Arbeitnehmende, 13,2% Selbständige, 2,1% mitarbeitende Familienmitglieder und 5% Lernende, abrufbar unter: Bundesamt für Statistik → Themen → Arbeit und Erwerb → Erwerbstätigkeit und Arbeitszeit → Indikatoren → Erwerbsstatus.

² Alle in der Schweiz tätigen Arbeitnehmenden sind obligatorisch gegen Unfall versichert, gedeckt sind Berufsunfälle und -krankheiten sowie ab einer wöchentlichen Arbeitsdauer von acht Stunden auch Nichtberufsunfälle. Infolge Unfalls haben arbeitsunfähige Arbeitnehmende ab dem dritten Tag nach dem Unfalltag Anspruch auf ein Taggeld, das erst mit der Wiedererlangung der vollen Arbeitsfähigkeit, mit dem Beginn einer Rente oder mit dem Tod des Versicherten endet (Art. 16 Abs. 1 und 2 UVG). Ab einer Invalidität von 10 % hat der Versicherte Anspruch auf eine Invalidenrente (Art. 18 Abs. 1 UVG).

³ Die Gerichte stützen sich bei der Festsetzung der «angemessenen längeren Zeit» auf die sogenannten Basler-, Berner- und Zürcher-Skalen, siehe zum Ganzen KURT PÄRLI/JULIA HUG/ANDREAS PETRIK, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Bern, 2015, Rz. 149 ff.

⁴ Urteil BGer 4C.275/2002 vom 5. Dezember 2002, E. 2.1; ROBERTA PAPA, Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnfortzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen, ArbR 2009, S. 82; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N 24 zu Art. 324a/b OR m.w.H.

einer Arbeitsverhinderung zwar weniger gut ist als die gesetzliche Lösung, da lediglich 80 % statt 100 % des Lohnes ausgerichtet werden, ist sie doch insgesamt mindestens gleichwertig, wenn nicht sogar besser, da die Leistungsdauer in bedeutendem Masse länger ist⁵.

Nicht eindeutig ist die Gleichwertigkeit einer Versicherungslösung mit unbezahlten Wartetagen. Eine unbezahlte Karenzfrist von maximal zwei bis drei Tagen ist unter der Voraussetzung zulässig, dass die Taggeldleistungen bei einer länger dauernden Krankheit existenzertreuend sind⁶. Oftmals werden Taggeldlösungen (720 Tage innert 900 Tagen) mit einer Wartefrist von 30 oder 60 Tagen abgeschlossen, wobei die Arbeitgebenden zwischen Eintritt der Arbeitsunfähigkeit und dem Leistungsbeginn der Versicherung mind. 80 % des Lohnes ausrichten. Auch diese Versicherungslösung ist zulässig⁷. Fehlt bei dieser Lösung eine vertragliche Regelung über die Leistungen während der Wartefrist, schulden die Arbeitgebenden die gesetzliche Lohnfortzahlung⁸. In den früheren Dienstjahren kann bei dieser Lösung eine Deckungslücke entstehen⁹.

Zahlreiche GAV enthalten Bestimmungen zur Lohnfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Regelmässig wird dabei der Abschluss einer kollektiven Krankentaggeldversicherung vorgeschrieben oder zumindest empfohlen. Es handelt sich hier um normative GAV-Bestimmungen, die sich unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis der am GAV beteiligten Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen auswirken. Eine Abweichung im Einzelarbeitsvertrag (EAV) vom GAV bezüglich der Bestimmungen zur Lohnfortzahlung und Taggeldversicherung ist nur zulässig, wenn die Abweichung für die betroffenen Arbeitnehmer/innen günstiger ist.

⁵ KURT PÄRLI/JULIA HUG, Freiwillige Taggeldversicherung nach KVG und VVG, in: Sabine Steiger-Sackmann/Hans-Jakob Mosimann (Hrsg.), Recht der Sozialen Sicherheit, Basel 2014, Rz. 15.20.

⁶ Urteil BGer 4A_98/2014 vom 10. Oktober 2014, E. 4.2.1 (zwei bis drei Tage); BGE 135 III 640, E. 2.3.2 (zwei Tage); JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3. Aufl., Basel 2014, N 24 zu Art. 324a OR (1-3 Tage); HANS-RUDOLF MÜLLER, Grundlagen der Krankenversicherung nach VVG, in: von Kaenel (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007, S. 21 f. (drei Tage); PAPA (Fn. 4), S. 84, m.H.a. Lehrmeinungen (max. zwei Tage); PÄRLI/HUG (Fn. 5), S. 538 (zwei bis drei Tage); STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 4), N 24 zu Art. 324a OR m.H.a. Lehrmeinungen (drei Tage).

⁷ PAPA (Fn. 4), S. 84 m.w.H.; PÄRLI/HUG (Fn. 5), S. 538.

⁸ PÄRLI/HUG (Fn. 5), S. 538; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 4), N 13 zu Art. 324a/b OR.

⁹ PÄRLI/HUG (Fn. 5), S. 538.

Die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers dauert also besonders bei kurzen Arbeitsverhältnissen nicht lange¹⁰. Wird nun das Risiko des Lohnausfalls nicht durch eine freiwillige Versicherung abgedeckt, besteht die Gefahr, dass zwischen dem Ende der Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber und dem Beginn der Ausrichtung von Invalidenrenten der krankheitsbedingte Verdienstaufschlag nicht ersetzt wird¹¹. Nach Ablauf der gesetzlichen Lohnfortzahlung sind Betroffene oft gezwungen, allfällige Ersparnisse aufzubrechen und danach Sozialhilfe zu beantragen¹². Weitaus besser gestellt sind Beschäftigte des öffentlichen Dienstes. Die einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalrechtlichen Erlasse sehen regelmässig im Vergleich zur privatrechtlichen Minimallösung längere Lohnfortzahlungsfristen vor¹³. Zu beachten ist indes, dass auch innerhalb der verschiedenen personalrechtlichen Systeme in den Kantonen zum Teil grosse Unterschiede bestehen, insbesondere, was den Schutz in der ersten Phase eines Dienstverhältnisses betrifft¹⁴.

Auf dem Wege der Kollektivkrankentaggeldversicherung wird für zahlreiche Arbeitnehmende eine ausreichende Absicherung für den Lohnausfall bei Krankheit realisiert. Insbesondere kann bei den gängigen Taggeldlösungen (720 Tage Taggelder, die 80 oder 100 % des Lohnausfalls abdecken)¹⁵ die Existenz bis zum Bezug allfälliger Erwerbsunfähigkeitsrenten (Invaliditätsleistungen aus der ersten und ggf. zweiten Säule) sichergestellt werden¹⁶. Angesichts fehlender gesetzlicher Verpflichtung zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung gilt dieser umfassende Schutz jedoch längst nicht für alle Arbeitnehmer/innen. Genaue Zahlen über die Verbreitung der Taggeldversicherung bei Arbeitsverhältnissen liegen nicht vor.

¹⁰ Art. 324a Abs. 1 OR; PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 3), Rz. 195 ff., Rz. 380 ff. und Rz. 433 ff.; VON KAENEL (Fn.), S. 110.

¹¹ PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 3), Rz. 381 ff. und Rz. 433 ff.; ERIC ZELLWEGER/JÉRÔME MABILLARD/SÉVERINE SCHUSSELÉ FILLIETTAZ, Problemlagen, die in die Sozialhilfe führen und den Ausstieg aus der Sozialhilfe erschweren, Stand der wissenschaftlichen Forschung, Genf 2011, S. 35; ADRIAN VON KAENEL, Verhältnis einer Krankentaggeldlösung zu Art. 324a OR, in: von Kaenel (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007, 109-131.

¹² PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 3), Rz. 381 und 453; ZELLWEGER ET AL., S. 34 ff.

¹³ PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 3), Rz. 239 ff.

¹⁴ So sieht bspw. der Kanton Zürich im ersten Dienstjahr eine 100 %-ige Lohnfortzahlung während sechs Monaten vor, der Kanton Bern hingegen ab dem ersten Arbeitstag zwei Jahre (ein Jahr zu 100 % und ein weiteres Jahr zu 90 %), siehe PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 3), Rz. 248 ff.

¹⁵ PÄRLI/HUG (Fn. 5), Rz. 15.20 f.

¹⁶ Zu Invalidität und Sozialversicherung vgl. EVA SIKI, Invalidität und Sozialversicherung – Gedanken aus staats-, sozialversicherungs- und schadensrechtlicher Sicht, Zürich 2012.

B. Praxisprobleme des *Status Quo*

Die zwar komplexe, aber gleichzeitig auch unvollständige Rechtslage bei der Lohnfortzahlung und Taggeldversicherung führt zu zahlreichen Praxisproblemen. So können freiwillige Krankentaggeldversicherungen auf Grundlage des KVG¹⁷ oder des VVG¹⁸ abgeschlossen werden.

Die Grundlagen der freiwilligen KVG-Taggeldversicherungen finden sich in den Art. 67 bis 77 KVG sowie in den Art. 108a, 109, 112 Abs. 2, 114 und 122 der Verordnung zum KVG (KVV)¹⁹. Für KVG-Taggelder sind überdies die Bestimmungen im Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)²⁰ anwendbar. Namentlich betrifft dies die Legaldefinition der Arbeitsunfähigkeit in Art. 6 ATSG sowie die Bestimmungen zur Leistungskoordination der Sozialversicherer nach Art. 69 ATSG und diejenigen zum Rechtsweg nach Art. 49 ff. ATSG.

Für die VVG-Taggeldversicherung sind im VVG namentlich die folgenden Bestimmungen relevant: Art. 3 Abs. 3 (Informationspflicht in der Kollektiv-Versicherung), Art. 6 ff. (Anzeigepflichtverletzung und Folgen), Art. 9 (Rückwärtsversicherungsverbot), Art. 39a/b (interinstitutionelle Zusammenarbeit mit der IV), Art. 100 Abs. 2 (sinngemässe Anwendbarkeit von Art. 71 Abs. 1 und 2 sowie Art. 73 KVG bei Arbeitslosen). Art. 100 Abs. 2 VVG verweist zudem auf die subsidiäre Anwendbarkeit der Bestimmungen des Obligationenrechts. Zu beachten ist ferner, dass die VVG-Bestimmungen dispositiver Natur sind. Art. 98 Abs. 1 VVG zählt indes eine Reihe von Artikeln auf, die nicht zuungunsten des Versicherungsnehmers oder Anspruchsberechtigten abgeändert werden dürfen. Dazu zählt unter anderem Art. 6 (Anzeigepflicht). Zu den in Art. 97 VVG aufgeführten absolut zwingenden Vorschriften gehört auch Art. 9 (Rückwärtsversicherungsverbot).

Bereits diese Übersicht der gesetzlichen Grundlagen zeigt, dass der Gestaltungsspielraum für VVG-Taggeldversicherungen wesentlich grösser ist. Grundsätzlich kann dieser Spielraum von den Versicherungsgesellschaften und Krankenkassen auch dazu benutzt werden, mit den Arbeitgebern eine VVG-Versicherung anzubieten, die für die GAV-Sozialpartner besonders wichtige Anliegen einer KVG-Taggeldversicherung im Versicherungsvertrag übernimmt. Die Versicherer können dabei die für ihre Taggeldversicherungen üblicherweise geltenden Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) mit spezi-

¹⁷ Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 13. Juni 1911 (SR 832.10).

¹⁸ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 7. April 1908 (SR 221.229.1).

¹⁹ Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (SR 832.102).

²⁰ Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1).

fischen, den GAV-Vorschriften entsprechenden, Besonderen Versicherungsbedingungen (BVB) ergänzen bzw. korrigieren.

KVG-Versicherer sind von Gesetzes wegen verpflichtet, in ihrem örtlichen Zuständigkeitsbereich jede Person in die Versicherung aufzunehmen²¹ und können Gesundheitsvorbehalte für eine maximale Dauer von fünf Jahren anbringen²². Kein Anspruch auf Versicherungsabschluss besteht bei einer VVG-Taggeldversicherung. Versicherungsverträge nach VVG folgen weitgehend privatrechtlicher Logik und basieren auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit²³. Entsprechend steht es Versicherern zu, die Aufnahme in das Versichertenkollektiv von einer Gesundheitsprüfung abhängig zu machen und gesundheitlich vorbelastete Arbeitnehmer/innen nicht oder nur zu schlechteren Bedingungen aufzunehmen²⁴. Die Verdrängung der KVG-Krankentaggeldversicherung durch VVG-Versicherungen, welche den Parteien bei der Gestaltung des Versicherungsverhältnisses mehr Raum lassen, wirken sich zuungunsten jener Personen aus, die gesundheitlich beeinträchtigt sind oder es einmal waren²⁵. Weiter besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit bei Fragen der Koordination der Taggeldversicherungsleistungen mit der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR, soweit andere Verhinderungsgründe vorliegen²⁶.

Eine besondere Problematik stellt das in Art. 9 VVG verankerte Rückwärtsversicherungsverbot dar, das für VVG-, nicht aber für KVG-Krankentaggeldversicherungen gilt²⁷. Nach Art. 9 VVG muss sich die Gefahr, gegen deren Folgen eine Versicherung abgeschlossen wird, auf ein künftiges Ereignis beziehen²⁸. Die strikte Anwendung dieser Norm hätte zur Folge, dass eine Krankheit, die zu einem früheren Zeitpunkt zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt hat, gar nicht mehr versicherbar wäre. Besonders heikel wäre dies für Arbeitnehmer/innen, die teilweise arbeits- bzw. teilweise erwerbsunfähig sind²⁹. Letztendlich geht es im Zusammenhang mit dem Rückwärtsversiche-

²¹ Art. 68 KVG.

²² Art. 69 KVG.

²³ RUDOLPH LUGINBÜHL, Krankentaggeldversicherungen, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser (Hrsg.), Arbeitsunfähigkeit und Taggeld, St. Gallen 2010, S. 9-42, S. 16; PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 3), Rz. 343 ff.

²⁴ PAPA (Fn. 4), S. 77; PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 3), Rz. 349 ff.

²⁵ PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 3), Rz. 382.

²⁶ PAPA (Fn. 4), 88 f.; PÄRLI/HUG (Fn. 5), Rz. 15.22 ff. m.w.H.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 4), N 24 zu Art.324 a/b OR m.w.H.

²⁷ Es fehlt an einer mit Art. 9 VVG vergleichbaren Bestimmung. Wenn der KVG-Taggeldversicherer auf einen Gesundheitsvorbehalt verzichtet, dann ist auch die bereits bestehende Krankheit mitversichert.

²⁸ BGE 127 III 21, 23, E. 2b/aa.

²⁹ Näheres bei DAVID HUSMANN/CHRISTOPH HÄBERLI, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015.

rungsverbot auch um die Frage, was genau das versicherte Ereignis ist. In BGE 142 III 671 verweist das Bundesgericht auf die in dieser Frage lange Zeit nicht immer klare Rechtsprechung³⁰ und kommt mit Hinweisen auf die soziale Krankenversicherung³¹ zum Schluss, die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit stelle in der Krankentaggeldversicherung den Versicherungsfall dar³². Der Versicherungsfall trete somit nicht bereits mit der Krankheit ein³³.

Geklärt hat das Bundesgericht jüngst die Frage, ob die im Freizügigkeitsabkommen (FZA) enthaltene Nachhaftungsregelung (Art. 4 Abs. 2 FZA) im Widerspruch mit Art. 9 VVG stehe³⁴. Das sei nicht der Fall, denn der bisherige Kollektivtaggeldversicherer übernehme ausdrücklich die Nachhaftung für laufende Schadenfälle bzw. für Rückfälle. Bei den Nachhaftungsfällen gehe es also um den bisherigen Versicherungsvertrag, das zeige sich auch darin, dass die Leistungen hinsichtlich Taggeldhöhe, Wartefrist und Leistungsdauer nach den Bedingungen des beim alten Versicherer bestehenden Vertrages zu erbringen wären und nicht nach dem neuen Versicherungsvertrag³⁵. Gleich entschied das Bundesgericht auch im Fall eines Übertrittes von der Kollektivtaggeldversicherung zur Einzeltaggeldversicherung. Hier übernehme der Einzelversicherer eine allfällige aus der Kollektivversicherung bestehende Nachleistung, eine unzulässige Rückwärtsversicherung liege nicht vor, da der betreffende Rückfall bereits in der Kollektivversicherung versichert gewesen sei³⁶.

Schwierigkeiten bereiten ferner die Abgrenzung zwischen arbeitsrechtlicher und versicherungsrechtlicher Arbeitsunfähigkeit, der Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung sowie weiteren involvierten Akteuren oder der Umgang mit arbeitsplatzassoziierter Arbeitsunfähigkeit. Insgesamt besteht bei der Lohnfortzahlung und Taggeldversicherung eine beachtliche Rechtsunsicherheit.

³⁰ BGE 142 III 671, E. 3.5: Das BGer verweist u.a. auf BGE 129 III 510, E. 3.2; 141 III 241, E. 3.2 einerseits und auf BGE 126 III 21, E. 2b/bb andererseits. In letzterem Entscheid hat das Bundesgericht die Krankheit als das befürchtete Ereignis bezeichnet, diese Entscheidung wurde in der Lehre heftig kritisiert und in BGE 136 III 334, E. 3 vom Bundesgericht wieder relativiert.

³¹ BGE 142 III 671, E. 3.8.

³² BGE 142 III 671, E. 3.8.

³³ BGE 142 III 671, E. 3.9.

³⁴ BGer 4A_327/2016 vom 27. September 2016.

³⁵ BGer 4A_327/2016 vom 27. September 2016, E. 7.2.

³⁶ BGer 4A_39/2009 vom 7. April 2009, E. 3.5.2.

C. Zwischenbemerkungen

1. *Staatliche Pflicht zur Absicherung krankheitsbedingten Erwerbsausfalls*

Den unübersichtlichen, komplexen und insbesondere für Personen mit vorbestehenden gesundheitlichen Belastungen existenziell lückenhaften Regelungen zur Taggeldversicherung stehen auf normativer Ebene völker- und verfassungsrechtliche Verpflichtungen des Staates nach einer angemessenen Absicherung des sozialen Risikos «Krankheit» gegenüber. Wie weit dabei auch die Verpflichtung zur Leistung von Taggeldleistungen inbegriffen ist, wurde bislang in der Rechtswissenschaft noch wenig thematisiert³⁷. Angesichts der Möglichkeit zu Gesundheitsvorbehalten und Risikoausschlüssen ist jedoch auch zu fragen, wie weit durch diese Regelungen Erwerbstätige mit chronischen Krankheiten oder Behinderungen diskriminiert werden. Behinderungs- und gesundheitsbedingte Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit sind schicksalhaft und nicht selbst gewählt. Der Schutz vor Eintritt dieser Risiken und die finanzielle Absicherung im Falle der Verwirklichung dieser Risiken ist eine wichtige sozialstaatliche Aufgabe. An einer umfassenden Untersuchung zur Frage, wieweit der *Status Quo* den normativen Vorgaben entspricht, fehlt es weitgehend.

2. *Aktivierender Sozialstaat: Neue Lösungsansätze und neue Probleme*

Die jüngere Sozialstaatsentwicklung – weg von einer blossen Ausrichtung von geldwerten Lohnersatzleistungen (Daseinsvor- und Fürsorge) hin zu auf Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess gerichteten Aktivierungsmassnahmen – macht auch vor der Taggeldversicherung nicht halt³⁸. Viele Taggeldversicherer betreiben heute in enger Zusammenarbeit mit Arbeitge-

³⁷ Siehe zur Ungleichbehandlung von Unfall und Krankheit im schweizerischen und niederländischen Sozialrecht die Studie von: OLIVIER STEINER, Die Abschaffung der Unfallversicherung, Zürich 2007, insbes. S. 23 f.; zur Ungleichbehandlung von Kranken und Verunfallten siehe ferner GIAN CLAUDIO MANI, Reform des Systems der schweizerischen Sozialversicherungen – unter besonderer Berücksichtigung der Geldleistungen (Art. 15 ATSG), Diss. Zürich 2012, S. 130 f. und 217 f.

³⁸ PÄRLI/HUG (Fn. 5), Rz. 15.67 ff.

ber/innen ein sogenanntes *Case Management* mit dem Ziel, erkrankte Arbeitnehmer/innen rasch wieder in den Arbeitsprozess zu integrieren³⁹.

Diese Aktivitäten ziehen Fragen nach dem Schutz der Persönlichkeit und der persönlichen Daten der betroffenen Arbeitnehmer/Innen und der Schadenminderungs- und Mitwirkungspflicht nach sich. Schliesslich hat auch die durch die Rechtsprechung zur Invalidenversicherung lancierte Dogmatik der Überwindbarkeit nicht organisch nachweisbarer Leiden die Taggeldversicherung erreicht, wenn auch hier die Widerstände gegen eine kritiklose Übernahme dieses Konzepts noch gross sind⁴⁰.

III. Wissensstand, Diskussion und bisherige Lösungsvorschläge

A. Verbreitung der Taggeldversicherung

Die Frage der Vollständigkeit der Abdeckung des Lohnausfalls bei Krankheit durch Krankentaggeldversicherungen wurde bislang noch in keiner wissenschaftlichen Studie systematisch und vollständig untersucht⁴¹.

Verschiedene Untersuchungen zu anderen Themen widmen sich der Fragestellung am Rande und formulieren Schätzungen über den Grad der Verbreitung⁴². Übereinstimmend wird davon ausgegangen, dass die grosse Mehrzahl der unselbständig Erwerbenden taggeldversichert ist, der Anteil von Arbeitnehmer/innen ohne Taggeldversicherung wird in den Untersuchungen auf zwischen zehn und dreissig Prozent beziffert. Bekannt ist ferner, dass von Ende 2001 bis Ende 2011 die Versichertenzahl in der freiwilligen Taggeld-

³⁹ WERTMÜLLER, Wiedereingliederung als Aufgabe des Krankentaggeldversicherers, in: Gabriela Riemer-Kafka (Hrsg.), *Case Management und Arbeitsunfähigkeit*, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 111 ff.; PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 3), Rz. 368.

⁴⁰ BGer 4A_5/2011 vom 24.März 2012; BGE 137 V 199; BGer 4A_223/2012 vom 20. August 2012, E.2.2 ff.; Vorname DEECKE, *Versicherungsmedizin im Haftpflichtrecht?*, HAVE 4/2012, S. 393-403; Vorname FUHRER, *Anmerkungen zu privatrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts*, HAVE 2/2011, S. 160-167; PÄRLI/HUG (Fn. 5), Rz. 67 ff.

⁴¹ Nach Ansicht des Bundesrats wäre das Erstellen einer solchen Studie sehr komplex und würde zu einem nicht vertretbaren personellen und finanziellen Aufwand führen.

⁴² Siehe u.a.: KURT PÄRLI (*Datenaustausch Arbeitgeber – Versicherung*, Diss. Bern 2003, S. 13 f. (ca. 46% ohne Krankentaggeldversicherung); ZELLWEGER ET AL. (Fn. 11), S. 35 (ca. 10-20 % ohne Krankentaggeldversicherung). Im KTGv-Bericht des Bundesrats findet sich keine Schätzung, aber die Vermutung, dass im Versicherungsschutz bei unselbständig Erwerbstätigen Lücken bestehen (2009, S. 28).

versicherung KVG von 562'000 auf 218'000 Versicherte und von 102 auf 62 Versicherer zurück ging⁴³.

Angaben zur Verbreitung der Krankentaggeldversicherung lassen sich implizit auch der Untersuchung «Regulierungsfolgenabschätzung zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes» vom Büro für Arbeits- und Sozialpolitische Studien BASS AG vom Oktober 2010 entnehmen. So zeigt diese Untersuchung beispielsweise, dass im Jahr 2008 die Krankentaggeldversicherungen nach den Einzellebensversicherungen, Krankenzusatzversicherungen und Motorfahrzeugversicherungen das viertgrösste Prämienvolumen aufweisen, nämlich 2764 Mio. Franken. Darauf entfallen 2684 Mio. Franken (97%) auf die kollektive Krankentaggeldversicherung und «nur gerade» 84 Mio. Franken auf die Einzelkrankentaggeldversicherung. Das Bundesamt für Privatversicherung wies in einer Statistik aus dem Jahr 2000 knapp zwei Millionen Taggeldversicherte aus. Heute hat die FINMA die Aufsicht über die Privatversicherungen und diese erfasst die Daten zur Anzahl Taggeldversicherter nicht mehr, da die Informationen nicht relevant seien für die Erfüllung der Aufsichtsfunktion.

Insgesamt erweist sich die Datenlage als sehr dürftig.

B. Analysen und Lösungsvorschläge in Studien und Berichten zur Taggeldversicherung

Im Schlussbericht einer Expertenkommission «Persönlichkeitsschutz in der sozialen und privaten Kranken- und Unfallversicherung» wurde 2001 die Einführung einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung als Möglichkeit zur Vermeidung der Datenschutzprobleme bei der Durchführung der Krankentaggeldversicherung bezeichnet⁴⁴. Auch der Hauptantragsteller hat sich verschiedentlich bereits mit möglichen Reformen zur Taggeldversicherung auseinandergesetzt (siehe dazu sogleich unter «Was untersucht werden müsste (und weshalb)»).

Eine Studie der unabhängigen Stiftung «Denknetz» schlägt eine umfassende Reform des Sozialversicherungssystems vor, Kernpunkt der Reform bildet die «Allgemeine Erwerbsversicherung» (AEV), deren Leistungen bestehende Sozialversicherungszweige (Arbeitslosen-, Invaliden- und Unfallversicherung, Erwerbsersatzordnung) und teilweise auch die Sozialhilfe ersetzen sol-

⁴³ Statistik KV 2011, S. 23.

⁴⁴ Persönlichkeitsschutz in der sozialen und privaten Kranken- und Unfallversicherung: Bericht einer vom Eidg. Departement des Innern und vom Eidg. Justiz- und Polizeidepartement eingesetzten Expertenkommission, Bern 2001, S. 150 f.

len. Die AEV soll insbesondere die heute bestehenden Versicherungslücken bei Erwerbsausfall durch Krankheit schliessen⁴⁵.

In eine ähnliche Richtung – wenn auch weniger umfassend und weniger radikal – zielen die Vorschläge einer juristischen Dissertation aus dem Jahre 2012⁴⁶. Der Autor stellt das Fehlen einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung als Lücke dar, die unter dem Blickwinkel der Gleichbehandlung zwischen erkrankten und verunfallten Arbeitnehmer/innen kaum zu rechtfertigen sei. Er fordert jedoch keine obligatorische Krankentaggeldversicherung als Ergänzung zur obligatorischen Unfallversicherung. Sein Vorschlag besteht vielmehr darin, dass eine obligatorische Taggeldversicherung für die Risiken Unfall und Krankheit konzipiert wird, die den Erwerbsausfall aller Erwerbstätigen, also auch der Selbständigerwerbenden, absichert. Für den Leistungsbezug würde bei diesem Modell nicht zwischen Krankheit oder Unfall unterschieden, Anknüpfungspunkt wäre vielmehr die Arbeitsunfähigkeit, egal aus welchem Grund sie eingetreten ist. Auch RIEMER-KAFKA denkt in einem Artikel über die Einführung einer für alle Personen mit Wohnsitz oder Erwerbstätigkeit in der Schweiz obligatorischen Sachleistungs- und Eingliederungsversicherung nach, wobei sie insbesondere die Zusammenführung der Kranken- und Unfallversicherung nennt⁴⁷.

Im Bericht des Bundesrates zum Thema «Erwerbsausfall und soziale Absicherung»⁴⁸ wird das fehlende Obligatorium der Krankentaggeldversicherung als kein gravierendes Problem beschrieben, da die Arbeitnehmenden bereits grossmehrheitlich versichert wären⁴⁹. Der Bundesrat ist denn auch gegen umfassende Reformen des Gesamtsystems der Sicherung des Erwerbsausfalls⁵⁰ und verfolgt stattdessen eine Politik der kleinen Schritte, was u.a. eine Verbesserung der Koordination zwischen den Teilsystemen⁵¹ und eine Stärkung der Interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ)⁵² beinhaltet. Gegensätzlich zum Bundesrat schrieb RIEMER-KAFKA 2010: «Eine Strukturreform unserer Sozialversicherungen ist das geeignete Mittel, mehr Licht in das Dickicht von Gesetzen, Normen und Rechtsprechung zu bringen», und weiter:

⁴⁵ RUTH GURNY/BEAT RINGGER, Die Grosse Reform – Die Schaffung einer Allgemeinen Erwerbsversicherung AEV, Zürich 2009.

⁴⁶ MANI (Fn. 37), insb. S. 130 f., 171 ff., 174 ff. und 210 ff.

⁴⁷ GABRIELA RIEMER-KAFKA, Eine finale Volks- und Allriskversicherung – ein Traum?, SZS 2002, S. 334-371.

⁴⁸ Bericht Bundesrat Erwerbsausfall und soziale Absicherung.

⁴⁹ Bericht Bundesrat Erwerbsausfall und soziale Absicherung, S. 31.

⁵⁰ Bericht Bundesrat Erwerbsausfall und soziale Absicherung, S. 65.

⁵¹ Bericht Bundesrat Erwerbsausfall und soziale Absicherung, S. 36 f., 61 ff.

⁵² Bericht Bundesrat Erwerbsausfall und soziale Absicherung, S. 32 ff.

«Vielleicht wird ein Umbau des bisherigen Systems (...) in Zukunft einmal sogar politisch konsensfähig werden».⁵³

Auch für den Bundesrat ist klar, dass die geltende Regelung nicht ideal ist⁵⁴. Er vertritt aber die Meinung, dass im aktuellen politischen und wirtschaftlichen Umfeld eine Umgestaltung des heutigen Systems, die mit einer zusätzlichen finanziellen Belastung für die Arbeitgeber sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einhergeht, kaum denkbar ist⁵⁵. Der Erwerbsausfall bei Krankheit werde auch ohne eine obligatorische Versicherung weitgehend durch Taggeldversicherungen abgedeckt. Es lasse sich aber aufgrund der vorhandenen Angaben nicht exakt feststellen, wie verbreitet die Taggeldversicherung als Erwerbsausfallversicherung bei unselbständig Erwerbstätigen sei, es müsse aber davon ausgegangen werden, dass im Versicherungsschutz bei unselbständig Erwerbstätigen Lücken bestünden, v.a. in kleineren Betrieben, so der Bundesrat⁵⁶.

IV. Was untersucht werden müsste (und weshalb)

A. Ziel einer umfassenden Untersuchung

Mit dieser Studie soll eine sowohl in der Politik als auch in der Rechtspraxis beklagte Lücke geschlossen werden. Durch eine umfassende Untersuchung soll zum einen auf der Basis vorhandener Daten ergänzt mit empirischen Erhebungen ein verlässliches Bild über die Verbreitung der Taggeldversicherung bei in der Schweiz beschäftigten Erwerbstätigen gewonnen werden. Zum anderen würde aus den Ergebnissen der Studie die Stellung der Taggeldversicherung im gesamten System der sozialen Sicherheit erkennbar. Geklärt werden könnte ferner, ob die geltenden rechtlichen Regelungen zur Verwirklichung des sozialpolitischen Ziels einer angemessenen Absicherung des sozialen Risikos «Erwerbsausfall bei Krankheit» ausreichen bzw. ob rechtspolitischer Handlungsbedarf besteht.

⁵³ GABRIELA RIEMER-KAFKA, Denkmalsgeschützte Sozialversicherung?, in: Stephan Fuhrer (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht – Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich 2010, S. 505.

⁵⁴ KTGv-Bericht Bundesrat, 2009, S. 45.

⁵⁵ KTGv-Bericht Bundesrat, 2009, S. 6.

⁵⁶ KTGv-Bericht Bundesrat, 2009, S. 28.

B. Ein möglicher Forschungsplan

Mittels einer empirischen Untersuchung muss zum einen die Verbreitung und Ausgestaltung der Taggeldversicherung in der Praxis erhoben werden. Zum anderen bedarf es einer stringenten juristischen Analyse der zahlreichen rechtlichen Praxisprobleme. Notwendig ist aber auch eine umfassende und strukturierte Verortung der Taggeldversicherung im System der sozialen Sicherheit der Schweiz einschliesslich einer Analyse der Rolle der Taggeldversicherung für die Absicherung einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie.

Konzeptionell bedingt die Studie vier nachfolgend beschriebene Arbeitsschritte.

1. Rechtliche und rechtspolitische Bedeutung der Krankentaggeldversicherung

1. Sicherung des Erwerbsausfalls bei Krankheit als sozialpolitische Zielsetzung und flankierende Schutzbestimmungen: Völker- und Verfassungsrecht (IAO-Übereinkommen, Europaratsabkommen, BV-Bestimmungen zur Sozialen Sicherheit, Sozialziele, UN-Behindertenkonvention, völker- und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote usw.).
2. Ausgestaltung des schweizerischen Sozialversicherungssystems: Dreisäulensystem, Sozialversicherung, Rolle der Arbeitgeber, Unterscheidung Unfall und Krankheit, Unterscheidung Arbeitsunfähigkeit, Erwerbsunfähigkeit, Invalidität usw.
3. Stellung der Lohnersatzleistungen bei Krankheit im System der mittel-, kurz- und langfristigen Erwerbsabsicherung unter Berücksichtigung der jüngeren Reformen in der ALV und IV (Eingliederung, Aktivierung, Gesundheitsmanagement usw.).
4. Lohnfortzahlung bei Krankheit durch Arbeitgeber: Regelungen im öffentlichen Personalrecht, Art. 324a Abs. 1-3 OR für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, GAV-Bestimmungen, Unternehmensreglemente usw.
5. Lohnfortzahlung durch Taggeldversicherung: Einzel- und Kollektivtaggeldversicherung, Taggeldversicherungen nach KVG und VVG, Begriff der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, Gesundheitsvorbehalte und Risikoausschlüsse, Prämien, Freizügigkeit, Koordination zwischen Taggeldversicherungen und IV-Leistungen der 1. und 2. Säule, Koordination der Taggeldversicherungsleistungen mit Leistungen der Arbeitslosenversicherung, beitragsrechtliche Qualifikation der Taggeldleistungen usw.
6. Verfahrensfragen in der Krankentaggeldversicherung (Zuständigkeiten, Instanzenzug, direktes Forderungsrecht der Arbeitnehmer/innen gegenüber).

7. Sonderfragen: Datenschutz, Absenzen- und Gesundheitsmanagement, Möglichkeiten und Grenzen der Aktivierung gesundheitlich bedingter Arbeitsunfähiger, arbeitsassoziierte Arbeitsunfähigkeit usw.
8. Entwicklung eines Rasters relevanter rechtlicher Probleme bei der Ausgestaltung der Taggeldversicherung als Grundlage für die Untersuchungen der GAV, AVB der Taggeldversicherer und der betrieblichen Lösungen (siehe sogleich, 2. 3-5).

2. *Empirische Untersuchungen zur Ausgestaltung der Lohnfortzahlung bzw. Verbreitung und Formen der Taggeldversicherung*

1. Bestimmung des Untersuchungszeitraums, Klärung methodischer Fragen für die geplanten Erhebungen (Versicherungen, GAV-Durchführungsorgane, Arbeitgeber, siehe nachfolgend 3. bis 5.).
2. Analyse der zugänglichen Gesamtarbeitsverträge hinsichtlich Angaben zu Lohnfortzahlung bei Krankheit bzw. Abschluss von Taggeldversicherungen (Höhe und Dauer der Leistungen, Risikoausschlüsse, Prämientragung usw.) und Befragung ausgewählter GAV-Vollzugsorgane.
3. Analyse bestehender Daten zur Verbreitung der Krankentaggeldversicherung aus statistischen Erhebungen der FINMA, BAG, Santésuisse, Schweizerische Sozialhilfestatistik.
4. Durchführung einer empirischen Untersuchung bei den Mitgliedern des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SVV) und den Branchenverbänden der Krankenversicherungen, Curafutura und Santésuisse zur Verbreitung und Ausgestaltung der Taggeldversicherungen.
5. Befragung ausgewählter Arbeitgeber zur Regelung der Lohnfortzahlung bei Krankheit und zur Ausgestaltung und Verbreitung der Taggeldversicherung.

3. *Ergebnisse und Bewertung*

1. Die Sicherung des Erwerbsausfalls bei Krankheit in der Schweiz: Auf der Basis der Erhebungen und Analysen in den Untersuchungsschritten 1 und 2 lassen sich verlässlich Angaben zur Dauer und Höhe von Lohnersatzleistungen bei in Arbeitsverhältnissen (weitgehend vollständig) und bei Selbständigerwerbenden (mehr exemplarisch) machen. Deutlich wird hier, ob und in welchem Ausmass in der Schweiz Personen bei krankheitsbedingten Arbeitsausfällen keine oder eine nur unzureichende finanzielle Absicherung haben.

2. Rechtspolitische Bewertung: Der *Status Quo* wird an dieser Stelle an den normativen Vorgaben (Sozialziele, Verfassungsgarantien, Diskriminierungsverbote) gemessen und bewertet. Ein allfälliger Handlungsbedarf für gesetzgeberische Reformen wird aufgezeigt.
3. Rechtliche Problemzonen: Hier werden die bei der rechtlichen Analyse unter 1.7 gewonnenen Erkenntnisse ergänzt mit den zusätzlichen Informationen zu rechtlichen Problem aus den Untersuchungsschritten 2. 2-5. So entsteht eine Landkarte der wichtigsten rechtlichen Praxisprobleme und ihrer Bearbeitung durch die Gerichtspraxis.

4. *Lösungsvorschläge*

1. Diskussion bisheriger Lösungsvorschläge (obligatorische Taggeldversicherung, allgemeine Erwerbsversicherung, Reform der Geldleistungen der Sozialversicherung, kantonale Lösungen u.ä.).
2. Entwicklung eigener Lösungsvorschläge auf der Basis der Erkenntnisse der einzelnen Untersuchungsschritte.

C. **Nutzen einer solchen Studie**

Für die Rechtspraxis werden die Studienergebnisse eine willkommene Orientierung im komplexen System der Absicherung des krankheitsbedingten Erwerbsausfalls darstellen. Durch die umfassende Bearbeitung der Thematik einschliesslich empirischer Erhebungen über die Praxis zur Taggeldversicherung wird gezeigt werden können, welche Taggeldversicherungslösung sich für welche Unternehmen und deren Arbeitnehmer/innen als geeignet erweist. Darüber hinaus leistet die Studie einen Beitrag zur dogmatischen Durchdringung rechtlicher Fragestellungen sozialrechtlicher Absicherung durch Elemente des sozialen Privatrechts und des Sozialversicherungsrechts. Die Studie könnte auch einen Beitrag zur wissenschaftlichen Diskussion über Rolle und Bedeutung sozialrechtlicher Absicherung bei Brüchen im Lebensverlauf wie dem Auftreten einer längeren gesundheitlich bedingten Arbeitsunfähigkeit darstellen.

Zur Taggeldversicherung fehlt es an «Zahlen und Fakten», bemängelte im März 2012 ein Nationalrat. Der Bundesrat wies in seiner Antwort auf das Postulat darauf hin, dass die Datenlage in den Bereichen Taggeldversicherung und Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit dürftig bzw. die erforderliche Datenbasis heute nicht vorhanden sei, um die aufgeworfenen Fragen zu beantworten. Eine entsprechende Datenerhebung wäre sehr komplex und würde zu einem nicht vertretbaren personellen und finanziellen

Aufwand führen. Er lehnte deshalb das Erstellen eines Berichts im Sinne des Postulates ab⁵⁷.

Mit einer in diesem Beitrag kurz umrissenen Untersuchung könnten die wesentlichen offenen Fragen im Bereich der Taggeldversicherung beantwortet werden. Die Ergebnisse der Studie würden somit auch den politisch Verantwortlichen als Entscheidungsgrundlage dienen. Dem Verfasser dieses Textes wäre eine solche Untersuchung ein grosses Anliegen, bloss, in der Hektik des universitären Alltages fehlt es ihm an der Zeit. Wer weiss, vielleicht lässt sich THOMAS KOLLER, dem die Bearbeitung solcher Schnittstellenthemen immer ein Anliegen war, dafür motivieren...

⁵⁷ Postulat «Lohnfortzahlung bei Krankheit. Zahlen und Fakten» vom 7. März 2012 (12.3087) von Roger Nordmann.

La modification des conditions générales et l'application temporelle de l'article 8 LCD

PASCAL PICHONNAZ*

Sommaire

I.	Introduction	703
II.	La pratique de la modification des conditions générales	707
	A. Le principe de la modification des conditions générales	708
	1. La définition des conditions générales	708
	2. La modification des conditions générales	709
	B. Les clauses de modification unilatérale des conditions générales	710
III.	Les raisons de l'application immédiate de l'art. 8 LCD	713
	A. Les principes du droit intertemporel	714
	B. L'art. 8 LCD comme disposition d'ordre public	719
	1. La notion d'ordre public au sens de l'art. 2 al. 1 Tit. fin. CC	719
	2. La mise en œuvre de la notion pour l'art. 8 LCD	720
IV.	Conclusion	724

I. Introduction

Le jubilaire auquel ces lignes sont dédiées s'est intéressé depuis longtemps à la question du contrôle des conditions générales contractuelles. Il a souvent souligné que le Tribunal fédéral opérait un contrôle caché du contenu de telles conditions générales (*verstärkte Inhaltskontrolle*) au travers notamment du régime de la clause insolite (*Ungewöhnlichkeitsklausel*)¹.

* Prof. Dr. PASCAL PICHONNAZ, Chaire de droit privé et de droit romain, Université de Fribourg.

Je tiens à remercier Monsieur Bastien Khalfi, assistant auprès de la Chaire de droit privé et de droit romain, de son aide précieuse à la relecture et mise au point finale de ce texte.

¹ THOMAS KOLLER, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, PJA/AJP 2008 p. 943-953 (ég. publié in: Allgemeine Versicherungsbedingungen – Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, in: Stephan Fuhrer/Stephan Weber (édit.), Zurich 2011, p. 13-34); THOMAS KOLLER, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (CISG) – Probleme aus schweizerischer Sicht, in: Friedrich Harrer/Wolfgang Portmann/Roger Zäch (édit.), Besonderes

Depuis le 1^{er} juillet 2012, la nouvelle du 17 juin 2011 de la Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD/UWG) a introduit un véritable contrôle de contenu des conditions générales en matière de contrat passé avec un consommateur². La quantité de publications sur la question du contrôle des conditions générales instauré par l'art. 8 LCD est inversement proportionnelle au nombre d'arrêts du Tribunal fédéral relatifs à cette disposition. En effet, bien que la littérature spécifique et les commentaires soient relativement importants³, le Tribunal fédéral n'a rendu qu'un seul arrêt qui traite explicitement de l'art. 8 LCD⁴ et uniquement pour affirmer que celui-ci ne s'appliquait pas en l'espèce, pour des questions de droit transitoire. En outre, nous n'avons trouvé que peu d'arrêts cantonaux publiés sur la question⁵.

Cette relative absence de jurisprudence sur le contrôle du contenu des conditions générales à l'aune de l'art. 8 LCD frappe lorsque l'on constate que, dans les pays de l'Union européenne, les arrêts sont nombreux et souvent incisifs⁶.

Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zurich 2002, p. 223-245.

² Cf. pour l'entrée en vigueur, RO 2011 4909; cf. aussi le Message concernant la modification de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 2 septembre 2009, FF 2009 5539.

³ LORENZA FERRARI HOFER/DAVID VASELLA, Art. 8 UWG, in: Marc Amstutz/Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb et al. (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3^e éd., Zurich 2016; MARIUS JENNY, Inhaltskontrolle nach revidiertem Art. 8 UWG, Folgerungen für die Ausgestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen (AVB), Zurich 2014; ERNST A. KRAMER/THOMAS PROBST/RAMON PERRIG, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zurich 2016; PASCAL PICHONNAZ, art. 8 LCD, in: Vincent Martenet/Pascal Pichonnaz (édit.), Commentaire romand, Loi contre la concurrence déloyale (LCD), Bâle 2017; THOMAS PROBST, Art. 8 UWG, in: Peter Jung/Philippe Spitz (édit.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2^e éd., Zurich 2016; FLORENT THOUVENIN, Art. 8 UWG, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (édit.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bâle 2013; HELMUT HEISS, Art. 8 UWG, in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (édit.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Kommentar, Zurich/Saint-Gall 2018; NADIA WALKER, Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, Zurich 2015; ESTHER WIDMER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG, thèse, Zurich 2014, ainsi que les nombreux articles cités par ces commentaires et monographies.

⁴ ATF 140 III 404 (4A_475/2013) = JdT 2016 II 247; l'arrêt du TF, 4A_152/2017 (2.11.2017), cons. 5.3, constate uniquement que l'art. 8 LCD ne peut pas s'appliquer dès lors que le destinataire des conditions générales n'est pas un consommateur.

⁵ RJJ 2016 p. 144-160, cons. 5.2; HGer ZH, ZR 116/2017 p. 132, 139 (16.12.2016), cons. 8 (art. 8 LCD inapplicable car *business-to-business*); de même HGer ZH, arrêt du 25.11.2016, HG150071, cons. 2.3.3., absence de contrat avec un consommateur.

⁶ Pour une liste, cf. KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 3), n. 345 ss; ainsi que WERRO FRANZ/PICHONNAZ PASCAL, Un reflet de la jurisprudence en droit privé européen, SJER/ASDE 2015 p. 208 ss; WERRO FRANZ/PICHONNAZ PASCAL, Un reflet de la jurisprudence en droit privé européen (2015–2017), SJER/ASDE 2018 (à paraître).

On pense particulièrement aux décisions de la Cour de Justice de l'Union européenne rendues sous l'égide de la Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁷, qui traite notamment des sanctions des clauses abusives⁸.

Cette apathie judiciaire helvétique tient d'abord aux difficultés pratiques rencontrées par les consommateurs pour faire valoir leur droit en justice. Bien souvent, les coûts d'une procédure sont sans commune mesure avec le préjudice subi ou les bénéfices retirés à la fin; tenter une procédure formelle ne se justifie dès lors que très rarement pour les particuliers. Même si la situation est largement similaire pour les consommateurs en Europe⁹, la différence tient toutefois à la possibilité plus importante pour les associations de protection des consommateurs des pays européens d'engager des procédures pour faire valoir le caractère abusif de certaines conditions générales¹⁰ et, bien sûr, à leur force financière plus conséquente.

Certes, en Suisse, le Secrétariat à l'Economie (SECO) peut lancer des procédures comme représentant de la Confédération, en se fondant sur l'art. 10 al. 3 let. b LCD¹¹. Cependant, comme nous l'avons relevé ailleurs¹², la mise en œuvre de cette disposition reste modeste en matière de conditions générales abusives. Le SECO dispose d'une formule pour déposer une réclamation

⁷ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO L 1993, p. 29; cf. ég. PICHONNAZ (n. 3), CR LCD, art. 8 N 8.

⁸ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, art. 6.

⁹ Special Eurobarometer 342, Consumer empowerment, 2011, p. 210 ss; cf. ég. Fitness Check du droit de l'UE, SWD (2017) 209 final du 23.5.2017, p. 33 s. (benefit for consumers) et p. 35 s. (costs for consumers), disponible sur: http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332.

¹⁰ Pour quelques exemples, cf. not. arrêt CJUE, 28.7.2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, pt. 38, qui détermine que les actions en prévention des associations sont de nature délictuelle ou quasi-délictuelle au sens de l'art. 5 pt. 3 Règlement Bruxelles I; arrêt CJUE, 13.3.2014, *Brogsitter*, C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, pt. 19; et bien sûr la Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (JO 2009, L 110, p. 30).

¹¹ Pour un commentaire, cf. not. ANNE-CHRISTINE FORNAGE, art. 10 LCD, in: Vincent Martenet/Pascal Pichonnaz (édit.), *Commentaire romand, Loi contre la concurrence déloyale (LCD)*, Bâle 2017, art. 10 N 23 s.; DAVID RÜETSCHI, Art. 9-13a, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (édit.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle 2013, art. 10 LCD N 45.

¹² PASCAL PICHONNAZ, L'intervention de l'Etat en matière de lutte contre les conditions générales abusives: Trop ou trop peu?, in: Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (édit.), *Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag*, Berne 2015, p. 373-385, en part. p. 379 s.

pour toutes les matières de la LCD¹³, mais le nombre de réclamations liées aux clauses abusives est resté faible, même s'il a augmenté depuis 2012 (aucune), avec 40 réclamations en 2013, 21 en 2014 et 57 en 2015¹⁴. Dans plusieurs cas (2015: 39 / 2014: 1 / aucun précédemment), le SECO a adressé un avertissement au(x) professionnel(s) concerné(s), sans que l'on puisse cependant savoir si les clauses concernées étaient identiques ou quel type de problèmes elles concernaient. En 2016 et durant les années précédentes, aucune procédure civile n'a en revanche été lancée¹⁵.

Ensuite, l'absence de décisions sur l'application de l'art. 8 LCD tient aussi aux incertitudes relatives au *champ d'application temporel de la disposition*. En effet, les quelques auteurs qui se sont prononcés sur les questions de droit intertemporel en matière de conditions générales n'ont pas une position unanime. Certains considèrent que l'art. 8 LCD ne peut s'appliquer qu'aux nouveaux contrats conclus ou à tout le moins aux conditions générales nouvellement intégrées¹⁶, d'autres estiment au contraire que cette disposition doit également s'appliquer aux contrats conclus avant son entrée en vigueur¹⁷.

¹³ Cf. la page consacrée au «dépôt d'une réclamation»: https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Werbe_Geschaeftsmethoden/Unlauterer_Wettbewerb/Beschwerde_melden.html.

¹⁴ Voir les données statistiques sur le site du SECO: https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Werbe_Geschaeftsmethoden/Unlauterer_Wettbewerb/statistische_angaben.html.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Cf. not. SANDRO ABEGGLEN ET AL., Aspekte der AGB-Kontrolle im Bankbereich. Insbesondere zur Inhaltskontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG, in: Susan Emmenegger (édit.), Das Bankkonto – Policy, Inhaltskontrolle, Erwachsenenschutz, Bâle 2013, p. 108 s.; LAURENT BIERI, Le contrôle judiciaire des conditions générales: Réflexions sur le nouvel article 8 LCD, in: François Bohnet (édit.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Bâle 2012, p. 59 s.; GREGOR BÜHLER/RICHARD STÄUBER, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG – Anmerkungen zum intertemporalen Recht, Recht 2012 III p. 89; ANDREA EISNER-KIEFER, AVB und die aufgeschobene VVG-Totalrevision, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner (édit.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 113; MARKUS HESS/LEA RUCKSTUHL, PJA/AJP 2012 IX p. 1211; ULRIKE MÖNNICH, AGB und intertemporales Recht, in: Alexander Brunner *et alii* (édit.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zurich 2014, p. 287 ss; ARNOLD F. RUSCH, Schadensabwägungsklauseln in der Inhaltskontrolle, RSDA/SWZ 2012 V p. 444; ANSGAR SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – zur Inhaltskontrolle, ST 2012 p. 80; MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung, RSJ/SJZ 2012 VIII p. 181 s.

¹⁷ Cf. PICHONNAZ (n. 3), CR LCD, art. 8 LCD, N 188; PASCAL PICHONNAZ, Quelques nouveautés liées au contrat de consommation, in: Pascal Pichonnaz/Franz Werro (édit.), La pratique contractuelle 4, p. 52 ss, en part. p. 56; PASCAL PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, BR/DC 2012 p. 142 s.; EISNER-KIEFER (n. 16), p. 110 s.; JENNY (n. 3), p. 38 ss; ANNE-CHRISTINE FORNAGE, Le contrat d'assurance protection juridique: quelques clauses choisies, in : B. Carron/Ch. Mueller (édit.), 2^{ème} Journée de droit de la consommation et de la distribution, Neuchâtel 2016, n. 35, p. 19;

On pourrait penser que tous les arguments sont sur la table et que le Tribunal fédéral n'a plus qu'à trancher pour clarifier la situation. Toutefois, avec la nouvelle année, la plupart des conditions générales contractuelles, notamment en matière bancaire, ont été modifiées sur l'un ou l'autre point, principalement en raison de l'entrée en vigueur, le 25 mai 2018, du Règlement général sur la protection des données de l'Union européenne¹⁸. On peut dès lors se demander si ces modifications ponctuelles des conditions générales ouvrent la voie à l'application de l'art. 8 LCD aux contrats passés avec des consommateurs, même si la relation contractuelle existait déjà. On peut également s'interroger dans quelle mesure les clauses non touchées sont sujettes à l'examen de l'art. 8 LCD. C'est l'objet de la présente contribution.

Nous rappellerons d'abord la manière dont les conditions générales sont modifiées dans la pratique suisse actuelle (II.), puis nous présenterons les arguments en faveur d'une application «immédiate» de l'art. 8 LCD (III.), avant de conclure (IV.).

II. La pratique de la modification des conditions générales

Après avoir rappelé le principe de la modification des conditions générales (A.), nous traiterons plus spécifiquement de ce que l'on appelle les clauses de modification unilatérale (B.).

THOMAS KOLLER, Art. 8 UWG: eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, PJA/AJP 2014 I p. 28 ss; 78 ss; NICOLAS KUONEN, Le contrôle des conditions générales: l'envol manqué du phénix, SJ 2014 II p. 34; DAVID RÜETSCHI, Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Fragen, Recht 2013 II p. 108; JÖRG SCHMID, Grundpfandrechte und der neue Art. 8 UWG, in: Susan Emmenegger (édit.), Immobilienfinanzierung, Bâle 2012, p. 102 ss; cf. cep. VITO ROBERTO/BERNHARD WALKER, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, Recht 2014 I p. 61; VITO ROBERTO/BERNHARD STEHLE, Zeitlicher Anwendungsbereich von Art. 8 UWG. Bemerkungen zu BGer v. 15.7.2014 (4A_475/2013), Recht 2014 V p. 237 s., se fondent plutôt sur l'art. 3 Tit. fin. CC, considérant que ce qui est déterminant est le moment de la survenance de l'événement créant l'effet contractuel considéré; également KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 3), N 307 s., pour lesquels une application rétroactive de l'art. 8 LCD doit toutefois se limiter aux contrats de durée ou aux contrats ayant fait l'objet d'une modification.

¹⁸ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JO L 119, 4.5.2016, p. 1-88.

A. Le principe de la modification des conditions générales

1. La définition des conditions générales

Contrairement à d'autres législations nationales, par exemple le § 305 al. 1 BGB, le droit suisse ne contient pas de définition légale des conditions générales. En particulier, l'art. 8 LCD qui traite du contrôle des «conditions commerciales abusives» n'en donne aucune définition. Cela tient au fait que le législateur est parti de l'idée que la définition communément admise devait valoir¹⁹. Cela n'empêche pas les définitions de varier légèrement d'un auteur à l'autre.

On définit généralement les conditions générales comme des clauses contractuelles préformulées (standardisées) qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats²⁰.

Cette définition met en évidence le fait que ces clauses contractuelles, prérédigées, n'offrent en principe pas de véritable possibilité de négociation²¹. Les fournisseurs les utilisent dans le but, au moins implicite, de standardiser les relations juridiques typiques dans leur domaine d'affaires et, partant, de les utiliser de manière répétée, si possible sans les modifier²².

¹⁹ KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 3), N 72.

²⁰ TF, arrêt du 28.11.2012, 4P.135/2002, cons. 3.1; Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 18 mai 1983, FF 1983 II 1083; Message concernant la modification de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 2 septembre 2009, FF 2009 5565; PICHONNAZ (n. 3), CR LCD, art. 8 LCD, N 4; PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, Genève/Zurich/Bâle 2012, N 860; BSK UWG-THOUVENIN (n. 3), art. 8 LCD N 1; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 10^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 1117; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 3), N 73; pour des exemples de définitions qui varient légèrement, cf. ég. not. WALO BAUER, *Der Schutz vor unbilligen allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im schweizerischen Recht*, Genève/Zurich/Bâle 1977, p.107 s.; PASCAL PICHONNAZ/ANNE-CHRISTINE FORNAGE, *Le projet de révision de l'art. 8 LCD – Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales*, RSJ/SJZ 2010 p. 288; ROMAN PERRIG, *Die AGB-Zugänglichkeitsregel*, Bâle 2011, p. 11.

²¹ INGBORG SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 7^e éd., Berne 2016, N 44.01.

²² TF, arrêt du 28.11.2002, 4P.135/2002, cons. 3.1; GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID (n. 20), N 1117; PASCAL PICHONNAZ, *Vers un contrôle amélioré des conditions générales en droit suisse?*, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 382; PICHONNAZ/FORNAGE (n. 20), p. 288; FRANZ WERRO, *L'achat et le leasing d'un véhicule automobile: regard critique sur les conditions générales*, in: Franz Werro/Hubert Stöckli (édit.), *Journée du droit de la circulation routière*, Berne 2006, p. 1 ss, en part. p. 4; ALFRED KOLLER, *Schweizerisches*

A notre avis toutefois, l'usage effectif des conditions générales pour plusieurs contrats n'est pas une condition de leur qualification de «conditions générales»²³; l'usage répété n'est que le fruit de la stratégie communément adoptée par les parties qui y recourent. C'est la rédaction anticipée des clauses et surtout l'absence de négociation qui font de ces clauses contractuelles des conditions générales²⁴. En effet, même si elles sont préformulées, cela n'exclut pas qu'elles fassent l'objet d'une négociation individuelle durant la phase de négociation entre les parties. Or, une clause préformulée perd matériellement son caractère de «condition générale» sitôt qu'elle a été négociée²⁵ et que son destinataire a eu la possibilité réelle d'influencer le contenu de celle-ci²⁶.

2. La modification des conditions générales

Lorsque l'on parle de modification de conditions générales, on envisage nécessairement une situation particulière. En effet, comme les clauses contractuelles ne doivent pas avoir été matériellement négociées pour être définies comme conditions générales, leur modification ultérieure doit reposer sur le même principe.

En d'autres termes, il n'y a modification de conditions générales que si le principe est celui du *take-it-or-leave-it*. L'affirmation peut paraître simple. Elle suppose toutefois que si le destinataire des conditions générales n'entend pas les accepter telles quelles, il doit les rejeter. En effet, s'il voulait les négocier – et qu'il y parvenait – ces clauses modifiées n'auraient plus le caractère de conditions générales.

En cas de rejet pur et simple des modifications proposées, le contrat devrait être maintenu aux conditions initiales; c'est le principe de la *fidélité contractuelle*. Toutefois, lorsque les modifications sont proposées pour adapter le

Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4^e éd., Berne 2017, N 23.02; ég. PAOLISA NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, Oxford/Portland 2007, p. 115.

²³ PICHONNAZ (n. 3), CR LCD, art. 8 LCD N 4; ég. BSK UWG-THOUVENIN (n. 3), art. 8 LCD N 1; ERNST A. KRAMER, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR*, Berne 1991, art. 19-20 N 275; PICHONNAZ (n. 22), p. 382; PERRIG (n. 20), p. 13; ég. NEBBIA (n. 22), p. 115.

²⁴ PICHONNAZ (n. 3), CR LCD, art. 8 LCD N 8.

²⁵ Cf. TF, arrêt du 28.11.2002, 4P.135/2002, cons. 3.1; ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/ (n. 20), N 1118; ARIANE MORIN, *Les clauses contractuelles non négociées*, RDS/ZSR 2009 I p. 508 s.; PICHONNAZ (n. 22), p. 383; PROBST (n. 3), art. 8 N 33; SCHWENZER (n. 21), N 44.01; BSK UWG-THOUVENIN (n. 3), art. 8 LCD N 3; cf. en droit européen, Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, art. 3 par. 1 et ERDEM BÜYÜKSAGIS, *PJA/AJP* 2012 p. 1396.

²⁶ KOLLER (n. 17), p. 24; PICHONNAZ (n. 3), CR LCD, art. 8 LCD N 8.

contrat à des nouvelles règles impératives, elles peuvent être imposées à l'autre partie. Néanmoins, celle-ci doit alors (tout de même) disposer d'un droit de résiliation, particulièrement lorsque la mise en œuvre des règles impératives peut potentiellement varier d'un partenaire contractuel à l'autre; p. ex. l'un peut vouloir reporter une modification des taxes sur les consommateurs, l'autre préférer assumer les charges supplémentaires²⁷.

Le fait pour le destinataire des conditions générales de pouvoir en principe accepter ou rejeter une modification constitue un problème pour l'auteur de celle-ci, puisque ce dernier entend éviter autant que possible que des contrats similaires aient des contenus différents. Sinon, le risque contractuel ainsi que l'appréciation des conséquences contractuelles d'une évolution des faits ou du cadre législatif deviennent difficiles à gérer. C'est la raison pour laquelle la plupart des conditions générales contractuelles contiennent une clause de modification unilatérale des conditions générales. Cette clause a pour but d'accroître au maximum l'adhésion des destinataires à la modification proposée, de sorte que l'auteur des conditions générales puisse continuer à disposer d'un «parc contractuel» aussi uniforme que possible pour un même type de contrat²⁸, tout en évitant de perdre des clients pour cause de modification contractuelle.

B. Les clauses de modification unilatérale des conditions générales

La plupart des conditions générales contiennent des clauses permettant au fournisseur d'adapter de manière unilatérale les conditions générales²⁹. Ces clauses sont parfois présentées sous un titre spécifique «modifications»³⁰, parfois dans une partie intitulée «autres dispositions»³¹.

Si les clauses de modifications unilatérales des conditions générales font sens du point de vue de la gestion la plus uniforme possible du «parc contractuel»,

²⁷ Cf. dans ce sens ATF 135 III 1, cons. 3.4, JdT 2011 II 516 (en matière d'assurance perte de gain).

²⁸ Pour une présentation du problème et de ses enjeux, cf. not. ARNOLD F. RUSCH/CLAIRE HUGUENIN, *Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag*, RSDA/SZW 2008 I p. 37 ss; ég. PICHONNAZ (n. 17), *Quelques nouveautés* (n. 17), p. 52 ss; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 3), N 122 ss et 538 ss; ANDREA EISNER-KIEFER, *Bedingungsänderungsklauseln*, HAVE 2018 p. 455.

²⁹ Pour une analyse de telles clauses, cf. not. KUONEN (n. 17), p. 14 ss; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 3), N 538 ss.

³⁰ Cf. p. ex. les CG de la carte MyOne du 1^{er} mai 2017: «11. Modifications».

³¹ Cf. p. ex. les CG pour l'utilisation des cartes de crédit UBS du 1^{er} janvier 2018: «12. Autres dispositions».

elles posent en revanche problème du point de vue du consentement réciproque, au moins implicite, du contenu du contrat. En bonne doctrine, on ne peut en effet pas consentir d'avance à toute modification arbitraire qui serait imposée par un autre; c'est le principe posé par l'art. 27 al. 2 CC. La liberté personnelle serait sinon mise en danger dans son noyau intangible et le consentement contractuel, expression de cette liberté personnelle, serait vidé de son sens.

C'est la raison pour laquelle *le Tribunal fédéral* a retenu dans un arrêt de 2009 (ATF 135 III 1) que «[c]ontrairement à l'opinion de l'instance inférieure, les recourants ne pouvaient pas, au moment de la conclusion du contrat, s'attendre à ce que les fondements contractuels changent durant le contrat, sans que la possibilité de résilier le contrat leur soit alors ouverte»³². Pour que le consentement – même implicite – garde sa valeur, il faut que le destinataire de la modification des conditions générales puisse s'y opposer. Aussi, même s'il a accepté dans des conditions générales que l'auteur de celles-ci pouvait les modifier à sa guise, il doit au moins pouvoir se retirer du contrat s'il n'entend pas être soumis aux modifications imposées. Le droit de résiliation est ainsi le prolongement d'un consentement contractuel du destinataire des conditions générales. Une clause de modification unilatérale qui n'est pas assortie d'un droit de résiliation immédiat est donc abusive et nulle en droit suisse³³.

Le droit européen a d'ailleurs placé les clauses prévoyant une modification unilatérale dans le groupe des clauses qui sont présumées abusives (Annexe à la Directive 93/13 ch. 1 let. j), à moins que le professionnel n'ait un devoir d'informer dans un délai raisonnable le consommateur de la modification et que ce dernier ait le droit de résilier immédiatement le contrat (Annexe à la Directive 93/13 ch. 2 let. b, 2^e §). Encore faut-il que l'information soit suffisamment claire et qu'elle porte aussi sur le droit de résiliation du contrat³⁴; le fait que les conditions générales renvoient à un texte législatif ou réglementaire qui définit les droits et les obligations des parties n'est pas suffisant³⁵. Il faut évidemment que le droit de résiliation puisse effectivement être exercé, sinon la clause demeure abusive³⁶.

³² ATF 135 III 1, cons. 3.3, JdT 2011 II 516.

³³ ATF 135 III 1, cons. 3.3, JdT 2011 II 516.

³⁴ CJUE 26.04.2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt*, Aff. C-472/10, pt. 29.

³⁵ CJUE 21.03.2013, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, Aff. C-92/11, pt. 50.

³⁶ CJUE 21.03.2013, *RWE Vertrieb*, Aff. C-92/11, pt. 64: «il revêt une importance essentielle [...] que la faculté de résiliation conférée au consommateur ne soit pas de pure forme mais puisse être réellement exercée. Tel ne serait pas le cas lorsque, pour des raisons liées aux modalités de la mise en œuvre du droit de résiliation ou aux conditions du marché

Dans certains régimes juridiques européens, notamment en droit français, une clause de modification unilatérale est abusive de manière irréfragable (liste noire) lorsqu'elle porte sur un élément important du contrat (durée, caractéristiques, prix du bien à livrer; art. R 132-1 du Code [français] de la consommation)³⁷.

Lorsque la clause de modification unilatérale porte sur des éléments mineurs du contrat, la clause peut aussi être qualifiée d'abusive en l'absence de droit de résiliation immédiat³⁸. C'est ainsi que le droit français place une telle clause dans sa liste grise, c'est-à-dire qu'il présume le caractère abusif de celle-ci (art. R 132-1 du Code [français] de la consommation)³⁹. En effet, même mineure, une obligation imposée pose problème par rapport à la nature même du consentement contractuel, puisqu'un consentement anticipé à toute modification arbitraire revient à nier tant le noyau de la liberté personnelle que le rôle central du consentement. Il est vrai toutefois qu'en présence d'une modification mineure, le consentement anticipé peut paraître suffisant. Il le serait si la clause de modification unilatérale figurait dans une clause négociée du contrat pour lequel le consentement est en quelque sorte plus fort. La plupart du temps toutefois, la clause de modification unilatérale se trouve dans des conditions générales, auxquelles le destinataire ne consent que de manière globale, sans les lire spécifiquement.

concerné, ledit consommateur ne dispose pas d'une réelle possibilité de changer de fournisseur ou lorsqu'il n'a pas été informé de manière convenable et en temps utile de la modification à intervenir, le privant ainsi de la possibilité d'en vérifier le mode de calcul et, le cas échéant, de changer de fournisseur. A cet égard, doivent être pris en compte, notamment, la question de savoir si le marché en cause est concurrentiel, le coût éventuel, pour le consommateur, lié à la résiliation du contrat, le délai entre la communication et l'entrée en vigueur des nouveaux tarifs, les informations fournies au moment de cette communication, ainsi que le coût à supporter et le temps nécessaire pour changer de fournisseur.»; ég. CLAIRE HUGUENIN/EVA MAISSEN, *Bedingungsänderungsklauseln*, in: Stephan Weber/Stephan Fuhrer (édit.), *Allgemeine Versicherungsbedingungen: Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?* Beiträge zur Tagung vom 28. Oktober 2011, Zurich 2011, p. 118; KUONEN (n. 17), p. 15.

³⁷ Article R 132-1 Code (français) de la consommation: «Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de: [...] 3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre».

³⁸ RUSCH/HUGUENIN (n. 28), p. 52.

³⁹ Art. R 132-2 Code [français] de la consommation: «Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de: [...] 6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 132-1».

Ainsi, une clause de modification unilatérale d'un contrat qui n'est pas assortie d'une clause de résiliation immédiate doit être considérée comme abusive si elle porte sur des prestations importantes ou, du moins, elle doit être présumée abusive pour toute modification du contrat même de moindre importance.

Ces explications jouent en outre un rôle pour certains aspects de l'application intertemporelle de l'art. 8 LCD.

III. Les raisons de l'application immédiate de l'art. 8 LCD

Entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012⁴⁰, l'art. 8 LCD a la teneur suivante:

«[Utilisation de conditions commerciales abusives] Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat».

Le Parlement n'a pas prévu de règles relatives au droit intertemporel. Or, la question de l'application de l'art. 8 LCD dans le temps est importante à plus d'un titre. D'une part, dans les contrats passés avec les consommateurs, elle aura tendance à supplanter la règle de la clause insolite (*Ungewöhnlichkeitsklausel*), qui était le fruit de la jurisprudence du Tribunal fédéral. À partir de quand le Tribunal fédéral doit-il privilégier le régime de l'art. 8 LCD à celui de la clause insolite en matière de contrats passés avec des consommateurs? D'autre part, le régime de l'art. 8 LCD constitue un renforcement de la protection des consommateurs par un véritable contrôle de contenu des conditions générales. À partir de quand cette nouvelle règle sera-t-elle vraiment effective en droit suisse? Selon l'approche de droit intertemporel retenue, ne risque-t-on pas d'avoir un régime voulu par le législateur, mais systématiquement écarté ou presque pour des raisons de droit transitoire?

Nous rappellerons d'abord la particularité du droit transitoire en relation avec les contrats (A.), puis nous examinerons dans quelle mesure il faut retenir que l'art. 8 LCD est une disposition d'ordre public qui impose une application immédiate (B.).

⁴⁰ RO 2011 4912.

A. Les principes du droit intertemporel

En l'absence de dispositions spéciales, ce sont les principes généraux des art. 1-4 du Titre final du Code civil qui règlent la question du droit intertemporel⁴¹.

L'art. 1 Tit. fin. CC pose le principe général de la non-rétroactivité de la loi nouvelle⁴². Il le définit indépendamment de tout jugement de valeur relatif à la qualité de la disposition concernée et constitue dès lors une «*règle objective de non-rétroactivité*»⁴³. L'idée est qu'un «fait passé» ne doit en principe pas produire d'effets différents par la seule entrée en vigueur d'une loi nouvelle; c'est en quelque sorte la mise en œuvre du principe de la sécurité juridique. Ainsi, le législateur entend éviter d'avoir un impact sur les expectatives légitimes des parties, par exemple lorsque celles-ci découlent d'un contrat. Le principe de base veut dès lors qu'un fait passé soit régi par l'ancien droit et un fait nouveau par le nouveau droit⁴⁴.

On ne peut toutefois lire l'art. 1 Tit. fin. CC isolément; il est nécessairement précisé et concrétisé par **les art. 2 à 4 Tit. fin. CC** qui permettent une application rétroactive de la loi nouvelle dans certaines situations⁴⁵.

Ensemble, les art. 1 à 4 Tit. fin. CC forment la *version subjective de la non-rétroactivité*⁴⁶. En d'autres termes, la rétroactivité du nouveau droit est inter-

⁴¹ Pour un commentaire détaillé de ces dispositions, cf. désormais PASCAL PICHONNAZ/DENIS PIOTET, art. 1-4 Tf CC, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet (édit.), Commentaire romand du Code civil, Vol. II, art. 457-977 CC, art. 1-61 Tit. fin. CC, Bâle 2016; ég. MARKUS VISCHER, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, thèse, Zurich 1986; MARKUS VISCHER, Art. 1-4 SchlT ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (édit.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5^e éd., Bâle 2015.

⁴² PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 45.

⁴³ BSK ZGB II-VISCHER (n. 41), art. 1 Tit. Fin. CC N 14; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2015, § 120 N 4; GIAN BRÄNDLI, Art. 1-2 SchlT ZGB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016, art. 1 Tit. fin. CC N 3.

⁴⁴ PASCAL PICHONNAZ, L'effet rétroactif du changement de jurisprudence: quelques réflexions à l'aune du pluralisme méthodologique, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz/Bettina Hürlimann-Kaup/Christiana Fountoulakis (édit.), Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne 2013, p. 59.

⁴⁵ BRÄNDLI (n. 43), art. 1 Tit. fin. CC N 3; BSK ZGB II-VISCHER (n. 41), art. 1 Tit. fin. CC N 14.

⁴⁶ BRÄNDLI (n. 43), art. 1 Tit. fin. CC N 3; BSK ZGB II-VISCHER (n. 41), art. 1 Tit. fin. CC N 14; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (n. 43), § 120 N 10.

dite (Tit. fin. CC 1), sauf lorsque l'une des exceptions prévues aux art. 2 à 4 Tit. fin. CC s'applique au cas d'espèce⁴⁷:

- Ainsi, une règle établie «*dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs*» (Tit. fin. CC 2 I) s'applique à tous les faits passés, présents ou pendants, dont les effets juridiques ne sont pas définitivement réglés⁴⁸.
- Dans *les cas indépendants de la volonté des parties* (Tit. fin. CC 3) ainsi que dans ceux *n'ayant pas généré de droits acquis* (Tit. fin. CC 4), des faits anciens sont soumis à la loi nouvelle. En fait, ces deux dispositions sont l'expression d'une même conception⁴⁹. Des faits passés se voient soumis à la règle nouvelle s'ils *n'ont pas généré un droit acquis*⁵⁰, soit parce que le contenu du droit dépend uniquement de la loi (Tit. fin. CC 3)⁵¹, soit parce qu'il n'y a pas eu de concrétisation par les parties ni d'acquisition d'une position de confiance dans un Etat de droit (*Vertrauensposition*)⁵².

Au vu de ce qui précède, *la démarche* débute par l'identification du fait pertinent, «*fragment de la réalité sociale*»⁵³, à savoir toute activité qui produit un effet juridique en créant, modifiant ou mettant fin à un droit ou à un rapport de droit. Les faits se combinent en **rapports juridiques**, qu'il convient alors de distinguer selon leur relation temporelle avec les changements de loi, afin de définir le régime légal qui leur est applicable⁵⁴. Leur qualification les détermine soit comme des relations juridiques antérieures au changement de loi, soit comme des relations juridiques postérieures à celui-ci.

Il convient ainsi de distinguer quatre situations⁵⁵:

1° Les *negotia praeterita*. Il s'agit des rapports juridiques antérieurs au changement de loi qui n'existent plus au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit⁵⁶. Dans ce cas, le fait passé est régi par l'ancien droit: c'est l'art. 1 al. 2 Tit. fin. CC qui s'applique et il n'y a pas de rétroactivité de la loi nou-

⁴⁷ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 50 ss; PICHONNAZ (n. 44), p. 59.

⁴⁸ ATF 133 III 105, cons. 2.1.3 = JdT 2007 I 135 (rés.); PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 128.

⁴⁹ PICHONNAZ (n. 44), p. 60.

⁵⁰ BSK ZGB II-VISCHER (n. 41), art. 3 Tit. fin. CC N 3; ég. ATF 133 III 105, cons. 2.1.1 = JdT 2007 I 135 (rés.).

⁵¹ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 99 ss.

⁵² BSK ZGB II-VISCHER (n. 41), Tit. fin. CC 3 N 5 s.; ég. ATF 133 III 105, cons. 2.1.1 = JdT 2007 I 135; ATF 131 III 327, cons. 6, JdT 2007 II 9.

⁵³ PAUL-HENRI STEINAUER, *Traité de droit privé suisse*, Vol. II, T. 1, Le Titre préliminaire du Code civil, Bâle 2009, N 637; PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 83.

⁵⁴ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 86.

⁵⁵ Cf. pour ce qui suit PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 87 ss et les références citées.

⁵⁶ BSK ZGB II-VISCHER (n. 41), art. 1 Tit. fin. CC N 6.

velle. C'est dans cette catégorie qu'il faut placer l'arrêt du Tribunal fédéral⁵⁷ qui a considéré qu'une clause de renouvellement automatique d'abonnement de fitness qui avait produit tous ses effets avant l'entrée en vigueur de l'art. 8 LCD ne pouvait pas être analysée sous l'angle du nouvel article. Il s'agissait d'un fait déterminant antérieur à l'entrée en vigueur du nouveau droit, qui fixait l'existence d'un droit acquis (Tit. fin. CC 4 *a contrario*), en ce sens que l'effet de la clause s'était entièrement produit avant l'entrée en vigueur de la loi⁵⁸. Trancher la question autrement reviendrait à imposer un effet rétroactif *proprement dit* à l'art. 8 LCD⁵⁹.

Le Tribunal fédéral a plutôt procédé à une pesée des intérêts *in casu* entre la confiance placée par les parties sur l'état du droit au moment déterminant et a conclu que la volonté commune des parties l'emportait sur l'intérêt public qui sous-tendait la loi nouvelle: «*Das Vertrauen der Parteien in die gültige Verlängerung des Vertrages ist insoweit zu schützen, und das neue Recht ist aus diesem Grund jedenfalls nicht auf diese vor seinem Inkrafttreten eingetretene und abgeschlossene vertragliche Rechtswirkung anwendbar*»⁶⁰.

2° Les *negotia futura*. Il s'agit des rapports juridiques postérieurs au changement de loi qui existent exclusivement sous l'empire du nouveau droit. Ils sont régis uniquement par la loi nouvelle (Tit. fin. CC 1 III)⁶¹. Le fait nouveau est soumis à l'empire du nouveau droit et il n'y a pas de rétroactivité de la loi nouvelle.

3° Les *negotia pendencia*. Il s'agit des rapports qui ont débuté avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, qui ont généré un droit acquis sous l'empire de l'ancien droit et qui existent toujours après le changement de loi. Ce sont donc des rapports juridiques **antérieurs** au changement de loi⁶². Toutefois, comme ces faits antérieurs génèrent un effet juridique durable, il s'agit d'examiner si la loi nouvelle doit s'appliquer aux effets qui perdurent après l'entrée en vigueur du nouveau droit. Si la situation a généré un droit acquis, le droit ancien continuera de s'appliquer (Tit. fin. CC 4 *a contrario*), alors que s'il n'y a pas de droit acquis, il peut y avoir un effet rétroactif *improprement dit*, en ce sens que le droit nouveau s'applique aux effets postérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau droit⁶³. Selon certains auteurs toutefois, le rapport de droit né avant le changement de loi devrait rester dans tous les cas

⁵⁷ ATF 140 III 404, JdT 2016 II 247.

⁵⁸ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 108.

⁵⁹ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 31.

⁶⁰ ATF 140 III 404, cons. 4.4, JdT 2016 II 247 (mise en évidence par nous).

⁶¹ BSK ZGB II-VISCHER (n. 41), art. 1 Tit. fin. CC N 6.

⁶² BSK ZGB II-VISCHER (n. 41), art. 1 Tit. fin. CC N 6.

⁶³ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 31 note 93 et les références citées.

régi par l'ancienne loi tant pour sa validité que pour son contenu, à savoir pour l'espèce et l'étendue de ses conséquences⁶⁴.

4° **Les *negotia «suspensia»***. Il s'agit des rapports qui ont débuté avant le changement de loi, mais qui n'ont pas généré de droit acquis avant (Tit. fin. CC 4) ou dont les droits sont indépendants de la volonté des parties (Tit. fin. CC 3). Dans le cas de l'art. 4 Tit. fin. CC, ces rapports ont en quelque sorte été suspendus pour ne se cristalliser qu'après l'entrée en vigueur du nouveau droit. Ce n'est que sous l'empire de la loi nouvelle qu'ils ont **généralisé des droits privés subjectifs dignes d'être protégés**. Dans les deux cas, il s'agit de rapports juridiques postérieurs au changement de loi. L'effet est soumis à l'empire de la loi nouvelle, même si le fait d'origine est antérieur. Il n'y a ainsi pas de protection contre la rétroactivité improprement dite.

En résumé, des faits anciens seront donc soumis à la nouvelle loi s'ils n'ont pas donné naissance à un droit acquis. Il n'y a pas de droit acquis, soit parce que le contenu du droit dépend uniquement de la loi (Tit. fin. CC 3)⁶⁵, soit parce que – bien que dépendant (même seulement en partie) de la volonté des parties – il n'y a pas eu de concrétisation des parties ou d'acquisition d'une position de confiance dans un Etat de droit (*Vertrauensposition*; Tit. fin. CC 4)⁶⁶. *La volonté des parties* pour fixer l'effet juridique est donc le critère déterminant⁶⁷.

Les effets d'un contrat sont en principe le résultat d'un accord des manifestations de volontés. Il faut toutefois examiner dans chaque cas si le fait pertinent produit des effets juridiques sans la volonté des parties. En principe toutefois, les effets contractuels ne dépendent pas uniquement de la loi (Tit. fin. CC 3); c'est même la spécificité du droit contractuel. Partant, la question du droit transitoire ne se résout pas vraiment en lien avec l'art. 3 Tit. fin. CC en matière contractuelle.

Si l'on est en présence d'un *negotium pendente*, un rapport de droit qui a produit un effet juridique avant le changement de loi, il ne s'agit pas d'un *negotium praeteritum* (auquel on appliquerait nécessairement le droit ancien). Partant, il faut examiner si l'obligation considérée et le rapport d'origine sont dans un lien fonctionnel qui justifie d'admettre l'existence d'un droit acquis

⁶⁴ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (n. 43), § 120 N 10 ss; BIERI (n. 16), p. 59 s.; BÜHLER/STÄUBER (n. 16), p. 89; EISNER-KIEFER (n. 16), p. 113; HESS/RUCKSTUHL (n. 16), p. 1211; MÖNNICH (n. 16), p. 287 ss; RUSCH (n. 16), p. 439 ss, p. 444; SCHOTT (n. 16), p. 80; VISCHER (n. 16), p. 181 s.

⁶⁵ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 99.

⁶⁶ PICHONNAZ (n. 44), p. 60; BSK ZGB II-VISCHER (n. 41), art. 3 Tit. fin. CC N 5; ATF 131 III 327, cons. 6, JdT 2007 II 9; ATF 41 II 21, JdT 1915 I 397 (présomption de CC 931).

⁶⁷ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 99.

antérieurement au changement de loi (Tit. fin. CC 4 *a contrario*)⁶⁸. Si tel n'est pas le cas, on applique d'emblée le nouveau droit. S'il y a bien existence d'un droit acquis, alors on examine, dans un second temps, *si l'exception d'ordre public* (Tit. fin. CC 2) *justifie une application rétroactive du nouveau droit*, malgré la confiance digne de protection générée entre les parties⁶⁹.

Dans le cas que nous examinons, nous sommes typiquement en présence d'une relation contractuelle durable, p. ex. entre une banque et ses clients, dont le cadre contractuel a été fixé avant l'entrée en vigueur de l'art. 8 LCD, mais qui se poursuit au-delà. La première question en lien avec un *negotium pendente* est donc celle de savoir si l'on doit retenir l'existence d'un droit acquis antérieurement au changement de loi. La jurisprudence permet de retenir qu'en principe, **il y a un droit acquis** en présence d'un droit subjectif privé, ce qui vaut également pour les créances conditionnelles ou les expectatives de droit⁷⁰.

Cela vaut en tout cas pour les droits (subjectifs) créés lors de la conclusion du contrat. La situation est plus délicate pour un droit subjectif qui n'existe pas encore lors de la conclusion du contrat, mais qui serait **créé à l'occasion d'une modification des conditions générales**, elle-même fondée sur une clause de modification unilatérale, comme présentée ci-dessus. Certes, le lien fonctionnel entre le droit subjectif nouvellement à disposition (une obligation spécifique) et le rapport d'obligation d'origine existe, puisque la nouvelle obligation est le fruit d'une clause de modification unilatérale du contrat. Toutefois, ce lien est très distendu, puisque les clauses prévoient habituellement un consentement tacite qui consiste en l'absence d'opposition à la modification dans un certain délai. Voici une formulation typique:

«[La banque] a le droit de modifier les présentes Conditions générales (et les dispositions spécifiques aux produits/services) à tout moment, lorsque les circonstances le justifient. Dans ce cas, il incombe à [la banque] d'annoncer les modifications au préalable, de manière appropriée. En l'absence de contestation écrite sous un mois à compter de leur publication (et dans tous les cas lors de la première utilisation de la carte), les modifications sont réputées avoir été acceptées. [...]»⁷¹.

De nouveaux droits subjectifs ou des droits subjectifs modifiés suite à la mise en œuvre d'une telle clause après l'entrée en vigueur de l'art. 8 LCD ne sauraient à notre avis être considérés comme des droits acquis antérieurement à

⁶⁸ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 105; ATF 133 III 105, cons. 2.1.1 = JdT 2007 I 135.

⁶⁹ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 105.

⁷⁰ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 112 s.

⁷¹ Extrait des Conditions générales d'utilisation d'une carte de crédit d'une (grande) banque de janvier 2018, pt. 12.1.

la modification législative; c'est bien la modification contractuelle – certes simplifiée – qui leur donne naissance.

En conséquence, seuls les droits subjectifs qui reposent directement sur le contrat conclu avant l'entrée en vigueur de l'art. 8 LCD sont constitutifs de droits acquis (Tit. fin. CC 4 *a contrario*). Les droits subjectifs qui découleraient d'une modification des conditions générales postérieure à l'entrée en vigueur de l'art. 8 LCD, même fondée sur une clause de modification automatique, ne sont pas soumis au droit ancien, mais au droit nouveau, car ils n'ont pas pu créer une attente légitime protégée dans un Etat de droit (Tit. fin. CC 4)⁷².

B. L'art. 8 LCD comme disposition d'ordre public

1. La notion d'ordre public au sens de l'art. 2 al. 1 Tit. fin. CC

Pour les obligations qui sont dans un lien fonctionnel suffisant avec le rapport d'origine, qu'elles soient nées avant ou après le changement de loi, et qui constituent dès lors un *droit acquis* au sens de l'art. 4 Tit. fin. CC *a contrario*, justifiant en soi de continuer de leur appliquer le droit ancien, il faut encore examiner si **l'exception d'ordre public (Tit. fin. CC 2) justifie une application rétroactive du nouveau droit**, malgré la confiance digne de protection générée entre les parties⁷³.

L'art. 2 al. 1 Tit. fin. CC dispose que «*[l]es règles du code civil établies dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs sont applicables, dès leur entrée en vigueur, à tous les faits pour lesquels la loi n'a pas prévu d'exception*». Les fondements de cette disposition sont plus anciens et à l'origine des deux notions d'ordre public du droit international privé, celle d'ordre public négatif de l'art. 17 LDIP et celle d'ordre public positif de l'art. 18 LDIP⁷⁴. Fondé sur les considérations de VON SAVIGNY en lien avec les «*ProhibitionsGesetze*»⁷⁵, la notion d'ordre public de l'art. 2 al. 1 Tit. fin. CC est une *notion générale, intermédiaire entre celle des art. 17 et 18 LDIP*. La loi peut être d'intérêt public au sens de l'art. 2 Tit. fin. CC alors même qu'elle ne touche pas aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique, mais toute loi impérative dictée par un intérêt général ou public n'est pas nécessairement d'ordre public⁷⁶.

⁷² PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 99 et 105.

⁷³ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 105 et N 128 ss.

⁷⁴ ZR 1915 N 136, 294, objet de ATF 40 II 233, JdT 1915 I 71.

⁷⁵ FRIEDRICH C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. VIII, Berlin 1849, p. 373 ss et 514 ss.

⁷⁶ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 128.

L'art. 2 al. 1 Tit. fin. CC et le concept d'ordre public permettent d'opérer en quelque sorte **une pesée d'intérêts entre des valeurs divergentes**: d'une part, le respect du droit acquis et la «non-rétroactivité» des lois qu'il impose et, d'autre part, l'intérêt public ou général à l'application de la loi nouvelle dès son entrée en vigueur⁷⁷. De par la présomption d'application du droit ancien aux *negotia pendentia*, la pesée des intérêts n'est pas totalement équilibrée; l'art. 2 Tit. fin. CC ne peut s'appliquer que restrictivement, le doute devant profiter au maintien de la loi ancienne⁷⁸.

2. *La mise en œuvre de la notion pour l'art. 8 LCD*

L'art. 8 LCD est-il d'ordre public au sens de l'art. 2 al. 1 Tit. fin. CC? Dans la pesée des intérêts pour déterminer si la lutte contre les clauses abusives est d'ordre public, il faut tenir compte de divers arguments:

1° Les facteurs internes. *L'art. 97 al. 1 Cst. féd.* dispose que «*[l]a Confédération prend des mesures destinées à protéger les consommateurs et les consommatrices*». Cette protection constitutionnelle des consommateurs est certes horizontale⁷⁹ et donc large⁸⁰, mais elle n'est pas très précise. Elle ne porte bien sûr pas uniquement sur la protection de la santé des consommatrices et consommateurs, mais aussi sur leur liberté de choix et leur indépendance économique⁸¹. C'est ainsi que tant la Loi fédérale sur l'information des consommatrices et consommateurs (LIC⁸²) que la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD⁸³) sont fondées notamment sur cette disposition, de même que la plupart des lois spéciales adoptées par transposition autonome du droit privé européen de la consommation (LCC⁸⁴, LVF⁸⁵ notamment). Le

⁷⁷ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 129; pour le droit comparé, cf. BURKHARD HESS, *Intertemporales Privatrecht*, Tübingen 1998, p. 403 ss; ANDREAS VONKILCH, *Das intertemporale Privatrecht*, Vienne 1999, p. 157 ss.

⁷⁸ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin., N 131; par ex. RSJ 1913/14 N 42, 157; ATF 60 II 75, JdT 1935 I 381.

⁷⁹ FELIX UHLMANN, Art. 94-97 BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (édit.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Bâle 2015, art. 97 Cst. N 10 («Querschnittskompetenz»); PETER HETTICH, Art. 97-100 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (édit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/Saint-Gall 2014, art. 97 Cst. N 7; GIOVANNI BIAGGINI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Zurich 2017, art. 97 Cst. N 3.

⁸⁰ HETTICH (n. 79), art. 97 Cst. N 6 («weit zu verstehen»).

⁸¹ BSK BV-UHLMANN (n. 79), art. 97 Cst. N 11.

⁸² Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs, RS 944.0.

⁸³ Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, RS 241.

⁸⁴ Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation, RS 221.214.1.

but de la disposition constitutionnelle est d'assurer une économie de marché qui protège les intérêts économiques des consommatrices et consommateurs, notamment en augmentant la transparence du marché. Cela permet en soi un choix plus éclairé et assure que les consommateurs puissent jouer leur rôle d'acteur à part entière («Konsumentensouveränität»⁸⁶), permettant de renforcer la concurrence entre les acteurs économiques⁸⁷.

Ainsi, la Constitution fédérale reconnaît un rôle central aux consommateurs, imposant à la Confédération de prendre des mesures de protection afin de permettre à ceux-ci d'exercer véritablement leur rôle pour renforcer la concurrence. Elle n'impose toutefois pas un niveau de protection spécifique, de sorte que cette compétence doit s'harmoniser avec les autres principes, tel celui de la liberté économique (Cst. 94 al. 4)⁸⁸.

Même si le caractère impératif de l'art. 8 LCD n'est pas encore le signe que la disposition est établie dans l'intérêt de l'ordre public⁸⁹, il n'en reste pas moins qu'il s'agit là d'un indice. Il en est certainement ainsi au moment où le législateur entend, par l'adoption d'un régime de protection impératif, modifier les comportements de manière importante⁹⁰. Or, c'est bien ce que vise l'adoption du nouvel art. 8 LCD; il doit en effet augmenter la transparence et favoriser le rôle du consommateur dans une concurrence loyale. En outre, le Tribunal fédéral tend à considérer les normes à contenu socio-politique vouées à protéger la partie faible au contrat comme devant s'appliquer rétroactivement⁹¹.

Un autre indice du caractère d'ordre public au sens de l'art. 2 al. 1 Tit. fin. CC est la décision du Conseil fédéral de retarder l'entrée en vigueur de l'art. 8 LCD de trois mois par rapport aux autres dispositions de la même loi, entrées en vigueur déjà le 1^{er} avril 2012⁹². En effet, si le Conseil fédéral n'avait pas considéré que la disposition était d'application immédiate, il

⁸⁵ Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait, RS 944.3.

⁸⁶ HETTICH (n. 79), art. 97 Cst. N 8.

⁸⁷ Sur le rôle central des consommateurs dans la concurrence, cf. récemment l'Opinion de l'Avocat général Wahl du 21 mars 2018, dans l'affaire *Bankia SA contre Juan Carlos Mari Merino Juan Pérez Gavilán María de la Concepción Mari Merino*, C-109/17: «[...] Le premier est d'instituer un niveau élevé de protection des consommateurs afin de mettre ceux-ci en confiance, de manière à leur permettre de rechercher les meilleures affaires dans tout État membre [...]».

⁸⁸ HETTICH (n. 79), art. 97 Cst. N 8.

⁸⁹ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 128; ATF 133 III 105, cons. 2.1.3 = JdT 2007 I 135; EISNER-KIEFER (n. 16), p. 57.

⁹⁰ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 134; ATF 117 II 452, cons. 3b, JdT 1992 I 582; RÜETSCHI (n. 17), p. 103; EISNER-KIEFER (n. 16), p. 112.

⁹¹ Voir par ex. ATF 117 II 452, cons. 3b, JdT 1992 I 582; EISNER-KIEFER (n. 16), p. 112; PICHONNAZ, Effet rétroactif (n. 44), p. 58.

⁹² RO 2011 4909.

n'aurait pas décidé de laisser un temps supplémentaire aux entreprises afin qu'elles adaptent leurs conditions générales à la nouvelle réglementation⁹³. Le fait qu'il ait prévu une entrée en vigueur différée pour le seul art. 8 LCD souligne l'importance qu'il lui a reconnue. À notre avis, c'est parce qu'il est parti du principe que la norme s'appliquerait à tous les contrats, et donc aussi aux contrats en cours, que le Conseil fédéral a laissé ce délai aux entreprises.

2° Le facteur européen dans l'interprétation de l'art. 8 LCD. L'art. 8 LCD présente une *grande parenté avec l'art. 3 al. 1 de la Directive 93/13* de l'Union européenne concernant les clauses abusives⁶. Cette parenté est le résultat d'un débat intense entre l'avant-projet et le projet, d'une part, et durant la phase d'élimination des différences au sein du Parlement, d'autre part. Le Conseil fédéral était lui aussi conscient de cette parenté entre les deux régimes, comme il l'indique dans son Message⁹⁴.

Partant, on ne peut ignorer cette parenté dans l'interprétation de l'art. 8 LCD. En effet, le Tribunal fédéral a rappelé à réitérées reprises qu'il fallait tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'interprétation du droit suisse issu d'une transposition autonome du droit européen⁹. La prise en compte de la Directive 93/13 et de la jurisprudence qui la concrétise est d'autant plus importante que l'art. 8 LCD est concis. Ainsi, dans l'interprétation des notions indéterminées, la liste grise de l'annexe à la Directive, ainsi que d'autres dispositions, seront d'un recours utile pour la pratique⁹⁵.

Interprétant la mise en œuvre des sanctions des clauses abusives, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé dans une jurisprudence constante que la norme sanctionnant une clause abusive correspond à une *«une norme équivalente aux règles nationales qui ont, au sein de l'ordre juridique interne, le caractère de normes d'ordre public»*⁹⁶. Rendant la mise en œuvre de l'art. 6 Directive 93/13 équivalente à celle d'une norme d'ordre public national, elle impose ainsi aux instances judiciaires nationales de reconnaître à tous les stades de la procédure, même sans requête des parties, le caractère abusif des clauses litigieuses, lorsque cela vaut pour d'autres règles d'ordre public national. Lors de l'entrée en vigueur de la Directive 93/13, le législateur européen n'a pas évoqué le caractère d'ordre public de la réglementation. Toute-

⁹³ Pour un exposé complet des arguments, cf. PICHONNAZ (n. 17), BR/DC 2012, p. 142 s.

⁹⁴ Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 2 septembre 2009, FF 2009 5561.

⁹⁵ PICHONNAZ (n. 3), CR LCD, art. 8 LCD N 117.

⁹⁶ CJUE, arrêt du 21.12.2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, pt. 54; et déjà CJUE arrêt du 30.5.2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, point 44; CJCE, arrêt du 6.10.2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, Rec. I-9579, pt. 52.

fois, c'est la jurisprudence européenne qui en a cristallisé les contours pour lui donner toute son ampleur.

Puisqu'en cas de *transposition autonome*, le Tribunal fédéral retient qu'il faut tenir compte de la jurisprudence européenne, il nous semble juste d'en faire de même dans le cas de l'art. 8 LCD, qui est similaire dans sa nature et sa fonction. Il faut donc retenir un caractère d'ordre public au sens de l'art. 2 al. 1 Tit. fin. CC aussi pour cette raison⁹⁷.

Ce point de vue a notamment été critiqué par BENEDICK/VISCHER, qui réfutent le caractère d'ordre public du droit européen, en se fondant sur le droit transitoire prévu par la directive elle-même⁹⁸. Toutefois, comme c'est la jurisprudence qui a reconnu ultérieurement la nature de règle d'ordre public des règles européennes relatives aux clauses abusives, on ne saurait se limiter à examiner les règles transitoires du droit européen pour apprécier le caractère d'ordre public de la règle.

3° L'argument tiré de la pratique des modifications. Comme nous l'avons déjà indiqué, les droits subjectifs créés ou modifiés suite à la mise en œuvre d'une clause de modification automatique (ou bien sûr par modification conventionnelle) n'ont pas créé de droit acquis au sens de l'art. 4 Tit. fin. CC *a contrario*. Partant, ces clauses peuvent faire l'objet d'un examen au titre de l'art. 8 LCD, même si le contrat lui-même est antérieur à l'entrée en vigueur de l'art. 8 LCD. Dans l'examen du caractère abusif, le juge doit toutefois prendre en compte l'ensemble des obligations contractuelles⁹⁹, y compris bien sûr celles qui existaient déjà avant l'entrée en vigueur. En théorie, cela ne pose pas de problème.

En pratique toutefois, les modifications même ponctuelles donnent lieu à l'envoi ou à la mise sur un site internet d'une nouvelle version des conditions

⁹⁷ PICHONNAZ/PIOTET (n. 41), art. 1-4 Tit. fin. N 134; PICHONNAZ (n. 3), CR LCD, art. 8 LCD N 191 ss et déjà LE MÊME (n. 17), BR/DC 2012, p. 140 ss; LE MÊME, Quelques nouveautés (n.17), p. 57 s.; du même avis EISNER-KIEFER (n. 16), p. 110 s.; JENNY (n. 3), p. 38 ss; KÖLLER (n. 17), p. 28 ss; RÜETSCHI (n. 17), p. 108; SCHMID (n. 17), p. 102 ss et 104; même résultat, mais fondé sur une compréhension différente de l'art. 3 Tit. fin. (considérant que ce qui est déterminant est le moment de la survenance de l'évènement créant l'effet contractuel considéré), ROBERTO/WALKER (n. 17), p. 60 s.; ROBERTO/STEHLE (n. 17), p. 237; *contra*: not. ABEGLLEN ET AL. (n. 16), p. 108 s.; BIERI (n. 16), p. 59 s.; BÜHLER/STÄUBER (n. 16), p. 89; EVA MAISSEN, Die automatische Vertragsverlängerung unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 197; MÖNNICH (n. 16), p. 287 ss; RUSCH (n. 16), p. 444; SCHOTT (n. 16), p. 80; BSK UWG-THOUVENIN (n. 3), art. 8 LCD N 148 ss, en part. N 154; VISCHER (n. 16), p. 181 s.; GILLES BENEDICK/MARKUS VISCHER, Die intertemporale Anwendung von nArt. 210 Abs. 4 OR, Jusletter du 3 décembre 2012, N 49 s.; WIDMER (n. 3), N 349.

⁹⁸ BENEDICK/VISCHER (n. 97), N 47.

⁹⁹ Pour tous les autres et pour la méthode, cf. PICHONNAZ (n. 3), CR LCD, art. 8 LCD N 144 ss.

générales. Hormis les indications données sous formes de «principales modifications» lors de la remise des nouvelles conditions générales, il n'est alors plus possible de distinguer les clauses non modifiées des autres sans un travail de comparaison important. Il devient donc pratiquement impossible de déterminer quelles clauses seraient soumises à l'examen de l'art. 8 LCD et lesquelles en seraient exclues. Ainsi, l'envoi d'une nouvelle version des conditions générales devrait en tout cas justifier une application de l'art. 8 LCD à l'ensemble des clauses, cela même si le contrat de base n'a lui pas été modifié.

Il faut finalement souligner *un paradoxe*: plus un fournisseur se tient à jour et cherche à intégrer dans ses conditions générales les modifications législatives ou d'autres adaptations imposées par un changement extérieur ou de son processus interne, plus il sera soumis au contrôle de l'art. 8 LCD. A l'inverse, le fournisseur qui ne modifierait pas du tout ses conditions générales, les laissant dans un état qui ne reflèterait plus le droit en vigueur, se verrait soustrait à l'examen de l'art. 8 LCD si l'on renonçait à appliquer la nouvelle aux contrats en cours. Ce résultat n'a certainement pas été voulu par le législateur et serait *contraire au besoin de protection des consommateurs posé par l'art. 97 al. 1 Cst. féd.* En refusant d'admettre un effet rétroactif improprement dit, on maintiendrait une situation de concurrence déloyale entre les acteurs économiques, favorisant ceux qui justement ne se soucient pas d'informer correctement leur partenaire contractuel sur l'évolution du droit et de la pratique ou qui n'acceptent pas d'améliorer l'équilibre de leurs conditions générales en les adaptant aux nouvelles réalités. Or, le but de l'art. 8 LCD est aussi de favoriser une concurrence loyale.

IV. Conclusion

En conclusion, les arguments qui plaident en faveur d'une application de l'art. 8 LCD à tous les contrats en cours dont les clauses n'ont pas déjà produit tous leurs effets possibles semblent prévaloir.

Les conditions générales sont marquées par l'absence de négociation, tant lors de leur adoption que lors de leur modification. Le législateur fédéral a décidé de protéger le consommateur dont le consentement existe bien sûr de manière globale, mais qui se voit souvent imposer, sur la base d'un processus d'adoption de *take-it-or-leave-it*, des clauses qui le désavantagent de manière contraire à la bonne foi.

Des considérations de politique législative plaident déjà en faveur d'une application immédiate de l'art. 8 LCD à tous les contrats en cours. En effet, le but de protection des consommateurs garanti par l'art. 97 Cst. féd. tend aussi

à assurer une concurrence loyale entre les acteurs sur le marché. Or, comme nous l'avons montré, exclure d'appliquer l'art. 8 LCD à tout contrat conclu avant le 1^{er} juillet 2012, date de l'entrée en vigueur de la nouvelle, reviendrait à retarder de manière imprévisible la mise en œuvre égale des règles de l'art. 8 LCD, voire d'empêcher le contrôle des conditions générales des commerçants qui n'ont pas le souci de maintenir à jour leurs conditions générales en fonction de l'évolution du droit et des conceptions.

Des considérations dogmatiques amènent également à retenir le même résultat. En effet, les art. 1 à 4 Tit. fin. CC excluent la rétroactivité proprement dite, mais permettent de retenir la possibilité d'appliquer le nouveau droit à un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de celui-ci (rétroactivité improprement dite) dans certains cas.

Il faut en effet examiner d'abord si l'obligation considérée et le rapport d'origine sont dans un lien fonctionnel qui justifie d'admettre l'existence d'un droit acquis. Nous avons constaté que seuls les droits subjectifs qui reposent directement sur le contrat conclu avant l'entrée en vigueur de l'art. 8 LCD sont constitutifs de droits acquis (Tit. fin. CC 4 *a contrario*). En revanche, les droits subjectifs qui découleraient d'une modification des conditions générales postérieure à l'entrée en vigueur de l'art. 8 LCD, même fondés sur une clause de modification automatique, n'ont pas pu créer une attente légitime protégée dans un Etat de droit (Tit. fin. CC 4). On doit dès lors déjà pour cette seule raison appliquer le nouveau droit aux modifications des conditions générales, même fondées sur une clause de modification automatique.

Ensuite, même en présence d'une situation de droit acquis, une règle nouvelle établie dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs doit s'appliquer immédiatement (effet rétroactif improprement dit; art. 2 al. 1 Tit. fin. CC). Cette notion d'ordre public, moins exigeante que celle de l'art. 17 LDIP, doit permettre d'opérer une pesée d'intérêts entre, d'une part, le respect du droit acquis et la «non-rétroactivité» des lois qu'il impose et, d'autre part, l'intérêt public ou général à l'application de la loi nouvelle dès son entrée en vigueur. Pour l'art. 8 LCD, nous avons constaté qu'il y avait plusieurs arguments qui imposent de retenir que la pesée d'intérêts penche en faveur d'une application immédiate de l'art. 8 LCD. Les arguments tirés de l'exigence d'une protection constitutionnelle (Cst. féd. 97), assortis du besoin impératif de modifier les comportements des acteurs du marché pour une concurrence plus loyale, ainsi que l'entrée en vigueur retardée de l'art. 8 LCD, sont autant d'éléments à retenir en faveur d'une application immédiate de l'art. 8 LCD.

Le fait que le modèle européen sur lequel repose l'art. 8 LCD est considéré par la Cour de justice de l'Union européenne comme une *norme équivalente aux règles nationales qui ont, au sein de l'ordre juridique interne, le caractère de normes d'ordre public* n'est pas uniquement un argument de droit

comparé; cette analyse doit s'imposer en droit suisse au titre de la prise en compte de la jurisprudence européenne en cas de transposition autonome.

Enfin, des considérations pratiques, liées à la modification des conditions générales et à la difficulté d'identifier dans les conditions générales les clauses modifiées des autres clauses plaident également pour une application immédiate de l'art. 8 LCD afin d'assurer un régime uniforme et cohérent dans l'appréciation du caractère abusif de certaines clauses.

On ne peut dès lors qu'espérer que le Tribunal fédéral ait l'occasion d'affirmer l'application immédiate de l'art. 8 LCD dans une prochaine affaire. Pour cela toutefois, il faut qu'il puisse trancher des affaires qui entrent dans le champ d'application de l'art. 8 LCD. Pour l'instant, la jurisprudence ne fournit pas beaucoup de cas dans ce sens. Puissent donc ces quelques réflexions offertes à notre collègue THOMAS KOLLER motiver certains plaideurs à aller dans ce sens.

Aspekte des Arbeitgeberschutzes im Licht der Privatautonomie

Ein Beitrag aus schweizerischer und europäischer Sicht

WOLFGANG PORTMANN/VANIA DOBREVA*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	728
II.	Schutz durch Beschränkung der Privatautonomie	729
	A. Durch das OR	729
	1. Allgemeines.....	729
	2. Schutz vor Rechtsmissbrauch.....	732
	3. Schutz vor übermässiger Bindung.....	733
	4. Schutz der wirtschaftlichen Entfaltung	738
	5. Andere beidseitig zwingende Bestimmungen	741
	6. Würdigung	743
	B. Durch das IPRG.....	744
	C. Durch die VegüV.....	746
III.	Schutz durch Sicherung der Privatautonomie	747
	A. Bedeutung der Grundrechte.....	747
	B. Koalitionsfreiheit	748
	C. Niederlassungsfreiheit	750
	D. Wirtschaftsfreiheit	751
	E. Unternehmerische Freiheit.....	752
	F. Vertragsfreiheit.....	753
	G. Ausgewählte komplexe Anwendungsbereiche	755
	1. Betriebsübergang.....	755
	2. Massenentlassung.....	757
IV.	Fazit.....	760

* Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Lehrstuhl für Privat- und Arbeitsrecht, Universität Zürich; MLaw VANIA DOBREVA, Rechtsanwältin, Universität Zürich.

THOMAS KOLLER hat sich als Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht an der Universität Bern in zahlreichen Publikationen auch mit arbeitsrechtlichen Fragestellungen befasst¹. Dabei hat er stets eine erfrischende Offenheit an den Tag gelegt, die es ihm erlaubte, ausgetretene Pfade zu verlassen und die Dinge in einem neuen Licht erscheinen zu lassen. Die Verfasser des vorliegenden Beitrags hoffen daher, mit dem etwas unkonventionellen arbeitsrechtlichen Thema das Interesse des Jubilars zu finden.

I. Einleitung

Der Blick auf das Arbeitsrecht ist normalerweise stark durch den Gedanken des Arbeitnehmerschutzes geprägt. Das hat auch durchaus seine Berechtigung, da die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in aller Regel die schwächere Partei im Arbeitsverhältnis sind und dementsprechend eines besonderen Schutzes bedürfen. Dennoch erscheint es für einmal reizvoll, die Perspektive zu wechseln und einen Blick auf den Schutz zu werfen, den das Gesetz und die Gerichte den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern gewähren. Anlass zu dieser Betrachtung gaben zwei neuere Urteile des Europäischen Gerichtshofs, die erkennen lassen, dass – neben dem viel dominanteren Arbeitnehmerschutz – auch der Arbeitgeberschutz einen Platz im europäischen Arbeitsrecht gefunden hat². Auf nationaler Ebene ist sodann festzustellen, dass die Schweiz³, jedenfalls im Vergleich zu den anderen europäischen Ländern, einen relativ ausgeprägten Arbeitgeberschutz kennt⁴.

Der Arbeitgeberschutz kann in verschiedenen Formen auftreten. Im weiteren Sinne lassen sich dazu auch sämtliche Bestimmungen im Gesetz und in Gesamtarbeitsverträgen zählen, die dem Arbeitnehmer Pflichten gegenüber dem Arbeitgeber auferlegen. So werden etwa durch die in Art. 321a OR verankerte Treupflicht wichtige Vermögensinteressen des Arbeitgebers geschützt. Nachfolgend soll jedoch von spezifischeren Ausprägungen die Rede sein.

¹ Vgl. beispielsweise seine Beiträge über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in der ZBJV, ferner etwa: Ordentliche, fristlose und missbräuchliche Kündigung des Arbeitsvertrages, AJP 1995, 1251 ff.; Die Überführung öffentlich-rechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, in: Rechtliche Probleme der Privatisierung, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP) 1997, hrsg. von Wolfgang Wiegand, Bern 1998, 121 ff.; Die Haftung des Arbeitgebers und das Sozialversicherungsrecht, AJP 1997, 428 ff.

² Vgl. u. Ziff. III.G.1. und 2.

³ Und ihr folgend Liechtenstein.

⁴ Arbeitgeberschutz zu betreiben sei typisch für den Schweizer Gesetzgeber und im übrigen Europa ein fremder Gedanke. MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/2, Art. 331-355, Bern 1992, Art. 335a N 2; ALEXANDRE BERENSTEIN, La «protection paritaire contre le congé» dans le contrat de travail, SJZ 1984, 111 f.

Bemerkenswert ist, dass sich der Arbeiterschutzes im engeren Sinne vor allem durch *zwei gegensätzliche Komponenten* verwirklicht, die sich gegenseitig ergänzen. Die eine liegt in der *Beschränkung der Privatautonomie*, insbesondere in der Beschränkung der (individuellen und kollektiven) Vertragsfreiheit: Der Staat setzt zwingendes Recht zugunsten des Arbeitgebers, von dem weder durch Abrede zwischen den Arbeitsvertragsparteien noch durch Gesamtarbeitsvertrag abgewichen werden darf⁵. Der Arbeitgeber wird auf diese Weise vor Regelungen der Verbände, vor Forderungen von Arbeitnehmern (die sich aufgrund der konjunkturellen Lage oder spezifischer Qualitäten in einer günstigen Verhandlungsposition befinden) sowie vor entsprechenden Konzessionen seinerseits geschützt.

Die andere Komponente des Arbeiterschutzes liegt gegenteils in der *Sicherung der Privatautonomie*, namentlich in der Sicherung der (individuellen) Vertragsfreiheit: Dem Arbeitgeber wird ein geschützter Freiraum zur Entfaltung seiner unternehmerischen Aktivitäten gewährleistet, der auch den Bereich der Arbeit umfasst. Diese Form des Schutzes richtet sich gegen Regelungen des Staates und der Verbände, welche die unternehmerische Freiheit bei der privatautonomen Gestaltung der Arbeit übermässig einschränken.

Weder dieser doppelte Ansatzpunkt noch die in seinem Rahmen behandelten Einzelpunkte beanspruchen Vollständigkeit. Es geht bloss darum, den Arbeiterschutzes in einigen verschiedenen Facetten zu beleuchten.

II. Schutz durch Beschränkung der Privatautonomie

Anhand von drei verschiedenen Erlassen wird im Folgenden beispielhaft gezeigt, wie der Schutz des Arbeitgebers durch eine Beschränkung der Privatautonomie verwirklicht wird. Dabei soll kritisch reflektiert werden, wo dieser Schutz nachvollziehbar und wo er weniger einleuchtend erscheint.

A. Durch das OR

1. Allgemeines

Art. 361 OR bildet ein Kernstück des schweizerischen Arbeiterschutzes. Die Norm erklärt eine Reihe von gesetzlichen Bestimmungen zu beidseitig

⁵ Auch nicht durch Normalarbeitsvertrag (vgl. Art. 361 OR); da dieser jedoch kein Vertrag, sondern eine Verordnung darstellt, ist nicht die Vertragsfreiheit betroffen, sondern bloss das Prinzip, dass höherrangiges Recht (Gesetzesrecht) tieferes (Verordnungsrecht) bricht.

zwingendem Recht, von dem somit weder zuungunsten des Arbeitgebers noch des Arbeitnehmers durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag abgewichen werden darf. Werden dennoch abweichende Bestimmungen in diesem Sinne aufgestellt, so sind diese nichtig. Hintergrund dieser Regelung war die Hochkonjunktur, die zur Zeit des Erlasses dieser Ordnung herrschte und schon lange anhielt, was zu einem erheblichen Arbeitskräftemangel führte und den Arbeitnehmern eine günstige Verhandlungsposition verschaffte⁶. Ein besonderes Anliegen war es, die Arbeitgeber zur Zeit der wirtschaftlichen Hochkonjunktur mittels beidseitig zwingender Bestimmungen vor gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen zu schützen und damit die «Verbandsmacht» zu beschränken⁷.

Die getroffene Ordnung weist verschiedene Ungereimtheiten auf. Zu erwähnen sind folgende Punkte:

- *Unvollständigkeit*. In der Aufzählung von Art. 361 OR ausgelassen wurden beispielsweise *Vertragsqualifikationen* (insbesondere die Umschreibung des Arbeitsvertrags nach Art. 319 OR), auch wenn sie der Parteidisposition entzogen sind; *Formvorschriften* (z.B. Art. 347a OR beim Handelsreisendenvertrag); *unwiderlegbare Vermutungen* (faktisches Arbeitsverhältnis gemäss Art. 320 Abs. 2 OR); *Nichtigkeitsfolgen* (Truckverbot nach Art. 323b Abs. 3 OR, Ersatz notwendiger Auslagen gemäss Art. 327a Abs. 3 OR); *Normen, «die sich ... an eine Behörde richten»*⁸, obwohl sich grundsätzlich alle arbeitsvertraglichen Normen auch an die Gerichte wenden⁹ (Vorliegen wichtiger Gründe für eine fristlose Kündigung nach Art. 337 Abs. 3 OR, Einschränkung eines übermässigen Konkurrenzverbots aufgrund von Art. 340a Abs. 2 OR); *Normen mit imperativem Wortlaut* (Gewährleistung der Kündigungsparität im Sinne von Art. 335a OR). Die – wenn auch vom Gesetzgeber gewollte¹⁰ – Unvollständigkeit von Art. 361 OR vermittelt rechtsunkundigen Arbeitnehmern und Arbeitgebern ein irreführendes Bild und vermag daher nicht zu überzeugen.
- *Mehrdeutigkeit*. Von gewissen der in Art. 361 OR aufgezählten Bestimmungen darf überhaupt nicht abgewichen werden, weil sie einem öffent-

⁶ DERYA AVYÜZEN, Die zwingenden Bestimmungen im Arbeitsvertragsrecht, ArbR 2013, 119 f., 129.

⁷ HANS-PETER TSCHUDI, Neue Probleme im schweizerischen Arbeitsrecht, SJZ 1982, 88; AVYÜZEN (Fn. 6), 120.

⁸ Botschaft vom 9. Mai 1984 zur Volksinitiative «betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht, BBl 1984 II 616.

⁹ So zutreffend ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR, 4. Aufl., Zürich 2014, Art. 361 OR N 5.

¹⁰ Botschaft (Fn. 8), BBl 1984 II 616 ff.; AVYÜZEN (Fn. 6), 130 f.

lichen Interesse dienen (z.B. Art. 325 Abs. 2 OR) oder weil der Gesetzgeber nach Abwägung der gegensätzlichen Interessen der Parteien «eine definitive Lösung getroffen» hat (z.B. Art. 321c Abs. 1 OR)¹¹. Von anderen Bestimmungen soll hingegen abgewichen werden dürfen, wenn sie beiden Parteien einen Mindestschutz gewähren (z.B. Art. 336 Abs. 1 OR) oder wenn sie den Schutz einer Partei unabhängig vom Schutz der anderen gewährleisten (z.B. Art. 323b Abs. 2 OR)¹². Diese Gruppenbildung lässt sich dem Gesetz selbst nicht entnehmen, was erneut Rechtsunsicherheit schafft. Bei paritätisch ausgestalteten Schutzvorschriften beispielsweise kann beidseitig zwingendes Recht einerseits bloss bedeuten, dass das gesetzliche Schutzniveau in Bezug auf beide Parteien nicht gesenkt werden darf, während eine Verstärkung des Schutzes zulässig bleibt (Gewährleistung eines beidseitigen Mindestschutzes). Andererseits kann die beidseitige Unabdingbarkeit auch so verstanden werden, dass das Schutzniveau weder gesenkt noch erhöht werden darf, da eine Erhöhung, selbst wenn sie paritätisch erfolgt, stets eine Belastung der jeweils anderen Partei bedeutet. Am prominentesten stellt sich diese Frage beim sachlichen Kündigungsschutz gemäss Art. 336 Abs. 1 OR, der fünf Gründe benennt, welche die Kündigung «einer Partei» gegenüber der «anderen Partei» missbräuchlich erscheinen lassen. Die Lehre folgt hier überwiegend der erstgenannten (vom Wortlaut des Gesetzes weiter entfernten) Interpretationsmöglichkeit¹³, geht also davon aus, dass die Parteien zusätzliche Kündigungsschutzatbestände schaffen dürfen. Dabei bleibt jedoch immer noch unklar, ob diese auch nur zugunsten des Arbeitnehmers vorgesehen werden dürfen¹⁴ oder ob sie paritätisch ausgestaltet werden müssen¹⁵. Selbst unter der zweitgenannten Prämisse ist nicht zu verkennen, dass eine solche Erweiterung des Kündigungsschutzes faktisch zuungunsten des Arbeitgebers erfolgt, da der sachliche Kündigungsschutz zugunsten des Arbeitgebers in der Praxis keine Rolle spielt. Ein blosser beidseitiger Mindestschutz soll ausserdem gelten bei der Begründung der Kündigung¹⁶, bei der Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung

¹¹ AVYÜZEN (Fn. 6), 125; Botschaft (Fn. 8), BBl 1984 II 617.

¹² Botschaft (Fn. 8), BBl 1984 II 617; AVYÜZEN (Fn. 6), 126.

¹³ Im Anschluss an die Botschaft, vgl. untenstehende Belege.

¹⁴ So z.B. WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, Art. 319-362 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 336 N 1.

¹⁵ So etwa ZK-STAEHELIN (Fn. 9), Art. 336 OR N 39.

¹⁶ Botschaft (Fn. 8), BBl 1984 II 617. Zulässig ist demnach die Vereinbarung, wonach der Arbeitgeber seine Kündigung von sich aus schriftlich begründen muss, ROGER PETER MORF, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss. St. Gallen, Bern 2011, Rn. 97; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl.,

(nicht hingegen bei der Geltendmachung der Entschädigung)¹⁷ und bei der Beendigung des Handelsreisendenvertrags¹⁸.

- *Inkohärenz*. Welche Bestimmungen dem beidseitig zwingenden Recht zugewiesen werden sollen, ist grundsätzlich eine rechtspolitische Frage, woraus sich die erhebliche Differenz des schweizerischen Rechts zu anderen europäischen Rechtsordnungen erklärt. Die Auswahl sollte jedoch nach kohärenten und nachvollziehbaren Kriterien erfolgen, was nicht durchwegs gelungen ist. Am einleuchtendsten erscheint der Einbezug von Bestimmungen, die als Konkretisierungen allgemeiner Rechtsgrundsätze verstanden werden können, auf die sich jedes Rechtssubjekt, also auch der Arbeitgeber, berufen kann; dazu gehören namentlich der Schutz vor Rechtsmissbrauch, der Schutz vor übermässiger Bindung und der Schutz der Persönlichkeit zwecks wirtschaftlicher Entfaltung¹⁹. Demgegenüber fällt es bei anderen Bestimmungen schwerer, deren Zuweisung zum beidseitig zwingenden Recht nachvollziehen zu können, insbesondere dann, wenn diese Zuweisung Wertungswidersprüche begründet oder als nicht mehr zeitgemäss erscheint²⁰.

2. *Schutz vor Rechtsmissbrauch*

Wie oben bereits ausgeführt, hat der Gesetzgeber den *sachlichen Kündigungsschutz* in Bezug auf fünf bestimmte Tatbestände paritätisch ausgestaltet (Art. 336 Abs. 1 lit. a-e OR). Gemäss dem Randtitel gewährt Art. 336 OR Schutz gegen eine «missbräuchliche Kündigung». Die Vorschrift konkretisiert demnach das Verbot des Rechtsmissbrauchs für den Bereich der Kündigung. Unter diesem Blickwinkel ist die Einordnung von Art. 336 Abs. 1 OR unter die beidseitig zwingenden Bestimmungen verständlich, um auch dem Arbeitgeber die uneingeschränkte Berufung auf das Rechtsmissbrauchsverbot zu ermöglichen. Gleiches gilt auch für die damit verbundene Rechtsfolge- und Verfahrensordnung (Art. 336a und 336b OR).

Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 361 N 4; OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, *Droit du travail: éléments de droit suisse*, 2. Aufl., Lausanne 2010, Art. 361 N 8.

¹⁷ Zulässigkeit einer Vereinbarung, das Arbeitsverhältnis bei missbräuchlicher Kündigung fortzusetzen, ZK-STAEHELIN (Fn. 9), Art. 336a OR N 9; Unzulässigkeit einer Vereinbarung, wonach die Einsprache durch eingeschriebenen Brief zu erfolgen hat, ZK-STAEHELIN (Fn. 9), Art. 336b OR N 10.

¹⁸ Zulässigkeit der Vereinbarung längerer Kündigungsfristen, BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 14), Art. 350 N 1.

¹⁹ Vgl. die nachfolgenden Fälle unten in Ziff. II.A.2.-4.

²⁰ Vgl. hierzu unten Ziff. II.A.5. sowie die Kritik von MORF (Fn. 16), Rn. 95 ff.

Missbräuchliche Kündigungen von Arbeitnehmern im Sinne von Art. 336 Abs. 1 OR sind durchaus denkbar. Solche könnten namentlich als Diskriminierungs- oder Rachekündigungen auftreten, so etwa, wenn der Arbeitnehmer wegen der Herkunft, der Religion oder des Alters seines Arbeitgebers kündigt, obwohl die betreffende Eigenschaft weder in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht noch die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt (lit. a), oder wenn der Arbeitnehmer kündigt, weil der Arbeitgeber berechtigterweise auf der Erfüllung einer arbeitnehmerseitigen Pflicht aus dem Arbeitsvertrag besteht (lit. d), beispielsweise auf der Leistung von Überstunden²¹.

In der (Gerichts-)Praxis spielt indessen der Schutz des Arbeitgebers vor missbräuchlichen Kündigungen durch Arbeitnehmer keine Rolle. Offensichtlich erscheint den Arbeitgebern das Verhältnis von entstehendem Aufwand und erwartetem Nutzen als zu wenig attraktiv, um Klagen auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung zu erheben. Demnach sind auch Abweichungen zuungunsten des Arbeitgebers theoretischer Natur²². In der Realität haben sie und der damit angestrebte Schutz des Arbeitgebers keine Bedeutung erlangt²³. Die paritätische Ausgestaltung des sachlichen Kündigungsschutzes könnte daher ohne Verlust aufgegeben werden.

Im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutz für Arbeitnehmer wird im deutschen Recht zwar davon gesprochen, dass die Berufsfreiheit des Arbeitgebers (Art. 12 Abs. 1 GG) wegen der aus ihr folgenden unternehmerischen Entscheidungsfreiheit ein verfassungsrechtlich geschütztes Mindestmass an Kündigungsfreiheit miteinschliesse²⁴. Ein unabdingbarer Schutz des Arbeitgebers vor unbegründeten und willkürlichen Kündigungen des Arbeitnehmers ist jedoch ein weit davon entfernter Gedanke. Ähnliche Bestimmungen wie die schweizerischen, die den Arbeitgeber vor unzulässigen ordentlichen Kündigungen zwingend schützen, finden sich auch im österreichischen Recht nicht.

3. *Schutz vor übermässiger Bindung*

Der Schutz vor übermässiger Bindung kann seine Funktion nur bei zwingender Ausgestaltung erfüllen, weshalb seine beidseitig zwingende Ausgestal-

²¹ DENIS HUMBERT, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Diss. Zürich, Winterthur 1991, 89; AVYÜZEN (Fn. 6), 138.

²² Vgl. BERENSTEIN (Fn. 4), 112.

²³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 16), Art. 336 N 10, 21.

²⁴ HANS BROX/BERND RÜTHERS/MARTIN HENSSLER, Arbeitsrecht, 19. Aufl., Stuttgart 2016, Rn. 464.

tung folgerichtig erscheint. In diese Kategorie lassen sich die Art. 334 Abs. 3, Art. 335 Abs. 1 und Art. 337 OR einordnen.

Gemäss *Art. 334 Abs. 3 OR* kann nach Ablauf von zehn Jahren jede Vertragspartei ein auf längere Dauer abgeschlossenes befristetes Arbeitsverhältnis jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf das Ende eines Monats kündigen. Diese Vorschrift stellt eine Konkretisierung des Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 27 ZGB dar²⁵. Unzulässig sind somit etwa Vereinbarungen, wonach der Arbeitgeber nach zehn Jahren nicht kündigen dürfe oder die Kündigungsfrist nach zehn Jahren mehr als sechs Monate betrage²⁶. Nach dem früheren Recht durften Arbeitsverhältnisse, die für länger als zehn Jahre abgeschlossen worden waren, nur vom Arbeitnehmer jederzeit gekündigt werden²⁷. Damit wurde der Grundsatz der Kündigungsparität durchbrochen²⁸. Der bundesrätliche Entwurf zur Revision des Kündigungsschutzes von 1988 lehnte die paritätische Ausgestaltung der Norm zunächst noch ab. Die paritätische Ausgestaltung erübrige sich, weil die Bindung des Arbeitgebers hauptsächlich vermögensrechtlicher Natur sei und seine persönliche Freiheit nicht erheblich eingeschränkt werde; hingegen könne die Bindung des Arbeitnehmers sein Fortkommen verunmöglichen oder wenigstens sehr stark erschweren²⁹. In den parlamentarischen Beratungen wurde dann jedoch die Kündigungsbefugnis auch auf den Arbeitgeber ausgedehnt³⁰.

Ein Beispiel aus der Gerichtspraxis findet sich in einem Urteil des Tribunale d'appello del Cantone Ticino aus dem Jahr 2012. Dort wurde die durch den Arbeitgeber am 30. Juni 2008 auf den 31. Dezember 2008 (zehn Jahre und sechs Monate nach Vertragsabschluss) ausgesprochene Kündigung eines Arbeitsverhältnisses geschützt, das vom 1. Januar 1998 bis zum 30. Juni 2009 eingegangen worden war³¹. In einem anderen praktischen Fall (der durch Vergleich erledigt wurde) gingen die Parteien ein auf 15 Jahre befristetes Arbeitsverhältnis ein. Der Hintergrund war, dass der Arbeitnehmer (eine fünfzigjährige, hoch spezialisierte und sehr gesuchte Fachkraft) nur zu einem Stellenwechsel bereit war, wenn ihm Arbeitsplatzsicherheit bis zu seiner Pensionierung gewährleistet wurde. Der Plan scheiterte an Art. 334 Abs. 3 OR

²⁵ ZK-STAEHELIN (Fn. 9), Art. 334 OR N 27.

²⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 16), Art. 334 N 10.

²⁷ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 25. August 1967 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag), BBl 1967 II 377. Die Vorgängerbestimmung ist aArt. 351 Abs. 1 OR.

²⁸ ZK-STAEHELIN (Fn. 9), Art. 334 OR N 27.

²⁹ Botschaft (Fn. 8), BBl 1984 II 594 f.

³⁰ Amtl. Bull. StR 1987, 336.

³¹ Tribunale d'appello del Cantone Ticino, JAR 2013, 538 f.

und dessen beidseitig zwingender Wirkung, auf die sich der Arbeitgeber erfolgreich berufen konnte.

Nach § 624 des deutschen BGB kann das Dienstverhältnis von dem Verpflichteten nach dem Ablauf von fünf Jahren gekündigt werden, wenn es für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen ist; die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate. Eine inhaltlich gleiche Vorschrift findet sich in § 15 Abs. 4 TzBfG (Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge). Die Vorschriften schützen nur den Arbeitnehmer; nur dieser sei bei einer darüber hinausgehenden Bindung in seiner persönlichen Freiheit eingeschränkt³². Die gleiche Regelung wurde auch in § 1158 Abs. 3 des österreichischen ABGB getroffen; auch hier steht dem Arbeitgeber kein entsprechendes Kündigungsrecht zu³³.

Nach *Art. 335 Abs. 1 OR* kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei gekündigt werden. Mit dieser Vorschrift wollte der Gesetzgeber verhindern, dass zeitlich unbeschränkte Bindungen das freie Spiel der Vertragsautonomie, das dem schweizerischen Privatrecht zugrunde liegt, aufheben und die Persönlichkeitsentfaltung behindern. Entsprechend dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit sei der Wille einer Partei, das Arbeitsverhältnis zu beenden, grundsätzlich zu respektieren³⁴. Aufgrund der beidseitig zwingenden Wirkung von *Art. 335 Abs. 1 OR* kann das Recht des Arbeitgebers zur ordentlichen Kündigung nicht gültig ausgeschlossen werden³⁵. Beschränkungen sind indessen möglich, wenn sie auf einem sachlichen Grund beruhen, dies grundsätzlich auch dann, wenn sie sich nur zugunsten des Arbeitnehmers auswirken. Beispiele bilden etwa die Notwendigkeit einer vorgängigen Anhörung oder Verwarnung oder das Erfordernis von Leistungs- oder Verhaltensmängeln³⁶.

In Deutschland kann die ordentliche Kündigung arbeits- oder kollektivvertraglich ausgeschlossen werden. Gestützt auf § 624 BGB und § 15 Abs. 4 TzBfG kann sich dann der Arbeitnehmer trotzdem durch eine ordentliche Kündigung aus dem Arbeitsverhältnis lösen, wogegen dem Arbeitgeber diese Möglichkeit verwehrt ist. Nach dem Vorbild von § 34 Abs. 2 TVöD (Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst) kann z.B. die Unkündbarkeit des Arbeitnehmers nach einer Beschäftigungszeit von 15 Jahren und nach Vollendung des 40. Lebensjahres vereinbart werden, oder es kann gar ein Arbeitsverhält-

³² RUDI MÜLLER-GLÖGE/ULRICH PREIS/INGRID SCHMIDT (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. Aufl., München 2017, MÜLLER-GLÖGE-TzBfG, § 15 N 14.

³³ GÜNTHER LÖSCHNIGG, *Arbeitsrecht*, 13. Aufl., Wien 2017, Rn. 8/427.

³⁴ Botschaft (Fn. 8), BBl 1984 II 586.

³⁵ MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Berner Kommentar*, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 335 OR N 17.

³⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 16), Art. 335 N 2 S. 893 f.

nis auf Lebenszeit begründet werden³⁷. Die ordentliche Kündigung wird oft auch kollektivvertraglich in sogenannten Rationalisierungsschutzabkommen ausgeschlossen; hierbei handelt es sich insbesondere um Regelungen zum Schutz von älteren Arbeitnehmern vor Rationalisierungsfolgen³⁸. Ein solcher Ausschluss der ordentlichen Kündigung ist für den Arbeitgeber bindend; er kann dann nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 BGB ausserordentlich kündigen³⁹. Der einzelvertragliche Ausschluss der ordentlichen Kündigung auch für einen längeren Zeitraum, gegebenenfalls bis zum Lebensende des Arbeitnehmers, sei nicht wegen sittenwidriger Knebelung des Arbeitgebers nach § 138 BGB von vornherein unwirksam⁴⁰. Auch in Österreich ist ein vertraglicher Ausschluss der freien Kündbarkeit durch den Arbeitgeber zulässig⁴¹. Ohnehin ist die Kündigungsmöglichkeit für die Masse der Arbeitgeber verhältnismässig stark eingeschränkt⁴².

Art. 337 OR legt insbesondere fest, dass der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit aus wichtigen Gründen fristlos auflösen kann; dabei gilt als wichtiger Grund namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Die beidseitig zwingende Wirkung lässt die vertragliche Qualifizierung eines bestimmten Verhaltens als wichtigen Grund unbeachtlich erscheinen⁴³. Umgekehrt gilt, dass die fristlose Kündigung wegen eines bestimmten Umstandes vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann⁴⁴. Immerhin können Klauseln, die den wichtigen Grund konkretisieren, zeigen, was aus Sicht der Parteien als zumutbar oder unzumutbar für die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses be-

³⁷ WILHEM DÜTZ/GREGOR THÜSING, *Arbeitsrecht*, 22. Aufl., München 2017, Rn. 374 ff., 571; vgl. auch GÜNTER SCHAUB/MARTINA AHRENDT/ULRICH KOCH/RÜDIGER LINCK/JÜRGEN TREBER/HINRICH VOGELSSANG, *Arbeitsrechtshandbuch, Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, München 2017, § 127 Rn. 10.

³⁸ DÜTZ/THÜSING (Fn. 37), Rn. 376.

³⁹ MÜLLER-GLÖGE-TzBfG (Fn. 32), § 15 N 14.

⁴⁰ BAG, Urteil v. 25. März 2004, AP BGB § 138 Nr. 60.

⁴¹ LÖSCHNIGG (Fn. 33), Rn. 8/198; PETER JABORNEGG/REINHARD RESCH/BARBARA FÖDERMAYR, *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht und Kollektives Arbeitsrecht*, 6. Aufl., Wien 2017, Rn. 508.

⁴² JABORNEGG/RESCH/FÖDERMAYR (Fn. 41), Rn. 491.

⁴³ ZK-STAEHELIN (Fn. 9), Art. 337 OR N 43.

⁴⁴ BGE 89 II 30 E. 5.a; zustimmend JÜRIG BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-342 OR*, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 337 N 16; ZK-STAEHELIN (Fn. 9), Art. 337 OR N 43; MEINRAD VETTER/ROMAN S. GUTZWILLER, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, AJP 2010, 706, die ausführen, dass sich das Recht zur ausserordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus dem Schutz der Persönlichkeit im Sinne von Art. 27 ZGB ableitet.

trachtet wurde⁴⁵. Unbeachtlich ist auch die Vereinbarung einer vorgängigen Verwarnung in Fällen, in denen es einer solchen nach der Rechtsprechung nicht bedarf⁴⁶. Diese strikte Ordnung dient nicht nur den eigenen Interessen des Arbeitgebers im engeren Sinne, sondern unterstützt auch seine Pflichterfüllung (namentlich die Erfüllung seiner Fürsorgepflicht) gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer und Dritten (insbesondere Arbeitskollegen). Eine fristlose Kündigung kann unter Umständen erforderlich sein, um die Verantwortung zum Schutz der Arbeitnehmer wahrzunehmen. Der Arbeitgeber kann aufgrund von Art. 328 OR beispielsweise zur Einführung und Durchsetzung eines Helmobligatoriums verpflichtet sein. Die fristlose Entlassung eines Arbeitnehmers, der sich beharrlich weigerte, den Helm zu tragen, wurde von den Gerichten als rechtmässig beurteilt⁴⁷. Gleiches galt in Bezug auf die fristlose Entlassung eines Arbeitnehmers, der einen Arbeitskollegen mit dem Tod bedroht hatte⁴⁸.

Nach § 626 des deutschen BGB kann jede Vertragspartei aus wichtigem Grund fristlos kündigen. Dieses Recht steht dem Arbeitgeber selbst dann (wenn auch nur im Ausnahmefall) zu, wenn die ordentliche Kündigung ausgeschlossen wurde und er andernfalls gezwungen wäre, für Jahre an einem «sinnentleerten» Arbeitsverhältnis festzuhalten⁴⁹. Auch gegenüber unkündbaren Arbeitnehmern – Arbeitnehmern, die aufgrund gesetzlicher, arbeitsvertraglicher oder tarifvertraglicher Regelung nicht (ordentlich) kündbar sind – kann eine ausserordentliche Kündigung nach § 626 BGB zulässig sein⁵⁰. Das Recht zur ausserordentlichen Kündigung nach § 626 BGB ist auch für den Arbeitgeber unabdingbar. Ein Ausschluss ist weder durch Einzel- noch durch Kollektivvertrag möglich bzw. eine entsprechende Vereinbarung nichtig. Selbst eine Einschränkung der ausserordentlichen Kündigungsmöglichkeit auf bestimmte, im Tarifvertrag fest umrissene Tatbestände, gilt – vergleichbar mit der Rechtslage in der Schweiz – als unzulässig⁵¹. Ein Ausschluss des Rechts zur ausserordentlichen Kündigung würde einen unverhältnismässigen Eingriff in die durch Art. 12 GG geschützte Freiheit des Arbeitgebers zur unternehmerischen bzw. gewerblichen Betätigung bedeuten⁵². Hierbei dürfte es sich um das verfassungsrechtlich geschützte Mindestmass an Kündigungs-

⁴⁵ BGer, ARV 2011, 197; OGer Bern, JAR 2017, 377 ff., E. 24.5; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 337 OR N 20.

⁴⁶ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 14), Art. 337 N 12; ZK-STAEHELIN (Fn. 9), Art. 337 OR N 43.

⁴⁷ Appellationshof des Kantons Bern, Urteil v. 20. März 2000, E. III.2., fristlose Entlassung bestätigt in BGer, Urteil v. 28. Juli 2000, 4C.161/2000.

⁴⁸ BGE 127 III 351 E. 4b/dd.

⁴⁹ BROX/RÜTHERS/HENSSLER (Fn. 24), Rn. 534; BAG NZA-RR 2015, 16.

⁵⁰ BROX/RÜTHERS/HENSSLER (Fn. 24), Rn. 542.

⁵¹ SCHAUB/AHRENDT/KOCH/LINCK/TREBER/VOGELSANG (Fn. 38), § 127 Rn. 10.

⁵² SCHAUB/AHRENDT/KOCH/LINCK/TREBER/VOGELSANG (Fn. 38), § 128 Rn. 1.

freiheit handeln⁵³. Im Sinne einer Generalklausel kann gemäss § 1162 des österreichischen ABGB das Dienstverhältnis von jedem Teil aus wichtigen Gründen vorzeitig aufgelöst werden⁵⁴. In Sondererlassen werden die Entlassungsgründe teils «taxativ» (abschliessend), teils «demonstrativ» (beispielhaft) aufgezählt. Die Vereinbarung von Entlassungsgründen – also eine Beschränkung der fristlosen Auflösung aus wichtigem Grund – ist möglich, wobei jeweils zu beachten ist, ob ein Gesetz mit taxativen oder eines mit demonstrativen Tatbestandslisten gilt⁵⁵. Soweit Verschuldenstatbestände betroffen sind, kann im Voraus keiner der Vertragspartner gültig verzichten⁵⁶; derartige Vertragsklauseln wären wegen Sittenwidrigkeit rechtsunwirksam⁵⁷. Die Rechtslage ist kompliziert und die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers kann selbst im Bereich der fristlosen Kündigung vertraglich weiter beschränkt werden.

4. *Schutz der wirtschaftlichen Entfaltung*

Das Recht auf wirtschaftliche Entfaltung stellt einen Teilgehalt des Persönlichkeitsrechts dar. Insofern erscheint es einleuchtend, dass konkretisierten Aspekten davon eine beidseitig zwingende Wirkung zugeschrieben wird. Mit etwas Wohlwollen können solche Aspekte im Recht auf die Leistung von Überstunden nach Art. 321c Abs. 1 OR und im zeitlichen Kündigungsschutz zugunsten des Arbeitgebers gemäss Art. 336d OR gesehen werden.

Wird gegenüber dem zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, die Leistung von Überstundenarbeit notwendig, so ist der Arbeitnehmer nach Art. 321c Abs. 1 OR dazu soweit verpflichtet, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Die Pflicht zur Leistung von Überstunden ist eine besondere Form der Treuepflicht (Art. 321a OR)⁵⁸. Veränderte Betriebsbedürfnisse bzw. gewisse Betriebsereignisse können nicht immer vorausgesehen werden⁵⁹. So kann in Notsituationen die Treuepflicht einen grösseren Umfang der Arbeitspflicht erforderlich ma-

⁵³ Vgl. o. Ziff. II.A.2. letzter Abschnitt.

⁵⁴ Bei der vom Arbeitgeber vorgenommenen Auflösung ist von der fristlosen oder vorzeitigen Entlassung die Rede. JABORNEGG/RESCH/FÖDERMAYR (Fn. 41), Rn. 587.

⁵⁵ Ausführlicher dazu: JABORNEGG/RESCH/FÖDERMAYR (Fn. 41), Rn. 605.

⁵⁶ LÖSCHNIGG (Fn. 33), Rn. 8/199.

⁵⁷ JABORNEGG/RESCH/FÖDERMAYR (Fn. 41), Rn. 585.

⁵⁸ MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Art. 319-362 OR, Bern 2010, Art. 321c OR N 3.

⁵⁹ HANS EMANUEL RAAFLAUB, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers beim Dienstvertrag, Diss. Bern, Winterthur 1959, 32.

chen⁶⁰. Der Arbeitgeber wird bei besonderen vorübergehenden Umständen, unter denen die gewöhnliche Arbeitszeit zur Bewältigung der Arbeit nicht mehr ausreicht und andere Massnahmen nicht zumutbar sind⁶¹, geschützt. Aufgrund der beidseitig zwingenden Wirkung ist ein vertraglicher Ausschluss von Überstundenarbeit unzulässig⁶². Ebenso wenig kann eine vertragliche Beschränkung vereinbart werden⁶³. So war beispielsweise die früher in Art. 52 Abs. 2 des L-GAV für das Gastgewerbe enthaltene Bestimmung, wonach die Leistung von Überstunden auf maximal 25 Stunden im Monat und 150 Stunden im Jahr beschränkt war⁶⁴, unzulässig bzw. für den Arbeitgeber nicht verbindlich.

Anders sieht die Rechtslage in den deutschsprachigen Nachbarländern aus. Eine Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung von Überstunden besteht nach deutschem Recht nur, wenn sie in einem Einzelarbeits- oder Kollektivvertrag vereinbart wurde oder sich ausnahmsweise aus § 242 BGB (Leistung nach Treu und Glauben) i.V.m. dem Arbeitsvertrag ergibt⁶⁵. Mangels einer Vereinbarung kann sich aus der Treuepflicht eine Pflicht zur Leistung von Überstunden ergeben, weil sich der Arbeitgeber in einer Notlage befindet, der anders nicht begegnet werden kann. An den Notfall werden hohe Anforderungen gestellt⁶⁶. In Österreich wird die Überstundenarbeit in § 6 Arbeitszeitgesetz (AZG) definiert. Bei Vorliegen eines erhöhten Arbeitsbedarfs kann die Arbeitszeit um fünf Überstunden in der einzelnen Woche und darüber hinaus um höchstens sechzig Überstunden innerhalb eines Kalenderjahres verlängert werden. Wöchentlich sind jedoch nicht mehr als zehn Überstunden zulässig, und die Tagesarbeitszeit darf zehn Stunden nicht überschreiten (§ 7 Abs. 1 AZG). Erweiterte Regelungen können durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung getroffen werden (§ 7 Abs. 2 und 4 AZG). Ausserdem können «aussergewöhnliche Fälle» nach § 20 AZG zu Überstunden verpflichten. Dabei handelt es sich namentlich um Fälle zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für die Sicherheit des Lebens oder für die Gesundheit von Menschen und zur Verhütung eines unverhältnismässigen wirtschaftlichen Sach-

⁶⁰ Vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 58), Art. 321a OR N 8.

⁶¹ ADRIAN STAEBELIN, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 319-330a OR, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 321c OR N 8.

⁶² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 16), Art. 321c N 13, Art. 361 N 2; HANS DAXELHOFFER, Untersuchungen zu den zweiseitig zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts, Diss. Bern, Bern 1980, 54 f.

⁶³ Vgl. MATTHIAS MÜLLER, Die rechtliche Behandlung der Überstundenarbeit, Diss. Zürich, Zürich 1986, 66.

⁶⁴ MÜLLER (Fn. 63), 68.

⁶⁵ DÜTZ/THÜSING (Fn. 38), Rn. 144.

⁶⁶ LAG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 5 TaBV 7/14.

schadens. Aus der blossen Treuepflicht (etwa bei dringenden Terminarbeiten) ergibt sich keine Pflicht zur Leistung von Überstunden⁶⁷.

Gemäss *Art. 336d OR* darf der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit nicht kündigen, wenn ein Vorgesetzter, dessen Funktionen er ausüben vermag, oder der Arbeitgeber selbst unter den in *Art. 336c Abs. 1 lit. a OR* angeführten Voraussetzungen an der Ausübung der Tätigkeit verhindert ist und der Arbeitnehmer dessen Tätigkeit während der Verhinderung zu übernehmen hat. *Art. 336c Abs. 2 und 3 OR* sind entsprechend anwendbar. Eine Kündigung zur Unzeit soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht dazu führen, dass der Betrieb wegen der Verhinderung des Arbeitgebers oder eines Vorgesetzten wesentlich behindert oder gar lahmgelegt wird. Solche Notlagen könnten vor allem in kleinen gewerblichen und landwirtschaftlichen Betrieben auftreten⁶⁸. Dieser beidseitig zwingende zeitliche Kündigungsschutz zugunsten des Arbeitgebers ist demjenigen zugunsten des Arbeitnehmers nach *Art. 336c OR* nachgebildet, wurde allerdings auf einen der vier Schutztatbestände beschränkt (Militär-, Schutz- und Zivildienst); die wichtigen Fälle der Verhinderung wegen Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft wurden indessen nicht übernommen. Das war vor der Revision von 1988 noch anders. Damals herrschte die Ansicht, der Schutz bei Krankheit, Unfall oder Niederkunft zum Schutz der arbeitgeberseitigen Interessen sei mindestens so wichtig⁶⁹. Anlässlich der Revision wurde jedoch ausgeführt, Verhinderungen des Arbeitgebers infolge Militär-, Schutz- und Zivildienst seien lange im Voraus bekannt und könnten dem Arbeitnehmer rechtzeitig mitgeteilt werden, damit er bei einer allfälligen Kündigung die Sperrfristen berücksichtigen könne. Anders verhalte es sich bei Verhinderungen infolge Krankheit, Unfall und Schwangerschaft. Diese Ereignisse träten plötzlich ein und könnten somit vom kündigenden Arbeitnehmer nicht berücksichtigt werden. Habe der Arbeitnehmer bereits eine neue Stelle, so könne er sie unter Umständen nicht zum vereinbarten Zeitpunkt antreten⁷⁰. Auch wenn vereinzelt von Anwendungsfällen berichtet wird⁷¹, so hat doch die Bestimmung in der Gerichtspraxis keine Bedeutung erlangt⁷².

⁶⁷ FRANZ MARHOLD/MICHAEL FRIEDRICH, *Österreichisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Wien 2012, 111 f.

⁶⁸ ZK-STAEHELIN (Fn. 9), *Art. 336d OR* N 2.

⁶⁹ Botschaft (Fn. 27), BBl 1967 II 380 und aArt. 336f OR.

⁷⁰ Botschaft (Fn. 8), BBl 1984 II 608 f.

⁷¹ HUMBERT (Fn. 21), 149 Fn. 3 mit Verweis auf ein Beispiel aus der Beraterpraxis des Tagesanzeigers, wo ein Arbeitgeber die Kündigung des Arbeitnehmers auf Ende August nicht akzeptierte, da dessen direkter Vorgesetzter ab Mitte August seinen Wiederholungskurs zu absolvieren hatte.

⁷² BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 14), *Art. 336d N 1*; HUMBERT (Fn. 21), 149 Fn. 3.

5. *Andere beidseitig zwingende Bestimmungen*

Im vorliegenden Rahmen kann es nicht darum gehen, alle beidseitig zwingenden Bestimmungen einer Analyse zu unterziehen. Vielmehr soll es bei einigen weiteren Beispielen sein Bewenden haben, die sich nicht auf wichtige allgemeine Rechtsprinzipien zurückführen lassen und deren zwingende Wirkung zugunsten des Arbeitgebers daher weniger oder überhaupt nicht zu überzeugen vermag. In solchen Fällen wird in der Literatur teilweise entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut dafür plädiert, die zwingende Wirkung zugunsten des Arbeitgebers einzuschränken.

Nach Art. 323b Abs. 2 OR darf der Arbeitgeber Gegenforderungen mit der Lohnforderung nur, *aber immerhin* soweit verrechnen, als diese pfändbar ist. Aufgrund der beidseitig zwingenden Wirkung dieser Norm bedeutet dies, dass dem Arbeitgeber das Verrechnungsrecht im pfändbaren Bereich selbst dann erhalten bleibt, wenn er einem Verrechnungsverbot zugestimmt hat. Der Arbeitnehmer kann indessen auch im pfändbaren Bereich durchaus ein legitimes Interesse an einem Verrechnungsverbot haben, um seine Zahlungsfähigkeit gegenüber Dritten (z.B. gegenüber seinem Vermieter oder Hypothekargläubiger) zu sichern. Andernfalls besteht insbesondere bei einem angespannten Arbeitsverhältnis die Gefahr, dass der Arbeitgeber die Zahlung des pfändbaren Lohnanteils unter Berufung auf die Verrechnung mit einer zweifelhaften oder vorgeschobenen Gegenforderung verweigert. Es ist nicht einzusehen, weshalb (die etwa bei Banken beliebten) Verrechnungsverbote nicht auch zugunsten von Arbeitnehmern bzw. zur Sicherung von Lohnforderungen vereinbart werden dürfen.

Art. 329d Abs. 3 OR bestimmt, dass der Arbeitgeber den Ferienlohn verweigern und bereits bezahlten Ferienlohn zurückverlangen kann, falls der Arbeitnehmer während der Ferien entgeltliche Arbeit für einen Dritten leistet und dadurch die berechtigten Interessen des Arbeitgebers verletzt werden. Ein wichtiger Anwendungsfall einer solchen Interessensverletzung besteht in der Konkurrenzierung des Arbeitgebers⁷³. Während diese Bestimmung mit beidseitig zwingender Wirkung ausgestattet wurde, ist indessen die Parallelvorschrift von Art. 321a Abs. 3 OR dispositiv. Nach dieser Vorschrift darf der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert. Hier offenbart sich somit ein Wertungswiderspruch, der die Einordnung von Art. 329d Abs. 3 OR unter die beidseitig zwingenden Bestimmungen als nicht adäquat erscheinen lässt. Sodann wird in der Literatur die Meinung vertreten, der Arbeitgeber könne einer

⁷³ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 16), Art. 329d N 16; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 58), Art. 329d OR N 17.

entgeltlichen Arbeit für einen Dritten während der Ferien zustimmen und dadurch zum Ausdruck bringen, dass er seine Interessen nicht als verletzt betrachte, was dann die Berufung auf Schwarzarbeit ausschliesse⁷⁴. Die beidseitig zwingende Wirkung von Art. 361 OR finde in diesem Fall keine Anwendung, da es an einer Interessensverletzung des Arbeitgebers fehle⁷⁵.

Einen etwas anderen Ansatz hat das deutsche Recht gewählt. Gemäss § 8 BUrlG (Bundesurlaubsgesetz) darf der Arbeitnehmer während des Urlaubs keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit leisten. Dieses Verbot soll auch das Interesse des Arbeitgebers an der Erhaltung der Arbeitskraft schützen, zumal der Arbeitgeber die Kosten für die Freistellung trägt⁷⁶. Unter dem Titel Unabdingbarkeit regelt § 13 BUrlG, dass von den vorstehenden Vorschriften nur in Tarifverträgen abgewichen werden kann. Jedoch wird die Erlaubnis, jeder Tätigkeit während des Urlaubs nachgehen zu dürfen, als nicht wirksam eingestuft; denn damit werde der Erholungszweck ausser Acht gelassen⁷⁷. Im Unterschied zum schweizerischen Recht hat der Arbeitgeber keinen Rückzahlungsanspruch für eine bereits bezahlte Urlaubsvergütung⁷⁸.

Nach Art. 335a Abs. 1 OR dürfen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine verschiedenen Kündigungsfristen festgesetzt werden; bei widersprechender Abrede gilt für beide die längere Frist (*Kündigungsparität*). Obwohl eine Einreihung unter Art. 361 OR fehlt, gilt die Bestimmung als beidseitig zwingend⁷⁹. Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb der Arbeitgeber die Flexibilität und das Fortkommen des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt nicht mit kürzeren Kündigungsfristen erleichtern können soll, ohne dass hierfür der Ausnahmetatbestand von Art. 335a Abs. 2 OR vorliegt (Arbeitgeberkündigung aus wirtschaftlichen Gründen)⁸⁰.

Auch das österreichische Recht hält in § 1159c ABGB fest, dass die Kündigungsfrist immer für beide Teile gleich sein muss; wurden ungleiche Fristen vereinbart, so gilt für beide Teile die längere Frist. In der österreichischen Literatur wird jedoch die Meinung vertreten, dass entsprechend dem Sinn des

⁷⁴ ZK-STAEHELIN (Fn. 61), Art. 329d OR N 22.

⁷⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 58), Art. 329d OR N 17; vgl. auch OGer Solothurn, JAR 1982, 138 f., E. 4.

⁷⁶ BROX/RÜTHERS/HENSSLER (Fn. 24), Rn. 408.

⁷⁷ RUDI MÜLLER-GLÖGE/ULRICH PREIS/INGRID SCHMIDT (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017, GALLNER-BUrlG § 13 N 15.

⁷⁸ SCHAUB/AHRENDT/KOCH/LINCK/TREBER/VOGELANG (Fn. 38), § 104 Rn. 63.

⁷⁹ Vgl. BGer, Urteil v. 5. September 2006, 4C.186/2006, E. 2.1; von der Botschaft wird die Bestimmung interessanterweise unter Art. 361 OR behandelt, dies noch unter der Kategorie von Normen, die weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden dürfen, Botschaft (Fn. 8), BBl 1984 II 617.

⁸⁰ Vgl. BERENSTEIN (Fn. 4), 112.

Gesetzes eine kürzere Frist zugunsten des Arbeitnehmers möglich ist⁸¹. § 622 Abs. 6 BGB bestimmt, dass für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer keine längere Frist vereinbart werden darf als für die Kündigung durch den Arbeitgeber.

Das Gesetz sieht an verschiedenen Stellen *Schadenersatzansprüche* vor, die mit beidseitig zwingender Wirkung ausgestattet wurden. Dazu gehören der Schadenersatzanspruch gegen die Partei, die durch ihr vertragswidriges Verhalten einen wichtigen Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses gesetzt hat (Art. 337b Abs. 1 OR), der Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers, wenn der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund die Arbeitsstelle nicht antritt oder sie fristlos verlässt (Art. 337d Abs. 1 Halbs. 2 OR) sowie der Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers, wenn der Arbeitnehmer ein vereinbartes nachwirkendes Konkurrenzverbot übertritt (Art. 340b Abs. 1 und 2 OR). Demgegenüber sieht Art. 100 Abs. 1 OR vor, dass eine im Voraus getroffene Abrede, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, nichtig ist. Mit anderen Worten erlaubt diese Vorschrift die Wegbedingung eines Schadenersatzanspruchs bei leichter und mittlerer Fahrlässigkeit. Es vermag nicht einzuleuchten, warum ein solcher partieller Haftungsausschluss ausgerechnet nicht zugunsten des Arbeitnehmers vereinbart werden kann⁸².

Als (mindestens teilweise) verfehlt dürfte auch die Einordnung der Art. 339 Abs. 1 OR (Fälligkeit der Forderungen), Art. 339a OR (Rückgabepflichten) und Art. 349c Abs. 3 OR (Verhinderung an der Reisetätigkeit) in die Liste von Art. 361 Abs. 1 OR zu betrachten sein. Diesen Regelungen zufolge kann beispielsweise nicht gültig vereinbart werden, dass eine Forderung des Arbeitgebers auf Rückzahlung eines zu hohen vorausbezahlten Auslagenersatzes später fällig wird oder dass das vom Arbeitnehmer auch privat benutzte Geschäftsfahrzeug erst nach der Anschaffung eines anderen Fahrzeugs zurückzugeben ist⁸³.

6. *Würdigung*

Das Konzept des beidseitig zwingenden Schutzes, wie es in Art. 361 OR verwirklicht wurde, leidet infolge seiner Unvollständigkeit und Mehrdeutigkeit an mangelnder Rechtssicherheit sowie teilweise an Inkohärenz und feh-

⁸¹ LÖSCHNIGG (Fn. 33), Rn. 8/021.

⁸² Zu Recht kritisch EDWIN SCHWEINGRUBER, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl., Zürich 1976, Art. 340b, 308 f.; DAXELHOFFER (Fn. 62), 130 ff.; ZK-STAEHELIN (Fn. 9), Art. 340b OR N 22.

⁸³ Beispiele nach ZK-STAEHELIN (Fn. 9), Art. 339 OR N 13 und Art. 339a OR N 9; vgl. auch Art. 349c OR N 5.

lender Nachvollziehbarkeit in inhaltlicher Hinsicht. Ausserdem besteht eine Diskrepanz zwischen seinem erheblichen Regelungs- und Auslegungsaufwand und seiner bescheidenen praktischen Bedeutung. Diese dürfte vor allem in der Beschränkung der Macht der Verbände zu sehen sein. Auf individueller Ebene spielt wohl die Unabänderlichkeit des wichtigen Grundes für eine fristlose Kündigung die bedeutsamste Rolle. Bezeichnenderweise gilt sie auch im deutschen Recht zugunsten beider Parteien. Insgesamt lässt sich die Folgerung ziehen, dass sich das Konzept von Art. 361 OR inhaltlich und formal als verbesserungsbedürftig erweist und anlässlich der nächsten grösseren Revision des Arbeitsvertragsrechts grundsätzlich überdacht werden sollte. Es war schon vor der letzten Revision Gegenstand von Kritik⁸⁴ und ist es auch heute noch, sei es generell⁸⁵ oder im Zusammenhang mit einzelnen unterstellten Bestimmungen.

B. Durch das IPRG

Art. 121 IPRG über das anwendbare Recht bei Arbeitsverträgen soll die Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Bezug auf den transnationalen Bereich ausgleichen⁸⁶. Die Lösung des Gesetzgebers soll im Interesse beider Parteien stehen⁸⁷. Gemäss Art. 121 Abs. 3 IPRG, der die *Rechtswahl* regelt, können die Parteien den Arbeitsvertrag dem Recht des Staates unterstellen, in dem der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder in dem der Arbeitgeber seine Niederlassung, seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Der Normzweck lässt nur die in Art. 121 Abs. 3 IPRG genannten Anknüpfungsmöglichkeiten zu. Andere Rechtswahlmöglichkeiten sind ausgeschlossen und der Charakter der Bestimmung ist erschöpfend⁸⁸.

Diese somit als beidseitig zwingend ausgestaltete Bestimmung dient zunächst dem Schutz des Arbeitnehmers, indem sie verhindert, dass ein beliebiges Recht mit einem möglichst tiefen Standard in Bezug auf den Arbeitnehmer-

⁸⁴ BGer, JAR 1983, 168 f.; TSCHUDI (Fn. 7), 88; SCHWEINGRUBER (Fn. 82), Art. 361 N 1; DAXELHOFFER (Fn. 62), 27, 152 ff.

⁸⁵ Kritisch zur Unabänderlichkeit der verschiedenen Gruppen von Normen: MORF (Fn. 16), Rn. 95 ff.; AVYÜZEN (Fn. 6), 131 f.

⁸⁶ ALEXANDER BRUNNER, Art. 114 f., Art. 120 f., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 121 N 7.

⁸⁷ BSK IPRG-BRUNNER (Fn. 86), Art. 121 N 42.

⁸⁸ BSK IPRG-BRUNNER (Fn. 86), Art. 121 N 42; ANDREA BONOMI, Art. 112-121, 123-149 LDIP, Art. 5.1, 5.3, 5.4, 5.7, 8-21, 22.1, 61 CL, in: Andreas Bucher (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Basel 2011, Art. 121 N 16.

schutz gewählt werden kann. Indessen fällt auf, dass nur eine der vier Wahlmöglichkeiten eine Verbindung zum Arbeitnehmer herstellt (Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Arbeitnehmers). Nicht gewählt werden kann demnach das Recht des Staates, in dem der Arbeitsort liegt⁸⁹, in dem der Arbeitnehmer Wohnsitz hat oder dessen Staatsangehöriger er ist⁹⁰. Mit Blick auf eine allenfalls lange und enge Vertrautheit des Arbeitnehmers mit diesen Rechtsordnungen könnte er ein verständliches Interesse an deren Wahl haben⁹¹. Der Ausschluss dieser Wahlmöglichkeiten begünstigt insofern den Arbeitgeber, als er mit den entsprechenden Rechtsordnungen möglicherweise nicht vertraut ist.

Die verbleibenden Wahlmöglichkeiten haben arbeitgeberseitige Anknüpfungspunkte (Niederlassung, Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt des Arbeitgebers). Da es dem Arbeitgeber oftmals gelingen wird, bei Bedarf auf der Wahl eines dieser Rechte zu bestehen, kann er sich nicht nur für das arbeitgeberfreundlichste entscheiden, sondern hat auch den Vorteil, dass ihm das gewählte Recht vertraut sein wird. Umgekehrt kann insbesondere die zugelassene Wahl des Rechts am Sitz des Arbeitgebers zur Anwendung eines Rechts führen, zu dem der Arbeitnehmer keinerlei Bezug hat.

Vor diesem Hintergrund lässt sich feststellen, dass Art. 121 Abs. 3 IPRG ebenso sehr dem Schutz des Arbeitgebers wie demjenigen des Arbeitnehmers dient. Die Einschätzung, dass der mit beidseitig zwingender Wirkung ausgestattete Art. 121 Abs. 3 IPRG durch die Bestimmung der wählbaren Rechtsordnungen die Interessen des Arbeitgebers sogar stärker bewertet als die des Arbeitnehmers und im Ergebnis den Arbeitgeber begünstigt, liegt nicht fern⁹².

Nach Art. 8 Abs. 1 Satz 1 der ROM I-Verordnung⁹³ unterstehen Individualarbeitsverträge dem von den Parteien gewählten Recht gemäss Art. 3, der den Grundsatz der freien Rechtswahl statuiert. Dieses Prinzip unterliegt indessen einer substanziellen Einschränkung: Die Rechtswahl der Parteien darf nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das mangels einer

⁸⁹ ROLF BIRK, Deutsches und schweizerisches Arbeitskollisionsrecht – Eine bilaterale Skizze, FS Anton Heini, Zürich 1995, 20 f.

⁹⁰ BSK IPRG-BRUNNER (Fn. 86), Art. 121 N 42, wonach andere Rechtswahlmöglichkeiten ausgeschlossen sind.

⁹¹ Ein Bedürfnis nach der Wahl des Rechts am gewöhnlichen Arbeitsort steht allerdings nicht im Vordergrund, da dieses im Rahmen der objektiven Anknüpfung nach Art. 121 Abs. 1 IPRG vorgesehen ist.

⁹² BIRK (Fn. 89), 20.

⁹³ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593> (Stand: 15. Mai 2018).

Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Bei diesem (durch objektive Anknüpfung ermittelten) Recht handelt es sich primär um das Recht am gewöhnlichen Arbeitsort und subsidiär um das Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat. Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Vertrag eine engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist, ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden (Art. 8 Abs. 1 Satz 2-Abs. 4 ROM I-Verordnung). Pointiert formuliert, kommen zwar die Bestimmungen des gewählten Rechts zur Anwendung, doch muss dem Arbeitnehmer mindestens das zwingende Schutzniveau desjenigen Rechts erhalten bleiben, das bei objektiver Anknüpfung zum Zug käme⁹⁴.

C. Durch die VegüV

Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 der auf den 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) schreibt vor, dass die Statuten Bestimmungen über die maximale Dauer der Verträge, die den Vergütungen für die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung zugrunde liegen, und die maximale Kündigungsfrist für unbefristete Verträge enthalten müssen; *Dauer und Kündigungsfrist* dürfen *höchstens ein Jahr* betragen. Zweck dieser Bestimmung ist es, die Umgehung des Verbots von Abgangsentschädigungen zu verhindern⁹⁵. Dieser Zweck versteht sich vor dem Hintergrund der übergeordneten Ziele von Art. 95 Abs. 3 BV: Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionäre sowie eine nachhaltige Unternehmensführung⁹⁶. Die VegüV beschränkt in Verbindung mit den entsprechenden Statutenbestimmungen die Vertragsfreiheit der börsenkotierten Aktiengesellschaft, als Arbeitgeber (oder in anderer Eigenschaft) Verträge abzuschliessen, welche die vorgesehene Dauer oder Kündigungsfrist überschreiten. Solche Verträge sind in Bezug auf

⁹⁴ RUDI GLÖGE-MÜLLER/ULRICH PREIS/INGRID SCHMIDT (Hrsg.), *Erfürter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. Aufl., München 2017, SCHLACHTER-Rom I-VO Art. 9 N 5 und 19.

⁹⁵ EJPD, Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA), Erläuternder Bericht vom 14. Juni 2013, https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2399/Abzockerei_Erl.-Bericht_de.pdf (Stand: 15. Mai 2018), 16.

⁹⁶ URS KÄGI, Art. 12, 27 Abs. 1 VegüV, in: Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt, *Basler Kommentar, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften*, Basel 2015, Art. 12 N 2.

die Überschreitung im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR nichtig⁹⁷, und entsprechende Zahlungen erfolgen ohne Rechtsgrund⁹⁸.

Die Aktionäre und letztlich auch die Gesellschaft als Arbeitgeber sollen sodann insbesondere durch die Vorschriften der Art. 20 und 21 VegüV über *unzulässige Vergütungen* geschützt werden. So sind namentlich Abgangsschädigungen für Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats unzulässig, die vertraglich vereinbart oder statutarisch vorgesehen sind (wobei Vergütungen, die bis zur Beendigung der Vertragsverhältnisse geschuldet sind, nicht als Abgangsschädigungen gelten, Art. 20 Ziff. 1 VegüV). Unter den weiteren unzulässigen Vergütungsformen befinden sich beispielsweise auch Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden (Art. 20 Ziff. 2 VegüV). Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der VegüV (am 1. Januar 2014) bestehenden Arbeitsverträge mussten innerhalb von zwei Jahren angepasst werden, so dass nun die Vorschriften der VegüV auf alle Arbeitsverträge anwendbar sind (Art. 28 VegüV).

III. Schutz durch Sicherung der Privatautonomie

A. Bedeutung der Grundrechte

Der Schutz des Arbeitgebers durch Sicherung der Privatautonomie verwirklicht sich in erster Linie über die Anwendung von Grundrechten, auf die auch er sich berufen kann, wie das beispielsweise bei der Vertragsfreiheit der Fall ist. Gemäss Art. 35 Abs. 1 BV müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV). Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (indirekte Drittwirkung der Grundrechte im Sinne von Art. 35 Abs. 3 BV)⁹⁹. Im Folgenden wird auf einige hier interessierende Grundrechte gemäss der *Schweizerischen Bundesverfassung* und der *Charta der Grundrechte der Europäischen*

⁹⁷ MARTIN L. MÜLLER, VegüV, in: Vito Roberto/Ahmet Kut, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft (Art. 530-771 OR) inkl. VegüV, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 12 N 10.

⁹⁸ CLAUDE LAMBERT/ANDREAS MÜLLER, Art. 2, 12, 27 VegüV, in: David Oser/Andreas Müller, Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Art. 12 N 92.

⁹⁹ Vgl. dazu KLAUS A. VALLENDER, Art. 27-28, 73 f., 85, Vorbem. Wirtschaftsverfassung, 94, 104, Vorbem. Finanzordnung, 126-128, 130, 133 f., in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 28 N 14.

*Union*¹⁰⁰ sowie auf entsprechende Konkretisierungen in der Gesetzgebung eingegangen.

Im Arbeitsrecht allgemein und im vorliegenden Zusammenhang insbesondere kommt der *Grundrechtsbindung der Verbände* (neben derjenigen des Staates) eine wichtige Bedeutung zu. Mit VISCHER/ALBRECHT ist davon auszugehen, dass die GAV-Parteien aufgrund von Art. 35 BV bei der Ausgestaltung normativer und indirekt-schuldrechtlicher Bestimmungen an die verfassungsmässigen Grundrechte gebunden sind¹⁰¹. Diese Bindung rechtfertigt sich im Hinblick auf die besondere Normsetzungsbefugnis, die der Staat den Verbänden übertragen hat und die es ihnen ermöglicht, den einzelnen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im GAV nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten aufzuerlegen, obschon sie selbst nicht Partei dieses Vertrags sind. Weniger weit geht STÖCKLI, der immerhin eine qualifizierte mittelbare Drittwirkung insofern annimmt, als die Auslegung von GAV-Normen grundrechtskonform zu erfolgen hat¹⁰². Die Grundrechtsbindung der Verbände wurde teilweise durch Gesetzesbestimmungen konkretisiert und beansprucht insofern unbestrittenmassen Geltung¹⁰³. Vor dem genannten Hintergrund liegt der Schwerpunkt bei der folgenden Auswahl von Anwendungsfällen im kollektiven Arbeitsrecht.

B. Koalitionsfreiheit

Nach schweizerischem Verständnis enthält die Koalitionsfreiheit im weiteren Sinne drei Elemente, nämlich die Koalitionsfreiheit im engeren Sinne (Art. 28 Abs. 1 BV), die Tarifautonomie¹⁰⁴ und die Arbeitskampffreiheit (Art. 28 Abs. 2-4 BV). Die Entsprechungen in der europäischen Grundrechtecharta finden sich in Art. 12 (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit) und Art. 28 (Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmassnahmen).

¹⁰⁰ 2012/C 326/02, Amtsblatt der Europäischen Union vom 26. Oktober 2012, C 326/391, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT> (Stand: 15. Mai 2018).

¹⁰¹ FRANK VISCHER/ANDREAS C. ALBRECHT, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 356-360f OR, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 356 OR N 113, mit eingehender Begründung.

¹⁰² JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/3, Art. 356-360 OR, Bern 1999, Art. 356 OR N 129, unter Berufung auf PHILIPP GREMPER, Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Rechte, Diss. Basel, Basel 1993, 58 und CLAUDIA CAMASTRAL, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich, Chur/Zürich 1996, 143.

¹⁰³ Vgl. z.B. Art. 356a OR und u. Ziff. III.B.

¹⁰⁴ Sie ist die Rechtsmacht, durch GAV die Arbeitsbedingungen mit verbindlicher Wirkung für die betroffenen Einzelarbeitsverhältnisse zu regeln; sie ist nach h.L. implizit in Art. 28 BV mitenthalten; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Rn. 1003 und 1066.

Gemäss Art. 28 Abs. 1 BV haben nicht nur die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sondern auch die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie ihre Organisationen das Recht, sich zum Schutz ihrer Interessen zusammenzuschliessen, Vereinigungen zu bilden und solchen beizutreten oder fernzubleiben. Art. 28 Abs. 3 BV erklärt sodann neben Streiks auch Aussperrungen als zulässig, wenn sie Arbeitsbeziehungen betreffen und wenn keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen, wobei Streitigkeiten nach Möglichkeit durch Verhandlung oder Vermittlung beizulegen sind (Art. 28 Abs. 2 BV).

Im Licht der Privatautonomie des Arbeitgebers steht die Koalitionsfreiheit im engeren Sinne im Vordergrund. Sie stellt zunächst ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat dar¹⁰⁵. Dieser darf insbesondere weder die Gründung von Arbeitsverbänden oder den Beitritt zu ihnen verunmöglichen bzw. behindern (positive Koalitionsfreiheit) noch darf er Zwangsverbände errichten oder den Beitritt zu bestehenden Verbänden erzwingen (negative Koalitionsfreiheit)¹⁰⁶. Die Koalitionsfreiheit wird jedoch auch gegenüber Privaten geschützt, was im Rahmen der indirekten Drittwirkung der Grundrechte mittels privatrechtlicher Normen (wie derjenigen von Art. 356a und 356b OR sowie von Art. 27 und 28 ZGB) geschieht¹⁰⁷. Rechtsgeschäfte, die die Koalitionsfreiheit einzuschränken oder zu behindern versuchen, sind nichtig (Art. 20 OR)¹⁰⁸.

Ein kollektivrechtliches Beispiel für einen unmittelbaren Schutz des Arbeitgebers lässt sich aus dem Schutz vor *Verbandszwang* gewinnen. Ein Arbeitgeberverband wird in der Regel ein Interesse am Beitritt möglichst vieler Arbeitgeber haben, da mehr Mitglieder höhere Einnahmen, einen verstärkten Einfluss und eine bessere Stellung gegenüber Konkurrenzverbänden versprechen. Ein solches Interesse können aber auch organisierte Arbeitgeber haben, die an gesamtarbeitsvertragliche Mindestarbeitsbedingungen gebunden sind und deshalb höhere Produktionskosten als nicht oder anders organisierte Arbeitgeber haben. Werden zur Verfolgung dieser Interessen Massnahmen ergriffen, die Aussenseiter durch Ausübung von Druck zum Eintritt in einen Verband veranlassen sollen, stellt dies einen unzulässigen Eingriff in die (negative) Koalitionsfreiheit dar. Eine wichtige derartige Konstellation wird in Art. 356a Abs. 1 OR ausdrücklich geregelt. Danach sind Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags und Abreden zwischen den Vertragsparteien, durch die Arbeitgeber oder Arbeitnehmer zum Eintritt in einen vertragschliessenden

¹⁰⁵ VALLENDER (Fn. 99), Art. 28 N 14.

¹⁰⁶ PATRICIA M. SCHIESS RÜTIMANN, Art. 23, 28, 147, 195, SchlB, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belsler/Astrid Epiney, Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 28 N 11; PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 104), Rn. 1007 und 1023.

¹⁰⁷ PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 104), Rn. 1008 ff., 1024 ff.; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, Rn. 496.

¹⁰⁸ REHBINDER (Fn. 107), Rn. 497.

Verband gezwungen werden sollen, nichtig. Schutzgut ist die autonome Entscheidung, dem Verband fernzubleiben.

Richtet sich der Verbandszwang gegen Arbeitnehmer, so werden durch deren Schutz mittelbar auch die Arbeitgeber in ihrer Vertragsfreiheit geschützt. Das soll am Beispiel der *Closed-shop*-Klausel gezeigt werden. Mit dieser Klausel wird den Arbeitgebern die Pflicht auferlegt, nur Mitglieder der vertragschließenden Gewerkschaft als Arbeitnehmer anzustellen¹⁰⁹. Sie wird zu den sogenannten Absperrklauseln gezählt, da der Arbeitnehmer vor die Wahl gestellt wird, entweder der Gewerkschaft beizutreten oder vom Arbeitsmarkt abgesperrt zu werden. Dabei wird ersichtlich, dass diese Klausel nicht nur die Koalitionsfreiheit bzw. das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Arbeitnehmer verletzt, sondern auch einen unzulässigen Eingriff in die Vertragsfreiheit der Arbeitgeber – in Form der Partnerwahlfreiheit – darstellt. Einen Verbandszwang bewirkende Absperrklauseln (auch in der Gestalt von *Union-shop*-Klauseln und *Maintenance of membership*-Klauseln) sind stets unwirksam¹¹⁰, während dies auf die sogenannten Differenzierungsklauseln nur teilweise zutrifft¹¹¹.

C. Niederlassungsfreiheit

Grundlage der Niederlassungsfreiheit bilden Art. 24 BV in der Schweiz und Art. 49 AEUV in der Europäischen Union. Diese Bestimmung ist im Hinblick auf einen nachstehend behandelten EuGH-Entscheid¹¹² und den darin dem Arbeitgeber gewährten Schutz von besonderer Bedeutung. Nach dieser Vorschrift sind Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats grundsätzlich verboten. Das Gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind. Unter Vorbehalt des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Ge-

¹⁰⁹ ZK-VISCHER/ALBRECHT (Fn. 101), Art. 356a OR N 18; PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 104), Rn. 1031.

¹¹⁰ BK-STÖCKLI (Fn. 102), Art. 356a OR N 6 ff.; PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 104), Rn. 1031.

¹¹¹ ZK-VISCHER/ALBRECHT (Fn. 101), Art. 356a OR N 20 ff.; PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 104), Rn. 1032; vgl. neben Art. 356a Abs. 1 OR auch die Bestimmungen von Art. 356a Abs. 2 und 3 OR (Freiheit der Berufsausübung) sowie von Art. 356b Abs. 2 und 3 OR (Anschluss), die einen ähnlichen, wenn auch teilweise weniger weitgehenden Schutzzweck verfolgen.

¹¹² Vgl. u. Ziff. III.G.2.

sellschaften im Sinne von Art. 54 Abs. 2 AEUV, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH betrifft der Begriff «Beschränkung» im Sinne von Art. 49 AEUV unter anderem Massnahmen, die, selbst wenn sie hinsichtlich der Staatsangehörigkeit unterschiedslos angewendet werden, geeignet sind, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen¹¹³. Die tatsächliche Ausübung der Niederlassungsfreiheit gewährleistet als ihre notwendige Ergänzung, dass die von einer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen juristischen Person gegründete Tochtergesellschaft, Zweigniederlassung oder Agentur gegebenenfalls, wenn die Tätigkeit, die sie auf den Aufnahmemitgliedstaat ausweiten will, es verlangt, Arbeitnehmer in diesem Mitgliedstaat beschäftigen kann¹¹⁴. Eine solche Ausübung schliesst grundsätzlich auch die Freiheit ein, die Art und den Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeit, die auf den Aufnahmemitgliedstaat ausgeweitet wird, und vor allem die Grösse der festen Einrichtungen und die Anzahl der zu diesem Zweck erforderlichen Arbeitnehmer zu bestimmen, sowie das Recht, anschliessend den Umfang dieser Tätigkeit zu verringern oder gegebenenfalls sogar diese und die Niederlassung aufzugeben¹¹⁵. Damit verbunden sind auch die Freiheit der Wirtschaftsteilnehmer, mit den Arbeitnehmern Verträge zur Durchführung ihrer Tätigkeiten zu schliessen, die Freiheit, die Tätigkeit ihrer Niederlassung von sich aus zu beenden, sowie die Freiheit, unter Berücksichtigung unter anderem von Faktoren wie der Einstellung oder Einschränkung der Tätigkeit des Unternehmens, der Abnahme der Nachfrage für das von ihnen hergestellte Erzeugnis oder auch aufgrund einer Neuordnung des Unternehmens, die in keiner Beziehung zu dessen Geschäftsvolumen steht, zu beurteilen, ob und wann Massenentlassungen vorzunehmen sind¹¹⁶.

D. Wirtschaftsfreiheit

Art. 27 Abs. 1 BV gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit. Diese umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufs sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV). Die Wirtschaftsfreiheit schützt die privatwirtschaftliche Betätigung in einem umfassenden Sinn¹¹⁷. Art. 27 BV schützt insbesondere jede gewerbmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines

¹¹³ EuGH, Urteil v. 21. Dezember 2016, C-201/15, Rn. 48 m.w.H.

¹¹⁴ Ibid., Rn. 52.

¹¹⁵ Ibid., Rn. 53.

¹¹⁶ Vgl. *ibid.*, Rn. 55.

¹¹⁷ VALLENDER (Fn. 99), Art. 27 N 9.

Gewinns dient. Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet die Freiheit der selbständigen Erwerbstätigkeit mit allen ihren Implikationen, so z.B. auch die freie Wahl der Mitarbeiter¹¹⁸. Teilweise Überschneidungen dazu finden sich in Art. 15 der europäischen Grundrechtecharta (Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten).

Zwei im vorliegenden Zusammenhang besonders wichtige Ausprägungen der Wirtschaftsfreiheit bilden die unternehmerische Freiheit und die Vertragsfreiheit, sodass sie nachfolgend als separate Punkte behandelt werden. Dies rechtfertigt sich auch deshalb, weil sie in der europäischen Grundrechtecharta einem eigenen Artikel zugewiesen wurden (Art. 16).

E. Unternehmerische Freiheit

In der Schweiz ist die unternehmerische Freiheit als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 BV zu betrachten¹¹⁹, während sie in der europäischen Grundrechtecharta explizit in Art. 16 gewährleistet wird.

Eine bemerkenswerte kollektivrechtliche Ausstrahlung der unternehmerischen Freiheit zeigt sich im schweizerischen Recht beispielsweise im Zusammenhang mit den *Inhaltsschranken des Gesamtarbeitsvertrags*. Nach Art. 356 OR kann der Inhalt des GAV, soweit er nicht bloss das Verhältnis der GAV-Parteien unter sich betrifft (schuldrechtlicher Inhalt), entweder aus Bestimmungen «über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse» (normativer Inhalt) oder aus Bestimmungen bestehen, die «das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern betreffen». Daraus ergibt sich insbesondere, dass der GAV keine Regelungen treffen kann, welche die Arbeitnehmer oder die Arbeitgeber ausserhalb des Arbeitsverhältnisses binden¹²⁰. Für die Arbeitgeber bedeutet dies namentlich, dass ihnen ein unternehmerischer Entscheidungsfreiraum zusteht, der durch einen GAV nicht gültig beschränkt werden kann¹²¹. Die gesellschaftsrechtlichen Zustän-

¹¹⁸ VALLENDER (Fn. 99), Art. 27 N 22.

¹¹⁹ VALLENDER (Fn. 99), spricht in Art. 27 N 22 ff. von der «Freiheit unternehmerischer Betätigung»; vgl. auch GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich, Art. 27 N 8, wonach die selbständige (unternehmerische) Erwerbstätigkeit grundrechtlich geschützt ist.

¹²⁰ ZK-VISCHER/ALBRECHT (Fn. 101), Art. 356 OR N 110 (Hervorhebung durch die Verf.).

¹²¹ ZK-VISCHER/ALBRECHT (Fn. 101), Art. 356 OR N 95 und 121 berufen sich dazu auf «die bestehende Privat- und Wirtschaftsordnung» bzw. auf eine «Grundentscheidung unserer Rechtsordnung».

digkeits- und Verantwortungsregelungen «würden durch unternehmerische Mitbestimmungsrechte aus den Angeln gehoben»¹²².

Demzufolge können die GAV-Parteien nicht in die Rechte der Organe der Unternehmensträgerschaft (Aktiengesellschaft, Genossenschaft) eingreifen¹²³. Der Freiheit im unternehmerischen Bereich unterliegen etwa Entscheide zur Besetzung von leitenden Organen, zur Gestaltung des Absatzmarktes, zum Ergreifen von Investitionen, zur Fortführung oder Änderung der Produktion, zur Rationalisierung, Veräusserung oder Schliessung von Betrieben sowie zur Durchführung von Massenentlassungen¹²⁴. Auf zwei dieser Erscheinungsformen – Betriebsübergang und Massenentlassung – wird unten noch vertieft eingegangen¹²⁵.

F. Vertragsfreiheit

Die Vertragsfreiheit stellt ein zentrales Element der Wirtschaftsfreiheit dar¹²⁶ und wird somit von Art. 27 BV mitgeschützt. Sie wird zum unantastbaren Kern der Wirtschaftsfreiheit gezählt¹²⁷. Als privatrechtlicher Grundsatz ist sie in Art. 19 OR niedergelegt. Ihre Teilaspekte bestehen aus der Abschluss-, der Partnerwahl-, der Inhalts-, der Form- und der Aufhebungsfreiheit¹²⁸. Auf europäischer Ebene wird die Vertragsfreiheit von Art. 16 der Grundrechtecharta über die unternehmerische Freiheit geschützt¹²⁹.

Ein interessantes kollektivrechtliches Anwendungsbeispiel bildet die *Freiheit der Einzelvereinbarung*. Abreden zwischen beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die gegen die unabdingbaren Bestimmungen des Gesamtar-

¹²² ZK-VISCHER/ALBRECHT (Fn. 101), Art. 356 OR N 95, wobei festgehalten wird, dass Mitsprache im Sinne von Anhörungsrechten auch im unternehmerischen Bereich möglich sei, unter Berufung auf FRANK VISCHER, Zum Gesamtarbeitsvertrag in der schweizerischen Wirtschaftsordnung, FS Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 407 ff.

¹²³ Vermeidung «fremder Zuständigkeiten», PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 104), Rn. 1150; BK-STÖCKLI (Fn. 102), Art. 356 OR N 131; ferner ROBERT FURTER, Kollektives Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Diss. Zürich, Bern 1982, 126 ff., zum «Unternehmensverfassungsrecht als Schranke gesamtarbeitsvertraglicher Unternehmensmitbestimmung».

¹²⁴ PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 104), Rn. 1150; ZK-VISCHER/ALBRECHT (Fn. 101), Art. 356 OR N 95.

¹²⁵ Vgl. u. Ziff. III.G.1. und 2.

¹²⁶ BGE 130 I 26 E. 4.3.

¹²⁷ VALLENDER (Fn. 99), Art. 27 N 45.

¹²⁸ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl., Zürich 2014, Rn. 613 ff.; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rn. 4 f.

¹²⁹ EuGH, Urteil v. 21. Dezember 2016, C-201/15, Rn. 67 m.w.H.

beitsvertrags verstossen, sind nichtig und werden durch die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags ersetzt; jedoch können abweichende Abreden zugunsten der Arbeitnehmer getroffen werden (Art. 357 Abs. 2 OR). Dieses sogenannte Günstigkeitsprinzip hat zur Folge, dass ein GAV nur Mindestarbeitsbedingungen (beispielsweise Mindestlöhne), nicht aber Höchstarbeitsbedingungen festsetzen kann¹³⁰. So sind beispielsweise Höchstlohnklauseln in Gesamtarbeitsverträgen unzulässig; dies auch dann, wenn sie nur bestimmte Lohnbestandteile wie den 13. Monatslohn betreffen. Unzulässig ist demnach eine Klausel, wie sie der GAV der schweizerischen Hut- und Mützenindustrie von 1982 in Art. 14.1 vorsah: «Ein voller 13. Monatslohn wird in keinem Betrieb ausbezahlt. Die Höhe der Auszahlung richtet sich nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Betriebes»¹³¹. Ebenfalls unzulässig ist es, in Gesamtarbeitsverträgen eine maximale Zahl bezahlter Feiertage vorzusehen, wie das etwa in Art. 16 des GAV für das schweizerische Deckenisoliergewerbe von 1983 vorgesehen war: «Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf die volle Vergütung von höchstens 8 gesetzlichen Feiertagen zum effektiv ausfallenden Lohn, sofern sie auf einen Arbeitstag fallen»¹³².

Infolge des zwingenden Charakters des Günstigkeitsprinzips¹³³ ist es also unzulässig, in Gesamtarbeitsverträgen beidseitig zwingende normative Bestimmungen zu vereinbaren¹³⁴. Mit diesem Prinzip wird «die Individualautonomie der Einzelvertragsparteien vor der Übermacht der Kollektivparteien geschützt»¹³⁵. Obschon das Günstigkeitsprinzip vordergründig nur den Interessen der Arbeitnehmer zu dienen scheint, schützt es in Wirklichkeit ebenso die Interessen der Arbeitgeber. Denn diese werden nur dann für übertarifliche Löhne und Arbeitsbedingungen Hand bieten, wenn sie sich davon Vorteile versprechen. Ein solcher Vorteil besteht vor allem darin, sich auf dem Arbeitsmarkt genügend qualifizierte Fachkräfte sichern zu können. Das Günstigkeitsprinzip gewährleistet somit die Privatautonomie im übertariflichen Bereich und verhindert dadurch zugleich eine Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Arbeitsmarkt, die mit dessen Ausnahme von der Kartellrechtsgesetzgebung nicht zu vereinbaren wäre¹³⁶.

¹³⁰ ZK-VISCHER/ALBRECHT (Fn. 101), Art. 357 OR N 29; BK-STÖCKLI (Fn. 102), Art. 357 OR N 43.

¹³¹ Vgl. JEAN-FRITZ STÖCKLI, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, Habil. Zürich, Bern 1990, 37.

¹³² STÖCKLI (Fn. 131), 37.

¹³³ ZK-VISCHER/ALBRECHT (Fn. 101), Art. 357 OR N 19; BK-STÖCKLI (Fn. 102), Art. 357 OR N 30 m.w.H.

¹³⁴ Vgl. ZK-VISCHER/ALBRECHT (Fn. 101), Art. 357 OR N 28.

¹³⁵ BK-STÖCKLI (Fn. 102), Art. 356 OR N 128.

¹³⁶ Dies würde sich als unzulässiger Einsatz des GAV zu wirtschaftspolitischen Zwecken erweisen, BK-STÖCKLI (Fn. 102), Art. 356 OR N 128 mit Verweis auf ARV 1960, 135.

Das Günstigkeitsprinzip gehört grundsätzlich zum gemeineuropäischen Standard¹³⁷. Indessen kennt das österreichische Recht als Ausnahme vom Günstigkeitsprinzip das Ordnungsprinzip, wonach die Möglichkeit besteht, dass der Kollektivvertrag günstigere Vereinbarungen in Arbeitsverträgen ausschliesst. Er verleiht damit seinen Bestimmungen beidseitig zwingende Wirkung¹³⁸. Dies ermöglicht die Schaffung von Maximalarbeitsbedingungen¹³⁹. Aus europäischer Sicht kann die gesetzliche Zulässigkeit von Höchstarbeitsbedingungen im Kollektivvertrag als Ausnahmefall angesehen werden¹⁴⁰.

G. Ausgewählte komplexe Anwendungsbereiche

Abschliessend soll kurz auf zwei ausgewählte komplexe Anwendungsbereiche – auf den Betriebsübergang und die Massenentlassung – eingegangen werden, die auch aus europäischer Perspektive von besonderem Interesse sind und mehrere der genannten Freiheiten betreffen, insbesondere die Niederlassungsfreiheit, die unternehmerische Freiheit und die Vertragsfreiheit.

1. Betriebsübergang

Art. 333a OR sieht Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmererschaft im Fall eines geplanten Betriebsübergangs vor. Die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer sind rechtzeitig vor dem Vollzug des Übergangs über damit zusammenhängende Punkte zu informieren und rechtzeitig vor dem Entscheid über Massnahmen zu konsultieren, die infolge des Übergangs beabsichtigt sind und welche die Arbeitnehmer betreffen. Vergleichbare Informations- und Konsultationsrechte sind auf europäischer Ebene in der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen enthalten. Weder das schweizerische noch das entsprechende europäische Recht gewähren der Arbeitnehmer-

¹³⁷ CHRISTOPH KIETAIBL, Darf der Kollektivvertrag in bestehende Arbeitsverträge verschlechternd eingreifen? Zulässigkeit und Grenzen des kollektivvertraglichen Ordnungsprinzips, wbl 2017, 311 mit weiterem Verweis.

¹³⁸ MARHOLD/FRIEDRICH (Fn. 67), 509.

¹³⁹ LÖSCHNIGG (Fn. 33), Rn. 3/037 und 3/027.

¹⁴⁰ KIETAIBL (Fn. 137), 311. In Deutschland, Italien, Frankreich, Spanien, Portugal und Griechenland könne der Kollektivvertrag nur einseitig zwingende Wirkung haben. In Finnland, Belgien, Dänemark und den Niederlanden hätten Kollektivvertragsbestimmungen im Zweifel einseitig zwingende Wirkung, sie könnten jedoch ausnahmsweise – vergleichbar mit Österreich – selbst beidseitig zwingende Wirkungen festlegen.

schaft ein eigentliches Mitbestimmungsrecht. Das Konsultationsrecht verbietet dem Arbeitgeber zwar eine Entscheidfällung, bevor er der Arbeitnehmerseite Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt hat, beschränkt ihn aber nicht in seiner inhaltlichen Entscheidungsfreiheit, den Betrieb zu übertragen¹⁴¹.

Das Zusammenspiel von Betriebsübergängen, Kollektivverträgen und Grundrechten des Arbeitgebers zeigt exemplarisch ein Urteil des EuGH aus dem Jahr 2013 auf¹⁴². Ein zur öffentlichen Verwaltung gehörender Betrieb im UK ging im Mai 2004 auf ein privates Unternehmen über. Für die Verträge mit den Arbeitnehmern waren die Arbeitsbedingungen massgebend, die im Rahmen des NJC (*National Joint Council for Local Government Services*), einem Tarifverhandlungsorgan auf der lokalen öffentlichen Ebene, ausgehandelt wurden und kraft einer im jeweiligen Arbeitsvertrag enthaltenen Vertragsklausel galten. Das übernehmende Unternehmen beteiligte sich nicht am NJC und hätte dies auch nicht gekonnt, da es nicht zur öffentlichen Verwaltung gehörte. Im Rahmen des NJC wurde im Juni 2004 eine neue Kollektivvereinbarung geschlossen, die rückwirkend auf den 1. April 2004 in Kraft trat und bis zum 31. März 2007 galt. Diese Vereinbarung wurde mithin nach dem Betriebsübergang geschlossen, weshalb sich das übernehmende Unternehmen nicht daran gebunden fühlte und den Arbeitnehmern die darin vereinbarte Lohnerhöhung verweigerte, was diese zur Erhebung einer Klage veranlasste.

Vor dem *Supreme Court of the United Kingdom* stellte sich die Frage, ob ein Mitgliedstaat aufgrund des europäischen Arbeitsrechts daran gehindert ist, den Arbeitnehmern im Fall eines Betriebsübergangs in Anwendung des nationalen Vertragsrechts einen «dynamischen» Schutz zu gewähren, d.h. einen Schutz, der den Erwerber nicht nur den zum Zeitpunkt des betreffenden Übergangs geltenden Kollektivverträgen, sondern auch den nach dem Übergang geschlossenen Kollektivverträgen unterwirft.

Der EuGH bejahte die gestellte Frage. Begründet wurde dies zum einen mit dem Zweck der Richtlinie zum Betriebsübergang¹⁴³. Diese diene nicht nur dem Schutz der Arbeitnehmerinteressen bei einem Betriebsübergang, sondern sie solle auch einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmer einerseits und denen des Erwerbers andererseits gewährleisten. Insbesondere stelle sie klar, dass der Erwerber in der Lage sein müsse, die für die

¹⁴¹ PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 104), Rn. 625; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 333a OR N 4, wonach unstrittig ist, dass die Vorschläge der Arbeitnehmerschaft für den Arbeitgeber unverbindlich sind.

¹⁴² EuGH, Urteil v. 18. Juli 2013, C-426/11.

¹⁴³ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, früher RL 77/187, insb. Art. 3.

Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen. Eine Klausel, die dynamisch auf nach dem Übergang des betreffenden Unternehmens verhandelte und geschlossene Kollektivverträge verweist, welche die Entwicklung der Arbeitsbedingungen im öffentlichen Sektor regeln sollen, könne jedoch den Handlungsspielraum, den ein privater Erwerber benötigt, um diese Anpassungsmassnahmen zu ergreifen, erheblich einschränken. In einer solchen Situation könne eine solche Klausel den gerechten Ausgleich zwischen den *Interessen des Erwerbers in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber* einerseits und denen der Arbeitnehmer andererseits beeinträchtigen¹⁴⁴.

Zum anderen berief sich der EuGH darauf, die Richtlinie 2001/23 sei im Einklang mit den Grundrechten auszulegen, wie sie in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt wurden, insbesondere mit Art. 16 zur *unternehmerischen Freiheit*, die namentlich auch die *Vertragsfreiheit* umfasse. Da es dem Erwerber des Betriebs verwehrt war, im betreffenden Tarifverhandlungsorgan mitzuwirken, sei die Vertragsfreiheit dieses Erwerbers so erheblich reduziert, dass eine solche Einschränkung den *Wesensgehalt* seines Rechts auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigen könne¹⁴⁵.

Bemerkenswert sind auch die Ausführungen des EuGH, die sich mit dem Verhältnis dieser Grundrechte zum *Günstigkeitsprinzip* befassen. Art. 3 i.V.m. Art. 8 der Richtlinie 2001/23 sei nicht dahin auszulegen, dass er die Mitgliedstaaten zum Erlass von Massnahmen ermächtigt, die zwar für die Arbeitnehmer günstiger sind, aber den Wesensgehalt des Rechts des Erwerbers auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigen können.

2. *Massenentlassung*

Ähnlich wie Art. 333a OR zum Betriebsübergang sieht Art. 335f OR Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmerschaft im Fall einer beabsichtigten Massenentlassung vor. Die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer sind vor der Massenentlassung über damit zusammenhängende Punkte zu informieren und zu konsultieren. Sie müssen zumindest die Gelegenheit erhalten, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können. Das europäische Recht enthält ähnliche Informations- und Konsultationsrechte in der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen. Auch hier gewähren weder das schweizerische noch das europäische Recht der Arbeitnehmerschaft ein eigentliches Mitbestimmungs-

¹⁴⁴ EuGH, Urteil v. 18. Juli 2013, C-426/11, Rn. 25, 28 und 29.

¹⁴⁵ Ibid., Rn. 30-35.

recht. Der Arbeitgeber muss zwar die Lösungsvorschläge der Arbeitnehmerschaft seriös prüfen¹⁴⁶, bleibt aber im Entscheid frei, ob, inwieweit und wann Entlassungen erfolgen sollen¹⁴⁷.

Anhand eines Urteils des EuGH aus dem Jahr 2016 soll der Einfluss von Grundrechten des Arbeitgebers auf die Möglichkeiten des einzelstaatlichen Rechts, Massenentlassungen zu beschränken, dargestellt werden¹⁴⁸. Der Fall betraf einen Rechtsstreit zwischen einem Unternehmen, dessen Hauptaktionär ein französischer Konzern war, und dem griechischen Minister für Arbeit, soziale Sicherheit und Solidarität der Gesellschaft über dessen Weigerung, dem Unternehmen die Genehmigung zur Vornahme von Massenentlassungen zu erteilen. Eine solche Genehmigung ist nach griechischem Recht erforderlich, falls sich die Parteien nicht über die Massenentlassung einigen können.

Der EuGH hielt zunächst fest, dass die materiell-rechtlichen Voraussetzungen, unter denen der Arbeitgeber gegebenenfalls Massenentlassungen vornehmen kann oder nicht, grundsätzlich nicht in den Bereich der Richtlinie 98/59 fallen und daher im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten verbleiben. Ausnahmsweise könne indessen ein Verstoss gegen die Richtlinie vorliegen, wenn eine solche nationale Regelung angesichts ihrer näheren Ausgestaltung oder der Art ihrer tatsächlichen Durchführung durch die zuständige Behörde die Wirkung hätte, den Bestimmungen der Art. 2-4 der Richtlinie 98/59 ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen. Das wäre bei einer nationalen Regelung, nach der Massenentlassungen von der vorherigen Zustimmung einer Behörde abhängen, der Fall, wenn z.B. aufgrund der Kriterien, die diese Behörde ihrer Entscheidung zugrunde legen muss, oder der Art ihrer Auslegung oder tatsächlichen Durchführung durch die Behörde, jede tatsächliche Möglichkeit des Arbeitgebers, solche Massenentlassungen vorzunehmen, in der Praxis ausgeschlossen wäre. Dies zu beurteilen, ist indessen Sache des vorlegenden Gerichts¹⁴⁹.

In einem weiteren Schritt prüfte der EuGH eine allfällige Verletzung der *Niederlassungsfreiheit* gemäss Art. 49 AEUV, die hier wegen der Eingliederung des betroffenen Unternehmens in einen multinationalen Konzern angerufen werden konnte. Die Ausübung der Niederlassungsfreiheit schliesst grundsätzlich auch die Freiheit ein, die Art und den Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeit, die auf den Aufnahmemitgliedstaat ausgeweitet wird, und vor allem die Grösse der festen Einrichtungen und die Anzahl der zu diesem Zweck erforderlichen Arbeitnehmer zu bestimmen, sowie das Recht, anschliessend den

¹⁴⁶ BGE 137 III 162 E. 1.14.

¹⁴⁷ PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 104), Rn. 739; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 16), Art. 335f N 3 S. 963.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil v. 21. Dezember 2016, C-201/15.

¹⁴⁹ Ibid., insb. Rn. 33, 35, 38 und 43.

Umfang dieser Tätigkeit zu verringern oder gegebenenfalls sogar diese und die Niederlassung aufzugeben. Der EuGH stellte fest, dass die in Frage stehende griechische Regelung geeignet sei, ein ernsthaftes Hindernis für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit in Griechenland darzustellen¹⁵⁰. Sie stelle zugleich eine Beschränkung der Ausübung der *unternehmerischen Freiheit* und insbesondere der *Vertragsfreiheit* dar, über die die Unternehmen grundsätzlich, insbesondere gegenüber den von ihnen beschäftigten Arbeitnehmern, verfügen, da nach dieser Regelung der Widerspruch der nationalen Behörde gegen eine beabsichtigte Massenentlassung offensichtlich dazu führen kann, deren Realisierung durch den Arbeitgeber zu verhindern¹⁵¹.

Zu prüfen blieb, ob Rechtfertigungsgründe vorlagen. Jede Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten; unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen (Art. 52 Abs. 1 der Charta). Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nur statthaft, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. In diesem Fall muss die Beschränkung aber ausserdem geeignet sein, die Erreichung des fraglichen Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (Verhältnismässigkeit). Die Rechtfertigung kann ausserdem nur Geltung beanspruchen, wenn sie mit den Grundrechten vereinbar ist, im vorliegenden Fall mit Art. 16 der Charta. Der Schutz der Arbeitnehmer sowie die Förderung von Beschäftigung und Einstellungen, welche die Arbeitslosigkeit verringern sollen und daher ein legitimes Ziel der Sozialpolitik darstellen, zählen zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses. Eine entsprechende Rahmenregelung für die Voraussetzungen, unter denen Massenentlassungen vorgenommen werden können, erachtet der EuGH als grundsätzlich geeignet, die Anforderungen zu erfüllen, die sich aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergeben. Im vorliegenden Fall erwies sich jedoch die konkrete Ausgestaltung der Rahmenregelung wegen der gewählten Kriterien als *unverhältnismässig*. Das Kriterium der «Belange der nationalen Wirtschaft» wurde wegen seiner wirtschaftlichen Zielsetzung von vornherein nicht zugelassen. Die Kriterien der «wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens» und der «Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt» schienen zwar mit den berechtigten Zielen des Allgemeininteresses verknüpft zu sein, die der Schutz der Arbeitnehmer und der Beschäftigung darstellen. Da diese Kriterien jedoch sehr allgemein und ungenau ge-

¹⁵⁰ Ibid., insb. Rn. 47, 53 und 57.

¹⁵¹ Ibid., Rn. 69.

fasst waren und somit nicht auf objektiven und nachprüfaren Voraussetzungen beruhten, wussten die betroffenen Arbeitgeber mangels näherer Angaben zu den Umständen des Einzelfalls nicht, unter welchen konkreten objektiven Umständen die Befugnis der Behörde ausgeübt wurde, was den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nicht genügt¹⁵².

Das führte im Ergebnis zu einem Verstoß der vorliegenden staatlichen Kontroll- und Einspruchsregelung gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV sowie gegen den in Art. 52 Abs. 1 der Charta vorgesehenen Grundsatz der Verhältnismässigkeit und damit auch gegen die unternehmerische Freiheit und die Vertragsfreiheit im Sinne von Art. 16 der Charta¹⁵³. Dass in Griechenland allenfalls Rahmenbedingungen vorlagen, die von einer schweren Wirtschaftskrise und einer besonders hohen Arbeitslosenquote gekennzeichnet waren, vermochte an diesem Ergebnis nichts zu ändern¹⁵⁴.

IV. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass sich der Arbeitgeberschutz massgeblich durch zwei sich ergänzende gegensätzliche Komponenten verwirklicht, einerseits namentlich durch eine Beschränkung der individuellen und kollektiven Vertragsfreiheit zum Schutz vor Regelungen der Verbände und vor Forderungen der Arbeitnehmer, andererseits durch eine Sicherung der Privatautonomie zum Schutz vor Einschränkungen durch Regelungen des Staates und der Verbände.

Während die erste Form des Schutzes (durch Beschränkung der Privatautonomie) in anderen europäischen Ländern nur ansatzweise vorhanden ist, tritt sie in der Gesetzgebung der Schweiz und Liechtensteins relativ ausgeprägt auf, wobei ihre praktische Bedeutung jedoch beschränkt ist. Ihr Kernstück liegt in Art. 361 OR. Die dieser Norm unterstellten Bestimmungen lassen sich zum Teil allgemeinen Rechtsprinzipien zuordnen, die auch zugunsten des Arbeitgebers gelten (Schutz vor Rechtsmissbrauch, Schutz vor übermässiger Bindung, Schutz der wirtschaftlichen Entfaltung). Das lässt ihre Ausgestaltung als beidseitig zwingendes Recht nachvollziehbar erscheinen, was bei anderen Bestimmungen weniger der Fall ist. Durch ihre Unvollständigkeit und Unklarheit trägt die getroffene Ordnung ausserdem der Rechtssicherheit zu wenig Rechnung und weist teilweise innere Widersprüche auf, sodass sie grundsätzlich überdacht werden sollte.

¹⁵² Ibid., insb. Rn. 61, 65-66, 73-74, 94, 96-100.

¹⁵³ Ibid., Rn. 102-103.

¹⁵⁴ Ibid., Rn. 108.

Der zweiten Form des Schutzes (durch Sicherung der Privatautonomie) kommt nicht nur Bedeutung auf nationaler Ebene zu, sondern sie hat auch Eingang in das europäische Arbeitsrecht gefunden. Die Verwirklichung dieser Art des Schutzes vollzieht sich in erster Linie über die Anwendung von Grundrechten, auf die sich auch der Arbeitgeber berufen kann. Neben der Koalitionsfreiheit sind es vor allem die Niederlassungsfreiheit sowie die Wirtschaftsfreiheit bzw. die mit ihr zusammenhängende unternehmerische Freiheit und Vertragsfreiheit, die dem Arbeitgeber einen geschützten Freiraum zur Entfaltung seiner unternehmerischen Aktivitäten gewährleisten, welcher auch den Bereich der Arbeit umfasst. Das Zusammenspiel dieser freiheitssichernden Grundrechte mit einschränkenden Regelungen von Einzelstaaten und Verbänden zeigt sich eindrücklich an Urteilen des EuGH zum Betriebsübergang und zur Massenentlassung.

Die Rechte des Flugzeugpassagiers – oder – «Wenn einer im verspäteten Flugzeug sitzt, dann kann er was erleben...»

THOMAS PROBST*

Inhaltsverzeichnis

I.	«Check-in».....	764
II.	«Boarding und verspäteter Start».....	764
III.	«Turbulenzen möglichst ausweichen».....	765
IV.	«Zwischenlandung: frische Luft holen und auftanken».....	767
	A. Internationale Zuständigkeit.....	767
	B. Anwendbares Recht.....	768
	1. Allgemeines.....	768
	2. Tragweite der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 für die Schweiz.....	769
	a) Anwendung der Verordnung auf Flüge betreffend Nicht-EU Staaten (Drittstaaten)?.....	769
	b) Mangelhafte Publikation?.....	772
	c) Weitere offen gelassene Fragen.....	775
V.	«Verwegene Zusatzschleife im Luftwarteraum mit unsanfter Landung».....	775
	A. Stand der EuGH-Rechtsprechung zur Verordnung (EG) Nr. 261/2004.....	776
	1. Leitentscheid Sturgeon gegen Condor bzw. Böck gegen Air France.....	777
	a) Sachverhalte und Vorlagefragen.....	777
	b) Antworten des EuGH.....	779
	aa) Zum Begriff der Verspätung.....	779
	bb) Zum Ausgleichsanspruch bei grosser Verspätung des Fluges.....	780
	cc) Technische Probleme als aussergewöhnliche Umstände?.....	780

* Prof. Dr. THOMAS PROBST, LL.M., RA, lic.oec. HSG, Lehrstuhl für Obligationenrecht, Universität Freiburg.

2.	Weitere bedeutsame Entscheide.....	781
a)	Nelson et al. gegen Deutsche Lufthansa AG	781
b)	Bossen et al. gegen Brussels Airlines SA/NV	782
3.	Zwischenfazit	782
B.	Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für den schweizerischen Richter	783
1.	Grundlagen.....	783
2.	Auslegung und Anwendung des Luftverkehrsabkommens CH-EU	786
3.	Obiter dictum-Standpunkt des Bezirksgerichts.....	788
4.	Kommentar zum einzelrichterlichen Urteil des Bezirksgerichts.....	789
VI.	«Debriefing»	793

I. «Check-in»¹

Der heutige Jubilar, dessen wissenschaftliches Wirken mit der vorliegenden Festschrift geehrt wird, hat sich vielfach mit Fragen des Privatrechts und dessen Bezügen zu andern Rechtsgebieten, namentlich zum Steuerrecht und Sozialversicherungsrecht, auseinandergesetzt. Nach seiner Emeritierung wird ihm neben der «rechtsgebietsübergreifenden» Forschung hoffentlich vermehrt auch Zeit für «grenzüberschreitendes» Reisen (z.B. auf die Malediven) bleiben. Für diesen Fall möge ihm der vorliegende Beitrag als Reiselektüre die Wartezeit am Flughafen verkürzen oder während des Fluges das monotone Summen der Motoren über den Wolken etwas vergessen lassen.

II. «Boarding und verspäteter Start»²

Frau X. hatte über ein Reisebüro bei der beklagten Fluggesellschaft Z. für den 19. Mai 2013 einen Flug von Malé (Malediven) nach Zürich gebucht. Sie hätte in Zürich am 19. Mai 2013 um 19.35 Uhr ankommen sollen, erreichte ihren Zielort jedoch erst am 20. Mai 2013 um 10.00 Uhr, also mit *14 Stunden und 25 Minuten Verspätung*. Der Grund der Verspätung war eine *durchgeschweuerte* Treibstoffzufuhrleitung, welche beim Flugzeug am Abend des 18. Mai 2013 in Zürich festgestellt und vor Ort über Nacht repariert wurde. Folglich konnte das Flugzeug erst am 19. Mai 2013 um 10.00 Uhr von Zürich nach Malé abfliegen. Dies hatte die *Anschlussverspätung* des von Frau X. gebuch-

¹ Alternativer Titel für juristische Reiseabstinenten: «Einleitung».

² Alternativtitel für nicht reiselustige Juristen: «Sachverhalt» oder «Ausgangslage».

ten Rückfluges von Malé nach Zürich zur Folge, da für den Rückflug der Fluggesellschaft Z. keine Ersatzmaschine zur Verfügung stand.³

Am 10. Januar 2014 verlangte Frau X. über die deutsche Flightright GmbH von der Fluggesellschaft Z. eine *Entschädigung* von € 600.-. Das lehnte die Fluggesellschaft Z. mit E-Mail vom 17. Februar 2014 ab. Am 5. Juni 2014 forderte Frau X. – diesmal vertreten durch einen Rechtsanwalt von «Y.» – von der Fluggesellschaft Z. erneut eine Entschädigung von € 600.-. Am 12. Januar 2015 trat Frau X. ihre Entschädigungsforderung an die «Rechtsanwaltskanzlei Y.» ab. Am 1. Mai 2015 erhob die Kanzlei Y., vertreten durch Y., Klage gegen die Fluggesellschaft Z. beim Bezirksgericht Bülach.⁴

III. «Turbulenzen möglichst ausweichen»

In seinem Urteil warf das Bezirksgericht eine Reihe von *Streitfragen* auf, die es der Reihe nach *unbeantwortet* liess. Es waren dies die Fragen,

- ob die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 auf Flüge aus *Drittstaaten* – *in casu* die Malediven – überhaupt anwendbar war.⁵
- ob die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 in der amtlichen Sammlung der Schweiz *korrekt publiziert* worden war.⁶
- ob zwischen dem Kläger Y. und dessen Vertreter «Rechtsanwalt Y.» *Personalunion* bestand.⁷
- ob Frau X. für die Rückreise von Malé nach Zürich *rechtzeitig* am Flughafen in Malé *eingetroffen* war.⁸

Die einzige Frage, die das Bezirksgericht *ratione decidendi*, also *entscheidungsrelevant* in seinem Urteil beantwortete, war jene, ob die *Forderungsabtretung* von Frau X. an Rechtsanwalt Y. *rechtsgültig* erfolgt war. Als ausländischer Rechtsanwalt war Y. gemäss Art. 28 BGFA⁹ im Berufsausübungsre-

³ Die Fluggesellschaft Z. besass nur zwei Flugzeuge, wobei ihr zweites Flugzeug anderweitig im Einsatz stand.

⁴ Der Sachverhalt ist dem Urteil FV150044-C/U AB/ad vom 2. Februar 2016 des Bezirksgerichts Bülach, 8 f. entnommen worden (im Folgenden kurz: «Urteil»).

⁵ Urteil, E. 2.1.4. Stattdessen behandelt das Gericht die *hypothetische* Frage, wie zu entscheiden wäre, wenn die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 anwendbar wäre.

⁶ Urteil, E. 2.1.7.

⁷ Urteil, E. 3.2.1.8.

⁸ Urteil, E. 3.2.2.

⁹ Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000, SR 935.61.

gister für EU-Anwälte des Kantons Thurgau eingetragen und unterlag damit den *anwaltlichen Berufsregeln* der Schweiz.¹⁰

Im Unterschied zu einigen früheren kantonalen Anwaltsgesetzen, welche die Abtretung der Streitforderung des Klienten an den prozessführenden Anwalt (*pactum de redimenta lite*) untersagten,¹¹ findet sich in Art. 12 BGFA *keine* entsprechende Bestimmung. Dennoch kann die Abtretung der Streitforderung des Klienten an seinen Anwalt – je nach den konkreten Umständen¹² – den anwaltlichen Berufspflichten widersprechen, namentlich der anwaltlichen Pflicht zur sorgfältigen, gewissenhaften und unabhängigen Berufsausübung¹³ sowie der Pflicht des Anwalts zur Vermeidung von Interessenkonflikten.¹⁴

Im vorliegenden Fall sah das Bezirksgericht in der Abtretung der Streitforderung ein «Geschäftsmodell» des Klägers, hatte sich dieser doch in mehr als einem Dutzend (gerichtsnotorischer) analoger Fälle die Streitforderungen seiner Klienten ebenfalls abtreten lassen, ohne dass ein rechtsgenügender Nachweis für eine (zulässige) Sicherungs- oder Inkassozession vorlag.¹⁵ *Mangels gültiger Zession* der eingeklagten Entschädigungsforderung an den (im eigenen Namen) prozessführenden Rechtsanwalt Y. war Y. als Kläger *nicht aktivlegitimiert*, was die *Abweisung* der Klage des Anwalts zur Folge haben musste.

Obwohl damit der Ausgang des Gerichtsverfahrens und die Abweisung der Klage feststanden, holte das Bezirksgericht zusätzlich – *ad usum cuique?*¹⁶ – zu einem mehrseitigen *obiter dictum* aus, in welchem es die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 in *Abweichung* von der einschlägigen *EuGH-Rechtsprechung*¹⁷ auslegte und erklärte, dass bei *Flugverspätungen* nach schweizerischem

¹⁰ Vgl. Art. 27 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 25 BGFA.

¹¹ Für weitere Einzelheiten: THOMAS PROBST, in Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2. Aufl., Genf, Basel, München 2012, Cession de créances (art. 164 à 174 CO), Art. 164 N 29 Fn. 92.

¹² Zulässig wäre beispielsweise eine Sicherungszession der Streitforderung des Klienten zwecks Sicherstellung der Honorarforderung des Anwalts. Vgl. PROBST (Fn. 11), Art. 164 N 2 (*in fine*).

¹³ Art. 12 lit. a und b BGFA.

¹⁴ Art. 12 lit. c BGFA. Vgl. auch BGer 2P.318/2006 E. 11; PROBST (Fn. 11), Art. 164 N 29 Fn. 92.

¹⁵ Urteil, E. 4.1.4 sowie E. 3.2.3. Siehe dazu: PROBST (Fn. 11), Art. 164 N 2.

¹⁶ Über die Gründe, weshalb das Bezirksgericht eine *nicht entscheidungsrelevante Frage so detailliert beantwortet*, lässt sich bestenfalls spekulieren und ist an dieser Stelle nicht weiter von Interesse.

¹⁷ Rs. C-402/07 und C-432/07, Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon und Alana Sturgeon gegen Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) und Stefan Böck und Cornelia Lepuschitz gegen Air France SA (C-432/07), EuGH-Urteil vom 19. November 2009, Slg. 2009, I-10923; ECLI:EU:2009:716.

Recht der Passagier *keinen Entschädigungsanspruch* habe.¹⁸ Darauf wird zurückzukommen sein.¹⁹

IV. «Zwischenlandung: frische Luft holen und auftanken»²⁰

Eine kurze (virtuelle) Zwischenlandung bietet an dieser Stelle Gelegenheit, um den vom Bezirksgericht offen gelassenen Fragen nachzugehen und die dazu erforderlichen Rechtsgrundlagen zu erörtern. Zunächst ist die Frage der *internationalen Zuständigkeit* (Abschnitt A., nachstehend) sowie des *anwendbaren Rechts* (Abschnitt B., nachstehend) zu klären. Dabei interessiert insbesondere die Frage, welche Tragweite der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 für die Schweiz zukommt (Abschnitt B./2., nachstehend).

A. Internationale Zuständigkeit

Da der Kläger Y. seinen Wohnsitz im *Ausland*²¹ und die beklagte Fluggesellschaft Z. ihren Sitz in der *Schweiz*²² hatte, lag gemäss Art. 1 Abs. 1 IPRG ein *internationaler Sachverhalt* vor. Die internationale Zuständigkeit richtete sich also nach dem IPRG, soweit sie nicht Gegenstand (bilateraler oder multilateraler) *völkerrechtlicher Verträge* bildete, welche den (innerstaatlichen) Zuständigkeitsregeln des IPRG vorgehen²³.

Die vorliegend umstrittene Entschädigungsforderung des Klägers wegen ungehöriger Erfüllung des Flugbeförderungsvertrags stellte eine «Zivil- und Handelssache» im Sinne von Art. 1 Abs. 1 LugÜ²⁴ dar. Da die Fluggesellschaft Z. ihren Sitz²⁵ in der Schweiz (= LugÜ-Vertragsstaat) hatte, lag die (internationale) Zuständigkeit bei den schweizerischen Gerichten.²⁶ Obwohl

¹⁸ Urteil, E. 4.2.

¹⁹ Vgl. unten, Abschnitt V./B./2.

²⁰ Alternativer Titel für Reiseunlustige: «Rechtliche Grundlagen».

²¹ Es handelte sich offenbar um Deutschland.

²² Offenbar handelte es sich um die Fluggesellschaft Edelweiss AG.

²³ Art. 1 Abs. 2 IPRG. – Auf die Zuständigkeit gemäss Art. 33 MÜ (Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 28. Mai 1999, SR 0.748.411, in Kraft für die Schweiz seit 5. September 2005) wird an dieser Stelle mangels Angaben im Urteil des Bezirksgerichts nicht eingegangen.

²⁴ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, LugÜ), SR 0.275.12.

²⁵ Art. 60 Abs. 1 lit. a LugÜ.

²⁶ Art. 2 Abs. 1 LugÜ.

Frau X. den Flug höchstwahrscheinlich für *persönliche* und nicht für berufliche Zwecke gebucht hatte²⁷, war der Verbrauchergerichtsstand am Wohnsitz²⁸ von Frau X. nicht gegeben, da (offenbar) kein Pauschalreisevertrag, sondern ein (einfacher) Beförderungsvertrag im Sinne von Art. 15 Abs. 3 LugÜ vorlag. Falls die Zedentin einen Pauschalreisevertrag als Konsumentin abgeschlossen haben sollte, wäre ihre Konsumentenstellung durch die Forderungszeession nicht auf den klagenden Zessionar übergegangen.²⁹

B. Anwendbares Recht

I. Allgemeines

Vorbehältlich einer anderslautenden Rechtswahl³⁰ unterliegt ein (internationaler) Beförderungsvertrag gemäss IPRG dem Recht desjenigen Staates, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen muss, ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort bzw. ihre Niederlassung hat. Da vorliegend die Fluggesellschaft Z. (mit Sitz in der Schweiz) die charakteristische Leistung schuldet, beurteilte sich die Entschädigungsforderung des Klägers Y. gemäss IPRG nach *schweizerischem Recht*. Zum schweizerischen Recht gehören auch die von der Schweiz abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge³¹, namentlich das Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU³² (im Folgenden: «Luftverkehrsabkommen CH-EU») und das Montreal Übereinkommen (MÜ).³³

Das Luftverkehrsabkommen CH-EU wurde im Jahre 2006 gemäss Beschluss Nr. 1/2006 des Luftverkehrsausschusses EU-CH ergänzt und in seinem Anhang u.a. die *Verordnung (EG) Nr. 261/2004* hinzugefügt. Damit wurde diese Verordnung (unmittelbar) Bestandteil des Luftverkehrsabkommens und (mittelbar) Teil der schweizerischen Rechtsordnung.³⁴ Folglich stellt sich die Fra-

²⁷ Im Urteil finden sich keine schlüssigen Angaben dazu, aber es ist unwahrscheinlich, dass Frau X. aus *beruflichen* Gründen auf die Malediven flog.

²⁸ Art. 16 Abs. 1 LugÜ.

²⁹ PROBST (Fn. 11), Art. 170 N 10.

³⁰ Art. 116 IPRG.

³¹ Vgl. Art. 1 Abs. 2 IPRG.

³² Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999, in Kraft seit 1. Juni 2002.

³³ Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 28. Mai 1999 (SR 0.748.411), in Kraft für die Schweiz seit 5. September 2005.

³⁴ Gemäss Art. 4 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/2006 des Luftverkehrsausschusses Gemeinschaft/Schweiz vom 18. Oktober 2006 zur Änderung des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr

ge, welche Tragweite der Verordnung, die angesichts ihrer hinreichenden inhaltlichen Bestimmtheit und Klarheit innerstaatlich unmittelbar anwendbar (*self-executing*) ist, für die Schweiz zukommt.

2. *Tragweite der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 für die Schweiz*

a) **Anwendung der Verordnung auf Flüge betreffend Nicht-EU Staaten (Drittstaaten)?**

Das Bezirksgericht hat die Frage, ob die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 auf Flüge aus *Drittstaaten* in die Schweiz anwendbar ist, *offen gelassen*. Im Rahmen seiner *obiter dicta* Erörterungen ging es aber von der Hypothese aus, dass die Verordnung anwendbar sei.

Gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 fallen Fluggäste, die mit einem *EU-Luftfahrtunternehmen*³⁵ vom Flughafen eines *Drittstaates* (= Nicht-EU-Mitgliedstaat) aus einen Flug in einen *EU-Mitgliedstaat* antreten, in den Anwendungsbereich der Verordnung, sofern sie nicht vom Drittstaat bereits Kompensationsleistungen erhalten haben. Dieser – gegenüber Art. 3 Abs. 1 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 – erweiterte Anwendungsbereich entspricht dem von der Verordnung verfolgten Zweck des *Konsumentenschutzes*³⁶. Passagiere, die mit einer EU-Fluggesellschaft aus einem Drittstaat (Nicht-EU-Mitgliedstaat) in einen EU-Mitgliedstaat fliegen³⁷, sollen ebenso Konsumentenschutz genießen, wie Passagiere, die mit EU- (oder anderen) Fluggesellschaften aus einem EU-Mitgliedstaat in einen Drittstaat fliegen³⁸. Es wäre stossend, wenn ein Lufthansapassagier für einen Flug von Frankfurt nach New York die Rechte der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 beanspruchen könnte, nicht aber ein

wurde im Anhang des Luftverkehrsabkommens angefügt: «Nr. 261/2004: Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 (Artikel 1–18)».

³⁵ Der Begriff des «Luftfahrtunternehmens der Gemeinschaft» wird in Art. 2 lit. c der Verordnung wie folgt umschrieben: «ein Luftfahrtunternehmen mit einer gültigen Betriebsgenehmigung, die von einem Mitgliedstaat gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 2407/92 des Rates vom 23. Juli 1992 über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen erteilt wurde.»

³⁶ Vgl. Erwägungsgrund 1 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004.

³⁷ Art. 3 Abs. 1 lit. b Verordnung (EG) Nr. 261/2004.

³⁸ Art. 3 Abs. 1 lit. a Verordnung (EG) Nr. 261/2004.

Luftansapassagier für einen Flug von New York nach Frankfurt. Eine diesbezügliche Ungleichbehandlung wäre kaum verständlich und diskriminierend.

Seit Aufnahme der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 in den Anhang des Luftverkehrsabkommens CH-EU umfasst der (in der Verordnung verwendete) Begriff «Gemeinschaft» auch die «Schweiz».³⁹ Folglich stehen Passagieren von *Flügen aus der Schweiz* sowie von *Flügen mit einer schweizerischen Fluggesellschaft in die Schweiz* die Fluggastrechte der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 zu. Auf den vorliegend interessierenden Flug von Malé nach Zürich mit einer schweizerischen Fluggesellschaft war die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 also anwendbar.

Der allfällige Einwand, das Luftverkehrsabkommen CH-EU könne nur das Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU, nicht aber das Verhältnis zu Drittstaaten regeln, geht fehl. Das Luftverkehrsabkommen CH-EU ist nur für die *vertragschliessenden Parteien*, also die EU und Schweiz, *verbindlich*, nicht aber für Drittstaaten. Dies hindert die EU und die Schweiz freilich nicht, sich gegenseitig zu verpflichten, auch Passagieren von Flügen mit Abflugort in einem *Drittstaat* und Zielort auf dem Gebiet der Schweiz bzw. der EU die Rechte der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 einzuräumen, sofern der Flug von einer Fluggesellschaft der Schweiz bzw. der EU durchgeführt wird. Durch eine solche Vereinbarung werden Drittstaaten weder in ihrer Souveränität verletzt noch zu etwas verpflichtet.

Eine (implizite) Beschränkung des Anwendungsbereichs der Verordnung (EG) Nr. 261/2004⁴⁰ ergibt sich auch nicht aus der *Zwecksetzung* des Luftverkehrsabkommens CH-EU.⁴¹ Der in der Präambel geäusserte Wunsch, die Luftverkehrsvorschriften *innerhalb Europas anzugleichen*, weist darauf hin, dass die Vertragsparteien ihr *Harmonisierungsziel* nicht auf die territorialen Grenzen der EU beschränken wollten,⁴² auch wenn sie – wie in der Präambel ebenfalls aufgeführt – *verbindliche Rechtsregeln* selbstredend nur für Rechtssubjekte innerhalb des *Gebietes der EU* und der *Schweiz* aufstellen konnten.⁴³

³⁹ Vgl. Anhang zum Luftverkehrsabkommen CH-EU, zweiter Spiegelstrich («In allen Fällen, in denen in Rechtsakten, die in diesem Anhang aufgeführt sind, auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union als deren Rechtsnachfolgerin oder auf das Erfordernis einer Bindung an diese Bezug genommen wird, ist diese Bezugnahme für die Zwecke dieses Abkommens so zu verstehen, dass sie auch auf die Schweiz oder das Erfordernis einer gleichen Bindung an sie verweist.»).

⁴⁰ Vgl. Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004.

⁴¹ So aber Zivilgericht BS, Urteil vom 15. Mai 2012, BJM 2013, 79 E. 4.

⁴² Europa umfasst bekanntlich mehr als bloss die EU-Mitgliedstaaten.

⁴³ Dementsprechend regelt Art. 15 des Luftverkehrsabkommens CH-EU die *Verkehrsrechte* nur für Flughäfen in der Schweiz und der EU, da weder die Schweiz noch die EU hoheitlich über Verkehrsrechte *ausserhalb* ihres jeweiligen Territoriums verfügen kann. – Eine andere, davon losgelöste Frage ist jene, ob mit der Übernahme der EG-Verordnung Nr. 261/2004 in den Anhang des Luftverkehrsabkommens CH-EU die Schweiz und die

Die Differenzierung zwischen diesen beiden Aspekten ist für den *Konsumenschutz* von wesentlicher Bedeutung, da eine diskriminierende Ungleichbehandlung von Hinflügen und Rückflügen unerwünscht ist. Art. 1 des Luftverkehrsabkommens CH-EU sieht das Ziel des Abkommens denn auch allgemein in der Festlegung von «Regeln im Bereich der Zivilluftfahrt», *ohne eine spezifische territoriale Einschränkung* zu erwähnen. Hätten die Vertragsparteien den in Art. 3 umschriebenen Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 mit Bezug auf das Luftverkehrsabkommen CH-EU *spezifisch einschränken* wollen, hätten sie dies im Beschluss Nr. 1/2006 des Luftverkehrsausschusses CH-EU thematisiert und entsprechend vereinbart. Dies ist jedoch nicht geschehen. Ausserdem ist nicht ersichtlich, weshalb die EU mit Bezug auf die *Schweiz* den Anwendungsbereich ihrer Verordnung (EG) Nr. 261/2004 speziell hätte *einschränken* wollen, so dass z.B. Passagiere eines Lufthansafluges von Zürich nach São Paulo rechtlich schlechter gestellt wären als Passagiere eines entsprechenden Lufthansafluges von Frankfurt nach São Paulo. Vielmehr hat die EU in der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 darauf hingewiesen, dass im Interesse des Schutzes der Passagiere eine weitere *Ausdehnung* von Art. 3 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 auf Flüge aus Drittstaaten von *Nicht-EU-Fluggesellschaften* angezeigt sein könnte.⁴⁴ Es wäre deshalb eigenartig, wenn die EU im Luftverkehrsabkommen mit der Schweiz ohne Begründung bzw. Diskussion gerade eine gegenteilige Tendenz verfolgt hätte. Unklar ist auch, welches Interesse die Schweiz an einer entsprechenden (marktverzerrenden und konsumentenfeindlichen) Diskriminierung gehabt hätte. Insgesamt sind also *keine überzeugenden Gründe* ersichtlich, weshalb Flüge aus *Drittstaaten in die Schweiz* bzw. Flüge *nach*

EU einen *koordinierten Verbraucherschutz* für Passagiere von Flügen aus Drittstaaten oder nach Drittstaaten (mit Abflug- oder Ankunftsort in der EU bzw. Schweiz) anstreben oder nicht. Zur Beantwortung dieser Frage ist der Entscheid der EU-Kommission zu Art. 18 Abs. 2 der (damaligen) Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates vom 23. Juli 1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs *nicht sachdienlich*. In diesem Entscheid befasste sich die EU-Kommission mit dem *innergemeinschaftlichen* Flugverkehr und führte dazu in Ziff. 24 aus, dass ihre Befugnisse auf die Ausübung von *Verkehrsrechten* zwischen der Schweiz und der EU beschränkt seien und sich nicht auf Flüge mit Drittstaaten erstreckten. Entgegen der Annahme des Zivilgerichts BS (BJM 2013, 82) können diese von der EU-Kommission mit Blick auf die Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 gemachten Ausführungen nicht auf die Frage des *Konsumenschutzes* (privatrechtliche Passagierrechte) im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 übertragen werden, stellt sich doch das Problem *grosser Flugverspätungen* (\geq drei Stunden) insbesondere bei Langstreckenflügen zwischen der EU bzw. Schweiz einerseits und Drittstaaten anderseits.

⁴⁴ Vgl. Erwägungsgrund 23 und Art. 17, zweites Lemma der Verordnung (EG) Nr. 261/2004.

Drittstaaten aus der Schweiz vom Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 ausgenommen sein sollten.⁴⁵

b) Mangelhafte Publikation?

Zweitens liess das Bezirksgericht die Frage offen, ob die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 in der Amtlichen Sammlung der Schweiz *korrekt publiziert* worden war.

Mit Beschluss Nr. 1/2006 des Luftverkehrsausschusses EU-CH vom 18. Oktober 2006 wurde die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 in den *Anhang* des Luftverkehrsabkommens CH-EU aufgenommen. Dieser Beschluss trat «am ersten Tag des zweiten Monats» nach seiner Annahme,⁴⁶ also am *1. Dezember 2006* in Kraft. Im Amtsblatt der Europäischen Union wurde er bereits am *27. Oktober 2006* veröffentlicht⁴⁷, in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) dagegen erst am *27. Dezember 2006*.⁴⁸ In beiden Publikationen wird die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 im *Wortlaut nicht* wiedergegeben, sondern mit ihrem vollen *Titel*, jedoch *ohne Fundstelle* aufgeführt. Es stellt sich daher die Frage, ob eine *rechtsgenügende* Publikation vorliegt.

Gemäss Publikationsgesetz⁴⁹ sind die für die Schweiz verbindlichen (referendumspflichtigen bzw. referendumsfähigen oder rechtsetzenden) völkerrechtlichen Verträge sowie die rechtsetzenden Beschlüsse von Organen, die durch einen völkerrechtlichen Vertrag eingesetzt worden sind, in der Amtlichen Sammlung im *Wortlaut* zu publizieren.⁵⁰ Dieses Erfordernis ist für den *Be-*

⁴⁵ Der deutsche Bundesgerichtshof hat in seinem Vorabentscheidungsbeschluss (vgl. Art. 267 AEUV) vom 9. April 2013 (X ZR 105/12) als *obiter dictum* die Auffassung vertreten, dass die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 für die Schweiz gleich auszulegen ist wie für die EU (vgl. Ziff. 24-29 des Beschlusses). Die vom Bundesgerichtshof vorgelegte Frage musste in der Folge vom EuGH nicht beantwortet zu werden, da der Bundesgerichtshof sie zurückzog (vgl. Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 6. Februar 2014 [Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs – Deutschland] – Elena Recintopfingsten/Swiss International Air Lines AG [Rechtssache C-259/13]), wonach die Rechtssache vom Protokoll abgeschrieben werde.

⁴⁶ Art. 5 des Beschlusses des Luftverkehrsausschusses EU-CH.

⁴⁷ ABl. L 298/23.

⁴⁸ AS 2006, 5987.

⁴⁹ Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG) vom 18. Juni 2004 (Stand am 14. Dezember 2004), welches im Moment des Beschlusses des Luftverkehrsausschusses EU-CH vom 18. Oktober 2006 in Kraft war. Vgl. auch den etwas modifizierten Wortlaut des aktuellen PublG (Stand 1. April 2016).

⁵⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 1 PublG. Das Gesetz fordert nicht ausdrücklich, dass Erlasse und völkerrechtliche Verträge im *Wortlaut* publiziert werden müssen. Dies wird aber einerseits stillschweigend vorausgesetzt, sprechen doch diverse Bestimmungen vom «Text», und

schluss Nr. 1/2006 des Luftverkehrsausschusses EU-CH vom 18. Oktober 2006 sowohl im Amtsblatt der Europäischen Union⁵¹ als auch in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts⁵² erfüllt. Dagegen ist die *Verordnung (EG) Nr. 261/2004*, welche Gegenstand des Beschlusses bildet, zwar im Amtsblatt der Europäischen Union,⁵³ nicht aber in der *Amtlichen Sammlung des Bundesrechts* im Wortlaut publiziert worden.

Gemäss dem damaligen Art. 5 Abs. 2 lit. b PubLG (2004) war es zulässig, anstelle der wortgetreuen Publikation lediglich den *Titel* des Textes (Erlass, völkerrechtlicher Vertrag, Beschluss) und die *Fundstelle* (Bezugsquelle) in der Amtlichen Sammlung zu publizieren, falls der Text «in einem in der Schweiz zugänglichen offiziellen Organ veröffentlicht»⁵⁴ war. Diesem Erfordernis genügte die amtliche Publikation in AS 2006, 5988 *nicht*, da dort zwar der vollständige *Titel* der Verordnung (EG) Nr. 261/2004, *nicht* aber die massgebliche *Fundstelle* «*ABl. L 46/1*», angegeben wurde, wo im Amtsblatt der Europäischen Union der *Wortlaut* der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 zu finden war. Ohne Angabe dieser Fundstelle stellte die Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts im Dezember 2006 *keine rechtskonforme* Publikation der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 mittels «Veröffentlichung durch Verweis» im Sinne von Art. 5 Abs. 2 PubLG (2004) dar. Für eine gesetzeskonforme Angabe der Fundstelle in der Amtlichen Sammlung (AS 2006, 5988) wäre – zumindest in einer *Fussnote*⁵⁵ – der Hinweis auf das Amtsblatt der Europäischen Union «*ABl. L 46/1*» als Fundstelle erforderlich gewesen, wo der rechtsverbindliche Text der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 für jedermann einsehbar war. Ausreichend wäre auch die Angabe der *Internetadresse* «*eur-lex.europa.eu*» gewesen, unter welcher der Verordnungstext zu finden war, oder die Angabe der (schweizerischen) Internetadresse, wo seit dem 1. Oktober 2003 auf der Einstiegsseite der digitalen Systematischen Sammlung des Bundesrechts eine «Rechtssammlung zu den Bilateralen Abkommen» zu finden ist⁵⁶.

ergibt sich andererseits – *e contrario* – aus der Ausnahmeregelung in Art. 5 PubLG (Veröffentlichung durch Verweis).

⁵¹ ABl. L 298/23.

⁵² AS 2006, 5987.

⁵³ ABl. L 46/1.

⁵⁴ Der aktuelle (revidierte) Art. 5 Abs. 2 PubLG (2016) lautet: «Texte nach den Artikeln 2–4, die in einem anderen in der Schweiz unentgeltlich zugänglichen Publikationsorgan veröffentlicht sind, werden nur mit dem Titel sowie der Fundstelle in diesem Organ oder der Bezugsquelle in die AS aufgenommen.»

⁵⁵ Vgl. auch Art. 14 Abs. 2 der Verordnung über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsverordnung, PublV) vom 7. Oktober 2015 (SR 170.512.1).

⁵⁶ Vgl. auch die Botschaft zum Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PubLG) vom 22. Oktober 2003, BBl 2003, 7725 f.: «Bereits nach geltendem Recht (Art. 4 PubLG) kann unter gewissen Bedingungen auf die

Liegt infolge fehlender Angabe der *Fundstelle* keine den gesetzlichen Anforderungen von Art. 5 Abs. 2 PublG genügende «Veröffentlichung durch Verweis» der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts vor, stellt sich die Frage nach den *Rechtsfolgen* dieses Mangels. Falls ein Erlass erst nach seinem Inkrafttreten in der AS veröffentlicht wird, entstehen allfällige *Verpflichtungen* aus diesem Erlass erst «am Tag nach der Veröffentlichung»⁵⁷. Erfolgt eine «ausserordentliche» Veröffentlichung⁵⁸, so hat die betroffene Person zudem nachzuweisen, dass sie den Erlass *weder kannte noch bei pflichtgemässer Sorgfalt kennen musste*.⁵⁹ Obwohl es im vorliegenden Fall nicht um eine «ausserordentliche» Veröffentlichung im Sinne des Publikationsgesetzes geht,⁶⁰ bleibt die *Ratio* von Art. 8 Abs. 3 PublG, wonach dem Bürger keine Pflichten durch Rechtsnormen auferlegt werden dürfen, die er *weder kannte noch kennen konnte*, auch in dieser Situation massgebend. Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall Folgendes:

- Was den klagenden Rechtsanwalt Y. anbelangt, auferlegt ihm die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 *keine Pflichten*, sondern vermittelt ihm lediglich *Rechte*. Als Rechtsgrundlage für seine Entschädigungsforderung von € 600.- führte Y. ausdrücklich die ihm bekannte Verordnung an. Aus der unzulänglichen Publikation der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 in der

Veröffentlichung eines Textes in AS und SR verzichtet und stattdessen ein Verweis mit Angabe der Fundstelle oder der Bezugsquelle publiziert werden. Im jährlich erscheinenden Register zur AS/SR wird eine Liste der auf diese Weise «ausgelagerten» Texte veröffentlicht. Wird der ausgelagerte Text ausschliesslich in elektronischer Form veröffentlicht (Art. 15 Abs. 2 E-PublG), so ist als Fundstelle die Internet-Adresse anzugeben. In der Verweispublikation ist deutlich darauf hinzuweisen, dass der betreffende Erlass nicht in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts veröffentlicht wird und dass er bei einer namentlich bestimmten Adresse [...] bezogen werden kann. In der Regel erfolgt die Verweispublikation in Form einer eigenen AS-Seite. [...] Auf der Einstiegsseite der Bundesbehörden ist seit dem 1. Oktober 2003 auch ein Register aufgeschaltet, das sämtliche Rechtserlasse der EU enthält, die aufgrund der sektoriellen Verträge zwischen der Schweiz und der EG zu berücksichtigen sind [...]. Im Gegensatz zu den übrigen Verweisfällen nach diesem Artikel werden die Hinweise nicht in Form einer eigenen AS-Seite, sondern als Listen und Fussnoten innerhalb der verweisenden Erlasse veröffentlicht. Bei Bedarf wird zudem ein besonderes Register erstellt.» – Vgl. auch Botschaft zur Änderung des Publikationsgesetzes (Primatwechsel von der gedruckten zur elektronischen Version der amtlichen Veröffentlichungen) vom 28. August 2013, BBl. 2013, 7078. Eigenartigerweise vertritt der Bundesrat in dieser Botschaft (7078) die Meinung, dass die praktisch wohl wichtigste Fundstelle, nämlich diejenige im Amtsblatt der EU, nicht angegeben werden müsse. Worauf sich diese Art. 5 Abs. 2 PublG widersprechende Auffassung stützt, wird nicht gesagt.

⁵⁷ Art. 8 Abs. 2 PublG.

⁵⁸ Darunter verstand der frühere Art. 7 Abs. 2 PublG (2004) nicht dasselbe wie der heutige Art. 7 Abs. 4 PublG (2016).

⁵⁹ Art. 8 Abs. 3 PublG.

⁶⁰ Vgl. Art. 17 ff. der Verordnung über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsverordnung, PublV) vom 7. Oktober 2015.

Amtlichen Sammlung des Bundesrechts erwuchs ihm somit *keinerlei Nachteil*.

- Bei der beklagten Fluggesellschaft Z. verhält es sich insofern anders, als ihr durch die Verordnung gewisse *Entschädigungspflichten* auferlegt werden. Diesen Pflichten kann sich die Fluggesellschaft Z. entziehen, indem sie *nachweist*, dass sie die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 *weder kannte noch kennen musste*⁶¹. Ein entsprechender Nachweis ist vorliegend kaum realistisch. Als Fluggesellschaft hat Z. die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gekannt, da dies zu ihren elementaren unternehmerischen Pflichten gehört. Falls die Fluggesellschaft Z. die Verordnung nicht gekannt haben sollte, hätte sie diese auf jeden Fall *kennen müssen*. Die mangelhafte Publikation in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts enthob sie also nicht den Verpflichtungen aus der Verordnung. Deshalb stand im vorliegenden Fall der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 auf die von Rechtsanwalt Y. gegen die Fluggesellschaft Z. erhobene Entschädigungsforderung nichts entgegen.

c) Weitere offen gelassene Fragen

Die zwei weiteren Fragen, welche das Bezirksgericht offen gelassen hat, können an dieser Stelle nicht weiterverfolgt werden, da es sich um *Tatfragen* handelt: nämlich einerseits darum, ob zwischen dem Kläger Y. und dessen Vertreter Rechtsanwalt Y. *Personalunion* bestand⁶² sowie andererseits darum, ob Frau X. für die Rückreise von Malé nach Zürich *rechtzeitig* am Flughafen in Malé *eingetroffen* war.⁶³

V. «Verwegene Zusatzschlaufe im Luftwarteraum mit unsanfter Landung»

Obschon mit der richterlichen Erkenntnis, dass keine gültige Forderungsabtretung von Frau X. an Rechtsanwalt Y. vorlag, die Abweisung der Klage feststand, holte das Bezirksgericht zu einem sechsseitigen *obiter dictum* zur *nicht entscheidungsrelevanten Frage* aus, ob bei *Verspätung* eines Fluges nach der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 ein *Entschädigungsanspruch* besteht oder nicht. Das Bezirksgericht *verneinte* diese Frage.⁶⁴ Um die juristische Begrün-

⁶¹ Vgl. Art. 8 Abs. 3 PublG.

⁶² Urteil, E. 3.2.1.8.

⁶³ Urteil, E. 3.2.2.

⁶⁴ Urteil, E. 4.2.

derung des Urteils besser einordnen zu können, ist zunächst der Stand der Rechtsprechung des EuGH darzulegen (Abschnitt A., nachstehend) und dann die Tragweite der EuGH-Rechtsprechung für die Schweiz zu klären (Abschnitt B., nachstehend).

A. Stand der EuGH-Rechtsprechung zur Verordnung (EG) Nr. 261/2004

Die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 will zu einem *hohen Schutzniveau* für *Fluggäste* beitragen⁶⁵ und dient insofern dem Konsumentenschutz.⁶⁶ Während sich der EuGH in den ersten Jahren nach ihrem Inkrafttreten nur sporadisch mit der Verordnung zu befassen hatte, sind seit 2011 über ein Dutzend EuGH-Entscheidungen ergangen⁶⁷, die sich u.a. auch zur Frage des *Entschä-*

⁶⁵ Vgl. Erwägungsgrund 1 der Verordnung.

⁶⁶ Allerdings handelt es sich nicht um eine eigentliche Konsumentenschutzgesetzgebung (vgl. dazu THOMAS PROBST, Wettbewerbsrecht und Konsumentenschutz – Ein (dis-)harmonisches Konkubinat?, Jusletter 6. Februar 2017, Rz. 22-47), da auch *Nicht-Konsumenten* (namentlich Geschäftsreisende) in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, wie dies etwa auch bei der Richtlinie Nr. 90/314 des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen der Fall ist.

⁶⁷ Vgl. folgende Entscheidungen des EuGH: Rs. C-173/07, Emirates Airlines – Direktion für Deutschland gegen Diether Schenkel, EuGH-Urteil vom 10. Juli 2008, Slg. 2008, I-5237; Rs. C-549/07, Friederike Wallentin-Hermann gegen Alitalia-Linee Aeree Italiane SpA, EuGH-Urteil vom 22. Dezember 2008, Slg. 2008, I-11061; Rs. C-204/08, Peter Rehder gegen Air Baltic Corporation, EuGH-Urteil vom 9. Juli 2009, Slg. 2009, I-6073; Rs. C-402/07 und C-432/07, Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon, Alana Sturgeon gegen Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) und Stefan Böck, Cornelia Lepuschitz gegen Air France SA (C-432/07), EuGH-Urteil vom 19. November 2009, Slg. 2009, I-10923; Rs. C-294/10, Andrejs Eglītis und Edvards Ratnieks gegen Latvijas Republikas Ekonomikas ministrija, EuGH-Urteil vom 12. Mai 2011, Slg. 2011, I-3983; Rs. C-83/10, Aurora Sousa Rodríguez et al. gegen Air France SA, EuGH-Urteil vom 13. Oktober 2011, Slg. 2011, I-9469; Rs. C-22/11, Finnair Oyj gegen Timy Lassooy, EuGH-Urteil vom 4. Oktober 2012, ECLI:EU:C: 2012:604; Rs. C-321/11, Germán Rodríguez Cachafeiro und María de los Reyes Martínez-Reboredo Varela-Villamor gegen Iberia, Líneas Aéreas de España SA, EuGH-Urteil vom 4. Oktober 2012, ECLI:EU:C: 2012:609; Rs. C-581/10 und C-629/10, Emeka Nelson und andere gegen Deutsche Lufthansa AG (C-581/10) und TUI Travel plc und andere gegen Civil Aviation Authority (C-629/10), EuGH-Urteil vom 23. Oktober 2012, ECLI:EU:C: 2012:657; Rs. C-139/11, Joan Cuadrench Moré gegen Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, EuGH-Urteil vom 22. November 2012, ECLI:EU:C: 2012:741; Rs. C-12/11, Denise McDonagh gegen Ryanair Ltd, EuGH-Urteil vom 31. Januar 2013, ECLI:EU:C: 2013:43; Rs. C-11/11, Air France gegen Heinz-Gerke Folkerts und Luz-Tereza Folkerts, EuGH-Urteil vom 26. Februar 2013, ECLI:EU:C: 2013:106; Rs. C-628/11, International Jet Management GmbH, EuGH-Urteil vom 18. März 2014, ECLI:EU:C:2014:171; Rs. C-452/13, Germanwings GmbH gegen Ronny Henning, EuGH-Urteil vom 4. September 2014, ECLI:EU:C:2014:2141; Rs. C-257/14, Corina van der Lans gegen Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, EuGH-Urteil vom

digungsanspruchs bei Flugzeugverspätungen äussern und im vorliegenden Zusammenhang von zentralem Interesse sind. In erster Linie interessiert der Leitentscheid *Sturgeon gegen Condor*.

1. *Leitentscheid Sturgeon gegen Condor bzw. Böck gegen Air France*

a) **Sachverhalte und Vorlagefragen**

Im Leitentscheid *Sturgeon gegen Condor Flugdienst GmbH* sowie *Böck/Lepuschitz gegen Air France SA*⁶⁸ setzte sich der EuGH mit folgenden zwei Sachverhalten auseinander, die im gleichen Verfahren entschieden wurden:

Sachverhalt 1: Die Familie Sturgeon hatte bei Condor einen Flug von Frankfurt am Main nach Toronto und zurück gebucht. Der Rückflug von Toronto nach Frankfurt war für den 9. Juli 2005 (Abflugzeit 16.20 Uhr) geplant. Nach ihrer Abfertigung wurden die Fluggäste informiert, dass der Flug *annulliert* worden sei, was auf der Anzeigetafel des Flughafens entsprechend angezeigt wurde. Die Passagiere erhielten ihr Gepäck zurück und wurden zur Übernachtung in ein Hotel gebracht. Am Tag darauf wurden sie am Schalter einer *anderen* Fluggesellschaft für einen Flug mit der auf ihrer *Buchung angegebenen Flugnummer* eingeecheckt. Condor hatte an diesem Tag unter der gleichen Flugnummer keinen neuen Flug geplant und die Fluggäste erhielten *andere Sitzplätze* als am Vortag. Es fand *keine Umbuchung* auf den von einer anderen Fluggesellschaft geplanten Flug statt. Der Flug erreichte Frankfurt am 11. Juli 2005 gegen 7.00 Uhr, also rund *25 Stunden später* als *geplant*. Nach Auffassung von Sturgeon war der Flug angesichts der Verzögerung von rund 25 Stunden *nicht bloss verspätet*, sondern *annulliert*. Seine Klage auf Zahlung von € 600.- pro Person sowie (auf weiteren) Schadenersatz wurde so-

17. September 2015, ECLI:EU:C:2015:618; Rs. C-94/14, Flight Refund Ltd gegen Deutsche Lufthansa AG, EuGH-Urteil vom 10. März 2016, ECLI:EU:C:2016:148; Rs. C-145/15, K. Ruijssenaars, A. Jansen und C-146/15 J. H. Dees-Erf gegen Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu, EuGH-Urteil vom 17. März 2016, ECLI:EU:C:2016:187; Rs. C-255/15, Steef Mennens gegen Emirates Direktion für Deutschland, EuGH-Urteil vom 22. Juni 2016, ECLI:EU:C:2016:472; Rs. C-315/15, Marcela Pešková, Jiří Peška gegen Travel Service a.s., EuGH-Urteil vom 4. Mai 2017, ECLI:EU:C:2017:342; Rs. C-302/16, Bas Jacob Adriaan Krijgsman gegen Surinaamse Luchtvaart Maatschappij NV Emirates, EuGH-Urteil vom 11. Mai 2017, ECLI:EU:C:2017:359; Rs. C-559/16, Birgit & Anja Bossen, Gudula Grässmann gegen Brussels Airlines SA/NV, EuGH-Urteil vom 7. September 2017, ECLI:EU:C:2017:644.

⁶⁸ Rs. C-402/07 und C-432/07, Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon, Alana Sturgeon gegen Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) und Stefan Böck, Cornelia Lepuschitz gegen Air France SA (C-432/07), EuGH-Urteil vom 19. November 2009, Slg. 2009, I-10923.

wohl vom Amtsgericht Rüsselsheim (Deutschland) als auch vom Landgericht Darmstadt abgewiesen. Der *Bundesgerichtshof* gelangte in der Folge mit zwei Vorlagefragen an den EuGH:

1. Ist bei der Auslegung des Begriffs «Annullierung» entscheidend darauf abzustellen, ob die *ursprüngliche Flugplanung aufgegeben* wird, so dass eine Verzögerung unabhängig von ihrer Dauer keine Annullierung darstellt, wenn die Fluggesellschaft die Planung des ursprünglichen Fluges nicht aufgibt?
2. Falls diese Frage verneint wird: Unter welchen Umständen ist eine Verzögerung des geplanten Fluges nicht mehr als Verspätung, sondern als Annullierung zu behandeln? Hängt die Beantwortung dieser Frage von der Dauer der Verspätung ab?

Sachverhalt 2: Herr Böck und Frau Lepuschitz hatten bei Air France einen Liniensflug von Wien über Paris nach Mexico City und zurück gebucht. Die planmässige Abflugzeit des Fluges von Mexico City nach Paris war am 7. März 2005 um 21.30 Uhr. Kurz vor der Abfertigung wurde den Passagieren mitgeteilt, der Flug sei *annulliert* worden wegen einer Änderung der Planung der Flüge zwischen Mexico City und Paris infolge eines *technischen Defekts* eines Flugzeugs, das für die Verbindung zwischen Paris und Mexico City vorgesehen war, sowie wegen der Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Ruhezeit des Flugpersonals. Um ihr Ziel möglichst früh zu erreichen, akzeptierten Herr Böck und Frau Lepuschitz das Angebot von Air France, einen Flug der Fluggesellschaft *Continental Airlines* mit geplanter Abflugzeit am nächsten Morgen, 8. März 2005, um 12.20 Uhr zu nehmen. Ihre Flugscheine wurden annulliert und am Schalter der letztgenannten Fluggesellschaft erhielten sie *neue Flugscheine*. Die anderen Fluggäste des annullierten Fluges von Mexico City nach Paris, welche nicht auf den Flug von Continental Airlines auswichen, verliessen Mexico City (mit einigen zusätzlichen Fluggästen) am 8. März 2005 um 19.35 Uhr. Dieser Flug fand – unter der mit dem Buchstaben «A» ergänzten ursprünglichen Flugnummer – zusätzlich zu dem von Air France gleichentags ebenfalls durchgeführten regulären Flug statt. Herr Böck und Frau Lepuschitz erreichten Wien mit fast 22 *Stunden Verspätung* gegenüber der vorgesehenen Ankunftszeit. Beide erhoben beim Bezirksgericht für Handelsachen Wien Klage gegen Air France auf Zahlung von € 600.- pro Person gemäss Art. 5 und Art. 7 Abs. 1 lit. c der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 als Ausgleichszahlung für die Annullierung ihres Fluges. Das Bezirksgericht wies die Klage mangels Annullierung des Fluges ab. Auf Berufung hin legte das Handelsgericht Wien dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Sind Art. 5 in Verbindung mit Art. 2 lit. 1 und Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 dahin gehend auszulegen, dass eine *Abflugverzögerung von 22 Stunden* eine «*Verspätung*» im Sinne des Art. 6 darstellt?
2. Ist Art. 2 lit. 1 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 dahin gehend auszulegen, dass Fälle, in denen Fluggäste zu einem erheblich späteren Zeitpunkt (22 Stunden) unter ergänzter Flugnummer (bisherige Flugnummer mit Zusatz «A») befördert werden, wobei nur ein – wenn auch grosser – Teil der ursprünglich gebuchten Fluggäste, zusätzlich aber weitere, ursprünglich nicht gebuchte Fluggäste befördert werden, anstelle einer «*Verspätung*» eine «*Annullierung*» darstellen?
3. Im Fall der Bejahung der Frage 2: Ist Art. 5 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 dahin gehend auszulegen, dass ein technisches Gebrechen des Flugzeugs und die dadurch hervorgerufenen Flugplanänderungen *aussergewöhnliche Umstände* darstellen (die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Massnahmen ergriffen worden wären)?

b) Antworten des EuGH

Der EuGH fasste die vom Bundesgerichtshof bzw. Handelsgericht Wien zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen folgendermassen zusammen:

- Ist eine *Verspätung* eines Fluges als *Annullierung* eines Fluges im Sinne von Art. 2 lit. 1 und Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 anzusehen, wenn es sich um eine *grosse* Verspätung handelt;
- Sind Art. 5, 6 und 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 so auszulegen, dass die Fluggäste verspäteter Flüge im Hinblick auf die Anwendung des in Art. 7 dieser Verordnung vorgesehenen Ausgleichsanspruchs den Fluggästen annullierter Flüge *gleichgestellt* werden können; und
- Fällt ein bei einem Flugzeug aufgetretenes *technisches Problem* unter den Begriff «*aussergewöhnliche Umstände*» im Sinne von Art. 5 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004?

Die Antworten des EuGH auf diese drei Fragen fielen wie folgt aus:

aa) Zum Begriff der Verspätung

Der EuGH interpretierte Art. 2 lit. 1, Art. 5 und Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 dahin gehend, dass ein verspäteter Flug – unabhängig von seiner Verspätungsdauer – *nicht* als *annulliert* betrachtet werden kann, solange er gemäss der *ursprünglichen Flugplanung* des Luftfahrtunternehmens durchgeführt wird. Die Verspätung an sich reicht also nicht aus, um einen

Flug als «annulliert» zu qualifizieren.⁶⁹ Eine Annullierung liegt erst vor, wenn die Passagiere mit einem *andern Flug* (mit anderer Planung) befördert werden. Nicht entscheidend sind allfällige Angaben auf der Anzeigetafel des Flughafens («verspätet», «annulliert»), ob den Passagieren das Gepäck wieder ausgehändigt wurde bzw. ob ihnen neue Bordkarten ausgestellt wurden. Ebenfalls nicht massgeblich ist, ob die Gruppe der später beförderten Passagiere mit der Gruppe der ursprünglich gebuchten Passagiere identisch ist.⁷⁰

bb) Zum Ausgleichsanspruch bei grosser Verspätung des Fluges

Der EuGH legte Art. 5, Art. 6 und Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 dahin gehend aus, dass Fluggäste *verspäteter* Flüge den Fluggästen *annullierter* Flüge insofern *gleichzustellen* sind, als ihnen nach Art. 7 ebenfalls ein *Ausgleichsanspruch* zusteht, wenn sie infolge eines verspäteten Fluges einen *Zeitverlust von drei Stunden oder mehr erleiden*, d.h., wenn sie ihr *Endziel* nicht früher als drei Stunden nach der von dem Luftfahrtunternehmen *ursprünglich geplanten Ankunftszeit* erreichen.⁷¹ Ein Ausgleichsanspruch entfällt jedoch, wenn das Luftfahrtunternehmen *nachweisen* kann, dass die grosse Verspätung auf *aussergewöhnliche Umstände* zurückzuführen ist, die mit allen zumutbaren Massnahmen nicht haben vermieden werden können, also Umstände vorliegen, die das Luftfahrtunternehmen tatsächlich nicht zu beherrschen vermag.⁷² Der EuGH stützt seine Auffassung v.a. auf den Grundsatz der *Gleichbehandlung*,⁷³ da bei einer grossen Flugverspätung die Unannehmlichkeiten für die Passagiere praktisch dieselben sind wie bei annullierten Flügen, die regelmässig auch zu einer Verspätung führen.

cc) Technische Probleme als aussergewöhnliche Umstände?

Der EuGH interpretiert Art. 5 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 in dem Sinn, dass ein beim Flugzeug aufgetretenes *technisches Problem*, welches zur Annullierung oder Verspätung eines Fluges führt, *nicht* unter den Begriff der «*aussergewöhnlichen Umstände*» fällt. Vorbehalten bleiben technische Probleme wegen Vorkommnissen, die wegen ihrer *Natur* oder *Ursa-*

⁶⁹ Urteil Sturgeon, Rz. 33 ff.

⁷⁰ Urteil Sturgeon, Rz. 37 f.

⁷¹ Urteil Sturgeon, Rz. 61, 69.

⁷² Urteil Sturgeon, Rz. 67, 69.

⁷³ Urteil Sturgeon, Rz. 48, 54 ff.

che nicht Teil der normalen Ausübung der Tätigkeit des betroffenen Luftfahrtunternehmens und daher von ihm tatsächlich nicht zu beherrschen sind.⁷⁴

2. Weitere bedeutsame Entscheide

a) Nelson et al. gegen Deutsche Lufthansa AG

Rund drei Jahre nach dem Leitentscheid *Sturgeon* gegen *Condor* bzw. *Böck* gegen *Air France* hatte sich der EuGH im Fall *Nelson et al.* gegen *Deutsche Lufthansa AG*⁷⁵ erneut mit der Frage auseinanderzusetzen, ob den Passagieren eines erheblich verspäteten Fluges ein Ausgleichsanspruch nach Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 zusteht. Erwartungsgemäss bestätigte der EuGH seinen Leitentscheid *Sturgeon* gegen *Condor*.⁷⁶

Gleichzeitig sah sich der EuGH mit der grundlegenden Frage konfrontiert, ob die Anwendung von Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 auf Flugverspätungen von ≥ 3 Stunden mit dem *Montreal Übereinkommen* (MÜ) vereinbar ist.⁷⁷ Art. 29 MÜ hält nämlich fest, dass Klagen von Passagieren auf Leistung von «nicht kompensatorischem Schadenersatz» ausgeschlossen sind⁷⁸. Dieser Ausschluss gilt auch für Schadenersatzklagen wegen Flugverspätungen gestützt auf Art. 19 MÜ.⁷⁹

⁷⁴ Urteil *Sturgeon*, Rz. 70-72.

⁷⁵ Rs. C-581/10 und C-629/10, *Emeka Nelson et al. gegen Deutsche Lufthansa AG* (C-581/10) und *TUI Travel plc et al. gegen Civil Aviation Authority* (C-629/10), EuGH-Urteil vom 23. Oktober 2012, ECLI:EU:C:2012:657.

⁷⁶ Urteil *Nelson*, Rz. 40. Vgl. auch KLAUS TONNER, Die EU-Fluggastrechte-VO und das Montrealer Übereinkommen, VuR 2011, 203 ff., 204 ff.

⁷⁷ Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 28. Mai 1999 (Montreal), in Kraft für die Schweiz seit 5. September 2005, SR 0.748.411.

⁷⁸ Art. 29 MÜ lautet: «Bei der Beförderung von Reisenden, Reisegepäck und Gütern kann ein Anspruch auf Schadenersatz, auf welchem Rechtsgrund er auch beruht, sei es dieses Übereinkommen, ein Vertrag, eine unerlaubte Handlung oder ein sonstiger Rechtsgrund, nur unter den Voraussetzungen und mit den Beschränkungen geltend gemacht werden, die in diesem Übereinkommen vorgesehen sind; die Frage, welche Personen zur Klage berechtigt sind und welche Rechte ihnen zustehen, wird hierdurch nicht berührt. Bei einer derartigen Klage ist jeder eine Strafe einschliessende, verschärfte oder sonstige nicht kompensatorische Schadenersatz ausgeschlossen.»

⁷⁹ Art. 19 MÜ lautet: «Der Luftfrachtführer hat den Schaden zu ersetzen, der durch Verspätung bei der Luftbeförderung von Reisenden, Reisegepäck oder Gütern entsteht. Er haftet jedoch nicht für den Verspätungsschaden, wenn er nachweist, dass er und seine Leute alle zumutbaren Massnahmen zur Vermeidung des Schadens getroffen haben oder dass es ihm oder ihnen nicht möglich war, solche Massnahmen zu ergreifen.» – Vgl. auch die Beschränkung der Haftung für Verspätungsschäden auf einen Höchstbetrag von 4694.- SRZ pro Passagier (= ca. CHF 6500.-) in Art. 22 Abs. 1 MÜ.

Im Rahmen seiner Überprüfung erkannte der EuGH *keinen Widerspruch* zwischen seiner Rechtsprechung in *Sturgeon* gegen *Condor* zu Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 einerseits und den vorgenannten Bestimmungen des MÜ andererseits, weil eine *pauschalisierte monetäre Abgeltung* des Zeitverlusts und der Unannehmlichkeiten, die einem Flugpassagier aus Flugverspätungen von drei Stunden oder mehr entstehen, nicht einen *individualisierten Verspätungsschaden* gemäss Art. 19 MÜ darstelle und deshalb nicht unter Art. 29 MÜ falle.⁸⁰ Folglich kann der Passagier eines erheblich verspäteten Fluges *neben* der pauschalen Abgeltung gemäss Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 gegebenenfalls einen *individualisierten Schaden* nach Art. 19 MÜ geltend machen.⁸¹ Damit bestätigte der EuGH seinen früheren Entscheid in Sachen *IATA & ELFAA* gegen *Department of Transport*⁸².

b) **Bossen et al. gegen Brussels Airlines SA/NV**

Im jüngsten Entscheid *Bossen et al. gegen Brussels Airlines SA/NV* vom 7. September 2017 bestätigte der EuGH seine bisherige Rechtsprechung, wonach Passagiere eines um drei Stunden oder mehr verspäteten Fluges ein *Ausgleichsanspruch* nach Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 zusteht. In diesem Zusammenhang hielt der EuGH ergänzend fest, dass für die Bestimmung der *Höhe* der Ausgleichszahlung ausschliesslich die Entfernung vom Flughafen des *ersten Abfluges* bis zum Flughafen am *Endziel* massgeblich ist, unabhängig davon, ob ein Direktflug oder ein Flug mit Anschlussflügen vorliegt.⁸³

3. *Zwischenfazit*

Aufgrund der vorstehend referierten Rechtsprechung des EuGH zur Verordnung (EG) Nr. 261/2004 ergibt sich, dass Passagiere bei Flugverspätungen von drei Stunden oder mehr – auch *ohne* Vorliegen einer Annullierung⁸⁴ bzw.

⁸⁰ Urteil Nelson, Rz. 48-56.

⁸¹ Vgl. Art. 12 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 sowie Urteil Nelson, Rz. 57-59.

⁸² Rs. C-344/04, *The Queen*, auf Antrag von International Air Transport Association, European Low Fares Airline Association gegen Department for Transport EuGH-Urteil vom 10. Januar 2006, Slg. 2006, I-443, Rz. 43-48.

⁸³ Rs. C-559/16, *Birgit & Anja Bossen, Gudula Grässmann* gegen *Brussels Airlines SA/NV*, EuGH-Urteil vom 7. September 2017, ECLI:EU:C:2017:644, Rz. 29.

⁸⁴ Vgl. Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 sowie Rs. C-83/10, *Aurora Sousa Rodríguez et al.* gegen *Air France SA*, EuGH-Urteil vom 13. Oktober 2011, Slg. 2011, I-9469.

Nichtbeförderung⁸⁵ – Anspruch auf eine *pauschalisierte Ausgleichszahlung* gemäss Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 haben, welcher *neben*⁸⁶ den allfälligen Ersatz eines *individualisierten Verspätungsschadens* nach Art. 19 MÜ tritt.

B. Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für den schweizerischen Richter

1. Grundlagen

Welche Tragweite der EuGH-Rechtsprechung für den schweizerischen Richter in einem konkreten Rechtsstreit zukommt, lässt sich nicht allgemein umschreiben. Grundsätzlich sind *drei Bereiche*⁸⁷ zu unterscheiden, nämlich

- der Bereich der *Rechtsvereinheitlichung* durch *staatsvertragliches Einheitsrecht*,
- der Bereich der *Rechtsharmonisierung* mittels *autonomen Nachvollzugs* von *Unionsrecht* durch den schweizerischen Gesetzgeber, und
- der Bereich des *nicht (EU) harmonisierten* nationalen Rechts.

Die Frage, welche Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH zukommt, stellt sich dem schweizerischen Richter in diesen drei Bereichen je in einem *anderen Kontext* und beantwortet sich entsprechend *unterschiedlich*.

- a) Beim ersten Bereich, d.h. bei der Schaffung von (unmittelbar anwendbarem) *staatsvertraglichem Einheitsrecht* im Rahmen einer (bilateralen oder multilateralen) Rechtsvereinheitlichung fehlt es in der Regel an einer besonderen *supranationalen Gerichtsbarkeit*, welche die einheitliche Auslegung und Anwendung des völkerrechtlichen Vertrags sicherstellen würde.⁸⁸ Demzufolge besteht die Gefahr, dass die *nationalen Gerichte* der

⁸⁵ Vgl. Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 sowie Rs. C-321/11, Germán Rodríguez Cachafeiro und María de los Reyes Martínez-Reboredo Varela-Villamor gegen Iberia, Líneas Aéreas de España SA, EuGH-Urteil vom 4. Oktober 2012, ECLI:EU:C: 2012:609.

⁸⁶ Soweit ersichtlich noch nicht geklärt ist die Frage, ob der EuGH unter dem Begriff «neben» «zusätzlich» versteht oder ob eine Anrechnung der Pauschalzahlung auf den individuellen Verspätungsschaden zu erfolgen hat. Angesichts der dezidierten Unterscheidung zwischen einem «Ausgleichsanspruch» einerseits und dem Ersatz des «Verspätungsschadens» andererseits dürfte der EuGH implizit von der ersteren Auffassung ausgegangen sein.

⁸⁷ Weitere Einzelheiten bei THOMAS PROBST, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht, BJM 2004, 225 ff., 239 ff.

⁸⁸ Bedeutende Ausnahmen sind der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Gerichtshof der Europäischen Union

Vertragsstaaten den einheitlichen Vertragstext *unterschiedlich* auslegen und dadurch die beabsichtigte Rechtsvereinheitlichung von einer national orientierten Gerichtspraxis unterlaufen wird. Dies erklärt, weshalb wichtige multilaterale Staatsverträge wie das *Wiener Kaufrecht*⁸⁹ oder das *Lugano-Übereinkommen*⁹⁰ Bestimmungen enthalten, die zu einer möglichst einheitlichen Anwendung beitragen sollen. So bestimmt Art. 7 Abs. 1 des Wiener Kaufrechts, dass die nationalen Gerichte bei der Auslegung des Übereinkommens, die Notwendigkeit seiner *einheitlichen Anwendung* zu *berücksichtigen* haben⁹¹. Eine ähnliche Bestimmung findet sich in Art. 1 Abs. 1 des Protokolls 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens und den Ständigen Ausschuss zum LugÜ⁹². Da das LugÜ der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012⁹³ nachgebildet ist, besteht eine enge *Parallelität* zwischen beiden Rechtsinstrumenten. Das Bundesgericht folgt daher in seinen Urteilen meist der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung⁹⁴.

im Rahmen der EU, welche für eine einheitliche Auslegung der EMRK bzw. des Unionsrechts sorgen.

⁸⁹ Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980, für die Schweiz in Kraft seit dem 1. März 1991 (SR 0.221.211.1).

⁹⁰ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) vom 30. Oktober 2007, für die Schweiz in Kraft seit dem 1. Januar 2011 (SR 0.275.12).

⁹¹ Art. 7 Abs. 1 Wiener Kaufrecht lautet: «Bei der Auslegung dieses Übereinkommens sind sein internationaler Charakter und die Notwendigkeit zu berücksichtigen, seine *einheitliche Anwendung* und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen zu fördern» (Hervorhebung durch Verfasser). Für weitere Einzelheiten: PROBST (Fn. 87), 240 f.

⁹² «Jedes Gericht, das dieses Übereinkommen anwendet und auslegt, trägt den *Grundsätzen gebührend Rechnung*, die in *massgeblichen Entscheidungen von Gerichten* der durch dieses Übereinkommen gebundenen Staaten sowie in *Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften* zu den Bestimmungen dieses Übereinkommens oder zu *ähnlichen Bestimmungen* des Lugano-Übereinkommens von 1988 und der in Artikel 64 Absatz 1 dieses Übereinkommens genannten Rechtsinstrumente entwickelt worden sind.»

⁹³ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl.). – Diese Verordnung hat die Verordnung 44/2001/EG vom 22. Dezember 2000 (EuGVO) abgelöst, welche ihrerseits das Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1967 (EuGVÜ) ersetzt hatte.

⁹⁴ Vgl. BGE 142 III 420, 422 E. 2.3.1.; BGE 141 III 28, 32 E. 3.1.1.; BGE 140 III 121 E. 5; BGE 139 III 232, 234 E. 2.2.; BGE 129 III 626, 633; BGE 125 III 451, 456 f.; BGE 124 III 188, 191; BGE 124 III 382, 394 ff.; BGE 121 III 336, 338 f. sowie den Vorbehalt in BGE 125 III 108, 110 E. 3c. – Für weitere Einzelheiten: PROBST (Fn. 87), 241 ff.

Zur Kategorie des staatsvertraglichen Einheitsrechts (ohne gemeinsame supranationale Gerichtsbarkeit) gehört auch das vorliegend interessierende *Luftverkehrsabkommen CH-EU*, weshalb sich die Frage der einheitlichen Auslegung und Anwendung stellt (Abschnitt B./2., nachstehend).

- b) Beim zweiten Bereich, nämlich dem *autonomen Nachvollzug* von *Unionsrecht* – zwecks Harmonisierung des schweizerischen Rechts mit dem EU-Recht – bestehen für die Auslegung des von der Schweiz autonom nachvollzogenen Unionsrechts *keine völkerrechtlichen Vorgaben*. Folglich entscheidet der schweizerische Richter aufgrund der einheimischen Auslegungslehre *eigenständig* über die Auslegung von *leges europaeae*.⁹⁵ Da der Zweck des autonomen Nachvollzugs durch den Gesetzgeber darin besteht, eine allmähliche Abkopplung des schweizerischen Rechts vom Unionsrecht zu verhindern, liegt es – angesichts der grossen wirtschaftlichen Bedeutung des EU-Binnenmarkts für die Schweiz – nahe, diese *Zielsetzung* bei der schweizerischen Auslegung autonom nachvollzogenen Unionsrechts zu beachten und die Entwicklung der *EuGH-Rechtsprechung* bei der Anwendung autonom nachvollzogenen EU-Rechts im Auge zu behalten. Ein *zeitfixierter* («statischer») autonomer Nachvollzug von Unionsrecht durch den schweizerischen Gesetzgeber vermag die Anschlussfähigkeit der schweizerischen Rechtsordnung ans Unionsrecht offensichtlich nicht sicherzustellen, da sich dieses *laufend fortentwickelt*. Das Bundesgericht hat diesen Zusammenhang frühzeitig erkannt und in seinem Leitentscheid BGE 129 III 335 – mehr oder weniger klar – folgende *Grundregeln* aufgestellt:
- *Regel 1*: «Nachvollzogenes Binnenrecht» ist im Zweifel «unionsrechtskonform» auszulegen, d.h. es gilt der Grundsatz: *in dubio pro interpretatione europaea*.
 - *Regel 2*: Die «Eurokompatibilität» des schweizerischen Rechts als Leitlinie der unionsrechtskonformen Interpretation stellt eine *dynamische Zielsetzung* dar, welche eine Auslegung nach der *objektiv-geltungszeitlichen Methode* impliziert.
 - *Regel 3*: Die vorgenannten Regeln 1 und 2 gelten unter dem allgemeinen *Vorbehalt* der Grenzen der *binnenstaatlichen Methodologie*.⁹⁶
- c) Der dritte Bereich ist jener des *nicht harmonisierten* nationalen Rechts der Schweiz, wo weder staatsvertragliches Einheitsrecht (= Rechtsvereinheitlichung) noch autonom nachvollzogenes Unionsrecht (= Rechts-

⁹⁵ *Leges europaeae* sind Bundesgesetze, mit welchen der Gesetzgeber EU-Richtlinien autonom nachvollzieht, um das schweizerische Recht dem Unionsrecht anzugleichen. Als Beispiele seien das Produkthaftpflichtgesetz vom 18. Juni 1993, das Pauschalreisegesetz vom 18. Juni 1993⁹⁵ und das Konsumkreditgesetz vom 23. März 2001 erwähnt. Für weitere Beispiele: PROBST (Fn. 87), 231 f.

⁹⁶ Für weitere Einzelheiten: PROBST (Fn. 87), 239 ff.

harmonisierung) vorliegt, sondern der schweizerische Gesetzgeber – im Grundsatz – *inhaltlich eigenständig und unabhängig* legiferiert und die Gerichte das nationale Recht selbständig und autonom auslegen.⁹⁷ Trotz dieser Autonomie und Souveränität gehört es zur langbewährten Tradition des Schweizerischen Bundesgerichts, sich mit dem ausländischen Recht und seiner Rechtsprechung offen und unbefangen auseinanderzusetzen sowie die ausländischen Erfahrungen und Erkenntnisse *nutzbringend* in den schweizerischen Auslegungsprozess zu *integrieren*. Dies geschieht meist unter dem Titel der «Rechtsvergleichung»⁹⁸.

2. *Auslegung und Anwendung des Luftverkehrsabkommens CH-EU*

Wie erwähnt⁹⁹ stellt das Luftverkehrsabkommen CH-EU – inkl. Anhang¹⁰⁰ und der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 – staatsvertragliches Einheitsrecht dar, welches zwischen der Schweiz und der EU im Anwendungsbereich des Abkommens eine (partielle) *Rechtsvereinheitlichung* auf der Grundlage des *acquis communautaire* vom 21. Juni 1999¹⁰¹ bezweckt. Da im Abkommen weder eine supranationale Gerichtsbarkeit noch ein anderer gerichtlicher Streitbeilegungsmechanismus vereinbart worden ist, obliegt die *letztinstanzliche Auslegung* dieses Einheitsrechts dem Schweizerischen *Bundesgericht* einerseits bzw. dem *EuGH* andererseits. Ein derartiger Lösungsansatz stellt mittel- bis langfristig kein tragfähiges Konzept dar und weist zwei wesentliche *Nachteile* auf: Einerseits nimmt er das Risiko *widersprüchlicher Urteile* zum Luftverkehrsabkommen CH-EU seitens des Bundesgerichts bzw. des *EuGH* in Kauf. Andererseits verliert das Einheitsrecht des Luftverkehrsabkommens, welches auf dem Rechtszustand vom 21. Juni 1999 beruht, allmählich die Kompatibilität mit dem von der EU *einseitig weiterentwickelten Unionsrecht*.

- a) Das *erste Problem* versucht das Luftverkehrsabkommen CH-EU in Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 23 zu entschärfen. Während die *vor* Unterzeichnung des Luftverkehrsabkommens ergangene *EuGH-Rechtsprechung* zu den vom Abkommen erfassten Materien für den schweizerischen Richter *massgeblich* ist, wird die Frage nach der Tragweite der *späteren* *EuGH-Rechtsprechung* vom Abkommen offen gelassen und deren Be-

⁹⁷ Dazu PROBST (Fn. 87), 245.

⁹⁸ Dazu PROBST (Fn. 87), 250 f.

⁹⁹ Vgl. oben Abschnitt V./B./1./a), *in fine*.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 32 Luftverkehrsabkommen CH-EU.

¹⁰¹ Dies ist das Datum der Unterzeichnung des Abkommens, welches als Stichtag für den Stand des *acquis communautaire* gilt, auf dem das Abkommen beruht.

antwortung dem *Gemischten Ausschuss* als Verwaltungsorgan¹⁰² übertragen, welches im «gegenseitigen Einvernehmen» (= Konsensprinzip) handelt.¹⁰³ Gemäss Art. 1 Abs. 2 des Luftverkehrsabkommens hat die EU der Schweiz die *nach* dem Stichtag vom 21. Juni 1999 ergangenen EuGH-Urteile zu *übermitteln*¹⁰⁴, worauf der Gemischte Ausschuss – auf Verlangen einer Vertragspartei – die *Folgen* solcher Urteile für das ordnungsgemässe Funktionieren des Luftverkehrsabkommens CH-EU festzustellen hat.¹⁰⁵ Dieser Anpassungsmechanismus scheint in der Praxis eher schlecht denn recht zu funktionieren.

So ist weder bekannt, ob bzw. wann im vorliegenden Zusammenhang die EU das Urteil *Sturgeon* gegen *Condor Flugdienst GmbH*¹⁰⁶ sowie die weitere (oben referierte) EuGH-Rechtsprechung¹⁰⁷ der Schweiz *formell übermitteln* hat, noch ist ersichtlich, wo und wann der Gemischte Ausschuss eine *offiziell publizierte Feststellung* zur umfangreichen *EuGH-Rechtsprechung* zur Verordnung (EG) Nr. 261/2004¹⁰⁸ getroffen hat. Der in Art. 1 Abs. 2 und Art. 23 des Luftverkehrsabkommens CH-EU vorgesehene Mechanismus zur Integration der (späteren) EuGH-Rechtsprechung ins Abkommen scheint nicht befriedigend zu funktionieren, was kaum überrascht: Der Grundsatz der *Einstimmigkeit* endet zwangsläufig in einer Patt-Situation, wenn die Vertragsparteien sich nicht über die praktische Tragweite (später ergangener) EuGH-Urteile für das Luftverkehrsabkommen einigen können. Diese Uneinigkeit ist mehr oder weniger vorprogrammiert, da schlecht ersichtlich ist, was der Gemischte Ausschuss z.B. zum *Sturgeon-Urteil* des EuGH konkret hätte feststellen können bzw. sollen. Nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung kann der Gemischte Ausschuss als Verwaltungsbehörde dem Bundesgericht nicht vorschreiben, wie es mit diesem EuGH-Urteil in seiner eigenen Rechtsprechung umzugehen hat. Es dürfte auch nicht Sache des Gemischten Ausschusses sein, die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 (als Bestandteil des Luftverkehrsabkommens CH-EU) im Sinne des *Sturgeon-Urteils* des EuGH zu revidieren bzw. nachzuführen,¹⁰⁹ auch wenn Beschlüsse des

¹⁰² Vgl. Art. 23 Luftverkehrsabkommen CH-EU.

¹⁰³ Art. 21 Abs. 1 Luftverkehrsabkommen CH-EU.

¹⁰⁴ Eine entsprechende Mitteilungspflicht für Urteile des Bundesgerichts sieht das Abkommen nicht vor.

¹⁰⁵ Art. 1 Abs. 2 Luftverkehrsabkommen CH-EU (*in fine*).

¹⁰⁶ Rs. C-402/07 und C-432/07, Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon, Alana Sturgeon gegen Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) und Stefan Böck, Cornelia Lepuschitz gegen Air France SA (C-432/07), EuGH-Urteil vom 19. November 2009, Slg. 2009, I-10923.

¹⁰⁷ Vgl. oben, Abschnitt V./A.

¹⁰⁸ Vgl. die Liste der EuGH-Urteile oben, in Fn. 67.

¹⁰⁹ Nach Art. 23 Abs. 4 Luftverkehrsabkommen CH-EU kann der Gemischte Ausschuss zwar eine Änderung des Anhangs beschliessen, aber eine Änderung von Bestimmungen des Abkommens bloss vorschlagen.

Gemischten Ausschusses für die Vertragsparteien verbindlich sind.¹¹⁰ Angesichts der beachtlichen Anzahl von EuGH-Urteilen wäre ein solches Vorhaben wenig praktikabel. Ein neuer Anpassungsmechanismus dürfte daher unumgänglich sein.

- b) Das *zweite Problem*, jenes der *einseitigen Weiterentwicklung* der Rechtsordnungen durch den *Gesetzgeber* der EU bzw. der Schweiz und die daraus resultierende schrittweise (inhaltliche) Abkoppelung des (statischen) Luftverkehrsabkommens CH-EU von der fortschreitenden Weiterentwicklung des EU-Rechts, versucht das Luftverkehrsabkommen in Art. 23 anzugehen. Vor dem Erlass einer neuen Rechtsvorschrift durch die Schweiz bzw. die EU besteht eine gegenseitige *Informations- und Konsultationspflicht*¹¹¹. Ist eine neue Rechtsvorschrift von der Schweiz bzw. der EU erlassen und veröffentlicht worden, so ist die andere Partei davon innert acht Tagen in Kenntnis zu setzen.¹¹² Auf entsprechendes Verlangen einer Partei kommt es zu einem *Meinungsaustausch* im Gemischten Ausschuss,¹¹³ welcher eine Änderung des Anhangs oder eine andere Massnahme beschliessen oder eine Revision des Abkommens vorschlagen kann.¹¹⁴ Möglich ist auch die Feststellung, dass der neue Erlass mit dem ordnungsgemässen Funktionieren des Abkommens vereinbar ist.¹¹⁵ Auch dieser Anpassungsmechanismus erscheint eher schwerfällig und wenig effizient.

3. *Obiter dictum-Standpunkt des Bezirksgerichts*

Das Bezirksgericht (Einzelrichter) begründet seinen *obiter dictum*-Standpunkt, wonach Flugpassagieren bei Flugzeugverspätungen (von mindestens drei Stunden) nach *schweizerischem Recht kein Ausgleichsanspruch* zustehe, in erster Linie damit, dass das Sturgeon-Urteil des EuGH – mangels eines entsprechenden Beschlusses des Gemischten Ausschusses – für die Schweiz *nicht rechtsverbindlich* sei.¹¹⁶ Im Weiteren verwirft es eine *selbständige Auslegung* der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 nach Massgabe des Sturgeon-

¹¹⁰ Art. 22 Abs. 1 Luftverkehrsabkommen CH-EU. – Eine *formelle Nachführung* der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 an die EuGH-Rechtsprechung als Teil des Luftverkehrsabkommens würde bedeuten, dass zwei Versionen der Verordnung existierten, nämlich eine für den Binnenmarkt der EU und eine für das Verhältnis CH-EU. Dies würde dem Integrationsziel der EU zuwiderlaufen.

¹¹¹ Art. 23 Abs. 2 Luftverkehrsabkommen CH-EU.

¹¹² Art. 23 Abs. 3 Luftverkehrsabkommen CH-EU.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Art. 23 Abs. 4 Luftverkehrsabkommen CH-EU.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Urteil, E. 4.2.5.

Urteils des EuGH, obwohl eine solche im Interesse der einheitlichen Anwendung des vom Luftverkehrsabkommen angestrebten staatsvertraglichen Einheitsrechts zwischen der Schweiz und der EU gelegen hätte. Stattdessen befürwortet der Einzelrichter in seinen Erwägungen eine *bewusste Abkehr* von der EuGH-Rechtsprechung vorab unter Berufung auf den *klaren Wortlaut* von Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004, welcher für Verspätungen keinen Ausgleichsanspruch nach Art. 7 der Verordnung vorsehe.¹¹⁷ Ausserdem verweist der Einzelrichter auf die *Systematik* der Verordnung (EG) Nr. 261/2004, welche klar zwischen Nichtbeförderung, Annullierung und Verspätung unterscheide und dafür je unterschiedliche Ansprüche vorsehe, also keinen Generaltatbestand mit einheitlicher Rechtsfolge geschaffen habe.¹¹⁸ Im Übrigen ergebe sich aus der *Entstehungsgeschichte*, dass für Flugverspätungen bewusst auf eine pauschale Entschädigung verzichtet worden sei.¹¹⁹

4. *Kommentar zum einzelrichterlichen Urteil des Bezirksgerichts*

Dem einzelrichterlichen Urteil des Bezirksgerichts und den darin enthaltenen Überlegungen zur nicht entscheidungsrelevanten Frage, ob Flugpassagieren bei (grösseren) Flugverspätungen nach schweizerischem Recht ein Ausgleichsanspruch im Sinne von Art. 6 bzw. 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 zusteht, kommt das Verdienst zu, eine sowohl praktisch als auch juristisch bedeutsame Frage aufgegriffen zu haben. Gleichzeitig illustriert dieser *prima vista* banale Streitfall von geringem Streitwert, welch beträchtliche Bedeutung einer *umsichtigen inländischen Rechtsprechung* für die Funktionsfähigkeit der Bilateralen Abkommen CH-EU zukommt.

Inhaltlich kann den *obiter dicta*-Erwägungen des Einzelrichters grösstenteils *nicht gefolgt* werden. Dies namentlich aus folgenden Gründen:

- Erstens scheint sich der Einzelrichter des Unterschieds zwischen einer *Rechtsvereinheitlichung* mittels staatsvertraglichen Einheitsrechts, einer *Rechtsharmonisierung* durch autonomen, gesetzgeberischen Nachvollzug von Unionsrecht und dem Bereich des *nicht (EU) harmonisierten* nationalen Rechts nicht ausreichend bewusst gewesen zu sein.¹²⁰ Folglich fehlte ihm wohl auch das Verständnis dafür, welche Bedeutung dieser Differenzierung für die *Auslegung von EU-Recht durch den schweizerischen Richter* zukommt. Sein (richtiger) Befund, dass er aufgrund des Luftverkehrs-

¹¹⁷ Urteil, E. 4.2.7-4.2.9.

¹¹⁸ Urteil, E. 4.2.10.

¹¹⁹ Urteil, E. 4.2.11.

¹²⁰ Vgl. dazu oben, Abschnitt V./B./1.

abkommens CH-EU formell nicht an das Leiturteil *Sturgeon* gegen *Condor Flugdienst GmbH*¹²¹ des EuGH gebunden war, also *abweichend* davon *entscheiden durfte*, bedeutete keineswegs, dass er dies auch *tun sollte*. Die richterliche Aufgabe bestand konkret darin, das Luftverkehrsabkommen als *staatsvertragliches Einheitsrecht sachgerecht* auszulegen.¹²² Da die Vertragsparteien im gegenseitigen wirtschaftlichen Interesse im Bereich des Luftverkehrs eine partielle Rechtsvereinheitlichung vereinbart haben, sind Richter gehalten, diesem *gesetzgeberischen Willen* und der entsprechenden *Zielsetzung* des Gesetzes zu *folgen*, sofern *nicht triftige Gründe* dagegen sprechen. Das *Bundesgericht* praktiziert diese Haltung in seiner Rechtsprechung zum LugÜ in exemplarischer Weise, indem es im Interesse eines gut funktionierenden Abkommens der EuGH-Rechtsprechung *meist folgt*. Es tut dies nicht etwa, weil es sich dem «Diktat ausländischer Richter» verpflichtet fühlt, sondern weil es als höchstes Gericht die Bedeutung einer weitsichtigen Rechtsprechung nach Sinn und Geist des rechtsvereinheitlichenden Abkommens erkennt bzw. anerkennt und damit unserem Land dient. Vor diesem Hintergrund muss man sich fragen, weshalb sich im vorliegenden Fall der erstinstanzliche Einzelrichter ohne triftige Gründe einer etablierten Rechtsprechung des EuGH entgegenstellt und damit *verspätete Flugpassagiere* nach *schweizerischem Recht benachteiligt*.

- Zweitens setzt sich der Einzelrichter mit Inhalt und Begründung des EuGH-Urteils *Sturgeon* gegen *Condor* nicht näher auseinander. Namentlich der zentrale Aspekt, dass sich Flugverspätungen infolge einer Flugannullierung von (grösseren) Flugverspätungen *ohne* Flugannullierung, – jedenfalls was die negativen Auswirkungen auf die Flugpassagiere anbelangt – *sachlich nicht sinnvoll voneinander abgrenzen* lassen und daher beim Ausgleichsanspruch nach Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 *gleichbehandelt* werden sollten, wird nicht thematisiert. Unbeachtet bleibt auch die Tatsache, dass der EuGH im späteren Entscheid *Nelson et al.* gegen *Deutsche Lufthansa AG*¹²³ sein *Sturgeon*-Urteil bestätigt hat, und damit die Luftfahrtgesellschaften mit ihrem Versuch, diese Rechtsprechung zu Fall zu bringen, gescheitert waren. Stattdessen konzentriert sich der Einzelrichter *einseitig* auf jene Argumente, die seinen (von der

¹²¹ Rs. C-402/07 und C-432/07, Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon, Alana Sturgeon gegen Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) und Stefan Böck, Cornelia Lepuschitz gegen Air France SA (C-432/07), EuGH-Urteil vom 19. November 2009, Slg. 2009, I-10923.

¹²² Dies unter dem Vorbehalt, dass es ohnehin nicht Aufgabe des Einzelrichters war, eine *nicht entscheidungsrelevante Frage* in einem langen *obiter dictum* zu beurteilen und dies noch in Abweichung von einer etablierten Rechtsprechung des EuGH.

¹²³ Rs. C-581/10 und C-629/10, Emeka Nelson et al. gegen Deutsche Lufthansa AG (C-581/10) und TUI Travel plc et al. gegen Civil Aviation Authority (C-629/10), EuGH-Urteil vom 23. Oktober 2012, ECLI:EU:C:2012:657.

EuGH-Rechtsprechung abweichenden) Standpunkt unterstützen bzw. zu unterstützen scheinen, nämlich insbesondere auf den *Wortlaut* der Verordnung (EG) Nr. 261/2004, während er dem *Zweck* des Luftverkehrsabkommens CH-EU keine Bedeutung zumisst.¹²⁴ Einseitig in den Dienst des gewünschten Ergebnisses wird auch die *Entstehungsgeschichte* der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 gestellt. So wird der – übrigens falsch referierte – Hinweis der EU-Kommission in ihrer Begründung zum Vorschlag der Verordnung, wonach Luftfahrtunternehmen zwar für Nichtbeförderungen und Annullierungen verantwortlich seien, «jedoch nicht immer für Verspätungen»¹²⁵, als Argument *gegen* die EuGH-Rechtsprechung angeführt.¹²⁶ Diese Aussage der Kommission liegt indes durchaus auf der Linie der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 6 bzw. 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004, steht doch den Passagieren nach Auffassung des EuGH gerade *nicht für alle Verspätungen*, sondern nur für gravierende Verspätungen von *mindestens drei Stunden* ein Ausgleichsanspruch zu.

- Drittens fällt am einzelrichterlichen Urteil des Bezirksgerichts auf, dass es mehrere *konkret sich stellende Fragen offenlässt*¹²⁷, dagegen die nicht relevante *hypothetische Frage*, ob Passagieren bei Flugverspätungen ein Ausgleichsanspruch nach Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 zusteht, *beantwortet* und zwar negativ. Weshalb der Einzelrichter auf diese Weise verfahren ist, bleibt unklar. Klar ist immerhin, dass es nicht zu den richterlichen Aufgaben gehört, in Urteilen *nicht entscheidungsrelevante Hypothesen* abzuhandeln und zu *beantworten*.
- Viertens hätte der Einzelrichter, wenn er schon in einem seitenlangen *obiter dictum* die nicht entscheidungsrelevante Frage nach dem Bestehen eines *pauschalisierten Ausgleichsanspruchs* gemäss Art. 6 und 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 bei Flugverspätungen *verneinte*, konsequenterweise auch die Frage behandeln sollen, ob Frau X. bzw. Rechtsanwalt Y. nach *Art. 19 MÜ* und im Lichte der zugehörigen EuGH-Rechtsprechung ein *individualisierter Schadenersatzanspruch*zustand.¹²⁸ Gleichzeitig wäre die Frage nach einem allfälligen *obligationenrechtlichen* Anspruch zu beantworten gewesen.¹²⁹ Dem einzelrichterlichen Urteil kann ein gewisser Hang zur Einseitigkeit nicht abgesprochen werden.

¹²⁴ Vgl. Urteil, E. 4.2.13, wo das *teleologische* Auslegungselement, welchem in den meisten Fällen grosses Gewicht zukommt, ausgeblendet wird.

¹²⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Betreuungsleistungen für Fluggäste im Falle der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen vom 21.12.2001, KOM(2001) 784 endgültig, Rz. 23

¹²⁶ Urteil, E. 4.2.11.

¹²⁷ Vgl. dazu oben, Abschnitt III.

¹²⁸ Vgl. dazu oben, Abschnitt V./A./2./a).

¹²⁹ Vgl. Art. 12 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 sowie Rs. C-83/10, Aurora Sousa Rodríguez et al. gegen Air France SA, EuGH-Urteil vom 13. Oktober 2011, Slg. 2011, I-

- Fünftens stellt das einzelrichterliche Urteil des Bezirksgerichts in einem letzten *obiter dictum* die EuGH-Rechtsprechung zum Begriff der «*ausserordentlichen Umstände*» im Sinn von Art. 5 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 in Frage, indem es diese Rechtsprechung als zu restriktiv kritisiert. Nach dem Einzelrichter sollen für ein schweizerisches Gericht gute Gründe vorliegen, eine *defekte Treibstoffzufuhr* als einen «ausserordentlichen Umstand» zu betrachten, der ein Luftfahrtunternehmen von einer Ausgleichszahlung nach Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 befreie.¹³⁰ Dem steht diametral entgegen, dass der EuGH bestätigt hat, *technische Probleme*, die zu einer Verspätung oder Annullierung eines Fluges führten, stellten keine «ausserordentlichen Umstände» dar.¹³¹ Vorbehalten seien technische Probleme wegen Vorkommnissen, die ihrer *Natur* oder *Ursache* nach *nicht Teil der normalen Ausübung der Tätigkeit* des betroffenen Luftfahrtunternehmens sind und daher von ihm tatsächlich nicht beherrscht werden könnten. Als Beispiele werden versteckte Fabrikationsfehler von Flugbestandteilen, durch Sabotageakte oder terroristische Handlungen verursachte Schäden an Flugzeugen genannt¹³² oder auch die Kollision des Flugzeugs mit einem Vogel.¹³³ Vor diesem Hintergrund kann eine durch den laufenden Flugbetrieb «*durchscheuerte*» Treibstoffzufuhrleitung¹³⁴ nicht ernsthaft als «ausserordent-

9469, Rz. 36 ff. – Die im einzelrichterlichen Urteil (E. 4.2.14) gemachte Aussage, ohne Tätigwerden des Gemischten Ausschusses oder des schweizerischen Gesetzgebers bestehe *keine Anspruchsgrundlage für die geltend gemachte Forderung*, übersieht die bestehenden *weiteren Rechtsgrundlagen*. – Unklar ist, ob der Kläger das Rechtsbegehren weit genug gefasst hat, um diese alternativen Anspruchsgrundlagen mitzuerfassen und ob er diesbezüglich der Behauptungs- bzw. Substantiierungsobliegenheit nachgekommen ist.

¹³⁰ Vgl. Urteil, E. 4.2.15.

¹³¹ Rs. C-549/07, Friederike Wallentin-Hermann gegen Alitalia-Linee Aeree Italiane SpA, EuGH-Urteil vom 22. Dezember 2008, Slg. 2008, I-11061, Rz. 25 («Folglich können technische Probleme, die sich bei der Wartung von Flugzeugen zeigen oder infolge einer unterbliebenen Wartung auftreten, als solche keine «aussergewöhnlichen Umstände» im Sinne von Art. 5 Abs. 3 der Verordnung Nr. 261/2004 darstellen.») und Rz. 34. – Rs. C-402/07 und C-432/07, Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon, Alana Sturgeon gegen Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) und Stefan Böck, Cornelia Lepuschitz gegen Air France SA (C-432/07), EuGH-Urteil vom 19. November 2009, Slg. 2009, I-10923, Rz. 70-72.

¹³² Rs. C-549/07, Friederike Wallentin-Hermann gegen Alitalia-Linee Aeree Italiane SpA, EuGH-Urteil vom 22. Dezember 2008, Slg. 2008, I-11061, Rz. 26; Rs. C-257/14, Corina van der Lans gegen Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, EuGH-Urteil vom 17. September 2015, ECLI:EU:C:2015:618, Rz. 38. – Vgl. Rs. C-12/11, Denise McDonagh gegen Ryanair Ltd, EuGH-Urteil vom 31. Januar 2013, ECLI:EU:C:2013:43, Rz. 34, wonach die Schliessung von Teilen des europäischen Luftraums infolge eines Vulkanausbruchs «aussergewöhnliche Umstände» darstellen.

¹³³ Rs. C-315/15, Marcela Pešková, Jiří Peška gegen Travel Service a.s., EuGH-Urteil vom 4. Mai 2017, ECLI:EU:C:2017:342, Rz. 24-26.

¹³⁴ Vgl. Urteil, E. 3.1.2.

licher Umstand» im Sinne von Art. 5 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 betrachtet werden.¹³⁵ Dies umso weniger, als der EuGH im Urteil *van der Lans* gegen *KLM* klarstellte, dass ein *Triebwerksdefekt wegen mangelnder Kraftstoffzufuhr*, der unerwartet auftrat, nicht auf einer fehlerhafter Wartung beruhte und nicht während der regulären Wartung festgestellt wurde, *keinen* «aussergewöhnlichen Umstand» darstellt.¹³⁶

VI. «Debriefing»¹³⁷

Zur Beantwortung der Frage, ob nach schweizerischem Recht den Passagieren eines verspäteten Fluges ein *pauschalisierter Ausgleichsanspruch* nach Art. 6 bzw. 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 sowie allenfalls ein *individualisierter Schadenersatzanspruch* nach Art. 19 MÜ oder Art. 97 OR zusteht, kommt dem vorliegend diskutierten (einzelrichterlichen) Urteil des Bezirksgerichts – angesichts seiner einseitigen und lückenhaften Begründung – *keine präjudizielle Bedeutung* zu.¹³⁸ Nimmt man den vom Gesetzgeber mit dem Luftverkehrsabkommen CH-EU verfolgten *Zweck* einer partiellen *Rechtsvereinheitlichung* des Luftverkehrs ernst, sprechen die überwiegenden Gründe dafür, dass die EuGH-Rechtsprechung in Sachen *Sturgeon* gegen *Condor Flugdienst GmbH* bzw. *Böck* gegen *Air France SA*¹³⁹ und *Nelson et al.* gegen *Deutsche Lufthansa AG*¹⁴⁰ von der schweizerischen Rechtspre-

¹³⁵ Gemäss Rs. C-549/07, Friederike *Wallentin-Hermann* gegen *Alitalia-Linee Aeree Italiane SpA*, EuGH-Urteil vom 22. Dezember 2008, Slg. 2008, I-11061, Rz. 43, reicht der Nachweis, dass eine Flugesellschaft die gesetzlich vorgeschriebenen Mindestanforderungen an Wartungsarbeiten an einem Flugzeug durchgeführt hat, nicht aus, um zu beweisen, dass sie gemäss Art. 5 Abs. 3 der Verordnung Nr. 261/2004 alle zumutbaren Massnahmen ergriffen hat, und deshalb von der Verpflichtung zur Ausgleichszahlung nach Art. 5 und Art. 7 Abs. 1 dieser Verordnung befreit ist. – *Nota*: Wenn eine Flugesellschaft ernstlich behauptet, es liege ausserhalb ihres unternehmerischen Verantwortungs- und Kontrollbereichs, an ihrem Flugzeug eine «durchscheuerte» Treibstoffzufuhrleitung festzustellen und zeitnah zu beheben, werden sich Reisende um deren Sicherheit wohl ernsthafte Sorgen machen und daraus Konsequenzen ziehen.

¹³⁶ Rs. C-257/14, *Corina van der Lans* gegen *Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV*, EuGH-Urteil vom 17. September 2015, ECLI:EU:C:2015:618, Rz. 49.

¹³⁷ Für juristische Reisemuffel: «Schlussfolgerung».

¹³⁸ Insofern könnte Frau X. rückblickend zum unbefriedigenden Schluss gelangen, dass sie nicht nur in einem erheblich verspäteten Flugzeug am Zielflughafen ankam, sondern ihren Rechtsstreit auch in einem ungünstigen Gerichtssaal ausfocht.

¹³⁹ Rs. C-402/07 und C-432/07, *Christopher Sturgeon*, *Gabriel Sturgeon*, *Alana Sturgeon* gegen *Condor Flugdienst GmbH* (C-402/07) und *Stefan Böck*, *Comelia Lepuschitz* gegen *Air France SA* (C-432/07), EuGH-Urteil vom 19. November 2009, Slg. 2009, I-10923.

¹⁴⁰ Rs. C-581/10 und C-629/10, *Emeka Nelson et al.* gegen *Deutsche Lufthansa AG* (C-581/10) und *TUI Travel plc et al.* gegen *Civil Aviation Authority* (C-629/10), EuGH-Urteil vom 23. Oktober 2012, ECLI:EU:C: 2012:657.

chung im Interesse der Funktionsfähigkeit der Bilateralen Abkommen und damit im wohlverstandenen Eigeninteresse der Schweiz *übernommen* werden sollte. Eine skeptische Abwehrhaltung wie sie das bezirksgerichtliche Urteil gegenüber der EuGH-Rechtsprechung erkennen lässt, geht fehl und trägt im Ergebnis zu einer «rückwärtsgewandten Problembewirtschaftung» bei, wie sie seit einiger Zeit den inländischen politischen Diskurs prägt.¹⁴¹ Eine solche Haltung dürfte den wohlverstandenen helvetischen Interessen schaden.

¹⁴¹ Auch wenn man nicht mit allen Urteilen des EuGH einig gehen wird, – was übrigens auch für Urteile aller schweizerischen Gerichte zutrifft – so zeichnet sich die Rechtsprechung des EuGH in aller Regel doch durch ein *hohes Mass an juristischer Sorgfalt und Kompetenz* aus. Man sollte sich daher hierzulande von der vorgefassten Meinung lösen, dass ein Schweizer Richter das Luftverkehrsabkommen CH-EU *per se* besser verstehen und interpretieren kann als ein Richter des EuGH.

Die Entschädigung des Stiftungsrats im Privat-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht

HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA/RUTH BLOCH-RIEMER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Die interne Stellung des Stiftungsrats im Privatrecht, insbesondere seine Entschädigung.....	796
A.	Allgemeines.....	796
B.	Lohn und Vergütungen im Besonderen.....	798
1.	Regelung durch den Stifter (Stiftungsurkunde, Stiftungsreglement).....	798
2.	Regelung durch Gesetz und Rechtsgeschäft (Stiftungsreglement, Stiftungsratsbeschluss, Vertrag).....	799
II.	Die Stellung des Stiftungsrats im Sozialversicherungsrecht.....	801
A.	Die Statusfrage.....	801
1.	Das nicht entschädigte Stiftungsratsmandat.....	801
2.	Das entschädigte Stiftungsratsmandat.....	803
a)	Auszahlung der Entschädigung durch die Stiftung an das Stiftungsratsmitglied.....	803
b)	Auszahlung der Entschädigung bzw. der Sitzungsgelder durch Dritte.....	805
c)	Entschädigungen für Zusatzaufgaben des Stiftungsrats.....	807
B.	Die Haftung.....	808
C.	Die Unterstellung des Stiftungsrats unter die verschiedenen Sozialversicherungszweige.....	810
1.	Im nationalen Verhältnis.....	810
a)	Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung.....	810
b)	Berufliche Vorsorge.....	811
c)	Obligatorische Unfallversicherung.....	812
d)	Arbeitslosenversicherung.....	813
2.	Im internationalen Verhältnis.....	813
a)	Allgemeine Grundsätze.....	813
b)	Bei Stiftungsratsmandaten im Speziellen.....	815

* HANS MICHAEL RIEMER, em. Professor für Privatrecht an der Universität Zürich; GABRIELA RIEMER-KAFKA, em. Professorin für Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht an der Universität Luzern; RUTH BLOCH-RIEMER, Dr. iur., Rechtsanwältin, dipl. Steuerexperten, Zürich.

D.	Leistungen der Sozialversicherungen an Stiftungsräte	816
1.	Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung	816
2.	Berufliche Vorsorge	818
3.	Unfallversicherung	819
4.	Arbeitslosenversicherung	820
III.	Die Stellung des Stiftungsrats im Steuerrecht	822
A.	Ordentlich besteuerte Stiftungen	822
1.	Ebene des Stiftungsratsmitglieds	822
2.	Ebene der Stiftung	823
B.	Steuerbefreite Stiftungen	824
1.	Steuerbefreiung als zentrales Element für die Tätigkeit gemeinnütziger Stiftungen	824
a)	Rechtliche Grundlagen	824
b)	Praktisches Vorgehen	825
2.	Entschädigung des Stiftungsrats steuerbefreiter Stiftungen ...	826
a)	Kreisschreiben Nr. 12 der Eidg. Steuerverwaltung	826
b)	SSK Kreisschreiben	827
c)	Praxis der kantonalen Steuerbehörden am Beispiel Zürich	829
d)	Überlegungen in Lehre und Praxis	830
aa)	Steuerbefreiung trotz Honorierung ordentlicher Stiftungsratsstätigkeit	830
bb)	Abgrenzung zur Honorierung für ausserordentliche Stiftungsratsstätigkeit	831
cc)	Quantitative Eingrenzung von Honoraren für ordentliche Stiftungsratsstätigkeiten	832
3.	Lösungsvorschlag: Honorierung als Teil des Steuerbefreiungsgesuches	833

I. Die interne Stellung des Stiftungsrats im Privatrecht, insbesondere seine Entschädigung

A. Allgemeines

Die privatrechtliche Stellung des Stiftungsrats im Verhältnis zu «seiner» Stiftung (internes Verhältnis, wobei hier nur das für das Sozialversicherungs- und das Steuerrecht Relevante zur Sprache kommt) unterscheidet sich in grundsätzlicher Hinsicht nicht von derjenigen von Organen anderer juristischer Personen (Vereinsvorstand/Verein, Verwaltungsrat/AG usw.) im Verhältnis zu «ihren» juristischen Personen, nur sind deren Grundlagen (Gesetz, Statuten, Vertrag usw.) naturgemäss unterschiedlich. Entsprechendes gilt innerhalb

der verschiedenen Stiftungsarten (gewöhnliche bzw. klassische Stiftungen; Familienstiftungen; kirchliche Stiftungen; Stiftungen der beruflichen Vorsorge: Personalfürsorge- bzw. -vorsorgestiftungen samt deren Unterarten, z.B. Sammelstiftungen, patronale Wohlfahrtsfonds und «Hilfsstiftungen», z.B. Freizügigkeitsstiftungen, Anlagestiftungen).

Nach langjährigen «Irrungen und Wirrungen» scheint sich in neuerer Zeit in Rechtsprechung und Lehre der Gedanke vom «*Doppelverhältnis*» zwischen Organ und juristischer Person durchzusetzen: Organschaftsverhältnis einerseits Arbeits- oder Auftragsverhältnis (Art. 319 ff. oder Art. 394 ff. OR) andererseits¹.

Dabei richtet sich das *organschaftliche Verhältnis (Rechte und Pflichten)* vorab nach dem *Gesetz* (bei gewöhnlichen, Familien- und kirchlichen Stiftungen nach dem Stiftungsrecht des ZGB, Art. 80 ff. wie auch 52 ff.), aber nicht nur nach dem Organisationsrecht i.S.v. Art. 83 ff. ZGB, sondern auch nach anderen Bestimmungen, insbesondere – soweit eine Stiftungsaufsicht besteht – nach Art. 84 Abs. 2 und z.B. nach Art. 84a und Art. 57 Abs. 1 ZGB; bei den Stiftungen der beruflichen Vorsorge ist an die Stelle des ZGB in grossem Ausmass die BVG-/FZG-Gesetzgebung samt den zahlreichen Ausführungserlassen getreten. Dazu kommen die *rechtsgeschäftlichen* Grundlagen (Stiftungsurkunde, vgl. Art. 83 ZGB, Art. 49 Abs. 1 BVG; Reglemente aller Art, vgl. Art. 50 BVG, während für die übrigen Stiftungen die – unbestrittene – Kompetenz zum Erlass von Reglementen seitens des Stifters oder der Stiftung nach wie vor allein auf der bundesgerichtlichen Praxis beruht²; Beschlüsse des Stiftungsrats selbst, Verträge). Soweit gesetzliche und rechtsgeschäftliche Grundlagen bezüglich des organschaftlichen Verhältnisses lückenhaft sind, wird aufgrund der sachlichen Verwandtschaft die *analoge Anwendung des Auftragsrechts* befürwortet³ (Beispiel: Abberufung analog Art. 404 OR; dem geht eine allfällig in der Stiftungsurkunde statuierte Unabsetzbarkeit – gelegentlich für den Stifter oder eine ihm nahestehende Person vorgesehen – vor, in welchem Falle nur eine aufsichtsbehördliche Absetzung aufgrund von Art. 84 Abs. 2 ZGB möglich ist).

Ein *arbeitsrechtliches Rechtsverhältnis* liegt bei einem Stiftungsrat zudem dann vor, wenn er gleichzeitig *Geschäftsführungsaufgaben* (und/oder die *Vermögensverwaltung*) besorgt bzw. wenn ein «Geschäftsführer», «Sekretär» usw. der Stiftung auch Mitglied des Stiftungsrats ist, ein zusätzliches auf-

¹ Vgl. bes. BGE 130 III 216 f., E. 2.1, mit Verweisungen (AG); ROMAN BAUMANN LORANT, Der Stiftungsrat. Das oberste Organ gewöhnlicher Stiftungen, Diss. Zürich 2009, S. 102 ff., bes. S. 104 f.

² Vgl. bes. BGE 76 I 79.

³ BAUMANN LORANT (Fn. 1), Stiftungsrat, S. 104, 105.

tragsrechtliches hingegen, wenn einem Stiftungsrat besondere Aufgaben, z.B. rechtliche Abklärungen, Fundraising oder Networking, zugewiesen werden.

Teilweise gelten für das Auftragsrecht (samt seiner analogen Anwendung) und das Arbeitsvertragsrecht grundsätzlich gleiche oder ähnliche gesetzliche Regelungen (vgl. bes. Art. 398 und Art. 321a/321e OR betr. Treue- und Sorgfaltspflicht sowie Verantwortlichkeit und Haftung).

In anderen Bereichen bestehen deutliche Unterschiede, insbesondere bezüglich Kündigung (Art. 404 OR: «jederzeit»; Art. 335a ff., 336 ff. OR: Kündigungsfristen, Kündigungsschutz) sowie bezüglich Entgelt (Art. 319 Abs. 1 OR: Lohn gehört zum Begriff des Arbeitsvertrags; Art. 394 Abs. 3 OR: «Vergütung..., wenn verabredet oder üblich»).

B. Lohn und Vergütungen im Besonderen

Im Hinblick auf das Sozialversicherungs- und Steuerrecht ist dieser Punkt hier gesondert zu behandeln.

1. Regelung durch den Stifter (Stiftungsurkunde, Stiftungsreglement)

Aus privat- bzw. stiftungsrechtlicher Sicht kann der Stifter in der Stiftungsurkunde und/oder in einem von ihm stammenden Stiftungsreglement die Frage der Honorierung bezüglich aller vorstehend erwähnten Rechtsverhältnisse regeln, und zwar grundsätzlich nach seinen Wünschen: ausdrückliches Gebot oder Verbot (in letzterem Falle sind Arbeitsverträge ausgeschlossen), in erstem Falle auch mit quantitativen Vorgaben. Beides unterliegt aber den einschlägigen gesetzlichen (Art. 86b ZGB betr. die Stiftungsurkunde) und rechtsgeschäftlichen (gemäss Stiftungsurkunde oder Stiftungsreglement betr. dieses) *Änderungsregelungen* (z.B. wenn sich kein geeigneter unentgeltlicher Geschäftsführer finden lässt).

Stiftungsrechtliche Schranke in quantitativer Hinsicht ist stets die Zweckwidrigkeit: Ein Honorar, das so hoch ist, dass es nicht dem effektiven Arbeitsaufwand entspricht, widerspricht bei allen vorgenannten Rechtsverhältnissen dem Stiftungszweck und hätte im Übermass den Charakter eines – vom Stifter gewollten – *Sonderrechts*, welches nicht stiftungsrechtlicher Natur ist und entsprechend gekennzeichnet werden müsste⁴.

⁴ Vgl. zu den Sonderrechten HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, Band I/3/3, Die Stiftungen, Bern 1975/1981 (unveränderter Nachdruck), Syst. Teil, N 368 ff., und DERS.,

Stiftungsrechtlich (privatrechtlich) relevant ist aber auch die *Steuerbefreiung*: Wird diese wegen zu hoher Honorare nicht gewährt⁵, so muss die Stiftung, im Sinne eines «Rückkoppelungseffekts», wenn immer möglich eine Änderung – im Sinne einer entsprechenden Reduktion des Honorars – von Stiftungsurkunde und/oder -reglement vornehmen lassen oder vornehmen, da die Verweigerung der Steuerbefreiung die Zweckverwirklichung der Stiftung quantitativ beeinträchtigen kann.

2. *Regelung durch Gesetz und Rechtsgeschäft (Stiftungsreglement, Stiftungsratsbeschluss, Vertrag)*

Bezüglich eines *Arbeitsvertrages* sieht das Gesetz in qualitativer Hinsicht eine Lohnpflicht vor (Art. 319 Abs. 1 OR) und enthält auch Hinweise in quantitativer Hinsicht (Art. 322 Abs. 1 OR). Dabei kann bezüglich des Quantitativen (abgesehen von einem allfälligen NAV oder GAV) der Lohn nach Massgabe der allgemein für Arbeitsverhältnisse als relevant angesehenen Kriterien «verabredet» werden (Alter, berufliche Erfahrung und Fachwissen, Leistung, Höhe der Verantwortung usw.; betr. die «Üblichkeit» [die auch für einen «verabredeten» Lohn zu beachten ist] vgl. nachfolgend zum Auftrag).

Bezüglich eines *Auftrages* gilt Art. 394 Abs. 3 OR («Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist.»), wobei die «Üblichkeit» sich nicht nur auf das «Ob», sondern auch auf das «Wieviel» bezieht⁶ und dabei in vorliegendem Zusammenhang auch für die Beurteilung der Angemessenheit «verabredeter» Honorare massgebend sein muss. Im Übrigen sind alle diese Aspekte von Art. 394 Abs. 3 OR auch im Rahmen seiner *analogen* Anwendung auf das *organschaftliche Verhältnis* zwischen Stiftungsrat und Stiftung zu beachten.

Die Frage der «Üblichkeit» des «Ob» einer Honorierung von Stiftungsräten und bejahendenfalls diejenige nach dem üblichen bzw. angemessenen «Wieviel» wird jedenfalls bei gemeinnützigen Stiftungen (und bei den übrigen gewöhnlichen Stiftungen; bei allen anderen Stiftungen muss diese Frage hier ausgeklammert werden, vgl. aber betr. Stiftungen der beruflichen Vorsorge Art. 53a lit. b BVG/Art. 48k Abs. 1, 48l Abs. 2 BVV2) seit jeher in Praxis und Literatur eingehend diskutiert (und ist stark umstritten), da diese – an sich

Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60-89^{bis} ZGB), mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52-59 ZGB), Bern 2012, Art. 80 N 13, sowie BGER 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008, E. 4.1.

⁵ Vgl. hinten den steuerrechtlichen Abschnitt.

⁶ Vgl. BGE 101 II 111, E. 2; 117 II 283/284; 135 III 261/262 (mit Verweisungen).

privatrechtliche Frage – mit der Frage der Steuerbefreiung zusammenhängt⁷ (wobei deren Verweigerung – wie bezüglich der stifterischen Anordnungen, vgl. vorstehend Ziff. 1 – einen «Rückkoppelungseffekt» auslösen kann). Aufgrund neuerer Untersuchungen und Empfehlungen kann heute nicht mehr von «Üblichkeit» der Nicht-Honorierung bzw. der Ehrenamtlichkeit gesprochen werden⁸; als «üblich» (oder zumindest als «nicht unüblich») anzusehen ist aber eine auf die *individuelle* Stiftung und die für sie tätigen Stiftungsräte ausgerichtete und *massvolle* Honorierung⁹. Als Kriterien fallen vor allem der Arbeitsaufwand und daneben auch die erforderlichen Fachkenntnisse (insbesondere berufliche Spezialkenntnisse, einschlägige Erfahrung und Vernetzung), Schwierigkeitsgrad, namentlich ob blosses «Verwalten» oder auch «Regieren», Vermögenshöhe und -ertrag und die konkrete Verantwortlichkeitssituation in Betracht.

Was insbesondere Vermögenshöhe und -ertrag betrifft, so darf das Honorar nicht etwa ohne Rücksicht auf den Arbeitsaufwand nach diesbezüglichen festen Prozent- oder Promillezahlen berechnet werden, denn ein nicht am Arbeitsaufwand orientiertes Honorar wäre nach dem Gesagten im Übermass als zweckwidrig anzusehen. Bei kleinerem Vermögen und -ertrag kann aber selbst die Orientierung am Arbeitsaufwand ein unangemessen hohes Honorar ergeben, vor allem im Hinblick auf die heutige Ertragsituation. Was Fachkenntnisse, Erfahrung und Vernetzung betrifft, so ist auch hier¹⁰ darauf hinzuweisen, dass ein «teurer» aber professionell arbeitender Stiftungsrat für die Stiftung bzw. ihre Zweckerfüllung «billiger» sein kann als ein unprofessionell arbeitender «billiger» Stiftungsrat, der die Stiftung «teuer» zu stehen kommen kann.

Alle Honorare sind *offen zu legen*, und zwar heute nach Massgabe von Art. 83a ZGB i.V.m. Art. 959b Abs. 2 Ziff. 4 bzw. Abs. 4 OR betr. «Personalaufwand», für Stiftungen der beruflichen Vorsorge gemäss Art. 65 Abs. 3 BVG/Art. 48a BVV2, bes. Abs. 1 lit. a und Abs. 2 (und im Übrigen ebenfalls gemäss Art. 957 ff. OR, vgl. Art. 47 Abs. 4 BVV2). Soweit die Arbeit für eine Stiftung samt Honorierung in einem Rechtsverhältnis *mit einer anderen juristischen Person* vorgesehen ist (etwa bei Arbeitgeber- oder Arbeitnehmervertretern im Stiftungsrat von Personalvorsorgestiftungen in deren Arbeitsvertrag mit der Arbeitgeberfirma; aber auch gewöhnliche Stiftungen

⁷ Vgl. sehr eingehend BAUMANN LORANT (Fn. 1), Stiftungsrat < S. 190 ff., mit zahlreichen Hinweisen auf Praxis und Literatur.

⁸ Vgl. BAUMANN LORANT (Fn. 1), Stiftungsrat, S. 193/194, 199 ff.

⁹ In diesem Sinne auch THOMAS KOLLER, Stiftungen und Steuern, in: Hans Michael Riemer (Hrsg.): Die Stiftungen in der juristischen und wirtschaftlichen Praxis, Zürich 2001, S. 78; BAUMANN LORANT (Fn. 1), Stiftungsrat, S. 196, 201, und zum Ganzen auch DERS., Honorierung von Stiftungsräten, in: Jusletter 9. August 2010.

¹⁰ Vgl. RIEMER (Fn. 4), Handkommentar < Art. 83 N 16.

können «firmennah» konzipiert sein), muss die Honorierung buchhalterisch auf die betreffenden juristischen Personen angemessen *verteilt* werden, sonst liegt keine «wahrheitsgetreue» Buchführung i.S.v. Art. 957a Abs. 2 Ziff. 1 OR vor.

II. Die Stellung des Stiftungsrats im Sozialversicherungsrecht

A. Die Statusfrage

1. Das nicht entschädigte Stiftungsratsmandat

Bei Stiftungen stellt sich, im Unterschied zu juristischen Personen mit nicht idealer oder nicht gemeinnütziger Zwecksetzung, die Frage, ob die leitende Tätigkeit eines Stiftungsrats gleich wie bei anderen juristischen Personen als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist¹¹. Aufgrund der idealen Zwecksetzung einer Stiftung, dies gilt auch im Fall einer Unternehmensstiftung als Direktträgerstiftung, handelt der Stiftungsrat letztlich nicht im Hinblick auf Gewinnerzielung und Gewinnverteilung, sodass die blossе Organfunktion eines Stiftungsrats nicht als Erwerbstätigkeit gelten kann. Dies gilt aber nur für den Fall, dass Stiftungsräte ehrenamtlich walten, d.h. für ihre Stiftungsrats-tätigkeit von keiner Seite her entschädigt werden, und Stiftungen auf die Ausrichtung einer Entschädigung¹², sei es als Geld-, sei es als Naturalleistung, an ihre Stiftungsräte oder Dritte verzichten. Von Erwerbstätigkeit wird nämlich dann ausgegangen, wenn eine Person, aus welchen Motiven auch immer, mit Erwerbsabsicht eine Tätigkeit ausübt und damit ein Einkommen erzielt oder zu erzielen hofft, welches grundsätzlich geeignet ist, ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu verbessern. Die ausgeübte Tätigkeit kann durchaus auch fremdnützig sein bzw. man kann das Einkommen als Spende weitergeben, denn massgebend ist nur, dass der Zufluss an Einkommen seinen Ursachenzusammenhang in der konkreten, persönlich ausgeübten Tätigkeit hat¹³. Wer letztlich für das Einkommen wirtschaftlich aufkommt, z.B. wenn es von einer Drittperson bestritten wird, spielt keine Rolle.

In der Regel werden auch den ehrenamtlich tätigen Stiftungsräten Spesenentschädigungen ausgerichtet. Diese können konkret und unter Nachweis für

¹¹ Vgl. für den ausländischen und im Ausland lebenden Verwaltungsrat einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz BGE 119 V 65, E. 3.b, S. 69 und WVP Rz. 3082.

¹² An dieser Stelle wird entsprechend dem Wortlaut von Art. 7 lit. h AHVV der allgemeinere Begriff der Entschädigung und nicht der des Honorars verwendet.

¹³ BGE 143 V 177, E. 3, S. 183 betr. Begriff der Erwerbstätigkeit im Allgemeinen.

anfallende Auslagen im Zusammenhang mit der Stiftungsratsstätigkeit, wie z.B. Fahrspesen, Repräsentationskosten, Telefon und Porti und dgl., erstattet werden oder aber als Spesenpauschale. Eine solche wird vermutet (und kann grundsätzlich widerlegt werden), wenn sie den Betrag von maximal CHF 500 im Jahr nicht übersteigt¹⁴. Ist die Pauschale jedoch höher, so müssen die Unkosten in ihrer tatsächlichen Höhe nachgewiesen werden können¹⁵. Unabhängig davon gilt aber generell, dass die ausgerichtete Pauschale aufgrund der Gegebenheiten, abhängig z.B. von der Zahl der Sitzungen, Umfang der Reisestätigkeit und Repräsentationspflichten, durchschnittlich betrachtet den tatsächlichen Auslagen zu entsprechen hat, d.h. nicht übersetzt sein darf¹⁶. Soweit jedoch die Spesenpauschale betragsmässig über die erfahrungsgemäss durchschnittlich anfallenden Auslagen hinausgeht bzw. für die Art und Grösse der Stiftung als unverhältnismässig hoch ausfällt, kann die Ausgleichskasse (in der Regel im Rahmen einer Arbeitgeberkontrolle) prüfen, ob darin nicht eine verdeckte Entschädigung enthalten sein könnte¹⁷, welche als solche das Mandat zu einem entgeltlichen umwandeln und entsprechende sozialversicherungsrechtliche Folgen nach sich ziehen würde¹⁸.

Im Bereich der Freiwilligenarbeit, zu der auch das Bekleiden von Organfunktionen gehört, ist es üblich, dass den Funktionären als Anerkennung für das geleistete Engagement kleinere Geschenke in Form von Gutscheinen, Kursangeboten, Eintrittten für Veranstaltungen, Blumen oder dgl. ausgerichtet werden. Solche Gaben werden nicht als Entgelt für geleistete Dienste qualifiziert, solange sie hinsichtlich ihres Umfangs nicht den Charakter eines Entgelts in Form von Naturalleistungen annehmen. Wie es bei Geschenken des Arbeitgebers an seine Arbeitnehmer praxisgemäss gilt, müsste von den AHV-Ausgleichskassen in analoger Weise als Massstab auch bei Freiwilligenarbeit ein oberer Betrag im Bereich von CHF 500 im Jahr (Gestehungskosten des Schenkgebers) anerkannt werden¹⁹. Soweit jedoch dieser Betrag überschritten

¹⁴ WML Rz. 2050.

¹⁵ WML Rz. 3010.

¹⁶ So fallen z.B. wohl keine effektiven Fahrspesen an, wenn der Ort der Stiftungsratsitzung und derjenige des Arbeits- oder Wohnorts der gleiche ist.

¹⁷ Soweit bei einer Arbeitgeberkontrolle die ausgerichteten Spesenpauschalen als übermässig hoch eingeschätzt werden, kann die Ausgleichskasse aufgrund der Auskunftspflicht i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ATSG verlangen, dass Spesenbelege beigebracht werden und eine Unkostenabrechnung erstellt wird (vgl. dazu H 161/99 vom 19. Dezember 2000, E. 5.b.). Vgl. auch WML Rz. 2051 i.V.m. Rz. 3014 ff.

¹⁸ Vgl. zur Problematik der verdeckten Lohnzahlung durch überhöhte Spesenaufwendungen BGer 9C_403/2017 vom 27. Dezember 2017, E. 5.2.

¹⁹ WML Rz. 2137.

wird, untersteht der Wert der ganzen Naturalleistung der AHV-Beitragspflicht²⁰.

2. *Das entschädigte Stiftungsratsmandat*

a) **Auszahlung der Entschädigung durch die Stiftung an das Stiftungsratsmitglied**

Je nach konkretem Stiftungszweck und Höhe des Stiftungsvermögens rechtfertigt es sich, dass auch Stiftungsräte für ihre Tätigkeit von der Stiftung oder durch Dritte in Form von Entschädigungen oder Sitzungsgeldern honoriert werden²¹. Damit erlangt auch eine Stiftungsrats-tätigkeit Erwerbscharakter. Während im Zivilrecht zwischen Arbeitsvertrags- und Auftragsverhältnis unterschieden wird²², bestimmt Art. 7 lit. h AHVV zwingend, dass Entschädigungen, Sitzungsgelder oder Saläre an ein Organ einer juristischen Person als massgebender Lohn qualifiziert werden. Die Bezüger dieser Leistungen gelten demzufolge als unselbständig erwerbende Personen und die juristische Person als deren Arbeitgeberin. So gesehen gilt dies auch für Stiftungsräte in Bezug auf die Stiftung, die sie führen²³, und für Stiftungsräte, deren ausschliessliche Erwerbstätigkeit auf einer Kumulation verschiedener Stiftungsrats- oder auch Verwaltungsratsmandate beruht²⁴. Auf sämtlichen in Form von Bargeld oder Naturalleistungen ausgerichteten und mit dem Stiftungsratsmandat im Zusammenhang stehenden Bezügen sind daher der AHV-Ausgleichskasse paritätische AHV/IV/EO/ALV-Beiträge zu entrichten²⁵, und zwar unabhängig davon, ob der Mandatsträger die Entschädigung behält,

²⁰ AHI-Praxis 4/2004, S. 165: Gestützt auf Art. 8 lit. c AHVV als Ausnahme vom massgebenden Lohn (Art. 5 Abs. 4 AHVG); anerkannt werden vom Bundesgericht auch Zuwendungen in Form von Naturalleistungen zu besonderen Ereignissen oder als Anerkennung für eine besondere Leistung.

²¹ Es gehört zur Stiftungsautonomie, im Rahmen der Angemessenheit die Höhe der Stiftungsratsentschädigung festzulegen, vgl. vorne I.B.2.

²² Vgl. vorne I.A.

²³ WML Rz. 2036.

²⁴ Soweit die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 BGSA erfüllt sind, können die Entschädigungen an Stiftungsräte im vereinfachten Abrechnungsverfahren abgerechnet werden.

²⁵ Davon ausgenommen sind jedoch Einkommen bis CHF 2'300 pro Arbeitgeber und Jahr, welche als Nebenerwerb erzielt werden, sofern der Lohnempfänger die Beitragsentrichtung nicht verlangt (Art. 34d AHVV). In jedem Fall von der Beitragspflicht ausgenommen ist der Lohn bis CHF 16'800 je Arbeitgeber im Jahr bei erwerbstätigen Versicherten nach dem Eintritt ins ordentliche AHV-Rentenalter (Art. 6^{quater} AHVV).

darauf verzichtet oder an Dritte (z.B. Arbeitgeber oder eine caritative Institution) abgeliefert²⁶.

Soweit Entschädigungen aus Stiftungsratsstätigkeit unter dem jährlichen Mindestbeitrag i.S.v. Art. 10 Abs. 1 AHVG liegen²⁷, gilt man jedoch als nicht-erwerbstätig.

Bei Stiftungsratsstätigkeiten stellt sich mit Bezug auf die Einstufung als Erwerbstätigkeit zusätzlich die Frage, ob die versicherte Person als nicht voll oder dauernd erwerbstätig gilt. Sie wird beitragsmässig als nicht-erwerbstätig behandelt, wenn ihre gesamte Erwerbstätigkeit im Jahr weniger als neun Monate dauert oder sie gesamthaft in einem Arbeitspensum von weniger als 50 %, bezogen auf eine im betreffenden Erwerbszweig übliche Arbeitszeit, tätig ist²⁸. Ungeachtet des tatsächlichen für die Amtsführung benötigten resp. eingesetzten Zeitaufwands geht das Bundesgericht grundsätzlich nur dann von einer Erwerbstätigkeit aus, wenn damit auch eine Erwerbsabsicht verbunden ist bzw. der mindere Zeitaufwand von weniger als 50% durch ein hohes erzieltetes Erwerbseinkommen aufgewogen wird²⁹. Mit anderen Worten wird die für die Stiftungsratsstätigkeit aufgewendete Arbeitszeit dann nicht voll angerechnet, wenn die Entschädigung in ihrer Höhe nicht ungefähr der geleisteten Arbeit entspricht bzw. einen ehrenamtlichen Faktor enthält³⁰. Damit soll verhindert werden, dass durch Einkommensverzichte die auf der Grundlage der Vergleichsrechnung i.S.v. Art. 28^{bis} AHVV erfolgende Beitragserhebung von der versicherten Person gesteuert werden kann, indem durch die quasi «ehrenamtliche» Tätigkeit mit tiefem Einkommen tiefere Beiträge zu entrichten wären, als wenn die Beiträge auf der Grundlage des Vermögens bemessen würden³¹.

Soweit im Sitzungsgeld oder einer Entschädigung auch ein Auslagenersatz mitenthalten ist, wird dieser praxisgemäss im Umfang von maximal CHF 120 für halbtägige Sitzungen und CHF 200 für ganztägige in Abzug gebracht³²,

²⁶ WML Rz. 2037.

²⁷ Dieser beträgt für die AHV CHF 392 (Stand 1.1.2018).

²⁸ WSN Rz. 2035 und 2039.

²⁹ BGer 9C_545/2007 vom 9. Juli 2008, E. 3.2. Eine Ausnahme von der ungefähren Entsprechung zwischen Arbeitszeit und Einkommen wird bei Selbständigerwerbenden gemacht, welche vielfach im Rahmen ihres unternehmerischen Risikos während der geschäftlichen Aufbauphase, bei Ertragseinbrüchen, grösseren Investitionen und dgl. ein im Verhältnis zum Arbeitseinsatz geringfügiges Einkommen erzielen (vgl. dazu BGE 140 V 338, E. 2.3.1, S. 342).

³⁰ BGE 140 V 338, E. 2.2, S. 340 f.

³¹ Die Beiträge werden auf dem Vermögen und Renteneinkommen erhoben, wenn die Beiträge auf dem Erwerbseinkommen einer nicht dauernd voll erwerbstätigen Person zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen im Kalenderjahr nicht mindestens die Hälfte der Beiträge auf dem Vermögen und Renteneinkommen ausmachen.

³² WML Rz. 2047 f.

wobei die Spesen auch nachweislich in dieser Höhe anfallen müssen, ansonsten die Grenzbeträge nicht zur Anwendung gelangen. Die Ausgleichskasse kann aber auch, beruhend auf Erfahrungszahlen und grundsätzlich unabhängig von der Anerkennung von Unkosten durch die Steuerbehörde, einen bestimmten Prozentsatz als Abzug für (ebenfalls tatsächlich anfallende) Spesen zulassen³³. Wird zusätzlich zum Sitzungsgeld bzw. der Entschädigung ein Betrag als Spesenvergütung ausbezahlt, so müssen die Unkosten tatsächlich nachweisbar sein, ansonsten im nicht nachgewiesenen Differenzbetrag eine zusätzliche Entschädigung zu erblicken ist³⁴.

b) Auszahlung der Entschädigung bzw. der Sitzungsgelder durch Dritte

Die Stiftungsratsstätigkeit bildet auch Teil der Erwerbstätigkeit, wenn der Stiftungsrat von der Stiftung nicht direkt entschädigt wird, sondern die Erfüllung dieser Aufgabe Teil seines arbeitsrechtlichen Pflichtenheftes i.S.v. Art. 321 und 321d OR darstellt und damit von der Lohnzahlung seines Arbeitgebers abgedeckt wird. Dies gilt auch für den Fall, wenn ein von der Stiftung A entschädigter Stiftungsrat ehrenamtlich, d.h. ohne jegliche Entschädigung durch die Stiftung B, als Delegierter der Stiftung A in der Stiftung B Einsitz nimmt. Kein Fall von Drittauszahlung liegt jedoch vor, wenn zwischen den beiden Stiftungen keinerlei Verbindungen herrschen und nur «zufällig» Personalunion gegeben ist.

Wird die Stiftungsratsstätigkeit durch die Stiftung entschädigt, die Entschädigung aber nicht dem Stiftungsrat persönlich, sondern einem Dritten, insbesondere dem Arbeitgeber des Stiftungsrats, ausgerichtet, so gilt die Entschädigung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann nicht als massgebender Lohn und Art. 7 lit. h AHVV kommt nicht zur Anwendung, wenn das Organ seine Organfunktion in Vertretung des Arbeitgebers resp. Dritten wahrnimmt³⁵. Damit soll eine doppelte Beitragsbelastung auf der nämlichen

³³ BGER H 274/03 vom 2. August 2004, E. 4; AHI-Praxis 4/1994, S. 166 f.

³⁴ WML Rz. 2049 i.V.m. Rz. 3014 ff.

³⁵ BGE 133 V 498, E. 5.2, S. 503. Dazu kritisch PAUL CADOTSCH, Wird der AHV-massgebende Lohn durch die Auszahl- und Zahladresse beeinflusst? SZS 2009, S. 9 und 17 f., der in der Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichts eine Abkehr von der objekt- zur subjektbezogenen Anwendung von Art. 5 Abs. 2 AHVG erblickt. Meines Erachtens geht das Bundesgericht jedoch zu weit, wenn es auch natürliche Personen als Dritte bzw. Mandatsträger zulässt und die zugeflossene Entschädigung für die Tätigkeit des Stiftungsrats als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit qualifiziert. Soweit eine natürliche Person Mandatsträgerin ist, gilt Art. 7 lit. h AHVV zwingend, auch wenn sie das Mandat nicht persönlich ausübt und sich durch einen Arbeitnehmer vertreten lässt.

Tätigkeit verhindert werden³⁶. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass ahv-rechtlich der vertretene Arbeitgeber resp. Dritte als Inhaber der Organstellung und der eingesetzte Stiftungsrat als seine Hilfsperson resp. sein Delegierter zu betrachten ist³⁷. Die Rechtsprechungsänderung trägt somit dem rechtlich zulässigen Umstand Rechnung, dass aufgrund von Art. 53 ZGB die Organfunktion grundsätzlich auch durch eine juristische Person wahrgenommen werden kann³⁸ und das zugrundeliegende Rechtsverhältnis somit ein Auftragsverhältnis resp. einen Leistungsauftrag darstellt³⁹. Das Gesagte gilt z.B. für Stiftungsräte einer Unternehmensstiftung, die von den gehaltenen Aktiengesellschaften gestellt werden oder für Stiftungsräte einer Stiftung (z.B. mit dem Zweck der Weiterbildung oder Kinderbetreuung), welche von mehreren Unternehmen gegründet wurde, von ihnen finanziert und durch von ihnen in den Stiftungsrat delegierte Personen verwaltet wird. Ebenso gilt dies für Stiftungsräte einer Stiftung A, welche als deren Delegierte im Stiftungsrat der Stiftung B Einsitz nehmen, wobei die Entschädigung an die delegierende Stiftung A ausbezahlt wird, da sie die delegierende Stiftung vertreten. Fehlt es jedoch am Erfordernis der Vertretung des Dritten resp. des Arbeitgebers im Stiftungsrat bzw. kann der enge Konnex zwischen der delegierenden juristi-

³⁶ BGE 133 V 498, E. 5.1, S. 502.

³⁷ Es versteht sich von selbst, dass die Ausübung der Organfunktion immer nur durch eine natürliche Person als Vertreterin resp. Delegierte erfolgen kann. Zu beachten ist jedoch Art. 707 Abs. 3 OR, wonach kraft ausdrücklichem Verbot juristische Personen nicht als Verwaltungsräte wählbar sind, sondern als Vertreter an ihrer Stelle gewählt werden. Dass juristische Personen nicht als Organe im Handelsregister eintragungsfähig sind, liegt an Art. 120 Satz 1 HRegV (gegenüber Art. 53 ZGB einschränkend), wonach Einzelunternehmen, Handelsgesellschaften, juristische Personen sowie Institute des öffentlichen Rechts als solche nicht als Mitglied der Leitungs- oder Verwaltungsorgane oder als Zeichnungsberechtigte in das Handelsregister eingetragen werden dürfen. Vorbehalten bleibt Art. 98 KAG sowie die Eintragung von Liquidatorinnen, Liquidatoren, Revisorinnen, Revisoren, Konkursverwalterinnen, Konkursverwaltern oder Sachwalterinnen und Sachwaltern (Art. 120 Satz 2 HRegV), d.h. Art. 120 HRegV ist insofern widersprüchlich.

³⁸ Vgl. dazu RIEMER (Fn. 4), Handkommentar, Art. 83 N 2 und BK-RIEMER (Fn. 4), Art. 83 ZGB N 6 m.w.H..

³⁹ Es ist somit fraglich, ob das in der WML Rz. 2039 zusätzlich aufgestellte einschränkende Erfordernis, dass die Entschädigung an den Arbeitgeber des Organs in der Schweiz ausbezahlt werden muss, überhaupt erforderlich ist. Soweit nämlich die Entschädigung an eine *juristische Person* fliesst, stellt sich die Frage der Beitragserhebung an der Quelle gar nicht, eigentliche Missbräuche durch Dazwischenschalten von juristischen Personen im Ausland vorbehalten. Handelt es sich beim Dritten, dem die Entschädigung zufließt, aber um eine *natürliche Person*, so wird die Entschädigung im nationalen Verhältnis beitragsmässig nach den Regeln des AHVG erfasst. Im Verhältnis Schweiz – EU gelten die Regeln von Art. 13 VO (EG) 883/2004 i.V.m. Art. 14 Abs. 5 und 8 VO (EG) 987/2009, bei Vertragsstaaten die jeweiligen Sozialversicherungsabkommen und bei Nichtvertragsstaaten das Erwerbortsprinzip. Dass der ausländische Arbeitgeber eines Vertrags- oder Nichtvertragsstaates von der AHV-Beitragspflicht nicht erfasst werden kann, führt zur Anwendung von Art. 6 Abs. 1 AHVG.

schen Person resp. dem Arbeitgeber und der Stiftung nicht nachgewiesen werden oder handelt es sich beim Stiftungsrat um eine blosse Personalunion ohne Vertretungsverhältnis, so liegt eine Drittauszahlung der Entschädigung oder eine Anweisung i.S.v. Art. 466 ff. OR vor. In all diesen Fällen ist die Entschädigung als massgebender Lohn des Stiftungsrats zu qualifizieren⁴⁰.

Wird die an den Arbeitgeber resp. Dritten ausgerichtete Entschädigung dem delegierten Stiftungsrat vom Arbeitgeber resp. Dritten wieder ausbezahlt, so handelt es sich um eine gewöhnliche Lohnzahlung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 AHVG durch den Arbeitgeber⁴¹. In diesem Fall muss jedoch im konkreten Falle geprüft werden, ob dieses Vorgehen üblich und sachlich begründet ist und nicht einzig der Umgehung der Beitragspflicht der Stiftung dient.

c) Entschädigungen für Zusatzaufgaben des Stiftungsrats

Stiftungsräte nehmen jedoch vielfach über die Kernaufgaben des Stiftungsrats hinausgehende Aufgaben wahr, welche ihre Organstellung überlagern⁴². Solche Zusatzaufgaben werden in der Regel gesondert entschädigt und von der AHV-Ausgleichskasse, grundsätzlich unabhängig von der zivilrechtlichen Qualifikation des Rechtsverhältnisses, je nach Grad der arbeitsorganisatorischen Einbettung, der wirtschaftlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit als unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert⁴³. Soweit ein Stiftungsrat seine Aufgaben an der Geschäftsstelle der Stiftung ausübt (aber auch wenn er für die Stiftung auswärts oder im Homeoffice tätig ist), in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zur Stiftung steht und insbesondere die Beschlüsse des Stiftungsrats vollzieht, dem Gesamtstiftungsrat oder Stiftungsratspräsident untersteht, ihnen gegenüber rechen-schaftspflichtig ist bzw. seine Entscheidungen «abgesegnet» werden müssen, liegt eine unselbständige Erwerbstätigkeit vor.⁴⁴ Betreibt ein Stiftungsrat jedoch in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und mit eigener Infrastruktur sowie vielleicht sogar eigenem Personal, unter Tragung auch eines Unternehmerrisikos, ein Verbandssekretariat und ist gegenüber unbestimmt vielen Stiftungen (und/oder anderen juristischen Personen) in gleicher Weise tätig oder führt er eine Firma als Anwalt, Treuhänder oder Berater, so stellt sich

⁴⁰ In diesem Sinn CADOTSCH (Fn. 35), AHV-massgebender Lohn < S. 17 ff.

⁴¹ BGE 133 V 498, E. 5.2, S. 503. Im internationalen Verhältnis gilt die Stiftungsrats-tätigkeit als Beschäftigung resp. Erwerbstätigkeit und zieht die entsprechenden Unterstellungsregeln nach sich.

⁴² Vgl. die Beispiele vorne I.A und aus steuerrechtlicher Sicht hinten III.B.2.b sowie III.B.2.d.bb.

⁴³ Weniger ins Gewicht fallen im Dienstleistungsbereich – dies auch als Folge der zunehmenden Flexibilisierung und Digitalisierung der Arbeit – hingegen getätigte Investitionen.

⁴⁴ Vgl. BGer 9C_459/2011 vom 26. Januar 2012, E. 3.2 und 5.2 betr. ETH-Foundation.

die Frage, ob er bezüglich der Zusatzaufgaben für die jeweiligen Stiftungen als selbständigerwerbend einzustufen ist. Davon ist sicher dann auszugehen, wenn die Stiftung keine eigene Geschäftsstelle führt, die Aufgaben im Sinne eines *Outsourcings* auch vom Stiftungsratsmandat losgelöst einem Dritten übertragen werden könnten, der betreffende Stiftungsrat als Einzelfirma oder in anderer Form am Wirtschaftsleben teilnimmt und die Entschädigungen vom Stiftungsrat aufwandabhängig oder pauschal in Rechnung gestellt werden⁴⁵.

B. Die Haftung

Die sozialversicherungsrechtliche Verantwortlichkeit von Stiftungsräten konzentriert sich in der Praxis auf zwei Hauptanwendungsfälle. Der erste Anwendungsfall steht im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit von Stiftungsräten von Personalvorsorgestiftungen. Art. 52 BVG bestimmt, dass alle mit der Geschäftsführung und Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen für den Schaden verantwortlich sind, den sie der Vorsorgeeinrichtung absichtlich oder fahrlässig (leichte Fahrlässigkeit genügt) zufügen. Das Verschulden besteht in der Verletzung von BVG-mässigen oder anderen Sorgfaltspflichten bzw. dem Abweichen vom Sorgfaltsmassstab⁴⁶, den ein gewissenhafter und sachkundiger Stiftungsrat in einer vergleichbaren Lage bei der Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben beachten würde⁴⁷. Zudem hat der Schaden natürlich und adäquat kausal zur Handlung oder Unterlassung des Organs zu sein⁴⁸. Ein Drittverschulden kann die Haftung ausnahmsweise beschränken, wenn es in einem starken Missverhältnis gegenüber einem leichten Verschulden des Organs steht⁴⁹. Haben Stiftungsräte den Schaden gemeinsam verschuldet und verursacht, haftet jeder Stiftungsrat einzeln für den ganzen Schaden (echte Solidarität), haben sie unabhängig voneinander den Schaden verursacht, haftet jeder Stiftungsrat nur im Umfang seines Verschuldens (unechte Solidarität)⁵⁰.

⁴⁵ BGer 9C_930/2012 vom 6. Juni 2013, E. 6 betr. den Geschäftsführer eines Vereins, der kein formelles Organ des Vereins war, aber massgebend und selbständig den Verein mitgestaltet und ihm das Profil gegeben hat.

⁴⁶ Gemäss BGE 141 V 51, E. 6.1, S. 59 umfasst die Sorgfaltspflicht folgende Facetten: allgemeine Sorgfaltspflichten, Sorgfaltspflichten bei der Delegation, Sorgfalt in der Führung, Informationsrechte und -pflichten, Pflichten bei der Vermögensverwendung, allgemeine Sorgfaltspflichten in der Vermögensanlage, besondere Überwachungspflichten in der Vermögensanlage, Meldepflichten, Treuepflicht.

⁴⁷ BGE 128 V 124, E. 4.e, S. 132 mit Hinweisen auf Literatur.

⁴⁸ Statt vieler BGE 141 V 51, E. 8.1, S. 66.

⁴⁹ BGE 141 V 51, E. 8.3, S. 68.

⁵⁰ BGE 141 V 51, E. 9.1, S. 69.

Der zweite Anwendungsfall einer Organverantwortlichkeit findet sich in Art. 52 AHVG. Ein Arbeitgeber, und subsidiär die Mitglieder der Verwaltung und Geschäftsführung einer juristischen Person, haften der Ausgleichskasse für den Schaden, den sie ihr absichtlich oder grobfahrlässig durch Missachtung von Vorschriften der Versicherung zufügen. Stiftungsräte, ob sie ehrenamtlich oder nicht oder als von Dritten delegierte weisungsgebunden handeln oder nicht⁵¹, haben dafür besorgt zu sein, dass die Beiträge rechtzeitig an die AHV-Ausgleichskasse überwiesen werden. Wird die Stiftung zahlungsunfähig oder fällt in Konkurs und sind Beitragsschulden nicht beglichen, haften die Stiftungsräte somit als Organmitglieder subsidiär für die ausstehenden Beiträge⁵². Die Haftung nimmt ihren Anfang mit dem effektiven Amtsantritt, und zwar grundsätzlich auch für angetretene Beitragsschulden, und endet mit der effektiven Amtsniederlegung, einer Abberufung, der Nichtwiederwahl oder dem Eintritt der Handlungsunfähigkeit, vorbehalten bleiben die erst nach dem Ausscheiden sich zeigenden Wirkungen von während der Amtsdauer begangenen Pflichtverletzungen⁵³. Bezüglich des Verschuldens gilt ein strenger Massstab. Insbesondere gilt für Stiftungsräte, auch ehrenamtlich tätige, das gleiche Mass der Sorgfalt wie für andere juristische Personen⁵⁴. Die Sorgfalt bezieht sich auf die Einhaltung der massgebenden gesetzlichen Regeln und, im Falle der Delegation dieser Aufgabe an einen Geschäftsführer oder Treuhänder, auf die Pflicht der sorgfältigen Auswahl der Person sowie deren Kontrolle und Aufsicht⁵⁵. Insbesondere obliegt es auch einem Stiftungsrat, sich regelmässig über den Geschäftsgang zu informieren und Unregelmässigkeiten nachzugehen und insbesondere bei ausbezahlten Löhnen auch die Beitragsentrichtung an die AHV-Ausgleichskasse zu kontrollieren⁵⁶. Passivität gilt in jedem Fall bei möglicher Kenntnis der Beitragsausstände als grobe Fahrlässigkeit⁵⁷. Ist eine gesetzeskonforme Beitragszahlung an die Ausgleichskasse aus finanziellen Gründen nicht möglich und wird dies glaubhaft dargetan, muss der Stiftungsrat um einen Zahlungsaufschub i.S.v. Art. 34b AHVV nachsuchen⁵⁸.

⁵¹ BGer H 217/02 vom 23. Juni 2003, E. 5.3.

⁵² Zum Zeitpunkt des Schadenseintritts BGE 123 V 12, E. 5.a, S. 14.

⁵³ BGE 126 V 61, E. 4.a; MARCO REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 59 f.

⁵⁴ BGer 9C_145/2010 vom 15. Juni 2010, E. 5.3.

⁵⁵ BGer H 26/03 vom 17. Juni 2003, E. 3.2.

⁵⁶ BGer 9C_145/2010 vom 15. Juni 2010, E. 5.5. Gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts kann sich ein Stiftungsrat auch nicht unter Berufung auf die Kenntnisse der Revisionsstelle und der Stiftungsaufsicht bezüglich der schwierigen finanziellen Lage der Stiftung exkulpieren.

⁵⁷ WBB Rz. 8034 und BGer 9C_145/2010 vom 15. Juni 2010, E. 5.5 a.E.

⁵⁸ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen und dem Verfahren vgl. WBB Rz. 2191 ff.

C. Die Unterstellung des Stiftungsrats unter die verschiedenen Sozialversicherungszweige

1. Im nationalen Verhältnis

a) Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung

Soweit nicht entschädigte Stiftungsräte von Stiftungen mit Sitz in der Schweiz oder im Ausland in der Schweiz Wohnsitz verzeigen und sonst, weder hierzulande noch im Ausland, keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, sind sie gemäss Art. 1a Abs. 1 lit. a AHVG in der Schweiz als nichterwerbstätige Personen aufgrund ihres Wohnsitzes obligatorisch der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung unterstellt. Eine Unterstellung gemäss Art. 1a Abs. 1 lit. b AHVG aufgrund der Erwerbstätigkeit setzt primär eine in der Schweiz sich entfaltende Erwerbstätigkeit voraus, und zwar unabhängig davon, wo die Entschädigung anfällt. Im Falle eines persönlich entschädigten Stiftungsratsmandats (einer Stiftung mit Sitz in der Schweiz oder im Ausland), das in der Schweiz ausgeübt wird, zählen Stiftungsräte somit allein schon aufgrund dieses i.S.v. Art. 7 lit. h AHVV erzielten Einkommens und unabhängig von weiteren Erwerbseinkünften aus anderer in der Schweiz ausgeübter Erwerbstätigkeit obligatorisch zum Versichertenkreis der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung. Dasselbe gilt auch für Stiftungsräte, welche nicht persönlich von der Stiftung, sondern im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, zu dem auch die Ausübung der Stiftungsrats Tätigkeit gehört, entschädigt werden.

Für Stiftungsräte, die gleichzeitig obligatorisch auch einer ausländischen staatlichen Alters- und Hinterlassenenversicherung angehören, könnte die in Art. 1a Abs. 2 lit. b AHVG aufgeführte Ausnahme von der Unterstellung zur Anwendung gelangen⁵⁹. Auf Gesuch hin werden sie von der Unterstellung befreit, wenn der Einbezug in die schweizerische Versicherung eine nicht zumutbare Doppelbelastung bedeuten würde⁶⁰.

Hat die Stiftung ihren Sitz in einem Vertragsstaat⁶¹ und betreibt in der Schweiz keine Betriebsstätte resp. Geschäftsstelle, sind die Entschädigungen,

⁵⁹ Nicht befreit werden können jedoch Personen, auf die ein Sozialversicherungsabkommen oder die VO (EG) 883/2204 resp. die VO (EWG) 1408/71 Anwendung findet.

⁶⁰ Zu den formellen und materiellen Voraussetzungen vgl. WVP Rz. 5002 ff. Eine Doppelbelastung wird vermutet, wenn die Gesamtbelastung durch Sozialversicherungsbeiträge, welche die versicherte Person zu tragen hat, 15 % oder mehr des Erwerbseinkommens entspricht.

⁶¹ Darunter fallen die Staaten der EU und EFTA, mit denen die Schweiz Freizügigkeitsabkommen eingegangen ist sowie die Staaten, mit denen die Schweiz bilaterale Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen hat.

die einem Stiftungsrat mit Wohnsitz in der Schweiz zufließen, beitragspflichtiges Einkommen und es gelten grundsätzlich die Art. 12 Abs. 2 AHVG i.V.m. Art. 6 AHVG. Vorbehalten bleiben anderslautende zwischenstaatliche Vereinbarungen oder Übungen gemäss Art. 12 Abs. 3 AHVG, so insbesondere die Koordinationsregeln der VO (EG) 883/2004.

Für Stiftungsräte mit Wohnsitz in der Schweiz, die als Organ für eine Stiftung mit Sitz in einem Nichtvertragsstaat tätig sind, ist die Entschädigung gemäss Art. 6^{ter} lit. b AHVV von der Beitragserhebung ausgenommen⁶².

b) Berufliche Vorsorge

Der beruflichen Vorsorge obligatorisch unterstellt sind gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG alle Arbeitnehmer (im Sinne der AHV-Gesetzgebung), welche das 17. Altersjahr vollendet haben und einen Jahreslohn von mindestens CHF 21'150 beziehen⁶³. Von der obligatorischen Unterstellung ausgenommen sind gemäss Art. 1j Abs. 1 lit. a BVV2 Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber gegenüber der AHV nicht beitragspflichtig ist⁶⁴, und gemäss Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV2 Arbeitnehmer, welche nebenberuflich tätig sind und im Hauptberuf entweder obligatorisch versichert oder selbständigerwerbend sind. Bei Stiftungsräten stellt sich somit in erster Linie die Frage der Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenberuf, was im Einzelfall auf Grund der konkreten Umstände von der Vorsorgeeinrichtung zu ermitteln ist. Für die Gewichtung werden verschiedene Kriterien herangezogen⁶⁵. So hat die nebenberufliche Tätigkeit gleichzeitig zu einer hauptberuflichen zu erfolgen, ihr gegenüber von untergeordneter, d.h. *nicht gleichwertiger* Bedeutung zu sein, so insbesondere in quantitativer und zeitlicher Hinsicht⁶⁶. Die nebenberufliche Tätigkeit kann sogar beim selben Arbeitgeber erfolgen, nur muss damit eine andere Funktion als im Hauptberuf verbunden sein.

⁶² WML Rz. 2043.

⁶³ Der Lohn eines Teilzeitpensums wird dabei nicht auf ein Vollzeitpensum umgerechnet, hingegen derjenige eines unterjährigen Arbeitsverhältnisses auf 12 Monate (Art. 2 Abs. 2 BVG).

⁶⁴ Darunter fallen ausländische Arbeitgeber eines Drittstaates ohne Betriebsstätte in der Schweiz und solche i.S.v. Art. 33 AHVV.

⁶⁵ Z.B. Dauer und Stabilität der Nebenbeschäftigung, Intensität des Engagements, Höhe des Verdienstes, Art der Tätigkeit etc. JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, Kommentierung zu Art. 2 BVG, in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter (Hrsg.), BVG und FZG, Stämpfli Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2018, Art. 2 N 48.

⁶⁶ BGE 129 V 132, E. 3.4, S. 136 ff. Eine konkrete Verhältniszahl des Zeitaufwands für den Haupt- und Nebenberuf existiert nicht, doch dürfte die Grenze m.E. maximal bei ca. 20-25 % bezogen auf ein Vollzeitpensum oder ergänzend zu einem Vollzeitpensum liegen.

Entschädigte Stiftungsratsmandate, welche sich in mehreren Sitzungen pro Jahr erschöpfen und nicht mit Zusatzaufgaben erweitert sind, sind typische nebenberufliche Tätigkeiten, welche somit unabhängig von der Höhe ihrer Entschädigung vom Obligatorium ausgenommen sind, auch wenn es mehrere solcher Mandate sind. Soweit jedoch der Stiftungsrat wegen seiner weiteren operativen Aufgaben als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist und er als Geschäftsführer oder in anderer Funktion sich voll- oder teilzeitlich in erheblichem Umfang der Stiftung oder gleichzeitig auch anderen Stiftungen oder NGO widmet, handelt es sich um eine hauptberufliche Tätigkeit⁶⁷. Davon ist auch auszugehen, wenn ein Stiftungsrat mehrere gleichwertige Stiftungsratsmandate gleichzeitig mit ungefähr gleichem zeitlichem Umfang ausübt. Da es sich in einem solchen Fall um Mehrfachbeschäftigung mit mehreren Teilzeitpensen handelt, muss bei jedem Organverhältnis geprüft werden, ob die Eintrittsschwelle von CHF 21'150 erreicht wird. Soweit der Gesamtlohn die Eintrittsschwelle übersteigt, besteht gemäss Art. 46 BVG die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung, sei es bei der Auffangeinrichtung oder der Einrichtung eines Arbeitgebers, der reglementarisch eine freiwillige Unterstellung zulässt.

c) **Obligatorische Unfallversicherung**

Der obligatorischen Unfallversicherung sind gemäss Art. 1a UVG alle in der Schweiz tätigen Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnlichen Personen unterstellt. Stiftungsräte, welche für ihre Tätigkeit von der Stiftung keine Entschädigung beziehen, fallen aufgrund des fehlenden Erwerbseinkommens nicht unter die obligatorische Unfallversicherung.⁶⁸ Da die Organe juristischer Personen, die für ihre Tätigkeit entschädigt werden, aufgrund von Art. 7 lit. h AHVV AHV-rechtlich jedoch als unselbständigerwerbend gelten, wären sie konsequenterweise auch von Art. 1a UVG erfasst, zumal die Unfallversicherung im Unterschied zur beruflichen Vorsorge nicht zwischen Haupt- und Nebenberuf unterscheidet. Um Doppelversicherungen auszuschliessen, hat der Gesetzgeber die Mitglieder von Verwaltungsräten, und damit ebenso auch solche von Stiftungsräten, von der Unterstellung befreit, soweit sie nicht über ihre reine Organfunktion i.S.v. Art. 83 ZGB hinausgehende operative Tätig-

⁶⁷ Bei geschäftsführenden Stiftungsräten empfiehlt es sich daher, die Entschädigung für die Stiftungsrats-tätigkeit im engeren Sinn separat abzurechnen und zu vergüten, damit sie – durch ihre andere Funktion als die Geschäftsführungsfunktion – als Nebenerwerb qualifiziert werden kann.

⁶⁸ Es besteht die Möglichkeit, für ehrenamtlich Tätige eine freiwillige private Unfallversicherung abzuschliessen.

keiten in der Stellung eines Arbeitnehmers (z.B. Geschäftsführer, fest angestellter Fundraiser) ausführen⁶⁹.

Steht ein nicht UVG-unterstellter Stiftungsrat jedoch zusätzlich in einem Arbeitsverhältnis zu einem anderen Arbeitgeber und bekleidet ein Pensum von mindestens acht Stunden pro Woche, so ist er gemäss Art. 13 Abs. 1 UVV auch für Nichtberufs- bzw. Freizeitunfälle versichert. Dies bedeutet, dass auch Unfälle im Zusammenhang mit der nicht versicherten Stiftungsratstätigkeit durch die obligatorische Unfallversicherung des Arbeitgebers versichert sind.

d) Arbeitslosenversicherung

Unterstellungs- und Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung lehnen sich gemäss Art. 2 AVIG an die AHV an. Soweit Stiftungsräte eine Entschädigung oder Sitzungsgelder i.S.v. Art. 7 lit. h AHVV beziehen, gelten sie auch in der Arbeitslosenversicherung grundsätzlich als unselbständigerwerbend bzw. als Arbeitnehmer.

2. Im internationalen Verhältnis

a) Allgemeine Grundsätze

Ehrenamtliche Stiftungsratstätigkeit stellt wegen der fehlenden Erwerbsabsicht keine Erwerbstätigkeit dar, weshalb sie im internationalen Unterstellungskontext keine Beachtung finden kann. Etwas komplexer gestaltet sich die Rechtslage, sofern Stiftungsräte für ihre Organfunktionen – umso mehr auch für eine darüber hinausgehende operative Tätigkeit – direkt oder nur indirekt durch einen diese Tätigkeit mitumfassenden Arbeitslohn eines Dritten entschädigt werden und somit als Erwerbstätige gelten⁷⁰.

Massgebend ist mit Bezug auf die Unterstellung zuerst die Frage, ob es sich um einen Nichtvertragsstaat, einen EU-/EFTA-Staat oder einen Vertragsstaat handelt. In letzterem Fall zu beachten sind die bilateralen Sozialversicherungsabkommen der Schweiz mit Drittstaaten (welche an dieser Stelle jedoch nicht vertieft behandelt werden), die dem Grundsatz folgen, dass das Einkommen jeweils in demjenigen Land beitragsrechtlich erfasst wird, in dem es erzielt wird. Dieser Grundsatz gilt auch im Verhältnis zwischen der in der

⁶⁹ BGer 8C_280/2013 vom 28. Mai 2013, E. 4.1.

⁷⁰ Vgl. WVP Rz. 3082 ff.

Schweiz und den in Nichtvertragsstaaten erzielten Einkommen⁷¹. Für den EU- und EFTA-Raum gelten hingegen die Art. 11 ff. der VO (EG) 883/2004 i.V.m. Ziff. 6 der VO (EG) 465/2012 sowie die Durchführungsverordnung (EG) 987/2009 (= DVO)⁷². Nachdem gemäss Art. 1 lit. a und lit. b VO (EG) 883/2004 die Bestimmung der Statusfrage den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten überlassen ist, steht man jedoch gerade im Zusammenhang mit der Regelung von Art. 7 lit. h AHVV vor dem Problem, dass im internationalen Verhältnis die Entschädigungen von Organen juristischer Personen bezüglich der Statusfrage unterschiedlich qualifiziert werden. Dies kann dazu führen, dass für die gleiche Tätigkeit jeder der involvierten Mitgliedstaaten die Anknüpfung für sich beansprucht⁷³, und dies obwohl gemäss Art. 11 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 die Unterstellung für den ganzen Bereich der sozialen Sicherheit unter die Rechtsordnung nur *eines* Mitgliedstaates gilt, und zwar gemäss Art. 13 Abs. 5 VO (EG) 883/2004 für die *gesamte*, in allen Mitgliedländern ausgeübte Berufstätigkeit bzw. für das *gesamte* daraus fließende Erwerbseinkommen⁷⁴. Art. 6 DVO stellt bei Zuständigkeitskonflikten eine Regel für die *vorläufige* Anwendung auf⁷⁵.

Für die Unterstellung ausschlaggebend ist grundsätzlich das Beschäftigungsstaatsprinzip, welches gegenüber dem Wohnstaatsprinzip Vorrang genießt. Soweit abhängige Beschäftigungen oder selbständige Tätigkeiten in mehreren EU-Mitgliedstaaten gleichzeitig ausgeübt werden, spielt es für die Unterstellung aber eine Rolle, in welchem Land die betreffende Person wohnt und in welchem Land der wesentliche Teil der Beschäftigung erbracht wird⁷⁶. Für

⁷¹ Vgl. die Tabellen im Anhang 1-9 der WVP.

⁷² Zum EFTA-Raum gehören die Länder Norwegen, Island und Liechtenstein. Soweit es um ein «Dreiecksverhältnis» Schweiz-EU-EFTA geht, kommen die bilateralen Sozialversicherungsabkommen zwischen der Schweiz und dem betroffenen Land zur Anwendung, so z.B. wenn die Stiftung ihren Sitz in Liechtenstein hat, der Stiftungsrat Deutscher ist und in der Schweiz wohnt.

⁷³ HEINZ-DIETRICH STEINMEYER, Kommentierung zu Teil II: Bestimmung des anwendbaren Rechts, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2018, Vorbem. zu Art. 11 N 15.

⁷⁴ STEINMEYER (Fn. 71), Kommentierung, Art. 13 N 5 und N 25.

⁷⁵ Danach ist dasjenige Beschäftigungsland massgebend, in dem die Person ihrer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit tatsächlich nachgeht, wenn die Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit in nur einem Mitgliedstaat ausgeübt wird. Der Wohnmitgliedstaat ist zuständig, sofern die betreffende Person einer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit in zwei oder mehr Mitgliedstaaten nachgeht und einen Teil ihrer Tätigkeit(en) in dem Wohnmitgliedstaat ausübt, oder sofern die betreffende Person weder beschäftigt ist noch eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt. In allen anderen Fällen untersteht die Person den Rechtsvorschriften desjenigen Mitgliedstaats, deren Anwendung zuerst beantragt wurde, wenn die Person eine Erwerbstätigkeit oder mehrere Erwerbstätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt.

⁷⁶ Art. 14 Abs. 8 DVO konkretisiert den Begriff der «wesentlichen Tätigkeit» dahingehend, dass es sich um einen Anteil von mindestens 25 % der Gesamtbeschäftigung handeln muss

Stiftungsratsmandate mit nur wenigen Stiftungsratssitzungen im Jahr und geringer oder gar keiner Entschädigung ist, auch wenn es sich um die leitende Funktion einer juristischen Person – aber eben nicht um die eines Unternehmens – handelt, m.E. von einer marginalen Tätigkeit auszugehen, welche gemäss Art. 14 Abs. 5b DVO nicht berücksichtigt werden muss⁷⁷. Überschreitet die Stiftungsratsstätigkeit jedoch das geringe Mass, ist von einer normalen Erwerbstätigkeit auszugehen⁷⁸.

b) Bei Stiftungsratsmandaten im Speziellen

Eine *Unterstellung in der Schweiz* erfolgt bei internationalen Verhältnissen Schweiz- EU/EFTA-Raum bei folgenden, jedoch nicht abschliessend aufgeführten Fallkonstellationen⁷⁹:

- i) bei Wohnsitz des Stiftungsrats in der Schweiz:
 - Entschädigte Stiftungsratsstätigkeit in der Schweiz *als wesentlicher Teil* der Erwerbstätigkeit und gleichzeitig noch eine weitere Beschäftigung beim selben oder einem anderen Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat (Art. 13 Abs. 1 lit. a VO (EG) 883/2004).
 - Stiftungsratsstätigkeit in der Schweiz als Teil des Arbeitsverhältnisses mit einem Arbeitgeber mit Sitz in einem Mitgliedstaat (Entschädigung erfolgt im Rahmen und als Teil des Arbeitslohnes), die *als wesentlicher Teil* des Arbeitsverhältnisses qualifiziert wird (Art. 13 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 i.V.m. Art. 14 Abs. 5 DVO).
 - Entschädigte Stiftungsratsstätigkeit in der Schweiz *als wesentlicher Teil* der Gesamttätigkeit und gleichzeitiger selbständiger Tätigkeit in einem Mitgliedstaat und gleichzeitig weiteren Beschäftigungen in einem anderen Mitgliedstaat (Art. 13 Abs. 3 VO (EG) 883/2004).
 - Entschädigte Stiftungsratsstätigkeit in der Schweiz *als nicht wesentlicher Teil* der Erwerbstätigkeit und weitere Beschäftigungen in mehreren Mitgliedstaaten, von denen mindestens zwei ihren Sitz in verschiedenen Mit-

und dieser Anteil bei unselbständiger Erwerbstätigkeit aufgrund der Kriterien Arbeitszeit und/oder Arbeitsentgelt resp. bei selbständiger Erwerbstätigkeit aufgrund von Umsatz, Arbeitszeit, Anzahl der erbrachten Dienstleistungen und/oder Einkommen ermittelt wird.

⁷⁷ WVP Rz. 2016.1: Als marginal gelten Tätigkeiten, die aufgrund ihrer Eigenart unbedeutend sind. Ein Indikator für eine marginale Tätigkeit kann eine reguläre Arbeitszeit und/oder eine Entlohnung von je weniger als 5% pro Staat sein (mehrere Erwerbstätigkeiten für verschiedene Arbeitgeber werden zusammengezählt). Hingegen sind Entschädigungen für marginale Tätigkeiten im zuständigen Staat beitragsrechtlich abzurechnen.

⁷⁸ Vgl. WVP Rz. 3089.

⁷⁹ Ausführlich zur Unterstellung bei Beschäftigung und Mehrfachbeschäftigung in verschiedenen Mitgliedstaaten vgl. die Tabellen 1-9 im Anhang der WVP.

gliedstaaten ausserhalb des Wohnmitgliedstaats haben (Ziff. 6 lit. b/iv VO (EG) 465/2012).

- Entschädigte Stiftungsratsstätigkeit in einem Mitgliedstaat (sofern dort als Beschäftigung qualifiziert) und weitere Beschäftigungen in anderen Mitgliedstaaten (Art. 13 Abs. 1 lit. a VO (EG) 883/2004).
- Bildet das im Wohnmitgliedstaat ausgeübte Stiftungsratsmandat hingegen keinen wesentlichen Teil der Erwerbstätigkeit, so fehlt es am sachlichen Bezug zum Wohnstaat, sodass dafür Art. 13 Abs. 1 lit. b VO (EG) 883/2004 vier weitere Unterstellungsvorschriften aufstellt. Diese knüpfen an die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dem der Sitz/Wohnsitz des Unternehmens/Arbeitgebers ist. Nur bei Verhältnissen, bei denen mehrere Unternehmen/Arbeitgeber mit Sitzen in verschiedenen Mitgliedstaaten im Spiel sind, muss wieder auf den Wohnstaat der zu unterstellenden Person zurückgegriffen werden. Letzteres soll auch gelten, wenn der Arbeitgeber seinen Sitz ausserhalb des EU-Raumes hat, aber die Arbeitstätigkeit innerhalb des EU-Raums stattfindet.

ii) bei Wohnsitz des Stiftungsrats in einem Mitgliedstaat:

- Entschädigte Stiftungsratsstätigkeit in der Schweiz und keine weitere Erwerbstätigkeit (Art. 11 Abs. 3 lit. a VO (EG) 883/2004).
- Entschädigte Stiftungsratsstätigkeit in der Schweiz und gleichzeitige selbständige Tätigkeit in einem Mitgliedstaat (Art. 13 Abs. 3 VO (EG) 883/2004).
- Entschädigte Stiftungsratsstätigkeit bildet keinen wesentlichen Teil der Beschäftigung im Wohnstaat, d.h. die entschädigte Stiftungsratsstätigkeit findet als wesentlicher Teil der Erwerbstätigkeit in der Schweiz statt, oder/und eine andere Beschäftigung findet im Wohnstaat statt.

Ausnahmen von der Unterstellungspflicht in der Schweiz können auf entsprechendes Gesuch hin beim zuständigen Versicherer bewilligt werden, zum einen *in der beruflichen Vorsorge* für Arbeitnehmer, die nicht oder voraussichtlich nicht dauernd in der Schweiz tätig sind und im Ausland genügend versichert sind (Art. 1j Abs. 2 BVV2) und zum anderen in der *Krankenversicherung* gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. c und Abs. 6 KVV.

D. Leistungen der Sozialversicherungen an Stiftungsräte

1. Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung

Auch bei ehrenamtlicher oder (teil)entschädigter Tätigkeit berechnet sich eine künftige Alters-, Hinterlassenen- oder Invalidenrente nach der Regel von Art. 34 AHVG. Die aktuelle AHV-Gesetzgebung kennt weder eine Aufrech-

nung von Verzichtseinkommen noch mit den Erziehungs- oder Betreuungsgutschriften vergleichbare fiktive Gutschriften für ehrenamtliche oder caritative Tätigkeit im Interesse der Gesellschaft, obwohl dies eine probate Möglichkeit wäre, Freiwilligenarbeit durch eine in dieser Form erfolgende Honorierung zu fördern und das Renteneinkommen zu erhöhen⁸⁰.

Die Frage der Berücksichtigung von ehrenamtlicher Tätigkeit bzw. von ehrenamtlich begründetem Einkommensverzicht stellt sich jedoch im Zusammenhang mit der Bemessung des Invaliditätsgrades und der anzuwendenden Bemessungsmethode. Ist eine Person nur teilweise erwerbstätig und daneben in der übrigen Zeit im Aufgabenbereich (z.B. Haushalts- und/oder Betreuungsaufgaben) tätig, wird gemäss Art. 28a Abs. 3 IVG i.V.m. Art. 27^{bis} Abs. 2-4 IVV die sog. gemischte Methode angewendet. Der Invaliditätsgrad wird für den erwerblichen Teil nach der Einkommensvergleichsmethode i.S.v. Art. 16 ATSG und für den Aufgabenbereich nach der Methode des Betätigungsvergleichs i.S.v. Art. 28a Abs. 2 IVG gesondert und bezogen auf ein Vollpensum ermittelt und entsprechend dem jeweilig eingesetzten Pensum zusammengerechnet. Aufgrund des am 1. Januar 2018 neu in Kraft getretenen revidierten Art. 27 IVV werden neu beim Aufgabenbereich resp. im Zusammenhang mit dem Betätigungsbereich nur noch eigentliche Haushalts- und Betreuungsaufgaben erwähnt, während bis anhin von aArt. 27 IVV auch gemeinnützige und künstlerische Tätigkeiten erfasst wurden. Auch wenn die Neufassung von Art. 27 IVV die gemeinnützige und künstlerische Tätigkeit nicht mehr ausdrücklich aufführt, weil sie grundsätzlich als reine Freizeitaktivitäten qualifiziert werden, gilt nach wie vor auch für sie die ausnahmsweise Anwendung der Regel des «Dritt-Personen-Kriteriums». Durch sie wird eine ehrenamtliche Tätigkeit nur in Sonderfällen und nur dann nicht als Freizeitaktivität eingestuft, wenn die unentgeltliche caritative Arbeit andernfalls durch eine bezahlte Drittkraft erledigt werden müsste bzw. dieses Amt nicht durch eine andere ehrenamtlich tätige Person versehen würde⁸¹. Dies dürfte in der Regel aber nur für Aufgaben gelten, welche ein Stiftungsrat als Geschäftsführer oder dgl. ausführt. Der Invaliditätsgrad von Personen, die neben ihrer ehrenamtlichen Stiftungsrats-tätigkeit noch einer voll- oder teilzeitigen Erwerbstätigkeit nachgehen, wird somit ausschliesslich nach der Methode des Einkommensvergleichs beurteilt⁸². Wird jedoch für die Stiftungsrats-tätigkeit eine Entschädigung ausgerichtet, auch wenn es sich durch freiwilligen Einkom-

⁸⁰ GABRIELA RIEMER-KAFKA, Freiwilligenarbeit aus (arbeits-)vertraglicher und sozialversicherungsrechtlicher Sicht, in: Herbert Amman/Raimund Hasse/Monika Jakobs/Gabriela Riemer-Kafka (Hrsg.), *Freiwilligkeit. Ursprünge, Erscheinungsformen, Perspektiven*, Zürich 2008, S. 186.

⁸¹ BSV, Änderung der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV) und erläuternder Bericht. Invaliditätsbemessung für teilerwerbstätige Versicherte (gemischte Methode), S. 6 und 9 f.

⁸² BGE 142 V 290, E. 7, S. 297 und BGE 131 V 51, E. 5.1.2, S. 53.

mensverzicht um eine teilehrenamtliche handelt, so wird diese, auch bei Nebenamtlichkeit, beim Einkommensvergleich in ihrer effektiven Höhe als Valideneinkommen berücksichtigt⁸³. Beim hypothetischen Invalideneinkommen gilt zu beachten, dass es der Grundsatz der Schadenminderungspflicht gebietet, zwecks gesundheitsbedingt zumutbarer Ausschöpfung der Restarbeitsfähigkeit auf ehren- oder teilehrenamtliche Tätigkeiten zugunsten einer zumutbaren Erwerbstätigkeit zu verzichten⁸⁴. Mit andern Worten bleibt ein nicht gesundheitsbedingter Verzicht auf die Ausschöpfung der zumutbaren Resterwerbsfähigkeit unbeachtlich⁸⁵.

2. *Berufliche Vorsorge*

Was die Bemessung des Invaliditätsgrades betrifft, stellt die berufliche Vorsorge, zumindest im obligatorischen Bereich, auf die Feststellungen der Invalidenversicherung ab, worauf zu verweisen ist. Da Stiftungsratsmandate in der Regel als nebenberufliche Tätigkeit einzustufen und somit in der beruflichen Vorsorge nicht obligatorisch versichert sind⁸⁶, könnte man meinen, dass solche Nebeneinkünfte in der beruflichen Vorsorge überhaupt keine Rolle spielen. Art. 24 Abs. 1 und 2 BVV2 regeln als Koordinationsnorm die Überentschädigung beim Zusammenfallen von Leistungen der beruflichen Vorsorge mit solchen anderer Sozialversicherungen sowie anderen noch zumutbarerweise erzielbaren Erwerbs- und Ersatzeinkommen. So kann die Vorsorgeeinrichtung ihre Leistungen kürzen, soweit diese 90 % des mutmasslich entgangenen Verdienstes, den die versicherte Person ohne Gesundheitsschaden erzielen würde, übersteigen⁸⁷. Letzteres entspricht vermutlich dem ohne Invalidität erzielbaren hypothetischen Einkommen im Zeitpunkt der Kürzungsfrage und setzt sich aus allen in Frage kommenden möglichen regelmässig verfolgten Erwerbstätigkeiten, also auch einer nicht BVG-versicherten Nebenerwerbstätigkeit, zusammen⁸⁸, wobei diese in ihrer effektiven und somit teilehrenamtlichen Höhe eingesetzt wird. Auf der Seite der anrechenbaren Einkünfte werden alle erzielten und zumutbarerweise erzielbaren Einkommen

⁸³ BGer 8C_145/2008 vom 20. August 2008, E. 3.3 betr. Nichtberücksichtigung eines (freiwilligen) Einkommensverzichts bei der Festsetzung des Valideneinkommens.

⁸⁴ GABRIELA RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung. Leistungskürzungen und Leistungsverweigerungen zufolge Verletzung der Schadenverhütungs- und Schadenminderungspflicht im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Fribourg 1999, S. 220 ff.

⁸⁵ KSIH Rz. 3045.

⁸⁶ Siehe vorne II.C.1.b.

⁸⁷ BGE 129 V 150, E. 2.3, S. 155.

⁸⁸ Vgl. BGE 143 V 91, E. 3.2, S. 92 f.; BGer B 83/06 vom 26. Januar 2007, E. 3.2; MARC HÜRZELER, Kommentierung zu Art. 34a BVG, in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter (Hrsg.), BVG und FZG, Stämpfli Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2018, Art. 34a N 15.

berücksichtigt. Mit Bezug auf ehren- und teilehrenamtliche Tätigkeiten bedeutet dies, dass im Sinne der Schadenminderungspflicht, von der versicherten Person, vergleichbar mit der Festlegung des hypothetischen Invalideneinkommens durch die Invalidenversicherung, eine zumutbare Ausschöpfung der Resterwerbsfähigkeit verlangt werden kann, sofern die versicherte Person nicht besondere dem entgegenstehende persönliche Umstände dartun kann⁸⁹.

3. Unfallversicherung

Soweit eine Unterstellung aufgrund einer geschäftsführenden oder anderweitigen operativen Tätigkeit unter die obligatorische Unfallversicherung erfolgt⁹⁰, spielt es im Leistungsbereich keine Rolle, ob die Erwerbstätigkeit haupt- oder nebenberuflich ausgeübt wird. Versichert ist gemäss Art. 22 Abs. 2 UVV das AHV-massgebende Einkommen vor Eintritt des Risikos⁹¹. Davon abweichend wird im Sinne von Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV für mitarbeitende Familienglieder, Gesellschafter, Aktionäre und Genossenschafter mindestens der berufs- und ortsübliche Lohn berücksichtigt. Diese Ausnahme findet ihre Rechtfertigung darin, dass man sie nicht entgelten lassen will, dass sie mit Rücksicht auf ihre persönlichen oder verwandtschaftlichen Bindungen keine arbeitsmarktkonforme Entlöhnung erzielen oder erzielen konnten⁹². Zwar steht hinter einer teilehrenamtlichen Entschädigung von Stiftungsräten ebenfalls das Motiv der Rücksichtnahme auf die ideale Zwecksetzung einer Stiftung, doch fehlt es im Unterschied zu den in lit. c aufgeführten Fällen an der Voraussetzung der persönlichen Beteiligung an der juristischen Person und an betriebswirtschaftlichen Überlegungen. Bei Stiftungsräten dürfte eine Teilehrenamtlichkeit viel eher im idealen Zweck und damit verbundenen fiskalischen Folgen zu suchen sein, weshalb eine über den Wortlaut von Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV hinausgehende Anwendung im Sinne einer Lückenfüllung nicht in Betracht gezogen werden kann.

Im Zusammenhang mit der Bemessung der Taggeldleistung, des Invaliditätsgrades und des Rentenumfangs hat der UVG-Gesetzgeber für Spezialfälle, die vom in Art. 22 Abs. 2-4 UVV geltenden Grundsatz abweichen, Sonderbestimmungen aufgestellt. Mit Ausnahme der Bestimmung der Rente können

⁸⁹ Im Unterschied zum hypothetischen Invalideneinkommen, welches objektiv und auf der Grundlage eines ausgeglichenen Arbeitsmarktes eruiert wird, können bei der Festlegung des mutmasslich entgangenen Verdienstes i.S.v. Art. 24 Abs. 1 BVV2 objektive und subjektive (auch arbeitsmarktbezogene und persönliche) Umstände berücksichtigt werden (vgl. dazu BGE 137 V 20, E. 5.2.2, S. 27).

⁹⁰ Siehe dazu vorne II.C.1.c.

⁹¹ Zur Berechnung des Taggeldes vgl. die Formel im Anhang 2 zur UVV.

⁹² BGER U 311/03 vom 26. Juli 2004, E. 7.3.1.

diese Spezialfälle auch für Stiftungsräte relevant sein. So ist im Fall einer eintretenden Arbeitsunfähigkeit i.S.v. Art. 6 ATSG und eines Anspruchs auf ein Taggeld der Unfallversicherung i.S.v. Art. 15 f. UVG zu beachten, dass bei unregelmässiger Erwerbstätigkeit, z.B. bei nur sporadischen Arbeitseinsätzen, Arbeit auf Abruf und dgl. oder bei berufsbedingten Lohnschwankungen, so z.B. bei Entschädigung pro Stiftungsratssitzung, Zusatzaufgabe oder Entschädigung im Stundenlohn, gemäss Art. 23 Abs. 3 UVV auf einen angemessenen Durchschnittslohn pro Tag abgestellt wird⁹³. Soweit es sich beim Stiftungsrat um eine teil- oder nebenberufliche Tätigkeit im Sinne einer Mehrfachbeschäftigung handelt, gelangt zudem Art. 23 Abs. 5 UVV zur Anwendung, wonach für die Taggeldberechnung der UVG-versicherte Gesamtlohn aller Arbeitsverhältnisse massgebend ist, unabhängig davon, ob diese Arbeitsverhältnisse eine Deckung nur bei Berufsunfällen, d.h. bei weniger als acht Wochenstunden Arbeitszeit pro Arbeitgeber⁹⁴, oder auch bei Nichtberufsunfällen begründet haben⁹⁵.

Mit Bezug auf die Bemessung des Invaliditätsgrades ist bei mehrfachbeschäftigten Stiftungsräten die Sondernorm von Art. 28 Abs. 2 UVV zu berücksichtigen: Werden dieser zufolge gleichzeitig mehrere unselbständige Erwerbstätigkeiten ausgeübt, ist die Behinderung bei all diesen Tätigkeiten zu bestimmen, bei Tätigkeiten jedoch, die nicht entlohnt werden, und solchen, die nicht nach UVG versichert sind (so z.B. das reine Stiftungsratsmandat im Sinne der Ausnahme gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. f UVV), muss sie ausser Acht bleiben.

4. *Arbeitslosenversicherung*

In der Arbeitslosenversicherung ist zwischen der reinen entschädigten Stiftungsratsstellung auf der einen Seite und einer darüber hinausgehenden arbeitsvertraglichen Verpflichtung zur Erbringung von weiteren Aufgaben auf der anderen Seite zu unterscheiden, und bei letztgenannten zudem, ob sie haupt- oder nebenberuflich ausgeübt werden. Gleich wie bei der beruflichen Vorsorge ist auch in der Arbeitslosenversicherung gemäss Art. 23 Abs. 3 AVIG ein Nebenverdienst nicht versichert, und zwar in dem Sinne, als zwar auf dem Einkommen aus Nebenverdienst Beiträge erhoben werden, jedoch bei Verlust der Nebenbeschäftigung keine Leistungen erbracht werden. Als Nebenverdienst gilt eine Arbeitstätigkeit, welche ausserhalb des üblichen Rahmens einer Arbeitstätigkeit resp. einem normalen Arbeitspensum, also z.B. zu einem bereits vorhandenen Hauptpensum abends, nachts oder an Wo-

⁹³ BGE 139 V 457, E. 7, S. 462 ff. betr. Berechnung des Durchschnittslohns, BGer U 152/04 vom 20. September 2005, E. 2.4 betr. Begriff der unregelmässigen Erwerbstätigkeit.

⁹⁴ Vgl. Art. 13 UVV.

⁹⁵ Betreffend Zuständigkeit des leistungspflichtigen Unfallversicherers vgl. Art. 99 UVV.

chenenden bzw. über einem normalen Wochenarbeitspensum von 100 % liegend, erbracht wird⁹⁶. Bei Stiftungsräten kann entweder die Organtätigkeit einen Nebenverdienst zu einer ganz anderen hauptberuflichen Tätigkeit darstellen oder aber überlagert sein von einem Arbeitsverhältnis zur selben Stiftung, in dessen Rahmen weitergehende operative Tätigkeiten für die Stiftung ausgeführt werden. Werden das organschaftliche Verhältnis zur Stiftung und das zusätzliche Arbeitsverhältnis zu ihr getrennt voneinander geregelt und auch entlohnt, stehen sie im Verhältnis von Haupt- und Nebenerwerb zueinander. Soweit jedoch die Organtätigkeit mit der weitergehenden Tätigkeit als Einheit behandelt wird⁹⁷, darf m.E. keine Unterscheidung getroffen werden.

Soweit es sich nicht um Nebenverdienst handelt, setzt der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung die Erfüllung sämtlicher in Art. 8 AVIG aufgeführter Voraussetzungen voraus. Darunter fallen u.a. das Vorliegen von Arbeitslosigkeit, die Erfüllung von Beitragszeiten in bestimmten Rahmenfristen i.S.v. Art. 9 ff. AVIG, ein anrechenbarer Arbeitsausfall oder Wohnsitz in der Schweiz. Arbeitslosigkeit definiert sich i.S.v. Art. 10 AVIG als das Fehlen eines voll- oder teilzeitlichen Arbeitsverhältnisses und das Suchen eines voll- oder teilzeitlichen Arbeitsverhältnisses. Mithin können Stiftungsräte, welche durch Abwahl ihre (entschädigte) Organstellung verlieren, für diese keine Arbeitslosenentschädigung beanspruchen, da das Rechtsverhältnis zwischen Stiftungsrat und Stiftung als solches kein Arbeitsverhältnis, sondern ein organschaftliches Rechtsverhältnis darstellt⁹⁸. Aber auch Stiftungsräte, welche über das organschaftliche Verhältnis hinaus und im Rahmen eines Arbeitsvertrags i.S.v. Art. 319 ff. OR besondere operative Aufgaben für die Stiftung wahrgenommen haben und denen, in der Regel zusammen mit dem Verlust der Organstellung resp. der Abwahl als Organ, das Arbeitsverhältnis gekündigt wurde, können in der Regel keine Arbeitslosenentschädigung beanspruchen. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG bestimmt nämlich, dass Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten, vom Leistungsanspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen sind. Was der Gesetzgeber zum Zwecke der Missbrauchsverhütung für den Fall der Kurzarbeitsentschädigung vorsieht, wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Fall einer arbeitgeberähnlichen Stellung auch für den Anspruch auf Arbeitslosenentschä-

⁹⁶ BGE 126 V 207, E. 3-5, S. 209 ff., bestätigt in BGer 8C_654/2015 vom 14. Dezember 2015, E. 5.2.

⁹⁷ Zur Problematik einer solchen Lösung hinsichtlich der Frage der Steuerbefreiung vgl. hinten III.B.2.c.

⁹⁸ Vgl. vorne I.A.

digung angewendet⁹⁹. Dennoch gilt diese Regelung nur für den Fall, dass der gekündigte Arbeitnehmer mit einer arbeitgeberähnlichen Stellung im Betrieb die Möglichkeit einer erneuten Selbsteinstellung im Betrieb beibehält oder mit anderen Worten die gekündigte Stellung nicht definitiv ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Stellung als Stiftungsratsorgan und somit eine Einflussnahme auf Entscheide in der Stiftung beibehalten werden¹⁰⁰.

III. Die Stellung des Stiftungsrats im Steuerrecht

A. Ordentlich besteuerte Stiftungen

Die Entschädigung der Mitglieder des Stiftungsrats einer ordentlich besteuerten Stiftung mit Sitz in der Schweiz löst aus schweizerischer Sicht¹⁰¹ dieselben steuerlichen Folgen wie die Entschädigung, welche an Mitglieder des Verwaltungsrats einer schweizerischen Gesellschaft ausgerichtet wird, aus:

1. Ebene des Stiftungsratsmitglieds

Die dem Stiftungsratsmitglied ausgerichtete Entschädigung unterliegt, analog zum Verwaltungsrats honorar¹⁰² und auch mit Blick auf die Behandlung im Sozialversicherungsrecht¹⁰³, als Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit sowohl bei der direkten Bundessteuer (Art. 16 Abs. 1 DBG) als auch bezüglich der kantonalen und kommunalen Steuern (§ 16 StG ZH) der Einkommenssteuer¹⁰⁴.

⁹⁹ BGE 123 V 234, E. 7.a, S. 236.

¹⁰⁰ BGE 123 V 234, E. 7.b.bb, S. 238; UELI KIESER, Der Verwaltungsrat im Sozialversicherungsrecht, SZW 2006, S. 187.

¹⁰¹ In grenzüberschreitenden Fällen, welche sich insbesondere ergeben, wenn ein Stiftungsratsmitglied steuerlich im Ausland ansässig ist, sind zudem die im jeweiligen Ansässigkeitsstaat relevanten Steuerfolgen sowie, zur Vermeidung oder Milderung einer allfälligen Doppelbesteuerung, das in den meisten Konstellationen bestehende Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und dem Ansässigkeitsstaat zu beachten.

¹⁰² Vgl. FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/HANS ULRICH MEUTER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Aufl., Zürich 2013, N 18 ad § 17.

¹⁰³ Vgl. vorne II.C.1.a.

¹⁰⁴ Auf die steuerlichen Aspekte, welche sich aus der in der Praxis – analog zu Verwaltungsräten – wohl auch anzutreffenden spezifische Konstellation ergeben, dass ein Stiftungsratsmitglied der Stiftung gegenüber als selbständig erwerbstätige Person auftritt und seine Honorare mit MWSt fakturiert, soll vorliegend nicht näher eingegangen werden.

2. Ebene der Stiftung

Die dem Stiftungsrat ausgerichtete Entschädigung¹⁰⁵, Bruttolohn zuzüglich der Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherungen, stellt aus Sicht der Stiftung grundsätzlich geschäftsmässig begründeten Aufwand dar, welcher vom steuerbaren Gewinn der Stiftung in Abzug gebracht werden kann (Art. 59 DBG bzw. § 65 StG ZH).

Sodann ist von der Stiftung bei der Ausrichtung von Entschädigungen an Stiftungsratsmitglieder in folgenden Konstellationen die Quellensteuer einzuhalten und abzuführen¹⁰⁶:

- Wenn das empfangende Stiftungsratsmitglied steuerlich im Ausland ansässig ist und in der Schweiz der beschränkten Steuerpflicht unterliegt (Art. 5 Abs. 1 lit. b DBG und Art. 93 DBG bzw. § 4 Abs. 2 lit. b und 96 StG ZH). Die Quellensteuer wird in diesem Fall anhand eines proportionalen Satzes von 5 % für die Zwecke der direkten Bundessteuer (Art. 93 Abs. 3 DBG) und bspw. 20% für die zürcherische Staats- und Gemeindesteuer (§ 96 Abs. 3 StG ZH) erhoben. Die Anzahl der in der Schweiz verbrachten Aufenthalts- oder Arbeitstage des Stiftungsratsmitglieds ist in dieser Konstellation nicht massgeblich.
- Wenn das dem Stiftungsratsmitglied ausgerichtete Honorar als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist, das Stiftungsratsmitglied steuerlich in der Schweiz ansässig ist, aber ausländischer Staatsangehöriger ohne Niederlassungsbewilligung C ist und auch nicht mit einem schweizerischen Staatsangehörigen oder einem ausländischen Staatsangehörigen mit Niederlassungsbewilligung C verheiratet ist (Art. 83 Abs. 1 und 2 DBG bzw. § 87 StG ZH), ist von der Stiftung auf der Stiftungsratsentschädigung die Quellensteuer zum jeweils anwendbaren Tarif abzuführen.

Die Stiftung hat die dem Stiftungsratsmitglied ausgerichteten Entschädigungen sowie sämtliche getätigten Abzüge schliesslich – regelmässig im Rahmen eines Lohnausweises – zu bescheinigen (Art. 125 Abs. 1 lit. b DBG sowie Art. 127 Abs. 1 lit. a DBG / § 136 Abs. 1 lit. a bzw. b StG ZH¹⁰⁷).

¹⁰⁵ Die Entschädigung kann Geld- oder Naturalleistungen sowie auch geldwerte Leistungen im Zusammenhang mit Mitarbeiterbeteiligungen bspw. an einem verbundenen oder nahe-stehenden Unternehmen beinhalten.

¹⁰⁶ Auf die mit der Quellensteuererhebung und -abführung verbundenen formellen Aspekte soll vorliegend nicht näher eingegangen werden.

¹⁰⁷ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 100), Kommentar, N 21 ad § 136.

B. Steuerbefreite Stiftungen

1. Steuerbefreiung als zentrales Element für die Tätigkeit gemeinnütziger Stiftungen

a) Rechtliche Grundlagen

"Juristische Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke verfolgen, [sind] für den Gewinn, der ausschliesslich und unwiderruflich diesen Zwecken gewidmet ist», von der Steuerpflicht befreit (Art. 56 lit. g DBG und § 61 lit. g StG ZH). Ebenso sind «juristische Personen, die gesamtschweizerisch Kultuszwecke verfolgen, für den Gewinn, der ausschliesslich und unwiderruflich diesen Zwecken gewidmet ist», in Anwendung von Art. 56 lit. h DBG bzw. § 61 lit. i StG ZH von der Steuerpflicht befreit¹⁰⁸. Die folgenden materiellen Voraussetzungen sind in der Praxis für eine Steuerbefreiung juristischer Personen mit Sitz in der Schweiz¹⁰⁹ aufgrund gemeinnütziger¹¹⁰ Zwecke zu erfüllen¹¹¹:

- a) Ausschliesslichkeit der Mittelverwendung
- b) Unwiderruflichkeit der Zweckbindung
- c) Tatsächliche Tätigkeit
- d) Allgemeininteresse
- e) Uneigennützigkeit

Die kantonale Praxis zur Gewährung von Steuerbefreiungen hat sich im Einzelnen zwar teilweise traditionell in unterschiedlichen Ausprägungen und mit unterschiedlichen Schwerpunkten entwickelt, orientiert sich aber an folgenden Quellen, welche zumindest eine gewisse einheitliche Betrachtung sicherstellen sollen:

- Das Kreisschreiben Nr. 12 der Eidg. Steuerverwaltung vom 8. Juli 1994¹¹² «Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke (Art. 56 Bst. g DBG) oder Kultuszwecke (Art. 56

¹⁰⁸ Auf die Steuerbefreiung von der Personalvorsorge dienenden Stiftungen i.S.v. Art. 56 lit. e DBG / § 61 lit. e StG ZH wird vorliegend nicht näher eingegangen. Mit Bezug auf die ihren Stiftungsratsmitgliedern vorgerichtete Entschädigung dürften aber analoge Überlegungen anzustellen sein.

¹⁰⁹ In aller Regel Stiftungen und Vereine, aber die Steuerbefreiungsmöglichkeit steht grundsätzlich – wenn auch selten und in der Praxis wohl schwierig umzusetzen – beispielsweise auch Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung offen.

¹¹⁰ Auf die inhaltlichen Voraussetzungen bei der Verfolgung öffentlicher Zwecke, von Kultuszwecken oder bei Stiftungen, welche der Personalvorsorge dienen, soll vorliegend nicht näher eingegangen werden.

¹¹¹ Vgl. zum Ganzen KOLLER (Fn. 9), Stiftungen und Steuern, S. 60 ff..

¹¹² Nachfolgend das «KS 12».

Bst. h DBG) verfolgen; Abzugsfähigkeit von Zuwendungen (Art. 33 Abs. 1 Bst. i und Art. 59 Bst. c DBG)» konkretisiert die Voraussetzungen und das Verfahren zur Steuerbefreiung.

- Wesentliche materielle Aspekte werden von der Schweizerischen Steuerkonferenz¹¹³ in ihren Praxishinweisen «Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke oder Kultuszwecke verfolgen» vom 18. Januar 2008¹¹⁴ aufgegriffen.

Die meisten kantonalen Steuerverwaltungen haben zusätzlich noch eigene Merkblätter publiziert, welche die im jeweiligen Kanton geltenden formellen Aspekte und teilweise auch die vorherrschende Praxis bezüglich der materiellen Voraussetzungen zur Steuerbefreiung in unterschiedlichem Detaillierungsgrad wiedergeben.

Insbesondere mit Blick auf die Orientierung potentieller Spender und die Abzugsfähigkeit ihrer Zuwendungen veröffentlichen sodann die meisten kantonalen Steuerbehörden eine Liste mit den anerkannten steuerbefreiten Stiftungen¹¹⁵.

b) Praktisches Vorgehen

Die Steuerbefreiung aufgrund gemeinnütziger Zwecksetzung wird regelmässig nur auf Gesuch von der zuständigen kantonalen Steuerbehörde am Sitz der

¹¹³ Die Schweizerische Steuerkonferenz SSK ist ein Verein, bei dem alle kantonalen Steuerverwaltungen sowie die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) Mitglied sind. Sie bezweckt die Vereinheitlichung der Steuerpraxis und den Erfahrungsaustausch, vgl. www.steuerkonferenz.ch.

¹¹⁴ Nachfolgend «SSK Praxishinweise».

¹¹⁵ § 171a StG ZH. Die Steuerbefreiung bewirkt, falls sie auf der Ausübung öffentlicher oder gemeinnütziger Zwecke beruht, einerseits eine Befreiung der Stiftung von der Gewinn- und Kapitalsteuer; andererseits zieht sie bei gemeinnützigen Stiftungen und Stiftungen mit öffentlichem Zweck aber auch die Möglichkeit zum Abzug von Zuwendungen von in der Schweiz ansässigen Spendern an die Stiftung nach sich (Art. 33a DBG / § 32 lit. b StG ZH für natürliche Personen bzw. Art. 59 lit. c DBG / § 65 Abs. 1 lit. c StG ZH für juristische Personen). Gemäss Art. 33a DBG können Spenden an wegen Verfolgens öffentlicher oder gemeinnütziger Zwecke i.S.v. Art. 56 lit. g DBG steuerbefreite juristische Personen mit Sitz in der Schweiz von den (steuerbaren) Einkünften abgezogen werden, wenn sie «im Steuerjahr 100 Franken erreichen und insgesamt 20 Prozent der um die Aufwendungen (Art. 26-33) verminderten Einkünfte nicht übersteigen». Des Weiteren bewirkt die Steuerbefreiung der Stiftung, dass Zuwendungen im Ansässigkeitskanton des Spenders bzw., im Falle von Zuwendungen im Todesfall, des Erblassers gemäss der anwendbaren kantonalen Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzgebung bzw. entsprechenden interkantonalen Gegenrechtsabkommen oder -gepflogenheiten keine Erbschafts- oder Schenkungssteuerfolgen auslösen (statt vieler: § 10 Abs. 1 lit. f und Abs. 2 ESchG ZH).

juristischen Person, d.h. regelmässig der Stiftung oder des Vereins¹¹⁶, erteilt. Der Antragsteller hat das Vorliegen der Voraussetzungen für die Steuerbefreiung, als klassische steuermindernde Tatsache, darzulegen¹¹⁷.

Das Verfahren und die Zuständigkeiten im Einzelnen sind kantonal (und teilweise kommunal) unterschiedlich ausgestaltet¹¹⁸. Vom Kantonalen Steueramt Zürich kann basierend auf dem Entwurf der Stiftungsurkunde, dem Konzept für die geplante Tätigkeit und einer Darstellung, welche das Vorliegen der Voraussetzungen für die Steuerbefreiung darlegt, ein Vorbescheid bzw. eine Zusicherung der Steuerbefreiung verlangt werden, wobei das Kantonale Steueramt im Rahmen des Vorprüfungsverfahrens regelmässig die Stellungnahme der künftigen Sitzgemeinde der Stiftung einholt. Die definitive Steuerbefreiung wird nach Errichtung der Stiftung gewährt.

2. *Entschädigung des Stiftungsrats steuerbefreiter Stiftungen*

a) **Kreisschreiben Nr. 12 der Eidg. Steuerverwaltung**

Dass Stiftungsratsmitglieder ehrenamtlich zu wirken haben, um die Steuerbefreiung der Stiftung wegen Gemeinnützigkeit nicht zu gefährden bzw. zu ermöglichen, wird von der Eidg. Steuerverwaltung in KS 12 noch nicht explizit gefordert. Unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung statuiert das KS 12 lediglich in allgemeiner Weise, dass der «Begriff der Gemeinnützigkeit [...] neben dem objektiven Element des Allgemeininteresses auch das subjektive Element der Uneigennützigkeit, d.h. des altruistischen Handelns [umfasst]. Gemeinnützigkeit im steuerrechtlichen Sinne liegt jeweils nur vor, wenn die Tätigkeit nicht nur darauf angelegt ist, das Interesse der Allgemeinheit zu fördern, sondern wenn ihr auch der Gemeinsinn zugrunde liegt. Der Begriff der «ausschliesslichen Gemeinnützigkeit» setzt da-

¹¹⁶ Grundsätzlich steht die Möglichkeit zur Steuerbefreiung auch Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung offen, was in der Praxis jedoch selten anzutreffen ist.

¹¹⁷ Vgl. Ziff. II.a. KS 12.

¹¹⁸ So ist beispielsweise im Kanton Zürich für die Gewährung und Überprüfung von Steuerbefreiungen das Kantonale Steueramt zuständig, wobei das Kantonale Steueramt bei der Steuerbehörde der (künftigen) Sitzgemeinde einer von der Steuer zu befreienden Stiftung bei Gesuchen um Erteilung der Steuerbefreiung eine in der Praxis zentrale und in der Regel einlässlich begründete Stellungnahme einholt. Die Steuerbefreiung wird, wenn alle materiellen Voraussetzungen erfüllt sind, per Verfügung erteilt und periodisch vom Kantonalen Steueramt überprüft. Im Kanton Zug ist für Steuerbefreiungen die Kantonale Steuerverwaltung zuständig, welche nach entsprechender Prüfung des Antrags die Steuerbefreiung erst provisorisch ausspricht. Während einer Probezeit von zwei Jahren wird überprüft, ob die Stiftung ihre gemeinnützigen Aktivitäten auch tatsächlich lebt und ausübt, bevor die Steuerbefreiung definitiv ausgesprochen wird.

her voraus, dass die Tätigkeit der juristischen Person einerseits im Interesse der Allgemeinheit liegt und andererseits auch uneigennützig ist, d.h. dass für den im Allgemeininteresse liegenden Zweck von Körperschaftsmitgliedern oder Dritten – unter Hintansetzung der eigenen Interessen – Opfer erbracht werden¹¹⁹. Zur Gewährung der Steuerfreiheit muss deshalb stets verlangt werden, dass keine eigenen Interessen verfolgt werden. Selbsthilfeeinrichtungen und Vereinigungen zur Pflege von Freizeitaktivitäten fehlt diese uneigennützig (altruistische) Zwecksetzung.»

b) SSK Kreisschreiben

Die SSK Praxishinweise widmen der Thematik der Entschädigung von Mitgliedern des Stiftungsrats ein eigenes Kapitel, aus welchem hervorgeht, dass die Verwendung der Stiftungsmittel direkt für die Erfüllung des gemeinnützigen oder öffentlichen Zwecks und keinesfalls zu Erwerbs- oder Selbsthilfezwecken zu erfolgen hat. Die SSK statuiert ebenfalls, dass die Verwendung von Stiftungsmitteln so lange mit deren Zwecksetzung übereinstimme, als «die Mittel direkt für die Erfüllung von öffentlichen oder gemeinnützigen Zwecken eingesetzt werden oder wenn die Institution anstelle der eingesetzten Mittel zumindest eine gleichwertige Gegenleistung erhält».

Die SSK Praxishinweise differenzieren bezüglich verschiedener Arten von Entschädigungen zwischen

- der ordentlichen Stiftungsrats­tätigkeit,
- Tätigkeiten, welche über die ordentliche Tätigkeit des Stiftungsratsmitglieds hinausgehen und für welche eine (angemessene) Honorierung im Rahmen eines separaten Mandatsverhältnisses zwischen dem Stiftungsratsmitglied und der Stiftung möglich ist, und
- dem Ersatz von (angemessenen und entsprechend dokumentierten) Spesen und Barauslagen, welche dem Stiftungsratsmitglied in Ausübung seiner Tätigkeit erwachsen¹²⁰.

Die ordentliche Stiftungsrats­tätigkeit hat gemäss den SSK Praxishinweisen grundsätzlich ehrenamtlich zu erfolgen. Die SSK empfiehlt denn auch für Stiftungsurkunden bzw. Vereinsstatuten eine minimale Musterbestimmung mit folgendem Wortlaut: «Die Mitglieder des Stiftungsrats (für Vereine: des Vorstands) sind grundsätzlich ehrenamtlich tätig. Vorbehalten bleibt der Ersatz von Barauslagen und allfälligen Transportkosten. Ein massvolles Entgelt an Mitglieder des Stiftungsrates (oder des Vereinsvorstandes) kann ausge-

¹¹⁹ BGE in ASA Bd. 19, S. 328 und Bd. 59, S. 468.

¹²⁰ Zu denken ist bspw. an Reisespesen, welche im Zusammenhang mit der Überwachung von durch die Stiftung unterstützten gemeinnützigen Projekten entstehen.

richtet werden, wenn Tätigkeiten wahrgenommen werden, welche über die ordentliche Geschäftstätigkeit hinausgehen.»¹²¹

Tolerabel ist aus Sicht der SSK bisweilen die Ausrichtung moderater Sitzungsgelder, wobei diese das «Entgelt, welches für die Erfüllung gleichartiger gemeinnütziger Aufgaben oder Aufgaben des Gemeinwesens entrichtet wird», nicht übersteigen dürfen¹²². Ebenfalls dürfen dem Stiftungsratsmitglied die effektiv entstandenen Kosten ersetzt werden¹²³.

Allfällige über die ordentliche Tätigkeit des Stiftungsratsmitglieds hinausgehende Aufgaben können von der Stiftung in «massvoller» Weise entschädigt werden. Für solche Tätigkeiten besteht in aller Regel eine gesonderte, spezifische vertragliche Abrede (Mandatsverhältnis) zwischen der Stiftung und dem betreffenden Stiftungsratsmitglied, welches der Stiftung in diesem Kontext der ausserordentlichen Aufgabe als Auftragnehmer gegenübersteht. Was die massvolle Entschädigung konkret beinhaltet, ist im Einzelfall und mit Blick auf die Kosten, welche der Stiftung entstehen würden, wenn sie diese Aufgaben an aussenstehende Anbieter «*outsourcen*» würde, zu analysieren. Die SSK Praxishinweise gehen betragsmässig jedenfalls von einer geeigneten Entschädigung aus, wenn das Stiftungsratsmitglied «diese Tätigkeit hauptberuflich ausübt und dafür marktgerecht entschädigt wird»¹²⁴ und qualifizieren eine solche Entschädigung zumindest «für grosse, gesamtschweizerisch tätige und millionenschwere Stiftungen»¹²⁵ als gerechtfertigt.

Einer Steuerbefreiung entgegenstehen dürften gemäss SSK Praxishinweisen jedenfalls fixe, den Betrag effektiver Kosten übersteigende Honorare für Stiftungsratsmitglieder, Honorare, welche den Stiftungsratsmitgliedern für die Vorbereitung von Sitzungen und deren Teilnahme ausgerichtet werden, sowie «Entschädigungen für bestimmte Leistungen ohne Überprüfung der tatsächlich geleisteten Arbeit»¹²⁶. Selbstredend nicht erwünscht sind überhöhte Entschädigungen. Ebenfalls nicht mit der ehrenamtlichen Tätigkeit des Stiftungsratsmitglieds bzw. der Steuerbefreiung der Stiftung vereinbar ist nach Ansicht der SSK auch die gleichzeitige entgeltliche Tätigkeit eines Stiftungsratsmitglieds in einer leitenden operativen Funktion der Stiftung (bspw. als deren Geschäftsführer).

¹²¹ SSK Praxishinweise, S. 40.

¹²² SSK Praxishinweise, S. 39.

¹²³ SSK Praxishinweise, S. 39. Die SSK führt hier insbesondere Barauslagen und Transportkosten an.

¹²⁴ SSK Praxishinweise, S. 39.

¹²⁵ SSK Praxishinweise, S. 40.

¹²⁶ SSK Praxishinweise, S. 40.

c) Praxis der kantonalen Steuerbehörden am Beispiel Zürich

Die Praxis der meisten Steuerbehörden verlangt grundsätzlich ausdrücklich, dass Stiftungsratsmitglieder von zufolge Gemeinnützigkeit steuerbefreiten Stiftungen ehrenamtlich tätig sind¹²⁷ und dass diese Ehrenamtlichkeit in den Statuten der Stiftung ausdrücklich festgehalten wird. In der Praxis unbestritten ist, dass Stiftungen zur Erfüllung ihres Zwecks bzw. in den umsetzenden, operativen Funktionen auf Salärbasis Angestellte haben dürfen¹²⁸. Nicht zugelassen wird hingegen, wenn (honorierte) operative Funktionen in Personalunion von Stiftungsratsmitgliedern ausgeübt werden.

So wird Stiftungen, welche um Steuerbefreiung ersuchen, diese beispielsweise vom Kantonalen Steueramt Zürich¹²⁹ regelmässig verweigert werden, wenn bzw. solange, neben weiteren Bestimmungen, insbesondere eine Ehrenamtlichkeitsklausel nicht in die Statuten Eingang gefunden hat. Bereits existierende steuerbefreite Stiftungen werden vom Kantonalen Steueramt Zürich im Kontext der periodisch stattfindenden Überprüfung, ob die Voraussetzungen zur Steuerbefreiung bestehender Stiftungen noch gegeben sind, regelmässig dazu aufgefordert, eine entsprechende Passage, welche die Ehrenamtlichkeit der Tätigkeit der Stiftungsratsmitglieder vorschreibt, in ihre Statuten aufzunehmen. Gemäss dem einschlägigen Merkblatt des Kantonalen Steueramts Zürich hat die Statutenbestimmung den folgenden Wortlaut aufzuweisen: *«Die Mitglieder des Stiftungsrats (Vereine: des Vorstands) sind ehrenamtlich tätig und haben grundsätzlich nur Anspruch auf Entschädigung ihrer effektiven Spesen und Barauslagen. Für besondere Leistungen einzelner Stiftungsratsmitglieder (Vereine: Vorstandsmitglieder) kann eine angemessene Entschädigung ausgerichtet werden»*. Im Unterschied zu den SSK Praxishinweisen geht das Kantonale Steueramt Zürich von einer angemessenen und nicht einer massvollen Entschädigung der besonderen Leistungen aus. Es dürfte im Rahmen des Einzelfalles zu bestimmen sein, wie hoch eine solche «angemessene» Entschädigung konkret ausfallen darf; der Wortlaut lässt darauf schliessen, dass eine angemessene Entschädigung über eine «massvolle» Entschädigung hinausgehen könnte und sich mithin u.U. am Marktwert der entsprechenden Leistung orientieren könnte. Aufgrund der Zweckgebundenheit der Stiftungsmittel für den gemeinnützigen Zweck ist jedoch davon auszugehen, dass eine übermässige Entschädigung nicht in Frage kommt.

¹²⁷ So etwa, neben den kantonalen Steuerbehörden im Kanton Zürich, gemäss den einschlägigen Merkblättern und Internet-Auftritten beispielsweise die Waadtländer, die Fribourgschen, die Genfer, die Schwyzer sowie die St. Galler Steuerbehörden. Vgl. auch BGer 2C_484/2015 vom 10. Dezember 2015, Erw. 5.5.1.

¹²⁸ Vgl. KOLLER (Fn. 9), Stiftungen und Steuern, S. 77. Die Entgelte dieser Angestellten unterliegen den – für gewinnstrebige Arbeitgeber geltenden – üblichen Abzügen und Bescheinigungspflichten.

¹²⁹ Vgl. entsprechendes Merkblatt des Kantonalen Steueramts Zürich.

d) Überlegungen in Lehre und Praxis

aa) Steuerbefreiung trotz Honorierung ordentlicher Stiftungsrats-tätigkeit

Die Frage, ob und allenfalls in welchem Umfang an Mitglieder des Stiftungsrats steuerbefreierter Stiftungen Entschädigungen ausgerichtet werden dürfen, stellt sich in der Praxis regelmässig im Kontext zweier zentraler Stadien des Stiftungslebens: Zunächst bei interessierten Gründern, welche für eine Stiftung die Steuerbefreiung beantragen wollen, im Zuge der Erstellung der Stiftungsurkunde, und dann bei zu gründenden und periodisch bei bereits existierenden gemeinnützigen Stiftungen, wenn geeignete, professionelle und fähige Stiftungsratsmitglieder gesucht und selektioniert werden.

Gerade in der neueren Zeit – und in diesem Sinn erscheinen die immerhin schon 2008 publizierten SSK Praxishinweise u.U. als teilweise überholt – haben die Regulierungsdichte, die steuerlichen Vorgaben im In- und Ausland und auch der generelle *Compliance*-Aufwand im Finanzsektor stetig zugenommen. Zu denken ist insbesondere an die Verschärfungen im Bereich der Geldwäschereigesetzgebung, die laufenden Entwicklungen im Accounting-Bereich, die Kommunikation und Interaktion mit der zuständigen Stiftungsaufsichtsbehörde und die gewachsene Transparenz im Bankensektor. Zudem werden Missstände, aufgrund gestiegener Transparenz und Publizität, heute – durchaus zu Recht – systematischer aufgedeckt und aufgearbeitet sowie auch verstärkt geahndet. Diese Umstände erfordern, gerade *damit* die Stiftungsmittel letztlich zum grösstmöglichen Teil effektiv ihrer Zweckbestimmung zugeführt werden, zumindest einen entsprechend affinen Stiftungsrat; bei grösseren oder exponierteren Stiftungen empfiehlt es sich u.U. sogar, den Stiftungsrat teilweise aus entsprechenden Fachpersonen zusammensetzen¹³⁰.

Inhaltlich ist, wie von der Lehre¹³¹ schon seit Jahren im Rahmen der parlamentarischen Initiative 14.47c von Ständerat W. Luginbühl «Schweizer Stiftungsstandort. Stärkung» im Jahr 2014 postuliert, m.E. nicht nachvollziehbar, warum entsprechend qualifizierte Stiftungsratsmitglieder ihre Dienste im Rahmen der gemeinnützigen Institution unentgeltlich ausüben und auf dem freien Markt, beispielsweise im Rahmen von Verwaltungsratsmandaten, honoriert zur Verfügung stellen sollen. Nicht nur aus stiftungs-, sondern auch aus steuerrechtlicher Perspektive ist davon auszugehen, dass ein schlecht qualifizierter, unentgeltlich handelnder Stiftungsrat in der heutigen Zeit und

¹³⁰ Zum Stand der Diskussion bezüglich der Professionalisierung im Stiftungswesen und ihrem Effekt auf die Entschädigungsdiskussion vgl. BAUMANN LORANT (Fn. 9), Honorierung, S. 3, m.w.H..

¹³¹ KOLLER (Fn. 9), Stiftungen und Steuern, S. 78, m.w.H.; BAUMANN LORANT (Fn. 9), Honorierung, S. 3.

im Rahmen der heutigen rechtlichen und regulatorischen Vorgaben mehr kosten kann als ein entsprechend versierter Stiftungsrat, der zwar (nicht übermässig) honoriert wird, aber mit seinem Wissen und seiner Erfahrung der Stiftung grösseren finanziellen Schaden u.U. abwenden oder verhindern¹³² und somit dem Stiftungszweck besser dienlich sein kann. Sodann ist der Leh-re¹³³ beizupflichten, dass die von der SSK geforderte Opferbringung zu Gunsten eines gemeinnützigen Zwecks in erster Linie die Stiftung selbst und ihre Geldgeber trifft, jedoch nicht nachzuvollziehen ist, weshalb sich diese Opferbringung auf die Stiftungsratsmitglieder, wiederum nicht jedoch auf Angestellte der Stiftung in operativen Funktionen, beziehen soll. Schliesslich ist zu bedenken, dass gerade ein entsprechend versierter Stiftungsrat das Verfolgen und die Erreichung des angestrebten gemeinnützigen Stiftungszwecks unter Umständen erst ermöglichen kann, indem er eine systematische und professionelle Vorgehensweise sicherstellen kann. Denkbar wäre allenfalls, dass bei der Prüfung, ob ein Steuerbefreiungsgesuch die inhaltlichen Voraussetzungen erfüllt, der Beizug fachlich geeigneter bzw. professioneller Stiftungsratsmitglieder konsequenterweise sogar gefordert werden *müsste*.

Vor diesem Hintergrund wäre eine – selbstverständlich betragsmässig nicht übermässige – Entschädigung des Stiftungsratsmitglieds auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Stiftung für die Entschädigung auch eine «gleichwertige Gegenleistung» i.S.d. SSK Praxishinweise erhält, zu prüfen. Dieser Aspekt kommt m.E. einerseits zum Tragen, wo ein (nicht übermässig) honorierter Stiftungsrat sicherstellt, dass die Stiftung in ihrem «Alltag» *compliant* und umsichtig mit Blick auf ihre regulatorische, rechtliche und steuerliche Umwelt agiert. Andererseits müsste m.E. auch von einer «gleichwertigen Gegenleistung» ausgegangen werden, wo ein Stiftungsratsmitglied beispielsweise durch Reputation und Netzwerk Spendengelder zu attrahieren vermag und dem von der Stiftung verfolgten Zweck durch seine (honorierte) Tätigkeit u.U. netto sogar mehr Mittel als ohne seine Tätigkeit zur Verfügung stehen.

bb) Abgrenzung zur Honorierung für ausserordentliche Stiftungsrats-tätigkeit

Eine sehr delikate und in der Praxis wohl nur im Einzelfall konkret zu beantwortende Frage dürfte darin zu erblicken sein, zu bestimmen, wo die Grenze zu «ausserordentlichen» Tätigkeiten einzelner Stiftungsratsmitglieder zu ziehen ist. Solche ausserordentlichen Tätigkeiten dürfen schon heute von der Stiftung ohne Gefährdung ihrer Steuerbefreiung anerkanntermassen separat abgegolten werden.

¹³² Vgl. vorne Teil I.B.2.

¹³³ BAUMANN LORANT (Fn. 9), Honorierung, S. 2.

Zur ordentlichen, heute nicht honorierungsfähigen Tätigkeit dürften wohl regelmässig die Vorbereitung und Teilnahme an periodischen Stiftungsrats-sitzungen sowie ein gewisses Mass an ordentlicher oder regelmässiger Aktivität des Stiftungsrats zur Zweckerreichung der Stiftung sein. Zu denken ist hier an die Teilnahme an einem Fundraising-Anlass der Stiftung oder der Prüfung einer (durchschnittlichen) Anzahl Vergabegesuche. Zur ausserordentlichen, heute bereits honorierungsfähigen Tätigkeit eines Stiftungsrats dürfte die exklusive fachliche Betreuung eigentlicher Projekte im Interesse der Stiftung sein. Hierunter zu subsumieren wäre m.E. beispielsweise die Vertretung der Stiftung durch ein Stiftungsratsmitglied als Anwalt in einem Prozess oder die Erstellung einer neuen Marketing- und PR-Kampagne durch ein Stiftungsratsmitglied, das hauptberuflich PR-Berater ist. Die zwischen diesen Polen liegenden Tätigkeiten unterliegen erfahrungsgemäss einer Einzelfallbeurteilung, wobei die Gesamtsituation der konkreten Stiftung mit Bezug auf Grösse des Stiftungsvermögens, Komplexität der finanziellen Verhältnisse, Art und Intensität ihrer Aktivitäten sowie auch Überlegungen bezüglich der Verantwortlichkeit des Stiftungsratsmitglieds in seiner Funktion als Stiftungsrat bzw. seiner Funktion als Auftragnehmer mit Bezug auf ein spezifisches Projekt in die Abwägung miteinzubeziehen ist. Eine gewichtige Rolle dürfte sodann der stiftungsinternen *Corporate Governance* zukommen, welche in diesem Bereich Regeln und Abgrenzungskriterien vorsehen kann¹³⁴.

cc) Quantitative Eingrenzung von Honoraren für ordentliche Stiftungsrats-tätigkeiten

Davon ausgehend, dass eine Honorierung von Stiftungsratsmitgliedern für ihre ordentliche Tätigkeit den heutigen Entwicklungen entsprechen würde und nicht ersichtlich ist, warum eine Honorierung der Steuerbefreiung *per se* entgegenstehen soll, dürfte eine weitere zentrale Frage darin bestehen, wie hoch die Honorierung von Stiftungsratsmitgliedern für ihre «ordentliche Stiftungsrats-tätigkeit» ausfallen darf.

¹³⁴ So könnten *Corporate Governance*-Regeln einer Stiftung beispielsweise vorsehen, dass die Erstellung der Jahresrechnung der Stiftung, zur Erlangung einer «Aussensicht», zwingend von einem aussenstehenden Dienstleister vorgenommen werden muss, was die Vornahme dieser Aufgabe durch ein Stiftungsratsmitglied von vornherein ausschliesst. Umgekehrt könnten die *Corporate Governance*-Regeln einer anderen Stiftung genau das Gegenteil vorsehen, indem im Stiftungsrat zwingend mindestens ein Mitglied mit *Accounting*-Erfahrung Einsitz nehmen muss, um die buchhalterischen und finanziellen Abläufe der Stiftung qualifiziert überwachen zu können. In einer solchen Situation könnte es aber, gemessen an den Tätigkeiten der Stiftung und der anderen Stiftungsratsmitgliedern, gerade angezeigt sein, das betreffende Stiftungsratsmitglied für die zusätzlichen Aufwendungen zur Erstellung der Jahresrechnung separat zu mandatieren und adäquat zu honorieren.

Klar scheint, dass eine solche Honorierung nicht übermässig sein darf, um die Verwendung von Stiftungsmitteln im Rahmen des gemeinnützigen Zwecks sicherzustellen. Auch dieser Aspekt ist im Einzelfall m.E. vor dem Hintergrund der konkreten Stiftung und ihres Stiftungsrats zu beurteilen¹³⁵. Die Abwägung hätte sich m.E. unter anderem hauptsächlich am Gesamtvolumen der Stiftungsmittel (vorhandene Mittel, Fundraising, Ausgaben für Zweckerfüllung und administrative Kosten), am zeitlichen Aufwand für das einzelne Stiftungsratsmitglied sowie an seiner fachlichen Qualifikation und dem Aufgabenkatalog des Stiftungsrats zu orientieren. Im Sinne einer Leitlinie ist anzustreben, dass die Honorierung des Stiftungsratsmitglieds für dessen ordentliche Tätigkeiten in einem Bereich liegt, in welchem der Stiftung eine angemessene Gegenleistung zukommt, indem das Stiftungsratsmitglied seine Funktion annimmt und so gewissenhaft ausübt, dass der Stiftung dadurch insgesamt wiederum ein Mehrwert zukommt, sei dieser direkt (beispielsweise höhere Fundraising-Einkünfte durch Netzwerk des Stiftungsrats) oder indirekt (beispielsweise erhöhte Professionalität bei regulatorischen Belangen, welche die Stiftung als Spendenempfängerin wiederum attraktiver macht oder Bussen oder dergl. verhindert).

3. *Lösungsvorschlag: Honorierung als Teil des Steuerbefreiungsgesuches*

Gerade weil letztlich nur eine mit Bezug auf die konkrete Stiftung und ihre Tätigkeit einzelfallbezogene Honorierung sinnvoll erscheint und für die gesamte Stiftungslandschaft der Schweiz zwar unter anderem die genannten einheitlichen Kriterien, nicht aber betragsmässig einheitliche Ansätze definiert werden können, drängt es sich m.E. auf, die für die Stiftungsratsmitglieder tolerable¹³⁶ Honorierung für deren ordentliche Tätigkeit, neben den allgemeinen für die Steuerbefreiung relevanten Kriterien¹³⁷, ebenfalls im Rahmen des Gesuchs um Steuerbefreiung mit der zuständigen Steuerbehörde aufzugreifen und letztendlich in der Stiftungsurkunde oder einem Reglement umzusetzen.

So könnten im Rahmen eines Steuerbefreiungsantrags und der dazugehörigen Urkunds- oder Reglementsbestimmung sinnvolle Kategorien mit dazugehörigen Honorarbändern gebildet werden. Beispielsweise liessen sich Honoraransätze für eine bestimmte Anzahl Sitzungen pro Jahr (einschliesslich oder

¹³⁵ Vgl. BAUMANN LORANT (Fn. 9), Honorierung, S. 5.

¹³⁶ Dem einzelnen Stiftungsratsmitglied steht es natürlich frei, auf eine Honorierung zu verzichten, wobei ein solcher Verzicht, analog einer Geldspende an die Stiftung, u.E. beim in der Schweiz ansässigen Stiftungsratsmitglied steuerlich abzugsfähig sein sollte.

¹³⁷ Vgl. vorne B.1 und B.2.

exklusive Vorbereitungsarbeiten), allenfalls abgestuft nach Stiftungsratspräsident, Vizepräsident und ordentlichen Mitgliedern, oder Honoraransätze für die Prüfung einer bestimmten Anzahl Vergabungsgesuche durch das zuständige Stiftungsratsmitglied definieren. Dieselben Honoraransätze könnten auch dazu dienen, die Grenze zwischen ordentlicher Stiftungsratsstätigkeit und ausserordentlichen, auf Mandatsvertrag basierenden Aufwendungen eines Stiftungsratsmitglieds anhand der konkreten Stiftung abzugrenzen (beispielsweise: Teilnahme an mehr als der vorgesehenen Anzahl Sitzungen pro Jahr, unregelmässige Korrespondenz mit Behörden, Prüfung von mehr als den vorgesehenen Gesuchen um Vergabungen aus der Stiftung).

Eine derartige, im Rahmen des Steuerbefreiungsantrags darzulegende und in der Stiftungsurkunde (ggf. einem Reglement dazu) abzubildende Tarifierung hätte den Vorteil, dass sie Transparenz schaffen würde¹³⁸, der Stiftung und potentiellen Stiftungsratskandidaten Orientierungshilfe leisten würde und den Steuerbehörden im Rahmen der Prüfung der Steuerbefreiung der Stiftung auch eine gewisse Kontrolle und Einflussnahme auf die konkreten Honoraransätze vor dem Hintergrund der jeweils ganz konkret präsentierten Stiftung erlauben würde. Die Frage, ob und in welcher Höhe ein Stiftungsrat honoriert werden darf, hängt inhaltlich m.E. eng mit der Frage zusammen, welche Tätigkeiten eine Stiftung konkret ausüben muss, um mit einem vorhandenen oder noch zu sammelnden Budget einen bestimmten, von der Steuerbehörde auf seine Gemeinnützigkeit zu prüfenden Zweck erfüllen zu können, was im Rahmen eines Steuerbefreiungsgesuches regelmässig auch heute schon umfassend darzustellen ist.

Es bleibt abzuwarten, ob und in welcher Form diese Aspekte bei der Umsetzung der parlamentarischen Initiative Luginbühl berücksichtigt werden.

¹³⁸ Diese Transparenz käme der Steuerbehörde konkret auch zu Gute, indem sie (in einem Lohnausweis zu konkretisierende) Angaben über die von der Stiftung entrichteten und beim in der Schweiz ansässigen Empfänger zu versteuernden und sozialversicherungsrechtlich zu verabgebenden Honorare erhalten würde, vgl. vorne B. und in diesem Sinne auch BAUMANN LORANT (Fn. 9), Honorierung, S. 5.

Schenkung als Vertrag

ARNOLD F. RUSCH*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung	835
II.	Angebot und Annahme	837
	A. Stiftung	837
	B. Echter Vertrag zugunsten Dritter	839
	C. Annahme <i>post mortem donatoris</i>	840
	D. Schenkung auf den Tod hin	842
	E. Schenkung fremder Sachen	845
III.	Bedingungen	846
IV.	Beweis	847

I. Einführung

Die Schenkung hat rechtshistorische Wurzeln als *reine causa des Behaltendürfens ohne Verpflichtungscharakter*.¹ Passend dazu hielt JUSTINIAN im sachenrechtlichen Kontext fest: «*Est etiam aliud genus acquisitionis donatio.*»² Es ist die lapidare Feststellung, dass es auch andere Arten des Erwerbs gibt, nämlich die Schenkung. Die römischrechtliche Entwicklung baut passend dazu auf dem Alltagsbegriff der *donatio* auf und erklärt, wann diese auch rechtlich betrachtet vorliegt.³

* Prof. Dr. ARNOLD F. RUSCH, LL.M., Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg.

¹ Dazu TIZIANA J. CHIUSI, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 516–534, Schenkungsrecht, Berlin 2013 (zit. STAUDINGER-CHIUSI), Vorb. §§ 516-534 BGB N 5 ff., 30 und § 516 BGB N 9; DIES., Zu Archaismen und «Wiederkehrungen» im Schenkungsrecht, IVRA 2012, 234 ff., 236 (zit. CHIUSI, IVRA); MAX KASER/ROLF KNÜTEL/SEBASTIAN LOHSE, Römisches Privatrecht, 21. A., München 2017, § 47 N 3; HANS-PETER HAFERKAMP, Konstruktion des Schenkungsbegriffs in der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts, in: Karlheinz Muscheler/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrecht und Steuerrecht, Erwerb von Todes wegen und Schenkung, Festschrift für Jens Peter Meincke zum 80. Geburtstag, München 2015, 129 ff., 130 f.; HERBERT HAUSMANINGER/WALTER SELB, Römisches Privatrecht, 9. A., Wien 2001, 264; zur ähnlichen Genese in Frankreich vgl. MARC NICOD, La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? Mélanges Gilles Goubeaux, Paris 2009, 375 ff., 376.

² Inst. II, VII.

³ CHIUSI (Fn. 1), IVRA 2012, 236 f., m.w.H.

Interessanterweise hat sich diese Sichtweise in vielerlei Hinsicht ins geltende Obligationenrecht geschmuggelt. Schon der Wortlaut des Gesetzes deutet auf die Andersartigkeit der Schenkung hin: «*Als Schenkung gilt jede Zuwendung unter Lebenden, womit jemand aus seinem Vermögen einen andern ohne entsprechende Gegenleistung bereichert.*» (Art. 239 Abs. 1 OR). Definiert man den Kauf auf diese merkwürdige Weise, tritt die Besonderheit noch deutlicher hervor: «*Als Kauf gilt jede Leistung einer Sache gegen Zahlung, womit jemand eine Sache ins Eigentum des Käufers überträgt.*»⁴ Das echte Obligationenrecht definiert demgegenüber den Kauf intuitiv richtig durch den Inhalt der jeweiligen Verpflichtungen: «*Durch den Kaufvertrag verpflichten sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen.*» (Art. 184 Abs. 1 OR). Der Gesetzeswortlaut zur Schenkung suggeriert mithin eine reine Verfügung ohne vorgängiges Verpflichtungsgeschäft, doch ist der Vertragscharakter der Schenkung auch bei *Handschenkungen* in Lehre und Rechtsprechung anerkannt.⁵

Die Besonderheit der Schenkung liegt im Grundtypus der Handschekung, die ein Teil der Lehre als *Realvertrag* von den Schuldverträgen abgrenzt.⁶ Dies hindert indes nicht daran, die Handschekung als sofort vollzogenes Schenkungsversprechen zu betrachten.⁷ Darauf deutet auch Art. 243 Abs. 3

⁴ Diese Idee bei JENS PETER MEINCKE, Perspektiven des Schenkungsrechts in den Institutionen Iustinians, Internet: <http://www.forhistiur.de/2010-05-meincke/?l=de> (26.3. 2018), N 4 und umgekehrt bei ERNST ECKSTEIN, Das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur «Realschekung», AcP 1911, 384 ff., 389 f.; vgl. den zum Obligationenrecht identischen Aufbau des § 516 Abs. 1 BGB.

⁵ PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Frank Vischer (Hrsg.), Besondere Vertragsverhältnisse, SPR VII/1, Basel 1977, 1 ff., 183; EUGEN BUCHER, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR BT), 147; BGE 136 III 142 E. 3.3, m.w.H.; BGE 45 II 142 E. 1.

⁶ EUGEN BUCHER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A., Bern 1988 (zit. BUCHER, OR AT), 116 f.; SANDRA MAISSEN, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1996 = Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 152, Freiburg 1996, N 34, 48-50.

⁷ Zu dieser Konzeption vgl. SUSAN EMMENEGGER, Schenkung und Gutgläubensschutz, in: Pascal Pichonnaz/Nedim Peter Vogt/Stephan Wolf (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, 219 ff., 224 f.; BSK OR I-VOGT/VOGT, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-VERFASSER), Art. 239 N 3 und MARGARETA BADDELEY, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Code des obligations I, Commentaire romand, 2. A., Basel 2012 (zit. CR CO I-BADDELEY), Art. 239 CO N 15; für den Realvertrag ohne Verpflichtungsgeschäft MAISSEN (Fn. 6), N 47 ff.; STAUDINGER-CHIUSI (Fn. 1), § 516 BGB N 1; FRANZ SCHNAUDER, Die Rechtsnatur der Anweisung, JZ 2009, 1092 ff., 1098 und HEINRICH ERMAN, Zur dando- und promittendo-Schenkungen, AcP 1933, 335 ff., 336; gegen den Realvertrag ECKSTEIN (Fn. 4), AcP 1911, 387, der von der Schenkung sagt, sie sei «*nie ein Realvertrag.*»; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar zum Privatrecht, Obligationenrecht, Art. 184-418 OR, 2. A., Zürich

OR, der das vollzogene Schenkungsversprechen der Handschenkung gleichstellt. Die Notwendigkeit der *Gleichstellung* zeigt gerade, dass nicht die spätere Handschenkung im Sinne eines Realvertrags den Erwerbsgrund schafft, sondern das ursprüngliche, *formungültige* Versprechen.⁸ Dies kann man als Heilung des Formmangels erklären oder, viel stimmiger, als Mittel zum Schutz des Empfängers vor Rückforderung.⁹

II. Angebot und Annahme

Die Einordnung der Schenkung als Vertrag bleibt nicht ohne Folgen. Als Vertrag bedarf die Schenkung der Annahme, die explizit (Art. 1 Abs. 1 OR), konkludent (Art. 1 Abs. 2 OR) und aufgrund des rein vorteilhaften Charakters auch durch Schweigen (Art. 6 OR) erfolgen kann.¹⁰ Erfolgt die Schenkung ohne Auflagen, ist die Annahme gar zu vermuten.¹¹

Wegen des Vertragscharakters fallen mehrere Vorgänge nicht unter den Schenkungsbegriff: Der *Verzicht auf ein Recht* ist rein einseitig möglich und bedarf keiner Annahme (vgl. Art. 239 Abs. 2 OR).¹² Darunter fallen beispielsweise der Verzicht auf eine Erbschaft (Art. 239 Abs. 2 OR), die Nichtannahme einer Schenkung, der Verzicht auf Aneignung, das Nichtausüben einer vertraglich eingeräumten Option, der Verzicht auf die Geltendmachung einer Forderung sowie die Erfüllung einer Naturalobligation.¹³ Nach der hier vertretenen Ansicht bedarf auch der echte Vertrag zugunsten Dritter im Valutaverhältnis keiner Annahme und gehört deshalb nicht zur Schenkung (vgl. unten, II.B).

A. Stiftung

Auch die *Errichtung einer Stiftung* stellt eine unentgeltliche Übertragung dar, doch fällt die Übertragung wegen der Einseitigkeit nicht unter die Schenkung

1936 (zit. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER), Art. 239 OR N 22, 34; BGE 105 II 104 E. 3a: «*In diesem Vorgang liegt ein Vertrag, dessen Abschluss mit seiner Erfüllung zusammenfällt (...)*» und BGE 102 II 197 E. 3a.

⁸ Dieser Gedanke in Deutschland bei ECKSTEIN (Fn. 4), AcP 1911, 393.

⁹ Dazu ARNOLD F. RUSCH, Schenkungsversprechen und Form, AJP 2016, 431 ff.

¹⁰ CAVIN (Fn. 5), 184; BUCHER, OR BT (Fn. 5), 150; BGE 136 III 142 E. 3.3; BGE 110 II 156 E. 2d.

¹¹ BGE 69 II 305 E. b.

¹² BUCHER, OR BT (Fn. 5), 148.

¹³ BUCHER, OR BT (Fn. 5), 148; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (Fn. 7), Art. 239 OR N 8; MAISSEN (Fn. 6), N 95 ff.

– es fehlt schon an der Annahmemöglichkeit.¹⁴ Die Anfechtung der Stiftungserrichtung kann deshalb gemäss Art. 82 ZGB auch nur «gleich einer Schenkung» erfolgen.¹⁵ Die Zuwendungen an bereits existierende Stiftungen stellen demgegenüber Schenkungen dar, genauer gesagt von der Stiftung angenommene *Schenkungen mit der Auflage*, das Geschenk in Übereinstimmung mit dem Stiftungszweck zu verwenden.¹⁶ Die Auszahlungen der Stiftungen an die Destinatäre stellen wiederum keine Schenkungen dar. Die Stiftungen wollen nicht schenken, sondern ihren Zweck erfüllen. Die Zuwendungen erfolgen in Erfüllung des Stiftungszwecks, der die *causa* der Zuwendung bildet,¹⁷ auf die manchmal sogar ein Anspruch gemäss Stiftungsurkunde besteht.¹⁸ Bei den Zuwendungen an natürliche Personen, die zur vollumfänglichen Weiterleitung bestimmt sind, lässt sich zusätzlich die Bereicherung verneinen – es ist dann lediglich ein fiduziarischer Erwerb.¹⁹ Bei Zuwendungen an juristische Personen, die zur statutengemässen Verwendung bestimmt sind, liegt diese Bereicherung vor²⁰ – die Zuwendung der Stiftung an eine juristische Person stellt aber, wie oben bereits erwähnt, dennoch aufgrund der Verfolgung des Stiftungszwecks und mangels *animus donandi* keine Schenkung dar.

¹⁴ HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, Art. 80-89bis ZGB, 3. A., Bern 1975 (zit. BK-RIEMER), Art. 80 ZGB N 4; BSK OR I-VOGT/VOGT (Fn. 7), Art. 239 N 30; CR CO I-BADDELEY (Fn. 7), Art. 239 CO N 71; BGE 83 III 147 E. 3 mit Hinweis auf BGE 51 II 465 E. 3; besonders eingehend KARLHEINZ MUSCHELER, Stiftung und Schenkung. Zum Kausalverhältnis in den Beziehungen zwischen Stifter, Stiftung, Destinatären, Anfallberechtigten, AcP 2003, 469 ff., 473 ff.

¹⁵ Vgl. Appellationsgericht BS, 23.7.1937, in: Entscheidungen des Appellationsgerichts, siebter Band (1937-1938), 33.

¹⁶ CR CO I-BADDELEY (Fn. 7), Art. 239 CO N 71; BK-RIEMER (Fn. 14), Art. 80 ZGB N 5; MUSCHELER (Fn. 14), AcP 2003, 477 f.

¹⁷ BGer, 2A.668/2004, 22.4.2005, E. 3.4.3; zur gleichen Rechtslage in Deutschland vgl. DOMINIQUE JAKOB, Schutz der Stiftung, Habil.-Schrift Univ. München, 2005/2006 = Jus privatum, Band 111, Tübingen 2006, 70, 180 ff.; STAUDINGER-CHIUSI (Fn. 1), § 516 BGB N 184 und besonders deutlich BGH, Xa ZR 8/08, 7.10.2009, N 12, in: NJW 2010, 234; a.M. MUSCHELER (Fn. 14), AcP 2003, 479 ff.

¹⁸ AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar, 2. A., Zürich 1930, Art. 11-89 ZGB, Art. 83 ZGB N 11; DÖRTE POELZIG, Die Dogmatik der unbenannten unentgeltlichen Zuwendungen im Zivilrecht, JZ 2012, 425 ff., 427.

¹⁹ JAKOB (Fn. 17), 181 f.; MICHAEL FISCHER, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, Habil. Erlangen-Nürnberg 2001, 29.

²⁰ Vgl. JAKOB (Fn. 17), 182: «Denn nach allgemeiner Meinung kann eine juristische Person nicht von ihrem Zweck isoliert betrachtet werden. Die Verwendung zu ihrem Zweck ist stets Eigenverwendung, die unentgeltliche Zuwendung der Stiftung daher stets eine Bereicherung im schenkungsrechtlichen Sinne.»; FISCHER (Fn. 19), 27 f.; vgl. auch MUSCHELER (Fn. 14), AcP 2003, 475 f.

B. Echter Vertrag zugunsten Dritter

Sind unentgeltliche Zuwendungen, die im Rahmen des Valutaverhältnisses eines echten Vertrags zugunsten Dritter erfolgen, noch Schenkungen? Wenn Viktor dem Kurt ein Fahrzeug verkauft und sich die Kaufpreiszahlung an den Dritten Daniel versprechen lässt, weil er diesem zum Geburtstag etwas zukommen lassen will, dann soll dies im Ergebnis eine Schenkung an Daniel bewirken. Das Bundesgericht sieht darin lediglich eine *Vorbereitungshandlung* – die Schenkung sei erst mit der Annahme des Beschenkten gültig.²¹ Solange der Dritte nicht angenommen habe, sei die Schenkung noch nicht zustande gekommen. Bei genauer Betrachtung der Präjudizien zeigt sich aber, dass das Bundesgericht meist vom Eigentumsübergang spricht²² und sich, der Tradition gemäss, auf unpassendem sachenrechtlichem, genauer eigentumsrechtlichem Territorium befindet. Dass der echte Vertrag zugunsten Dritter noch kein Eigentum überträgt, ist eine Selbstverständlichkeit. Die Lehre betont aber stets, dass der Dritte beim echten Vertrag zugunsten Dritter unabhängig von Zustimmung oder Kenntnis Gläubiger werde,²³ was der bundesgerichtlichen Argumentation im Bereich des Vertragsrechts den Boden unter den Füßen wegzieht. Der echte Vertrag zugunsten Dritter, der im Valutaverhältnis eine Schenkung bewirkt, ist eben gar keine Schenkung!²⁴ Diese sicher strittige Ansicht BUCHERS hat wirklich etwas für sich. Die Konstruktion einer unentgeltlichen Zuwendung im Valutaverhältnis bedarf für die Schaffung des Anspruchs jedenfalls keiner Annahme durch den Dritten. Da im Deckungsverhältnis ein entgeltlicher Vertrag vorliegt, bedarf es auch nicht der Form des Schenkungsversprechens. Dadurch ist es aber auch keine Schenkung im heutigen Verständnis mehr – es sei denn, man betrachte die Schenkung als blosses *causa des Behaltendürfens* – dann würde es wieder aufgehen.

²¹ BGE 69 II 305 E. b, m.w.H.

²² BGE 67 II 88 E. 1a: «Das Erfordernis der Annahme der Schenkung kann nicht auf dem Wege über den Vertrag zugunsten Dritter umgangen werden; durch diesen können nicht dingliche Verfügungen getroffen, insbesondere nicht das Eigentum dem Dritten ohne seine Mitwirkung übertragen werden (...).»

²³ Vgl. CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2014, N 1137 (vgl. aber auch N 1140); vgl. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT (Fn. 7), Art. 112 N 15; vgl. zum deutschen Recht PETER GOTTWALD, Münchener Kommentar, 7. A., München 2016, § 328 BGB N 30; vgl. auch BGer, 4.8.1995, E. 2a, in: ZBGR 1996, 338.

²⁴ BUCHER, OR BT (Fn. 5), 149; vgl. auch die Argumentation bei WALTER BAYER, Der Vertrag zugunsten Dritter, Tübingen 1995, 324 f.

C. Annahme *post mortem donatoris*

Strittig ist die Möglichkeit der Annahme einer Handschenkung *nach dem Tode des Schenkers*. Das Bundesgericht lehnt diese strikte ab.²⁵ *Doch ist eine Handschenkung von Todes wegen wirklich undenkbar?* Eine Handschenkung von Todes wegen gibt es tatsächlich nicht.²⁶ Der Schenker kann die Sache nicht suspensiv befristet versprechen und ebenso befristet übergeben – beide Merkmale widersprechen einer Handschenkung. Es geht dann vielmehr um ein formungültiges Schenkungsversprechen, das durch Vollzug und Annahme der Schenkung *post mortem donatoris* geheilt wird (Art. 243 Abs. 3 OR). Das Bundesgericht schliesst allerdings auch dies kategorisch aus: Erst im Vollzug des Schenkungsversprechens komme der Wille des Schenkers rechtsgenügend zum Ausdruck. Weil er dann aber schon tot sei, könne von einem Rechtsgeschäft unter Lebenden keine Rede mehr sein.²⁷ Es spricht indes vieles für die Zulässigkeit dieses Geschäfts,²⁸ denn solche Konstellationen sind durchaus schützenswert.

Die Annahme *post mortem donatoris* entspricht allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen,²⁹ womit wir wieder beim eigentlichen Thema wären. Zu denken ist beispielsweise an den deutschen Bonifatiusfall.³⁰ Der Schenker – ein todkranker Priester – stirbt, doch konnte der von ihm beauftragte Bote die Wertpapiere der zu beschenkenden Person erst nach dem Tode des Schenkers übergeben. Richtigerweise betrifft diese Handlung den Anwendungsbereich des Art. 245 Abs. 2 OR nicht, *weil der Schenkungsvollzug nicht auf den Tod gesetzt ist*.³¹ Dem Priester war es nämlich vollkommen egal, ob die Wertpapiere den Beschenkten *vor, mit, oder nach* seinem Tod erreichen. Sofern

²⁵ BGE 96 II 79 E. 8c; vgl. ALFRED KOLLER, Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul, in: Nedin Peter Vogt/Dieter Zobl (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil und das Ganze, Liber amicorum für Hermann Schulin*, Basel 2002, 97 ff., 205; anders die Situation in Deutschland, beschrieben bei KLAUS REISCHL, *Zur Schenkung von Todes wegen*, Diss. Passau 1994/1995 = *Schriften zum bürgerlichen Recht*, Band 187, Berlin 1996, 114 f.

²⁶ Vgl. KARL HEINZ MÜLLER, *Zur Problematik der Abgrenzung von Rechtsgeschäften unter Lebenden und von Todes wegen*, Diss. Bern 1972, 78; vgl. CR CO I-BADDELEY (Fn. 7), Art. 245 CO N 43.

²⁷ Vgl. BGE 105 II 104 E. 3c: *«Wird ein formungültiges Schenkungsversprechen gemäss Art. 243 Abs. 3 OR aber erst nach dem Tode des Schenkers vollzogen, so kann von einem Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht mehr gesprochen werden, weil erst im Vollzug des Schenkungsversprechens der Wille des Schenkers rechtsgenügend zum Ausdruck kommt.»*; vgl. BGE 69 II 305 E. b.

²⁸ So MAISSEN (Fn. 6), N 548, Fn. 856.

²⁹ Vgl. BRUNO SCHMIDLIN, *Berner Kommentar*, Art. 3-10 OR, Bern 1985, Art. 3 OR N 35, m.w.H.

³⁰ RGZ 83, 223 ff.

³¹ Insofern war die Verzögerung rein faktisch; vgl. dazu BUCHER, OR BT (Fn. 5), 160, der die Schenkung dann nicht unter Art. 245 Abs. 2 OR fallen lässt.

Art. 245 Abs. 2 OR wie § 2301 Abs. 1 S. 1 BGB eine Überlebensbedingung³² enthält, läge auch diese nicht vor.³³ Sollten die Erben des Priesters mit der Schenkung nicht einverstanden sein, können sie diese bis zur Annahme noch widerrufen – das hätte der Priester bis zur Annahme der Schenkung auch tun dürfen und können (Art. 244 OR und ein bisschen weniger grosszügig Art. 9 Abs. 1 OR).

Dem Bundesgericht scheint die eigene *rigueur* aber irgendwie dennoch zu weit zu gehen. Es hat deshalb beiläufig die Möglichkeit erwähnt, dass bei Schenkungen mit Einschaltung Dritter der Beauftragte die Annahmeerklärung *vertretungsweise* abgeben könne.³⁴ Mit diesem billigen Trick lässt sich das gewünschte Ergebnis tatsächlich *ex post* passend behaupten und leicht erzielen. Die Erben können das Gegenteil kaum beweisen.³⁵ Der Bote könnte sich dank eines weiteren bundesgerichtlichen Tipps auch darauf berufen, er hätte die Schenkung als *vollmachtloser Stellvertreter* des Beschenkten bereits angenommen. Der Beschenkte braucht nur noch die vollmachtlose Vertretung rückwirkend zu genehmigen (Art. 38 Abs. 1 OR).³⁶ Auch hier wäre eine Lüge kaum zu widerlegen. Diese Pflaster täuschen indes nicht über das Faktum hinweg, dass die Annahme durch den Beschenkten selbst als Schenkungsvollzug und Heilung des formungültigen Schenkungsversprechens *post mortem* zulässig sein sollte.

³² So MAISSEN (Fn. 6), N 554; a.M. MÜLLER (Fn. 26), 78 und ANDREAS VON TUHR, Bemerkungen zur Schenkungslehre des Schweiz. Obligationenrechts, SJZ 1921, 201 ff., 205.

³³ Vgl. MICHAEL MARTINEK/STEFAN RÖHRBORN, Der legendäre Bonifatius-Fall – Nachlese zu einer reichsgerichtlichen Fehlentscheidung, JuS 1994, 564 ff., 566; vgl. auch BGE 105 II 104 E. 3. Es war ein zum Bonifatiusfall vergleichbarer Sachverhalt, bei dem Art. 245 Abs. 2 OR keine Anwendung fand.

³⁴ Vgl. BGE 69 II 305 E. b: «*Dans cette éventualité, certains admettent, pour sauver la donation, que l'acceptation puisse valablement émaner du cocontractant du donateur en sa qualité de gérant d'affaires du donataire (en ce sens, Reichsgericht 88, p. 137; 106, p. 1).*»

³⁵ RUSCH, AJP 2016 (Fn. 9), 434.

³⁶ Diese Möglichkeit schlägt das Bundesgericht vor, siehe Fn. 34; vgl. HANS-JOACHIM MUSIELAK, Münchener Kommentar, 7. A., München 2017 (zit. MK-MUSIELAK), § 2301 BGB N 35: «*Schliesslich wird noch versucht, auf Grund der Konstruktion eines Schenkungsvertrages, den der Schenker als Vertreter des Dritten ohne Vertretungsmacht mit sich selbst schliesst und den der Dritte nachträglich genehmigt, oder mit Hilfe eines Schenkungsvertrages zugunsten Dritter, den der Schenker stillschweigend zugleich mit dem Vertrag im Deckungsverhältnis eingeht, den Rechtserwerb des Dritten zu begründen.*»; mit der Genehmigung kommt der Vertrag rückwirkend auf die vollmachtlos stellvertretend erfolgte Annahme zu Stande, vgl. BSK OR I-WATTER (Fn. 7), Art. 38 N 8 und BGer, 4A_107/2010, 3.5.2010, E. 2.3 i.f.

D. Schenkung auf den Tod hin

Eine Schenkung, deren Vollzug auf den Tod des Schenkers gestellt ist, ist keine Schenkung mehr. Art. 245 Abs. 2 OR hält zwar fest, dass diese Schenkung unter den Verfügungen von Todes wegen stehe. Macht Art. 245 Abs. 2 OR aus Schenkungen Verfügungen von Todes wegen oder unterwirft er die Schenkungen als Vertrag bloss den für die Verfügungen von Todes wegen geltenden Regeln? Die Relevanz der Fragestellung zeigt sich bei den Formvorschriften und der lebzeitigen Bindung des Schenkers.

Die Anwendung der Regeln über die Verfügungen von Todes wegen auf eine Schenkung als Vertrag würde *erstens* bedeuten, dass der Schenker *wegen des notwendigen Akzepts* den Erbvertrag und die dafür notwendige Form (Art. 512 ZGB) wählen müsste. Stellt der mit der Schenkung geplante Vorgang demgegenüber eine Verfügung von Todes wegen dar, so kämen dafür alle denkbaren erbrechtlichen Formen (Art. 498 ff. ZGB) und insbesondere das holografische Testament (Art. 505 Abs. 1 ZGB) in Betracht. *Zweitens* bestünde eine obligationenrechtliche Bindungswirkung des Schenkers schon zu Lebzeiten, wenn man die Unterwerfung der obligationenrechtlichen Schenkung unter die Verfügungen von Todes wegen bejahte. Die Bindungswirkung würde demgegenüber fehlen, wenn man diese Vorgänge gänzlich unter die Verfügungen von Todes wegen subsumierte.

WEIMAR vermutet die historische *ratio legis* des Art. 245 Abs. 2 OR im damaligen Fehlen einer Bundeskompetenz im Erbrecht.³⁷ Der Bundesgesetzgeber hat aber die Schenkung erstmals mit dem Obligationenrecht von 1912 erfasst, als die Bundeskompetenz im Erbrecht schon bestand. Diese war gemäss Botschaft sogar Auslöser für die bundesrechtliche Regelung der Schenkung.³⁸ Aus dem Argument WEIMARS hätte man ableiten können, dass mit der erbrechtlichen Erfassung auch von lebzeitigen Schenkungen im Rahmen

³⁷ Vgl. PETER WEIMAR, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009 (zit. BK-WEIMAR), Verfügungen von Todes wegen, Einl. N 120: «Die radikale Vorschrift des Art. 245 Abs. 2 OR – die wohl darauf zurückzuführen ist, dass dem Bundesgesetzgeber beim Erlass des alten Obligationenrechts die Kompetenz zur Gesetzgebung im Erbrecht fehlte – schliesst das jedoch aus.»

³⁸ Vgl. BBl 1905 II 5: «Dazu kommen weitere, materielle Eingriffe, mit denen das Obligationenrecht im Vergleich zu dem geltenden Bundesgesetz erweitert und vervollständigt werden musste. So besteht einmal auf der Basis des einheitlichen Privatrechts kein Grund mehr, über den Liegenschafts Kauf oder die Schenkungen im Obligationenrecht zu schweigen. Berühren diese Institute auch sehr enge das Sachenrecht oder das Erbrecht, so dass sie der Bundesgesetzgeber allerdings bei der Ordnung des Obligationenrechts sehr wohl in das kantonale Recht verweisen konnte, so sollen sie jetzt, wo alle Teile des Zivilrechtes eine einheitliche Ordnung erfahren, doch in denjenigen Rahmen gestellt werden, in den sie ihrer Natur nach systematisch gehören, und dies ist eben das Obligationenrecht.»

der Ausgleichung und Herabsetzung die Notwendigkeit und Tragweite des Art. 245 Abs. 2 OR ausserhalb der Formvorschriften weggefallen sind.³⁹ Nur noch die erbrechtlichen Formvorschriften sollte man mit einer solchen Schenkung nicht umgehen können. Doch die Tragweite ist grösser, wie nachfolgend zu zeigen ist.

Weitgehende Übereinstimmung herrscht in der Lehre bezüglich der Einordnung der in Art. 245 Abs. 2 OR erfassten Schenkungen als Verfügungen von Todes wegen. Es gibt folglich keine Schenkung, die unter die Regeln der Verfügung von Todes wegen fällt, sondern nur eine Schenkung, die eine Verfügung von Todes wegen ist: sie «*ist dann eine solche*».⁴⁰ Die Relevanz dieser Problematik liegt in der Bindungswirkung der unter Art. 245 Abs. 2 OR fallenden Schenkung zu *Lebzeiten* des Schenkers. Es kann folglich keine obligationenrechtliche Bindung an das Schenkungsversprechen auf den Tod hin geben. In Übereinstimmung mit den allein geltenden erbrechtlichen Prinzipien gibt es auch keine erbrechtliche Bindung zu *Lebzeiten*,⁴¹ es sei denn, die Parteien hätten dafür den Erbvertrag gewählt, den sie nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen aufheben können (Art. 513 f. ZGB).

Eine Verfügung von Todes wegen muss man nicht annehmen.⁴² Man kann sie bis zum Tod widerrufen, später aber nicht mehr, weil man tot ist – die Erben können eine Verfügung von Todes wegen auch nicht widerrufen.

³⁹ A.M. BGE 89 II 87 E. 4.

⁴⁰ BK-WEIMAR (Fn. 37), Verfügungen von Todes wegen, Einl. N 123; ebenso MAISSEN (Fn. 6), N 567; BEAT SCHÖNENBERGER, Art. 245 OR N 3, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-AUTOR); BSK OR I-VOGT/VOGT, (Fn. 7), Art. 245 N 6, 8; a.M. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (Fn. 7), Art. 245 OR N 19; das Bundesgericht lässt die Frage offen (BGE 89 II 87 E. 4 und BGE 84 II 247 E. 7).

⁴¹ BK-WEIMAR (Fn. 37), Verfügungen von Todes wegen, Einl. N 126; a.M. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (Fn. 7), Art. 245 OR N 19.

⁴² Vgl. ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 2, 3. A., Zürich 1974, 253: «*Wenn der Vertrag zugunsten eines Dritten dazu dient, dem Dritten eine Zuwendung von Todes wegen zu machen, so wird die causa dieser Zuwendung, wie beim Testament, durch einseitigen Willen des Zuwendenden bestimmt, d.h. der Dritte wird nicht nur Gläubiger, sondern kann auch die Forderung definitiv behalten, ohne dass zwischen ihm und dem Stipulanten eine Einigung über diese Zuwendung erfolgt.*»; BUCHER, OR AT (Fn. 6), 482 f.: «*Wenn der Vertrag zugunsten Dritter dazu dient, dem Dritten eine Zuwendung von Todes wegen zu machen, bedarf es keiner Einigung; der Dritte wird Gläubiger, ausser er gebe eine Ablehnungserklärung (entsprechend ZGB 577) ab.*»; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. A., Bern 1997, 427: «*Les héritiers de A peuvent révoquer, si le rapport A-B le permet (...). Tel ne sera évidemment pas le cas si le droit de C naît au décès de A.*»; vgl. auch PATRICK KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 2000 = Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 190, N 1136; in Deutschland ist die Annahme notwendig und der Widerruf durch die Erben noch bis zum Eintreffen des

Mit dieser Erkenntnis lässt sich auch die Frage nach der relevanten *Form* beantworten. Wenn diese Schenkung nicht bloss unter die Regeln der Verfügungen von Todes wegen fällt, *sondern eine Verfügung von Todes wegen ist*, dann stehen alle denkbaren Verfügungsformen zur Verfügung.⁴³ Die herrschende Lehre⁴⁴ folgt dieser von WEIMAR und BUCHER⁴⁵ zu Recht vertretenen Ansicht leider nicht und bejaht deshalb die Notwendigkeit der erbvertraglichen Form. Im Ergebnis bleiben dennoch nur wenige Unterschiede, weil h.L. und Rechtsprechung Schenkungen mittels Konversion als letztwillige Verfügungen retten.⁴⁶ Passend erscheint es in den allermeisten Fällen, die unter Art. 245 Abs. 2 OR fallenden Schenkungen als *testamentarische Vermächtnisse* zu betrachten. Dies dürfte die Auslegung des wirklichen Willens ergeben – man will keine Einigung und keine vertragliche Bindung, sondern einfach auf den Todesfall etwas zukommen lassen.⁴⁷

Das Bundesgericht sieht die über die Formvorschriften hinausgehende Relevanz in der Anwendbarkeit der Art. 537-601 ZGB (15. und 16. Titel des ZGB).⁴⁸ Es handelt sich dabei um Normen, die dem Schutz der Gläubiger des Erblassers dienen und verhindern sollen, dass in verschleierte Vorgängen Vermögenswerte aus dem Erbgang fallen.⁴⁹ Für den fünfzehnten Teil scheint dies kaum notwendig, hält doch Art. 537 Abs. 2 ZGB fest, dass lebzeitige Zuwendungen im Erbgang auch Berücksichtigung finden – beispielsweise durch Ausgleichung und Herabsetzung. Die Regeln des 16. Titels beziehen sich auf die Wirkungen des Erbgangs, der – wie gerade beschrieben – die lebzeitigen Schenkungsvorgänge ohnehin erfasst. Deren Einbezug in den Erbgang ist deshalb selbstverständlich.

Schenkungsangebots möglich – weil die Rechtsprechung und Lehre von einem Geschäft unter Lebenden ausgehen (vgl. dazu ausführlich BAYER [Fn. 24], 323-333, m.w.H.), was für die Schweiz nicht zutrifft und dadurch den Wettlauf zwischen den Erben und den Drittbegünstigten verhindert.

⁴³ Es stehen Erbvertrag, Nottestament, holografisches Testament oder öffentliche letztwillige Verfügung zur Verfügung.

⁴⁴ CHK-SCHÖNENBERGER (Fn. 40), Art. 245 OR N 3; MAISSEN (Fn. 6), N 568; HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 184-551, Bern 1934, Art. 245 OR N 6; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (Fn. 7), Art. 245 OR N 20; BGE 76 II 273 E. 1a; BGE 75 II 184 E. 1 (188).

⁴⁵ BK-WEIMAR (Fn. 37), Verfügungen von Todes wegen, Einl. N 123; BUCHER, OR BT (Fn. 5), 161.

⁴⁶ BGE 76 II 273 E. 3; BGE 93 II 223 E. 3; BSK OR I-VOGT/VOGT (Fn. 7), Art. 245 N 7.

⁴⁷ BGE 75 II 184 E. 1; BK-WEIMAR (Fn. 37), Verfügungen von Todes wegen, Einl. N 123.

⁴⁸ Vgl. BGE 89 II 87 E. 5.

⁴⁹ BK-WEIMAR (Fn. 37), Verfügungen von Todes wegen, Einl. N 120.

E. Schenkung fremder Sachen

Aufgrund des Vertragscharakters der Schenkung kann man selbstverständlich auch *fremde Sachen* schenken. Der Wortlaut des Art. 239 Abs. 1 OR scheint dies vordergründig auszuschliessen: «*Als Schenkung gilt jede Zuwendung unter Lebenden, womit jemand aus seinem Vermögen einen andern ohne entsprechende Gegenleistung bereichert.*» Diese Einschränkung dient indes nur dem Ausschluss von *Dienstleistungen* aus dem Schenkungsbegriff.⁵⁰

Aufgrund des Vertragscharakters ist es selbstverständlich möglich, eine fremde Sache zu schenken, da man sich lediglich dazu *verpflichtet*. Die Probleme zeigen sich erst beim Verfügungsgeschäft, also bei der Erfüllung. Nur wenn man die Schenkung als reine Verfügung betrachtet, drängen sich aufgrund des Prinzips «*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*» Einschränkungen bezüglich der Fremdheit der geschenkten Sache auf.⁵¹

Die Relevanz dieser Frage erfasst jedoch nicht nur den unmittelbaren Bestand des Schenkungsvertrags. Weitere Folgen zeigen sich bei der Frage, ob der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten gemäss Art. 933 ZGB im Rahmen einer Schenkung möglich ist. Die Lehre ist diesbezüglich geteilt. Ein Teil verneint den gutgläubigen Erwerb gestützt auf den Wortlaut des Art. 239 Abs. 1 OR. Die Schenkung einer fremden Sache sei nichtig, da die Schenkung nicht aus dem Vermögen des Schenkers stamme.⁵² Diese Autoren sind noch dem Verfügungscharakter der Schenkung verhaftet. Andere Autoren, zu denen ich gehöre, nehmen eine teleologische Reduktion des Art. 933 ZGB vor, indem sie diesen nur bei *entgeltlichen Geschäften* anwenden. Der Grund dafür liegt in der Rechtsscheinlehre, die ein *betätigtes Vertrauen* im Sinne nachteiliger Vermögensdispositionen verlangt.⁵³ Weitere Autoren korrigieren die unbefriedigende Situation, indem sie die Existenz der speziellen Kondik-

⁵⁰ BUCHER, OR BT (Fn. 5), 148; für die Nichtigkeit der Schenkung fremder Sachen statt vieler BSK OR I-VOGT/VOGT (Fn. 7), Art. 239 N 42; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. A., Zürich 1979, 497 f., Fn. 143, 516 und HUGUENIN (Fn. 23), N 2867; vgl. die Übersichten bei CHARLOTTE WIESER, Gutgläubiger Fahmiserwerb und Besitzrechtsklage: unter besonderer Berücksichtigung der Rückforderung «entarteter» Kunstgegenstände, Diss. Basel 2004, 82 und EMMENEGGER (Fn. 7), 221; vgl. aber die deutliche Stellungnahme des Kommissionsprechers Gottfrey: «*Un élément essentiel de la donation est donc qu'un bien quelconque passe du patrimoine du donateur dans le patrimoine du donataire; pour que ce transfert soit possible, il est nécessaire que ce bien se trouve dans le patrimoine du donateur.*» (Sten. Bull. 1906, 1242).

⁵¹ Vgl. dazu EMMENEGGER (Fn. 7), 225.

⁵² Vgl. BSK OR I-VOGT/VOGT (Fn. 7), Art. 239 N 42.

⁵³ ARNOLD F. RUSCH, Rechtsscheinlehre, Habil. Zürich 2010, 244 f.; vgl. HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. A., Bern 2017, 223.

tion gemäss § 816 Abs. 1 S. 2 BGB auch für die Schweiz bejahen.⁵⁴ Diese Norm hält fest, dass der Beschenkte die vom Nichtberechtigten verschenkte Sache herausgeben muss.

III. Bedingungen

Unterliegt die Schenkung einer Bedingung (Art. 245 Abs. 1 OR), so stellt sich die Frage, ob diese das *Verpflichtungs-* oder das *Verfügungsgeschäft* betrifft. Es geht meines Erachtens um die inhaltsgleiche Bedingung beim Verpflichtungs- und beim Verfügungsgeschäft.⁵⁵ Bei Resolutivbedingungen – als Beispiel kommt die Resolutivbedingung des Vorversterbens des Beschenkten gemäss Art. 247 Abs. 1 OR in Frage – fällt das Eigentum an der geschenkten Sache aufgrund der kausalen Übertragung automatisch zurück.⁵⁶ Gibt die resolutiv beschenkte Person die Sache nicht zurück, muss der Schenker folglich die *rei vindicatio* wählen.⁵⁷ Geht es um geschenktes Geld, das durch Vermischung ins Eigentum der resolutiv beschenkten Person übergeht, muss der Schenker die Kondiktion wählen. Lehre und Rechtsprechung verlangen bei resolutiven Bedingungen eine zeitliche Beschränkung.⁵⁸ Zulässig sind nach h.L. auch Potestativbedingungen (Widerrufsvorbehalte als auflösende Wollensbedingungen).⁵⁹

⁵⁴ VON TUHR/PETER (Fn. 50), 497 f., Fn. 143, 516; a.M. EMIL W. STARK/BARBARA LINDENMANN, Berner Kommentar, Art. 919-941 ZGB, 4. A., Bern 2016, Vorbem. Rechtsschutz zu Art. 930-937 ZGB N 32 und HONSELL (Fn. 53), 223; vgl. die Übersichten bei BSK OR I-SCHULIN (Fn. 7), Art. 62 N 22 und EMMENEGGER (Fn. 7), 221 f. mit ablehnendem Fazit (226 f.).

⁵⁵ Vgl. DANIEL STAEHELIN, Bedingte Verfügungen, Zürich 1993, 24 f., 45 f.

⁵⁶ BGE 64 III 183 E. 3 (189).

⁵⁷ STAEHELIN (Fn. 55), 46; VON TUHR/ESCHER (Fn. 42), 276 Fn. 39, m.w.H.; vgl. zum Verständnis dieser Literaturstelle BGer, 4C.313/2002, 9.3.2004, E. 6.1.

⁵⁸ Vgl. BSK OR I-VOGT/VOGT (Fn. 7), Art. 245 N 5 und Art. 246 OR N 3a (60-70 Jahre); vgl. BGE 87 II 355 E. 2b (362 f.; Auflage, 50-70 Jahre, «eventuell sogar noch für etwas längere Zeit»); vgl. BGer, 4C.346/2000, 16.3.2001, E. 3a (100 Jahre).

⁵⁹ BSK OR I-VOGT/VOGT (Fn. 7), Art. 245 N 1; CHK-SCHÖNENBERGER (Fn. 40), Art. 245 OR N 2; BUCHER, OR BT (Fn. 5), 157; für Deutschland STAUDINGER-CHIUSI (Fn. 1), § 516 BGB N 35, 267; a.M. Cour de Justice Civile GE, 13.2.1953, in: SJ 1954, 94 f., der jede Verpflichtung unter einer reinen Potestativbedingung für nichtig erachtet; ebenso a.M. BRIGITTE KNOBBE-KEUK, «Verunglückte» Schenkungen, in: Horst Heinrich Jakobs et al. (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Band II, Köln 1978, 149 ff., 157 ff., die eine Bereicherung bei der Schenkung unter Potestativbedingung wie bei Darlehen und fiduziarischen Geschäften verneint.

Gibt es auch eine *suspensiv bedingte Handschenkung*? MAISSEN lässt sie zu, während SCHÖNENBERGER sie ablehnt.⁶⁰ Die suspensiv bedingte Handschenkung ist äusserlich betrachtet denkbar, doch muss die Übergabe sofort erfolgen, wobei die volle Wirkung der Schenkung vom Bedingungseintritt abhängt.⁶¹ Dieser Vorgang stellt meines Erachtens keine Handschenkung dar, da gerade kein Eigentum übertragen wird, sondern ein formnichtiges Schenkungsversprechen mit späterem Vollzug bei Bedingungseintritt. Dann ist die fehlende Form der Schenkung auch sogleich geheilt (Art. 243 Abs. 3 OR). Ist der Gegenstand nicht im Besitz der aufschiebend beschenkten Person, wäre es ebenso ein Schenkungsversprechen, das wiederum der besonderen Form bedürfte. In diesem Fall wäre einzig das Verpflichtungsgeschäft suspensiv bedingt.

IV. Beweis

Das Bundesgericht wendet die in Art. 930 Abs. 1 ZGB enthaltene Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers auch im Verhältnis zwischen Geber und Nehmer an, also auch auf Schenkungen. Ausnahmen lässt das Bundesgericht zu, wenn der Besitz des Nehmers zweideutig ist.⁶² Dabei handelt es sich wiederum um eine sachenrechtliche Lösung, die für den Schenkungsvertrag nicht einmal im Ansatz passt.⁶³ Als Folge davon muss der Verkäufer oder Verleiher, der die Sache schon übergeben hat, aufgrund der aus dem Besitz abgeleiteten Eigentumsvermutung beweisen, dass er nicht geschenkt habe, wenn der Nehmer eine Schenkung behauptet. *Kann das richtig sein? Bewirkt die sachenrechtliche Vermutung in Art. 930 Abs. 1 ZGB zugleich eine Schenkungsvermutung?*

Auch für die Belange des Beweisrechts drängt sich bei der Schenkung die Anwendung *vertragsrechtlicher Grundsätze* auf. Wer etwas mit der Begründung *herausverlangt*, ihm sei ein Geschenk versprochen worden, trägt dafür

⁶⁰ MAISSEN (Fn. 6), N 453, 457 leitet die Möglichkeit der suspensiv bedingten Handschenkung aus Art. 152 Abs. 3 OR ab; a.M. CHK-SCHÖNENBERGER (Fn. 40), Art. 245 OR N 2.

⁶¹ Vgl. PIERRE AEBY, La donation à cause de mort sous forme d'une donation affectée de la clause de retour d'après le Code civil suisse, Diss. Fribourg 1910, 59 f.; vgl. STAEHELIN (Fn. 55), 24; vgl. das Beispiel in BGE 64 III 183 E. 3 (188 f.) und OLG Hamburg, 2 U 173/62, 4.12.1962, in: NJW 1963, 449 und BGH, IVa ZR 198/84, 16.4.1986, in: NJW-RR 1986, 1133 ff.; vgl. MK-MUSIELAK (Fn. 36), § 2301 BGB N 21.

⁶² BGE 141 III 7 E. 4.2 f.

⁶³ Vgl. die Kritik dazu bei ARNOLD F. RUSCH/PHILIP R. BORNHAUSER, Schenkung und Eigentumsvermutung, Jusletter 23. März 2015 sowie DIES., Schenkung und Beweis, AJP 2013, 1135 ff.

gemäss Bundesgericht die Beweislast.⁶⁴ Das ist auch richtig. Er muss diesen Beweis mit dem *schriftlichen Schenkungsversprechen* führen (Art. 243 Abs. 1 OR). Die *ratio legis* dieser Formvorschrift liegt gemäss Rechtsprechung und Lehre im Übereilungsschutz.⁶⁵ Diesen Schutz benötigt der Handschenker nicht, weil er die Tragweite seines Entschlusses durch die Weggabe der Sache sofort erkennt.⁶⁶ Wenn der Darleiher indes nach der gängigen Beweislastverteilung Gefahr läuft, dass sein Vertragspartner die Rückzahlung gestützt auf eine angeblich von Anfang an bestehende Schenkung verweigert, müsste man auch das Darlehen und die Leihe formpflichtig machen.⁶⁷ In der Übereilung – oder vielmehr im eigentlich berechtigten Glauben an den vertraglichen Rückzahlungsanspruch – könnte er nämlich übersehen, dass er als Geber das Darlehen beweisen muss und nicht der Nehmer die Schenkung. Dasselbe gilt für Miete und Leihe. Dort kann sich der Besitzer zwar nicht wie beim Darlehen aufgrund der Vermischung auf Eigentum berufen. Aufgrund des Besitzes könnte er sich jedoch gemäss Bundesgericht wiederum auf die in Art. 930 Abs. 1 ZGB statuierte Eigentumsvermutung stützen.

Gerade bei freundschaftlicher Hilfe, die regelmässig ohne Belege erfolgt, weist diese Beweislastverteilung eine stark präjudizierende Wirkung auf und schafft eine veritable *Schenkungsvermutung*. Mit der Behauptung, die Parteien hätten die Schenkung *ab initio* vereinbart, liesse sich die Beweislastverteilung sogar steuern: Wer sein Fahrrad für *drei* Monate einer anderen Person unentgeltlich zum Gebrauch überlässt und es dann zurückfordert, ist nicht beweisbelastet, wenn der Entlehner und Nehmer behauptet, die Sache sei ihm für *vier* Monate geliehen worden. Ein geschickter Nehmer wird also behaupten, er habe das Fahrrad geschenkt erhalten, um in den Genuss der Vermutung gemäss Art. 930 Abs. 1 ZGB zu kommen. Bei einer dürftigen Beweislage – kaum jemand hält einen solchen Sachverhalt schriftlich fest – gewinnt der Lügner den Prozess.⁶⁸ Nur schon deshalb müsste der Handbeschenkte immer die Beweislast für die Schenkung tragen.

⁶⁴ BGE 136 III 142 E. 3.3.

⁶⁵ BGE 136 III 142 E. 3.3; BGE 105 II 104 E. 3b; MAISSEN (Fn. 6), N 299.

⁶⁶ Vgl. BGE 136 III 142 E. 3.3.

⁶⁷ Dieser Gedanke explizit bei GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, Handbuch der Beweislast im Privatrecht I (1981), § 516 BGB N 3: «*Der Beweislastverteilung der h.L. liegt materiellrechtlich der Gedanke zugrunde, dass derjenige, der einen Vermögensgegenstand aus der Hand gibt, auch das Risiko hierfür trägt; er muss beweismässig sicherstellen, dass es sich nicht um eine Schenkung handelt*», thematisiert bei ANDREAS WACKE, *Donatio non praesumitur*, AcP 1991, 1 ff., 10 f.

⁶⁸ Vgl. das ähnliche Beispiel bei WERNER GULDIMANN, Die Eigentumsvermutung im Verhältnis zwischen Besitzer und unmittelbarem Vorbesitzer (Art. 930 und 931 ZGB), SJZ 1952, 197 ff., 202; vgl. SJZ 12, 291, Nr. 246: «*Die Parteien streiten sich über die Art der Besitzeseinräumung und es kann nun nicht angehen, dass der Besitzempfangende sich mit*

Noch besser kann man dies anhand des Art. 243 Abs. 3 OR erklären. Diese Norm entbindet beim *vollzogenen Schenkungsversprechen* im Sinne einer Ausnahme vom Formerfordernis der einfachen Schriftlichkeit. Der Vollzug tritt an Stelle der Form.⁶⁹ Behandelt man diesen Fall beweismässig unter Anwendung des Art. 930 Abs. 1 ZGB gleich wie die Handschenkung, was Art. 243 Abs. 3 OR eigentlich so vorsieht, müsste folglich der Geber beweisen, dass keine Schenkung stattgefunden hat. Der Nehmer könnte sich aufgrund des Besitzes an der Sache auf die Vermutung des Art. 930 Abs. 1 ZGB stützen. Dies entspricht jedoch *erstens* nicht dem Ausnahmecharakter der in Art. 243 Abs. 3 OR enthaltenen Regel. Bei Ausnahmetatbeständen ist eine andere Beweislast durchaus angezeigt.⁷⁰ *Zweitens* muss nach richtiger Ansicht beim vollzogenen Schenkungsversprechen der Beschenkte nicht nur den späteren «Vollzug» im Sinne des *aktuellen Besitzes an der Sache* beweisen. Dieser Selbstläufer wäre einfach zu banal. Der aktuelle Besitz der Sache beweist nach allen Regeln der Logik nicht einmal ansatzweise, dass der Geber ein *Schenkungsversprechen* vollzogen hat. Vielmehr muss der Nehmer meines Erachtens den Beweis *des Vollzugs des Schenkungsversprechens und damit der Schenkung erbringen*.⁷¹ Einzig die einfache Schriftlichkeit des Schenkungsversprechens als Formerfordernis ist nicht mehr notwendig.

Da die Handschenkung nichts anderes als ein sofort vollzogenes Schenkungsversprechen darstellt,⁷² ist die oben dargelegte Beweislastverteilung nicht nur beim Schenkungsversprechen, sondern immer angezeigt: Der Nehmer muss immer beweisen, dass ihm der Geber die Sache geschenkt hat. Man könnte eine im Vergleich zum Schenkungsversprechen andere Beweislastverteilung nicht begründen. Ohne diese Beweislastverteilung ergäbe sich eine signifikante und nicht gerechtfertigte Umkehrung des gesetzlichen Schutzgedankens.⁷³

der Eigentumsvermutung behelfe, die nur der einen Art der Besitzeinräumung zugute kommt. Ginge dies an, so würde der frühere Besitzer immer den kürzern ziehen.»

⁶⁹ BEATE GSELL, Beweislastrechtliche Schwäche durch Formzwang: Die Schenkung als *causa minor*, in: Lutz Aderhold/Barbara Grunewald/Dietgard Klingberg/Walter G. Paefgen (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, 267 ff., 280 ff.

⁷⁰ Vgl. dazu BGE 132 III 186 E. 5.1, m.w.H.

⁷¹ Vgl. GSELL (Fn. 69), 274 ff., 282 f.; vgl. JENS KOCH, Münchener Kommentar, 7. A., München 2016, § 518 BGB N 19; vgl. GOTTFRIED SCHIEMANN, Zu den Substantiierungsanforderungen bei Behauptung eines Schenkungsversprechens, JZ 2000, 568 ff., 571; vgl. den anschaulichen Fall bei BGH, X ZR 34/05, 14.11.2006, N 13, in: NJW-RR 2007, 488; vgl. auch OLG Koblenz, 12 U 823/02, 22.9.2003, E. 2a.aa, in: NJOZ 2004, 378.

⁷² Vgl. die Angaben in Fn. 7.

⁷³ Dieser Gedanke zum deutschen Recht bei WACKE (Fn. 67), 24 f.

Die Globalübernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Konsumentenverträgen

Nicht gelesene AGB im Lichte von Konsens und Vertrauensprinzip

JÖRG SCHMID*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	852
II.	Die Übernahme von AGB im Allgemeinen	853
	A. Der ausdrückliche oder stillschweigende Antrag zur AGB-Übernahme	854
	B. Die Vollübernahme oder die Globalübernahme	855
	1. Begriffe	855
	2. Die nicht gelesenen oder nicht verstandenen AGB.....	856
	3. Die Praxis zur Verwendung einer nicht gelesenen Urkunde...	857
	4. Zwischenergebnis.....	859
III.	Die Globalübernahme auf dem vertrauenstheoretischen Prüfstand	860
	A. Anwendbarkeit, Fragestellung und Zweck des Vertrauensprinzips.....	860
	B. Die Umstände des Vertragsabschlusses bei Verwendung von AGB in der heutigen Lebenswirklichkeit	861
	C. Folgerungen.....	863
	1. Regelfall.....	863
	2. Ausnahmefall	864
IV.	Zusammenfassung.....	865

* Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Ordinarius für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung, Universität Luzern.

Für die Hilfe bei der Materialsammlung und die kritische Lektüre danke ich meiner Assistentin Annabelle Peschke, MLaw. Das Manuskript wurde am 20. März 2018 abgeschlossen.

I. Einleitung

Mit Rechtsfragen um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) hat sich THOMAS KOLLER über Jahrzehnte hinweg in zahlreichen Publikationen auseinandergesetzt.¹ Stehen vorformulierte Klauseln zur Diskussion oder liegen sie gar im Streit, so lautet die juristische Ausgangsfrage – bevor es zur Auslegungs- und zur Inhaltskontrolle kommt – stets, ob die Bestimmungen überhaupt von den Parteien in den konkreten Einzelvertrag übernommen worden sind (Konsenskontrolle).² Diese Übernahme kann nach herrschender Auffassung entweder in einer Vollübernahme oder auch in einer blossen Globalübernahme bestehen. Von der Letzteren – der Globalübernahme – soll im Folgenden die Rede sein, und zwar mit Bezug auf Konsumentenverträge.

Konsumentenverträge im hier verstandenen Sinn sind Verträge, die eine Partei (Konsumentin, Verbraucherin) zu persönlichen oder familiären Zwecken abschliesst – also ausserhalb ihres beruflich-gewerblichen Handelns. Gegenpartei ist im vorliegenden Kontext stets ein Unternehmen, das auf seine Verträge üblicherweise AGB zur Anwendung bringen will. Im Rahmen des «Massengeschäfts» geht es sodann um Verträge, die in Schriftform oder durch elektronisch übermittelte Willenserklärungen abgeschlossen werden.

Zunächst beschäftige ich mich mit der Übernahme von AGB im Allgemeinen, unter besonderer Berücksichtigung der Figur der Globalübernahme, wie sie von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung verwendet wird (II.). Dann hinterfrage ich die herrschende Konzeption vor dem Hintergrund des Vertrauensprinzips (III.). Den Abschluss bildet eine Zusammenfassung (IV.).

Ausgeklammert bleiben die weiteren Elemente der Konsenskontrolle, namentlich das Erfordernis der Zugänglichkeit der AGB bei Vertragsschluss, die Regel vom Vorrang individueller Abreden, die Ungewöhnlichkeitsregel

¹ Vgl. etwa THOMAS KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – dargestellt anhand einer Deckungsausschlussklausel in der Betriebshaftpflichtversicherung, recht 1999, S. 43 ff.; DERS., Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, S. 943 ff.; DERS., Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto, Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Schweizerische Bankrechtstagung 2013, Bern 2013, S. 37 ff.

² PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht), Band I, 10. Aufl., Zürich 2014, Rn. 1124 f. und 1128 ff. Was hier als «Konsenskontrolle» bezeichnet wird, nennen andere Autorinnen und Autoren bisweilen «Geltungskontrolle». Dieser Ausdruck wird aber auch benutzt, wenn es um die Ungewöhnlichkeitsregel geht (etwa THOMAS KOLLER, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht [CISG] – Probleme aus schweizerischer Sicht, in: Friedrich Harrer/Wolfgang Portmann/Roger Zäch [Hrsg.], Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell, Zürich 2002, S. 223 ff., S. 231 f.).

und die besonderen Anforderungen, die an Gerichtsstandsklauseln zu stellen sind.³ Ebenso bleiben Auslegungs- und Inhaltskontrolle hier unbehandelt.⁴

II. Die Übernahme von AGB im Allgemeinen

Der für AGB massgebliche Leitsatz lautet in der pointierten Formulierung von PETER JÄGGI: «Keine Geltung ohne Übernahme».⁵ Diese vertragliche Übernahme von AGB – auch Einbeziehungsvereinbarung genannt⁶ – hat durch Austausch übereinstimmender Willenserklärungen (Art. 1 Abs. 1 OR) zu geschehen, die ihrerseits nach der allgemeinen Regel von Art. 1 Abs. 2 OR ausdrücklich oder stillschweigend (konkludent) abgegeben werden können.⁷ Da der Antrag auf Übernahme der AGB vom Verwender ausgeht, interessiert hier auf den ersten Blick vor allem seine Willenserklärung (dazu A.); die Willenserklärung des Konsumenten, welche die AGB-Übernahme perfekt macht, wird sich typischerweise in einer schlichten Zustimmung erschöpfen. Dennoch ist bei der Letzteren – wie zu zeigen sein wird – der Umstand bedeutsam, ob der Konsument den AGB «voll» oder bloss «global» zustimmt (B.). Die Massgeblichkeit der Globalzustimmung des Konsumenten wird im folgenden Kapitel sodann vertrauenstheoretisch zu hinterfragen sein (III.).

³ Dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 2), Rn. 1131 ff.; zur Ungewöhnlichkeitsregel vgl. auch BGE 135 III 1 E. 2 und 3 S. 7 ff.

⁴ Dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 2), Rn. 1144 ff. und 1146 ff.

⁵ WILHELM SCHÖNENBERGER/PETER JÄGGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen (Art. 1–17 OR), Zürich 1973, Art. 1 OR N 517.

⁶ Zum Beispiel ROMAN PERRIG, Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Zugänglichkeitsregel, in: Alexander Brunner u.a. (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 169 ff., S. 170 f.

⁷ Zum Beispiel BGer 4A_106/2015, E. 5.1; 4A_47/2015, E. 5.1; 4C.261/2005, E. 2.3 (in Präzisierung zu BGE 118 II 193 E. 2b S. 195, wo noch von der Notwendigkeit der «ausdrücklichen Übernahme» der streitigen SIA-Norm in den Werkvertrag die Rede gewesen war); ERNST A. KRAMER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, erläutert von Ernst A. Kramer und Bruno Schmidlin, Bern 1986, Art. 1 OR N 187 und 192.

A. Der ausdrückliche oder stillschweigende Antrag zur AGB-Übernahme

Ausdrücklich erfolgt der Antrag auf Übernahme der AGB, wenn das Vertragsdokument des Verwenders, das der Konsument unterzeichnen soll, die vorformulierten Bestimmungen selber («Abdruck») oder einen Hinweis enthält, dass sie gelten sollen.⁸ Ein solcher ausdrücklicher Hinweis – sei er schriftlich oberhalb der «Unterschriftszeile» platziert, sei er mündlich erfolgt – ist nach der Lehre auch erforderlich, wenn die AGB auf der Rückseite des Dokuments abgedruckt sind.⁹

Ein *stillschweigender* Antrag auf Übernahme vorformulierter Bestimmungen kommt nur dann in Betracht, wenn der Verwender «nach Treu und Glauben unbedingt damit rechnen durfte, dass der Kunde mit den (nicht ausdrücklich verwiesenen und auch nicht ausdrücklich akzeptierten) AGB einverstanden sei».¹⁰ Das dürfte – wie ein wesentlicher Teil der Lehre zu Recht betont – kaum je vorkommen und ist namentlich bei branchenunkundigen Konsumenten gänzlich unwahrscheinlich.¹¹ Hat der Verwender die Übernahme von

⁸ BK-KRAMER, (Fn. 7), Art. 1 OR N 188. Zum (hier ausgeklammerten) Zugänglichkeits-erfordernis etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 2), Rn. 1131 ff.; ROMAN PERRIG, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice, Diss. Basel 2011 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 102), S. 29 ff.; ERNST A. KRAMER/THOMAS PROBST/ROMAN PERRIG, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, Rn. 133 ff.

⁹ Zum Beispiel BK-KRAMER (Fn. 7), Art. 1 OR N 188.

¹⁰ BK-KRAMER (Fn. 7), Art. 1 OR N 193.

¹¹ Zum Beispiel BK-KRAMER (Fn. 7), Art. 1 OR N 193 ff.; KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 7), Rn. 114 f.; ähnlich HANS GIGER, Grundsätzliches zum Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag, in: Hans Giger/ Walter R. Schlupe (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis – Beiträge zur aktuellen Situation, Zürich 1982, S. 59 ff., S. 70 ff.; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil – Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Aufl., Bern 2017, Rn. 23.27; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rn. 45.01 ff.; DOMINIQUE JUNOD MOSER, Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation – Etude de droit suisse et de droit européen, Genfer Diss., Basel/Genf/München 2001, S. 144 ff.; PASCAL PICHONNAZ, Quelques réponses possibles de l'art. 8 LCD aux difficultés des conditions générales d'assurance, in: Franz Werro/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées – Colloque du droit de la responsabilité civile 2015, Université de Fribourg, Bern 2016, S. 207; ESTHER WIDMER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG – Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken, Berner Diss., Zürich/St. Gallen 2015, Rn. 75; vgl. auch PETER FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, in: Hans Merz/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Recht und Wirtschaft heute – Festgabe für Max Kummer, Bern 1980, S. 99 ff., S. 110.

AGB nicht ausdrücklich vorgeschlagen, so besteht für den Konsumenten kein Anlass, von vorformulierten Klauseln auszugehen – ein Umstand, der wiederum dem redlichen Verwender bewusst sein muss. Das deutsche Recht verlangt denn auch in § 305 Abs. 2 Ziff. 1 BGB grundsätzlich den ausdrücklichen Hinweis des Verwenders auf die AGB, damit diese Vertragsbestandteile werden,¹² was eine konkludente Einbeziehung grundsätzlich ausschliesst.¹³ Auch die österreichische Lehre lehnt die stillschweigende Einbeziehung von AGB (bei nicht geschäftserfahrenen Vertragspartnern) in der Regel ab.¹⁴

Spezialgesetzliche Normen – wie etwa Art. 3 VVG oder Art. 4 PRG – stellen für die Einbeziehung von AGB zusätzliche Anforderungen auf.¹⁵ Gesetzesvorschriften, die eine besonders qualifizierte Schriftform (mit inhaltlichen Mindestangaben) verlangen, wie etwa Art. 9 ff. KKG, können im Resultat dem Einbezug von AGB in ähnlicher Weise Grenzen setzen.

B. Die Vollübernahme oder die Globalübernahme

1. Begriffe

Von Vollübernahme spricht man, wenn der Konsument die vom Verwender vorgeschlagenen AGB im Einzelnen gelesen und verstanden hat.¹⁶ Demgegenüber liegt eine Globalübernahme (Übernahme durch Globalerklärung) vor, soweit der Konsument die vorformulierten Bestimmungen nicht zur Kenntnis nimmt, nicht überlegt oder in ihrer Tragweite nicht versteht.¹⁷ Die-

¹² Vgl. dazu JÜRGEN BASEDOW, Kommentierung der §§ 305 ff. BGB, in: Franz Jürgen Säcker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München 2016, § 305 BGB Rn. 50, mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte, gemäss denen die Bestimmung (bzw. die Vorgängernorm im AGB-Gesetz) sicherstellen will, «dass die Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag wieder fest auf dem Boden des nach dem BGB massgeblichen rechtsgeschäftlichen Vertragswillens verankert wird»; ferner etwa DAVID BOUVERAT, Conditions générales d'affaires: perspectives législatives – Etude de droit suisse à la lumière du droit communautaire et de ses applications en France et en Allemagne, Neuenburger Diss., Bern 2009, Rn. 596 ff.

¹³ Zum Beispiel THOMAS PFEIFFER, Kommentierung von § 305 BGB, in: Manfred Wolf/Walter F. Lindacher/Thomas Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 6. Aufl., München 2013, § 305 BGB Rn. 68.

¹⁴ PETER RUMMEL, Kommentierung von § 864a ABGB, in: Peter Rummel/Meinhard Lukas (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit wichtigen Nebengesetzen und EU-Verordnungen, Teilband §§ 859–916 ABGB (Vertragsrecht), 4. Aufl., Wien 2014, § 864a ABGB Rn. 7 und 10.

¹⁵ Zum Pauschalreisevertrag vgl. etwa SCHWENZER (Fn. 11), Rn. 45.06.

¹⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 2), Rn. 1128c.

¹⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 2), Rn. 1128c; BGer 4C.282/2003, E. 3.

ser letztere Fall dürfte in der heutigen Vertragswirklichkeit – wenn es zu einer Übernahmeerklärung kommt – völlig im Vordergrund stehen; die blosse Globalübernahme (statt einer Vollübernahme) ist bei Konsumentenverträgen zu vermuten.¹⁸

2. *Die nicht gelesenen oder nicht verstandenen AGB*

Nach der herrschenden Auffassung kann auch bei blosser Globalerklärung des Konsumenten – wenn dieser also die AGB nicht gelesen oder nicht verstanden hat – ein Konsens zustande kommen, freilich unter dem Vorbehalt der weiteren, von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Konsenserfordernisse (Zugänglichkeit der vorformulierten Bestimmungen, Fehlen individueller Klauseln, fehlende Ungewöhnlichkeit usw.).¹⁹ Anders formuliert, ist einem Erklärenden die Berufung darauf, die vorformulierten Bestimmungen nicht gelesen oder nicht verstanden zu haben, grundsätzlich verwehrt.²⁰

In der Rechtsprechung geht diese Auffassung auf einen Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 1951 zurück, der allerdings nicht Konsumenten,

¹⁸ So bereits ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI (Fn. 5), Art. 1 OR N 468; ferner etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 2), Rn. 1128c; KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 7), Rn. 116 mit Fn. 323; WIDMER (Fn. 11), Rn. 81 («Normalfall»); NADIA WALKER, Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, St. Galler Diss., Zürich/St. Gallen 2015, S. 37.

¹⁹ Zum Beispiel BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI (Fn. 5), Art. 1 OR N 467 ff., 476 und 486 f.; ähnlich (teilweise jedoch mit weiteren Einschränkungen) BK-KRAMER (Fn. 7), Art. 1 OR N 190; THOMAS PROBST, Kommentierung von Art. 8 UWG, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986, Stämpfli Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2016, Art. 8 UWG N 156; ALOIS SCHULER, Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürcher Diss., Bern 1978, S. 114 ff.; JUNOD MOSER (Fn. 11), S. 148; KATHRIN KLETT/CHRISTOPH HURNI, Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle, recht 2012, S. 80 ff., S. 81 ff.; WIDMER (Fn. 11), Rn. 78 und 83; zur «Blankettverweisung des Kunden auf das AGB-Formular des Unternehmers» vgl. bereits ausführlich WALTER NAEGELI, Allgemeine Geschäftsbedingungen – Ihre Massgeblichkeit und Unmassgeblichkeit für die Bestimmung des Inhalts der Vertragsabrede (Ein Beitrag zur Lehre vom Vertrauensprinzip und seinen Konsequenzen), Zürcher Diss., Affoltern am Albis 1951, S. 180 ff. Für das deutsche Recht zum Beispiel PFEIFFER (Fn. 13), § 305 BGB Rn. 84 und 92.

²⁰ Anstelle vieler ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI (Fn. 5), Art. 1 OR N 487; PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2012, Rn. 874. Auch im Anwendungsbereich des Wiener Kaufrechts (CISG) – das auf Kaufleute zugeschnitten ist – wird angenommen, dass für den Einbezug von AGB eine tatsächliche Kenntnisnahme von deren Inhalt nicht erforderlich ist, sondern die blosse Möglichkeit dazu genügt: WOLFGANG DRASCH, Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle vorformulierter Geschäftsbedingungen im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts, Zürich 1999, S. 8; KOLLER, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (Fn. 2), S. 238.

sondern Kaufleute betraf.²¹ Darin hielt das Gericht fest, für den Gegner des Verwenders genüge nach einem ausdrücklichen Hinweis auf das Bestehen von AGB, dass er die Möglichkeit habe, «sich von deren Inhalt Kenntnis zu verschaffen»; ob «er sich dazu die Mühe nimmt, ist rechtlich bedeutungslos».²² Das vorinstanzliche Argument, AGB würden erfahrungsgemäss häufig nicht gelesen, hielt das Bundesgericht für «auf jeden Fall unerheblich».²³ In weiteren Entscheiden – von denen praktisch alle kaufmännische Verhältnisse betrafen – bezeichnete das Bundesgericht den Umstand, ob der Kunde die AGB effektiv gelesen habe, als unerheblich für deren Geltung.²⁴ Es brachte freilich gestützt auf das Vertrauensprinzip einen Vorbehalt an für den Fall, dass «dem Empfänger bekannt war oder nach der Erfahrung des Lebens vernünftigerweise bekannt sein musste, dass der Erklärungsinhalt nicht gewollt sei».²⁵

3. Die Praxis zur Verwendung einer nicht gelesenen Urkunde

Die herrschende Auffassung zur Behandlung nicht gelesener AGB hat ihren Ursprung in der Rechtsprechung und Lehre zur Verwendung einer nicht gelesenen Urkunde.²⁶ Dieser für das Schuldrecht grundlegende Problembereich be-

²¹ BGE 77 II 154 ff.

²² BGE 77 II 154 E. 4 S. 156.

²³ BGE 77 II 154 E. 4 S. 158; bestätigt in BGE 100 II 200 E. 5d S. 209 f. (ebenfalls für Kaufleute).

²⁴ Beispiele: BGE 119 II 443 E. 1a S. 445 f. (unklar, ob der Mieter eines Fahrzeugs beruflich oder privat handelte); 109 II 452 E. 4 S. 456 (Kaufleute); 108 II 416 E. 1b S. 418 (Kaufleute); 94 II 197 E. 7 S. 202 (sehr knapp); 76 I 338 E. 4 S. 350 (Kaufleute); BGer 4C.427/2005, E. 2.1 (Kaufleute); 5A_511/2012, E. 5.1 (unklar, ob der Bankkunde beruflich oder privat handelte).

²⁵ BGE 64 II 355 E. 3 S. 357 und 76 I 338 E. 4 S. 350, jeweils mit Hinweisen auf frühere Entscheide; an diese Rechtsprechung anknüpfend BGE 108 II 416 E. 1b S. 418 («dorsque le cocontractant a su – ou, selon l'expérience générale de la vie, aurait dû raisonnablement savoir – que le contenu de la déclaration n'était pas voulu»), wo in diesem Zusammenhang auf die Ungewöhnlichkeitsregel hingewiesen wird. Aus der Lehre etwa KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 7), Rn. 117.

²⁶ Zur Verbindung der beiden Themenkreise vgl. etwa KARL OFTINGER, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in: Aequitas und bona fides, Festgabe für August Simonius, Basel 1955, S. 263 ff., S. 265 und 271; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI (Fn. 5), Art. 1 OR N 421 und 487; HANS MERZ, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung: Kommentar zu Art. 2 ZGB, Bern 1962, Nachdruck 1966, Art. 2 ZGB N 165 ff. und 173; BK-KRAMER (Fn. 7), Art. 1 OR N 129 und 190; KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 7), Rn. 116 mit Fn. 324; FORSTMOSER (Fn. 11), S. 114; WIDMER (Fn. 11), Rn. 83; STEPHAN HARTMANN, Grundlage und Konkretisierung der Ungewöhnlichkeitsregel, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Hommage für Peter Gauch, Zürich 2016, S. 133 ff. (Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 100), S. 136. Für das deutsche Recht grundlegend LUDWIG

trifft vor allem die Frage, ob eine Person, die eine Urkunde unterzeichnet, ohne diese gelesen oder verstanden zu haben, sich auf Willensmängel berufen kann.²⁷ Als Vorfrage muss jedoch geklärt werden, ob die Unterzeichnung überhaupt als zustimmende Willenserklärung (die den Vertrag zustande bringt) anzusehen ist. Dazu hielt das Bundesgericht im Jahr 1908²⁸ (zum aOR) fest, «dass es zum Vorliegen einer Willenserklärung des Bewusstseins über deren Inhalt überhaupt nicht bedarf». Der Erklärende könne es vielmehr «der Einsicht des Gegners oder eines Dritten überlassen, dass ihm nichts zum Unterzeichnen hingelegt wird, was er nicht will, und blindlings Nichtverstandenes unterzeichnen, ohne dass deshalb die Existenz der Erklärung bezweifelt werden könnte».²⁹ Es genüge, dass einerseits der Unterzeichnende das (allgemeine) Bewusstsein habe, durch die Unterschrift den Vertragstext zu genehmigen, und dass andererseits der Erklärungsgegner nicht geradezu «weiss oder wissen muss, dass das ihm Erklärte nicht erklärt werden wollte».³⁰ Es bleibe demnach grundsätzlich beim (konsensbildenden) Erklärungscharakter des unterzeichneten Dokuments, doch stehe dem Unterzeichner gegebenenfalls die Möglichkeit zu, sich auf Irrtum oder Täuschung zu berufen.³¹

Auch die Lehre geht grundsätzlich von der Konsenswirkung solcher Globalerklärungen aus.³² Diese Auffassung fusst auf der Wertung, dass die Unter-

RAISER, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg vor der Höhe 1961, S. 170; für das österreichische Recht Urteil des OGH vom 16. Februar 2006, JBl 2006, S. 587 ff. (288), E. 1 (der Fall betraf Kaufleute).

²⁷ Dazu etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 2), Rn. 934 ff. mit Hinweisen; für das deutsche Recht WERNER FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 4. (unveränderte) Aufl., Berlin 1992, S. 451 ff.; für das österreichische Recht HELMUT KOZIOL/RUDOLF WELSER/ANDREAS KLETEČKA, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 14. Aufl., Wien 2014, Rn. 472.

²⁸ BGE 34 II 523 E. 3 S. 528. Der Entscheid betrifft die Interzession einer heiratswilligen Frau, die für ihren mutmasslichen Bräutigam – er war in Wirklichkeit ein Betrüger und Hochstapler – eine in französischer Sprache verfasste Bürgschaftsurkunde unterschrieb, die sie mangels Kenntnis dieser Sprache nicht verstand. Das Bundesgericht bejahte einen Konsens, liess aber die Berufung auf Irrtum zu.

²⁹ BGE 34 II 523 E. 3 S. 528 mit Hinweis auf deutsche Autoren.

³⁰ BGE 34 II 523 E. 3 S. 529; ähnlich BGE 41 II 446 E. 2 S. 456; 64 II 355 E. 1 S. 357. Aus der kantonalen Praxis vgl. etwa ZR 106/2007, Nr. 3, S. 17 ff., E. 3.3.1 S. 21 (Bezirksgericht Zürich).

³¹ BGE 34 II 523 E. 4-6 S. 529 ff.; 41 II 446 E. 3 S. 459; 49 II 167 E. 5 S. 181 f.

³² OFTINGER (Fn. 26), S. 266 f. (der darin eine Regel des Gewohnheitsrechts erblickt); ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI (Fn. 5), Art. 1 OR N 421 ff.; BK-KRAMER (Fn. 7), Art. 1 OR N 129; KOLLER, OR AT (Fn. 11), Rn. 23.28 ff. Ausführlich zur Bedeutung des (mangelnden) Erklärungsbewusstseins bei Willenserklärungen BK-KRAMER (Fn. 7), Art. 1 OR N 46 ff. und 56; so bereits ARTHUR MEIER-HAYOZ, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss – Ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag, Zürcher Diss., Aarau 1948 (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 151), S. 209 ff.

zeichnung einer nicht gelesenen oder nicht verstandenen Urkunde eine Un-sorgfalt darstelle.³³ KARL OFTINGER hat dies in seinem grundlegenden Aufsatz wie folgt formuliert: «*Urkunden zu unterzeichnen, ohne sie vorher ruhig und vollständig zu lesen, um sich über ihre Tragweite klar zu werden, das entspricht ganz und gar nicht dem Bild des diligens pater familias und dem Ideal der kaufmännischen Vigilanz.*»³⁴

Zu beachten sind jedoch wichtige Ausnahmen. Sie betreffen nicht nur die Vorbehalte von Willens- und Inhaltsmängeln (insbesondere Art. 27 Abs. 2 ZGB), sondern namentlich auch Fälle, in denen der Empfänger erkennt oder erkennen kann, dass der Erklärende die (wenn auch nicht gelesene) Urkunde in einem von deren Wortlaut abweichenden Sinn versteht, oder wenn der Erklärende nicht redlich war, etwa indem er den Urkundentext missverständlich abfasst oder eine der Gegenseite entgehende Klausel in den Text eingeschmuggelt hat.³⁵ So ist namentlich Dissens anzunehmen, wenn der ungelesene Urkundeninhalt – für die Gegenpartei erkennbar – den Erwartungen des Unterzeichnenden deutlich widerspricht.³⁶

4. Zwischenergebnis

Nach dem Gesagten gehen die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die herrschende Lehre (mit gewissen Einschränkungen) davon aus, dass auch bei blosser Globalzustimmung der Gegenpartei des Verwenders ein Konsens über den Einbezug der AGB zustande kommt. Diese Auffassung (und ganz überwiegend die ihr zu Grunde liegende Praxis zur Verwendung einer nicht gelesenen Urkunde) ist indessen *für Kaufleute entwickelt* worden, also für geschäftserfahrene Personen, von denen die Rechtsordnung eine besondere Wachsamkeit verlangt und verlangen darf. Sie gründet weiter auf dem klassischen Bild des individuell ausgehandelten Vertrags.³⁷ Die Auffassung von der konsensbildenden globalen Zustimmung *bedarf für Verträge mit Konsumenten der kritischen Überprüfung*. Handelt aus heutiger Sicht wirklich «nachlässig»

³³ ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI (Fn. 5), Art. 1 OR N 421, mit Hinweis auf BGE 69 II 234 E. 2 S. 238 f.: «Es hat doch als Regel zu gelten, dass derjenige nachlässig handelt, der eine Urkunde, zumal eine Bürgschaftsverpflichtung, ungelesen unterschreibt.» Wie hier auch HARTMANN (Fn. 26), S. 137 f.

³⁴ OFTINGER (Fn. 26), S. 265 (Kursivdruck im Original). Deutlich zurückhaltender aber etwa FLUME (Fn. 27), S. 454, der in diesem Fall die Geltung der AGB nur zulässt, wenn sie «billigem Ermessen entsprechen».

³⁵ ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI (Fn. 5), Art. 1 OR N 422; ähnlich GIGER (Fn. 11), S. 66.

³⁶ BK-MERZ (Fn. 26), Art. 2 ZGB N 166 und 173; ähnlich BK-KRAMER (Fn. 7), Art. 1 OR N 201.

³⁷ HARTMANN (Fn. 26), S. 137.

sig», wer es unterlässt, AGB vor Vertragsabschluss zu lesen?³⁸ Ist es sachgerecht, an einen Konsumenten den Massstab des «diligens pater familias» oder der «kaufmännischen Vigilanz»³⁹ zu legen? Führt das Vertrauensprinzip – angewandt auf die Verwendung von AGB in der heutigen Lebenswirklichkeit des Vertragsabschlusses – wirklich zu dieser Lösung?

III. Die Globalübernahme auf dem vertrauens- theoretischen Prüfstand

A. Anwendbarkeit, Fragestellung und Zweck des Vertrauensprinzips

Für das Zustandekommen des Vertrags, auch bezüglich der AGB-Übernahme, ist primär massgebend, was die Parteien übereinstimmend gewollt haben (Art. 18 Abs. 1 OR) – unter der Voraussetzung, dass sie einander tatsächlich richtig verstanden haben.⁴⁰ Dass ein Konsument die ihm vom Verwender unterbreiteten vorformulierten Bestimmungen im Einzelnen (und im gleichen Sinn wie der Verwender) versteht und ihnen zustimmt, ist bei Globalübernahmen ausgeschlossen: Der Konsument liest die vorformulierten Bestimmungen ja gerade nicht, oder er liest sie zwar, versteht sie aber nicht im Einzelnen. Ein natürlicher Konsens scheidet hier also zum Vornherein aus.

Daher kommt es für das Zustandekommen (und den Inhalt) des Übernahmevertrags auf das Vertrauensprinzip an – und damit auf die Frage, ob die AGB durch normativen Konsens in den Einzelvertrag einbezogen worden sind:⁴¹ Musste der Kunde nach Treu und Glauben von der Geltung der AGB ausgehen, und durfte der Verwender seinerseits nach Treu und Glauben davon ausgehen, der Konsument habe der Übernahme der AGB zugestimmt?⁴² Für die Beantwortung dieser Frage kommt es für beide Parteien – und namentlich für den Verwender – auf die erkennbaren Umstände an, unter denen die Willens-

³⁸ Ähnliche Fragestellung schon bei HARTMANN (Fn. 26), S. 138.

³⁹ OFTINGER (Fn. 26), S. 265 (im Original jeweils kursiv gedruckt).

⁴⁰ BGE 105 II 16 E. 3a S. 18 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 2), Rn. 309 ff. («natürlicher Konsens»). Aus der jüngsten Rechtsprechung zum natürlichen (subjektiven) und zum normativen (objektiven) Verständnis von Willenserklärungen vgl. etwa BGE 143 III 157 E. 1.2.2 S. 159 (Verzicht auf Anfechtung eines Schiedsspruchs); BGE 142 III 239 E. 5.2.1 S. 253 (Schiedsklausel).

⁴¹ HARTMANN (Fn. 26), S. 136; als Beispiel aus der neueren Praxis BGer 4A_106/2015, E. 5.1 und 5.2.

⁴² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 2), Rn. 207 ff. (Vertrauensprinzip) und 315 ff. («rechtlicher/normativer Konsens»). Spezifisch für die Übernahme von AGB BK-KRAMER (Fn. 7), Art. 1 OR N 193 ff.; KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 7), Rn. 115; BOUVERAT (Fn. 12), Rn. 39.

erklärungen abgegeben wurden: Massgebend bei der Würdigung des Erklärungsverhaltens des Kunden ist das Bild des Verwenders als verständig und redlich urteilende Person, als vernünftiger und korrekter Mensch.⁴³

Zweck des Vertrauensprinzips ist bei alledem, den redlichen Empfänger in seinen legitimen Erwartungen – in seinem «Vertrauen» auf seine «objektiv korrekte Interpretation des Verhaltens seines Partners» – zu schützen und damit für Verkehrssicherheit zu sorgen.⁴⁴ Schutzwürdig ist hierbei nicht das «tatsächliche, normativ ungefilterte Vertrauen» des Erklärungsempfängers, sondern einzig das «nach Treu und Glauben berechnete Vertrauen», für das es wesentlich auf die nach den Umständen erforderliche «Deutungsdiligenz» des Empfängers ankommt.⁴⁵ Auch für den Empfänger gilt mithin der Grundsatz, dass die Berufung auf die eigene Unsorgfalt nicht gestattet ist.⁴⁶ Angesichts dieser Anforderungen an den Erklärungsempfänger bleibt zu betonen, dass sich das Vertrauensprinzip keineswegs immer zu dessen Gunsten auswirkt.⁴⁷ Es entfaltet seine Wirkungen vielmehr zu Gunsten beider Parteien: Es schützt nicht nur den Erklärungsempfänger in seinem Vertrauen auf das richtige Verständnis der Willenserklärung, sondern auch «den Erklärenden in seinem Vertrauen auf die richtige Wirkung seiner Äusserung».⁴⁸

B. Die Umstände des Vertragsabschlusses bei Verwendung von AGB in der heutigen Lebenswirklichkeit

Bei der Beantwortung der Wertungsfragen, die das Vertrauensprinzip aufwirft, muss demnach wesentlich auf die konkreten Umstände des Vertragsabschlusses abgestellt werden. Betrachtet man diese Umstände näher, so fällt – verglichen mit dem traditionellen Vertragsabschluss – namentlich Folgendes auf:⁴⁹

- Die AGB werden – selbst wenn eine Gelegenheit zur ausführlichen oder rudimentären Lektüre bestände – vom Konsumenten in wohl mehr als 99 Prozent der Fälle nicht gelesen. Dieser Umstand ist notorisch und na-

⁴³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 2), Rn. 209 und 216; ähnlich schon ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI (Fn. 5), Art. 1 OR N 195.

⁴⁴ BK-KRAMER (Fn. 7), Art. 1 OR N 42; ähnlich bereits MEIER-HAYOZ (Fn. 32), S. 110 f. und 115 f.; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI (Fn. 5), Art. 1 OR N 201 ff.

⁴⁵ Ausführlich und überzeugend BK-KRAMER (Fn. 7), Art. 1 OR N 42.

⁴⁶ ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI (Fn. 5), Art. 1 OR N 202.

⁴⁷ ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI (Fn. 5), Art. 1 OR N 197; BK-KRAMER (Fn. 7) Art. 1 OR N 42.

⁴⁸ OFTINGER (Fn. 26), S. 264.

⁴⁹ Ähnlich bereits HARTMANN (Fn. 26), S. 136 ff., und (jedenfalls ansatzweise) JUNOD MOSER (Fn. 11), S. 138 ff. und 154 ff.

mentlich dem Verwender bewusst, denn: «Im Regelfall würde es geradezu als absonderlich empfunden, käme einer auf die Idee, die vorformulierten Bedingungen zu studieren, bevor er den Vertrag abschliesst.»⁵⁰ Dem Kunden die Zustimmung zu den AGB zuzurechnen, ist eine blosser Fiktion.⁵¹

- Der Konsument ist in der Regel geschäftsunerfahren. Insbesondere wird er, selbst wenn er die AGB durchsieht, nicht oder in nur sehr unzureichender Weise erkennen, dass und inwieweit sie im Einzelnen seine Rechtsposition gegenüber dem dispositiven Gesetzesrecht beeinträchtigen. Diese «Überforderung» des Konsumenten ist für den Verwender ebenfalls erkennbar.
- Demgegenüber ist der Verwender als Unternehmer geschäftserfahren und hat – häufig von fachkundigen Personen beraten – die Verwendung der AGB auch und gerade mit dem Ziel vorgeschlagen, seine rechtliche Stellung zu verbessern. Diese sind überdies regelmässig umfangreich und schwer lesbar.
- Die AGB beinhalten Klauseln, welche in aller Regel die Rechtsstellung des Konsumenten – verglichen mit dem dispositiven Gesetzesrecht – substantiell verschlechtern. Eine derartige Abweichung muss der Konsument, der auf faire Vertragsbedingungen vertraut, nach Treu und Glauben nicht erwarten. Insofern laufen ungünstige AGB seinen legitimen Erwartungen deutlich zuwider – unabhängig davon, ob die betreffenden Klauseln geradezu «ungewöhnlich» sind.
- Für die aufmerksame Lektüre von AGB, die bei Vertragsabschluss aufgelegt werden, besteht – zumal bei umfangreichen vorformulierten Klauseln – oftmals auf Grund der Umstände gar keine Zeit. Dies trifft beispielsweise zu, wenn die Vertragsurkunde sogleich (etwa an einem Bankschalter und bei wartenden weiteren Bankkunden) unterzeichnet werden soll, oder wenn bei einem elektronischen Abschlussverfahren (etwa beim Kauf eines Produkts im Internet, vom Fernseher bis zum Flugticket) dem Kunden lediglich ein beschränktes Zeitfenster zur Verfügung steht, indem die elektronische Buchung nur «bei zügigem Vorgehen» erfolgreich abgeschlossen werden kann.

⁵⁰ PETER GAUCH, Ein «regelrechter» Schluss – Abschiedsvorlesung, ZSR 128/2009 I, S. 215 ff., S. 228. Im Ergebnis ebenso HARTMANN (Fn. 26), S. 139.

⁵¹ GAUCH (Fn. 50), S. 228; PERRIG, Die AGB-Zugänglichkeitsregel (Fn. 8), S. 34.

C. Folgerungen

1. Regelfall

Aus den genannten Umständen muss sich dem redlichen Verwender in der heutigen Realität des Vertragsabschlusses die Erkenntnis aufdrängen, der Kunde habe die Klauseln bei Vertragsabschluss nicht gekannt und nicht gewollt. Daran vermag nach der Lebenserfahrung auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Kunde (etwa durch Ankreuzen eines vom Verwender eingerichteten Kästchens auf dem schriftlichen oder elektronischen Vertragsformular) «ausdrücklich bestätigt», die AGB gelesen und akzeptiert zu haben. In unserer schnelllebigen Zeit will der Kunde durch das «Abarbeiten» eines solchen Vertragsformulars möglichst schnell ein Produkt oder eine Dienstleistung erwerben, nicht aber sich durch die Lektüre umfangreicher, langweiliger und schwer verständlicher vorgedruckter Klauseln abmühen. Der Verwender weiss mit anderen Worten, dass keine ernst gemeinte Zustimmungserklärung vorliegt.

Anders als von einem «ordentlichen Kaufmann» kann nach den Wertungen unserer Privatrechtsordnung (etwa in Art. 97 BV) von einem Konsumenten auch keine besondere Vigilanz beim Vertragsabschluss verlangt werden. Dass er sich theoretisch «die Mühe nehmen könnte», von den AGB Kenntnis zu nehmen,⁵² kann man ihm nicht zum Vorwurf machen.⁵³ Einerseits ist auf Grund der beschriebenen Umstände der heutigen Vertragsabschluss-Wirklichkeit eine einlässliche Kenntnisnahme oftmals gar nicht möglich oder nicht sinnvoll (was übrigens sogar für gewisse Vertragsabschlüsse unter Kaufleuten gilt).⁵⁴ Auf der anderen Seite muss der AGB-Verwender regelmässig erkennen, dass die vorformulierten Klauseln von den Erwartungen des Konsumenten abweichen, zumal sie dessen Rechtsstellung markant verschlechtern. Auch darf das Interesse des Verwenders, seine AGB zur Anwendung zu bringen, nicht als besonders hoch bewertet werden, wenn es ihm darum geht, die Rechtsstellung des Konsumenten – in Abweichung vom dispositiven, demokratisch legitimierten Gesetzesrecht – systematisch zu verschlechtern. Die Privatautonomie darf nicht dazu missbraucht werden, durch

⁵² Vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei Kaufleuten die Ausführungen vorne unter II./B.

⁵³ So bereits RAISER (Fn. 26), S. 170: «... vielmehr befindet sich der Kunde aus Mangel an Zeit und Sachkenntnis vielfach in einer Zwangslage, und auch abgesehen davon ist es nach allgemeiner Auffassung nicht vorwerfbar, wenn er das Studium der AGB vor Vertragsabschluss unterlässt».

⁵⁴ Nach dem zutreffenden Hinweis von HARTMANN (Fn. 26), S. 138, handelt der Konsument durch das Nichtlesen der AGB auch keineswegs nachlässig; in vielen Fällen entspricht sein Verhalten geradezu jenem einer vernünftigen Person.

Sachzwänge beim Vertragsschluss-Mechanismus ein «Herrschaftsrecht» der Marktmächtigen zu schaffen.⁵⁵ Die Geltung des dispositiven Rechts ist für den Verwender überdies keineswegs besonders belastend, zumal es «in der Regel die Interessen der Parteien ausgewogen wahrht».⁵⁶ Angebliche «Verkehrsbedürfnisse» nach der Geltung der AGB erweisen sich somit nicht als schutzwürdig und scheiden aus.⁵⁷

Nimmt man das Vertrauensprinzip ernst, so führen die skizzierten Überlegungen und Wertungen nach der hier vertretenen Auffassung – jedenfalls im Grundsatz – zur Folgerung, dass Konsumenten durch Globalzustimmung keine AGB in den Einzelvertrag einbeziehen.⁵⁸ Der Verwender darf auf Grund der Umstände nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, der Konsument habe durch ein solches Verhalten sein Einverständnis zu den vorformulierten Bestimmungen erteilt. Es muss vielmehr nach dem Vertrauensprinzip davon ausgegangen werden, dass «dem Empfänger [Verwender] bekannt war oder nach der Erfahrung des Lebens vernünftigerweise bekannt sein musste, dass der [vom Konsumenten unterzeichnete] Erklärungsinhalt nicht gewollt sei».⁵⁹ Bezüglich der AGB besteht demnach Dissens, und der Vertrag ist ohne diese vorformulierten Bestimmungen zustande gekommen; es gilt stattdessen das dispositive Gesetzesrecht.

2. *Ausnahmefall*

In Ausnahmefällen kann das Vertrauensprinzip zum gegenteiligen Schluss – normativer Konsens trotz blosser Globalübernahme – führen. Das kann zutreffen, wenn der Konsument über eine besondere Branchenkenntnis der betreffenden Vertragsmaterie verfügt oder mit dem gleichen Unternehmer bei früherer Gelegenheit gleich lautenden AGB in Vollübernahme zugestimmt hat. Solche Umstände sind indessen vom AGB-Verwender nachzuweisen. Die Vermutung spricht gegen die Zustimmung des Kunden zu den vorformulierten Klauseln.

⁵⁵ Zu diesem «Herrschaftsrecht» der Marktmächtigen eindrucksvoll GAUCH (Fn. 50), S. 228.

⁵⁶ So für die Auslegung von Verträgen zum Beispiel BGE 117 II 609 E. 6c S. 621; 119 II 368 E. 4b S. 372; 126 III 388 E. 9 S. 391; aus der Lehre etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 2), Rn. 1230.

⁵⁷ A.M. RAISER (Fn. 26), S. 170.

⁵⁸ Weniger weitgehend HARTMANN (Fn. 26), S. 139 ff., der jedoch aus den skizzierten Umständen des Vertragsabschlusses Folgerungen für die Ausgestaltung der Ungewöhnlichkeitsregel zieht.

⁵⁹ BGE 64 II 355 E. 3 S. 357; 76 I 338 E. 4 S. 350; 108 II 416 E. 1b S. 418. Zu dieser Rechtsprechung als Einschränkung der Geltung des ungelesenen Unterzeichneten vgl. vorne II./B./2. *in fine*.

IV. Zusammenfassung

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen, um Geltung zu erlangen, von den Parteien in den konkreten Einzelvertrag übernommen werden, setzen also Konsens über ihre Geltung voraus (Art. 1 OR). Die Übernahme kann grundsätzlich eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 Abs. 2 OR). Bei Verträgen mit Konsumenten scheidet indessen eine stillschweigende Übernahme aus.
2. Nach herrschender Auffassung bedarf es zur Übernahme der AGB nicht der Vollübernahme; die Globalübernahme genügt. Es schadet demnach für die Einbeziehung nicht, wenn der Kunde (der einen schriftlichen Vertrag unterzeichnet) die AGB nicht gelesen oder nicht verstanden hat. Vorbehalten bleiben nach herrschender Auffassung freilich weitere (hier nicht näher behandelte) Elemente der Konsenskontrolle, namentlich die Zugänglichkeit der AGB und die Ungewöhnlichkeitsregel.
3. Die Auffassung vom Genügen der Globalzustimmung hat ihren Ursprung in der Lehre und Gerichtspraxis zur Geltung einer ungelesen unterzeichneten Urkunde. Diese ist – sieht man die bundesgerichtlichen Urteile durch – ganz oder jedenfalls ganz überwiegend zu Fällen des kaufmännischen Verkehrs entwickelt worden und fusst auf der Wertung, wonach derjenige, der eine ihm vorgelegte Urkunde ungelesen unterzeichnet, sich eine erhebliche Unsorgfalt vorwerfen lassen muss.
4. Die herrschende Auffassung zur Globalzustimmung zu AGB bedarf bei Verträgen mit Konsumenten der kritischen Überprüfung. Massgebend für den Konsens ist in diesen Situationen das Vertrauensprinzip, das wesentlich auf die Umstände des Vertragsschlusses abstellt. Vom Konsumenten kann – auch im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 97 BV – nicht die Diligenz eines ordentlichen Kaufmanns gefordert werden. Berücksichtigt man die heutige Realität des Vertragsschlusses und den typischen Inhalt vorformulierter Klauseln, so kommt nach dem Vertrauensprinzip in der Regel durch blosser Globalübernahme kein Übernahmevertrag von AGB zustande. Dem Verwender ist vielmehr bekannt oder muss nach der Erfahrung des Lebens vernünftigerweise bekannt sein, dass der vom Konsumenten unterzeichnete Erklärungsinhalt nicht gewollt ist. Bezüglich der AGB besteht demnach Dissens, und der Vertrag kommt ohne diese vorformulierten Bestimmungen zustande; es gilt stattdessen das dispositives Gesetzesrecht. Dieses wahrt im Regelfall die Interessen beider Parteien in ausgewogener Weise.
5. Nur in Ausnahmefällen kann das Vertrauensprinzip zum Schluss führen, der Konsument habe durch Globalerklärung den AGB zugestimmt. Das kann etwa der Fall sein, wenn der Konsument über eine besondere Bran-

chenkenntnis der betreffenden Vertragsmaterie verfügt oder mit dem gleichen Unternehmer bei früherer Gelegenheit gleichlautenden AGB in Vollübernahme zugestimmt hat. Solche Umstände sind indessen vom AGB-Verwender nachzuweisen.

Das sachenrechtliche Akzessorietätsprinzip im Spannungsfeld zwischen Forderungsbindung und Flexibilisierung

Insbesondere zur Relevanz dieses Prinzips bei der Grundpfandverschreibung

CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	868
II.	Zum Akzessorietätsprinzip.....	868
III.	Zur Bedeutung der Akzessorietät bei den Grundpfandrechten:	
	Grundsätzliche Forderungsbindung	869
A.	Einleitende Bemerkungen.....	869
B.	Zur Akzessorietät bei den Grundpfandrechten	871
	1. Einleitendes	871
	2. Allgemeine Bemerkungen zur Grundpfandverschreibung.....	871
	3. Zur Geltung des Akzessorietätsprinzips bei der Grundpfandverschreibung.....	872
	4. Exkurs: Zur Geltung des Akzessorietätsprinzips beim Schuldbrief	874
	5. Rechtsvergleichende Ausführungen.....	876
	a) Einleitende Hinweise	876
	b) Kurze rechtsvergleichende Bemerkungen insbesondere zur Entstehungs- und zur Untergangsakzessorietät	877
IV.	Zur Entstehungs- und zur Untergangsakzessorietät	877
A.	Zur Entstehungsakzessorietät	877
B.	Zur Untergangsakzessorietät	877
V.	Flexibilisierungen.....	878
A.	Einleitendes	878
B.	Relativierungen der Entstehungsakzessorietät.....	879
	1. Zukünftige oder bloss mögliche Forderungen.....	879
	2. Zur österreichischen Höchstbetragshypothek	880
	3. Zur deutschen Grundschuld	882

* Prof. Dr. iur., Fürsprecherin, Direktorin des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung in Lausanne.

C. Relativierungen der Untergangsakzessorietät.....	883
1. Variable oder betragsmässig unbestimmte Forderungen	883
2. Wiederauszahlungsklauseln	884
VI. Schlussbemerkungen.....	885

I. Einleitung

Das breite Spektrum der Lehr- und Forschungsgebiete des Jubilars als Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, umfasst unter anderem auch das materielle Privatrecht. Im Folgenden soll deshalb auf ein privatrechtliches Thema eingegangen werden, nämlich auf das sachenrechtliche Akzessorietätsprinzip. Zuerst wird Allgemeines zum Akzessorietätsprinzip ausgeführt. Sodann geht es um die Bedeutung der Akzessorietät bei den Grundpfandrechten im Sinne einer grundsätzlichen Forderungsbindung; dazu werden auch einige rechtsvergleichende Hinweise angebracht. Anschliessend wird speziell auf die Entstehungs- und auf die Untergangsakzessorietät eingegangen. Danach werden verschiedene Flexibilisierungen des Akzessorietätsprinzips dargelegt, insbesondere Relativierungen der vorher diskutierten Entstehungs- und der Untergangsakzessorietät. Die Ausführungen werden mit einigen Schlussbemerkungen abgeschlossen.

II. Zum Akzessorietätsprinzip

Das Akzessorietätsprinzip ist ein zentraler Grundsatz des schweizerischen Sachenrechts, namentlich im Bereich der Grundpfandrechte.

Unter Akzessorietät wird im Allgemeinen verstanden, dass ein Recht – das sog. Nebenrecht – von einem anderen Recht – dem sog. Hauptrecht – abhängig ist und dessen rechtliches Schicksal teilt.¹

Mit dem Akzessorietätsprinzip definiert der schweizerische Gesetzgeber – zusammen mit dem Spezialitätsgrundsatz² – das *Verhältnis zwischen Siche-*

¹ WOLFGANG WIEGAND, Akzessorietät und Spezialität. Zum Verhältnis zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand, in: Probleme der Kreditsicherung, Berner Tage für die juristische Praxis 1981, Bern 1982, S. 38. Zu den Wesensmerkmalen der Akzessorietät vgl. z.B. ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN, Die Verknüpfung zwischen gesicherter Forderung und grundpfandbezogenen Sicherungsrechten. Eine Untersuchung zur Akzessorietät und zum Akzessorietätsersatz bei Immobiliarsicherheiten, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 37 ff.

zung und gesicherter Forderung bei den Sicherungsrechten, insbesondere bei den Grundpfandrechten.³ Der Akzessorietätsgrundsatz wird im Gesetz nicht explizit erwähnt, er wird jedoch als Selbstverständlichkeit unterstellt und manifestiert sich beispielsweise in den Artikeln 824 Absatz 1, 826 und 835 ZGB.⁴

III. Zur Bedeutung der Akzessorietät bei den Grundpfandrechten: Grundsätzliche Forderungsbindung

A. Einleitende Bemerkungen

Bei den Grundpfandrechten meint Akzessorietät die *grundsätzliche Forderungsbindung*, d.h. die Bindung der Sicherung an den Bestand der zu sichernden Forderung.⁵

Es besteht somit ein umfassendes Abhängigkeitsverhältnis des Pfandrechts als Sicherungsrecht vom Bestand der Forderung, zu deren Sicherung es begründet worden ist. Das Pfandrecht als akzessorisches Nebenrecht bildet zusammen mit der Forderung, dem Hauptrecht, eine rechtliche Schicksalsgemeinschaft. Das Pfandrecht ist zu der zu sichernden Forderung akzessorisch, d.h. es hat nur dann und soweit Bestand, als auch die Forderung besteht; dem Pfandrecht kommt also keine selbständige Existenz zu. Die Akzessorietät verknüpft das Pfandrecht mithin so mit der zu sichernden Forderung, dass alle Änderungen betreffend die Forderung sich auch auf das Pfandrecht auswirken.⁶

Die Akzessorietät als umfassende Abhängigkeit des Nebenrechts vom Hauptrecht macht bei den Sicherungsrechten, so namentlich bei den Grundpfand-

² Dazu z.B. CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, Perspektiven des sachenrechtlichen Spezialitätsprinzips: insbesondere zur Bedeutung dieses Prinzips bei Pfandrechten, in: ZBGR 2016 (97. Jahrgang), S. 1 ff., m.w.H.

³ WIEGAND (Fn. 1), S. 35.

⁴ SAMUEL ZOGG, in: Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt u. Thomas Geiser, 5. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-AUTOR/-IN), Art. 824 N 10, mit Verweis auf WOLFGANG WIEGAND, Die Grundpfandrechte – Die Konzeption des ZGB und ihre Entwicklung in der Praxis, in: Theorie und Praxis der Grundpfandrechte, Berner Bankrechtstag 1996, hrsg. von Wolfgang Wiegand, Bern 1996, S. 80 ff.

⁵ WIEGAND (Fn. 1), S. 37.

⁶ Vgl. dazu statt vieler: STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER/VITO ROBERTO, Sachenrecht, 5. Aufl., Bern 2017, Rz. 09.38 oder z.B. auch CAROLINE S. RUPP, Grundpfandrechte zwischen Flexibilität und Schutz, Tübingen 2015, S. 58. Ausführlich zur Verknüpfung von gesicherter Forderung und Sicherungsrecht siehe z.B. DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 35 f.

rechten, insofern Sinn, als das Sicherungsrecht keinen eigenen Anspruch neben der Forderung gewährt. Da ihm eben bloss eine sichernde Funktion zukommt, wird es erst realisiert, wenn die Forderung nicht beglichen worden ist. Aus diesem Grunde besteht das Sicherungsrecht auch nur dann und nur soweit, wie dies zur Sicherung der Forderung erforderlich ist.⁷

Die Akzessorietät schafft eine Beziehung zwischen dem Sicherungsrecht und der zu sichernden Forderung, indem Umfang und Dauer der Haftung derjenigen Vermögensteile, die zur Sicherung verwendet werden, sich danach richten, was für die Sicherung der Forderung notwendig ist. Sicherungsrechte sind somit sachlich und zeitlich begrenzt und die Akzessorietät limitiert den Haftungsrahmen.⁸

Historisch galt das Akzessorietätsprinzip bereits im *römischen Recht*, das im Pfandrecht eine Verbindung von Hauptrecht und Nebenrecht vorsah, und später auch im *gemeinen Recht*. In der folgenden Zeit wurde die Bindung der Sicherung an die zu sichernde Forderung sukzessive verstärkt, dies gestützt auf die auf der Akzessorietät beruhende Haltung, wonach Sicherungsrechte nur als Sicherung und nur im Umfang der zu sichernden Forderung existieren. Diese Tendenz ging im *19. Jahrhundert* wegen der Industrialisierung, die auf Grund des steigenden Kapitalbedarfs neue Kreditsicherungsformen wie beispielsweise die Sicherungszession und die Sicherungsübereignung kreierte, in eine neue Richtung. Die Sicherungsrechte wurden verselbständigt und als von der Forderung möglichst unabhängige und auf Dauer angelegte Rechte ausgebildet.⁹

In der *Schweiz* hat der Gesetzgeber beide Zielrichtungen aufgenommen: Zum einen kennt das schweizerische Recht akzessorische Sicherungsrechte, so namentlich die Grundpfandverschreibung, zum andern werden bei den Pfandrechten die Anliegen des Rechtsverkehrs nach nicht-akzessorischen Sicherheiten berücksichtigt, so insbesondere in der Form des Rechtsinstituts des Schuldbriefs.¹⁰

Die schweizerische Tendenz geht heute in Richtung Ausweichen in nicht-akzessorische Sicherheiten, wie namentlich in die Sicherungszession, und in Richtung Lockerung der durch die Akzessorietät geschaffenen Verbindung des Sicherungsrechts mit der gesicherten Forderung.¹¹

⁷ Siehe hierzu z.B. RUPP (Fn. 6), S. 58, m.w.H.

⁸ WIEGAND (Fn. 1), S. 38 ff., m.w.H., u. S. 42 f.

⁹ WIEGAND (Fn. 1), S. 38 f., m.w.H., u. S. 42 f.; RUPP (Fn. 6), S. 57.

¹⁰ WIEGAND (Fn. 1), S. 39.

¹¹ WIEGAND (Fn. 1), S. 43 ff. WIEGAND geht im Folgenden vor allem auf die Bürgschaft und auf die Pfandrechte ein und führt auf S. 43 aus: «Gemeinsam ist diesen Beispielen das Bestreben der Kreditgeber, die Sicherheit vom jeweiligen Forderungsgegenstand, ja schon von der Entstehung der Forderung unabhängig zu machen.» WIEGAND diskutiert sodann

Namentlich bei den Grundpfandrechten kann die letztgenannte Flexibilisierung als durchaus positive und zu befürwortende Tendenz gewertet werden.¹²

B. Zur Akzessorietät bei den Grundpfandrechten

1. Einleitendes

Die Akzessorietät und damit die grundsätzliche Forderungsbindung ist zwar ein zentrales Prinzip des Grundpfandrechts, sie ist aber, wie eben bereits erwähnt, in der schweizerischen Rechtsordnung *nicht bei allen Grundpfandarten vorgesehen*. Vom Akzessorietätsprinzip beherrscht ist insbesondere die *Grundpfandverschreibung*.¹³ Im Fokus der folgenden Ausführungen soll deshalb das Rechtsinstitut der Grundpfandverschreibung stehen. Als Exkurs wird kurz auch auf den *Schuldbrief* eingegangen, der zu den nicht-akzessorischen Sicherungsrechten zählt.

2. Allgemeine Bemerkungen zur Grundpfandverschreibung

Die *Grundpfandverschreibung* ist in den Artikeln 824-841 ZGB geregelt. Sie stellt ein typisches Sicherungspfandrecht dar, indem sie als Sicherheit für die Bezahlung einer Forderung und nicht für den Rechtsverkehr ausgestaltet ist. Entsprechend wird bei der Grundpfandverschreibung kein Pfandtitel ausgestellt, sondern es wird lediglich ein Grundbucheintrag vorgenommen (Art. 799 Abs. 1 ZGB, Art. 825 Abs. 2 ZGB). Zu den Hauptmerkmalen der Grundpfandverschreibung gehören die Akzessorietät des Pfandrechts zur Forderung und die Sicherung beliebiger, bestimmbarer Forderungen (Art. 824 Abs. 1 ZGB, Art. 825 Abs. 1 ZGB).¹⁴

auf S. 45 ff., die – unerwünschte, wie er überzeugend begründet – Lockerung der Akzessorietät beim Faustpfand in Richtung lückenlose Sicherung.

¹² Dazu z.B. WIEGAND (Fn. 1), S. 48. Als Beispiele dieser Flexibilisierung nennt er die Forderungsauswechslung bei der Hypothek (S. 49) und die Weiterverwendung des Schuldbriefs (S. 49 ff.).

¹³ DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 333; BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN (Fn. 4), Vor Art. 793-823 N 16, m.w.H.

¹⁴ Allgemein zur Grundpfandverschreibung vgl. statt vieler: JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, Rz. 1594 ff.; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, § 113, S. 1279 ff., Rz. 1 ff. sowie u.a. auch DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 20 ff.

3. Zur Geltung des Akzessorietätsprinzips bei der Grundpfandverschreibung

Der Gesetzgeber hat die Grundpfandverschreibung dem Grundsatz nach als *akzessorisches Sicherungsrecht* konzipiert. Die Grundpfandverschreibung als Akzessorium (Nebenrecht) ist an die gesicherte Forderung (Hauptrecht) gebunden und teilt deren rechtliches Schicksal.¹⁵

Das dingliche Pfandrecht ist materiell-rechtlich vom Vorhandensein einer zu sichernden obligatorischen Forderung abhängig. Das Pfandrecht ist zu der zu sichernden Forderung akzessorisch, es folgt also grundsätzlich der gesicherten Forderung. Die Grundpfandverschreibung besteht folglich nur insoweit, als auch die zu sichernde Forderung existiert. Besteht keine Forderung (mehr), so entfaltet die Grundpfandverschreibung keine rechtlichen Wirkungen (mehr). Ist somit die zu sichernde Forderung nie entstanden, ungültig oder getilgt, so entfällt auch die Grundpfandverschreibung und kann im Grundbuch gelöscht werden. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs (Art. 973 ZGB) ändert an dieser rechtlichen Konsequenz nichts. Die Wirkung des Grundbuchs erstreckt sich nämlich nur auf das Pfandrecht, nicht aber auf die ihr zugrunde liegende obligatorische Pfandforderung¹⁶; daher darf vom Grundbucheintrag der Grundpfandverschreibung nicht auf einen Forderungsbestand geschlossen werden. Der umgekehrte Schluss auf einen Pfandrechtsbestand im Umfang der Grundforderung ist hingegen gestützt auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs rechtlich statthaft.¹⁷

Aus dem Akzessorietätsprinzip folgt, dass es zur Inanspruchnahme der Pfandsicherheit immer einer gültig zustande gekommenen Forderung bedarf. Existiert die Forderung noch nicht, weil eine zukünftige oder bloss mögliche Forderung sichergestellt werden soll (Art. 824 Abs. 1 ZGB), oder ist die Forderung untergegangen und das Pfandrecht im Grundbuch noch nicht gelöscht

¹⁵ Vgl. hierzu z.B. BGE 88 II 422 E. 2.a) S. 425: «Der Bestand des Pfandrechts ist vielmehr wegen seiner akzessorischen Natur von der Gültigkeit der Forderung abhängig, welche sie sicherstellen soll.» Siehe zur Grundpfandverschreibung als grundsätzlich akzessorisches Sicherungsrecht z.B. auch BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 10 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1602, m.w.H.; PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, Bd. III, 4. Aufl., Bern 2012, Rz. 2808; DAVID DÜRR, *Zürcher Kommentar*, Teilband IV 2b: *Das Grundpfand*, Systematischer Teil und Art. 793-804 ZGB, 2. Aufl., Zürich 2009, Syst. Teil (vor Art. 793 ZGB) N 230 oder auch DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 43 ff.

¹⁶ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (Fn. 14), § 113, S. 1281, Rz. 11.

¹⁷ Dazu z.B. BGE 88 II 422 E. 2.a) S. 425; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO (Fn. 6), Rz. 09.158 ff., mit Hinweis u.a. auf HANS MICHAEL RIEMER, *Die beschränkten dinglichen Rechte*, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. II, 2. Aufl. Bern 2000, § 22 N 11, S. 129. Zur Verknüpfung zwischen gesicherter Forderung und Sicherungsrecht bei der Grundpfandverschreibung vgl. z.B. auch DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 65 ff.

worden (Art. 826 ZGB), so kommt der Grundpfandverschreibung lediglich ein formaler Bestand in Form eines Grundbucheintrags zu.¹⁸

Aus der Akzessorietät folgt weiter, dass die Pfandforderung bestimmt sein muss. Ist nicht bzw. nicht genügend bestimmt oder bestimmbar, zu welcher Forderung das Pfandrecht das Akzessorium darstellen soll, so hat das Pfandrecht betreffend Entstehung, Übertragung und Untergang keine rechtliche Basis.¹⁹

Die Wirkungen der Akzessorietät manifestieren sich bei der Grundpfandverschreibung vor allem bei deren Entstehung, Übertragung und Untergang.²⁰

Da im Folgenden auf die Entstehungs- und Untergangsakzessorietät noch näher eingegangen wird, soll an dieser Stelle kurz die sog. *Übertragungsakzessorietät* dargelegt werden. Unter Übertragungsakzessorietät wird verstanden, dass bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung der grundpfandgesicherten Forderung, die nur durch schriftliche Abtretung (Zession) der Forderung vorgenommen werden kann (Art. 164 ff. OR), die Grundpfandverschreibung als Nebenrecht i.S.v. Artikel 170 Absatz 1 OR ohne Grundbucheintrag (Art. 835 ZGB) zusammen mit der gesicherten Forderung, die das Hauptrecht bildet, auf den Zessionar übergeht. Somit gilt bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung der Forderung die strenge Akzessorietät der Grundpfandverschreibung zur gesicherten Forderung: Aufgrund des Akzessorietätsprinzips wird das Pfandrecht als Nebenrecht zusammen mit der gesicherten Forderung abgetreten.²¹

Der Akzessorietätsgrundsatz wird bei der Grundpfandverschreibung durchbrochen, wenn eine durch ein Drittpfand gesicherte Schuld übernommen wird (Art. 178 Abs. 2 OR).²² Zudem wird das Akzessorietätsprinzip durchbrochen durch die Partikularitäten des formellen Grundbucheintrags.²³

Als Fazit lässt sich festhalten, dass die Grundpfandverschreibung im Grossen und Ganzen vom Grundsatz der Akzessorietät bestimmt wird.²⁴

¹⁸ BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN (Fn. 4), Vor Art. 793-823 N 16, m.w.H.

¹⁹ BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 10.

²⁰ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1602 ff.; BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 10.

²¹ BGE 88 II 422 E. 2.a) S. 425; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1603; RUPP (Fn. 6), S. 307 ff.; BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN (Fn. 4), Vor Art. 793-823 N 16; BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 14; WIEGAND (Fn. 4), S. 81. Allgemein zur Übertragungsakzessorietät siehe z.B. DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 40, m.w.H.

²² BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN (Fn. 4), Vor Art. 793-823 N 16.

²³ BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 10, m.w.H.

²⁴ BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN (Fn. 4), Vor Art. 793-823 N 16.

4. *Exkurs: Zur Geltung des Akzessorietätsprinzips beim Schuldbrief*

Gemäss Artikel 842 Absatz 1 ZGB wird durch die Errichtung eines *Schuldbriefs* eine neue Forderung begründet und grundpfändlich sichergestellt. Die im Schuldbrief verkörperte Forderung ist eine persönliche; der Schuldner des Schuldbriefs haftet auch mit seinem übrigen Vermögen, wenn in der Grundpfandverwertung der Verwertungserlös des Grundstücks nicht ausreicht, um die Forderung zu decken. Der Schuldbrief entsteht als Register-Schuldbrief durch Eintragung in das Grundbuch (Art. 857 ZGB) oder als Papier-Schuldbrief durch Eintragung in das Grundbuch und Ausstellen eines Pfandtitels (Art. 860 ZGB). Der Schuldbrief ist ein typisches Verkehrspfandrecht mit einfacher Übertragbarkeit (vgl. Art. 858 ZGB für die Übertragung des Register-Schuldbriefs, Art. 864 ZGB für die Übertragung des Papier-Schuldbriefs).²⁵

Bis Ende 2011 galt betreffend den Schuldbrief aus Gründen des Verkehrsschutzes, dass mit der Schuldbrieferrichtung das ursprüngliche, obligatorische Grundverhältnis durch Novation (Neuerung; vgl. Art. 116 f. OR) unterging und eine neue, abstrakte (Schuldbrief-)Forderung begründet wurde. Der Schuldbrief war somit vom zugrunde liegenden Schuldverhältnis losgelöst.²⁶

Der seit dem 1. Januar 2012 geltende Artikel 842 Absatz 2 ZGB bestimmt, dass Grund- und Schuldbriefforderung nebeneinander stehen, dass also die Grundforderung fortbestehen bleibt, ausser die Parteien hätten eine anderslautende Vereinbarung getroffen, mithin die Novation ausdrücklich verabredet (vgl. Art. 842 Abs. 2 a.E. ZGB). Nach dem neuen Recht gilt somit nicht mehr die Novationsvermutung, sondern es gilt nun die Vermutung des Fortbestehens des Schuldverhältnisses. Die Sicherungsübereignung (fiduziarische Eigentumsübertragung) ist neu das gesetzliche Grundmodell: Es wird das Eigentum am Schuldbrief übertragen und der Sicherungsnehmer wird gleichzeitig auch Gläubiger der Schuldbriefforderung. Zudem wird eine fiduziarische Sicherungsabrede getroffen, welche die vertragliche Verpflichtung beinhaltet, das Eigentum am Schuldbrief nur gemäss dem Sicherungszweck auszuüben. Der Grund für die gesetzliche Verankerung der Sicherungsübereignung (genauer: Sicherungseintragung) war, dass in der Praxis auf dem Hypotheken-

²⁵ Allgemein zum Schuldbrief vgl. z.B. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1801 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (Fn. 14), § 114, S. 1304 ff., Rz. 1 ff.; BSK ZGB II-STAEHELIN (Fn. 4), Art. 842 N 1 ff. sowie u.a. auch DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 22 ff.

²⁶ Vgl. hierzu z.B. BGE 132 III 166 E. 6.2 S. 169; 130 III 681 E. 2.3 S. 683; 105 III 122 E. 5.a) S.128 und z.B. BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN (Fn. 4), Vor Art. 793-823 N 16, m.w.H.

markt die Sicherungsübereignung seit langem die gebräuchliche und sogar dominierende Form ist.²⁷

Der Schuldbrief ist, wie bereits erwähnt, *grundsätzlich ein nicht-akzessorisches Grundpfand*.²⁸ Dennoch gibt es auch im Schuldbriefrecht Bereiche, in denen das *Akzessorietätsprinzip* gilt:

Die in der Sicherungsabrede enthaltene Verpflichtung des Gläubigers zur Eigentumsausübung am Schuldbrief nur im Rahmen des Sicherungszwecks bedeutet, dass der Gläubiger, der nicht bezahlt wird, die Zwangsvollstreckung nur für den noch geschuldeten Betrag verlangen kann. Geht er darüber hinaus, so kann sich der Schuldner gestützt auf die Artikel 842 Absatz 3 und 849 Absatz 1 ZGB zur Wehr setzen. Gemäss Bundesgericht existiert nämlich zwischen dem sicherungsübereigneten Schuldbrief und der ursprünglichen Forderung eine Beziehung der sog. «mittelbaren Akzessorietät».²⁹

Und allgemeiner: Der Schuldner kann gemäss Artikel 842 Absatz 3 ZGB gegenüber dem Gläubiger sowie gegenüber dem bösgläubigen Dritterwerber Einreden und Einwendungen aus dem Grundverhältnis erheben. In diesem Umfang wird der im Prinzip nicht-akzessorische (sicherungsübereignete) Schuldbrief zu einem akzessorischen Sicherungsrecht (sog. Einredeakzessorietät).³⁰

²⁷ Siehe dazu z.B. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1844 ff.; BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN (Fn. 4), Vor Art. 793-823 N 16, m.w.H.; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007, S. 5283 ff., S. 5321. Ausführlich zur Sicherungsübereignung vgl. z.B. DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 144 ff.

²⁸ Dazu z.B. auch DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 44: «Die – zumindest dem Grundsatz nach – bestehende Nicht-Akzessorietät bezieht sich beim (sicherungsübereigneten) Schuldbrief ausschliesslich auf das Verhältnis zwischen der Forderung aus dem Grundverhältnis und dem Grundpfandrecht sowie zwischen der Forderung aus dem Grundverhältnis und dem Sicherungseigentum am Schuldbrief. Zwischen dem *Grundpfandrecht* und der im Schuldbrief verkörperten *Schuldbriefforderung* hingegen besteht sowohl bei der direkten Sicherung i.e.S. als auch bei jener i.w.S. grundsätzlich *Akzessorietät*. Wird sodann ein Schuldbrief seinerseits als indirekte Sicherung verwendet (Fahnmispfandrecht am Schuldbrief), so ist das Verhältnis zwischen dem Fahnmispfandrecht und der gesicherten Forderung ebenfalls akzessorisch.» [Hervorhebungen im Original im Fettdruck].

²⁹ BGE 132 III 166 E. 6.2 S. 169, mit Hinweis u.a. auf WIEGAND (Fn. 4), S. 94 f. Zur mittelbaren Akzessorietät siehe z.B. auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1844j; DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 49 f. u. S. 51 f.

³⁰ DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 48 f. u. S. 268.

5. *Rechtsvergleichende Ausführungen*

a) **Einleitende Hinweise**

In der Mehrheit der europäischen Staaten gilt im Grundpfandrecht das Prinzip der Akzessorietät. Als akzessorisches Sicherungsrecht kennen beispielsweise das deutsche und österreichische Recht die *Hypothek*, das französische Recht kennt die *hypothèque* und das italienische Recht kennt die *ipoteca*. Das sog. «Hypothekenmodell»³¹ ist ausser in Estland in allen Rechtsordnungen der EU bekannt.³²

Beispielsweise in Belgien³³, in Bulgarien³⁴ oder in den Niederlanden³⁵ ist das Grundpfandrecht sogar ausschliesslich akzessorisch, d.h. diese Staaten kennen nur die Hypothek als Sicherungsmittel an Immobilien.³⁶

Beinahe alle europäischen Rechtsordnungen sehen also Grundpfandrechte vor, die mit der gesicherten Forderung verbunden sind. Die *als «Akzessorität» bezeichnete Forderungsbindung tritt in verschiedenen Arten auf und zeitigt verschiedene Auswirkungen*, so beispielsweise Akzessorietät in der Entstehung, Akzessorietät im Umfang («Der Umfang des Grundpfandrechts bestimmt sich nach dem Umfang der gesicherten Forderung, z.B. nach deren Höhe.»), Akzessorietät in der Durchsetzung («Das Grundpfandrecht ist nur

³¹ RUPP (Fn. 6), S. 58.

³² RUPP (Fn. 6), S. 57 f., m.w.H., oder z.B. auch STEFAN GEYER, *Kurzkommentar ZGB*, hrsg. von Andrea Büchler u. Dominique Jakob, 2. Aufl., Basel 2018, Vor Art. 842-874 ZGB N 9, der ausführt, dass im europäischen Kontext überwiegend akzessorische Sicherungsrechte verbreitet sind und es nicht-akzessorische Grundpfandrechte nur in wenigen europäischen Ländern gibt.

³³ VINCENT SAGAERT, *Main developments in immovable securities in French and Belgian law. A transition from tradition to modernity*, in: *Sicherungsrechte an Immobilien in Europa*, hrsg. von Monika Hinteregger u. Tomislav Boric, Wien/Berlin 2009, S. 201 ff.

³⁴ VLADIMIR PETROV, *The legal regime of the mortgage as a security right in immovables in Bulgaria*, in: *Sicherungsrechte an Immobilien in Europa*, hrsg. von Monika Hinteregger u. Tomislav Boric, Wien/Berlin 2009, S. 141 ff.

³⁵ L.P.W. VAN VLIET, *Mortgages on immovables in Dutch law in comparison to the German mortgage and land charge*, in: *Sicherungsrechte an Immobilien in Europa*, hrsg. von Monika Hinteregger u. Tomislav Boric, Wien/Berlin 2009, S. 285 ff.

³⁶ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1604c; ZK-DÜRR (Fn. 15), Syst. Teil (vor Art. 793 ZGB) N 460 ff.; MONIKA HINTEREGGER, *Die Immobiliensicherheit in Europa – eine rechtsvergleichende Skizze*, in: *Sicherungsrechte an Immobilien in Europa*, hrsg. von Monika Hinteregger u. Tomislav Boric, Wien/Berlin 2009, S. 41 ff., S. 43 f.; MATHIAS HABERSACK, *Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts*, in: dt. JZ 52/1997, S. 857 ff.

dann durchsetzbar, wenn auch die gesicherte Forderung durchsetzbar ist.») oder Akzessorietät im Erlöschen.³⁷

b) Kurze rechtsvergleichende Bemerkungen insbesondere zur Entstehungs- und zur Untergangsakzessorietät

Unter *Entstehungsakzessorietät* wird verstanden, dass das Grundpfandrecht nur entsteht, wenn auch die gesicherte Forderung zur Entstehung kommt. Generell gesagt kommt die Entstehungsakzessorietät nur in wenigen Ländern tatsächlich vor.³⁸

Die *Untergangsakzessorietät* meint, dass, wenn die gesicherte Forderung, z.B. durch Tilgung, erlischt, diesfalls auch das Grundpfandrecht untergeht. Sie kommt in der Praxis immer seltener vor und ist in einigen Ländern ganz verschwunden.³⁹

IV. Zur Entstehungs- und zur Untergangsakzessorietät

A. Zur Entstehungsakzessorietät

Die Entstehungsakzessorietät als Teilaspekt des Grundsatzes der Akzessorietät bedeutet in Reinform, dass das Grundpfandrecht vom Vorhandensein einer gültigen gesicherten Forderung abhängig ist.⁴⁰

B. Zur Untergangsakzessorietät

Die Untergangsakzessorietät besagt in Reinform, dass beim Untergang der gesicherten Forderung (durch Erfüllung oder auf andere Weise) auch alle

³⁷ OTMAR M. STÖCKER/ROLF STÜRNER, *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, Bd. III, 3. Aufl., Berlin 2012 (Bd. 50 der Schriftenreihe des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken vdp), S. 49 f. u. Näheres – mit Grafiken und zahlreichen Literaturhinweisen – auf S. 49 ff. Zu den verschiedenen Arten bzw. Auswirkungen der Akzessorietät siehe z.B. auch RUPP (Fn. 6), S. 59 f.

³⁸ Zur Entstehungsakzessorietät vgl. z.B. STÖCKER/STÜRNER (Fn. 37), S. 50 ff. und v.a. die Ländergrafik auf S. 53.

³⁹ Zur Untergangsakzessorietät siehe z.B. STÖCKER/STÜRNER (Fn. 37), S. 58 f. und v.a. die Ländergrafik auf S. 59.

⁴⁰ DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 70 f. Allgemein zur Entstehungsakzessorietät siehe z.B. DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 39, m.w.H.; RUPP (Fn. 6), S. 299 ff.

Nebenrechte wie insbesondere die Grundpfandrechte, welche die Forderung sichern, erlöschen (Art. 114 Abs. 1 OR).⁴¹

Geht die Grundpfandforderung unter, so büsst die Grundpfandverschreibung aufgrund der Akzessorietät ihre materielle Wirkung ein, d.h. sie geht *materiell* unter.⁴²

Formell besteht jedoch die Grundpfandverschreibung bis zu ihrer Löschung weiter.⁴³ Artikel 801 ZGB bestimmt, dass die Grundpfandverschreibung formal erst mit der Löschung des Grundbucheintrags untergeht (Art. 801 Abs. 1 ZGB). Gemäss Artikel 826 ZGB kann beim Forderungsuntergang der Eigentümer vom Gläubiger verlangen, dass dieser die Zustimmung zur Löschung des Grundbucheintrags erteilt.⁴⁴

Da somit das Grundpfandrecht als Nebenrecht beim Untergang der gesicherten Forderung nicht automatisch untergeht, ist die Untergangsakzessorietät bei der Grundpfandverschreibung nicht in Reinform gegeben.⁴⁵

Für den Schuldner bedeutet die Untergangsakzessorietät, dass er die (ganze oder teilweise) Bezahlung der pfandgesicherten Schuld gegenüber jedermann geltend machen kann und dass er davor geschützt ist, dass ihn ein Dritter – selbst bei Gutgläubigkeit dieses Dritten – erneut belangt.⁴⁶

V. Flexibilisierungen

A. Einleitendes

In unserer schweizerischen Rechtsordnung gilt die Forderungsbindung nicht strikte, sondern es gibt gewisse *Flexibilisierungen und Relativierungen*. Ins-

⁴¹ BGE 120 III 18 E. 4 S. 20; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1604; DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 86; WIEGAND (Fn. 4), S. 81. Allgemein zur Untergangsakzessorietät vgl. z.B. DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 41, m.w.H.; RUPP (Fn. 6), S. 301 f.

⁴² BGer vom 24.8.2012, 2C_798/2011, E. 5.1.3; BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 11.

⁴³ BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 11; STEINAUER (Fn. 15), Rz. 2704 f., m.w.H.

⁴⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1604.

⁴⁵ DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 86. Vgl. dazu z.B. auch BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 11: «Die Grundpfandverschreibung ist in diesen Fällen somit *nicht ein rein akzessorisches Recht*, sondern es wird durch den Grundbucheintrag eine *formelle und selbständige*, in ihrem Bestande wirksame *Pfandbelastung* begründet (...).» [Hervorhebungen im Original im Fettdruck].

⁴⁶ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1604b. Zur anders gelagerten Rechtslage beim Schuldbrief siehe z.B. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1820c.

besondere kommen bei der Entstehungs- und bei der Untergangsakzessorietät Relativierungen vor.⁴⁷

Als Beispiel einer *Relativierung der Entstehungsakzessorietät* wird nachfolgend auf die Thematik der zukünftigen oder bloss möglichen Forderungen eingegangen. Rechtsvergleichend wird ein Blick auf die österreichische Höchstbetragshypothek und auf die deutsche Grundschuld geworfen.

Mit Bezug auf die *Untergangsakzessorietät* werden im Folgenden exemplarisch für *Relativierungen* die variablen oder betragsmässig unbestimmten Forderungen sowie die Wiederauszahlungsklauseln behandelt.

B. Relativierungen der Entstehungsakzessorietät

1. Zukünftige oder bloss mögliche Forderungen

Würde die Entstehungsakzessorietät in reiner Form gelten, so könnte eine Grundpfandverschreibung nicht errichtet werden, wenn im Errichtungszeitpunkt die zu sichernde Forderung noch nicht besteht.⁴⁸

Das Gesetz relativiert jedoch die strenge Geltung der Entstehungsakzessorietät und bestimmt in Artikel 824 Absatz 1 ZGB, dass die Grundpfandverschreibung auch eine *zukünftige oder bloss mögliche Forderung* sichern kann. Im Zeitpunkt der Begründung einer Grundpfandverschreibung wird also keine existierende, gegenwärtige Forderung vorausgesetzt.⁴⁹

Bei der Eintragung einer Grundpfandverschreibung für eine zukünftige oder bloss mögliche Forderung entsteht das Pfandrecht zwar gestützt auf Artikel 799 Absatz 1 ZGB schon mit der Eintragung in das Grundbuch. Dogmatisch ist hier jedoch zwischen *einer formellen und einer materiellen Entstehung* zu differenzieren.⁵⁰

⁴⁷ Ausführlich zu den Relativierungen der Entstehungsakzessorietät vgl. z.B. DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 72 ff.; siehe dazu auch RUPP (Fn. 6), S. 300 f. Eingehend zu den Relativierungen der Untergangsakzessorietät siehe z.B. DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 86 ff.; vgl. hierzu auch RUPP (Fn. 6), S. 302 ff.

⁴⁸ DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 72.

⁴⁹ BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 11. Beim Schuldbrief hat der Gesetzgeber eine andere Regelung getroffen: Art. 842 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass durch die Errichtung eines Schuldbriefs eine neue, persönliche Forderung – die sog. Schuldbriefforderung (die von der Forderung aus dem Grundverhältnis unterschieden werden muss und mit ihr nicht identisch ist) – begründet und grundpfändlich sichergestellt wird; vgl. dazu z.B. BSK ZGB II-STAEHELIN (Fn. 4), Art. 842 N 1 ff.

⁵⁰ DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 72.

Die Grundbucheintragung bringt das Pfandrecht nur – aber immerhin – *formell* zur Entstehung. Diesbezüglich besteht eine Ausnahme vom Grundsatz der Entstehungsakzessorietät. Die Wirkung der formellen Eintragung besteht darin, dass das Grundstück mit einem Pfandrecht, welches gegenüber gleichrangigen oder nachrangigen Berechtigten, gegenüber dem Pfandeigentümer und gegenüber Drittpersonen wirkt, dinglich belastet und dass namentlich der Rang der zukünftigen Forderung gesichert wird, d.h. dass die Bestimmungen über Rang und Pfandstellen (Art. 813-815 ZGB) Anwendung finden.⁵¹

Gemäss ihrem akzessorischen Charakter wird die Grundpfandverschreibung *materiell* erst begründet, wenn die zu sichernde Forderung tatsächlich entsteht. Erst jetzt realisiert sich die Grundpfandverschreibung als Verwertungsrecht und kann sich der Grundpfandgläubiger bei Nichtbezahlung aus dem Verwertungserlös des Pfandobjekts bezahlt machen. Die Entstehungsakzessorietät gilt somit nur für das Verwertungsrecht.⁵² In der Lehre wird dieser Umstand etwa auch mit dem Begriff «materielle Entstehungsakzessorietät» bezeichnet.⁵³

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass die Grundpfandverschreibung in ihrer Entstehung nicht streng akzessorisch ist. Vielmehr ist die Akzessorietät insbesondere dann relativiert, wenn es um die Sicherstellung zukünftiger oder bloss möglicher Forderungen (Art. 824 Abs. 1 ZGB) durch eine Grundpfandverschreibung geht.⁵⁴

2. Zur österreichischen Höchstbetragshypothek

Wie bereits erwähnt, gilt in fast allen europäischen Staaten bei den Grundpfandrechten das Akzessorietätsprinzip, d.h. die Hypothek ist grundsätzlich strikte von der gesicherten Forderung abhängig. Trotz der grundsätzlich strengen Geltung des Grundsatzes der Akzessorietät kommen in den meisten europäischen Rechtsordnungen Lockerungen dieses Prinzips vor.⁵⁵

⁵¹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1601; DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 73; STEINAUER (Fn. 15), Rz. 2641 f. u. Rz. 2806.

⁵² DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 73 u. S. 77: «In seiner *materiellen Entstehung*, d.h. im Ergebnis dem Recht auf Verwertung und Befriedigung aus dem Pfanderlös, ist das Grundpfandrecht als Nebenrecht streng abhängig vom Bestand einer gültigen zu sichernden Forderung. In diesem Umfang ist die Beziehung von Grundpfandrecht zur gesicherten Forderung strikt vom Grundsatz der *Entstehungsakzessorietät* beherrscht.»

⁵³ BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 11. Auch DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1) übernimmt in ihrer Arbeit diese Unterscheidung in eine formelle und eine materielle Entstehungsakzessorietät, wie sie auf S. 77 f. ausführt.

⁵⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1604a.

⁵⁵ HINTEREGGER (Fn. 36), S. 46.

So kennen verschiedene Staaten die sog. Höchstbetragshypothek, die zu einer wesentlichen Flexibilisierung des Sicherungsrechts führt.⁵⁶

Eine *Höchstbetragshypothek* kennt zum Beispiel Österreich. Sie ist in § 469 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB) geregelt.⁵⁷

Bei der österreichischen Höchstbetragshypothek wird die Hypothek nicht zur Sicherung einer einzelnen Forderung errichtet, sondern sie wird nach § 14 Absatz 2 des österreichischen Grundbuchsgesetzes (GBG) an ein Grundverhältnis, das urkundlich belegt werden muss, angebunden.⁵⁸

Bei der Eintragung des Pfandrechts wird für Forderungen aus einem bezeichneten Grundverhältnis ein zahlenmässig genau bezifferter Höchstbetrag angegeben, bis zu welchem eine hypothekarische Haftung besteht (§ 14 Abs. 2 f. GBG). Bis zu diesem Höchstbetrag sind alle Forderungen, die sich aus dem Grundverhältnis ergeben und die aktuell existieren oder in Zukunft noch entstehen werden, ohne weitere Grundbucheintragen durch das Pfandrecht gesichert.⁵⁹

Mit der Höchstbetragshypothek können somit auch zukünftige Forderungen gesichert werden, sofern das Grundverhältnis, aus dem sie entstehen werden, schon bestimmt ist.⁶⁰

Ansonsten wird die Höchstbetragshypothek nach den allgemeinen Regeln errichtet und eingetragen.⁶¹

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die österreichische Höchstbetragshypothek eine Lockerung der Akzessorietät darstellt.⁶²

⁵⁶ HINTEREGGER (Fn. 36), S. 46; STÖCKER/STÜRNER (Fn. 37), S. 8.

⁵⁷ Allgemein zur österreichischen Höchstbetragshypothek vgl. statt vieler: RUPP (Fn. 6), S. 235 ff.

⁵⁸ RUPP (Fn. 6), S. 235 f.; HINTEREGGER (Fn. 36), S. 46.

⁵⁹ RUPP (Fn. 6), S. 236; ULFRIED TERLITZA, Sicherungsrechte an Immobilien in Europa: Länderbericht Österreich, in: Sicherungsrechte an Immobilien in Europa, hrsg. von Monika Hinteregger u. Tomislav Boric, Wien/Berlin 2009, S. 237 ff., S. 257; STÖCKER/STÜRNER (Fn. 37), S. 58.

⁶⁰ RUPP (Fn. 6), S. 236 f.

⁶¹ RUPP (Fn. 6), S. 236. Wird die gesicherte bzw. werden alle gesicherten Forderungen getilgt, wird also die Höchstbetragssumme vollständig bezahlt, so erlischt die Höchstbetragshypothek nicht, sondern sie bleibt bestehen, bis das Grundverhältnis als solches beendet wird. Die Höchstbetragshypothek ist also mit Bezug auf die Untergangsakzessorietät nicht-akzessorisch. Sodann ist diesfalls die («grundverhältnislose») Hypothek noch zu löschen (§ 469 ABGB). Vgl. dazu z.B. RUPP (Fn. 6), S. 239 f.; STÖCKER/STÜRNER (Fn. 37), S. 58; TERLITZA (Fn. 59), S. 257.

⁶² So z.B. RUPP (Fn. 6), S. 240 f.

3. Zur deutschen Grundschuld

In einigen europäischen Ländern geht die Lockerung des Akzessorietätsprinzips noch weiter und es wird neben der Hypothek ein nicht-akzessorisches Sicherungsrecht vorgesehen. Die Nicht-Akzessorietät dient dabei dazu, eine maximale Flexibilisierung von Grundpfandrecht und gesicherter Forderung zu erzielen.⁶³

Ein wichtiges Beispiel hierfür ist die *Grundschuld* des deutschen Rechts, die in den §§ 1191 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) geregelt ist.⁶⁴

Die Hypothek nach deutschem Recht setzt für ihre Entstehung eine Forderung voraus und hängt in ihrem Bestand von der gesicherten Forderung ab. Bei der Grundschuld existiert diese Abhängigkeit nicht. Für ihre Existenz ist keine gesicherte Forderung notwendig. Sie besteht mithin verbindungslos zu einer Forderung, d.h. sie ist nicht-akzessorisch ausgestaltet. Den wesentlichen Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld bildet somit die Nicht-Akzessorietät der Grundschuld. Diese Nicht-Akzessorietät erhöht die Verkehrsfähigkeit der Grundschuld. Forderung und Grundschuld sind unabhängig voneinander übertragbar.⁶⁵

In der Praxis werden die meisten Grundschulden zur Sicherung von Krediten eingesetzt, d.h. dieses nicht-akzessorische Sicherungsrecht wird vorwiegend errichtet, um eine oder mehrere Forderungen zu sichern. Bei der sog. «Sicherungsgrundschuld» wird die Verbindung zwischen gesicherter Forderung und Grundschuld vertraglich geregelt, und zwar in einem Sicherungsvertrag oder in einer Sicherungsabrede. In diesem Vertrag wird der Zweck der Errichtung der Grundschuld geregelt und es wird vereinbart, wann der Eigentümer sie wieder zurückbekommen oder löschen lassen kann usw. Der Gläubiger wird dinglich umfassend berechtigter Titular der Grundschuld. Der Sicherungsvertrag schränkt jedoch seine Kompetenzen im Innenverhältnis ein, dies vor al-

⁶³ STÖCKER/STÜRNER (Fn. 37), S. 50 f., m.w.H.; HINTEREGGER (Fn. 36), S. 44.

⁶⁴ Allgemein zur Grundschuld vgl. statt vieler: RUPP (Fn. 6), S. 149 ff.; WOLFGANG LÜKE, Die Sicherungsgrundschuld, in: Sicherungsrechte an Immobilien in Europa, hrsg. von Monika Hinteregger u. Tomislav Boric, Wien/Berlin 2009, S. 129 ff.; DOMINIQUE OLIVER ANSEHL, Die deutsche Grundschuld und der schweizerische Schuldbrief, in: Jusletter 7. November 2011 sowie München 2011 (vollständige Masterarbeit) oder z.B. auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1604c. Gemäss HINTEREGGER (Fn. 36), S. 44, bildet die deutsche Grundschuld das Vorbild für andere Staaten, so z.B. für Ungarn oder Slowenien, die ein nach dem Muster der Grundschuld konstruiertes, nicht-akzessorisches Sicherungsrecht geschaffen haben, oder für Teile Bosniens und Herzegowinas, wo sich ein solches Sicherungsrecht in Planung befindet, oder für Frankreich, welches mit der seit 2006 eingeführten *hypothèque rechargeable* neu ein Sicherungsrecht an unbeweglichen Sachen vorsieht, bei dem die Akzessorietät zur Forderung fast gelöst ist.

⁶⁵ RUPP (Fn. 6), S. 149 f., m.w.H.; STÖCKER/STÜRNER (Fn. 37), S. 51, m.w.H.; LÜKE (Fn. 64), S. 129.

lem durch den festgelegten Zweck der Grundschuld. Die Sicherungsgrundschuld stellt somit ein fiduziarisches Sicherungsrecht dar.⁶⁶

Für die Grundschuld bestehen im deutschen Recht keine eigenen Regeln. Nach § 1192 Absatz 1 BGB untersteht sie grundsätzlich denselben Bestimmungen wie die Hypothek, mit Ausnahme der Regeln des Hypothekenrechts, welche auf die Akzessorietät Bezug nehmen.⁶⁷

Der deutsche Gesetzgeber bevorzugte im BGB die Hypothek gegenüber der Grundschuld, in der Praxis kommt der Grundschuld aber heute von ihrer Bedeutung her klar der Vorrang zu. Die Kreditinstitute bedienen sich in praktisch allen Fällen der Grundschuld, und zwar in der Gestalt der Sicherungsgrundschuld.⁶⁸

C. Relativierungen der Untergangsakzessorietät

I. Variable oder betragsmässig unbestimmte Forderungen

Sichert die Grundpfandverschreibung ein *in seinem Umfang wechselndes Kreditverhältnis* (Kontokorrentkredit, meistens in der Form einer Maximalhypothek⁶⁹) oder eine *betragsmässig unbestimmte Forderung*, so ist die Untergangsakzessorietät relativiert.

Wird in einem solchen Fall der Kredit zurückbezahlt, so geht das Pfandrecht nämlich formell nicht unter. Vielmehr kann es im gleichen Rahmen zur Sicherung eines Kredits materiell wieder verwendet werden, ohne dass ein neues Pfandrecht bestellt werden muss. Die Pfandklausel, die eine variable Forderung sichert, schliesst auch die erneute Aufnahme bzw. die Erhöhung eines Kredits mit ein.⁷⁰

⁶⁶ RUPP (Fn. 6), S. 150, m.w.H.; STÖCKER/STÜRNER (Fn. 37), S. 51 f., m.w.H.; LÜKE (Fn. 64), S. 129. Eingehend zur Sicherungsgrundschuld vgl. z.B. LÜKE (Fn. 64), S. 129 ff. oder auch KUKO-GEYER (Fn. 32), Vor Art. 642-874 ZGB N 9, der mit Hinweis auf den 2008 eingefügten § 1191 Abs. 1a BGB bemerkt, die Tendenz gehe anscheinend dahin, die bestehenden fiduziarischen Sicherungsrechte an die akzessorischen anzugleichen.

⁶⁷ RUPP (Fn. 6), S. 150, m.w.H.

⁶⁸ STÖCKER/STÜRNER (Fn. 37), S. 51 f., m.w.H.; HINTEREGGER (Fn. 36), S. 44.

⁶⁹ Bei einer Maximalhypothek wird im Grundbuch der maximal pfandgesicherte Betrag (inkl. Zinsen) eingetragen; siehe dazu z.B. BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 23.

⁷⁰ BGE 108 II 47 E. 2 S. 48; BGer vom 15.5.1998, in: ZBGR 2000, S. 319, E. 3.b) u. 3.c). Vgl. dazu z.B. auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1604a u. Rz. 1638b; BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 12; HANS HUBER, Aktuelle Fragen aus dem Grundpfandrecht, in: ZBGR 1958, S. 193 ff. u. S. 342 ff., S. 348 ff. Diesfalls ist keine sog. Pfandrechtserneuerung (Auswechslung der pfandgesicherten Forderung) nötig, bei welcher der geänderte Grundpfandvertrag öffentlich beurkundet werden müsste. Vgl. zur Pfand-

2. Wiederauszahlungsklauseln

Auch sog. *Wiederauszahlungsklauseln* relativieren die Untergangsakzessorietät bei Grundpfandverschreibungen.

Eine Wiederauszahlungsklausel besteht darin, dass sich der Gläubiger im Pfandvertrag verpflichtet, bei einer Teilrückzahlung und anschliessenden Wiedererhöhung der Schuld das Grundpfandrecht auch für den wieder erhöhten Darlehensbetrag gelten zu lassen.⁷¹

Solche Wiederauszahlungsklauseln werden in der Bankpraxis in die Pfanderichtungsverträge aufgenommen, um maximale Flexibilität im Rahmen von Sicherungsverhältnissen zu erzielen.⁷²

Nach Abzahlung eines Teils der Darlehensforderung bleibt das Pfandrecht zwar formell bestehen, und dies während der ganzen Dauer des Kreditverhältnisses. Materiell geht das Pfandrecht aber im Ausmass des abbezahlten Betrags unter. Wird in der Folge in diesem Umfang der Kredit wieder aufgestockt, so wird die «materielle Lücke» wieder aufgefüllt.⁷³

Würde der Pfandvertrag keine Wiederauszahlungsklausel vorsehen, so müsste bei einer Wiedererhöhung des Darlehensbetrags nach einer teilweisen Abzahlung eine – mit erheblichen Kosten (Beurkundungs- und Grundbuchgebühren) verbundene – öffentlich zu beurkundende sog. Pfandrechtserneuerung gemacht werden.⁷⁴

Wiederauszahlungsklauseln kommen in der Praxis häufig bei Kapitalhypotheken vor. Sieht der Pfandvertrag die Sicherung einer betragsmässig bestimmten Forderung vor (Kapitalhypothek), so geht das Pfandrecht formell nicht unter, wenn abbezahlt worden ist. Ist im Pfandvertrag eine Wiederaus-

rechtserneuerung z.B. DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 104 ff.; BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 36 ff.

⁷¹ DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 94 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1638c; BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 13; ZK-DÜRR (Fn. 15), Syst. Teil (vor Art. 793 ZGB) N 262, Art. 795 ZGB N 43 u. Art. 801 ZGB N 48 ff.; WIEGAND (Fn. 4), 85.

⁷² Zu den Wiederauszahlungsklauseln siehe z.B. auch RUPP (Fn. 6), S. 305.

⁷³ DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 96.

⁷⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 14), Rz. 1604b; BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 13; ZK-DÜRR (Fn. 15), Art. 794 ZGB N 99 ff. u. insb. N 104; HUBER (Fn. 70), S. 350 f. Beim Schuldbrief sieht die rechtliche Situation anders aus: Sowohl beim Register-Schuldbrief wie auch beim Papier-Schuldbrief besteht keine Akzessorietät zwischen Pfandrecht und gesicherter Forderung, so dass der Schuldbrief nach Tilgung der Forderung zur Sicherung einer anderen Forderung des gleichen oder eines neuen Gläubigers wieder verwendet werden kann (vgl. Art. 853 ZGB); vgl. dazu statt vieler: BSK ZGB II-STAEHELIN (Fn. 4), Art. 853 N 1 ff.

zahlungsklausel vereinbart worden, so ist eine materielle Weiterverwendung des Pfandrechts möglich.⁷⁵

VI. Schlussbemerkungen

Wie in den vorangehenden Ausführungen aufgezeigt, ist das *Akzessorietätsprinzip* ein *grundlegendes Prinzip des Grundpfandrechts*. Zwischen der gesicherten Forderung und dem Grundpfandrecht besteht eine mehr oder weniger intensive Verbindung. Bei den akzessorischen Sicherungsrechten, wie namentlich bei der Grundpfandverschreibung, besteht eine intensive Abhängigkeit des Sicherungsrechts (Nebenrecht) von der gesicherten Forderung (Hauptrecht). Bei den nicht-akzessorischen Sicherungsrechten, zu denen beispielsweise der (sicherungsübereignete) Schuldbrief zählt, greift das Akzessorietätsprinzip zwar grundsätzlich nicht, in einigen Bereichen tritt es aber dennoch auch auf. Als Vorteile der Akzessorietät sind der Schuldnerschutz sowie die Einfachheit und Klarheit der Regelung zu nennen. Für die Nicht-Akzessorietät sprechen die Verkehrsfähigkeit sowie die flexible und ökonomische Kreditsicherung durch nicht-akzessorische Sicherungsrechte.⁷⁶

Das Akzessorietätsprinzip gilt nun allerdings auch bei den akzessorischen Grundpfandrechten nicht strikte, sondern es bestehen, wie dargelegt, verschiedene Flexibilisierungen. Bei der Grundpfandverschreibung sieht insbesondere das Gesetz selber – aus rechtspolitischen Gründen – Relativierungen der Entstehungs- und der Untergangsakzessorietät vor.⁷⁷

Diese Flexibilisierungen machen die akzessorischen Sicherungsrechte sogar «eurohypothekstauglich».

Unter der sog. *Eurohypothek* wird ein einheitliches Sicherungsrecht für den europäischen Hypothekarmarkt verstanden. Damit sollen grenzüberschreitende grundpfandrechtlich gesicherte Kredite erleichtert werden. Mit der Eurohypothek soll nicht eine Vereinheitlichung der europäischen Sicherungsrechte geschaffen werden, sondern es soll ein alternatives Sicherungsrecht zur

⁷⁵ BSK ZGB II-ZOGG (Fn. 4), Art. 824 N 13.

⁷⁶ Siehe dazu z.B. DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 333 f.

⁷⁷ So z.B. DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 334: «Ausnahmen [des Akzessorietätsprinzips] bestehen im Hinblick auf die Entstehungs- und die Untergangsakzession, da aufgrund des Eintragungsprinzips der lediglich formelle Bestand des Grundpfandrechts möglich ist. Die entsprechenden Akzessorietätswirkungen sind limitiert, da sie sich nur auf die materielle Entstehung bzw. den Untergang von gesicherter Forderung und Grundpfandrecht beziehen.» Siehe hierzu z.B. auch WIEGAND (Fn. 1), S. 53.

Verfügung gestellt werden, das neben die schon existierenden nationalen Grundpfandrechte treten soll.⁷⁸

Aktuell ist allerdings festzustellen, dass zwar auf dem europäischen Hypothekarkreditmarkt ein gewisser Vereinheitlichungsbedarf feststellbar ist, dass aber die entsprechenden Harmonisierungsprojekte zur Marktintegration, zum Abstimmen der nationalen Hypothekarmärkte und zum rechtlichen Zusammenwachsen des Hypothekarkredits nur schleppend vorankommen. Vielmehr befassen sich die Harmonisierungsprojekte der EU zurzeit vor allem mit den schuldrechtlichen Themen des Kreditgeschäfts, wie etwa mit dem Verbraucherschutz (z.B. Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge).⁷⁹

Dabei würde die Eurohypothek entscheidende Vorteile aufweisen. Es würde damit die Möglichkeit geschaffen, grenzüberschreitende Immobiliarkreditgeschäfte nach einheitlichen europäischen Vorgaben zu tätigen. Dies hätte zur Folge, dass die Transaktions- und Informationskosten gesenkt und die Rechtssicherheit erhöht würde. Ein einheitliches europäisches Sicherungsrecht würde die Gewährung grenzüberschreitender Kredite finanziell interessanter machen und damit einen Beitrag zur Realisierung der Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit leisten. Aus diesen Gründen spricht sich die juris-

⁷⁸ Zur Eurohypothek im Allgemeinen vgl. z.B. RUPP (Fn. 6), S. 4 ff. u. S. 508 ff.; Botschaft Register-Schuldbrief (Fn. 27), S. 5299; CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, Der Register-Schuldbrief: Neues Instrument für die Banken, in: *Kreditsicherheiten*, hrsg. von Susan Emmenegger, Schweizerische Bankrechtstagung 2008, Basel 2008, S. 1 ff., S. 17; Einführung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand, Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung (SIR) vom 12. September 2006 (zur Publikation auf der Homepage des SIR vorgesehen; www.isdc.ch -> Dienstleistungen -> Informationen zum ausländischen Recht online), S. 6 ff. RUPP (Fn. 6) führt auf S. 7 f. aus: «Der Bedarf für ein solches gemeinsames europäisches Grundpfandrecht wird seit nunmehr weit über 20 Jahren immer wieder nachdrücklich geäußert, nur vereinzelt wird der Sinn eines vereinheitlichten Sicherungsrechts noch in Frage gestellt. Einigkeit herrscht auch darüber, dass das europäische Grundpfandrecht ein fakultatives Zusatzinstrument (sogenanntes «29. Modell») sein soll, das neben die nationalen Grundpfandrechte tritt und als Alternative zu ihnen fungiert. Auf diese Weise bleiben einerseits die nationalen Rechtsinstitute unberührt – eine optionale Zusatzregelung erscheint sowohl im Hinblick auf die Akzeptanz und Konsensfähigkeit als auch im Hinblick auf den Subsidiaritätsgrundsatz sinnvoll. Andererseits bedeutet die parallele Verfügbarkeit eines neuen europäischen Instruments einen Wettbewerb mit den nationalen Rechtsordnungen: sowohl das neu eingeführte europäische Grundpfandrecht als auch die nationalen Grundpfandrechte können und müssen sich in der Konkurrenzsituation bewähren, woraus wertvolle Weiterentwicklungs- und Reformimpulse entstehen können.»

⁷⁹ Dazu z.B. RUPP (Fn. 6), S. 4 ff. Zum Stand der Diskussion in den EU-Kreisen im Jahre 2006 siehe z.B. SIR-Gutachten 2006 (Fn. 78), S. 6 ff. Zu allgemeinen Überlegungen zur Vereinheitlichung des materiellen Rechts der Grundpfandrechte, der überwiegend Skepsis entgegengebracht wird, vgl. z.B. RUPP (Fn. 6), S. 6 ff.

tische Lehre immer wieder für die Schaffung eines zusätzlichen europäischen Sicherungsinstruments, der sog. Eurohypothek, aus.⁸⁰

Mit Bezug auf die rechtliche Ausgestaltung wird allgemein empfohlen, bei einem gemeinsamen europäischen Grundpfandrecht (Eurohypothek) bezüglich Forderungsbindung das *Modell der Akzessorietät* zu wählen.⁸¹

Dem Plädoyer «Unter Berücksichtigung der bisherigen Vorschläge auf europäischer Ebene, der aktuellen Ausgestaltung der nationalen Rechtsordnungen und der Abwägung der Vor- und Nachteile beider Modelle ist daher auf europäischer Ebene ein akzessorisches Grundpfandrecht zu empfehlen – dessen Bezeichnung als «Eurohypothek» dann auch seine dogmatische Grundlage widerspiegelt.»⁸² kann m.E. vorbehaltlos zugestimmt werden.

⁸⁰ RUPP (Fn. 6), S. 7 f., m.w.H.

⁸¹ RUPP (Fn. 6), S. 588 f. oder z.B. auch die Botschaft Register-Schuldbrief (Fn. 27), S. 5299, wo ausgeführt wird, dass im europäischen Rechtsraum ein akzessorisches Grundpfandrecht betreffend Akzeptanz grössere Chancen aufweisen dürfte als ein nicht-akzessorisches. Allgemein zu den Vorteilen akzessorischer Sicherungsrechte (Schuldnerschutz, klare und einfache Regelung) siehe z.B. DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 1), S. 45 f. Zu Ausgestaltungsvorschlägen für ein gemeinsames europäisches Grundpfandrecht vgl. z.B. RUPP (Fn. 6), S. 508 ff. Ausführlich zu den Vor- und Nachteilen der Akzessorietät siehe z.B. RUPP (Fn. 6), S. 563 ff.

⁸² RUPP (Fn. 6), S. 589.

Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts und ihre Grenzen

FELIX SCHÖBI*

«Entweder stimmt eine Kritik, dann ist sie berechtigt, oder sie stimmt nicht, dann ist sie keine Kritik.»

FRIEDRICH DÜRRENMATT,
Monstervortrag über Recht und
Gerechtigkeit

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	889
II.	Der verfassungsrechtliche Rahmen.....	891
III.	Strafrecht.....	893
	A. Schutz der richterlichen Unabhängigkeit.....	893
	B. Ehrverletzung	894
IV.	Zivilrecht.....	896
	A. Persönlichkeitsschutz des Bundesrichters	896
	B. Persönlichkeitsschutz des Bundesgerichts?.....	898
V.	Exkurs: Art. 10 EMRK	899
VI.	Deontologie.....	900
	A. Rechtsanwälte.....	900
	B. Journalisten.....	901
VII.	Schlussbemerkung	902

I. Einleitung

Richter sind auch nur Menschen. Sie freuen sich über Lob und tun sich mit Tadel schwer. Hin und wieder stellen sie sich sogar die Frage, ob sie sich von ihren Kritikern eigentlich alles sagen und gefallen lassen müssen¹. Von den

* PD Dr. FELIX SCHÖBI, Bundesrichter am Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne.

¹ Vgl. bereits HANS WIPRÄCHTIGER, Kritikfähigkeit der Justiz – oder: Ein verbessertes Verhältnis zwischen Justiz und Medien, in: Geschlossene Gesellschaft, Macht und Ohnmacht der Justizkritik, 1993, S. 81 ff.; MARCEL BERTSCHI, Gedanken zur Justizkritik, Annäherungsversuche, in: Geschlossene Gesellschaft, Macht und Ohnmacht der Justizkritik, 1993, S. 97 ff.; neu auch Anne Sanders/Luc von Danwitz, Zulässigkeit und Grenzen von Kritik an der Justiz, in: Justice – Justiz – Giustizia, 2018/2.

Grenzen der Kritik handelt der folgende Beitrag: Dass er in der Festschrift für THOMAS KOLLER erscheint, ist kein Zufall, nachdem dieser seit vielen Jahren in der ZBJV die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Mietrecht – und früher auch im Arbeitsrecht – kommentiert und sich manchmal auch über diese ärgert².

Nicht Gegenstand des folgenden Beitrags sind das Wettbewerbsrecht sowie die Rolle und die Verantwortung der Vermittler, namentlich der Verleger und Provider³. Ebenso wenig interessiert, ob es neben dem Recht auf Kritik auch eine Pflicht zur Kritik gibt. Ich denke da nicht nur an die Gerichtsschreiber, die im Rahmen der Entscheidungsfindung eine beratende Stimme haben (Art. 24 Abs. 1 BGG)⁴, sondern auch an Professoren⁵.

Im Übrigen ist mein Fokus auf das Bundesgericht gerichtet, obwohl andere Gerichte und Behörden mindestens ebenso sehr der Kritik ausgesetzt sind⁶. Das Bundesgericht ist die oberste rechtsprechende Behörde der Schweiz (Art. 188 BV). Seine Urteile können damit an keine höhere Instanz weitergezogen werden. Die Parteien müssen sich – ausser es liegt ein Revisionsgrund vor (Art. 121-123 BGG) – mit dem einmal gefällten Urteil abfinden. Der Weiterzug an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ist zwar möglich. Die Erfolgsaussichten sind allerdings gering⁷. Praktisch chancenlos ist es auch, gegen einen Bundesrichter strafrechtlich vorzugehen. Anders als Deutschland (vgl. § 339 Strafgesetzbuch) kennt die Schweiz keinen Tatbestand der Rechtsbeugung. Strafanzeigen gegen Bundesrichter enden deshalb in der Regel mit einer Nichtan-

² Vgl. THOMAS KOLLER, Wenn mir Mon-Repos die Ruhe raubt... Bemerkungen zu methodisch problematischem Judizieren des Bundesgerichts im Mietrecht, in: Jusletter vom 3. Februar 2014, und (auch selbstkritisch), «Spieglein, Spieglein an der Wand» – Oder: Gedanken zum Umgang mit dem Ärger über höchstrichterliches Ungenügen, in: Jusletter vom 15. September 2014.

³ Anders als das Strafrecht (Art. 28 StGB) kennt das Zivilrecht keine Kaskadenhaftung. Dies macht den Weg frei, neben dem Journalisten auch den Verleger (Urteil 5A_104/2015 vom 10. August 2015) oder den Betreiber eines Blogs (Urteil 5A_792/2011 vom 14. Januar 2013) einzuklagen. Unter Umständen ist sogar der Drucker haftbar (BGE 126 III 161).

⁴ Weiterführend SIMONA RISI, Die beratende Stimme der Gerichtsschreibenden – Darlegung am Beispiel des Bundesverwaltungsgerichts, Justice – Justiz – Giustizia 2017/3, Rz. 13.

⁵ Noch deutlich weiter ging Bundesgerichtspräsident ULRICH MEYER, als er in einem Radiointerview vom 19. März 2018 eine kritische Haltung der Rechtsprechung gegenüber zur «staatsbürgerlichen Pflicht» erklärte (www.srf.ch/news/schweiz/justiz-auf-dem-pruefstand-eine-kritische-haltung-ist-staatsbuengerliche-pflicht).

⁶ Erwähnt sei namentlich die Kritik, die sich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden in den ersten Jahren ihres Wirkens anhören mussten. Besondere Publizität erlangte dabei die noch nicht rechtskräftig erledigte Klage der Stadt Rapperswil und des Präsidenten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Linth gegen die «Obersee-Nachrichten» und deren Chefredaktor.

⁷ Im Jahr 2016 behandelte der EGMR 238 die Schweiz betreffende Beschwerden; 228 wurden für unzulässig erklärt. In fünf der zehn beurteilten Fälle wurde eine Verletzung der EMRK gefunden. Die «Erfolgsquote» liegt damit bei knapp zwei Prozent.

handnahmeverfügung der Bundesanwaltschaft (Art. 310 StPO i.V.m. Art. 319 StPO)⁸. Dazu kommt, dass die Kritiker von Bundesgerichtsurteilen meist keine Opfer sind; sie können sich daher nicht als Privatkläger konstituieren (Art. 116 StPO)⁹. Schliesslich ist es so, dass das Bundesgericht nicht nur Adressat der Kritik, sondern immer auch jene Instanz ist, die über die Zulässigkeit der Kritik befinden müsste. Eine justizförmige Kontrolle der obersten rechtsprechenden Behörde kann es letztlich gar nicht geben. Daran ändern auch Ausstandsvorschriften (Art. 34 BGG) nichts.

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass sich das Bundesgericht – soweit ersichtlich – bis heute nie mit der Frage befasst hat, in welchem Umfang Kritik an seiner Rechtsprechung zulässig ist. Hingewiesen sei immerhin auf das Urteil 5A_207/2015 vom 3. August 2015. Es handelt von einem bekannten Schweizer Tierschützer, der einem Journalisten vorwarf, seine Persönlichkeit verletzt zu haben (Art. 28 ZGB). Diesen Vorwurf begründete er damit, der Journalist habe dem Bundesgericht vorgeworfen, ihn, den Tierschützer, anders als das Zürcher Obergericht vom Vorwurf der Verleumdung (Art. 174 StGB) freigesprochen zu haben¹⁰. Das Bundesgericht nahm an dieser indirekten Schelte am eigenen Urteil keinen Anstoss, sondern hielt lapidar fest, dass es sich beim in einer Klatschspalte geäusserten, prägnanten Kurzkommentar zu einem Freispruch um zulässige Justizkritik gehandelt habe.

II. Der verfassungsrechtliche Rahmen

Richter üben ein Amt aus. Sie haben für die von ihnen gefällten Urteile einzustehen und sich – im Rahmen der Wahrung der Unabhängigkeit der Justiz (Art. 191c BV) – allfälliger Kritik zu stellen¹¹. Zudem müssen Gerichtsver-

⁸ Meist fühlen sich die Anzeigerstatter durch ein Urteil in ihrer Ehre verletzt (Art. 173 ff. StGB) oder sie werfen den involvierten Bundesrichtern Amtsmissbrauch (Art. 312 StGB) vor.

⁹ Diese Erfahrung musste auch jener Beschwerdeführer machen, der den Kabarettisten Massimo Rocchi des Rassismus bezichtigte (Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB). Das Bundesgericht sah im Beschwerdeführer trotz Angehörigkeit zur jüdischen Gemeinschaft kein Opfer im Sinn des Strafrechts (BGE 143 IV 77 E. 4). Das Urteil ist auch deshalb bemerkenswert, weil es im Detail über den Meinungsbildungsprozess am Bundesgericht informiert (E. 3).

¹⁰ Vgl. Urteil 6B_412/2012 vom 25. April 2013.

¹¹ Viel zu reden gab BGE 139 I 16 E. 5. Danach ist nicht nur die EMRK, sondern auch das Freizügigkeitsabkommen mit der EU von der sogenannten «Schubert-Praxis» (BGE 99 Ib 39) ausgenommen (zuletzt GILLES GIACCA/JEREMY BACHARACH, *Et si le droit suisse affirmait pleinement sa primauté sur le droit international? Revue de droit international et de droit comparé*, 2007, S. 660 ff., insbes. S. 660 ff.). ASTRID EPINEY, *Zur Bedeutung und Gewährleistung der Unabhängigkeit der Gerichte*, in: *Justice – Justiz – Giustizia*, 2014/4, wertete einzelne Reaktionen auf dieses Urteil als unzulässigen Angriff auf die richterliche Unabhängigkeit.

handlungen und Urteilsverkündung öffentlich sein (Art. 30 Abs. 3 BV)¹². Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verlangt ferner, dass Urteile begründet werden¹³. Die Begründung soll es einer Partei erlauben, das Urteil sachgerecht anzufechten, wenn sie damit nicht einverstanden ist. Schliesslich kann auch die rechtmässige Zusammensetzung eines Spruchkörpers im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV nur nachvollzogen werden, wenn man weiss, welche Richter für das Urteil verantwortlich sind¹⁴.

Wer ein Urteil kritisiert, leistet einen Beitrag zur «bewährten Lehre und Überlieferung» (Art. 1 Abs. 2 ZGB)¹⁵. Er kann sich dabei auf diverse Grundrechte berufen, so namentlich auf die Freiheit der wissenschaftlichen Lehre und Forschung (Art. 20 BV). In Betracht fallen auch die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 BV) und die Medienfreiheit (Art. 17 Abs. 1 BV). Auf Grundrechte kann sich aber auch der kritisierte Richter berufen. Bei ihm geht es hauptsächlich um den Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV). Wie dieses Spannungsverhältnis auszutarieren ist, lässt sich der Verfassung nicht entnehmen. Vielmehr ist dies die Aufgabe des Bundesgesetzgebers (Art. 36 BV). Seine Entscheide sind für das Gericht verbindlich (Art. 190 BV).

Zum verfassungsrechtlichen Rahmen gehört auch, dass in der Schweiz Bundesrichter von der Bundesversammlung auf eine Amtszeit von sechs Jahren gewählt werden (Art. 5 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 BGG). Die Bundesversammlung hat so die Möglichkeit, einem Bundesrichter die Wiederwahl ohne Angaben von Gründen zu verweigern¹⁶. Schliesslich ist an das Instrument der

¹² Die Bedeutung, die das Bundesgericht der Justizöffentlichkeit beimisst, schwankt: Sie ist im Strafrecht deutlich grösser (vgl. u.a. BGE 143 I 194 E. 3.1 und Urteil 6B_800/2016 vom 25. Oktober 2017 E. 2.2 [nicht veröffentlicht in BGE 143 IV 397]) als im Zivilrecht (BGE 142 I 188 E. 3.1 und Urteil SA_463/2017 vom 10. Juli 2018). Nach Art. 54 Abs. 4 ZPO sind familienrechtliche Verfahren sogar gänzlich der Öffentlichkeit entzogen.

¹³ Vgl. BGE 143 III 65 E. 5.2 mit Hinweisen.

¹⁴ Vgl. BGE 139 I 129 E. 3.6. In den amtlich publizierten Urteilen fehlen Angaben zur Zusammensetzung des Spruchkörpers und zur Person des Gerichtsschreibers. Man findet diese aber im Urteil, das auf dem Internet abgerufen werden kann. Auf der Homepage des Bundesgerichts finden sich ferner Photos und Kurzporträts der Bundesrichter.

¹⁵ Umfassend MARC FORSTER, Die Bedeutung der Kritik an der bundesgerichtlichen Praxis, Elemente einer allgemeinen Rezeptionstheorie unter besonderer Berücksichtigung der Bundesgerichtspraxis zur Verbrechenslehre, Diss. iur. St. Gallen 1992; ferner MARTIN SCHUBARTH, Realität und Funktion der Urteilskritik, in: Geschlossene Gesellschaft, Macht und Ohnmacht der Justizkritik, 1993, S. 97 ff.; ALEXANDER BRUNNER, Erkenntnistheoretische Grundlagen der Kritik im Bereich des Rechts, in: Geschlossene Gesellschaft, Macht und Ohnmacht der Justizkritik, 1993, S. 187 ff.

¹⁶ Auf einem andern Blatt steht, ob es politisch klug ist, Bundesrichter wegen missliebiger Urteile «abzuwählen». Die Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) sieht deswegen sogar die Unabhängigkeit der Schweizer Justiz in Gefahr (vgl. Empfehlungen, Vierte

Volksinitiative zu erinnern (Art. 139 BV). Damit lässt sich zwar kein rechtskräftiges Urteil rückgängig machen. Sehr wohl aber kann eine Volksinitiative darauf zielen, die Gerichte und insbesondere das Bundesgericht zu einer Änderung seiner Rechtsprechung zu veranlassen¹⁷.

III. Strafrecht

A. Schutz der richterlichen Unabhängigkeit

Es gibt keine Strafnorm, die explizit die richterliche Unabhängigkeit schützen würde. So kann das Bundesgericht zwar mit einem Verweis oder einer Ordnungsbusse die Person sanktionieren, die im Verfahren vor dem Bundesgericht den Anstand verletzt oder den Geschäftsgang stört (Art. 33 BGG). Davon kann nun aber keine Rede sein, wenn jemand nach Abschluss des Verfahrens das ergangene Urteil kritisiert¹⁸. Auch die Strafbestimmungen betreffend Verbrechen und Vergehen gegen die Rechtspflege (Art. 303 ff. StGB) wenden sich nicht gegen Kritik an der Rechtsprechung. Anders als Deutschland (§ 90 Strafgesetzbuch) kennt die Schweiz keinen Tatbestand der «Verfassungsfeindlichen Verunglimpfung von Verfassungsorganen»¹⁹. Auch wer dazu aufruft, ein Urteil zu missachten, macht sich nicht strafbar. Die Nichtbeachtung eines Urteils kann wie die Nichtbeachtung jeder anderen amtlichen Verfügung mit Busse geahndet werden (Art. 292 StGB) und stellt damit eine Übertretung dar (Art. 24 StGB). Die Anstiftung zu einer solchen bleibt hingegen straflos (Art. 24 i.V.m. Art. 10 StGB).

Nicht alles, was ein Bundesrichter möglicherweise als lästig empfindet, erfüllt ferner den Tatbestand der Nötigung (Art. 181 StGB). Ich denke da zum Beispiel daran, dass man als Bundesrichter an einer Veranstaltung wegen eines Urteils zur Rede gestellt und zur Änderung der Rechtsprechung aufgefordert wird. Nicht gefallen lassen muss man sich als Bundesrichter hingegen, dass

Evaluationsrunde, Prävention von Korruption bei Mitgliedern von Parlamenten, Gerichten und Staatsanwaltschaften, GrecoEval 4 Rep (2015) 5, Ziff. 101).

¹⁷ Ganz deutlich zum Beispiel die Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter» (BBl 2016 7091 [Zustandekommen]; BBl 2017 5355 [Botschaft]). Sie richtet sich gegen die in Fn. 11 erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht. Sowohl der Bundesrat als auch das Parlament lehnen die Initiative ab.

¹⁸ Betrifft die ungebührliche Kritik die Vorinstanz, hat das Bundesgericht immerhin die Möglichkeit, nicht auf die Beschwerde einzutreten (Art. 42 Abs. 5 und 6 BGG; vgl. Urteil 5A_695/2015 vom 1. Februar 2016).

¹⁹ Im Wissen um die Problematik bemüht sich der Bundesgerichtshof um eine restriktive Auslegung der Bestimmung (vgl. BGH 3 StR 392/15 – Beschluss vom 4. Mai 2016).

ein Kritiker handgreiflich wird (Art. 126 StGB)²⁰ oder vor dem Bundesgericht campiert (Art. 186 StGB)²¹. Erst recht kommt es nicht in Frage, einem Bundesrichter (oder Mitgliedern seiner Familie) mit Nachteilen zu drohen, wenn er nicht in gewünschter Weise entscheiden sollte (Art. 180 StGB).

B. Ehrverletzung

Die Strafbestimmungen zum Schutz der Ehre und des Geheim- oder Privatbereichs schützen auch den einzelnen Richter. Das Gesetz unterscheidet dabei zwischen übler Nachrede (Art. 173 StGB), Verleumdung (Art. 174 StGB) und Beschimpfung (Art. 177 StGB). Der üblen Nachrede macht sich schuldig, wer jemanden bei einem anderen eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer Tatsachen, die geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen, beschuldigt oder verdächtigt. Im Fall der Verleumdung handelt der Täter wider besseres Wissen. Der Tatbestand der Beschimpfung begreift sich als Auffangtatbestand und zielt hauptsächlich auf den Schutz vor übler Nachrede und Verleumdung unter vier Augen²².

Schutz bietet das Strafrecht einem Richter allerdings nur, wenn die Kritik auf seine Person zielt; Gerichte sind nämlich wie jede andere Behörde nicht «beleidigungsfähig»²³. Zudem fällt eine Bestrafung nur in Betracht, wenn die Kritik jede sachliche Auseinandersetzung mit dem kritisierten Urteil vermissen lässt. Die Tatsache, dass Kritik überzeichnet oder polemisch erfolgt («Schmähkritik»)²⁴, genügt für eine Bestrafung nicht²⁵. So muss es sich ein

²⁰ Übergriffe auf Bundesrichter sind zum Glück selten. Bekannt geworden ist immerhin ein Vorfall aus dem Jahr 2014. Damals wurde ein Luzerner Kollege von einem frustrierten Beschwerdeführer auf offener Strasse tätlich angegriffen.

²¹ Grössere Publizität erlangten anfangs der 2000er-Jahre die Aktionen der Vereinigung «Appel au peuple».

²² Vgl. Urteil 6B_557/2013 vom 12. September 2013 E. 1.1.

²³ Vgl. FRANZ RIKLIN, in: Basler Kommentar zum Strafrecht, 3. Aufl. 2013, Vor Art. 173 StGB N 54 mit Hinweisen.

²⁴ Viel zu reden gab in diesem Zusammenhang die Polemik rund um die Aussage «Soldaten sind Mörder», die schliesslich auch das Bundesverfassungsgericht Deutschlands beschäftigte (BVerfG 93, 266).

²⁵ Vgl. Urteil 6B_412/2012 vom 25. April 2013, wonach sich ein Tierschützer nicht strafbar macht, wenn er Tierversuche als «Massenverbrechen» bezeichnet. Ebenfalls keine Ehrverletzung konnte das Bundesgericht in folgender Zeitungskolumne erkennen (vgl. Urteil 6B_163/2012 vom 27. Juni 2012: «(...) Was für ein Monster, dieser Mann, der auf Wunsch in miesen Kammern und sogar auf Parkplätzen weit her gereiste Leute abmurkst. So genannt Sterbewillige. Nicht etwa aus Mitleid, sondern für teures Geld. Und nun dies. Für einen ausführlichen Artikel in dieser Zeitung hat er sich geoutet und seine Schokoladenseiten hervorgekehrt. (...) Also, Ludwig Amadeus Minelli. Fast haben Sie mich überzeugt, und ich lege mich bei Ihnen hin. Aber nur, wenn der Chef den Cocktail selber serviert und vorher kräftig degustiert. Es muss ja schliesslich klappen. Spass beiseite.

Richter meines Erachtens gefallen lassen, dass er eines «Staatsstreichs» oder des «Verfassungsbruchs» bezichtigt oder als «Totengräber des Rechtsstaats» oder «Verächter der Menschenrechte» bezeichnet wird. Mit solchen Vorwürfen, so schockierend sie im ersten Moment auch sind, verbindet sich in der Regel kein die Person des Richters betreffendes Unwerturteil, sondern bloss die Aussage, dass und weshalb der Kritiker mit einem Urteil nicht einverstanden ist. Das Gleiche gilt, wenn Kritiker Bundesrichter als parteiisch, unfähig, überfordert oder faul bezeichnen²⁶. Heikler ist es, wenn einem Bundesrichter vorgeworfen wird, sexistisch oder rassistisch zu sein. Bei solchen Vorwürfen geht es jeweils um sogenannte gemischte Werturteile²⁷. Meines Erachtens muss man sich in diesen Fällen fragen, ob das kritisierte Urteil einen irgendwie gearteten Bezug zur Frage des Geschlechts oder der Rasse hat²⁸. So ist es nicht zu beanstanden, dass ein Kritiker die Religions- und Konfessionszugehörigkeit, den Zivilstand oder die geschlechtliche Ausrichtung eines Richters erwähnt, wenn dieser beispielsweise über die Frage der Leihmutterschaft zu befinden hat. Hingegen haben Angaben zum Privatleben eines Richters in der Besprechung eines Urteils nichts zu suchen, das von der Formbedürftigkeit eines Vertrags handelt. Tabu bleiben müssen auch Vergleiche mit Hitler oder anderen Exponenten des Nationalsozialismus²⁹. Im Übrigen aber ist es legitim und nicht zu beanstanden, wenn Kritiker die Parteizugehörigkeit eines Rich-

²⁶ Hier sind wir schon bei der ersten Ungereimtheit in Ihrem System angelangt. Sie tun es gar nicht selber, Sie lassen Ihre Mitarbeiter Leute ins Jenseits befördern, oh pardon, begleiten.» Solche Vorwürfe lassen sich auf vielfältige Art und Weise formulieren. Als Meister seines Fachs erweist sich in diesem Zusammenhang immer wieder Professor Andreas BUCHER, sei es, dass er die kritisierten Bundesrichter (meist der II. zivilrechtlichen Abteilung) an König Salomon misst («Kinder ohne Salomon», recht 2017 137 ff.), oder dass er ihnen vorwirft, sich nicht weiterzubilden («Que devient le droit (civil) international au Tribunal fédéral?», in: Jusletter 8. Mai 2017, S. 15: «Or, il faut y regarder de près pour y trouver un Juge fédéral ou un Greffier désireux de se former et d'intégrer des évolutions récentes au sein des son institution.»). Mitunter genügt es auch, eine rhetorische Frage zu stellen (vgl. Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, in: Swiss Review of International and European Law, 2017, S. 247): «Que faut-il encore pour voir les Juges fédéraux et leurs Greffiers mieux appliquer le droit international privé?»

²⁷ Vgl. BGE 138 III 641 E. 4.1.3.

²⁸ In diesem Sinn hat das Bundesgericht eine Persönlichkeitsverletzung in einem Fall bejaht, in dem der «Blick» das Scheitern des Sängers Michael von der Heide am European Song Contest in einen Zusammenhang mit dessen sexueller Ausrichtung stellte (Urteil 5A_376/2013 vom 29. Oktober 2013): Von der Heide wurde im Kleid der späteren Siegerin Lena abgebildet, verbunden mit der Bildlegende «Wir wollen auch eine Lena! ... aber keine von der Heide» Weder das Obergericht noch das Bundesgericht konnten ahnen, dass drei Jahre später mit Conchita Wurst ein bekennender Transvestit den Wettbewerb gewinnen sollte.

²⁹ Vgl. BGE 137 IV 313 E. 2. Im konkreten Fall war eine Photomontage zu beurteilen, die einen bekannten Politiker mit österreichischer Abstammung («en uniforme brun du parti nazi et brassard portant la croix gammée») neben Adolf Hitler zeigte, verbunden mit der Aussage «Autrichiens: on a déjà donné!»

ters erwähnen. Die Tätigkeit als Richter ist, ob man es wahrhaben will oder nicht, immer auch eine politische. Als Beleg dafür genügt der Hinweis auf Art. 1 Abs. 2 ZGB, wonach der Richter das Gesetz im Fall einer Lücke *modo legislatoris* zu ergänzen hat³⁰.

Kritik braucht nicht zwingend verbaler Natur zu sein. In Frage kommen auch Bilder, Fotomontagen und Karikaturen. Häufig lässt sich nur in Kombination von Text und Bild die Tatbestandsmässigkeit beurteilen³¹. Massgebend ist, wie die Botschaft als Ganzes beim Durchschnittsleser bzw. -betrachter ankommt. Dies kann dazu führen, dass die gleiche Aussage in der Klatschspalte einer Zeitung hinzunehmen ist, während sie ehrverletzend ist, wenn sie in einer Fachzeitschrift erscheint. Ebenso ist zu berücksichtigen, wer sich äussert. Eine gewisse Zurückhaltung darf man insbesondere von Bundesparlamentariern und vom Bundesrat erwarten³².

IV. Zivilrecht

A. Persönlichkeitsschutz des Bundesrichters

Strafrecht begreift sich als *Ultima Ratio*³³. Entsprechend bleibt Raum, die Persönlichkeit eines Richters gestützt auf Art. 28 ZGB und damit zivilrechtlich umfassender zu schützen, als dies im Strafrecht der Fall ist. Konkret schützt zum Beispiel nur das Zivilrecht die geschäftliche und berufliche Ehre³⁴. Diese Erweiterung des Persönlichkeitsschutzes ist allerdings eher theoretischer Natur³⁵. Als Richter übt man keine privatrechtliche Tätigkeit aus und

³⁰ Die Öffentlichkeit überschätzt meines Erachtens die Bedeutung der Parteizugehörigkeit. Viel wichtiger sind die Herkunft und der berufliche Werdegang: Wer immer Richter war, beurteilt eine Beschwerde anders, als wer sich zuvor als Rechtsanwalt oder in der Verwaltung betätigte.

³¹ Vgl. BGE 137 IV 313 E. 2.

³² Aufsehen erregte in diesem Zusammenhang US-Präsident Trump, als er auf ein missliebiges Urteil eines Bundesrichters mit dem folgenden Tweet vom 4. Februar 2017 reagierte: «The opinion of this so-called judge, which essentially takes law-enforcement away from our country, is ridiculous and will be overturned.»

³³ Vgl. BGE 126 IV 165 E. 3b.

³⁴ Vgl. BGE 138 III 337 E. 6.1.

³⁵ Deutlich wird dies, wenn man die Urteile 5A_354/2012 vom 26. Juni 2014 und 6B_412/2012 vom 25. April 2013 miteinander vergleicht. In beiden Fällen ging es um die gleichen Vorwürfe. Im Urteil 6B_412/2012 werden sie strafrechtlich, im Urteil 5A_354/2012 zivilrechtlich gewürdigt: Die Einschätzung ist die gleiche. Das zivilrechtliche Urteil wurde dabei in öffentlicher Beratung gefällt. Die beiden Mitglieder, die versuchten, die Persönlichkeit zivilrechtlich «besser» als im Strafrecht zu schützen, scheiterten. Vgl. immerhin auch das Urteil C.67/1983 vom 22. September 1983, das einer

steht so auch nicht im Wettbewerb mit anderen. Entsprechend hat man auch keine geschäftlichen Interessen zu verteidigen. Deshalb erlangt der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nur dann eine eigenständige praktische Bedeutung, wenn wahrheitswidrig über die richterliche Tätigkeit berichtet wird. Was Wahrheit ist, stellt dabei nicht erst in Zeiten von *Fake News* ein Problem dar, sondern beschäftigte bekanntlich schon PONTIUS PILATUS³⁶. Die einschlägige Standarderwägung des Bundesgerichts lautet wie folgt (Urteil 5A_267/2017 vom 14. Dezember 2017 E. 4.2.1):

«La presse peut porter atteinte à la personnalité par la publication de faits ou par l'appréciation qu'elle en donne (ATF 138 III 641 consid. 4.1; 129 III 49 consid. 2.2; 126 III 305 consid. 4b et les arrêts cités). En principe, la diffusion de faits vrais est couverte par la mission d'information de la presse, à moins qu'il ne s'agisse de faits qui relèvent du domaine secret ou privé ou qui dénigrent la personne concernée de manière inadmissible, parce que la forme de la présentation est inutilement blessante. La mission d'information de la presse n'est cependant pas un motif absolu de justification et une pesée des intérêts doit être effectuée dans chaque cas particulier. En règle générale, une justification devrait être admise lorsque le fait vrai qui est rapporté a un rapport avec l'activité ou la fonction publique de la personne concernée (cf. ATF 138 III 641 consid. 4.4.1 et les références; arrêt 5A_195/2016 du 4 juillet 2016 consid. 5.1). En revanche, la publication de faits inexacts est illicite en elle-même; ce n'est que dans des cas exceptionnels très rares et particuliers que la diffusion de faits faux est justifiée par un intérêt suffisant. Chaque inexactitude, imprécision, raccourci ou généralisation ne fait cependant pas à elle seule d'un compte-rendu une fausseté dans son ensemble. Un article de presse inexact dans ce sens n'est globalement faux et ne viole les droits de la personnalité que s'il ne correspond pas à la réalité sur des points essentiels et montre la personne concernée sous un angle si erroné ou en présente une image si faussée qu'elle s'en trouve rabaissée de manière sensible dans la considération de ses semblables (ATF 138 III 641 consid. 4.1.2; 129 III 49 consid. 2.2; 126 III 305 consid. 4b/aa; arrêt 5A_195/2016 du 4 juillet 2016 consid. 5.1).»

Gestützt auf das Gesagte kann sich ein Bundesrichter meines Erachtens dagegen wehren, dass er mit einem Urteil in Verbindung gebracht wird, an dem er gar nicht beteiligt war. Er muss es aber hinnehmen, dass ein Kritiker seine abweichende Meinung nicht zur Kenntnis genommen hat³⁷. Ein strengerer

Kampagne Grenzen setzte, die mit wahrheitswidrigen Angaben die Wiederwahl eines Gerichtspräsidenten zu verhindern suchte.

³⁶ Joh 18,38.

³⁷ Der Ständerat hat am 18. Juni 2015 die Motion 14.3667 RK-NR Bundesgericht. Dissenting Opinions überwiesen. Sie bildet Gegenstand der laufenden Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BBl 2018 4605). Bereits früher lehnte es das Parlament ab, öffentliche Beratungen des Bundesgerichts im Live-Stream zugänglich zu machen (vgl. Motion 13.3660 Schmid Martin Live-Stream-Direktübertragung öffentlicher Urteilsberatungen des

Massstab drängt sich allenfalls auf, wenn die Kritik in einer Fachzeitschrift erscheint und der Autor weiss, dass das Urteil nicht einstimmig zustande gekommen ist. Wehren kann sich ein Bundesrichter auch gegen eine Medienkampagne. Eine solche zeichnet sich dadurch aus, dass die einzelne Meldung nicht zu beanstanden ist, wohl aber deren hauptsächlich kommerziellen Zwecken dienende Wiederholung³⁸.

Sind die weiteren Voraussetzungen erfüllt, kann ein Bundesrichter auch das Recht auf eine Gegendarstellung für sich in Anspruch nehmen (Art. 28g ZGB).

B. Persönlichkeitsschutz des Bundesgerichts?

Auf Art. 28 ZGB können sich grundsätzlich auch juristische Personen berufen³⁹. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Begriff der Ehre wesensmässig auf natürliche Personen zugeschnitten ist. Das Bundesgericht hat insofern keine Ehre, sondern höchstens seinen (guten) Ruf zu verteidigen. In diesem Sinn kann es sich dagegen zur Wehr setzen, dass es beispielsweise als «kriminelle Organisation» verunglimpft wird. Zulässig scheint es mir hingegen, wenn ein Journalist das Bundesgericht – im konkreten Fall die Mitglieder der I. zivilrechtlichen Abteilung – als liberale Sekte («secte libérale») beschimpft⁴⁰. Erst recht nicht auf die Goldwaage legen sollte man solche Aussagen, wenn sie von Parteien in der Hitze ihres Scheiterns vor Bundesgericht stammen⁴¹.

Bundesgerichtes, vom 21. Juni 2013). Die Mehrheit der Bundesrichter wandte sich in der Vergangenheit sowohl gegen *Dissenting Opinions* als auch gegen den *Live-Stream*.

³⁸ BGE 143 III 297 E. 6.5. Kritisch dazu MATTHIAS SCHWAIBOLD, Ein Schrecken ohne Ende, Newsletter Medialex, 6/2017.

³⁹ Vgl. BGE 137 II 371 E. 6.1. Anders der Geltungsbereich des geplanten neuen Datenschutzgesetzes. Auf dieses sollen sich nur noch natürliche Personen berufen können. Der Bundesrat begründet dies damit, dass auch die datenschutzrechtlichen Bestimmungen der EU und des Europarates sowie der meisten ausländischen Rechtsordnungen nur natürliche Personen schützen; zudem sollte die Bekanntgabe von Daten an ausländische Staaten, deren Gesetzgebung keinen Schutz von Daten juristischer Personen vorsieht, erleichtert werden (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941, 6972).

⁴⁰ Vgl. PHILIPPE BACH, Le Courrier vom 3. April 2012. Die Kritik nahm Bezug darauf, dass das Bundesgericht einen besonderen Schutz von Arbeitnehmervertretern im Zusammenhang mit einer Massenentlassung verneinte (vgl. BGE 138 III 389).

⁴¹ So liess sich beispielsweise der im Streit um den Viertelstundenschlag der Kirchenglocken von Wädenswil unterlegene 70-jährige Beschwerdegegner (vgl. Urteile 1C_383/2016 und 1C_409/2016 vom 13. Dezember 2017) in der Gratiszeitung 20minuten vom 14. Dezem-

Prozessual gilt, dass aktiv- und passivlegitimiert nicht das Bundesgericht, sondern die Schweizerische Eidgenossenschaft ist. Das Bundesgericht verwaltet sich aber selbst (Art. 25 Abs. 1 BGG). In diesem Rahmen ist es auch befugt, in einem Zivilprozess die Schweizerische Eidgenossenschaft zu vertreten⁴². Intern ist dafür ein Beschluss der Verwaltungskommission nötig (Art. 17 Abs. 4 Bst. h BGG).

Ungeachtet der Möglichkeit zu klagen, tun sowohl das Bundesgericht wie auch der einzelne Bundesrichter gut daran, sich diesen Schritt zweimal zu überlegen. Jeder Zivilprozess ist mit einer gewissen Publizität verbunden. Die Gefahr ist gross, dass diese vom Kritiker ausgenützt wird. Daran ändert nichts, dass der Beklagte auch zur Leistung von Genugtuung oder Herausgabe des erzielten Gewinns verurteilt werden kann (Art. 28a Abs. 3 ZGB).

Der Staat ist schliesslich wie jeder andere verantwortungsvolle Arbeitgeber gehalten, einen Richter zu unterstützen, der sich gegen eine Verletzung seiner Persönlichkeit zur Wehr setzen will⁴³. Hingegen ist das Bundesgericht nicht befugt, den Prozess anstelle bzw. gegen den Willen dieses Bundesrichters zu führen. Auch das Recht, Strafantrag zu stellen, kommt nur dem einzelnen Bundesrichter zu⁴⁴.

V. Exkurs: Art. 10 EMRK

Nicht nur die Bundesverfassung, sondern auch Art. 10 EMRK garantiert die Meinungsäusserungsfreiheit. Dies bedeutet allerdings nicht, dass das Bundesgericht und der EGMR der Meinungsäusserungsfreiheit die gleiche Bedeutung einräumen. Das Gegenteil ist der Fall. So hat der EGMR die Schweiz in der Vergangenheit wiederholt wegen Verletzung von Art. 10 EMRK verurteilt, nachdem das Bundesgericht zuvor keine solche Verletzung hatte feststellen können. Besonders in Erinnerung geblieben ist das Urteil der Grossen Kammer vom 15. Oktober 2015 im Fall *Perinçek* (Nr. 27510/08). Danach

ber 2017 mit der folgenden Aussage zitieren: «Das Bundesgericht ist ein befangener Verein, unterwandert von Lobbyisten eines zwielichtigen Clubs namens Kirche.»

⁴² Das Rubrum entsprechender Urteile lautet: «Schweizerische Eidgenossenschaft, vertreten durch das Schweizerische Bundesgericht» (vgl. beispielsweise das Urteil 5D_94/2017 vom 15. Dezember 2017).

⁴³ Ausführlich WOLFGANG DÄUBLER, Angriffe auf den Arbeitnehmer im Internet, in: *Arbeit und Arbeitsrecht*, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, S. 31 ff.

⁴⁴ Der Versuch, Widerhandlungen gegen Magistratspersonen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit zu Offizialdelikten zu erklären, scheiterte (vgl. Motion 14.3579 Berberat, vom 19. Juni 2014). Weiterführend: Besserer Schutz der Staatsangestellten vor Gewalt, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 13.4011 RK-N und in Berücksichtigung der Thematik des rechtlichen Schutzes für Einsatzkräfte bei einem Schusswaffengebrauch, vom 1. Dezember 2017.

darf die Schweiz Herrn Perinçek nicht strafrechtlich dafür belangen, dass er sich weigert, das vor 100 Jahren angerichtete Massaker an den Armeniern als Völkermord zu bezeichnen. Auf der gleichen Linie liegt das Urteil des EGMR vom 9. Januar 2018 im Fall GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (Nr. 18597/13). Laut diesem Urteil darf ein Jungpolitiker straflos des «verbalen Rassismus» bezichtigt werden, wenn er sich an einer öffentlichen Veranstaltung für die Minarett-Initiative ausgesprochen und seinen Standpunkt damit begründet hat, es sei an der Zeit, der Ausbreitung des Islams in der Schweiz Einhalt zu gebieten.

Die Bedeutung, die der EGMR der Meinungsäusserungsfreiheit einräumt, zeigte sich aber nicht nur in politisch heiklen Debatten. Ausdruck fand sie auch im Urteil des EGMR vom 25. August 1998 im Fall Hertel (Nr. 59/1997/843/1049). Zu beurteilen war der Vorwurf, wonach im Mikrowellenofen aufbereitete Nahrung gesundheitsschädigend sei. Das Bundesgericht erblickte in dieser rufschädigenden Behauptung einen Verstoss gegen das UWG, der EGMR eine zwar abwegige, deswegen aber nicht minder zulässige Form der Meinungsäusserung.

Wie erklärt sich dieser doch sehr unterschiedliche Umgang mit der Meinungsäusserungsfreiheit auf nationaler und internationaler Ebene? Ich sehe den Grund dafür hauptsächlich in der Kleinheit der Schweiz. Aus bundesgerichtlicher Optik ergibt sich daraus das Bedürfnis nach grösserer Rücksichtnahme. Die «Gefahr» ist andernfalls zu gross, dass sich die Kontrahenten schon bald wieder begegnen und in die Haare geraten. Die Perspektive des EGMR ist eine andere und wesentlich geprägt von angelsächsischen Einflüssen («freedom of speech»): Hier zählt der ungehinderte Wettstreit der unterschiedlichen Auffassungen. Ob die Verbreitung sozialer Medien zu einer Konvergenz der Anschauungen führt, bleibt abzuwarten. Schlagworte wie *hate speech* und *political correctness* zeigen, dass diese Debatte wohl erst begonnen hat und deren Ausgang offen ist.

VI. Deontologie

A. Rechtsanwälte

Das Strafrecht und das Zivilrecht stellen nicht die einzigen Rechtsquellen dar, die der Urteilskritik Grenzen setzen. Zu beachten sind auch berufsständische Regeln. So fordert Art. 8 der Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbands vom 10. Juni 2005 die Rechtsanwälte dazu auf, gegenüber Behörden mit dem gebotenen Anstand aufzutreten. Desgleichen verlangt Art. 12 Bst. a des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwäl-

tinnen und Anwälte von den Anwälten, dass diese ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft ausüben. Dies betrifft auch die Kritik an Urteilen und impliziert, dass sie sachlich bleiben und nicht ohne zwingenden Grund die Integrität des Gerichts oder der beteiligten Richter in Frage stellen⁴⁵.

Die nämliche Zurückhaltung darf man schliesslich auch von einem Bundesrichter selber erwarten, der sich zur Rechtsprechung seiner Kollegen äussert. Dies erscheint als so selbstverständlich, dass dafür weder Sanktionen noch eine Ethikcharta nötig sind.

B. Journalisten

Der Schweizer Presserat hat Richtlinien zur «Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten» erlassen. Diese gelten auch für die Gerichtsberichterstattung und verlangen, dass diese wahr ist, keine wichtigen Informationen unterschlagen werden und dass zwischen Fakten und Kommentar unterschieden wird. Dies wurde der NZZ bzw. ihrer Bundesgerichtsjournalistin zum Verhängnis: Zwar nahm der Presserat keinen Anstoss an der Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Vorrang des Völkerrechts, beanstandete aber die mangelnde Trennung von Berichterstattung und Kommentar⁴⁶.

Keine Auflagen in Sachen Kritik machen die Richtlinien vom 6. November 2006 betreffend die Gerichtsberichterstattung am Bundesgericht (SR 173.110.133). Immerhin kann nach Art. 3 Abs. 2 dieser Richtlinien nur akkreditiert werden, wer die Voraussetzungen für die Eintragung in das Berufsregister erfüllt. Verlangt ist dabei unter anderem die Unterzeichnung der erwähnten «Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten». Nach Ziff. 8 dieser Erklärung verpflichten sich Journalisten unter anderem dazu, die Menschenwürde zu respektieren und in ihrer Berichterstattung in Text, Bild und Ton auf diskriminierende Anspielungen zu verzichten, welche die ethnische oder nationale Zugehörigkeit, die Religion, das Geschlecht, die sexuelle Orientierung, Krankheiten sowie körperliche oder geistige Behinderung zum Gegenstand haben. Ähnliche Regeln gelten für Radio-

⁴⁵ Ausführlich Urteil 2A.448/2003 vom 3. August 2004 E. 5; WALTER FELLMANN/GAUDENZ G. ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2011, Rz. 39 ff. zu Art. 12. Besonders heikel wird es, wenn es Rechtsvertretern gelingt, die Medien für ihre Sache einzuspannen (vgl. Urteil 6B_824/2016 vom 10. April 2017 E. 16.3).

⁴⁶ Vgl. Nay gegen NZZ, Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 7. Juli 2016 (<https://presserat.ch/complaints/wahrheitspflicht-trennung-von-fakten-und-kommentar-unterschlagen-wichtiger-informationen/>).

und Fernsehsendungen (vgl. Art. 4 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen; SR 784.40)⁴⁷.

VII. Schlussbemerkung

Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung spielt sich nicht im rechtsfreien Raum ab. Sie darf deshalb – anders als Satire⁴⁸ – nicht einfach alles. Als Faustregel kann gelten: Kritik ist zulässig, losgelöst von Form und Inhalt, wenn sie auf das gefällte Urteil zielt. Hingegen sollten sich Kritiker die Sache gut überlegen, wenn sie damit die Person des Bundesrichters oder die Institution des Bundesgerichts angreifen. In diesem Fall haben die Kritisierten nämlich die Möglichkeit, sich mit den Mitteln des Zivilrechts gegen unbotmässige Angriffe zur Wehr zu setzen. Unter qualifizierten Umständen machen sich Kritiker in diesem Fall sogar strafbar. Zensur droht deswegen nicht. Es bleibt im Gegenteil dabei, dass gute Rechtsprechung von Kritik lebt und ohne solche nicht denkbar ist. Wir leiden in der Schweiz nicht unter zu viel, sondern unter zu wenig Kritik⁴⁹. Zu hoffen bleibt daher, dass THOMAS KOLLER dem Bundesgericht noch lange als Kritiker erhalten bleibt.

⁴⁷ Vgl. Urteil 2C_125/2017 vom 15. Februar 2018 E. 4.

⁴⁸ Vgl. KURT TUCHOLSKY, Berliner Tagblatt vom 27. Januar 1919: «Was darf die Satire? Alles.»

⁴⁹ Vgl. auch HERFRIED MÜNKLER, Wer nicht kämpft, hat schon verloren, NZZ vom 7. März 2018: «Um sich diesen Entwicklungen entgegenzustellen, braucht es Mut und eine gewisse Kampfeslust, beides Eigenschaften, die unter Professoren nicht gerade verbreitet sind. Gelegentlich muss man für die Freiheit der Wissenschaften kämpfen, und das haben die Professoren nicht gelernt. Das ist kein Kampf auf Leben und Tod, sondern eher ein Ringen, in dem Nervenstärke und Gelassenheit den Ausschlag geben. Dazu gehört auch die Lust zur Gegenattacke, mit der die Angreifer zur inhaltlich-wissenschaftlichen Auseinandersetzung gestellt werden.»

Das IPR des Schuldvertragsrechts – zwischen methodischen Unschärfen und Bedürfnissen der Praxis

IVO SCHWANDER*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	904
II.	Zur objektiven Anknüpfung (bei Fehlen einer Rechtswahl), insbesondere Art. 117 IPRG	905
A.	Sind die Verweisungsbegriffe adäquat?	905
1.	Vertragstypen als Verweisungsbegriffe	905
2.	«Schuldvertrag» als Verweisungsbegriff und vertraglich vereinbartes Leistungsprogramm als unmittelbarer Ausgangspunkt zur Wahl der massgeblichen Anknüpfungskriterien	906
B.	Sind die Anknüpfungsbegriffe adäquat?	908
1.	Gewöhnlicher Aufenthalt bzw. Niederlassung des Erbringers der charakteristischen Leistung (Art. 117 Abs. 2 IPRG)	908
2.	Ergänzung des Grundsatzes des engsten Zusammenhangs (Art. 117 Abs. 1 IPRG) mit einem Katalog wesentlicher Anknüpfungskriterien	909
III.	Zur subjektiven Anknüpfung (Rechtswahl), insbesondere Art. 116 IPRG	911
A.	Unvollständige Regelung der kollisionsrechtlichen Rechtswahl in Art. 116 IPRG.....	911
B.	Soll den Rechtswahlerklärungen je nachdem eine unterschiedliche Wirkung zukommen, ob sie idealtypisch ausgehandelt worden sind oder nur mechanisch dem Vertrag hinzugefügt worden sind?.....	912
C.	Weiterer Reformbedarf im Zusammenhang mit der kollisionsrechtlichen Rechtswahl	914
IV.	Schlussbemerkung: Ergänzung der gesetzlichen Regelung des IPR des Schuldvertragsrechts mit Behelfen ausserhalb des kollisionsrechtlichen Instrumentariums	916

* Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c. IVO SCHWANDER, Counsel bei Pestalozzi Rechtsanwälte AG, Zürich.

I. Einleitung

Die gesetzliche Regelung der auf Schuldverträge anwendbaren Rechtsordnung in den Artikeln 116-119 und 143-148 des schweizerischen IPR-Gesetzes¹ (IPRG) fand bei ihrem Inkrafttreten und auch seither fast durchwegs positive Würdigungen. Daran hat sich seit Inkrafttreten der sog. Rom I-Verordnung² kaum etwas geändert, denn beide Erlasse verwenden in den Grundzügen ähnliche Verweisungs- und Anknüpfungsbegriffe und Wertungen. Soweit es um Sachverhalte im europäischen Raum geht, lassen sich somit bei entsprechend sorgfältiger Vertragsgestaltung im Allgemeinen unangenehme Überraschungen vermeiden, zumal das Lugano Übereinkommen³ und die einschlägigen Verordnungen der EU die Gerichtszuständigkeiten und die Voraussetzungen der Urteilsvollstreckung vereinheitlichen.

Europaweit vereinheitlichte oder ähnliche Kollisionsregeln sollen jedoch nicht davon abhalten zu überprüfen, ob die tradierte IPR-Regelung den heutigen Anforderungen einer rationalen Methodologie genügt und die aktuellen Rechtsanwendungsprobleme wirklich löst. In der Praxis zeigen sich Schwächen des IPRG vor allem in Streitigkeiten mit Bezügen zum aussereuropäischen Raum.

Der vorliegende Beitrag erörtert innerhalb des schweizerischen IPRG Klärungs- und Reformbedarf im Kollisionsrecht zum Schuldvertragsrecht. Angesprochen werden Fragen um die sog. objektive Anknüpfung (Ziffer II), die Rechtswahl (Ziffer III) und die Methodenwahl (Ziffer IV). Die dabei im Vordergrund stehenden methodologischen Anliegen betreffen zum Teil ebenfalls andere Kapitel des IPRG oder das IPR-Kollisionsrecht im Allgemeinen.

¹ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, in Kraft seit 1. Januar 1989 (SR 291).

² Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), Amtsblatt der Europäischen Union, L 177/6.

³ Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ) (SR 0.275.12).

II. Zur objektiven Anknüpfung (bei Fehlen einer Rechtswahl), insbesondere Art. 117 IPRG

A. Sind die Verweisungsbegriffe adäquat?

1. Vertragstypen als Verweisungsbegriffe

Schuldverträge als Rechtsverhältnisse, die – im Rahmen und aufgrund einer Ermächtigung der objektiven Rechtsordnung – von den Vertragsparteien vereinbart und als eigene Pflichtenordnung somit von der übrigen Rechtsordnung abgrenzbar sind, eignen sich als selbständige Verweisungsbegriffe. Problematisch ist hingegen, dass die nationalen Kollisionsregeln für eine weitere Differenzierung (zumindest in der Terminologie) die Vertragstypologie des eigenen Privatrechts heranziehen. Beispielsweise fällt schon innerhalb des schweizerischen Rechts die Abgrenzung zwischen Auftrag, selbständigem Tätigwerden im Interesse eines anderen, Werkvertrag und Innominatverträgen mit auftragsrechtlichen Elementen nicht immer leicht. Erst recht variieren die Abgrenzungskriterien im Verhältnis zu den in einer ausländischen Rechtsordnung verwendeten Kategorisierungen. Dass die nachträglich urteilenden Gerichte in der Retrospektive im Einzelfall überzeugende Qualifikationen auf rechtsvergleichender Grundlage vornehmen können, nützt den Parteien wenig. In den meisten Fällen hatte jede von ihnen beim Eingehen und bei der Erfüllung des Vertrags die Vertragstypen des eigenen Rechts vor Augen und ging folglich von einem unterschiedlichen Verständnis aus. Bezugnahmen auf Vertragstypen in Vertragstexten sind erst präzise, wenn die anwendbare Rechtsordnung bereits feststeht.

Diese Schwierigkeit war offensichtlich den Gesetzesredaktoren bewusst. So verwenden z.B. Art. 119 Abs. 1 IPRG (Verträge «über Grundstücke oder deren Gebrauch») und Art. 122 Abs. 1 IPRG («Verträge über Immaterialgüterrechte») Sammelbegriffe. Obwohl Art. 117 IPRG in seinen Absätzen 2 und 3 einzig Austauschverträge mit einer charakteristischen Leistung im Auge hat, verwendet auch er mehrere übergeordnete Typenbegriffe wie «Veräusserungsverträge», «Gebrauchsüberlassungsverträge», «Dienstverträge», «Verwahrungsverträge». Dies hat aber nicht verhindert, dass die schweizerische Rechtsprechung oft dazu neigt, genau auf das Begriffsverständnis des schweizerischen OR zurückzugreifen, wenn das IPRG einen Terminus verwendet, welcher sich auch im OR findet. Dies ist besonders augenfällig in der Rechtsprechung der Gerichte zum Arbeits- und zum Konsumentenvertrag, aber auch in anderen Bereichen⁴. Dabei sind z.B. gerade Konsumenten- und

⁴ Vgl. die ausführliche Darstellung der Rechtsprechung zu Art. 117 IPRG bei MARC AMSTUTZ/MARKUS WANG in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/

Arbeitsverträge Kategorien, welche in den verschiedenen Rechtsordnungen mit unterschiedlichen Kriterien differenziert werden, weshalb ihre Qualifikation weder nach «lex fori»⁵ noch nach «lex causae», sondern rechtsvergleichend⁶ vorzunehmen ist.

Es ist daher den Parteien, die keine Rechtswahl treffen, nahe zu legen, ihre Vertragsleistungen im Vertrag möglichst umfassend und exakt zu umschreiben und sich nicht einfach auf eine Vertragsterminologie zu beschränken, welche in den nationalen Rechtsprechungen mit bestimmten Vertragstypen in Verbindung gebracht werden (aber gleichwohl nationale Eigenheiten aufweisen bzw. im betreffenden Staat von Vertragsgestaltern aus steuerlichen Gründen bevorzugt eingesetzt werden, obgleich eine rein privatrechtliche Betrachtungsweise eine andere Zuordnung des Vertrags nahe legen würde).

Eine künftige Gesetzgebung könnte m.E. im IPR weitgehend auf den Zwischenschritt der Qualifizierung nach Vertragstypen verzichten und direkt nach den *vertraglich vereinbarten Leistungen* differenzieren.

2. *«Schuldvertrag» als Verweisungsbegriff und vertraglich vereinbartes Leistungsprogramm als unmittelbarer Ausgangspunkt zur Wahl der massgeblichen Anknüpfungskriterien*

Mit anderen Worten: Der Gesetzestext könnte sich m.E. bei der Regelung der objektiven Anknüpfung grundsätzlich darauf beschränken, den allgemeineren Verweisungsbegriff des Schuldvertrags zu verwenden. Erst im Stadium der Wahl der Anknüpfungskriterien wäre dann weiter entsprechend dem konkreten Programm der gegenseitig vereinbarten Leistungen zu differenzieren. Dabei können sehr wohl für bestimmte Sammelbegriffe wie «Sachlieferungs- und Sachleistungsverträge», «Dienstleistungen», «abhängige Arbeit», «Siche-

Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 117 N 23-81 (nachfolgend zitiert: BSK-IPRG). Aus dieser Rechtsprechungsübersicht wird ersichtlich, dass in den referierten Entscheidungen im Vordergrund stand, an welches Kriterium angeknüpft werden solle, nicht aber, was unter einem bestimmten Vertragsterminus zu verstehen sei; offenbar stand jeweils die Qualifikation eines Vertrags nach den Kriterien des schweizerischen Schuldrechts im Vordergrund – was nur dann methodisch korrekt ist, wenn die Parteien schweizerisches Recht gewählt hatten.

⁵ Das Bundesgericht vertritt nach wie vor eine Qualifikation «lege fori», z.B. in BGE 132 III 609 E. 4 S. 615; BGE 136 III 142 E. 3.2 S. 144; faktisch aber berücksichtigt es in manchen Entscheidungen ebenfalls rechtsvergleichend die «lex causae».

⁶ Allenfalls unter besonderer Gewichtung des Selbstverständnisses der Rechtsordnung des Staates, in welchem die Arbeitnehmerin bzw. der Konsument Arbeit verrichtet bzw. gewöhnlichen Aufenthalt hat.

«Anknüpfungsgeschäfte» verwendet werden, bezogen auf welche eine bestimmte Anzahl Kriterien zur objektiven Anknüpfung zur Auswahl steht, sei dies im Sinne einer Anknüpfungshierarchie, sei es im Sinne der Alternativität.

Im Ergebnis entscheidet das Gericht aufgrund des im einzelnen Vertrag konkret bestimmten Leistungsprogramms über die Relevanz der zur Verfügung stehenden Anknüpfungskriterien. Dies ist nicht stossend. Parteien, die keine Rechtswahl treffen, wissen, dass sie zur Vermeidung unangenehmer Überraschungen den Gesetzestext konsultieren müssen. Der aktuelle Gesetzestext täuscht, namentlich auch wegen des für Laien nicht ohne Weiteres verständlichen hermeneutischen Hin- und Herpendelns zwischen Absatz 1 und Absätzen 2 und 3 des Art. 117 IPRG, eine tatsächlich nicht gegebene Vorhersehbarkeit vor⁷. Selbst bei Austauschverträgen – nur auf sie beziehen sich die einigermassen konkret formulierten Absätze 2 und 3 – weicht die Rechtsprechung zuweilen (in nicht vorhersehbarer Weise) von der Regelanknüpfung an die Niederlassung des Erbringers der charakteristischen Leistung ab⁸. Mit dem hier vorgeschlagenen direkten Abstellen auf das Vertragsprogramm anstelle der Verwendung von Vertragstypen als Verweisungsbegriffen ginge also m.E. kein Verlust an Vorhersehbarkeit einher.

Den Anknüpfungsvorgang unmittelbar an die Analyse des gegenseitig vereinbarten Leistungsprogramms anzuschliessen, hat nicht nur den Vorteil, die allgemeine rechtliche Natur oder Einordnung des Vertrags zur Grundlage der kollisionsrechtlichen Behandlung zu nehmen. Es könnten auch weitere den

⁷ Vgl. IVO SCHWANDER, Zur Anknüpfung der Schuldverträge im IPR bei Fehlen einer Rechtswahl (objektive Anknüpfung), in: François Bohnet/Pierre Wessner (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Basel 2005, S. 49-68, spez. S. 51 ff.

⁸ Vgl. die Zusammenstellung von BSK IPRG-AMSTUTZ/WANG (Fn. 4), Art. 117 N 23-81. SUZANA MARK NDUE, Die objektive Anknüpfung internationaler Schuldverträge nach Art. 117 IPRG, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2014, S. 140 f., fasst einen Teil ihrer Arbeit wie folgt zusammen: «Die Anknüpfungsregel von Art. 117 IPRG [scil. Abs. 2 und 3] geht von einseitigen Verträgen und «klassischen» Austauschverhältnissen aus, in welchen eine Leistung gegen Entgelt erbracht wird. Für Vertragsverhältnisse, in welchen alle Vertragsparteien zur Erbringung der charakteristischen Leistung beitragen, normiert Art. 117 IPRG keine voraussehbare und Sicherheit schaffende Anknüpfungsregel, sondern entspricht lediglich der Anknüpfung an den engsten Zusammenhang (Art. 117 Abs. 1 IPRG), dem konkretisierungsbedürftigen allgemeinen Grundsatz des IPR. Die Art der Leistungspflicht findet in Art. 117 IPRG keine besondere Berücksichtigung. Unabhängig davon, ob ein Erfolg, die Übereignung einer Sache oder die Erbringung einer persönlichen Leistung geschuldet ist, ist stets der Aufenthalts- bzw. Niederlassungsort des Erbringers der charakteristischen Leistung ausschlaggebend für die Bestimmung der anzuwendenden Rechtsordnung. Begründet die Art der Leistung einen engeren Zusammenhang zu einer anderen als der Rechtsordnung des Aufenthalts- bzw. Niederlassungsortes des Erbringers der charakteristischen Leistung, bietet Art. 117 Abs. 1 IPRG die Möglichkeit einer von Absatz 2 abweichenden Anknüpfung. Wie dargelegt, macht die herrschende Lehre und Rechtsprechung bei Vertragsverhältnissen, die unter den Anknüpfungskatalog von Absatz 3 fallen, hiervon jedoch nur zögernd Gebrauch.»

Vertrag auszeichnende Aspekte berücksichtigt werden, z.B. Dauerschuldverhältnis oder Zug-um-Zug-Abwicklung⁹, die Art und Weise des Zustandekommens (Massengeschäfte, AGB), marktbeherrschende Stellung der einen Partei, auf einen einzigen Abwicklungsort bzw. ein bestimmtes Arbeitsergebnis an einem Ort bezogene Verträge.

B. Sind die Anknüpfungsbegriffe adäquat?

1. Gewöhnlicher Aufenthalt bzw. Niederlassung des Erbringers der charakteristischen Leistung (Art. 117 Abs. 2 IPRG)

Vor- und Nachteile der Regelanknüpfung («Es wird vermutet...») an den «gewöhnlichen Aufenthalt» oder die berufliche bzw. gewerbliche «Niederlassung» derjenigen «Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll» (so der Wortlaut des Art. 117 Abs. 2 IPRG), sind schon vielfach erörtert worden¹⁰. Je mechanistischer die Regel angewendet wird, desto vorhersehbarer wird das Ergebnis sein, und zwar auch im internationalen Verhältnis, denn sie wird im europäischen und teilweise auch im aussereuropäischen Raum befolgt. Die Regelanknüpfung hatte und hat somit faktisch eine bedeutende Rechtsvereinheitlichung bewirkt. Je mechanistischer die Regel angewendet wird, desto ungewisser aber ihre Adäquanz bzw. desto eher wird Anknüpfungsgerechtigkeit verfehlt.

Die Regelanknüpfung nach Art. 117 Abs. 2 IPRG aufgrund der charakteristischen Leistung versagt in Verträgen, in denen keine oder beide Parteien charakteristische Leistungen erbringen; in anderen Verträgen kann es schwierig sein, sich zu entscheiden, ob eine Leistung charakteristisch ist. Auch können die Ansichten darüber, worin die charakteristische Leistung besteht, im Verlaufe der Zeit ändern¹¹.

Weiter kann eingewendet werden, dass, wie auch die Aufzählung von Vertragstypen in Art. 117 Abs. 3 IPRG zeigt, die Anknüpfung an die charakteristische Leistung typischerweise auf herkömmliche Austauschverträge (Industriezeitalter) ausgerichtet ist. In der heutigen Wirtschaft geht es hingegen oft um Verträge im Dienstleistungssektor, vielfach ortsunabhängig, um Verträge

⁹ Dass in der Rechtsprechung vereinzelt auch weitere «vertragskennzeichnende Elemente» zur Abweichung nach Art. 117 Abs. 1 IPRG geführt haben, wie «Abschlussmodalitäten, zeitliche Dauer» oder die Kodifizierung oder Nichtkodifizierung eines Vertrages, führt MARK NDUE (Fn. 8), S. 144, aus.

¹⁰ Vgl. z.B. BSK IPRG-AMSTUTZ/WANG (Fn. 4), Art. 117 N 7-12; SCHWANDER (Fn. 7), S. 57-59; MARK NDUE (Fn. 8), S. 35-52.

¹¹ Vgl. z.B. die Entwicklung der Bundesgerichtspraxis zur Anknüpfung des Alleinvertriebsvertrags: BGE 100 II 450 S. 450 f. und BGer 4A_613/2009 vom 2. Juli 2010 E. 3.

mit gesellschaftsrechtlichen Elementen, um Zusammenwirken beider Parteien hinsichtlich eines bestimmten Erfolgs¹², um Massengeschäfte per Internet. Beschränkt man die Anwendung des Art. 117 Abs. 2 IPRG im Wesentlichen auf die in Abs. 3 derselben Bestimmung genannten Verträge (oder solche, die ihnen vergleichbar sind), bleibt es für eine grosse Anzahl von Verträgen bei der allgemeinen und vagen Regel des engsten Zusammenhangs (Art. 117 Abs. 1 IPRG).

Grundsätzlicher kann eingewendet werden, dass in den heutigen Produktions- und Dienstleistungsprozessen (arbeitsteilige Herstellung eines Produkts, Auslagerung der Produktion, freier Handel mit Gütern und Dienstleistungen, Erbringung von Dienstleistungen über Internet oder sonstwie ortsunabhängig) dem Ort der Niederlassung bzw. dem gewöhnlichen Aufenthalt des Erbringers der charakteristischen Leistung nicht mehr die entscheidende Relevanz zukommen kann.

Im Vordergrund sollte vielmehr, wenn schon, nicht die Lokalisierung des Erbringers der Leistung stehen, sondern diese selbst, und damit der *Erfüllungsort* der charakteristischen Leistung¹³, der *Ort des gemeinsamen Bewirkens* bzw. des *gemeinsam angestrebten Erfolgs* der zusammenarbeitenden Parteien, der *Ort der Ablieferung der Dienstleistung* usw.¹⁴.

2. *Ergänzung des Grundsatzes des engsten Zusammenhangs (Art. 117 Abs. 1 IPRG) mit einem Katalog wesentlicher Anknüpfungskriterien*

Der engste Zusammenhang des Vertrags mit einer bestimmten Rechtsordnung nach Art. 117 Abs. 1 IPRG kann als primäre Regel zur Schwerpunktfindung zum Zug kommen (z.B. bei Verträgen ohne charakteristische Leistung) oder als subsidiäre, das Ergebnis der Anwendung von Art. 117 Abs. 2 und 3 IPRG korrigierende Regel¹⁵ (z.B. als Ausnahmeklausel, bei unbefriedigenden Ergebnissen der Regelanknüpfung aufgrund der charakteristischen Leistung). In beiden Konstellationen ermächtigt das Gesetz das Gericht zur Entscheidung mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Einzelfalls. Ob die dazwischen geschobene «vermutete» Schwerpunktbildung aufgrund der Lokalisierung am

¹² Vgl. dazu insbes. JACQUELINE WISMER, Die Suche nach der richtigen Anknüpfung typisierbarer Austauschverträge des internationalen Schuldvertragsrechts, Diss. St. Gallen 2002, Bern 2002, S. 102 ff.

¹³ Vgl. IVO SCHWANDER, Zur heutigen Rolle des Erfüllungsortes im IPR, in: Walter A. Stoffel/Paul Volken (Hrsg.), *Conflicts et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg 1990, S. 681-699, spez. S. 685, 693.

¹⁴ Zu dieser Kritik vgl. ebenfalls MARK NDUE (Fn. 8), S. 141-143.

¹⁵ SCHWANDER (Fn. 7), S. 60-67.

gewöhnlichen Aufenthalt bzw. der Niederlassung des Erbringers der charakteristischen Leistung (Art. 117 Abs. 2 und 3 IPRG) nach Ermessen des Gerichts überzeugt, hängt aber von einer Vielzahl von Faktoren und einem Werturteil aufgrund der konkret in Frage stehenden Konstellation ab. Internationale Sachverhalte sind untereinander nicht derart gleich bzw. vergleichbar, dass sich ebenso klare bzw. als festes Richterrecht verbindliche Fallgruppen bilden liessen, wie dies bei rein nationalen Sachverhalten der Fall ist.

Immerhin macht Art. 117 IPRG mit dem Hin und Her zwischen Absatz 1 und den Absätzen 2 und 3 bewusst, dass es sich um einen hermeneutischen Zirkel handelt – mit der Besonderheit, dass Absatz 1 mit dem Grundsatz des «engsten Zusammenhangs» heuristische Funktion hat, also die Ausrichtung der Rechtsfindung und der Wertungen vorgibt, ohne selber verbindliche normative Entscheidanweisungen zu enthalten. Im Gegensatz dazu erfordert die «vermutete» Schwerpunktbildung in Absätzen 2 und 3 einen weit eingeeengten Zwischenschritt, der sowohl auf der ersten Anwendungsstufe die Frage aufwerfen kann, ob er überhaupt begangen werden soll, und selbst wenn er vom Gericht in Betracht gezogen wird, in einer zweiten Anwendungsstufe auf seine Adäquanz zu überprüfen ist, also darauf, ob der Vertrag nicht doch einen noch engeren Zusammenhang zu einer anderen Rechtsordnung aufweist. Wenn schon ein solcher Zwischenschritt eingefügt wird, müsste die darin vorgesehene Anknüpfung heute sachlich besser überzeugen¹⁶.

Diese Überlegungen führen zur Folgerung, dass es eindeutig vorzuziehen wäre, den Grundsatz des engsten Zusammenhangs nicht mehr nur mit einer einzigen vermuteten Regelanknüpfung, die sich von vornherein nicht für alle Verträge eignet, zu verbinden, sondern alternativ und beispielhaft mehrere Anknüpfungskriterien aufzuzählen, aber gleichzeitig die Wertung vorzugeben, mit welcher der engste Zusammenhang gesucht werden soll. Die beispielhaft zur Lokalisierung aufzuführenden Anknüpfungskriterien wären etwa: Erfüllungsort der hauptsächlich relevanten Leistung, Ort des angestrebten Erfolgs, Ort der Ablieferung des Arbeitsergebnisses, Ort des Eintritts des Produkts in den Markt, bei Massengeschäften: Ort, an dem Kunden die Werbung erhalten. Die leitenden Wertungen wären etwa: (1) für beide Parteien gegebene oder mögliche Erwartung, dass diese Rechtsordnung anwendbar sein würde (inkl. Berücksichtigung, nach welcher Rechtsordnung die Parteien bisher vorgegangen sind); (2) Schwerpunktfindung entsprechend dem (ursprünglichen und später weiterentwickelten) Vertragsprogramm und damit die Frage, in welcher Rechtsordnung oder gegenüber welchem Markt der Vertrag etwas bewirken sollte; (3) überwiegende Risikotragung bzw. qualitativ überwiegende Leistung durch die eine Partei.

¹⁶ Vgl. Ausführungen unter II/B/1.

III. Zur subjektiven Anknüpfung (Rechtswahl), insbesondere Art. 116 IPRG

A. Unvollständige Regelung der kollisionsrechtlichen Rechtswahl in Art. 116 IPRG

Subjektive Elemente spielen im schweizerischen IPRG auch ausserhalb der förmlichen Rechtswahlvereinbarung (selbständiger Verweisungsvertrag, Art. 116 IPRG) in zahlreichen Behelfen und Kollisionsregeln eine gewichtige Rolle, so bei einseitigen Rechtswahlerklärungen einer Partei (z.B. Art. 135 Abs. 1, Art. 138 und Art. 139 Abs. 1 IPRG), in Bestimmungen, welche es der einen Partei gestatten, sich auf ein bestimmtes (anderes) Recht zu berufen (z.B. Art. 110 Abs. 1, Art. 123 IPRG), in Bestimmungen, welche den Nachweis eines bestimmten Rechtsschutzinteresses (z.B. Art. 41 Abs. 2 und 3 IPRG) oder eine bestimmte Substantiierung (z.B. Art. 136 Abs. 1 und 2, Art. 137 Abs. 1 IPRG) verlangen, in Bestimmungen, welche auf ein Wissenmüssen (z.B. Art. 35 Abs. 1, Art. 158 IPRG) oder eine Vorhersehbarkeit (z.B. Art. 133 Abs. 2, Art. 135 Abs. 1 lit. b IPRG) abstellen, und insbesondere auch bei der Anwendung der Ausnahmeklausel (Art. 15 Abs. 1 IPRG)¹⁷.

Im Schrifttum findet sich kaum je eine grundsätzliche rechtsdogmatische oder rechtspolitische Kritik an Art. 116 IPRG, hingegen stellen sich zahlreiche im Gesetz nicht angesprochene Einzelfragen, welche Anlass zu Kontroversen bieten; dementsprechend reichhaltig und detailliert ist die einschlägige Spezialliteratur¹⁸.

Vergleicht man die knappe Gesetzesbestimmung zur Rechtswahlvereinbarung in Art. 116 IPRG mit den wesentlich ausführlicheren Regelungen der einzelnen Vertragsverhältnisse in Art. 184-551 OR, für deren Anwendung zudem allgemeine Bestimmungen, wie insbesondere Art. 1-40h und Art. 68-183 OR, heranzuziehen sind, wird das Regelungsdefizit dieses doch eigenständigen, speziellen Vertrags in Art. 116 IPRG offensichtlich. Freilich ist die kollisionsrechtliche Rechtswahl kein Schuldvertrag, sie beruht aber in ihrer heutigen positivrechtlichen Ausgestaltung auf einem vergleichbaren Konsensme-

¹⁷ Zu diesen und weiteren subjektiven Anknüpfungsfaktoren IVO SCHWANDER, *Subjektivismus in der Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, in: Christian Dominicé/Robert Patry/Claude Reymond (Hrsg.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basel 1993, S. 181-190, spez. S. 186 ff.

¹⁸ Insbesondere VINCENT BRULHART, *Le choix de la loi applicable – questions choisies*, Habil. St. Gallen, Bern 2004; DAVID P. HENRY, *Kollisionsrechtliche Rechtswahl, Eine Untersuchung ihrer Wirkungen und Grenzen*, Diss. St. Gallen, Zürich 2009.

chanismus¹⁹ (und bringt das damit im Zusammenhang stehende Konfliktpotential ebenfalls mit) und *kann* je nach Vertragsgestaltung auch eine persönliche Verpflichtung der Parteien begründen, das ihr Mögliche zu unternehmen, dass die gewählte Rechtsordnung zur Anwendung kommt. Die Besonderheit der Rechtsgestaltung – Anwendung einer bestimmten staatlichen Rechtsordnung durch das Gericht, obgleich im Übrigen die Rechtsanwendung amtsweilige Aufgabe des Gerichts ist – durch die kollisionsrechtliche Rechtswahl und das Verhältnis dieser Rechtswahlmöglichkeit zu den übrigen Kollisionsregeln bedürfen einer ausführlicheren gesetzlichen Regelung. Die blosse Verweisung für Fragen des Konsenses auf die Regeln der gewählten Rechtsordnung (gemeint: das Schuldvertragsrecht des betreffenden Staates) in Art. 116 Abs. 2 Satz 2 IPRG löst nicht alle sich bei einer Rechtswahl stellenden Konsensprobleme; es gibt auch spezifische Dissenskonflikte und Konsensmängel, die sich ausschliesslich beim Abschluss einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl stellen können, so u.a. die Frage, ob der zum Abschluss erforderliche Konsens das Wissen um die Rechtswahlmöglichkeit voraussetzt, oder die Kontroverse um das spezifische Verhältnis zwischen effektivem und hypothetischem Parteiwillen bei der Beurteilung einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl²⁰. Diese Fragen sind m.E. vom IPR-Gesetzgeber zu entscheiden.

B. Soll den Rechtswahlerklärungen je nachdem eine unterschiedliche Wirkung zukommen, ob sie idealtypisch ausgehandelt worden sind oder nur mechanisch dem Vertrag hinzugefügt worden sind?

Im gerichtlichen Alltag wird nicht hinterfragt, ob eine Rechtswahlklausel in einem Vertrag in einer idealtypischen Situation, d.h. in Kenntnis der Inhalte und Rechtsfolgen der in Frage stehenden staatlichen Rechtsordnungen ausgehandelt worden ist (und ob dementsprechend auch im materiellen Teil des Schuldvertrags Folgerichtiges vereinbart worden ist, z.B. durch näheres Ausgestalten dispositiver Bestimmungen der gewählten Rechtsordnung oder bewusstes Abweichen von diesen), oder ob sie nur mechanisch aus einer Vorlage übernommen oder sonstwie unreflektiert dem Vertragswerk hinzugefügt worden ist. Auch wenn eine Partei nachträglich von den Folgen einer unüberlegten Rechtswahl überrascht wird, scheut sie sich meistens, sich vor Gericht

¹⁹ SIMONE EGELER, Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht, Diss. St. Gallen 1994, S. 99 ff.; HENRY (Fn. 18), S. 253 ff.

²⁰ Vgl. IVO SCHWANDER, Kollisionsrechtliche Rechtswahl und Vertrag, in: Wolfgang Wiegand/Thomas Koller/Hans Peter Walter (Hrsg.), Tradition und Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern/Zürich 2009, S. 711-721, spez. S. 713 ff.

auf Willensmängel zu berufen, dies wohl in der Überlegung, gegen eine simple, aber klare schriftliche Rechtswahlerklärung ohnehin nicht ankämpfen zu können.

Eine Tendenz zur rein wörtlichen Auslegung von expliziten schriftlichen Rechtswahlerklärungen zeigt sich darin, dass diese ebenfalls in Vertragswerken durchgesetzt werden, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch kein Auslandsbezug bestand und auch nicht absehbar war, dass der Vertrag «international» werde²¹ – dies obwohl das Bundesgericht an sich verlangt, dass sich die Parteien im Zeitpunkt der Rechtswahl bewusst waren, dass sie die Möglichkeit haben, das anwendbare Recht zu wählen, ferner dass sie einen bewussten Rechtswahlwillen hatten und diesen äussern wollten²². Wenn sich keine der Parteien gegen solche mechanisch eingefügten Rechtswahlerklärungen wehrt, werden diese oft ohne Weiteres von den Gerichten beachtet, insbesondere wenn schweizerisches Recht «gewählt» worden ist. Daher erstaunt es nicht, dass das Bundesgericht in einem Entscheid auch schon einen normativen Konsens über das anzuwendende Recht nicht ausgeschlossen hat²³.

Will man die bisherige Praxis hinsichtlich expliziter schriftlicher Rechtswahlerklärungen selbst im Falle der mechanistischen, unüberlegten Rechtswahl, stützen, wäre es konsequent, diesbezüglich keinen übereinstimmenden Konsens zu verlangen, somit auf die Vertragsfiktion zu verzichten, und der Besonderheit der kollisionsrechtlichen Rechtswahl dadurch Rechnung zu tragen, dass die beidseitige schriftliche Unterstellung des Vertrags unter eine bestimmte Rechtsordnung für sich ausreicht. Damit wird zumindest jene Vertragspartei in ihrem Vertrauen geschützt, die sich bei der Vertragserfüllung auf diese schriftliche Einigung verlassen hat und sich konform der gewählten Rechtsordnung verhalten hat²⁴.

Die Alternative *de lege lata* dazu wäre, dass die Gerichte idealtypisch ausgehandelte Rechtswahlvereinbarungen anders würdigen als mechanisch dem Vertrag hinzugefügte (oder auch nur mit AGB mitübernommene). Je nachdem würde sich das Gericht strikte daran gebunden fühlen oder sich autorisiert fühlen, das objektiv anwendbare Recht heranzuziehen, wenn sich die Rechtswahl als inadäquat erweist oder zu einer erheblichen Benachteiligung

²¹ Dieses Ergebnis kann man allerdings auch mit einer zulässigen Rechtswahl «auf Vorrat» für den Fall einer unerwarteten Veränderung der für die Anknüpfung massgeblichen Verhältnisse begründen (vgl. Art. 116 Abs. 3: «jederzeit»).

²² BGE 87 II 194 E. 3 S. 200; BGer vom 19. Februar 2004, 4C.307/2003 E. 2.

²³ BGer vom 28. April 1993, 4C.334/1991 E. 3.

²⁴ SCHWANDER (Fn. 20), S. 713 ff.; IVO SCHWANDER, Rechtswahl im Spannungsfeld zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht, in: Andrea Büchel/Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Private Law national – global – comparative*, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 1581-1591, spez. S. 1582 ff.

der einen (über den Inhalt des gewählten Rechts unaufgeklärten) Partei führen sollte. Eine Rechtswahl zu vereinbaren, erfordert Wissen um die Rechtslage und ist daher anspruchsvoller als z.B. die Einschätzung zwischen dem Wert des Kaufgegenstandes und dem Kaufpreis, den zu zahlen man bereit ist. Daher müssen Regelungen über den Irrtum entsprechend anders und weiter interpretiert werden.

Andererseits sollte mit sorgfältig ausgehandelten Rechtswahlerklärungen auf diesen Umstand hingewiesen werden. Warum soll nicht kurz, aber explizit im Text darauf hingewiesen werden, dass die Parteien während eines bestimmten Zeitraums über die anzuwendende Rechtsordnung verhandelt hatten, welche Rechtsordnungen sie näher angesehen haben, und dass sie vereinbart haben, sich bei der Abwicklung an dieses gewählte Recht zu halten? Umgekehrt kann es sinnvoll sein, im Vertragstext ausdrücklich festzuhalten, dass die Parteien über eine Rechtswahl verhandelt hatten, sich aber diesbezüglich nicht hatten einigen können. Damit wird verhindert, dass das Gericht nachträglich aus einzelnen Indizien eine stillschweigende Rechtswahl ableitet.

C. Weiterer Reformbedarf im Zusammenhang mit der kollisionsrechtlichen Rechtswahl

Regelungs- oder Reformbedarf zeichnet sich sodann in folgenden Fragestellungen im Kontext des Art. 116 IPRG auf:

Der historische Gesetzgeber überliess die Frage, ob eine *Teilrechtswahl* zulässig sei, der Praxis; das Bundesgericht hat sich bisher dazu nicht geäußert. Regelungsbedarf im IPRG ergibt sich daraus, dass Art. 3 (1) Satz 3 der Rom I-Verordnung²⁵ sie zulässt und folglich in der Vertragspraxis im europäischen Raum anzutreffen ist. Sie nachträglich in Verfahren vor schweizerischen Gerichten in Frage zu stellen, wäre ein übermässiger Eingriff in die Rechtssicherheit im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr. Lässt das schweizerische IPRG künftig explizit die Erklärung einer Teilrechtswahl zu, sollte mitgeregelt werden, die Parteien hätten zugleich diejenige Rechtsordnung zu bezeichnen, nach welcher sich der Vertrag hauptsächlich orientiert (z.B. für Gewährleistungsrechte und Verjährung ist Recht A anwendbar, für alle übrigen Fragen Recht B), sodass z.B. Fragen des sog. Allgemeinen Teils des Schuldrechts dieser entnommen werden. Halten sich die Parteien nicht daran, müsste dem Gericht als Hilfsregel nahegelegt werden, für allgemeine Fragen im Zweifel diejenige Rechtsordnung heranzuziehen, welche im grösseren

²⁵ Vgl. Fn. 2. Die Bestimmung lautet: «Die Parteien können die Rechtswahl für ihren ganzen Vertrag oder nur für einen Teil desselben treffen.»

Umfang anwendbar ist, oder diejenige, die objektiv für die Entstehungsphase bzw. die Vertragsverhandlungen massgeblich war²⁶.

Art. 116 Abs. 2 Satz 1 IPRG lässt nicht nur eine ausdrückliche, sondern auch eine eindeutige, sich aus dem Vertrag oder den Umständen ergebende Rechtswahl zu. Die Voraussetzungen, unter denen eine *stillschweigende Rechtswahl* bejaht oder verneint wird, variieren von Staat zu Staat und von Gericht zu Gericht; oft handelt es sich um einzelfallbezogene Überlegungen²⁷. Beruft sich eine Partei darauf, aus den Umständen ergebe sich, dass die Parteien beim Vertragsschluss davon ausgegangen seien, der Vertrag unterstehe einer bestimmten staatlichen Rechtsordnung, besteht die gerichtliche Arbeit darin, den Vertragstext und die Umstände auf einen entsprechenden engsten Bezug des Vertrags zu einer bestimmten staatlichen Rechtsordnung, einschliesslich der entsprechenden Parteierwartungen, zu untersuchen. Das ist in der Sache nichts anderes als eine (freiere) gerichtliche Rechtsfindung (objektive Anknüpfung) als nach dem aktuellen Text des Art. 117 IPRG, wäre aber vom hier erläuterten Revisionsvorschlag (vorne II/B/2) erfasst. Eine eigenständige Behandlung der sog. *stillschweigenden Rechtswahl* wäre dann nicht mehr nötig.

Für die Praxis wäre es hilfreich, wenn es nicht mehr der (nicht oder kaum vorhandenen) Rechtsprechung überlassen bliebe, welche *Arten von Rechtswahlerklärungen* zulässig sind²⁸.

Schliesslich drängt es sich auf, neu zu überdenken, inwieweit die Zulässigkeit der Rechtswahl in bestimmten Sachbereichen eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen werden soll. So überzeugt es m.E. nicht, wenn zwar einerseits eine Rechtswahl im Bereich der Konsumentenverträge gänzlich ausgeschlossen (Art. 120 IPRG), im Bereich der *Arbeitsverträge*, wo es meistens um existenziellere Interessen der wirtschaftlich schwächeren Partei geht, eine (eingeschränkte) Rechtswahl jedoch möglich ist (Art. 121 Abs. 3 IPRG). Dies zumal der Kreis der wählbaren Rechtsordnungen in Art. 121 Abs. 3 IPRG nur formal unparteiisch definiert wird; fast zwangsläufig wird es zur Vereinbarung der Niederlassung des Arbeitgebers kommen und nicht zur Wahl des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt der Arbeitnehmerin; nicht wählbar ist der gewöhnliche Arbeitsort, welcher zwar der objektiven Anknüpfung mangels Rechtswahl nach Art. 121 Abs. 1 IPRG entspricht; eine Rechtswahl wür-

²⁶ SCHWANDER (Fn. 24), S. 1584 f.

²⁷ Vgl. JULIA PATRICIA KRAUTTER ROMERO, Die *stillschweigende Rechtswahl* in der Praxis des internationalen Vertragsrechts – eine rechtsvergleichende Darstellung in Bezug auf Deutschland, England, Frankreich und die USA, Diss. St. Gallen, Bamberg 2008.

²⁸ Zu Unterwerfungsklauseln, zu alternativen, bedingten, mehrstufigen, kumulativen Rechtswahlerklärungen sowie zur sog. *negativen Rechtswahl* vgl. BSK-IPRG-AMSTUTZ/WANG (Fn. 4), Art. 117 N 14-19.

de aber dem Arbeitnehmer das anwendbare Recht (und die gestützt darauf erworbenen Bestandespositionen) auch für den Fall garantieren, dass später der gewöhnliche Arbeitsort oder die Niederlassung der Arbeitgeberin ändern würden oder die Arbeit an mehreren Orten verrichtet würde²⁹.

IV. Schlussbemerkung: Ergänzung der gesetzlichen Regelung des IPR des Schuldvertragsrechts mit Behelfen ausserhalb des kollisionsrechtlichen Instrumentariums

Das IPR der Schuldverträge stand oft im Mittelpunkt der Weiterentwicklung der kollisionsrechtlichen Methode im Allgemeinen. So waren es öffentlich-rechtliche oder zwingende Verbotsnormen am Erfüllungsort, welche seit den 1940-er Jahren zur Diskussion um *Sonderanknüpfungen* und im schweizerischen IPRG zu dem auch ausserhalb der Vertragsstreitigkeiten anwendbaren Art. 19 geführt haben³⁰. Seit dem Jahre 2015 anerkennt das Bundesgericht³¹ darüber hinaus die Sonderanknüpfung als selbständigen kollisionsrechtlichen Methodenbehelf in den Händen des Gerichts.

Die Entwicklung des modernen Wirtschaftsrechts hat dem IPR der Schuldverträge (und darüber hinaus dem IPR ganz allgemein) eine weitere Welle der Methodendiskussion beschert, diesmal hinsichtlich der sog. *Materialisierung des IPR*, allerdings noch ohne grundsätzliche Stellungnahme der Gesetzgebungen zur Methode des IPR. War früher der *Ordre public* (Art. 17 IPRG) als selten einsetzbares «Notventil» der einzige materiellrechtlich begründete Korrekturbehelf im IPR-Kollisionsrecht, setzten seit etwa den 1960-er Jahren und namentlich unter Einfluss der US-amerikanischen Lehre in allen europäischen Staaten heftige Lehrmeinungsstreite zur vermehrten Berücksichtigung des materiellen Rechts (soziales IPR, materielle Gerechtigkeitskriterien) bei Auslegung der Kollisionsregeln und der Ausnahmebehelfe ein; auch kam es in IPR-Gesetzgebungen immer häufiger zu neuen Kollisionsregeln, welche ein bestimmtes materielles Ergebnis begünstigen sollten, allerdings zumeist mit

²⁹ IVO SCHWANDER, Spezifische Probleme des IPR-Kollisionsrechts in Arbeitsrechtsfällen – Zum Umgang mit den Artikeln 13, 15, 18, 19 IPRG im Kontext mit Art. 121 IPRG, in: Roland Müller/Kurt Pärli/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 415-430, S. 423 f.

³⁰ Vgl. STEPHANIE MILLAUER, Sonderanknüpfung fremder zwingender Normen im Bereich von Schuldverträgen (Art. 19 IPRG und Art. 17 Abs. 1 EVÜ), Diss. St. Gallen 2001.

³¹ BGE 141 III 513 E. 5.4.3 S. 520 f. Dazu IVO SCHWANDER, Sonderanknüpfung? Sonderanknüpfungen und «Sonderanknüpfungen»!, in: Pascal Grolimund/Alfred Koller/Leander D. Loacker/Wolfgang Portmann (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich 2018, S. 315-326.

traditionellen kollisionsrechtlichen Mitteln (z.B. alternative Anknüpfungen). Das schweizerische IPRG kennt noch kaum eigentliche IPR-Sachnormen, d.h. spezifische Sachnormen mit materiell-privatrechtlicher Rechtsfolge für internationale Sachverhalte.

Zahlreiche Schuldvertragsverhältnisse sind im Kontext der Sozial- und Wirtschaftsverfassung zu interpretieren. Das zeigt sich einerseits bei den Verträgen mit einer schutzbedürftigen Partei wie Arbeits- und Konsumentenverträgen. So ist der Arbeitsvertrag als Sonderprivatrecht Teil des sog. sozialen Privatrechts und zugleich untersteht er dem öffentlichrechtlichen Arbeitsgesetz; auf ihn wirken somit Marktordnungs- und Wirtschaftsfreiheitsinteressen ein, allenfalls besteht ein besonderer Grundrechts- und Sozialschutz. Andererseits erfassen z.B. das Finanzmarktrecht, die Geldwäschereigesetzgebung, die Antikorruptionsgesetzgebung alle Akteure: Banken als juristische Personen, ihre Angestellten als Hilfspersonen oder als selbständig Verantwortliche, Vermittler, und die Bankkunden usw. Diese Akteure sind untereinander mit Schuldverträgen verbunden, die zwar von der IPR-Gesetzgebung einer bestimmten staatlichen Rechtsordnung zugeordnet sind. Diese kollisionsrechtliche Zuordnung genügt selbst in einer rein privatrechtlichen Sicht (d.h. auch mit Beiseitelassen der Thematik des öffentlichrechtlichen Aufsichts-, Marktordnungs- oder Strafrechts) nicht: Vielmehr erfolgt eine perspektivische Auslegung der einzelnen öffentlichrechtlichen Rechtssätze, d.h. wem auferlegt z.B. das Aufsichtsrecht eine bestimmte Pflicht und ist diese auch von Gesetzes oder von Vertrags wegen eine solche einer anderen Vertragspartei?³² Diese Frage kann im internationalen Verhältnis nicht allein mit Sonderanknüpfungen bewältigt werden, sondern in zusätzlicher spezifisch materiellrechtlicher Auslegung der Normen. Diese Entwicklungen werden in methodologischer Hinsicht vermehrt die Frage aufwerfen, ob nebst den kollisionsrechtlichen Verweisungsnormen (einschliesslich Sonderanknüpfungsvorgängen) den materiellrechtlichen Ermächtigungs- und Rezeptionsnormen³³ Bedeutung zukommen wird, also Fremdrechtsanwendung unmittelbar aus dem Gehalt von materiellrechtlichen Rechtssätzen abzuleiten sein wird. Allerdings dürfte diese Entwicklung nur Einzelfragen des Vertragsverhältnisses betreffen, was rechtlich ein «Nur» ist, wirtschaftlich aber, wenn es z.B. darum geht, wer Normadressat und somit aktiv- oder passivlegitimiert ist, ein «Alles oder Nichts».

³² Mit dieser Thematik befasst sich grundlegend MATTHIAS KUERT, Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im schweizerischen Haftungsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Finanzmarktrechts, Diss. St. Gallen 2018 (Manuskript, 520 Seiten).

³³ KUERT (Fn. 32), Rz. 104 ff., 167 ff.

Das «caput controversum» im Zusammenhang mit in Eheschutzverfahren vereinbarten Unterhaltsbeiträgen – «handle with care»

ANNETTE SPYCHER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	920
II.	Irrungen, Wirrungen: Der Entscheid.....	920
	A. Rechtliche Ausführungen.....	920
	B. Sachverhalt und weitere Erwägungen.....	920
	C. Fragestellung und (vorweggenommenes) Fazit.....	922
III.	Worum geht es?.....	923
	A. Abänderung von Unterhaltsbeiträgen in Eheschutz- und Massnahmeverfahren.....	923
	1. Voraussetzungen.....	923
	a) Veränderung der Verhältnisse oder ursprünglich falsche Annahmen.....	923
	b) Wesentlichkeit und Dauerhaftigkeit der Veränderung.....	925
	c) Zeitpunkt des Eintritts der Veränderung und Vorhersehbarkeit der Veränderung.....	925
	aa) Grundsätzliches.....	925
	bb) Erschwernisse.....	927
	2. Keine Unterscheidung zwischen Entscheid und Vereinbarung bzw. Vergleich.....	929
	B. Brückenschlag des Bundesgerichts von der Scheidung zum Eheschutz - auf den ersten Blick.....	931
IV.	Beurteilung.....	932
	A. Auf den zweiten Blick.....	932
	1. Güterrecht, nicht Unterhalt.....	932
	2. Das Eheschutzverfahren ist keine Scheidung.....	933
	B. Schlussfolgerung.....	934

* Prof. Dr. ANNETTE SPYCHER, Fürsprecherin, LL.M., Zivilistisches Seminar, Universität Bern.

I. Einleitung

Anlass zum vorliegenden Beitrag gab BGE 142 III 518 (BGer vom 26.5.2016, 5A_842/2015). Das Urteil zeigt auf, dass bei der analogen Übernahme von obligationenrechtlichen Begriffen im Familienrecht (gemäss Art. 7 ZGB) Zurückhaltung geboten ist.

II. Irrungen, Wirrungen: Der Entscheid

A. Rechtliche Ausführungen

Die zu hinterfragende Passage in der amtlichen Sammlung (E. 2.6; übernommen in der Regeste) lautet wie folgt:

«Vor diesem Hintergrund sind die Möglichkeiten, eine auf Vereinbarung beruhende Eheschutzmassnahme oder vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren abzuändern, eingeschränkt. Es gelten die gleichen Restriktionen, wie sie die Rechtsprechung für die Scheidungskonventionen umschrieben hat (vgl. die erwähnten Urteile 5A_688/2013 und 5A_187/2013, je a.a.O.):

E. 2.6.1 Eine Anpassung kann nur verlangt werden, wenn erhebliche tatsächliche Änderungen Teile des Sachverhalts betreffen, welche im Zeitpunkt der Vereinbarung als feststehend angesehen wurden. Keine Anpassung an wesentlich und dauernd veränderte Verhältnisse gibt es hingegen bezüglich Tatsachen, welche vergleichsweise definiert worden sind, um eine ungewisse Sachlage zu bewältigen (sog. caput controversum), zumal hier die Referenzgrösse fehlt, an welcher die Erheblichkeit einer allfälligen Veränderung gemessen werden könnte. Vorbehalten bleiben neue Tatsachen, die klarerweise ausserhalb des Spektrums der künftigen Entwicklungen liegen, welche aus Sicht der Vergleichsparteien möglich (wenn auch ungewiss) erschienen.

E. 2.6.2 Auch die Berichtigung einer vorsorglichen Massnahme wegen originär unzutreffender Entscheidgrundlagen ist eingeschränkt, soweit die Unterhaltsregelung auf einer Vereinbarung fusst, mit welcher die Parteien eine Rechtsstreitigkeit definitiv beenden wollten. (...)».

B. Sachverhalt und weitere Erwägungen

Worum ging es? Dies erschliesst sich erst aus den nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Erwägungen (BGer vom 26.5.2016, 5A_842/2015):

Im Rahmen eines Eheschutzentscheids genehmigte die erste Instanz (2013) eine zwischen den Ehegatten gleichentags vor Gericht abgeschlossene Vereinbarung, in der u.a. der Unterhalt für die Kinder und für die Ehefrau – letz-

terer zeitlich abgestuft bzw. sukzessive erhöht – festgesetzt wurde. Einige Wochen später reichten die Ehegatten ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein. Wenig später, rund acht Monate nach Abschluss der besagten Vereinbarung, verlangte der Ehemann im Rahmen vorsorglicher Massnahmen die Anpassung der Unterhaltsbeiträge. Die erste Instanz hob den Unterhaltsbeitrag für die Ehefrau während einer kürzeren, ersten Periode leicht an, um sie dann für die Folgeperiode deutlich zu senken. Der Kindesunterhalt blieb unverändert. Auf Berufung des Ehemanns hin reduzierte das Obergericht (im September 2015) die Unterhaltsbeiträge für die Ehefrau in der Folgeperiode weiter.

Der Ehemann machte vor Bundesgericht eine noch weitergehende Herabsetzung geltend und wollte diese insbesondere auch auf den Kindesunterhalt angewendet wissen. Er berief sich darauf, dass sich sein Einkommen – welches aus zwei unterschiedlichen Quellen stammte – verändert habe.

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat. Es rief zunächst die Grundsätze in Erinnerung, welche für die Abänderung von im Eheschutz¹ getroffenen Unterhaltsregelungen während eines laufenden Scheidungsverfahrens gelten (insb. E. 2.4). Anschliessend verwies es auf die mit dem Scheidungsverfahren vergleichbare Ausgangslage. Entsprechend seien die Möglichkeiten, eine auf Vereinbarung beruhende Eheschutzmassnahme oder vorsorgliche Massnahme während des Scheidungsverfahrens abzuändern, begrenzt. Es gälten dieselben Einschränkungen wie für Scheidungskonventionen (E. 2.5 sowie die oben bereits auszugsweise zitierte E. 2.6).

Im konkreten Fall befand das Bundesgericht, man habe über die Lohnperspektiven betreffend das Einkommen aus der teilzeitlichen Tätigkeit des Ehemanns als Instruktor eine Prognose getroffen. Es sei nicht belegt, dass im Zeitpunkt des Eheschutzentscheids bzw. des Abschlusses der Vereinbarung noch nicht absehbar gewesen sein sollte, dass die zugrunde gelegten, hohen Einkommen der beiden Vorjahre in Zukunft nicht mehr erzielt werden könnten. Daraus zog das Bundesgericht den Schluss, der Schuldner hätte sich auch dann nicht auf diese Veränderung berufen können, wenn die Unterhaltsbeiträge in einem Entscheid und nicht in einer Vereinbarung festgelegt worden wären.

Soweit, so nachvollziehbar. Verwirrend ist indes der anschliessende Verweis darauf, was wäre, wenn es sich dabei um das *caput controversum* der Vereinbarung gehandelt hätte («[...] könnte eine erhebliche tatsächliche Veränderung ohnehin nicht geltend gemacht werden.») – zumal ganz am Schluss der

¹ Jeweils mitgemeint sind (frühere) vorsorgliche Massnahmen während eines Scheidungsverfahrens.

entsprechenden Erwägung (E. 3.1.2) festgehalten wird, dass gar kein wesentlicher Irrtum geltend gemacht werde oder ersichtlich sei.

Hinsichtlich des zweiten Einkommensbestandteils des Ehemanns, des Einkommens aus der Bewirtschaftung eines landwirtschaftlichen Betriebs, stellte das Bundesgericht fest, dass man für die Bemessung in der Vereinbarung zwar tatsächlich auf eine wenig taugliche Grundlage (nämlich den schon erwähnten Instruktorlohn anstelle des betrieblichen Ertrages) abgestellt habe. Dies begründe aber keine Willkür, zumal – und hier spielt nun die Vereinbarung hinein – man offenkundig im Ungewissen über diesen Einkommensbestandteil gewesen sei und gerade deshalb den Instruktorlohn behelfsmässig herangezogen habe. Wiederum ergänzt das Bundesgericht seine Ausführungen mit einem Verweis auf die Irrtums-Thematik, unter Differenzierung je nachdem, ob der Irrtum das *caput controversum* betroffen hätte oder nicht, um alsdann abschliessend festzuhalten, dass ein Irrtum vorliegend gar nicht ersichtlich wäre.

C. Fragestellung und (vorweggenommenes) Fazit

Die Thematisierung der Auswirkungen eines Irrtums auf einen Vergleich und u.a. das *caput controversum* in jenem Teil des Entscheids, der in die amtliche Sammlung übernommen wurde, erscheint angesichts der Ausführungen zur konkreten Falllösung (zu finden in den nicht publizierten Erwägungen, vgl. B.) entbehrlich: In beiden Konstellationen, um die es ging, gelangten die vom Bundesgericht in der amtlichen Sammlung widergegebenen Regeln gar nicht zur Anwendung, und diente die entsprechende Argumentation nur der subsidiären Begründung des bereits anderweitig begründeten Resultats.

War es unter diesem Gesichtspunkt erforderlich oder wenigstens nützlich, in der amtlichen Sammlung Ausführungen zur Gleichsetzung von Eheschutz- und Scheidungsvereinbarungen zu publizieren?

Das Resultat sei vorweggenommen:

Der Entscheid handelt nicht nur von Irrtümern. Vielmehr sind auch die darin enthaltenen Ausführungen – vor allem in der gekürzten Form der amtlichen Sammlung – verwirrend. Bezogen auf Unterhaltsbeiträge sind sie (und ist insbes. auch die Regeste) gar unzutreffend und können bei unkritischer Übernahme leicht zu falschen Schlussfolgerungen führen.

Die Gründe dafür seien nachstehend dargelegt.

III. Worum geht es?

A. Abänderung von Unterhaltsbeiträgen in Eheschutz- und Massnahmeverfahren

1. Voraussetzungen

a) Veränderung der Verhältnisse oder ursprünglich falsche Annahmen

Die Abänderung von Unterhaltsbeiträgen, welche im Rahmen eines Eheschutzverfahrens festgelegt wurden, richtet sich nach Art. 179 ZGB. Kraft Verweises in Art. 276 Abs. 1 ZPO gilt diese Bestimmung auch für vorsorgliche Massnahmen während eines laufenden Scheidungsverfahrens²: Die sinngemässe Anwendung der Bestimmungen über den Eheschutz bezieht sich «insbesondere» auf die Art und Weise der Bemessung des Unterhalts³. Die Möglichkeit der Abänderung von Unterhalt bzw. die Voraussetzungen dafür sind letztlich Bestandteil der Unterhaltsbemessung, da sie im Bundesprivatrecht begründet ist⁴; insofern ist eine Abänderung mittels Revision dem Grundsatz nach entbehrlich⁵.

Voraussetzung für eine Abänderung ist eine nachträgliche Veränderung jener Verhältnisse, die den Massnahmen zugrunde lagen⁶. Wo es um Unterhalt geht, betrifft dies typischerweise die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien⁷ (Einkommen oder Bedarf), oder aber (seltener) eine Änderung der Rechtslage.

Nebst der nachträglichen Veränderung kommen im Eheschutz- und Massnahmeverfahren – nicht aber im Scheidungsverfahren⁸ – auch mangelhafte anfängliche Entscheidungsgrundlagen als Abänderungsgrund infrage⁹, dies, wenn das Gericht «irrtümlich von falschen tatsächlichen Annahmen» ausgeht¹⁰. Diese Konstellation kann verschiedene Ausprägungen beinhalten: Sei es, dass sich gewisse im Entscheidungszeitpunkt angenommene tatsächliche Umstände nachträglich als unrichtig erwiesen haben¹¹, sei es, dass sich der ur-

² Anstatt vieler BGE 143 III 617 E. 3.1 (= Entscheidung vom 8.11.2017, 5A_857/2016).

³ Botschaft Scheidungsrecht, S. 136.

⁴ Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179 ZGB N 9b.

⁵ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179 ZGB N 8b m.H. auf BGE 92 II 133 ff., S. 135.

⁶ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179 ZGB N 8.

⁷ ANNETTE SPYCHER/HEINZ HAUSHEER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Rz. 09.08 ff.
⁸ DIES., Rz. 09.92.

⁹ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179 ZGB N 8a.

¹⁰ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179 ZGB N 8a.

¹¹ Z.B. BGer vom 14.12.2009, 5P_618/2009, E. 2.

sprüngliche Entscheid als nicht gerechtfertigt erweist, weil dem Gericht im Zeitpunkt des Entscheids wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren¹² (wobei sich die beiden Formulierungen überschneiden, weil das Nichtkennen wesentlicher Tatsachen i.d.R. zum Ausgehen von «unrichtigen», da unvollständigen, tatsächlichen Umständen führen dürfte)¹³. Eine weitere Differenzierung formuliert das Bundesgericht hinsichtlich der im Entscheid getroffenen Annahmen zur zukünftigen Entwicklung: Nebst jenen tatsächlichen Umständen, die sich «nachträglich als unrichtig erwiesen» haben, erwähnt es auch jene, die sich «nicht wie prognostiziert verwirklicht haben»¹⁴. Allerdings handelt es sich dabei bei genauer Betrachtung nun wieder eher um eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse als um ursprünglich fehlerhafte Annahmen, da von einem *Feststehen* künftiger Tatsachen selten ausgegangen werden kann – und dies umso weniger, je weiter sie in der Zukunft liegen. Es verändern sich, anders als bei der erstgenannten Konstellation, einfach nicht die aktuellen, sondern die zukünftigen Verhältnisse, dies im Vergleich zur im Entscheidzeitpunkt getroffenen Prognose. Hier besteht sodann die Verbindung zur Thematik der Vorhersehbarkeit einer zukünftigen Veränderung (hinten, c).

Keine Anpassung kann eine Partei dann verlangen, wenn sie die Veränderung selbst in rechtsmissbräuchlicher Weise herbeigeführt hat¹⁵, oder wenn sie die mangelhaften Grundlagen durch absichtliches Verschweigen relevanter Tatsachen selbst zu verantworten hatte¹⁶.

Begrenzt wird die nachträgliche Abänderung insgesamt durch die bundesgerichtliche Vorgabe, dass «der neue Entscheid nicht dazu dient, das frühere

¹² Z.B. BGer vom 26.5.2015, 5A_1003/2014, E. 3; BGer vom 8.7.2016, 5A_1018/2015, E. 4; zur Publ. vorgesehener BGer vom 8.11.2017, 5A_857/2016, E. 3; BGE 141 III 376 E. 3.3.1 (Entscheid vom 25.8.2015).

¹³ NICOLAS VON WERDT, Ausgewählte Fragen des Unterhaltsrechts, Referat anlässlich der St. Galler Eherechtstagung vom 1.12.2017, schriftliche Fassung Ziff. II.C.2.b) bezweifelt die Anwendbarkeit dieses (seltenen) Abänderungsgrundes auf vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens und auf Eheschutzverfahren gemäss CH-ZPO. Allerdings beziehen sich die diesbezüglichen Ausführungen in der älteren Lehre bereits auf die besonderen vorsorglichen Massnahmen des Scheidungsverfahrens und auf das altrechtliche Eheschutzverfahren, und ist die Begründung m.E. nicht im früheren kantonalen Prozessrecht, sondern in der auch heute noch bestehenden Verbindung der Abänderbarkeitsvoraussetzungen des materiellen Zivilrechts mit den Besonderheiten des Summarverfahrens zu suchen (z.B. BK-SPÜHLER/FREI-MAURER, aArt. 145 ZGB N 440; BK-BÜHLER/SPÜHLER, und BK-LEMP, aArt. 172 ZGB N 10; SPYCHER/HAUSHEER (Fn. 7), Handbuch, Rz. 09.92 m.w.H.).

¹⁴ Vgl. u.a. BGer vom 26.5.2016, 5A_842/2015, E. 2.4.2; BGer vom 26.5.2015, 5A_1003/2014, E. 3; BGer vom 22.12.2017, 5A_948/2016, E. 3.

¹⁵ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179 ZGB N 10 *in fine*; BGer vom 19.12.2006, 5P.473/2006, E. 3.

¹⁶ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179 ZGB N 8a *in fine* und N 10.

Urteil zu korrigieren, sondern dieses den neu eingetretenen Umständen anzupassen»¹⁷. Die Abgrenzung im konkreten Fall erweist sich allerdings häufig als komplex, insbesondere mit Blick auf die Thematik der Vorhersehbarkeit: Je höher die Anforderungen, die diesbezüglich sowohl hinsichtlich des Zeithorizonts wie auch hinsichtlich des konkreten Ereignisses gestellt werden (hinten, c), desto eher wird dem Antragsteller vorgehalten werden, er bezwecke bloss eine (unzulässige) Urteilskorrektur, und wird sein Antrag dementsprechend scheitern.

b) Wesentlichkeit und Dauerhaftigkeit der Veränderung

Voraussetzung einer Abänderung ist, obgleich in Art. 179 ZGB nicht erwähnt, dass die eingetretene Veränderung wesentlich bzw. erheblich und darüber hinaus dauerhaft ist. Die Anforderungen an diese Voraussetzungen sind allerdings geringer als in einem Scheidungsverfahren (Art. 129 ZGB)¹⁸, und die Abänderung «ist in alle Richtungen» möglich, während nach einer Scheidung bspw. eine nachträgliche Erhöhung des nahehelichen Unterhalts nur unter bestimmten Voraussetzungen und innert gewisser Grenzen zulässig ist.

c) Zeitpunkt des Eintritts der Veränderung und Vorhersehbarkeit der Veränderung

aa) Grundsätzliches

Um als Abänderungsgrund gelten zu können, muss die Veränderung eingetreten sein, nachdem der Entscheid ergangen ist. Ausnahmsweise kann eine früher eingetretene, aber erst später beweisbar gewordene Tatsache berücksichtigt werden¹⁹.

Abänderungsgründe, die nach dem Entscheid, jedoch noch während der Rechtsmittelfrist eintreten, sind mittels des zur Verfügung stehenden Rechtsmittels geltend zu machen, soweit die für das jeweilige Verfahren und den jeweiligen Anspruch geltende Novenregelung dies zulässt²⁰.

¹⁷ BGer vom 11.9.2017, 5A_549/2017, E. 4, m.w.H., insbes. BGE 137 III 604 E. 4.1.1.

¹⁸ SPYCHER/HAUSHEER (Fn. 7), Handbuch, Rz. 09.11; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179 ZGB N 10. Zur Dauerhaftigkeit u.a. BGer vom 8.11.2017, 5A_857/2016, E. 5.2 m.w.H.

¹⁹ BGE 142 III 413 E. 2; BGer vom 21.6.2005, 5C.84/2005 N 2.1 m.w.H.

²⁰ BGE vom 24.2.2016, 143 III 42 E. 5.2. betreffend Kindesunterhalt als Eheschutzmassnahme; BGE vom 25.5.2016 142 III 413 E. 2.2.2; BGer vom 8.7.2016, 5A_121/2016, E. 4, 5 sowie BGer vom 24.11.2016, 5A_819/2015, E. 5.3. Zur Thematik insgesamt auch

Nach dem Entscheid eintretende Veränderungen sollten *prima vista* bzw. nach dem Wortlaut von Art. 179 ZGB (wie auch von Art. 129 ZGB) uneingeschränkt Anlass zu einer Abänderung geben können. Indessen verlangt die langjährige Rechtsprechung darüber hinaus, dass die Veränderung nicht bereits im Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids vorhersehbar gewesen sei²¹.

Zukünftige Veränderungen können einen unterschiedlichen Grad der Vorhersehbarkeit aufweisen bzw. kaum, «mittel» oder sehr wahrscheinlich eintreten. Um die Vorhersehbarkeit im Entscheidzeitpunkt zu bejahen, ist gemäss der Rechtsprechung grundsätzlich *Sicherheit oder* zumindest eine *hohe Wahrscheinlichkeit* der Verwirklichung erforderlich^{22,23}. Nicht vorhersehbar sind demgegenüber Entwicklungen, die bloss möglich sind – z.B., dass der Unterhaltsberechtigte später eine Lebensgemeinschaft eingehen oder der Unterhaltspflichtige aus gesundheitlichen Gründen später einmal eine Einkommenseinbusse erleiden könnte²⁴. Ebenfalls klar scheint, dass sich mittels einer Abänderung nicht Fehler in der Prozessführung im Erstprozess beheben lassen²⁵, und dass zwar vorhergesehene, aber *mit Absicht* nicht in der Unterhaltsbemessung berücksichtigte Umstände ebenfalls keine Abänderung rechtfertigen: entscheidend ist, ob die Rente «mit Blick auf diese vorhersehbare Veränderung festgelegt worden ist»²⁶.

Entsprechend vermag die Vorhersehbarkeit einer Veränderung als solche eine spätere Abänderung nicht grundsätzlich zu verhindern. Relevant ist nicht, was

CHRISTINE ARNDT, *Noven im familienrechtlichen Zivilprozess*, in: Alexandra Jungo/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Elterliche Sorge, Betreuungsunterhalt, Vorsorgeausgleich*; Tagungsband 9. Symposium zum Familienrecht 2017, Universität Freiburg, Zürich 2018, 126 ff.

²¹ Zur analogen Situation bei Scheidungsrenten vgl. BK-SPYCHER/GLOOR, Art. 129 ZGB N 9 m.w.H. und die in SPYCHER/HASHEER (Fn. 7), Handbuch, Rz. 09.126 dazu zitierten älteren BGE; sodann SPYCHER/HASHEER (Fn. 7), Handbuch, Rz. 05.179 ff., m.w.H.

²² Zur älteren Rechtsprechung BGE 96 II 301 ff., 303 E. 5a (bestätigt in BGE 120 II 4 E. 5d, S. 5): «(...) Verhältnisse (...), die sich voraussichtlich in *naher* Zukunft mit *grosser* Wahrscheinlichkeit verwirklichen werden.» (keine Hervorhebungen im Originaltext); BGE 120 II 285 E. 4b: «Die Veränderung der Verhältnisse darf zwar nicht schon bei der Festsetzung des Beitrages (...) berücksichtigt worden sein. Ist dies aber nicht geschehen, so sind für die Frage der Neuregelung primär die im Zeitpunkt der Beurteilung bestehenden Verhältnisse resp. die bis dahin eingetretene Entwicklung (...) massgebend». Bezogen auf den Kindesunterhalt bspw. fanden sich entsprechende Hinweise bereits in der Botschaft (BK-BÜHLER/SPÜHLER, aArt. 157 ZGB N 83 – BBl 1974 II 62 – sowie N 85 mit Verweisen auf noch ältere Entscheide; zu altrechtlichen Scheidungsrenten BK-BÜHLER/SPÜHLER, aArt. 153 ZGB, insbes. N 52, 62).

²³ Für die neuere Rechtsprechung BGE 138 III 289 E. 11.1.1; « (...) des modifications prévisibles, soit celles que, bien que futures, sont déjà certaines ou fort probables».

²⁴ BGer vom 27.2.2013, 5A_760/2012, E. 5.2 bzw. BGer vom 24.11.2017, 5A_593/2017.

²⁵ SPYCHER/HASHEER (Fn. 7), Handbuch, Rz. 09.126a.

²⁶ BGE 131 III 189 ff. E. 2.7.4; SPYCHER/HASHEER (Fn. 7), Handbuch, Rz. 09.126b.

objektiv vorhersehbar war bzw. gewesen wäre, sondern was vorhergesehen und zudem auch in die Regelung einbezogen wurde²⁷.

bb) Erschwernisse

Diese verhältnismässig einfach erscheinenden Regeln erweisen sich in der konkreten Anwendung oftmals als anspruchsvoll.

Zum einen kann umstritten sein, ob ein bestimmtes Ereignis vorhergesehen und in die Regelung einbezogen wurde.

Beispiel: Die neue Lebenspartnerin des Ehemanns erwartet von ihm ein Kind, welches voraussichtlich kurz nach der Scheidung der Ehe zur Welt kommen wird.

Es gilt *im Zweifelsfall* die Vermutung, dass vorhersehbare Veränderungen tatsächlich berücksichtigt wurden²⁸. Demnach besteht Grund zur Annahme, die neue Unterhaltspflicht sei im Rahmen der Scheidung bereits in die Berechnung einbezogen worden. Dies ist jedoch nicht zwingend, sondern erschliesst sich erst aus der konkreten Regelung. Insbesondere ist der Umkehrschluss unzulässig, dass alle (retrospektiv) vorhersehbar gewesenen Veränderungen als «berücksichtigt» gelten müssten und nicht mehr angerufen werden könnten. Der sich auf sie berufenden Partei obliegt einzig der Nachweis der Nichtberücksichtigung. Sie tut folglich gut daran, sich diesen Beweis zu sichern.

Zum anderen hängt die Vorhersehbarkeit bzw. die Wahrscheinlichkeit einer Entwicklung auch vom infrage stehenden Zeithorizont ab²⁹.

Zur Illustration: Gut vorhersehbar ist das Alter minderjähriger Kinder und damit bis zu einem gewissen Grad die Entwicklung ihres Bedarfs, welcher üblicherweise ja dann auch nach Altersgruppen abgestuft wird³⁰. Ob vorhersehbar ist, dass ein Kind mit 16 Jahren eine Lehre antreten und damit ein gewisses eigenes Einkommen erzielen wird, so dass der Unterhaltsbeitrag reduziert werden kann, hängt hingegen vom Zeitpunkt des Entscheids bezogen auf das aktuelle Alter des Kindes ab.

²⁷ BSK ZGB I, 5. A., SPYCHER/GLOOR, Art. 129 N 9. Vgl. auch BGer vom 26.6.2016, 5A_842/2015, E. 2.4.1, *e contrario* (vorhersehbar und berücksichtigt = kein Abänderungsgrund).

²⁸ BGE 139 III 289 E. 11.1.1 betr. Art. 129 ZGB; BGer vom 28.9.2017, 5A_617/2017, E. 3.1 betr. vorsorgliche Massnahmen.

²⁹ Vgl. BGer vom 12.7.2007, 5C.52/2007, E. 3.2.

³⁰ Vgl. BGer vom 24.11.2016, 5A_253/2016 E. 4.3

Die Frage wiederum, hinsichtlich welches Zeithorizonts die Parteien überhaupt Überlegungen zur künftigen Entwicklung anstellen müssen, ist vom Verfahren abhängig, mithin für ein Eheschutzverfahren anders zu beurteilen als im Rahmen einer Scheidung.

Zur Illustration: Für das 12-jährige Kind muss im Rahmen des Scheidungsverfahrens bereits ein Antrag auf Unterhalt (allenfalls) nach Lehrbeginn³¹, und (sicher) nach Volljährigkeit gestellt werden. Für ein Eheschutzverfahren kann Gleiches m.E. nicht verlangt werden, so dass weder dem Vertreter des Kindes später eine Berufung auf veränderte Verhältnisse verwehrt ist, noch dem Schuldner.

In der Rechtsprechung werden gerade in Summarverfahren häufig allzu hohe Anforderungen an die Vorhersehbarkeit zukünftiger Entwicklungen gestellt³² und wird dadurch die Abänderbarkeit von Eheschutzmassnahmen erheblich eingeschränkt. Dies soll zwar möglicherweise der Entlastung der Gerichte dienen, beschwert jedoch die betreffenden Verfahren mit zusätzlichen Themen, was dem Ziel einer raschen Verfahrenserledigung ebenso wie den anwendbaren prozessualen Regeln³³ (insbes. hinsichtlich der zulässigen Beweismittel und des Beweismasses) zuwiderläuft³⁴.

Zur Illustration: Der gemeinsame Sohn war im Zeitpunkt des Eheschutzentscheids 13 ½ Jahre alt. Rund ein halbes Jahr vor dessen 16. Geburtstag, zwei Jahre nach dem Entscheid, verlangte der Vater während des bereits laufenden Scheidungsverfahrens die Herabsetzung des Unterhalts an die Ehefrau ab Alter 16 des Sohnes unter Verweis darauf, der Sohn bedürfe nun nicht mehr der persönlichen Betreuung und die Ehefrau könne einem Vollzeiterwerb nachgehen. Das Bundesgericht befand, der Eintritt des Ereignisses «Alter 16» sei im Eheschutzverfahren auf den Tag genau voraussehbar gewesen. Da man der Ehefrau ab diesem Zeitpunkt im «relativ kurz vorher» – immerhin zwei Jahre früher – ergangenen Eheschutzentscheid dennoch kein höheres Einkommen zugemutet habe, erweise es sich als willkürlich, wenn die Vorinstanz nun ab jenem Zeitpunkt von einer Vollzeittätigkeit der Ehefrau ausgehe und ihr entsprechend rückwirkend den Unterhalt kürze.

³¹ Jedenfalls aus Sicht des Unterhaltsschuldners, der eine gewisse Reduktion wegen des Lehrlingseinkommens antizipiert. Zu dieser Thematik SPYCHER/HAUSHEER (Fn. 7), Handbuch, Rzn. 09.126a, 126b; BSK ZGB I-SPYCHER/GLOOR, Art. 129 N 9.

³² Z.B. BGer vom 11.9.2017, 5A_549/2017 E. 5; vgl. nachfolgendes Beispiel.

³³ Dazu u.a. BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, Art. 179 N 1.

³⁴ Betreffend Scheidungsverfahren, zur Vorhersehbarkeit der Interdependenzen zwischen der konkreten Ausbildung der Kinder und der künftigen Pensionierung des Unterhaltsschuldners, siehe ANNETTE SPYCHER, Kindesunterhalt: Grundlagen und Herausforderungen, FamPra 1/2016, 1 ff., 18. Illustrativ zur übermässigen «Weitsicht», die von Parteien und Anwältinnen bisweilen verlangt wird, sodann auch BGer vom 12.7.2007, 5C.52/2007, erläutert bei SPYCHER/HAUSHEER (Fn. 7), Handbuch, Rz. 09.126c.

2. *Keine Unterscheidung zwischen Entscheid und Vereinbarung bzw. Vergleich*

Nicht immer endet ein Eheschutz- oder Massnahmeverfahren mit einem Entscheid. Häufig erzielen die Parteien (sowohl aus Zeit- als auch aus Kostengründen und nicht zuletzt aufgrund der Vermittlungsbemühungen des Gerichts) im Rahmen der Verhandlung eine Einigung, welche vom Gericht schriftlich festgehalten, von den Parteien unterzeichnet und danach gerichtlich genehmigt wird.

Inwiefern bzw. inwieweit steht allenfalls die Tatsache, dass eine Vereinbarung anstatt ein Entscheid vorliegt, einer Abänderung i.S. von Art. 179 ZPO (allenfalls i.V. mit Art. 276 ZPO) gemäss den oben zusammengefassten Grundsätzen entgegen?

Es gilt dabei im Auge zu behalten, dass in beiden Situationen – während eines Eheschutzverfahrens oder eines Massnahmeverfahrens einerseits wie auch nach einer Scheidung andererseits – häufig der Unterhalt minderjähriger Kinder infrage steht. Mit der Einführung des Betreuungsunterhalts und der dadurch bewirkten Verschiebung wesentlicher Bestandteile des bisherigen Ehegattenunterhalts bzw. nachehelichen Unterhalts in den Kindesunterhalt hat dieser Aspekt zusätzliches Gewicht erhalten. Im Sachverhalt, der BGE 142 III 518 zugrunde lag, wäre bei dieser Ausgangslage vermutlich wenig bis kein Ehegattenunterhalt zugesprochen worden, dafür ein deutlich höherer Unterhaltsbeitrag für die Kinder (inkl. Betreuungsunterhalt).

Für den Unterhalt Minderjähriger richtet sich die Abänderung nach Art. 286 Abs. 2 ZGB (vgl. Art. 176 Abs. 3 ZGB) und ist hinsichtlich ihrer Voraussetzungen nicht vom Bestehen oder Nichtbestehen der (elterlichen) Ehe abhängig. Weiter gelten dafür unabhängig vom Verfahren stets der Untersuchungsgrundsatz wie auch die Offizialmaxime (Art. 296 ZPO).

Im Zusammenhang mit Scheidungsrenten machte aArt. 153 Abs. 1 ZGB (betr. Wiederverheiratung) keinen Unterschied hinsichtlich deren Rechtsgrundlage («Wird als (...) Unterhaltsbeitrag durch das Urteil oder durch Vereinbarung eine Rente festgesetzt, (...)»), was sich auch auf Abs. 2 (Herabsetzung oder Aufhebung der Rente) bezog³⁵. Entsprechend führte das Bundesgericht bspw. in BGE 105 II 166 (Entscheid vom 24.9.1979) aus, eine Rente nach (a)Art. 151 oder (a)Art. 152 ZGB könne unabhängig davon, ob sie gerichtlich festgesetzt wurde oder auf einer gerichtlich genehmigten Vereinbarung beruhe, nachträglich im Verfahren nach (a)Art. 153 ZGB herabgesetzt werden (E. I, m.H. auf ältere Rechtsprechung³⁶). Für die Abänderbarkeit von

³⁵ BK-BÜHLER/SPÜHLER, aArt. 153 ZGB N 9 m.w.H.

³⁶ So auch BGE 117 II 211 E. 1a.

in Scheidungsurteilen festgesetztem Kindesunterhalt galt dasselbe³⁷, ebenso für die Anpassung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsprozesses³⁸.

Entsprechend nimmt auch die Doktrin betreffend in Eheschutzverfahren festgesetzten Unterhalt keine Unterscheidung danach vor, ob eine gerichtlich genehmigte Vereinbarung oder ein Entscheid vorliegt. Davon abzugrenzen ist einzig die schriftliche Vereinbarung, die von den Parteien nicht dem Gericht zur Genehmigung unterbreitet wurde: Macht eine Partei ein Verfahren anhängig, weil sie die Vereinbarung nicht mehr in der bisherigen Form einhalten will, handelt es sich nicht um ein Abänderungsverfahren – es liegt ja auch keine «Massnahme» vor – sondern um eine «erstmalige» (gerichtliche) Festsetzung. Entsprechend sind keine Veränderungen erforderlich, und bestehen dementsprechend auch keine Anforderungen hinsichtlich des Umfangs der Veränderung³⁹.

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird ebenfalls zumeist nicht differenziert.

Im Entscheid vom 22.9.2009, 5D_98/2009 ging es um ein gegenüber dem Zeitpunkt der Festsetzung reduziertes (effektives) Einkommen des Unterhaltsschuldners. Dass der Unterhaltsbeitrag ursprünglich in einer Vereinbarung festgelegt worden war, spielte für die Abänderung keine Rolle. Gleiches gilt für das Urteil vom 2.7.2015, 5A_882/2014 (veränderte Verhältnisse zehn Jahre nach Abschluss der Trennungvereinbarung; Geburt eines Kindes in einer neuen Beziehung und krankheitsbedingt reduziertes Einkommen des Ehemanns). Lediglich am Rande wird die Thematik erwähnt im Entscheid vom 26.11.2007, 5A_253/2007, 5A_254/2007 (E. 6.3.3): Es ging u.a. um eine angebliche Reduktion des Einkommens des Ehemanns, wobei sich herausstellte, dass der «weggebrochene» Einkommensbestandteil zwar schon dem letztlich abgeschlossenen Vergleich zugrunde lag, in den seinerzeitigen Parteivorbringen aber nicht thematisiert worden war. Die Vorinstanz hatte eine Abänderung insbesondere auch deshalb nicht zugelassen, weil dies eine Widererwägung aufgrund von Tatsachen bedeuten würde, die dem Eheschutzrichter offenbar von den Parteien verschwiegen worden waren. Das Bundesgericht hatte sich infolge mangelnder Rüge nicht weiter damit und folglich auch nicht mit der Frage zu befassen, wie es sich verhalten hätte, wenn die Parteien nur «unabsichtlich» von falschen Annahmen ausgegangen wären. Im Entscheid vom 3.12.2012, 5A_577/2012 hatten die Ehegatten eine Verein-

³⁷ BK-BÜHLER/SPÜHLER, Vorbem. zu aArt. 149-157 ZGB N 48 sowie aArt. 157 ZGB N 10 unter Verweis auf den Wortlaut von aArt. 287 ZGB in der damaligen Fassung.

³⁸ BK-BÜHLER/SPÜHLER, aArt. 145 ZGB N 438.

³⁹ So ZK-BRÄM, Art. 179 ZGB N 9; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179 ZGB N 6; so im Ergebnis auch BGer vom 26.4.2012, 5A_147/2012, E. 5.2.

barung über die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts abgeschlossen und darin Ehegattenunterhalt festgelegt. Später berief sich die Ehefrau auf einen Grundlagenirrtum (hinsichtlich ihrer Wohnkosten bzw. ob sie ihrem Lebenspartner einen Beitrag daran werde bezahlen müssen). Das Bundesgericht verneinte, wie schon die Vorinstanz, das Vorliegen einer Veränderung in den Verhältnissen, weil die Zahlung eines Wohnkostenbeitrags nicht erwiesen sei und somit «Wirklichkeit und Vorstellung» nicht auseinanderklaffen würden (E. 2.3; 3).

Entsprechend kann festgestellt werden, dass Art. 179 ZGB unterschiedslos auf in Eheschutzverfahren festgesetzten Unterhalt anwendbar ist, beruhe dieser nun auf einem Entscheid oder einer vor Gericht abgeschlossenen Vereinbarung. Aus dem Vorliegen einer Vereinbarung ergeben sich diesbezüglich keine Einschränkungen.

B. Brückenschlag des Bundesgerichts von der Scheidung zum Eheschutz - auf den ersten Blick

Ergeben sich nun jedoch allenfalls Einschränkungen der Abänderung spezifisch daraus, dass die Berufung auf die Irrtumsanfechtung bei Vergleichen nur eingeschränkt anwendbar ist – wie BGE 142 III 518 vermuten lassen könnte?

Das Bundesgericht begründet seine Ansicht, dass die Ausgangslage für Vereinbarungen in Eheschutzverfahren vergleichbar sei zu jener im Scheidungsverfahren (vorne, II. B.) mit dem allgemeinen Hinweis darauf, dass ein Vergleich es den Parteien ermögliche, Ungewissheiten bezüglich beurteilungsrelevanter Tatsachen oder deren rechtlicher Tragweite endgültig zu bereinigen. Der Gestaltungsspielraum der Ehegatten im Scheidungsverfahren sei trotz des Genehmigungserfordernisses von Art. 279 ZPO «relativ weit gefasst». Beides ist zutreffend, führt jedoch hinsichtlich der interessierenden Frage nicht weiter.

Anschliessend verweist das Bundesgericht auf ältere Entscheide⁴⁰, um eher abrupt zur Schlussfolgerung zu gelangen, «vor diesem Hintergrund» seien die Möglichkeiten, eine auf Vereinbarung beruhende Eheschutzmassnahme (oder vorsorgliche Massnahme) abzuändern, eingeschränkt; «Es gelten die gleichen Restriktionen, wie die Rechtsprechung sie für die Scheidungskonventionen umschrieben hat: (...)».

Bei der Suche nach der konkreten Begründung ist vorab die Doktrin zu prüfen.

⁴⁰ BGer vom 4.10.2013, 5A_187/2013, E. 7a; BGer vom 14.4.2014, 5A_688/2013, E. 8.2.

Die Literatur, welche sich mit den Besonderheiten von *Scheidungsvereinbarungen* – die mit Genehmigung zum Urteilsbestandteil werden⁴¹, – befasst, weist zwar zum einen auf die Unterschiede zum «normalen» Prozessvergleich⁴² und zum anderen auf die konkreten Anfechtungsmöglichkeiten und geltenden Fristen hin⁴³, unterscheidet aber nicht nach dem Inhalt der betreffenden Regelung (Unterhalt; Beziehungen Eltern/Kinder o.ä.).

Für einen im Rahmen eines *Eheschutzverfahrens* abgeschlossenen Vergleich gilt nach wohl h.L. ebenfalls die Genehmigungspflicht⁴⁴. Nicht ganz einig ist sich die Lehre einzig hinsichtlich des Prüfungsmaßstabes⁴⁵, wobei allerdings die geltende Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO) so oder anders zu einer weitgehenden Prüfung verpflichtet, so dass die Differenzen eher theoretischer Natur sind⁴⁶. Entsprechend ist auch hier die Vereinbarung Bestandteil des Entscheids. Vor diesem Hintergrund scheint die Übertragung der Rechtsprechung zur Scheidungsvereinbarung auf das Eheschutzverfahren bzw. die Eheschutzvereinbarung gemäss BGE 142 III 518 E. 2.5 und 2.6 auf der Hand zu liegen und wirkt *auf den ersten Blick* stimmig.

IV. Beurteilung

A. Auf den zweiten Blick

1. Güterrecht, nicht Unterhalt

Bei näherer Prüfung zeigt sich, dass sich in beiden zitierten Entscheiden⁴⁷ die Frage, ob eine Scheidungsvereinbarung nachträglich wegen eines Irrtums

⁴¹ BGer vom 1.5.2013, 5A_46/2013, E. 5 m.w.H.

⁴² BK-SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR N 290; BSK OR I-SCHWENZER, Vorbem. zu Art. 23-31 N 16. Zu letzterem bzw. zur beschränkten Anwendung von Art. 23 ff. OR u.a. BGer vom 17.3.2015, 5A_772/2014, E. 5.1 *in fine*.

⁴³ FamKomm Scheidung/FANKHAUSER, Anhang ZPO, Art. 289 N 7; BK-SPYCHER, Art. 289 ZPO N 7, m.w.H.; ZPO-Komm-BÄHLER, DIKE-Verlag 2016 (2. A.), Art. 289 N 6 f.

⁴⁴ Deziert befürwortend und umfassend begründend; FamKomm Scheidung/VETTERLI, Anhang ZPO, Art. 272 N 7-9; weiter BK-SPYCHER, Art. 273 ZPO N 14 sowie Art. 279 ZPO N 45; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 176 ZGB N 5c; offen gelassen in BGer vom 6.5.2010, 5A_838/2009, E. 4.1.

⁴⁵ BK-SPYCHER, Art. 273 ZPO N 14 sowie Art. 279 ZPO N 45; FamKomm Scheidung/VETTERLI, Anhang ZPO, Art. 272 N 7.

⁴⁶ BK-SPYCHER, Art. 279 ZPO N 45-46 zu vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsverfahrens. Zum Thema auch ANDREAS LIENHARD/CLAUDIA M. MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime, AJP 12/2015, 1635 ff., insbes. 1640.

⁴⁷ Fn. 40.

über gewisse Sachverhaltselemente abgeändert werden könne, nicht auf den Unterhalt, sondern auf *güterrechtliche* Themen bezog. Im ersterwähnten Fall ging es um die Aufteilung von im Inventar nicht aufgeführten Konten, im zweiten um für die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht berücksichtigte, da erst später «aufgetauchte», Vermögenswerte. Im Zusammenhang damit verwies das Bundesgericht auf die Ausführungen im Berner Kommentar zur Anwendbarkeit der Art. 23 ff. OR auf Scheidungsvereinbarungen⁴⁸ sowie insbes. auf BGE 117 II 218. Dieser Entscheid bezieht sich ebenfalls auf eine güterrechtliche Fragestellung (konkret auf den Wert einer dem Ehemann gehörenden und güterrechtlich relevanten Beteiligung). Im Entscheid vom 17.3.2015, 5A_772/2014 schliesslich betraf die Irrtumsanfechtung eine Scheidungsvereinbarung «als Ganzes» (Güterrecht, Unterhalt in Kapitalform und Teilung der Austrittsleistungen), wobei – weil Art. 129 ZGB auf kapitalisierte Unterhaltsleistungen keine Anwendung findet⁴⁹ – auch hier das Verhältnis der Bestimmungen über die nachträgliche Abänderung von Unterhaltsleistungen und jenen über die Irrtumsanfechtung nicht einmal ansatzweise zur Diskussion stand. Die Rechtsprechung zum *caput controversum* betrifft denn auch weitestgehend Streitigkeiten des Obligationenrechts⁵⁰, nicht des Familienrechts.

2. *Das Eheschutzverfahren ist keine Scheidung*

Weiter gilt es, folgende Unterschiede zwischen dem ordentlichen (Scheidungs-)Verfahren und dem summarischen Verfahren zu beachten:

Die Scheidungsvereinbarung ist auf eine definitive Regelung der Verhältnisse zwischen den (früheren) Ehegatten gerichtet, die Eheschutzvereinbarung auf eine zwar nicht kurzfristige, aber durchaus vorübergehende Regelung. Dies hat Auswirkungen auf den Zeithorizont, für den Regelungen überhaupt in Betracht gezogen werden müssen (vgl. vorne, III. A. 1. c) bb).

Das Eheschutzverfahren ist grundsätzlich auf liquide Beweismittel und Glaubhaftmachung und (damit) auf Beschleunigung ausgerichtet⁵¹. Die Untersuchungsmaxime vermag dadurch bewirkte Einbussen hinsichtlich der

⁴⁸ BK-SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR N 281 und 295 ff.

⁴⁹ BSK ZGB I-SPYCHER/GLOOR, Art. 129 N 3.

⁵⁰ Z.B. BGer vom 21.1.2009, 4A_554/2008: Frage, ob die Person des Gewinnberechtigten für den Vergleich relevant war oder nicht; Fragen der Schadensberechnung (z.B. BGer vom 4.12.2003, 5C.153/2003) oder im Zusammenhang mit Forderungen aus Arbeitsrecht (BGer vom 12.2.2015, 4A_523/2014; BGer vom 7.4.2014, 4A_25/2014), oder aus Kaufvertrag (BGer vom 6.3.2017, 4A_539/2016; BGer vom 24.11.2015, 4A_441/2015; BGer vom 5.8.2013, 4A_191/2013) und Auftrag (BGer vom 26.4.2010, 4A_80/2010).

⁵¹ FamKomm Scheidung/VETTERLI, Anhang ZPO, Art. 271 N 5.

Präzision der Abklärung – gerade auch, was zukünftige Entwicklungen anbelangt – nur teilweise aufzufangen.

Last but not least: Güterrechtliche Themen sind in einer Vereinbarung im Rahmen von Eheschutzmassnahmen eher die Ausnahme als die Regel. Und wenn, dürften allenfalls Einzelthemen sowie ggf. die Anordnung oder eben Vereinbarung der Gütertrennung infrage stehen, höchst selten aber die vollständige vermögensrechtliche Auseinandersetzung der Ehegatten. Zudem ist eine Abstimmung von Unterhalt und Güterrecht im Eheschutzverfahren noch nicht erforderlich, während bei der Scheidung das Resultat der güterrechtlichen Auseinandersetzung als Vermögen Bestandteil der Unterhaltsbemessung nach Art. 125 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB ist.

Was die persönlichen Beziehungen zu Kindern anbelangt, so folgt die Abänderbarkeit getroffener Regelungen demgegenüber in beiden Verfahrensarten besonderen Regeln, bei denen das Kindeswohl im Mittelpunkt steht (vgl. u.a. Art. 134 ZGB, 273 ff. ZGB, 298d ZGB) und entsprechend wenig bedeutsam ist, von welchen Annahmen die Eltern seinerzeit ausgingen.

B. Schlussfolgerung

Bei genauem Hinsehen zeigt sich, dass hinsichtlich von Unterhaltsbeiträgen in Eheschutzverfahren wie auch bei vorsorglichen Massnahmen die Geltendmachung eines Irrtums in den Voraussetzungen der Abänderbarkeit von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren, konkret im Kriterium der Vorhersehbarkeit, vollumfänglich «aufgeht».

Anders formuliert ist keine Konstellation denkbar, in der eine Abänderung des Unterhalts gemäss Art. 179 ZGB zwar zulässig wäre, jedoch an den Anforderungen hinsichtlich der Irrtumsanfechtung (insbes. betr. «caput controversum») scheitern könnte, weil der Unterhalt in einer Vereinbarung festgesetzt wurde, bzw. in der die Berufung auf die Regeln über die Irrtumsanfechtung einen Mehrwert bringen würde.

Üblicherweise werden Überlegungen über die künftigen Entwicklungen der Faktoren Einkommen und Bedarf in näherer Zukunft – bezogen auf den typischen Zeithorizont eines Eheschutzverfahrens – angestellt und müssen angesichts der geltenden Untersuchungsmaxime auch angestellt werden. Erweisen sich diese als unzutreffend, und sind die Voraussetzungen der Erheblichkeit und Dauerhaftigkeit erfüllt, liegt eine Veränderung vor, und ist eine Abänderung möglich (vorbehältlich des Rechtsmissbrauchs)⁵². Erweisen sie sich als unzutreffend, war dies aber bereits im Zeitpunkt der Festsetzung erkennbar

⁵² Wie z.B. bei Stellenaufgabe in Schädigungsabsicht, BGE 143 III 233 ff.

und damit «vorhersehbar»⁵³ (wie im Fall des Instruktorlohns im besprochenen Entscheid; vorne, II. B.), liegt keine Veränderung vor. Und wird ausnahmsweise – allenfalls mit Blick auf die Vermeidung von den Rahmen des Verfahrens sprengendem prozessuellem Aufwand – Einkommen nicht einmal im Ansatz ermittelt oder geschätzt, sondern aufgrund von klarerweise nicht aussagekräftigen Faktoren lediglich angenommen – wie im besprochenen Entscheid hinsichtlich des landwirtschaftlichen Gewerbes geschehen – so erweist sich wiederum das Kriterium der Vorhersehbarkeit als Stolperstein: Aus dem Zugrundelegen einer (für alle Beteiligten erkennbar) ungeeigneten Berechnungsbasis lässt sich keine Veränderung der relevanten Verhältnisse ableiten: Die spätere Bestätigung der Einschätzung «ungeeignet» ist keine neue Entwicklung.

Sollten die Parteien hingegen bewusst die Situation anstreben, dass sich spätere Veränderungen gleich welcher Art nicht auf die vereinbarten Unterhaltsbeiträge auswirken können, werden sie unmittelbar die Abänderbarkeit der Beiträge ausschliessen – womit die Berufung auf Irrtum wiederum entbehrlich wird. Diese Konstellation ist indessen hauptsächlich aus Scheidungen bekannt, wo sie oftmals im Zusammenhang mit anderen Zugeständnissen steht⁵⁴.

Es ergibt sich, dass die Überlegungen zur eingeschränkten Anfechtbarkeit von Vergleichen in Eheschutzverfahren zwar in gewissen Themenbereichen – nämlich dort, wo das Gesetz keine spezifische gesetzliche Regelung der nachträglichen Abänderung vorsieht – grundsätzlich einfließen können. *Beispiel: Die Ehegatten einigen sich bereits in der Vereinbarung während des Eheschutzverfahrens definitiv über die Zuteilung von Mobiliar, Hausrat, Autos und Weinsammlung.*

Für Unterhaltsbeiträge hingegen sind die Ausführungen in E. 2.6 und in der Regeste von BGE 142 III 518 bei genauer Betrachtung nicht relevant. Weshalb der Entscheid in die amtliche Sammlung aufgenommen wurde, ist nicht erkennbar.

⁵³ Im Sinn des vorne (III. A. 1. c) bb) Ausgeführten: Vermutung, dass das Vorhersehbare auch vorhergesehen wurde.

⁵⁴ BSK ZGB I-SPYCHER/GLOOR, Art. 127 N 15 f.

Der Verbraucherbaupvertrag – Novelle im BGB

Eine Darstellung mit Blick auf die Revisionsarbeiten in der Schweiz

HUBERT STÖCKLI*

Inhaltsverzeichnis

I.	Neue Verträge im BGB.....	937
II.	Weshalb bauende Verbraucher geschützt werden.....	939
III.	Was ein «Verbraucherbaupvertrag» ist.....	941
IV.	Wie bauende Verbraucher neuerdings geschützt werden.....	945
	A. Formvorschrift und Baubeschreibung	945
	B. Widerrufsrecht	947
	C. Weitere Vorkehren	948
	D. Zwingendes Recht	950
V.	Zurück in die Schweiz.....	951

I. Neue Verträge im BGB

Die Schweiz kennt den Werkvertrag, den das Obligationenrecht in seinen Art. 363 ff. regelt. Es ist allbekannt, dass das Schweizer Werkvertragsrecht in seiner gesetzlichen Ausprägung zwar kaum besondere Rücksicht auf jene Werkverträge nimmt, welche die Herstellung eines Bauwerks zum Gegenstand haben, wobei aber seine Vorschriften uneingeschränkt auch auf Bauwerkverträge anwendbar sind. Damit verhält es sich in Deutschland jetzt anders. Dort enthält das Bürgerliche Gesetzbuch («BGB») seit dem 1. Januar 2018 erstmals Bestimmungen, die sich spezifisch mit dem «Bauvertrag» befassen. Ich möchte kurz das Gelände abstecken, bevor ich auf den «Verbraucherbaupvertrag» eingehe, der mich hier besonders beschäftigen soll. Den Anfang macht der Hinweis, dass sich die neuen Bestimmungen bei den § 650a ff. BGB finden, die damit an die bisherigen Bestimmungen zum «Werkvertrag» anschliessen. In systematischer Hinsicht erweist sich der neue «Bauvertrag» als eine besondere (und praktisch besonders wichtige) Art des Werkvertrags, für den das BGB in den § 631 ff. BGB «Allgemeine Vorschrif-

* Prof. Dr. HUBERT STÖCKLI, Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht, Institut für Baurecht, Universität Freiburg.

ten» bereithält. Auf der gleichen Gliederungsebene wie der Werkvertrag, zu dem unter anderem auch der «Bauvertrag» gehört, liegen der «Architekten- und Ingenieurvertrag» (§ 650p ff. BGB)¹ sowie der «Bauträgervertrag» (§ 650u f. BGB), die ebenfalls – wenn auch nur rudimentär geregelt – neu Eingang ins BGB gefunden haben. Alle zehren sie von den «Allgemeinen Vorschriften», um diese für ihre spezifischen Bedürfnisse zu ergänzen oder zu modifizieren.² So enthält das Bürgerliche Gesetzbuch jetzt einen recht umfangreichen Korpus gesetzlicher Bestimmungen, die der Gesetzgeber spezifisch auf jene Verträge zugeschnitten hat, die beim Planen und Bauen abgeschlossen werden. Damit aber nicht genug:

Denn dazu kommt jetzt noch der «Verbraucherbauvertrag», der in den § 650i ff. BGB speziell geregelt wird. Systematisch erweist sich der Verbraucherbauvertrag als zweite Sonderart des Werkvertrags, die neben dem «Bauvertrag» steht, wobei sich die einschlägigen Bestimmungen als Ergänzung zu dem verstehen, was das BGB schon für den «Bauvertrag» regelt (§ 650i Abs. 3 BGB). Mit dem Verbraucherbauvertrag will ich mich im Folgenden auseinandersetzen. Dabei nehme ich die Perspektive eines am Schweizer Recht geschulten Juristen ein, der die neuen Bestimmungen vor allem deshalb untersucht, weil ihn die Frage umtreibt, ob man Ähnliches auch hier schaffen sollte – und dabei die Hoffnung hegt, diese Frage möge auch den Geehrten interessieren. Meine Darstellung ist das Ergebnis einer ersten Annäherung an die neuen Gesetzestexte. Natürlich habe ich dabei auch deutsche Quellen konsultiert, wobei es aber sein kann, dass ich rechtliche Zusammenhänge, die dem deutschen Recht eigen sind, zu wenig beachtet oder gänzlich übersehen habe. Das wird man indes ohne weiteres verschmerzen können, weil meine Ausführungen von vornherein nicht als Kommentierung deutscher Gesetzesvorschriften, sondern als Anregung gedacht sind, das textliche Material auf seine Tauglichkeit für das Schweizer Recht zu untersuchen. Denn etwas steht schon jetzt fest: Der Verbraucherschutz ist im deutschen Baurecht angekommen, im Schweizer Bauvertragsrecht nicht – oder noch nicht.

Zunächst möchte ich darstellen, was den deutschen Gesetzgeber dazu bewogen hat, gesetzliche Bestimmungen zu schaffen, die den bauenden Verbraucher

¹ Verträge mit Architekten und Ingenieuren sind nach einer langjährigen Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs als Werkverträge zu qualifizieren; siehe dazu bereits das BGH-Urteil vom 26. November 1959 (VII ZR 120/58), in: NJW 1960, S. 431 f., zur werk-, nicht dienstvertraglichen Natur eines die «Bauplanung und die Bauführung umfassenden Architektenvertrags». Eine Zuordnung zum Auftragsrecht kommt nach deutschem Recht nicht in Frage, weil der Auftrag nach § 662 BGB – anders in dieser Hinsicht das Schweizer Recht (siehe Art. 394 Abs. 3 OR) – lediglich unentgeltlichen Verträgen offensteht.

² Für den «Bauvertrag»: § 650a Abs. 1 BGB; für den «Architekten- und Ingenieurvertrag»: § 650q Abs. 1 BGB, der auch auf ausgewählte Bestimmungen über den Bauvertrag verweist, die dann «entsprechend», also im Weg der Analogie, anzuwenden sind; für den «Bauträgervertrag»: § 650u Abs. 1 BGB.

schützen sollen (II.). Dabei stütze ich mich auf Verlautbarungen in Dokumenten, die sich dem Gesetzgebungsprozess zuordnen lassen. Dann wende ich mich den gesetzlichen Bestimmungen zu, die den Verbraucherbaupvertrag regeln und sich bei § 650i ff. BGB finden. Dort geht es mir zum einen um die Legaldefinition dessen, was als Verbraucherbaupvertrag gelten soll (III.), zum anderen um die Bestimmungen, die den angestrebten Schutz des bauenden Verbrauchers gewährleisten sollen (IV.). Ganz offensichtlich hat schon die Legaldefinition des Verbraucherbaupvertrags normativen Gehalt in dem Sinne, als sich nach ihrer Massgabe entscheidet, wer Verbraucherschutz beanspruchen kann und wer nicht. Doch ist sogleich anzumerken, dass die Verbraucher, die Baupverträge eingehen, die nicht unter die Legaldefinition fallen, gleichwohl Verbraucherschutz geniessen, wemgleich nicht den speziellen, sondern bloss jenen, der Verbrauchern nach deutschem Recht generell zukommt. Für ein Fazit, ob mit den geschaffenen Bestimmungen die angepeilten Schutzziele erreicht werden, ist es natürlich noch zu früh. Und vielleicht wird man das nie so genau wissen, weil Rechtsatsachen (jedenfalls beim Bauen) kaum je systematisch untersucht werden. Immerhin habe ich mir eine Meinung darüber gebildet, wo man im Schweizer Recht ansetzen könnte, wenn man hier die Lage der Bauherren mit rechtlichen Mitteln leicht verbessern wollte (V.).

II. Weshalb bauende Verbraucher geschützt werden

Der rechtliche Schutz der Verbraucher – oder eben der Konsumenten, wie sie hierzulande genannt werden – ist darauf angelegt, ökonomische Ungleichgewichtslagen zu kompensieren, die zwischen Unternehmern und Verbrauchern bestehen und ihre Ursache namentlich in einem Informationsdefizit seitens jener (prospektiven) Vertragspartei haben können, die in der Folge als «Verbraucher» geschützt werden soll. Das müsste eigentlich genauer umschrieben werden. Mir geht es hier indes lediglich um die Feststellung, dass Verbraucherschutz keine Rücksicht nimmt auf die Beschaffenheit der konkreten Beziehung zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, also nicht prüft, ob zwischen ihnen tatsächlich eine Ungleichgewichtslage besteht. Vielmehr wird abstrahiert, das Ungleichgewicht recht eigentlich fingiert und dann zur Kompensation geschritten. Diese Einsicht sollte den Gesetzgeber jedenfalls davon abhalten, in Reaktion auf Einzelfälle tätig zu werden, und ihn dazu bewegen, erst bei veritablem Marktversagen einzuschreiten.

Verbraucherschutz beim Bauen ist neu. Aus welchen Überlegungen wurde der Schritt, den der deutsche Gesetzgeber mit der Revision des BGB gemacht hat, ausgelöst?

Im Abschlussbericht einer vom *Bundesministerium der Justiz eingesetzten Arbeitsgruppe* liest man dazu: «Ein Bedürfnis für klare gesetzliche Regelungen zum Bauvertrag besteht auch für die vielen kleineren Bauprojekte. Da diese Projekte häufig das gesamte Kapital der Bauherren binden, ist Rechts- und damit Kalkulationssicherheit gerade für diese Auftraggeber von eminenter Bedeutung. Mehrkosten durch Bauverzögerungen oder einen längeren Rechtsstreit [sic] sind für sie häufig nicht mehr zu finanzieren. Ausgewogene gesetzliche Regelungen zum Bauvertragsrecht, die die besonderen Belange der Verbraucherbauherren berücksichtigen, sind daher ein unverzichtbarer Baustein des gesetzlichen Verbraucherschutzes.»³ Besonders hervorgehoben wird hier die Kalkulationssicherheit, also das Anliegen, den bauenden Verbraucher in seiner Erwartung zu schützen, dass die vertraglich festgesetzte Vergütung ausreicht, um das vertraglich festgesetzte Werk binnen der vertraglich festgesetzten Zeit in der vertraglich festgesetzten Qualität herzustellen. Wenn hier die «vielen kleineren Bauprojekte» ins Zentrum gerückt werden, so sind sie offensichtlich in Abgrenzung zu «grösseren Projekten» (Errichtung von Renditebauten, Infrastrukturbauten etc.) zu sehen, während aber schon jetzt darauf hinzuweisen ist, dass ein Verbraucherbauvertrag innerhalb des Marktsegments der «kleineren Bauprojekte» wiederum nur dann vorliegt, wenn er sehr wesentliche Baumassnahmen zum Gegenstand hat. Darauf ist zurückzukommen.

Auch im *Regierungsentwurf* kommt dieser Aspekt zur Sprache, wenn dort ausgeführt wird, dass ein «Verbraucher [...] für die Errichtung oder den Umbau eines Hauses häufig einen wesentlichen Teil seiner wirtschaftlichen Ressourcen auf[wendet]. Unerwartete Mehrkosten durch eine nicht rechtzeitige Fertigstellung des Baus oder die Insolvenz des beauftragten Bauunternehmers können daher gravierende Auswirkungen haben.»⁴

Zitiert sei hier aber auch aus einer juristischen «Analyse von Bauverträgen mit Verbrauchern», die das *Institut für Bauforschung* im Jahr 2010 veröffentlichte. Die Autoren dieser Studie hatten 100 Werkverträge mit Verbrauchern

³ Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18. Juni 2013, S. 6. Dieser Abschlussbericht wurde von Verbänden der Bauindustrie, die sich an den Beratungen beteiligt hatten, nicht mitgetragen, siehe dazu die Anmerkung auf S. 11 des Berichts, die auf den folgenden, denkwürdigen Abschnitt folgt: «Die einzelnen Ergebnisse und Empfehlungen geben nicht die einhellige Meinung aller Arbeitsgruppenmitglieder wieder, dazu waren die Ausgangspositionen und Interessen zu unterschiedlich. Die Arbeitsgruppe betrachtet die Vorschläge jedoch als Gesamtpaket, dessen Elemente entweder für alle am Bau Beteiligten Vorteile bringen oder auf einem wechselseitigen Geben und Nehmen beruhen.»

⁴ Gesetzesentwurf der deutschen Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung vom 18. Mai 2016 (Deutscher Bundestag, Drucksache 18/8486), S. 1, fast gleichlautend auch die Begründung auf S. 24 des Entwurfs.

untersucht und waren unter anderem zum Schluss gekommen, dass ein «Bauvertrag [...], zu dessen Unterzeichnung man ohne Vorbehalte hätte raten können, [...] sich nicht annähernd» finde.⁵ Konstatiert wurde etwa, dass in fast der Hälfte der analysierten Verträge der «Vertragsgegenstand nicht oder nicht eindeutig definiert» wurde.⁶ Über die Hälfte der Verträge enthielten keine verbindliche Regelung von Bauzeit und Fertigstellungsterminen.⁷ Und zur Preissicherheit schrieben die Autoren des Berichts, dass «man nach der vorliegenden Untersuchung der Bauverträge davon ausgehen [müsse], dass tatsächliche Preissicherheit eher ausnahmsweise denn in der Regel gewährleistet ist».⁸ Dazu kommt, dass sich in rund einem Viertel der untersuchten Bauverträge «Einschränkungsversuche gesetzlicher Mängelrechte, unzulässig bzw. pauschal gekürzte Gewährleistungsfristen oder der unzulässige Ausschluss von Gewährleistungspflichten der Hausanbieter» finden.⁹ In ihrer Zusammenfassung kommen die Autoren zum Schluss, dass Verbraucher mit dem Abschluss derartiger Verträge «ein hohes Vertragsrisiko» eingehen und zu ihren Lasten «erhebliche wirtschaftliche Risiken» begründet werden.¹⁰

III. Was ein «Verbraucherbauvertrag» ist

Von einem Verbraucherbauvertrag ist bei solchen Verträgen auszugehen, «durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird» (§ 650i Abs. 1 BGB). Das ist – für meine Ohren – eine etwas eigenartige Formulierung, indem die Verpflichtung dem Unternehmer ja nicht in irgendeiner Weise vom Verbraucher auferlegt würde, sondern es sich auch beim Verbraucherbauvertrag so verhält, dass die Vertragspflichten – also die Herstellung eines Werks und die Entrichtung einer Vergütung (§ 631 Abs. 1 BGB) – nicht einseitig, sondern durch Vertragsabrede begründet werden. Doch will ich mich bei der Formulierung nicht aufhalten. Aufschlussreicher ist es allemal, sich mit dem Gehalt der Legaldefinition auseinanderzusetzen:

In *personaler Hinsicht*: Zu den Merkmalen eines Verbraucherbauvertrags deutscher Prägung gehört es zunächst, dass ein «Verbraucher» daran in der Weise beteiligt ist, dass er es ist, der nach dem Vertrag Anspruch auf die

⁵ Institut für Bauforschung, Analyse von Bauverträgen mit Verbrauchern, Hannover 2010, S. 35. Die Analyse wurde im Auftrag des deutschen Bauherren-Schutzbunds durchgeführt.

⁶ Institut für Bauforschung, Analyse (Fn. 5), S. 35.

⁷ Institut für Bauforschung, Analyse (Fn. 5), S. 35.

⁸ Institut für Bauforschung, Analyse (Fn. 5), S. 36.

⁹ Institut für Bauforschung, Analyse (Fn. 5), S. 39.

¹⁰ Institut für Bauforschung, Analyse (Fn. 5), S. 38.

«Herstellung des versprochenen Werkes» (§ 631 Abs. 1 BGB) hat. Es ist also der Verbraucher, der als Besteller und als Bauherr auftritt. Um aber zu klären, was hier ein Verbraucher ist, muss man sich anderswo umsehen, nämlich im Allgemeinen Teil des BGB. Dort gibt § 13 BGB in ganz allgemeiner (wenn auch nicht flächendeckender)¹¹ Weise vor, dass «jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können», ein Verbraucher ist. Dieser Begriff ist offensichtlich weit genug, dass er sich auch für den Verbraucherbauvertrag fruchtbar machen lässt. Die vertragliche Gegenpartei eines Verbrauchers wird in § 13 BGB nicht definiert; sie ist für den Verbraucherbegriff nicht konstitutiv. Doch ist an § 14 BGB zu erinnern, nach dem es sich bei einem «Unternehmer» um eine «natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft [handelt], die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt». Dieser Begriff wird einschlägig auch dann sein, wenn es darum geht zu klären, was ein Verbraucherbauvertrag ist und dass ein Verbraucherbauvertrag dann nicht vorliegen würde, wenn – in praktisch kaum relevanten Fällen – auf beiden Seiten der Gleichung Verbraucher stünden. Ich greife diese Frage nur deshalb auf, weil man es beim Verbraucherbauvertrag augenscheinlich mit einem doppelten Unternehmerbegriff zu tun hat: Zum einen bezeichnet das Wort die Gegenpartei eines jeden Bestellers im Werkvertrag, bei dem ein Besteller begriffsnotwendig einem Unternehmer gegenübersteht; zum andern bezeichnet das Wort die Gegenpartei des bauwilligen Verbrauchers, der Verbraucherschutz nur dann in Anspruch nehmen kann, wenn der Bauunternehmer alle Merkmale aufweist, mit denen er nach § 14 BGB ausgestattet sein muss, um überhaupt als Unternehmer zu gelten.

In *sachlicher Hinsicht*: Ein weiteres Merkmal des Verbraucherbauvertrags liegt darin, dass er seinem Begriff nach nicht sämtliche, sondern nur bestimmte Bauverträge erfasst. Um das erläutern zu können, muss ich auf die Legaldefinition des Bauvertrags zurückkommen, die sich in § 650a BGB findet. Dieser Definition zufolge ist ein Bauvertrag ein «Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon», aber auch ein Vertrag über die «Instandhaltung eines Bauwerks [...], wenn das Werk für die Kon-

¹¹ Das schliesse ich zum Beispiel aus der Beobachtung, dass das deutsche Versicherungsgesetz vom 23. November 2007 zwar auch den Schutz von Verbrauchern bezweckt, die aber dort nicht als Verbraucher, sondern (neben anderen) als Versicherungsnehmer angesprochen werden. Vgl. DIRK LOOSCHELDERS, Münchener Kommentar zum VVG, 2. Aufl., München 2016, § 1 VVG N 92 ff.; HANS-W. MICKLITZ/KAI PURNHAGEN, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., München 2015, § 13 BGB N 82. Bei «Grossrisiken» greifen die gesetzlichen «Beschränkungen der Vertragsfreiheit» nach dem VVG nicht, dazu § 210 VVG.

struktion, den Bestand oder den bestimmungsgemässen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist» (§ 650a Abs. 1 und 2 BGB).¹² Ausgeklammert bleiben so namentlich bestimmte Sanierungsarbeiten¹³, weshalb sich sogleich erkennen lässt, dass schon der «Bauvertrag» nicht sämtliche Bauwerkverträge erfasst. Noch enger ist der sachliche Geltungsbereich des Verbraucherbaupertrags, indem er bloss solche werkvertraglichen Leistungen aufgreift, die sich auf ein Gebäude beziehen, das entweder neu gebaut wird oder Gegenstand «erheblicher Umbaumaßnahmen» ist (§ 650i Abs. 1 BGB). Damit fallen Werkverträge über normale Reparaturarbeiten an einem bestehenden Gebäude, aber auch Gartenbauarbeiten selbst dann nicht in den Geltungsbereich des Verbraucherbaupertrags, wenn die entsprechenden Arbeiten von einem Verbraucher veranlasst wurden.¹⁴ Die Legaldefinition des Verbraucherbaupertrags lässt sich eigentlich nur vor dem Hintergrund einer der Erwägungsgründe, die sich in der Richtlinie 2011/83 (EU) vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher finden, verstehen. Dort liest man unter anderem, dass «Verträge über den Bau von neuen Gebäuden oder über erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden [...] bereits Gegenstand einer Reihe spezifischer einzelstaatlicher Rechtsvorschriften [sind]. Zu diesen Verträgen gehören beispielsweise der Verkauf noch zu bebauender Liegenschaften und der Mietkauf. Die in dieser Richtlinie enthaltenen Bestimmungen eignen sich nicht für diese Verträge, welche daher vom Geltungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen werden sollten» (Erwägungsgrund Nr. 26). Sind erhebliche Umbaumaßnahmen also vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen, gilt das nicht für «Dienstleistungsverträge [...] im Zusammenhang mit der Instandsetzung und Renovierung von Gebäuden, die keine erheblichen Umbauarbeiten darstellen» (Erwägungsgrund Nr. 26). Umso wichtiger wird da-

¹² Beim Umgang mit dieser Legaldefinition ist augenscheinlich zwischen «Bauwerk» einerseits und «Werk» andererseits zu unterscheiden. Während «Bauwerk» für den Gegenstand der Baumaßnahme steht, bezeichnet «Werk» die erfolgsgerichtete Baumaßnahme, deren Gegenstand das «Bauwerk» ist.

¹³ Dem Wortlaut der Definition nach zu schliessen sind Sanierungsarbeiten, die «für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemässen Gebrauch» nicht wesentlich sind, von vornherein nicht Inhalt von «Bauverträgen», was aber natürlich nicht heisst, dass die entsprechenden Verträge überhaupt keine Werkverträge sind. Es dürfte sich vielmehr so verhalten, dass solche Arbeiten noch immer unter die «Allgemeinen Vorschriften» des gesetzlichen Werkvertragsrechts (§ 631 ff. BGB) fallen.

¹⁴ Im Regierungsentwurf (Fn. 4), S. 61, wird ausgeführt, dass «Verträge zur Errichtung von Anbauten – z.B. einer Garage oder eines Wintergartens» ebenfalls nicht unter den Verbraucherbaupertrag fallen, dies in Übereinstimmung mit dem Erwägungsgrund Nr. 26 der Richtlinie 2011/83 (EU), wo sich exakt dieses Beispiel auch schon findet. Und TOBIAS WELLENSIEK, Der «neue» Bauvertrag als eigenständiger Vertragstyp, in: baurecht 2a/2018, S. 317, geht davon aus, dass kein Verbraucherbaupertrag vorliegt, wenn der «Verbraucher lediglich das Dach seines Hauses zum Zwecke der Instandsetzung neu decken lässt», ein Beispiel, das (sofern es zutrifft) illustriert, dass die Hürden für die Annahme eines Verbraucherbaupertrags hoch sind.

mit die Abgrenzung zwischen erheblichen und unerheblichen Umbaumaßnahmen, was die Richtlinie damit erreicht, dass sie erhebliche Umbaumaßnahmen als Arbeiten definiert, «die dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sind, beispielsweise Baumaßnahmen, bei denen nur die Fassade eines alten Gebäudes erhalten bleibt» (Erwägungsgrund Nr. 26). Demnach ist etwa der Einbau einer neuen Treppe unerheblich, auch wenn es so ist, dass diese Massnahme mit grösserem Aufwand verbunden sein und auf die Struktur des Gebäudes durchschlagen kann. Man hat sich dabei vor Augen zu halten, dass es der Richtlinie darum geht, ihren Geltungsbereich zu beschränken, indem sie erhebliche Massnahmen von ihm ausnimmt, den Treppeneinbau aber erfassen will. Soweit, so gut. Wie aber verhält sich nun der Verbraucherbaupvertrag des deutschen BGB zu alledem? Auch er will sich beschränken, gerade wie die Richtlinie auch, wenngleich mit umgekehrten Vorzeichen: Die Richtlinie klammert durch ihren Art. 3 Abs. 3 lit. f Werkverträge über Neubauten und Bauaufgaben, die auf einen Neubau hinauslaufen, vom Verbraucherschutz, den sie sonst gewähren will, aus. Das BGB hingegen weist gerade solche Werkverträge – nur solche – seiner Regulierung des Verbraucherbaupvertrags zu, um hier für besonderen Schutz zu sorgen. Bei einer Anwendung im Schweizer Recht hätte dies beispielsweise zur Folge, dass ein Stockwerkeigentümer, der in den ihm zu Sonderrecht zugeschlagenen Räumen Umbauarbeiten ausführen lässt, keinen besonderen Verbraucherschutz beanspruchen könnte. Noch immer aber können sich solche Arbeiten – nun wieder in der Perspektive des BGB – als bauvertragliche Arbeiten erweisen, die als solche nicht nur von den «Allgemeinen Vorschriften» des Werkvertragsrechts, sondern auch unter den besonderen Bestimmungen zum «Bauvertrag» erfasst werden.

Nach dem Gesagten sind – so scheint mir – in Fällen, in denen ein Verbraucher bauliche Massnahmen veranlasst, drei Arten von Werkverträgen zu unterscheiden: (i) der Werkvertrag, der alle Merkmale eines Verbraucherbaupvertrags nach § 650i BGB aufweist; (ii) der Werkvertrag, an dem ein Verbraucher beteiligt ist, der aber seinem Inhalt nach kein Verbraucherbaupvertrag, aber doch noch ein gewöhnlicher Bauvertrag nach § 650a BGB ist; und schliesslich (iii) der Werkvertrag, dem es seinem Inhalt nach nicht einmal dazu reicht, als Bauvertrag qualifiziert zu werden, und der deshalb unter die «Allgemeinen Vorschriften» zum Werkvertrag fällt, die sich bei § 631 ff. BGB finden. Doch können sich Bauverträge und andere Werkverträge, die nicht als Verbraucherbaupverträge durchgehen, als gewöhnliche Verbraucherbaupverträge entpuppen mit der Folge, dass, wie zuvor schon erwähnt, allgemeine Bestimmungen über den Verbraucherschutz zum Tragen kommen.

IV. Wie bauende Verbraucher neuerdings geschützt werden

Das BGB definiert den Verbraucherbauvertrag offensichtlich nicht zum blossen Vergnügen des Betrachters, sondern mit dem Ziel, den Anwendungsbereich jener Regeln zu umreissen, die spezifisch auf den Schutz bauender Verbraucher zugeschnitten sind. Diese Regeln finden sich bei den § 650i ff. BGB. Sie ergänzen Bestimmungen ausserhalb des Werkvertragsrechts, die Verbraucher begünstigen und dabei auch den Schutz bauender Verbraucher gewährleisten. Von welchen Instrumenten nimmt nun der deutsche Gesetzgeber an, dass sie die Position bauender Verbraucher zu stärken vermögen? Wer dieser Frage nachgeht, sollte sich noch einmal vor Augen führen, dass der Verbraucherbauvertrag nicht Verträge mit einzelnen Handwerkern (zum Beispiel mit einem Sanitär für die Renovation eines Badezimmers, mit einem Schreiner über den Einbau von Schränken oder mit einem Plattenleger für Bodenarbeiten in den Innenräumen) erfasst, weshalb er nicht zum Einsatz kommt, wenn ein Verbraucher zwar ein Haus baut, dabei aber die beteiligten Handwerker einzeln beauftragt. Der Verbraucherbauvertrag ist also auf Werkverträge zugeschnitten, bei denen ein Unternehmer gerade die ganze Bauaufgabe übernimmt. Jetzt aber zu den einzelnen Vorkehren:

A. Formvorschrift und Baubeschreibung

Anders als der «gewöhnliche» Bauvertrag ist der Verbraucherbauvertrag formbedürftig. Zudem hat der deutsche Gesetzgeber für den Verbraucherbauvertrag die Baubeschreibung gesetzlich normiert und ihr eine wichtige Funktion zugewiesen, indem möglichst grosse Klarheit über den Leistungsinhalt geschaffen werden soll und die Dinge so für den Verbraucher berechenbar werden.

Formvorschrift: Der «Verbraucherbauvertrag bedarf der Textform» (§ 650i Abs. 2 BGB). Textform bedeutet nach deutschem Recht, dass eine «lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden» muss (§ 126b BGB). Da es nun aber zum Begriff des Verbraucherbauvertrags gehört, dass damit Bauarbeiten von erheblichem Volumen ausgelöst werden, dürfte es so sein, dass solche Verträge ohnehin meist textförmig abgeschlossen werden. Die Änderung, die mit der gesetzlich vorgeschriebenen Form verbunden ist, liegt darin, dass ein Verbraucherbauvertrag, der die Form verfehlt, nichtig ist (§ 125 BGB) und so dem Unternehmer zwar unter Umständen Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB),

aber keine Vergütung zusteht. Gerechtfertigt wird das neue Formerfordernis damit, dass sich auf diese Weise Beweisschwierigkeiten vorbeugen lässt.¹⁵

Vorvertragliche Informationspflicht: Der Unternehmer hat dem Verbraucher «rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung [also vorvertraglich] eine Baubeschreibung in Textform zur Verfügung zu stellen» (Art. 249 § 1 EGBGB i.V.m. § 650j BGB), in der die «wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer Weise» dargestellt werden (Art. 249 § 2 EGBGB). Die Baubeschreibung ist ein Kernelement des Systems, weil so gesichert werden soll, dass sich der bauende Verbraucher mit einiger Präzision schon im Vorfeld des Vertragsschlusses darüber Klarheit verschaffen kann, was er überhaupt bestellen wird. Zu den in der Baubeschreibung zwingend darzustellenden Eigenschaften gehören namentlich «Angaben zu Qualitätsmerkmalen, denen das Gebäude oder der Umbau genügen muss» (Art. 249 § 2 Abs. 1 Ziff. 8 EGBGB), aber auch «verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks [...]. Steht der Beginn der Baumaßnahme noch nicht fest, ist ihre Dauer anzugeben» (Art. 249 § 2 Abs. 2 EGBGB). Diese Pflicht trifft den Unternehmer dann nicht, wenn der «Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter [...] die wesentlichen Planungsvorgaben» macht (§ 650j BGB). Dieser Vorbehalt liegt auf der Hand, da es keinen Sinn machen würde, dem Unternehmer Angaben über die Eigenschaften des angebotenen Werks abzuverlangen, wenn es sich so verhält, dass diese Eigenschaften vom Bauherrn oder von dessen Planer festgelegt werden. Mit Blick auf diesen Vorbehalt lässt sich wohl sagen, dass der Verbraucherbauvertrag vor allem für Verträge gedacht ist, in denen sich ein Verbraucher unter die Fittiche eines Totalunternehmers begibt, der neben der Ausführung auch schon die Planung übernimmt.

Vorschriften zum Mindestinhalt des Vertrags: Die Angaben in der Baubeschreibung, die der Unternehmer dem Verbraucher vor Vertragsschluss zu übergeben hat, werden «in Bezug auf die Bauausführung [...] Inhalt des Vertrags, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart» (§ 650k Abs. 1 BGB). Dazu kommt, dass der Vertrag «verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrags nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten» (§ 650k Abs. 3 BGB; siehe auch Art. 249 § 2 Abs. 2 EGBGB). Diese Angaben müssen sich mit den Zeitangaben in der Baubeschreibung nicht decken, sondern können von ihnen abweichen, wobei aber jene Angaben *ex lege* zum Vertragsbestandteil werden, wenn der Vertrag den Punkt nicht selber regelt. Das lässt sich dadurch erklären, dass die vorvertraglichen Zeitangaben des Unternehmers verbind-

¹⁵ Siehe zum Beispiel Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, Deutscher Bundestag, Drucksache 18/11437 vom 8. März 2017, S. 43.

lich sind und er von dieser Bindung nur durch eine vertragliche Abrede wieder befreit werden kann. Liegt keine Baubeschreibung vor, so ist der Vertrag gleichwohl wirksam, wobei aber der Verbraucher allenfalls Anspruch auf Ersatz eines Schadens hat, der gerade auf das Fehlen der Baubeschreibung zurückzuführen ist.¹⁶

B. Widerrufsrecht

Es ist nichts Neues, dass Verbraucher durch Widerrufsrechte geschützt werden, was sich sogar für die Schweiz sagen lässt. Neu ist aber, dass nun auch dem bauenden Verbraucher ein Widerrufsrecht zusteht (§ 650I i.V.m. § 355 BGB).¹⁷ Nach Art. 249 § 3 EGBGB ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher «in Textform» über das Widerrufsrecht zu belehren, wozu unter anderem der Hinweis darauf gehört, dass der «Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz nach § 357d des Bürgerlichen Gesetzbuchs schuldet, wenn die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen ist» (Art. 249 § 3 Abs. 1 Ziff. 5 EGBGB). Die Widerrufsfrist beträgt – worüber der Unternehmer den Verbraucher ebenfalls zu belehren hat – 14 Tage (§ 355 Abs. 2 BGB), wobei diese Frist nicht mit dem Vertragsschluss, sondern dann zu laufen beginnt, wenn der Unternehmer den Verbraucher entsprechend belehrt hat. Dieser Zeitpunkt kann auch nach dem Vertragsschluss liegen, woran nichts ändert, dass der Unternehmer gesetzlich an sich verpflichtet ist, den «Verbraucher vor Abgabe von dessen Vertragserklärung» (Art. 249 § 3 Abs. 1 EGBGB) zu belehren; immerhin erlischt das Widerrufsrecht auch ohne Belehrung mit dem Ablauf von «zwölf Monaten und 14 Tagen» nach Vertragsschluss (§ 356e i.V.m. § 355 Abs. 2 BGB). Die Rechtsfolgen eines wirksamen Widerrufs ergeben sich aus § 357d BGB und bestehen (wie schon angetönt) darin, dass der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz zu leisten hat, wenn die «Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen» ist, wobei sich der Wertersatz auf der Grundlage der «vereinbarten Vergütung», allenfalls des «Marktwertes der erbrachten Leistung» (und damit ohne Reduktion auf das gerade noch Zulässige) zu berechnen ist, wenn eine unverhältnismässig hohe Vergütung vereinbart wurde. Allenfalls hat ein Widerruf also gar keine andere Wirkung als eine Kündigung des Werkvertrags.

¹⁶ GRETE LANGJAHR, Zweifel bei der Auslegung des Vertrags gehen zu Lasten des Verfassers, in: *ibr* 2018, S. 29.

¹⁷ § 355 BGB regelt das Widerrufsrecht des Verbrauchers in allgemeiner Weise, wobei die Bestimmung voraussetzt, dass dem «Verbraucher durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Vorschrift eingeräumt» wird – was § 650I BGB für den Verbraucherbaupvertrag besorgt.

Kein Widerrufsrecht besteht namentlich dann, wenn der Vertrag «notariell beurkundet» wurde.¹⁸ Dahinter steht zunächst die Idee, dass die notarielle Beurkundung immer auch mit einer Belehrung des Verbrauchers verbunden ist, was diesen ausreichend vor einem unüberlegten Vertragsschluss schützen wird. Dazu ist aus Schweizer Sicht anzumerken, dass die Belehrungspflicht zwar auch hier exakt diese Funktion hat, wobei es aber überspannt wäre zu erwarten, dass die notarielle Belehrung jemals in allen Teilen Klarheit zu schaffen vermöchte. Doch wird der Ausschluss des Widerrufsrechts bei notarieller Beurkundung noch durch ein weiteres Argument gerechtfertigt. So ist dem Verbraucher der Vertrag nach § 17 Abs. 2a des deutschen Beurkundungsgesetzes «im Regelfall zwei Wochen vor der Beurkundung» zur Verfügung zu stellen, was als Bedenkzeit ausreichen soll.¹⁹

Auch bei Änderungen des Verbraucherbauvertrags, über die sich Verbraucher und Unternehmer nach Vertragsschluss verständigen, wird dieses Widerrufsrecht meist nicht greifen, da es sich kaum je so verhalten wird, dass eine Änderung für sich genommen die qualifizierten Merkmale eines Verbraucherbauvertrags aufweist. Nicht ausgeschlossen ist aber, dass sich in einem solchen Fall ein Widerrufsrecht aus § 312g BGB herleiten lässt, sofern die Vertragsänderung «außerhalb von Geschäftsräumen» des Unternehmers vereinbart wurde.²⁰

C. Weitere Vorkehren

Zur Formvorschrift, zum gesetzlichen Erfordernis einer Baubeschreibung und zum Widerrufsrecht kommen weitere Vorkehren, die den Schutz bauender Verbraucher verstärken. Nicht weiter erörtere ich hier die Regeln über die gerichtliche Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, wobei aber natürlich auch sie für Verbraucherbauverträge und die anderen Werkverträge, die Verbraucher abschliessen, von hoher praktischer Bedeutung sind.

Obergrenze für Abschlagszahlungen und Sicherheitsleistung: § 632a BGB räumt dem Unternehmer die Möglichkeit ein, «Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen» zu verlangen. Hier sieht das BGB für Verbraucherbauverträge zwei Besonderheiten vor: Erstens wird diese Befugnis zwar nicht dem Grundsatz nach, aber doch so eingeschränkt, dass der Unternehmer höchstens

¹⁸ Zu denken ist an den Verbraucherbauvertrag, durch den der Verbraucher auch Eigentum am Baugrundstück erwirbt, siehe § 311b Abs. 1 BGB.

¹⁹ JAN BUSCHE, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., München 2018, § 650I BGB N 9.

²⁰ Vgl. ROLF KNIFFKA/BJÖRN RETZLAFF, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 12. März 2018, § 650I BGB N 11.

«90 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung»²¹ in dieser Weise geltend machen kann (§ 650m Abs. 1 BGB). Und zweitens muss der Unternehmer dem Verbraucher schon «bei der ersten Abschlagszahlung» eine Sicherheit in Höhe von «5 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung»²² leisten, deren Zweck darin besteht, die «rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel», also die Vertragserfüllung, zu sichern (§ 650m Abs. 2 BGB).

Pflicht zur Herausgabe von Plänen: Der Unternehmer ist gesetzlich verpflichtet, dem Verbraucher jene Unterlagen zu überlassen, die erforderlich sind, um «gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt werden wird» bzw. «ausgeführt worden ist» (§ 650n Abs. 1 und 2 BGB). Die gleiche Pflicht trifft den Unternehmer, wenn der Verbraucher den entsprechenden Nachweis gegenüber Dritten (z.B. einem «Darlehensgeber») zu führen hat (§ 650n Abs. 3 BGB).

Keine Abnahme ohne Belehrung: Der Verbraucher wird auch mit Bezug auf die Abnahme des Werks, mit der namentlich die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung des Werks auf den Besteller übergeht (§ 644 Abs. 1 BGB), besonders behandelt. Die einschlägige Bestimmung (§ 640 Abs. 2 BGB) findet sich systematisch bei den allgemeinen Vorschriften über den Werkvertrag, also ausserhalb des Verbraucherbaupvertrags, was wohl zur Folge hat, dass sie generell, mithin über den Verbraucherbaupvertrag hinaus, anzuwenden ist. Hier muss man zunächst wissen, dass nach deutschem Recht (in diesem Punkt anders als nach Schweizer Recht)²³ die Abnahme als Pflicht des Bestellers verstanden wird und zudem mit einer vorbehaltlosen Abnahme auch die Rechtswirkung verbunden ist, dass die Mängelrechte – der Anspruch auf Schadenersatz vorbehalten²⁴ – erlöschen, wenn der Besteller einen Mangel zwar kennt, sich die Mängelrechte wegen dieses

²¹ Darin eingeschlossen ist die «Vergütung von Nachtragsleistungen nach § 650c [BGB]», also für Leistungen aus (in schweizerischer Terminologie) einseitigen Beststellungsänderungen.

²² Wiederum (siehe auch Fn. 21) sind bei der Berechnung der Gesamtvergütung auch Ansprüche aus Beststellungsänderungen hinzuzurechnen (dazu § 650m Abs. 2 BGB).

²³ Die Bemerkung trifft zu für die Abnahme nach den gesetzlichen Bestimmungen des Schweizer Werkvertragsrechts, während schon die Abnahme nach der SIA-Norm 118 – weitverbreitete AGB für Bauleistungen – recht nahe an der deutschen Konzeption liegt; siehe namentlich Art. 163 dieser Vertragsnorm, nach dem Mängelrechte verwirken können, noch bevor die (an sich grosszügig bemessene zweijährige) Mängelrügefrist (mit der Abnahme) zu laufen beginnt. Dazu PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 163/Rz. 17.

²⁴ So die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, siehe schon BGH-Urteil vom 12. Mai 1980 (VII ZR 228/79), in: NJW 1980, S. 1952 f., wo vor allem damit argumentiert wird, dass der Schadenersatzanspruch ein Verschulden bedingt und damit anders gelagert ist als die übrigen Mängelrechte.

Mangels bei der Abnahme aber nicht vorbehält (§ 640 Abs. 3 BGB). Diese Rechtsfolge kann auch eintreten, wenn der Bauherr ein Verbraucher ist. Schutz gewährt die einschlägige Bestimmung in anderer Hinsicht: Sie bewahrt den bauenden Verbraucher davor, dass die Abnahme des Werks – mit der die erwähnten, weitreichenden Rechtsfolgen verbunden sein können – ohne weiteres fingiert wird, wenn der Verbraucher nicht binnen einer ihm angesetzten Frist die «Abnahme [...] unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat» (§ 640 Abs. 2 BGB). Die Abnahmefiktion greift vielmehr nur dann, wenn der Unternehmer den Verbraucher schon mit der Aufforderung zur Abnahme in Textform (§ 126b BGB) darauf hinweist, welche rechtliche Tragweite der Fiktion zukommt.

Keine Pflicht zur Bauhandwerkersicherung: An sich hat der Unternehmer Anspruch auf «Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschliesslich dazugehöriger Nebenforderungen» (§ 650f Abs. 1 BGB). Diese Bestimmung steht systematisch ausserhalb des Verbraucherbauvertrags. Sie gehört zu den gesetzlichen Regeln, die für Bauverträge überhaupt und damit auch für Verbraucherbauverträge gelten. Verbraucher aber sind von dieser Pflicht, dem Unternehmer entsprechende Sicherheit zu leisten, ausgenommen, wobei zu beachten ist, dass diese Privilegierung (anders als bei der Sonderregel zur Abnahmefiktion) bedingt, dass ein Verbraucherbaupertrag vorliegt (§ 650f Abs. 6 Ziff. 2 BGB).²⁵ Nicht privilegiert ist der Verbraucher hinsichtlich der «Sicherungshypothek des Bauunternehmers» nach § 650e BGB für bereits geleistete Arbeiten.

D. Zwingendes Recht

Diese Bestimmungen zum Schutz des Verbrauchers sind weitgehend zwingender Natur. Das bedeutet allerdings nicht, dass Verstösse stets mit der Nichtigkeit des Verbraucherbaupertrags sanktioniert würden. So zieht etwa das Fehlen einer Baubeschreibung nicht die Unwirksamkeit des Vertrags nach sich, obschon der Unternehmer nach § 650j BGB an sich verpflichtet ist, dem Verbraucher eine Baubeschreibung zur Verfügung zu stellen. Zudem sind nicht alle Bestimmungen, die spezifisch dem Verbraucherbaupertrag gelten, zwingend. Dies ergibt sich aus § 650o BGB: So ist die Bestimmung, die für Abschlagszahlungen eine Obergrenze zieht und den Unternehmer zur Leistung einer Sicherheit verpflichtet (§ 650m BGB), nicht zwingend, sondern dispositiv. Soweit von dieser Bestimmung aber nicht individualvertraglich,

²⁵ Von dieser Freistellung profitiert nach § 650f Abs. 6 Ziff. 2 BGB überdies der Verbraucher, der in einen «Bauträgervertrag» eingebunden ist. Zur Legaldefinition des Bauträgervertrags siehe § 650u BGB, wo zu dessen Regelung in wesentlichen Punkten auf das Recht des Verbraucherbaupertrags verwiesen wird.

sondern mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen abgewichen wird, hat sich die AGB-Klausel am gesetzlichen Vorbild (also an § 650m BGB) messen zu lassen, da das dispositive Recht zwar Abweichungen hinnimmt, aber auch eine «Leitbildfunktion» hat, was sowohl im BGB (§ 307 Abs. 2 Ziff. 1 BGB) als auch in der Rechtsprechung zum Ausdruck kommt.²⁶ So vermag selbst eine gesetzliche Bestimmung, die an sich Raum für privatautonome Abreden lässt, starke Prägestkraft zu entwickeln.²⁷

V. Zurück in die Schweiz

Das Schweizer Obligationenrecht kennt den Verbraucher- bzw. Konsumentenbaupvertrag nicht. Anwendbar sind die allgemeinen werkvertraglichen Bestimmungen, soweit sie nicht durch individuelle Abrede oder – was weit häufiger ist – durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, welche die Parteien in ihren Vertrag übernehmen, verdrängt werden. Zudem trifft das Schweizer Recht erstaunlich robuste Vorkehrungen, um die Mängelhaftung des Unternehmers zu lindern. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an das Erfordernis einer wirksamen Mängelrüge, ohne die der Unternehmer, der nicht gerade arglistig war, von seiner Haftpflicht befreit wird (siehe Art. 370 OR). Zu denken ist aber auch an die gegenüber der Regelverjährung deutlich verkürzte Verjährungsfrist von fünf Jahren (Art. 371 Abs. 2 OR) und daran, dass der Unternehmer die Nachbesserung verweigern kann, wenn sie – gemessen am Nachbesserungsinteresse des Bauherrn – mit übermässigen Kosten verbunden ist (Art. 368 Abs. 2 OR).²⁸ Dazu kommt, dass das Schweizer Recht keine wirklich wirksame Korrektur einseitiger, nachteiliger AGB zulässt, woran bekanntlich auch Art. 8 UWG nichts geändert hat.

Eine Analyse der neuen Rechtslage in Deutschland zeigt, dass der Schutz, der mit den Bestimmungen zum Verbraucherbaupvertrag geschaffen wird, zwar auch nicht flächendeckend – allen bauenden Verbrauchern – nützen wird. Das ergibt sich schon aus dem Umstand, dass das BGB den Verbraucherbaupvertrag auf einen verhältnismässig engen Anwendungsbereich hin definiert. Doch ist es auch wahr, dass Verbraucher im deutschen Recht wenigstens bei besonders umfangreichen und damit auch wirtschaftlich gewichtigen Bauleis-

²⁶ Siehe zum Beispiel BGH, Urteil VIII ZR 273 vom 24. September 1980 E. I./2b, in: NJW 1981, S. 117 ff. (zu einem Auto-Kaufvertrag), wobei aber zu beachten ist, dass ein Urteil des Bundesgerichtshofs, das sich mit dem «dispositiv-gesetzlichen Leitbild» des Verbraucherbaupvertrags und dort des § 650m BGB auseinandersetzt, heute noch nicht vorliegt.

²⁷ JAN BUSCHE, Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 19), § 650m BGB N 1.

²⁸ In diesen Punkten (fünfjährige Verjährungsfrist und Einwendung übermässiger Nachbesserungskosten) finden sich im deutschen Recht Entsprechungen bei § 634a BGB für die Verjährung und bei § 635 Abs. 3 BGB für die erwähnte Einwendung.

tungen in einem Mass geschützt werden, das dem Schweizer Recht fremd ist. Kunststück, könnte man da noch anfügen, da das Schweizer Recht beim Bauen ja überhaupt keinen Konsumentenschutz betreibt.

Doch bräuchte es gesetzliche Bestimmungen, die bauende Konsumenten schützen? Ich neige dazu, die Frage zu bejahen, wobei aber eine direkte Übernahme der deutschen Regeln offensichtlich nicht in Frage kommt. Zu verschiedenartig ist schon die Gesetzestechneik, zu unterschiedlich ausgebildet auch der Grad an Akribie, die der dortige und der hiesige Gesetzgeber je auf ihren Gegenstand verwenden, anders gelagert vielleicht auch die Sicht auf die Funktionenteilung zwischen Gesetzgeber und Justiz. Klar ist, dass es in der Schweiz nicht zu einer derart weitreichenden Revision des Werkvertragsrechts kommen wird, wie der deutsche Gesetzgeber sie vorgenommen hat. Punktuelle Änderungen aber sind auch hier möglich – und wären erforderlich.²⁹ In der Sache könnte hier die Idee im Vordergrund stehen, das die Unternehmer einseitig begünstigende Rügeerfordernis entweder gänzlich zu eliminieren oder aber zumindest die Rügefrist so zu verlängern, dass das Rügeerfordernis seinen Schrecken als Verwirkungsfalle³⁰ etwas verliert. Dazu kommt das Erfordernis, im Bereich des Erwerbs neuer Wohneinheiten³¹ darüber Klarheit zu schaffen, ob die Mängelrechte wirklich ungehindert abgetreten werden können und ob es richtig ist, wenn der abtretende Verkäufer sich seiner eigenen Haftung (im Rahmen der Grenzen, die Art. 100 OR ihm zieht) ent schlagen kann. Aus meiner Sicht ist klar, dass gerade in diesem Bereich die Praxis verbreitet zu Vertragsgestaltungen neigt, die nicht nur unpraktikabel, sondern schlicht ungerecht sind. Weiter empfiehlt es sich, eine Verlängerung der Verjährungsfrist zu prüfen, die mit bloss fünf Jahren, zumal in einem Wirtschaftssegment, dessen Produkte auf eine Lebensdauer angelegt sind, die auch die zehnjährige Regelverjährung weit übersteigt, doch sehr kurz bemessen ist. Dass schliesslich die Planerleistungen kaum in das Werkvertragsrecht gehören, hat vor allem damit zu tun, dass dort ein Rügeerfordernis besteht, das auf Planerleistungen nicht passt. Um den Bogen zum deutschen Recht zu schliessen: Womöglich würde es sich lohnen, das Instrument der Baubeschreibung, das neu ins BGB aufgenommen wurde, auf seine Tauglichkeit auch für die Schweiz zu überprüfen, denn offensichtlich vermag Klarheit in

²⁹ Vgl. dazu HUBERT STÖCKLI, Bauherrschaft und Baumängel, Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Dezember 2013 (zu finden auf unifr.ch/ius/baurecht).

³⁰ So zum Beispiel ALAIN BIEGER, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Diss. Freiburg, Zürich 2009, Rz. 12.

³¹ Ich habe diese Position erstmals – ich war nicht der Erste – eingenommen in einem Beitrag zur Schweizerischen Baurechtstagung 2009, in dem ich mich ausweislich des Titels mit «Stockwerkeigentum ab Plan» auseinandersetzte, und seither noch keine Argumente gefunden oder gehört, die mich von der damals gefassten Überzeugung hätten abbringen können.

den Verträgen dazu beizutragen, Enttäuschungen und Streitigkeiten zu vermeiden.

Professor THOMAS KOLLER, dem ich diesen Beitrag – verbunden mit meinen besten Wünschen – zueigne, habe ich einiges zu verdanken. Dazu gehört auch seine spontane Manöverkritik nach einzelnen Medienauftritten und Vorträgen, die ich bestritten habe. Ich hoffe, mich noch oft an seinen stets substantiierten Einwänden abarbeiten zu dürfen – vielleicht auch, was diesen Text und die Revisionspostulate betrifft, die er skizziert.

Die Berücksichtigung ausländischen Rechts im Rahmen von Art. 20 und 119 OR

CORINNE WIDMER LÜCHINGER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	955
II.	Möglichkeiten der Berücksichtigung ausländischen Rechts.....	957
	A. Materieilrechtlicher Ansatz (Schuldstatuttheorie).....	957
	B. Kollisionsrechtlicher Ansatz (Art. 19 IPRG).....	959
	C. Relevanz der Unterscheidung.....	961
III.	Der materieilrechtliche Ansatz in der Bundesgerichtspraxis.....	962
	A. Vor Inkrafttreten des IPRG.....	962
	1. Wirkung ausländischer Exportverbote.....	962
	2. Wirkung ausländischer Devisenvorschriften.....	963
	a) Leistungsunmöglichkeit und <i>clausula rebus sic stantibus</i>	964
	b) Sittenwidrigkeit.....	967
	c) Kritik in der Lehre und abweichende kantonale Praxis....	969
	B. Nach Inkrafttreten des IPRG.....	970
IV.	Würdigung.....	972

I. Einleitung

Im Zivilverfahren kann sich ein Gericht mit der Frage konfrontiert sehen, ob ausländisches öffentliches Recht, das zwingend angewendet werden will, berücksichtigt werden soll und darf. Solche Normen kommen in den verschiedensten Rechtsbereichen vor und können auf unterschiedliche Art und Weise ins Zivilrecht eingreifen. Zu denken ist etwa an steuerrechtliche Vorschriften, die die Auszahlung unversteuerter Gelder durch Banken im Ausland unter Strafe stellen und auf die sich eine Schweizer Bank beruft, um die von ihrem Kunden verlangte Auszahlung zu verweigern,¹ an ausländische Devisenrestriktionen, die dem im Ausland ansässigen Schuldner verunmögli-

* Prof. Dr. iur. CORINNE WIDMER LÜCHINGER, Professorin für Privatrecht, Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht an der Universität Basel.

¹ Siehe z.B. die Entscheide der Genfer Cour de Justice vom 17.11.2016 (ACJC/1508/2016), 2.12.2016 (ACJC/1579/2016 und ACJC/1585/2016) und 12.12.2016 (ACJC/1690/2016 und ACJC/1691/2016); dazu CORINNE WIDMER LÜCHINGER, Die Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts nach Art. 19 IPRG, FS Schnyder, Zürich 2018, S. 427, 443 ff.

chen, die Darlehenssumme an den Schweizer Gläubiger zurückzubezahlen;² an Export- oder Importverbote, die einen Verkäufer daran hindern, einen grenzüberschreitenden Kaufvertrag zu erfüllen;³ an Bestimmungen des amerikanischen FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act), auf die sich eine Schweizer Bank beruft, um sich dem auf Art. 475 Abs. 1 OR gestützten Begehren ihres Kunden auf Herausgabe von Anlagemünzen zu widersetzen;⁴ oder an Normen des europäischen Wettbewerbs- und Kartellrechts, auf die sich eine Partei mit Sitz in einem EU-Staat beruft, um die Nichtigkeit einer Abrede in einem Vertrag zu begründen, den sie mit einem Wettbewerber geschlossen hat.⁵

Die Beispiele verdeutlichen, dass es in den hier interessierenden Fällen jeweils um internationale Sachverhalte geht. Die beteiligten Parteien sind Private, die sich über eine zivilrechtliche Frage streiten. Ihr Streit zeichnet sich jedoch durch die Besonderheit aus, dass er – zumindest teilweise – auf öffentlich-rechtliche Bestimmungen eines ausländischen Staates zurückgeht. Diese wirken auf den Vertrag ein, indem sie die Vertragserfüllung erschweren, verunmöglichen oder verbieten. Es handelt sich um sogenannte Eingriffsnormen, die ändernd oder aufhebend in das Privatrecht eingreifen und im internationalen Verhältnis zwingend angewandt werden wollen.⁶ Typischerweise verfolgen solche Normen wirtschafts- und staatspolitische Ziele, es kann sich aber auch um sozialpolitisch motivierte Bestimmungen handeln, etwa im Bereich des Mieter- und Arbeitnehmerschutzes.⁷

Inwieweit ein Zivilgericht die Eingriffsnormen ausländischer Staaten berücksichtigen darf oder gar muss, bildet bis heute Gegenstand von Kontroversen. Bei der Ausarbeitung der europäischen Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 17.6.2008 (Rom I) handelte es sich um eine der umstrittensten Fragen.⁸ Einerseits ist kein Staat bereit, einer ausländischen Wirtschafts- und Staatspolitik im Inland unbesehen zum Durchbruch zu verhelfen, wenn keine völkerrechtliche Verpflichtung dazu besteht. Andererseits kann der Staat aber auch nicht die Augen davor verschliessen, dass ausländische Eingriffsnormen die Parteien in eine Zwangslage versetzen können, die auch auf das Privatrecht ausstrahlt.

² BGE 60 II 294.

³ BGE 42 II 379; 43 II 225.

⁴ HGer ZH, 8.11.2012, HE120253-O.

⁵ Vgl. BGE 132 III 389.

⁶ ZK IPRG-VISCHER/WIDMER LÜCHINGER, Art. 19 N 1.

⁷ Vgl. z.B. BGE 136 III 392, wo es um den Einfluss einer sozialpolitisch motivierten Bestimmung des panamaischen Rechts, die Matrosen eine Abgangsentschädigung gewährt, auf einen Arbeitsvertrag ging, der schweizerischem Recht unterstand.

⁸ Siehe ROBERT FREITAG, 5. Teil: Eingriffsnormen (etc.), in: Christoph Reithmann/Dieter Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl., Köln 2015, Rz. 5.7 ff.

Grundsätzlich bestehen zwei Ansätze, um ausländischen Eingriffsnormen Rechnung zu tragen. Der *kollisionsrechtliche* Ansatz wurzelt, wie der Name schon sagt, im internationalen Privatrecht. In der Schweiz findet dieser Ansatz seinen Niederschlag in Art. 19 IPRG. Im Fokus des vorliegenden Beitrags soll jedoch der *materiellrechtliche* Ansatz stehen. Dieser besteht darin, ausländische Eingriffsnormen über die Rechtsbehelfe des materiellen Rechts – wobei es praktisch vor allem um das Vertragsrecht geht – zu berücksichtigen. Bei schweizerischem Vertragsstatut könnte das ausländische Eingriffsrecht z.B. bewirken, dass die Leistung des Schuldners von Anfang an als unmöglich betrachtet wird (Art. 20 OR) oder aber nachträglich unmöglich wird (Art. 119 OR). Der Verstoss gegen ausländische Eingriffsnormen könnte weiter zur Sittenwidrigkeit i.S.v. Art. 20 OR führen, sofern diese Normen bereits bei Vertragsabschluss in Kraft waren. Bei nachträglichem Inkrafttreten von ausländischen öffentlich-rechtlichen Normen, die die Leistungspflicht erschweren, könnte dem Schuldner die Berufung auf die *clausula rebus sic stantibus* offen stehen.

Nachfolgend werden zunächst der materiellrechtliche und der kollisionsrechtliche Ansatz einander gegenübergestellt, bevor auf die Bedeutung des materiellrechtlichen Ansatzes in der Bundesgerichtspraxis eingegangen wird. Dabei interessiert insbesondere, welche Tragweite dem materiellrechtlichen Ansatz neben Art. 19 IPRG zukommt und was die praktischen Folgen sind, wenn das Gericht den ausländischen Eingriffsnormen materiellrechtlich Rechnung trägt. Die Ausführungen basieren auf der Prämisse, dass die ausländische Eingriffsnorm, um deren Wirkung es geht, von einem *Drittstaat* erlassen worden, d.h. nicht Bestandteil der *lex causae* ist. Ob Eingriffsnormen der *lex causae* kollisionsrechtlich gleich zu behandeln sind wie Eingriffsnormen von Drittstaaten, also nur über Art. 19 IPRG berücksichtigt werden können, ist umstritten.⁹

II. Möglichkeiten der Berücksichtigung ausländischen Rechts

A. Materiellrechtlicher Ansatz (Schuldstatuttheorie)

Soll die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen nicht kategorisch ausgeschlossen werden, bestehen – wie bereits angetönt – grundsätzlich zwei Ansätze, wie mit ihnen umzugehen ist. Der *materiellrechtliche* Ansatz (sog. Schuldstatuttheorie) besteht darin, das ausländische öffentliche Recht im Rahmen der allgemeinen materiellrechtlichen Behelfe des Vertragsstatuts zu

⁹ Dazu ZK IPRG-VISCHER/WIDMER LÜCHINGER, Art. 19 N 5 ff.

berücksichtigen.¹⁰ Untersteht das Vertragsverhältnis schweizerischem Recht, könnte die ausländische Eingriffsnorm dazu führen, dass der Vertrag als sittenwidrig oder die Vertragserfüllung als unmöglich betrachtet wird. Dagegen kann der Verstoss gegen ausländisches Recht keine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 OR begründen.¹¹

Folgt man der Schuldstatuttheorie, so können ausländische Eingriffsnormen nur dann berücksichtigt werden, wenn das Vertragsstatut entsprechende «Fenster» kennt, d.h. Generalklauseln oder Rechtsbehelfe zur Verfügung stellt, die weit genug gefasst sind, um auch den Verstoss gegen ausländisches Recht zu erfassen. Daraus ergeben sich zugleich die Nachteile dieses Ansatzes.¹²

- Da die Berücksichtigung des ausländischen Rechts davon abhängt, welche materiellrechtlichen «Fenster» das jeweilige Vertragsstatut zur Verfügung stellt, haftet dem Ergebnis etwas Zufälliges an. Dies zeigt sich insbesondere, wenn die Parteien das auf ihren Vertrag anwendbare Recht selbst gewählt haben. Je nachdem, wie weit oder eng die Rechtsbehelfe des Vertragsstatuts gefasst sind, kann dem ausländischen Eingriffsrecht Rechnung getragen werden oder eben nicht.
- Da die Berücksichtigung an vorbestehende Rechtsbehelfe des Vertragsstatuts gekoppelt wird, sind auch die Rechtsfolgen durch das Vertragsstatut vorgegeben. Untersteht das zu beurteilende Rechtsverhältnis dem ausländischen Recht, entscheidet deshalb dieses – und nicht die *lex fori* des Gerichts – darüber, ob und inwieweit dem Gericht ein Ermessensspielraum eingeräumt wird.
- Die materiellrechtlichen «Fenster» des Vertragsstatuts sind grundsätzlich nicht auf internationale Sachverhalte zugeschnitten. Es fehlen deshalb regelmässig Kriterien, die dem Gericht bei der Entscheidung helfen, ob bzw. inwieweit ausländisches Recht zu berücksichtigen ist.
- Das Heranziehen von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln des materiellen Rechts birgt die Gefahr, dass die Wertungen, die in einem konkreten Fall zur (Nicht-)Beachtung des ausländischen Rechts führen, nicht genügend reflektiert oder offengelegt werden.¹³

¹⁰ Dazu ausführlich FRANK VISCHER, General Course on Private International Law, RdC 232 (1992-I), S. 165 ff.; ANTON K. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht: Sonderanknüpfung und extraterritoriale Anwendung wirtschaftlicher Normen unter besonderer Berücksichtigung von Marktrecht, Zürich 1990, Rz. 305 ff.; FRANK VISCHER/LUCIUS HUBER/DAVID OSER, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Bern 2000, Rz. 914.

¹¹ Ständige Praxis; siehe etwa BGE 76 II 33, E. 5 (*Suleyman*); 80 II 49, E. 3; BGer, 28.3.2001, 4C.172/2000, E. 5a (*Beverly Overseas SA v. Privredna Banka Zagreb*); BGer, 16.7.2012, 4A_753/2011, E. 6.4 (nicht wiedergegeben in BGE 138 III 601 ff.).

¹² Zu den Vor- und Nachteilen siehe ausführlich VISCHER (Fn. 10), S. 165 ff.; SCHNYDER (Fn. 10), Rz. 314 ff.

¹³ WIDMER LÜCHINGER (Fn. 1), S. 438 f. m.w.H.

- Teils müssen die Bestimmungen des Vertragsstatuts weit ausgelegt werden, um zu ermöglichen, dass eine ausländische Norm überhaupt berücksichtigt werden kann. So hielt das Bundesgericht vor Inkrafttreten des IPRG fest, eine «ganz bedeutende Erschwerung der Leistungspflicht», die auf das während des ersten Weltkrieges erlassene deutsche Exportverbot für Getreide zurückzuführen war, könne eventuell mit der Leistungsmöglichkeit gleichgesetzt werden.¹⁴
- Schliesslich setzt das Erkennen potentieller materiellrechtlicher «Fenster» eine gewisse Vertrautheit mit dem anwendbaren nationalen Recht voraus, was naturgemäss bei der *lex fori* eher gegeben ist als bei einem ausländischen Vertragsstatut. Die Schuldstatuttheorie wird denn auch vor allem in jenen Fällen herangezogen, in denen der Vertrag der *lex fori* untersteht.¹⁵ Zwingend ist dies aber nicht.

B. Kollisionsrechtlicher Ansatz (Art. 19 IPRG)

Beim *kollisionsrechtlichen* Ansatz entscheidet nicht das materielle Vertragsrecht, sondern das nationale Kollisionsrecht darüber, ob und in welcher Form ausländisches Recht zu berücksichtigen ist. Es kommt nicht darauf an, ob das Vertragsstatut die Berücksichtigung des ausländischen öffentlichen Rechts erlaubt oder nicht. Stattdessen kommt eine kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung zum Zuge.

In der Schweiz findet der kollisionsrechtliche Ansatz seinen Niederschlag in Art. 19 IPRG, der gegenüber dem ausländischen Recht eine sehr offene Haltung zeigt. Art. 19 IPRG ermächtigt das schweizerische Gericht, ausländische Eingriffsnormen unter bestimmten Voraussetzungen zu «berücksichtigen». Neben dem Bestehen einer ausländischen Norm, die zwingend angewendet werden will, wird vorausgesetzt, dass «nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei» die Berücksichtigung gebieten und dass der Sachverhalt mit jenem Recht eng zusammenhängt.

Art. 19 IPRG räumt dem Gericht bei der Entscheidung, ob ausländische Eingriffsnormen zu berücksichtigen sind, einen Ermessensspielraum ein. Es handelt sich um eine Kann-Vorschrift. Ziel ist eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung. Ermessensspielraum besteht auch hinsichtlich der Frage, *wie* die ausländischen Normen zu berücksichtigen sind. Das Gesetz spricht bewusst von «berücksichtigen» und nicht von «an-

¹⁴ BGE 43 II 225, E. 4. Die Frage konnte letztlich offengelassen werden, da der Verkäufer die Haftung teilweise anerkannt hatte. Siehe zu dieser Entscheidung unten *sub* III.A.1.

¹⁵ BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 19 N 6.

wenden», um Freiraum bei der Gestaltung der Rechtsfolgen zu gewähren. Die Rechtsfolge, die das ausländische Recht vorsieht, kann zwar, muss aber nicht übernommen werden.

Im Unterschied zum deutschen und italienischen Gesetzeswortlaut enthält die französische Fassung von Art. 19 IPRG die Einschränkung, wonach die Interessen einer «Partei» die Berücksichtigung der ausländischen Eingriffsnorm gebieten müssen, *nicht*. Welche Sprachfassung die authentische ist, ist umstritten. Einigkeit besteht immerhin insoweit, als Eingriffsnormen, die zum sogenannten «ordre public international» zu rechnen sind, auch gegen die Parteiinteressen zu berücksichtigen sind. Unter dem «ordre public international» versteht das Bundesgericht jene wesentlichen, weitgehend anerkannten Werte, die nach in der Schweiz herrschender Auffassung Grundlage jeder Rechtsordnung bilden sollten.¹⁶ Da allerdings gerade unklar ist, welche Normen von so grundlegender Bedeutung sind – genannt werden etwa das Verbot von Korruptionszahlungen,¹⁷ aber auch Vorschriften über Geldwäscherei und zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität¹⁸ –, hilft diese Abgrenzung nur beschränkt weiter. Das Handelsgericht Zürich hat eine Eingrenzung auf blosser Parteiinteressen abgelehnt;¹⁹ das Bundesgericht hat die Frage bisher offen gelassen.²⁰ Um den Begriff des internationalen ordre public nicht zu strapazieren, sollte meines Erachtens die Frage, ob Eingriffsnormen auch gegen die Interessen der Parteien berücksichtigt werden können, allein im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 19 Abs. 1 IPRG gefällt werden. Aufgrund der privatrechtlichen Ausrichtung des IPRG ist aber Zurückhaltung geboten. Drittstaatliche Eingriffsnormen sollten nur ausnahmsweise gegen die Interessen der Parteien durchgesetzt werden.²¹

Mit der Frage, ob es im Rahmen von Art. 19 IPRG entscheidend auf die *Parteiinteressen* ankommt, hängt eng zusammen, ob Eingriffsnormen nur auf Parteienantrag hin oder unter Umständen auch von Amtes wegen zu berücksichtigen sind. Gleiches gilt bezüglich der Frage, ob das Gericht bei der Beurteilung der Rechtsfolgen an die Anträge der Parteien gebunden ist. Werden Eingriffsnormen auch gegen die Interessen der Parteien und ohne Parteienantrag

¹⁶ Vgl. insbesondere BGE 132 III 389, E. 2.2.3; ferner BGE 138 III 322, E. 4.1; BGer, 30.6.2016, 4A_132/2016, E. 3.2.1; BGer, 18.4.2013, 4A_524/2012, E. 3.2; BGer, 6.12.2012, 4A_276/2012, E. 3.1; BGer, 2.5.2012, 4A_16/2012, E. 4.1; BGer, 19.2.2013, 4A_550/2012, E. 4.1; BGer, 11.2.2010, 4A_444/2009, E. 4.2; BGer, 10.2.2010, 4A_612/2009, E. 6.1 (alle zu Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG).

¹⁷ BGE 119 II 380, E. 4b (*Westinghouse*); VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 10), Rz. 924.

¹⁸ Siehe im Einzelnen ZK IPRG-VISCHER/WIDMER LÜCHINGER, Art. 19 N 32.

¹⁹ HGer ZH, Ur. vom 21.6.2004, ZR 2005, Nr. 27, E. 3.6.1.

²⁰ BGE 130 III 620, E. 3.4.1; 136 III 392, E. 2.3.3.1.

²¹ Zum Ganzen ZK IPRG-VISCHER/WIDMER LÜCHINGER, Art. 19 N 33.

berücksichtigt, ist damit zugleich gesagt, dass das Gericht bei der Gestaltung der *Rechtsfolgen* nicht an allfällige Parteianträge gebunden sein kann.²²

C. Relevanz der Unterscheidung

Der Unterschied zwischen materiellrechtlichem und kollisionsrechtlichem Ansatz zeigt sich vor allem dann, wenn der materiellrechtliche Behelf, auf den das Gericht sich abstützt, die Rechtsfolge genau vorschreibt. Kommt z.B. das Gericht zum Schluss, dass ein Vertrag, der schweizerischem Recht untersteht, wegen Verstosses gegen eine ausländische Eingriffsnorm *sittenwidrig* ist i.S.v. Art. 20 OR, so steht die Rechtsfolge damit fest: Der Vertrag (bzw. die betreffende Vertragsabrede) ist nichtig. Wird die Eingriffsnorm demgegenüber über Art. 19 IPRG berücksichtigt, kommt dem Gericht mehr Gestaltungsspielraum zu. Je nach Konstellation kann es z.B. den Vertrag auflösen, ein vorzeitiges Kündigungsrecht einräumen, den Vertrag ganz oder teilweise für nichtig erklären, eine Forderung stunden oder die Erfüllungsmodalitäten anpassen. Mit der bewusst offen gehaltenen Rechtsfolge erlaubt Art. 19 IPRG dem Gericht, materielles Sonderrecht zu schaffen, das auf die Besonderheiten des Einzelfalles zugeschnitten ist.

Die Rigidität bei den Rechtsfolgen ist aber nicht zwingende Konsequenz der Schuldstatuttheorie. Der Spielraum hängt vielmehr vom konkreten Rechtsbehelf ab, den das materielle Vertragsrecht zur Verfügung stellt. Untersteht z.B. ein Vertrag schweizerischem Recht und ist die ausländische Eingriffsnorm erst nach Vertragsschluss in Kraft getreten, so kann der Vertrag gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* ebenso gut angepasst werden wie nach Art. 19 IPRG.²³ Dies zeigt jedoch zugleich das Problem: Die Schuldstatuttheorie ermöglicht die Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen nur insoweit, als das Vertragsstatut dies zulässt. Bei ausländischem Vertragsstatut ist das schweizerische Gericht insofern (unter Vorbehalt des *ordre public*) an die Wertung des ausländischen Gesetzgebers gebunden. Dagegen überlässt Art. 19 IPRG die Wertung von vornherein dem schweizerischen Gericht, was die Entwicklung einer einheitlichen Praxis im Umgang mit ausländischen Eingriffsnormen ermöglicht.

²² Dazu WIDMER LÜCHINGER (Fn. 1), S. 435 ff.

²³ Zu den Parallelen zwischen Art. 19 IPRG und der *clausula* siehe THOMAS MORSCHER, Staatliche Rechtssetzungsakte als Leistungshindernisse im internationalen Warenkauf, Basel 1992, S. 129.

III. Der materiellrechtliche Ansatz in der Bundesgerichtspraxis

A. Vor Inkrafttreten des IPRG

Vor Inkrafttreten des IPRG hat sich das schweizerische Bundesgericht prinzipiell auf die Schuldstatuttheorie abgestützt. Praktisch ging es dabei häufig um die Frage, ob ein Schuldner sich auf ausländische Devisenvorschriften oder Exportrestriktionen berufen konnte, um die Nichterfüllung einer Schuldpflicht zu rechtfertigen. Der Grossteil der Entscheide stammt aus der Zeit um die beiden Weltkriege herum.²⁴

1. *Wirkung ausländischer Exportverbote*

In einem Entscheid aus dem Jahr 1916 hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob die Nichterfüllung einer Lieferverpflichtung infolge eines kriegsbedingten Exportverbots die Schadenersatzpflicht des Verkäufers zu begründen vermochte. Jaquenoud, der Verkäufer, hatte sich im März 1914 gegenüber Hubler zur Lieferung von 30–50 Kisten mit Eiern der Marke «Lièvre» aus der Steiermark verpflichtet, lieferbar zwischen Ende Oktober 1914 und Ende Januar 1915. Der Kaufvertrag unterstand schweizerischem Recht. Ab 1. August 1914 verbot die österreichische Regierung jedoch die Ausfuhr von Eiern, sodass die österreichische Exportgesellschaft, mit der Jaquenoud seinerseits im April 1914 einen Kaufvertrag über 500 Eierkisten geschlossen hatte, ihm keine Eier mehr liefern konnte. Jaquenoud bemühte sich vergebens darum, mit Unterstützung des Bundes doch noch eine Ausfuhrbewilligung zu erhalten. Das Bundesgericht folgte der Ansicht der Vorinstanz, wonach Jaquenoud und Hubler einen Spezieskauf über steirische Eier einer bestimmten Marke vereinbart hatten. Die Erfüllung der Lieferverpflichtung sei nachträglich unmöglich geworden, ohne dass Jaquenoud ein Verschulden treffe. Er konnte sich deshalb auf Art. 119 OR berufen und musste keinen Schadenersatz leisten.²⁵

Nur zwei Jahre später wurde dem Bundesgericht ein Streit um die Ausfuhr von Roggen aus Deutschland unterbreitet. Der in Worms ansässige Guggenheim hatte dem Müller Remund in Lenzburg eine Lieferung von 500 Sack Roggen franko Lenzburg versprochen. Der Kaufvertrag war am 21. Juli 1914

²⁴ Zu diesen Entscheiden siehe etwa ANTON HEINI, *Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht*, ZSR 1981, S. 65 ff.; MONICA ERNE, *Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen*, Zürich 1985, S. 12 ff.

²⁵ BGE 42 II 379.

geschlossen worden. Die ersten 100 Säcke wurden noch im Juli geliefert. Als Remund jedoch Ende Juli die verbleibenden 400 Säcke abrufen wollte, berief sich Guggenheim auf das Ausfuhrverbot für Getreide, das am 31. Juli 1914 von der deutschen Regierung erlassen worden war. Die Lieferung sei nicht mehr möglich, zumal der Roggen bereits beschlagnahmt worden sei. Remund entgegnete, er habe den Roggen bereits fest verkauft und würde seinerseits schadenersatzpflichtig, wenn er den Vertrag nicht einhalten könne. Vor Gericht bestritt Remund die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung mit der Begründung, Guggenheim habe nicht alles getan, um die beschlagnahmte Ware durch Verhandlung mit der deutschen Militärbehörde wieder frei zu bekommen oder an ihrer Stelle Ersatzware zu beschaffen. Nach Ansicht der Vorinstanz war die Beschlagnahme eine endgültige, die nicht durch eine Verständigung mit den deutschen Behörden wieder rückgängig gemacht werden konnte. Das Bundesgericht beanstandete diese Würdigung nicht, liess letztlich aber offen, ob tatsächlich Leistungsunmöglichkeit i.S.v. Art. 119 OR vorgelegen habe, da Guggenheim seine Ersatzpflicht teilweise anerkannt hatte. Auch wenn angenommen werde, dass die Leistung noch möglich gewesen sei, weil Guggenheim allenfalls Ersatzware hätte beschaffen können, könne jedoch

«nach den Akten als sicher gelten, dass für den [Verkäufer] durch den Übergang zum Kriegszustand eine ganz bedeutende Erschwerung seiner Leistungspflicht eingetreten war.»²⁶

Diese Erschwerung rechtfertigte nach Ansicht des Bundesgerichts auf jeden Fall eine Herabsetzung der Schadenersatzpflicht. Das Gericht entschied deshalb, dass Guggenheim nur gerade in jenem Umfang haftpflichtig sei, in dem er selber seine Ersatzpflicht anerkannt hatte. In genau jenem Umfang war Guggenheim von den deutschen Behörden für die beschlagnahmte Ware entschädigt worden.

2. *Wirkung ausländischer Devisenvorschriften*

Vor allem in der Zeit um den zweiten Weltkrieg herum hatte das Bundesgericht immer wieder die Wirkungen von ausländischen Devisenvorschriften auf Verträge zu beurteilen. Soweit das Vertragsverhältnis schweizerischem Recht unterstand, wurde der Verstoss gegen die ausländischen Eingriffsnormen unter dem Gesichtspunkt der Leistungsunmöglichkeit, der Sittenwidrig-

²⁶ BGE 43 II 225, E. 4.

keit oder der *clausula rebus sic stantibus* geprüft. Die entsprechenden Einwände der Schuldner blieben jedoch erfolglos.²⁷

a) **Leistungsunmöglichkeit und *clausula rebus sic stantibus***

Soweit ersichtlich hatte sich das Bundesgericht erstmals im Jahre 1934 mit dem Einfluss ausländischer Devisenbestimmungen zu befassen.²⁸ Der Fall betraf eine Solidarbürgschaft, welche eine schweizerische Aktiengesellschaft, die Nathan-Institut AG, im Jahr 1925 für ein Darlehen eingegangen war, das die Klägerin, eine Schweizer Bank, einem in Deutschland domizilierten Schuldner gewährt hatte. Vertragliche Zahlstelle war Zürich. Aufgrund der deutschen Devisengesetzgebung, welche am 1. August 1931 in Kraft trat, konnte der Schuldner die fälligen Zinsen und Kapitalraten, die gemäss Darlehensvertrag in Goldmark zu leisten waren, nicht mehr an die Inkassostelle in Zürich überweisen. Die vom Schuldner angebotene Zahlung auf ein deutsches Sperrkonto an Erfüllungsstatt wurde von der Darlehensgeberin abgelehnt. Als die Bank daraufhin den Bürgen belangte, verweigerte dieser die Leistung unter Hinweis auf die akzessorische Natur der Bürgschaft.

Das Bundesgericht hiess die Klage der Bank gut. Die Akzessorietät der Bürgschaft sei keine absolute; der Solidarbürge hafte nicht nur, wenn der Hauptschuldner zahlungsunfähig sei, sondern auch für den Fall, dass dieser aus anderen Gründen, die von seiner Vermögenslage unabhängig seien, nicht erfüllen könne oder dürfe. Ein solcher Grund sei das devisenrechtliche Zahlungsverbot Deutschlands.²⁹ Auch auf die *clausula rebus sic stantibus* konnte sich der Bürge nicht berufen, da die politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse in Deutschland zur Zeit, als die Bürgschaftsverpflichtung eingegangen worden war, bereits unsicher gewesen waren. Nach Ansicht des Bundesgerichts musste deshalb mit der Möglichkeit neuer wirtschaftlicher Störungen und für diesen Fall auch mit neuen Eingriffen des deutschen Gesetzgebers in die Rechte ausländischer Gläubiger gerechnet werden.³⁰ So oder so sei die Hauptschuldnerin aber aus Schweizer Sicht gar nicht durch die Devisenbestimmungen befreit worden, weshalb mit dem Einwand der Akzessorietät von vornherein nichts zu gewinnen sei. Zwar unterstehe der Darlehensvertrag dem deutschen Recht, sodass sich die Frage stelle, ob das devisenrechtliche Zah-

²⁷ Zu den nachfolgenden Entscheidungen siehe insbesondere DIETER GRÄNICHER, Die kollisionsrechtliche Anknüpfung ausländischer Devisenmassnahmen, Basel 1984, S. 61 ff.; kritisch PIERRE LALIVE, Sur l'application du droit public étranger, *Annuaire Suisse* XXVII (1971), S. 138 m.w.H.

²⁸ BGE 60 II 294.

²⁹ BGE 60 II 294, E. 4a.

³⁰ BGE 60 II 294, E. 4b.

lungsverbot die Unmöglichkeit der Leistung i.S.v. §§ 275 und 306 ff. BGB a.F.³¹ begründe. Wie schon die Vorinstanz verneinte dies das Bundesgericht jedoch aus Gründen der schweizerischen öffentlichen Ordnung. Die inhaltliche Abänderung des Schuldverhältnisses durch das devisarechtliche Zahlungsverbot würde

«einen Eingriff in die Gläubigerrechte bedeuten (...), der den fundamentalsten Anschauungen der schweizerischen Rechtsordnung, nämlich den Anschauungen über die Sicherung wohlverworbener Rechte und ihrer Unverletzlichkeit auch seitens der Staatsgewalt widerspräche.»³²

Wollte man die Leistungsunmöglichkeit bejahen, so liefe dies nach Ansicht des Bundesgerichts auf eine indirekte Anerkennung der ausländischen Massnahme hinaus, was mit dem schweizerischen *ordre public* nicht vereinbar sei.³³

Um die privatrechtlichen Wirkungen der devisarechtlichen Zahlungsverbote Deutschlands ging es auch in einem Entscheid aus dem Jahr 1935. Die Beklagte, eine in Köln domizilierte Handelsgesellschaft, hatte am 15. April 1931 – also noch vor Inkrafttreten der deutschen Devisenvorschriften – bei einer Schweizer Aktiengesellschaft ein Darlehen aufgenommen. Die Darlehensforderung wurde am 30. Dezember 1933 an die Klägerin abgetreten. Als diese die Rückzahlung der Darlehenssumme verlangte, berief sich die Beklagte auf die deutsche Devisengesetzgebung und ersuchte die Klägerin, sich mit der Zahlung auf ein deutsches Sperrkonto einverstanden zu erklären, was diese aber verweigerte. Stattdessen liess die Klägerin ein Guthaben der deutschen Schuldnerin in der Schweiz verarrestieren, leitete die Betreuung ein und erhob anschliessend eine Arrestprosequierungsklage. Das Bundesgericht kam zum Schluss, der Darlehensvertrag unterstehe zwar deutschem Recht, verwarf jedoch den Einwand der Beklagten, die Leistung sei aufgrund der Devisenvorschriften unmöglich geworden, aus Gründen der schweizerischen öffentlichen Ordnung.³⁴ Zwar warf das Gericht die Frage auf, ob die Befriedigung

³¹ § 275 BGB, der durch die am 1. Januar 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsreform (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001) revidiert wurde, lautete in seiner früheren Fassung wie folgt: «(1) Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. (2) Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.» Der auf den gleichen Zeitpunkt hin revidierte § 306 BGB lautete ursprünglich wie folgt: «Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.»

³² BGE 60 II 294, E. 5a.

³³ BGE 60 II 294, E. 5b. Im Übrigen ging das Bundesgericht sowieso davon aus, dass das Zahlungsverbot rein prozessuale Bedeutung habe, weshalb es die Devisenvorschrift nach dem Grundsatz der *lex fori processualis* für unbeachtlich hielt.

³⁴ BGE 61 II 242, E. 3.

der Klägerin auf diesem Wege der Beklagten nach Treu und Glauben zuzumuten sei,

«angesichts der schweren Strafen, mit welchen das deutsche Devisengesetz (...) den Schuldner für nicht [von der deutschen Devisenbewirtschaftungsstelle] genehmigte Zahlungen bedroht.»

Das Gericht begnügte sich jedoch mit dem lapidaren Hinweis, dass die Frage gegenstandslos sei, da die Beklagte ja nicht freiwillig bezahle.³⁵ Dass die Beachtung des deutschen Devisenrechts mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung unvereinbar sei, wurde auch in der Folge bestätigt.³⁶

In einem Entscheid aus dem Jahr 1941 ging es um die zivilrechtliche Bedeutung ungarischer Devisenvorschriften, die am 8. August 1931 erlassen worden waren. Das Bundesgericht hatte eine Arrestprosequierungsklage zu beurteilen, die vom englischen Bankhaus Kleinwort, Sons & Cie gegen die ungarische Beklagte, die Hungarian Discount & Exchange Bank Ltd. mit Sitz in Budapest, gestützt auf einen Garantievertrag erhoben worden war. Die Beklagte hatte den Garantievertrag am 6./21. August 1930 mit einem New Yorker Bankenconsortium geschlossen, um die Verbindlichkeiten einer ungarischen Gesellschaft abzusichern, der am 4. August 1930 ein Wechselkredit gewährt worden war. Als der Kredit nach Ablauf der vertraglichen Frist nicht zurückbezahlt wurde, belangte die Klägerin, der die Forderung aus dem Garantievertrag teilweise abgetreten worden war, die Hungarian Discount & Exchange Bank auf Zahlung. Diese machte geltend, die Verpflichtung könne aufgrund der ungarischen Devisenbestimmungen, welche die Ausfuhr von in- und ausländischem Geld ohne Bewilligung der ungarischen Nationalbank sowie die Ausfuhr von Schecks, Wechseln und sonstigen Zahlungsmitteln verboten, nicht erfüllt werden. Nach Ansicht des Bundesgerichts unterstand die Garantieverpflichtung jedoch dem Recht des Staates New York, welches die Anerkennung ausländischer Devisenvorschriften verweigerte. Es entschied deshalb, dass die Schuld der Beklagten von den ungarischen Bestimmungen nicht berührt werde.³⁷

Ein Jahr später hatte das Bundesgericht erneut die privatrechtlichen Wirkungen der deutschen Devisenvorschriften zu beurteilen. Die Klägerin, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Liechtenstein, verlangte von der deutschen Anleienschuldnerin die Bezahlung der Kapital- und Zinsschulden aus zwei internationalen Obligationenanleihen. Diese lauteten auf amerikanische Golddollars und waren nach Wahl des Obligationeninhabers an verschiedenen ausländischen Plätzen einlösbar, so auch bei der Schweizerischen Kreditanstalt

³⁵ BGE 61 II 242, E. 4.

³⁶ BGE 62 II 108, E. 2a.

³⁷ BGE 67 II 215, E. 2, 3.

in Zürich, bei der die Klägerin ihre Zinscoupons geltend gemacht hatte. Die Beklagte berief sich vergebens darauf, sie habe ihre Schuld durch Einzahlung an die Konversionskasse für deutsche Auslandsschulden richtig erfüllt und dass eine andere Erfüllung aufgrund der deutschen Devisengesetzgebung verboten und deshalb unmöglich sei. Da das auf die Obligationenanleihen anwendbare Recht des Staates New York ausländische Devisenvorschriften aufgrund seines *ordre public* nicht anerkenne, könne sich die Beklagte nicht auf diese Vorschriften berufen. Das Gericht führte aus, der *ordre public* eines fremden Staates sei Bestandteil dessen materiellen Rechts. Wenn das Recht dieses Staates zur Anwendung komme, so gelte dies deshalb auch für die seiner Rechtsanschauung innewohnenden Grundsätze, die um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt seien und darum absolute Geltung beanspruchen würden. Grenze der Berücksichtigung des ausländischen *ordre public* sei lediglich der einheimische *ordre public* des Schweizer Gerichts, der aber ebenso wenig wie das amerikanische Recht die Beachtung ausländischer Devisenvorschriften verlange.³⁸

b) Sittenwidrigkeit

Im *Suleyman*-Fall aus dem Jahr 1950 hatte das Bundesgericht die Gültigkeit eines Garantievertrages zu beurteilen, der im März 1943 im Zusammenhang mit einem simulierten Kreditgeschäft geschlossen worden war. Die Vorinstanz hatte den Garantievertrag als nichtig betrachtet, da er abgeschlossen worden war, um den Austausch rumänischer Lei gegen Schweizer Franken zu ermöglichen, was nach der rumänischen Devisengesetzgebung verboten war. Das Bundesgericht führte aus, der Verstoss gegen rumänische Vorschriften könne bei einem Garantievertrag, der schweizerischem Recht unterstand, entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht widerrechtlich sein i.S.v. Art. 20 OR. Der Vertrag sei aber auch nicht sittenwidrig. Die Verletzung ausländischer Normen verstosse nur dann gegen die guten Sitten i.S.v. Art. 20 OR, wenn die betreffende Norm

«nach allgemeiner Anschauung von derartiger Tragweite [ist], dass die Duldung ihrer Verletzung auch im Inland geeignet wäre, eine dem Gemeinwohl gefährliche Verwirrung und Verwilderung der sittlichen Begriffe hervorzurufen und somit zugleich die öffentliche Ordnung des Inlandes zu verletzen. Es ist also an den Inhalt der Norm und die Auswirkungen ihrer Verletzung ein strenger Massstab anzulegen. Die verletzte ausländische Vorschrift muss dem Schutze von Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft dienen, die nach allgemeiner Anschauung von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung sind, oder es müssen sonstwie Rechtsgüter in Fra-

³⁸ BGE 68 II 203, E. 5.

ge stehen, die nach ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit, an der allein gemessen das betreffende Geschäft im Inland gültig wäre. Diese Anforderungen sind z.B. erfüllt bei staatlichen Erlassen gegen den Rauschgift- und Mädchenhandel. Devisenvorschriften, wie bloss handelspolitische Massnahmen überhaupt, können dagegen regelmässig ihrem Wesen nach nicht zu den Normen von dieser Bedeutung gerechnet werden. Bei ihnen handelt es sich um Eingriffe in das private Eigentum sowie die Verfügungs- und Vertragsfreiheit des Einzelnen für die Zwecke des Staates und seiner Wirtschaft. Sie stellen bloss durch die Zeitumstände für das eigenstaatliche Interesse hervorgerufene Schutzmassnahmen dar. [In casu] bestehen [aufgrund der rumänischen Devisenvorschriften] schwere, bis zur eigentlichen Beschlagnahme der Devisen gehende Eingriffe in wohlerworbene Rechte und in die private Verfügungs- und Vertragsfreiheit. Diesen Eingriffen kommt um ihres wirtschaftspolitischen Schutzzweckes willen in der ethischen Anschauung gegenüber den genannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen kein Übergewicht zu.»³⁹

Mit der privatrechtlichen Wirkung von Devisenvorschriften hatte sich das Bundesgericht auch in der Nachkriegszeit zu befassen. So war in einem Entscheid aus dem Jahr 1954 ein Devisengeschäft zu beurteilen, das bereits bei seinem Abschluss im Juni 1951 gegen die deutsche Devisengesetzgebung versties. Das Geschäft war von der Atlas Transatlantic Trading Co., einer Gesellschaft mit Sitz in Basel, mit der Bank Winterstein in Zürich geschlossen worden. Die Parteien hatten vereinbart, dass die Atlas einem von der Bank zu bezeichnenden Mittelsmann in Frankfurt a.M. 50'000 US-Dollar in kleinen Noten zu übergeben habe und die Bank im Gegenzug einige Stunden später diesen Betrag abzüglich eines Disagios der Atlas in Zürich zur Verfügung stellen werde. Als der Atlas Zweifel über die Vertrauenswürdigkeit des Mittelsmannes (Deckname «Vogel») kamen, wollte sie den Vertrag aufheben, was die Bank aber ablehnte. Im anschliessenden Gerichtsverfahren berief sich die Atlas vergeblich darauf, dass der vom schweizerischen Recht beherrschte Vertrag sittenwidrig sei. Das Bundesgericht hielt fest, dass der Verstoss gegen die deutsche Devisengesetzgebung keinen Verstoss gegen die guten Sitten i.S.v. Art. 20 OR bedeute. Es handle sich weder um einen gewöhnlichen (Waren-)Schmuggel noch um einen Devisenschmuggel, da ja nichts geschmuggelt werden sollte; die Dollars sollten in Deutschland bleiben und lediglich dort die Hand wechseln. Es sei deshalb belanglos, ob und inwieweit Schmuggelgeschäfte als solche nach schweizerischem Recht als nichtig zu betrachten seien.⁴⁰

³⁹ BGE 76 II 33, E. 8; zustimmend GRÄNICHER (Fn. 27), S. 62 f.

⁴⁰ BGE 80 II 49, E. 3. Siehe zu diesem Entscheid die Kritik von FREDERIK ALEXANDER MANN, Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im internationalen Privatrecht, FS Beitzke, Berlin 1979, S. 607, 622; DERS., Eingriffsgesetze und Internationales Privatrecht, FS Wahl, Heidelberg 1973, S. 139, 150.

Vor Inkrafttreten des IPRG musste sich das Bundesgericht, soweit ersichtlich, nur noch einmal mit der zivilrechtlichen Wirkung ausländischer Devisenvorschriften befassen, und zwar in einem Entscheid aus dem Jahr 1969. Nach Beendigung des zweiten Weltkrieges hatte der Kläger, Poljak, von der Schweizerischen Bankgesellschaft die Auszahlung eines Guthabens verlangt, das ihm vom jüdischen Bankdirektor Leo Keppich kurz vor dessen Deportation nach Auschwitz abgetreten worden war. Auf den zwischen Keppich und Poljak abgeschlossenen Kaufvertrag kam ersatzweise schweizerisches Recht zur Anwendung. Die Bank, die das Guthaben bereits an die Erben von Leo Keppich ausbezahlt hatte, machte unter anderem geltend, dass der Kaufvertrag zwischen Poljak und Keppich gegen das damals geltende ungarische Devisenrecht verstossen habe und deshalb sittenwidrig sei. Das Bundesgericht verwies jedoch auf seine bisherige Rechtsprechung, wonach Eingriffe in die Gläubigerrechte durch die ausländische Gesetzgebung aus Schweizer Sicht unzulässig und deshalb unbeachtlich seien. Dies gelte im vorliegenden Fall umso mehr, als die ungarischen Devisenvorschriften ausschliesslich Juden betrafen.⁴¹

c) Kritik in der Lehre und abweichende kantonale Praxis

Die Weigerung des Bundesgerichts, die Verletzung ausländischer Devisenvorschriften als Verstoß gegen die guten Sitten zu betrachten, stiess teils auf heftige Kritik. In einem kantonalen Entscheid aus dem Jahr 1981 wurde die Bundesgerichtspraxis denn auch ausdrücklich verworfen.⁴² Der Fall betraf einen Darlehensvertrag, der italienischem Recht unterstand und der gegen das italienische Devisenausfuhrverbot gemäss *decreto legale* vom 4. März 1976 versties. Das Kantonsgericht Wallis entschied, dass der Vertrag gemäss italienischem Recht widerrechtlich sei und dass diese Haltung – entgegen der Praxis des Bundesgerichts – nicht unter Verweis auf die schweizerische öffentliche Ordnung missachtet werden dürfe. Es verwies dabei unter anderem auf LALIVE, der die bundesgerichtliche Rechtsprechung als «Predigten über die schweizerische Moral» kritisiert hatte. Die Entscheide i.S. *Suleyman* und *Atlas Transatlantic Trading Co.* seien Ausdruck einer Philosophie, die aus heutiger Sicht nicht mehr zu rechtfertigen sei.⁴³ Man könne verstehen

*«que des décisions de ce genre aient été considérés parfois comme de véritables encouragements à la fraude à la loi étrangère.»*⁴⁴

⁴¹ BGE 95 II 109, E. 3c.

⁴² KGer Wallis, ATC (Cour civile I) vom 15.9.1981, ZWR 1982, S. 252 ff.

⁴³ Vgl. auch HEINI (Fn. 24), S. 81.

⁴⁴ LALIVE (Fn. 27), S. 138 m.w.H.

Von einem anderen Verständnis der Sittenwidrigkeit i.S.v. Art. 20 OR ging das Handelsgericht Zürich in einem Entscheid aus dem Jahre 1968 aus, ohne auf die *Suleyman*-Rechtsprechung des Bundesgerichts Bezug zu nehmen.⁴⁵ Zu beurteilen war die Gültigkeit eines Vertrages, der dem Schmuggel von Kaffee diente und gegen italienische Zollvorschriften versties. Vertragsstatut war schweizerisches Recht. Zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit sei, so das Handelsgericht, zunächst darauf abzustellen, ob sich aus der Schweizer Gesetzgebung ein entsprechendes Werturteil ableiten liesse. Sei dies nicht der Fall, so habe sich das Gericht am Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden zu orientieren. Als besonders gewichtige Anhaltspunkte seien die Anschauungen ehrbarer Angehöriger der Branche, der das zu beurteilende Rechtsgeschäft zugehöre, zu berücksichtigen.⁴⁶

Gegen den Entscheid i.S. *Nathan-Institut AG* wurde schliesslich vorgebracht, dass die ausländische Vorschrift – entgegen der Ansicht des Bundesgerichts – unter Umständen *gerade deshalb* berücksichtigt werden müsse, weil sie dem schweizerischen *ordre public* widerspreche:

«Je horrender eine ausländische Gesetzesmassnahme erscheint, desto grösser ist sehr oft der Druck, der auf dem Schuldner lastet, und desto eher sollte der Richter geneigt sein, diese Zwangslage zu berücksichtigen.»⁴⁷

Letzteres gilt im Übrigen auch im Rahmen von Art. 19 IPRG.⁴⁸

B. Nach Inkrafttreten des IPRG

Mit Inkrafttreten des IPRG trat die kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung gemäss Art. 19 IPRG zunehmend in den Vordergrund. Die Schuldstatuttheorie wurde dadurch aber nicht etwa obsolet. Vielmehr finden sich auch heute noch Entscheide, in denen ausländische Eingriffsnormen ausschliesslich im Rahmen der Generalklauseln des materiellen Vertragsrechts berücksichtigt werden.⁴⁹ In anderen Entscheiden wird der Einfluss ausländischer Eingriffs-

⁴⁵ Siehe dagegen HGer SG, 20.6.1956, SJZ 1956, S. 218, 219, zur Beurteilung von ausländischen Ein- und Ausfuhrverboten auf der Grundlage der *Suleyman*-Praxis.

⁴⁶ HGer ZH, 9.5.1968, SJZ 1968, S. 354, 355.

⁴⁷ FRANK VISCHER, Kollisionsrechtliche Parteiautonomie und dirigistische Wirtschaftsgesetzgebung, Festgabe Gerwig, Basel 1960, S. 167, 187 f.

⁴⁸ ZK IPRG-VISCHER/WIDMER LÜCHINGER, Art. 19 N 30.

⁴⁹ Siehe z.B. BGer, 28.3.2001, 4C.172/2000, E. 5; BGer, 16.7.2012, 4A_753/2011, E. 6.5 (nicht wiedergegeben in BGE 138 III 601 ff.).

normen sowohl materiellrechtlich als auch kollisionsrechtlich geprüft, wobei beide Methoden gleichrangig nebeneinander zu stehen scheinen.⁵⁰

Seit Inkrafttreten des IPRG hatte das Bundesgericht insbesondere Gelegenheit, sich zu den Voraussetzungen zu äussern, unter denen ein Verstoss gegen die Normen eines Drittstaates gegen die guten Sitten i.S.v. Art. 20 OR verstösst. Es griff dabei ausdrücklich auf die Umschreibung zurück, die es im *Suleyman*-Entscheid entwickelt hatte:

«Geht es um Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Verstosses gegen ausländisches zwingendes Recht, so wird in Anlehnung an BGE 76 II 33 ff. vorausgesetzt, dass es sich dabei um fundamentale Rechtsvorschriften handelt, deren Verletzung auch nach einheimischer Auffassung klar als sittenwidrig anzusehen ist. Das ist nur dann der Fall, wenn solche ausländischen Normen von dauerhaftem Charakter verletzt werden, die nach allgemeiner Anschauung aller Kulturstaaten von derartiger Tragweite sind, dass die Duldung ihrer Verletzung auch im Inland geeignet wäre, die öffentliche Ordnung zu stören (...).»⁵¹

Gestützt auf die *Suleyman*-Praxis wurde auch die Sittenwidrigkeit eines schweizerischem Recht unterstehenden Vertrags bejaht, der gegen die Resolution des Sicherheitsrates 713 vom 25.9.1991 versties. Die Resolution hatte ein Waffenembargo für das gesamte Gebiet des ehemaligen Jugoslawiens eingeführt. Begründet wurde die Sittenwidrigkeit damit, dass Waffenlieferungen in Gebiete, in denen ein bewaffneter Konflikt herrsche oder auszubrechen drohe, grundsätzlich gegen die «universelle öffentliche Ordnung» versties. Da die Schweiz damals noch nicht Mitglied der UNO und die Resolution deshalb für sie unverbindlich war, lag keine Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 OR vor.⁵²

In einem Entscheid aus dem Jahr 2012 hat das Bundesgericht seine in den Kriegsjahren entwickelte Praxis, wonach die Verletzung von Devisenvorschriften nicht zur Sittenwidrigkeit eines Vertrags i.S.v. Art. 20 OR führen könne, bestätigt. Die Parteien hatten einen Kaufvertrag über eine Spinnerei geschlossen, der dem CISG unterstand. Gleichentags unterzeichnete der Ver-

⁵⁰ So etwa im indischen Goldmünzen-Entscheid, BGE 131 III 418 (*Union de l'Inde c. Crédit Agricole Indosuez [Suisse] SA*); siehe ferner die oben in Fn. 1 erwähnten Entscheide der Genfer Cour de Justice. Zur materiellrechtlichen Berücksichtigung ausländischer Steuerstrafnormen, die u.a. Gegenstand der Genfer Entscheide bildeten, siehe insbesondere SUSAN EMMENEGGER/RAHEL GOOD, Der Einfluss ausländischer (Steuer-)Regulierung auf die Bank/Kunden-Beziehung: Welche Rechte haben Abschleicher?, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Verhaltensregeln, Basel 2015, S. 33 ff.; zur kollisionsrechtlichen Berücksichtigung über Art. 19 IPRG siehe WIDMER LÜCHINGER (Fn. 1), S. 427 ff.

⁵¹ BGER, 28.3.2001, 4C.172/2000, E. 5d; ähnlich BGER, 16.7.2012, 4A_753/2011, E. 6.5 (nicht wiedergegeben in BGE 138 III 601 ff.).

⁵² BGER, 28.3.2001, 4C.172/2000, E. 5 (*Beverly Overseas SA v. Privredna Banka Zagreb*).

waltungsratspräsident der Verkäuferin einen Zusatz, wonach ein Teil des Kaufpreises wieder an die Käuferin zurückzubezahlen sei. Vor Gericht machte die Käuferin geltend, die im Zusatz vorgesehenen Rückzahlungen von CHF 7 Millionen seien zur Anlegung von Devisenreserven in Umgehung von indonesischen Devisenausfuhrbestimmungen erfolgt. Da das CISG die Gültigkeit von Verträgen nicht regelt (Art. 4 CISG), beurteilte das Bundesgericht die Nichtigkeit des Vertrags nach Schweizer Recht, welches subsidiär anwendbar war. Ohne Bezugnahme auf die Kritik an seiner früheren Rechtsprechung hielt es fest, dass Devisenvorschriften ihrem Wesen nach grundsätzlich nicht zu den Normen zu rechnen seien, deren Verletzung die Sittenwidrigkeit i.S.v. Art. 20 OR zu begründen vermöge.⁵³

Nicht thematisiert wurde in diesen Entscheiden, wie sich die *materiellrechtliche* Berücksichtigung ausländischen Rechts zur *kollisionsrechtlichen* Sonderanknüpfung gemäss Art. 19 IPRG verhält. Wie erwähnt ist die Frage vor allem deshalb relevant, weil die Rechtsfolgen sich unterscheiden. Auch die Lehre setzt ohne Weiteres voraus, dass Art. 20 OR neben Art. 19 IPRG eigenständige Bedeutung hat.⁵⁴ Allerdings bleibt unklar, wie genau die beiden Bestimmungen abzugrenzen sind.

IV. Würdigung

Die Verankerung des kollisionsrechtlichen Ansatzes in Art. 19 IPRG bedeutet nicht, dass Verstösse gegen ausländische Eingriffsnormen nicht auch materiellrechtlich, d.h. über die Generalklauseln des Vertragsstatuts (z.B. über Art. 20 OR) berücksichtigt werden können. Zu bedenken ist jedoch, dass die beiden Ansätze unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen können. Deshalb ist es gerade bei der Auslegung von Generalklauseln wie die Sittenwidrigkeit oder Leistungsmöglichkeit wichtig, das Wechselspiel mit Art. 19 IPRG im Auge zu behalten.

Da Art 19 IPRG die Kriterien nennt, die bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen sind, dabei insbesondere die Interessenabwägung in den Vordergrund stellt und dem Gericht Ermessensspielraum gewährt, um den Besonderheiten des Einzelfalls gerecht zu werden, verdient der kollisionsrechtliche Weg im Zweifelsfall den Vorzug. Vergleichbare Kriterien, die dem Gericht als Leitlinie dienen könnten, fehlen in der Regel bei den Generalklauseln des

⁵³ BGer, 16.7.2012, 4A_753/2011, E. 6.6 (nicht wiedergegeben in BGE 138 III 601 ff.).

⁵⁴ Vgl. insbesondere JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY-WERRO, *Le contrat contraire aux bonnes moeurs: étude systématique de la jurisprudence et de la doctrine relatives aux bonnes moeurs en droit suisse des contrats*, Fribourg 1988, Rz. 561 ff.; siehe auch BK-KRAMER, Art. 19 OR N 162.

Vertragsstatuts. Zudem sind diese regelmässig weniger flexibel, was die Rechtsfolgen anbelangt. Insoweit verdient die zurückhaltende Auslegung von Art. 20 und 119 OR, welche die Bundesgerichtspraxis nicht nur vor, sondern auch nach Inkrafttreten des IPRG kennzeichnet, Zustimmung. Begriffe wie jene der Sittenwidrigkeit oder Leistungsunmöglichkeit sollten nicht überdehnt werden, um ausländische Eingriffsnormen berücksichtigen zu können. Der Anwendungsbereich von Art. 20 OR sollte vielmehr auf jene Konstellationen beschränkt werden, in denen die Vertragserfüllung nicht bloss unzumutbar, sondern tatsächlich (und eindeutig) unmöglich ist bzw. gegen die fundamentalen Wertevorstellungen der Schweiz verstösst. Gleiches gilt für die nachträgliche Leistungsunmöglichkeit gemäss Art. 119 OR. Die vor Inkrafttreten des IPRG an der Praxis des Bundesgerichts geäusserte Kritik ist wohl vor allem damit zu erklären, dass der Zwangslage des Schuldners zu jener Zeit nur auf materiellrechtlichem Weg, über die Rechtsbehelfe des Vertragsstatuts, nicht aber kollisionsrechtlich Rechnung getragen werden konnte. Das hat sich mit Art. 19 IPRG geändert.

Die Vollmacht im Erbgang des Vollmachtgebers – zu einer Schnittstelle zwischen Obligationen- und Erbrecht

STEPHAN WOLF*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	975
II.	Der Grundsatz der Unvererblichkeit der Vollmacht und seine Ausnahmen	977
III.	Transmortale Vollmacht (Vollmacht über den Tod hinaus) und postmortale Vollmacht (Vollmacht auf den Todesfall).....	978
	A. Unterscheidung.....	978
	B. Transmortale Vollmacht (Vollmacht über den Tod hinaus).....	979
	C. Postmortale Vollmacht (Vollmacht auf den Todesfall).....	980
IV.	Die transmortale Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers.....	981
	A. Einleitende Bemerkungen.....	981
	B. Ausschluss der vererblichen Vollmacht im Immobiliarsachen- bzw. Grundbuchrecht.....	982
	C. Fortgeltung der Vollmacht mit Subjektswechsel auf Seiten des Vollmachtgebers.....	983
	D. Informationspflicht des Bevollmächtigten gegenüber den Erben.....	986
	E. Handeln im Namen des Erblassers oder der Erben?.....	988
	F. Wahrung der Interessen des Erblassers oder der Erben?.....	989
	G. Widerruf der Vollmacht durch die Erben	990
V.	Schluss	993

I. Einleitung

In seinem reichen, vielfältigen Wirken als Forscher und Lehrer hat sich der Jubilar als einem seiner Kerngebiete besonders auch mit dem Obligationenrecht befasst. Von THOMAS KOLLER hat der Schreibende während nunmehr über zwanzig Jahren – zunächst als Oberassistent und dabei namentlich in gemeinsam mit dem Jubilar durchgeführten Privatrechtlichen Übungen sowie später als jüngerer Kollege in der Berner Fakultät – nicht nur fachlich überaus viel gelernt, sondern bei ihm vor allem auch immer ein offenes Ohr und direkten persönlichen Zugang gefunden. Der vorliegende, THOMAS freund-

schaftlich gewidmete Beitrag verbindet namentlich Fragen des Obligationenrechts und solche des Erbrechts.

Beim Ableben eines Menschen gehen dessen Rechtsverhältnisse grundsätzlich – mithin soweit sie nicht unvererblicher Natur sind, wie das namentlich bei (höchst-)persönlichen Beziehungen der Fall ist – auf dem Wege der *Universalsukzession* und *ipso iure* auf seine Erben über (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB). Das gilt insbesondere auch für obligationenrechtliche Beziehungen, die typischerweise vermögensrechtlicher Natur sind und deshalb regelmässig zur Erbschaft gehören¹.

Gehen die Rechtsverhältnisse auf einen Alleinerben über, so tritt dieser als einzige Person an die Stelle des Erblassers. Besteht – wie es die Regel bildet² – eine Erbenmehrheit, so werden die übergehenden Rechtsverhältnisse demgegenüber gemeinschaftlich und stehen sämtlichen Erben als Erbengemeinschaft zu gesamter Hand zu (Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB)³. Das gilt allgemein und somit auch für obligationenrechtliche Verhältnisse.

Die Regelung der *Vollmacht* findet sich im Obligationenrecht unter der Marginalie «Stellvertretung» (Art. 32-40 OR). Die Vollmacht ermöglicht natürlich auch die Vornahme vermögenswerter Transaktionen durch den Stellvertreter, sie stellt aber nicht eine eigentliche vermögensrechtliche Rechtsbeziehung dar. Vielmehr ist sie Ausdruck eines persönlichen Vertrauensverhältnisses zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem⁴. Aus diesem Grunde bestimmt Art. 35 Abs. 1 OR, dass die Vollmacht unter anderem mit dem Tod des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten erlischt, sofern nicht das Gegenteil bestimmt ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht. Das Gesetz ordnet damit die *grundsätzliche Unvererblichkeit der Vollmacht* an^{5, 6}. Der Fall der Vollmacht über den Tod des Bevollmächtigten hinaus kommt in

* Prof. Dr. iur. STEPHAN WOLF, Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern.

¹ Siehe dazu STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, N 41.

² STEPHAN WOLF, in: Stephan Wolf/Martin Eggel, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern 2014, Art. 602 ZGB N 4; STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/2, Erbrecht, Basel 2015, S. 153; je m.w.H.

³ Die Erbengemeinschaft hat keine Rechtsfähigkeit, sondern gehört zu den Rechtsgemeinschaften in der Gestalt der Gemeinschaft zu gesamter Hand; vgl. näher zur Rechtsnatur der Erbengemeinschaft BK-WOLF (Fn. 2), Art. 602 ZGB N 42 ff.

⁴ Siehe auch CHARLOTTE THALMESSINGER, Beiträge zur Lehre von der Vollmacht, Diss. Zürich 1931, S. 35; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 371.

⁵ Siehe auch FELIX ERB, Die Bankvollmacht, Diss. Freiburg 1974, S. 255.

⁶ Dazu näher II. sogleich.

der Praxis kaum vor und wird im Schrifttum jeweils nur knapp behandelt⁷. Demgegenüber bildet die (auch) nach dem Tod des Vollmachtgebers wirkende Vollmacht durchaus eine praktische Realität und findet in der Lehre grössere Beachtung.

Die Erteilung der Vollmacht stellt ein *einseitiges Rechtsgeschäft* dar, das zwar weder annahmebedürftig noch annahmefähig, aber doch empfangsbedürftig ist⁸. Zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem besteht in der Regel zusätzlich auch ein vertragliches Verhältnis (sog. *Grundverhältnis*), namentlich ein Auftrag⁹ oder ein Arbeitsvertrag. Vollmacht und Grundverhältnis bleiben aber grundsätzlich in ihrem Bestand voneinander unabhängig, d.h. die Vollmacht ist abstrakt¹⁰. Mittels die Vollmacht begleitender Verträge können der Vertretene und der Vertreter ihre Beziehungen rechtlich regeln, mithin im Innenverhältnis Rechte und Pflichten begründen¹¹. Am Berührungspunkt von Vollmacht und vollmachtbegleitendem Vertrag stehen die Weisungen für die Ausübung der Vollmacht; sie gelten in der Regel als inhaltliche Begrenzung der Vollmacht¹².

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Vollmacht im Erbgang des Vollmachtgebers. Dabei ist zunächst der Grundsatz der Unvererblichkeit der Vollmacht darzustellen (II.), anschliessend ist auf die Unterscheidung zwischen transmortaler und postmortaler Vollmacht einzugehen (III.). Es folgen Ausführungen zur transmortalen Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers (IV.) und der Schluss (V.).

II. Der Grundsatz der Unvererblichkeit der Vollmacht und seine Ausnahmen

Die durch Rechtsgeschäft erteilte Vollmacht *erlischt mit dem Tod des Vollmachtgebers*, sofern nicht das Gegenteil bestimmt ist oder aus der Natur des

⁷ ERB (Fn. 5), S. 275; vgl. auch THALMESSINGER (Fn. 4), S. 44; VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 371; ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, 2. Auflage, Bern 2014, Art. 35 OR N 78 f.

⁸ Ausführlicher zur Rechtsnatur der Vollmacht BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 33 OR N 28-30, m.w.H. Vgl. auch VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 354.

⁹ Entsprechend der Regelung von Art. 35 Abs. 1 OR für die Vollmacht erlischt auch der Auftrag mit dem Tod des Auftraggebers oder des Beauftragten, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht (Art. 405 Abs. 1 OR).

¹⁰ Zum Ganzen BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 32 OR N 160; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, S. 615 f.; VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 359.

¹¹ Näher BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 32 OR N 163 f.; BUCHER (Fn. 10), S. 616 ff.

¹² BUCHER (Fn. 10), S. 617 f.; weiter BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 32 OR N 162.

Geschäftes hervorgeht (Art. 35 Abs. 1 OR). Der Tod des Vollmachtgebers bildet demnach einen gesetzlichen Erlöschensgrund¹³ für die Vollmacht. Die Vollmacht ist somit *grundsätzlich unvererblich*¹⁴.

Die Vorschrift des Art. 35 Abs. 1 OR ist allerdings – wie sich bereits aus ihrem Wortlaut ergibt – von *dispositiver Natur*¹⁵. Durch entsprechende Anordnung kann der Erblasser als Vollmachtgeber bestimmen, dass die Vollmacht auch nach seinem Ableben fortbesteht, mithin mit Wirkung für seine Erben. Statt durch eine entsprechende gegenteilige Bestimmung kann sich das Fortbestehen der Vollmacht auch aus der besonderen Natur des Geschäftes ergeben (Art. 35 Abs. 1 OR); zu denken ist etwa an dringliche Akte im Interesse des Vollmachtgebers bzw. seiner Erben wie eine Fristwahrung oder die Beendigung eines begonnenen Geschäftes¹⁶.

III. Transmortale Vollmacht (Vollmacht über den Tod hinaus) und postmortale Vollmacht (Vollmacht auf den Todesfall)

A. Unterscheidung

Innerhalb der Vollmachten ist für den hier interessierenden Zusammenhang des Ablebens des Vertretenen im Einzelnen zu unterscheiden zwischen der transmortalen und der postmortalen Vollmacht. Gleichbedeutend wird auch von der Vollmacht über den Tod hinaus und der Vollmacht auf den Todesfall gesprochen¹⁷.

¹³ Siehe BUCHER (Fn. 10), S. 607 f.

¹⁴ Eine vergleichbare Rechtslage besteht in Österreich gemäss § 1022 ABGB: «In der Regel wird die Vollmacht sowohl durch Tod des Gewaltgebers als des Gewalthabers aufgehoben. Lässt sich aber das angefangene Geschäft ohne offenbaren Nachteil der Erben nicht unterbrechen, oder erstreckt sich die Vollmacht selbst auf den Sterbefall des Gewaltgebers; so hat der Gewalthaber das Recht und die Pflicht, das Geschäft zu vollenden.» Dazu näher PETER BYDLINSKI, in: Helmut Koziol/Peter Bydliniski/Raimund Bollenberger (Hrsg.), Kurzkommmentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB), Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom I- und Rom II-VO, 5. Auflage, Wien 2017, N 1-3 zu § 1022 ABGB.

¹⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 2.

¹⁶ ROLF WATTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 35 OR N 2, m.w.H.

¹⁷ Abweichend von der hier vorgenommenen, im Erbrecht üblichen Unterscheidung – vgl. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 270-272; wie hier auch VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 369 – werden in der schuldrechtlichen Literatur die Vollmacht über den Tod hinaus und die Vollmacht auf den Todesfall regelmässig unter dem Oberbegriff der

B. Transmortale Vollmacht (Vollmacht über den Tod hinaus)

Die transmortale Vollmacht (Vollmacht über den Tod hinaus) ist bereits zu Lebzeiten des Vollmachtgebers wirksam und behält ihre Wirksamkeit auch bei dessen Ableben. Weil ihre Wirkungen schon zu Lebzeiten bestehen, handelt es sich dabei dem Grundsatz nach um ein *Rechtsgeschäft unter Lebenden*¹⁸. Diesbezüglich vorzubehalten bleibt der Fall, in dem der Bevollmächtigte tatsächlich erst nach dem Ableben des Vollmachtgebers auftreten soll, womit eine Verfügung von Todes wegen vorliegt¹⁹ und sich dieselben Fragen zur Zulässigkeit stellen wie für die postmortale Vollmacht²⁰.

Als Rechtsgeschäft unter Lebenden kann die Vollmacht über den Tod hinaus grundsätzlich formfrei ausgestellt werden²¹. Sie allein ist in Art. 35 Abs. 1 OR denn auch angesprochen; mit der Anordnung der Wirkung über den Tod hinaus wird sie zur vererblichen Vollmacht²². Die Vollmacht über den Tod hinaus ist in der Praxis, namentlich im Bankgeschäft als sogenannte T-Vollmacht, weit verbreitet²³.

postmortalen Vollmacht zusammengefasst; so etwa BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 46, m.w.H.; BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 7. Diese nicht differenzierende Begriffsverwendung erschwert die Diskussion und macht jeweils namentlich eine eindeutige Beurteilung schwierig, ob im Einzelfall eine Vollmacht über den Tod hinaus oder eine Vollmacht auf den Todesfall gemeint ist. Siehe zur Terminologie jüngstens auch ANNINA VÖGELI, Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung?, *successio* 2018, S. 31 ff., S. 32.

¹⁸ STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, Basel 2012, S. 168 f.; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 68; BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 8; PETER WEIMAR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, die Verfügungsfreiheit, die Verfügungsarten, die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, N 104 der Einleitung zum 14. Titel; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 271; PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit des successions*, 2^e édition, Bern 2015, N 285g.

¹⁹ STEPHAN WOLF, Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, insbesondere aus der Optik des Erbrechts und der notariellen Praxis, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Vermögensverwaltung und Nachlassplanung*, Berner Bankrechtstag, BBT Band 11, S. 59 ff., S. 86.

²⁰ Vgl. dazu III.C. sogleich.

²¹ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 68.

²² Siehe VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 369.

²³ DIETER ZOBL, Probleme im Spannungsfeld von Bank-, Erb- und Schuldrecht, *AJP* 2001, S. 1007 ff., S. 1008; vgl. auch GENEVIÈVE BRUNNER, *Der Tod des Bankkunden*, Diss. St. Gallen, Zürich 2011, S. 22.

C. Postmortale Vollmacht (Vollmacht auf den Todesfall)

Die postmortale Vollmacht (Vollmacht auf den Todesfall) erlangt dagegen erst auf den Zeitpunkt des Ablebens des Vollmachtgebers Wirksamkeit²⁴. Weil sie zu Lebzeiten des Vollmachtgebers noch gar nicht besteht, kann sie auch nicht vererbt werden; sie ist mithin – anders als die Vollmacht über den Tod hinaus²⁵ – nicht eine vererbliche Vollmacht, sondern sie entsteht überhaupt erst mit dem Erbgang. Damit wird die postmortale Vollmacht vom Wortlaut des Art. 35 Abs. 1 OR gar nicht erfasst²⁶. Die Vollmacht auf den Todesfall stellt folglich ein ausschliesslich auf den Tod des Vollmachtgebers hin wirksames Rechtsgeschäft dar, sie ist deshalb als eine *Verfügung von Todes wegen* zu qualifizieren und hat die für eine solche vorgeschriebenen Formvorschriften zu wahren²⁷. Aber selbst dann, wenn die postmortale Vollmacht formrichtig in einer letztwilligen Verfügung oder einem Erbvertrag²⁸ ausgestellt worden ist, lässt sich ihre Zulässigkeit nicht vorbehaltlos bejahen. Denn die Vollmacht auf den Todesfall *fehlt im numerus clausus erbrechtlicher Anordnungen*. Weiter verstösst eine postmortale Vollmacht gegen den Grundsatz der *Höchstpersönlichkeit von Verfügungen von Todes wegen*, welcher jede Vertretung des Erblassers ausschliesst²⁹. Ausserdem sieht das Erbrecht für entsprechende Aufgaben das eigenständige Institut der *Willensvollstreckung* (Art. 517 f. ZGB) vor. Unter diesen Gesichtspunkten muss sich die Vollmacht auf den Todesfall als unzulässig erweisen^{30, 31}. Wegen der recht-

²⁴ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 272.

²⁵ Dazu III.B. soeben.

²⁶ Zutreffend THALMESSINGER (Fn. 4), S. 55, wonach «eine rein grammatikalische Interpretation» des Art. 35 OR ergebe, «dass das Gesetz nicht eine erst mit dem Tode in Kraft tretende Vollmacht erlauben wollte, denn dieser Artikel handelt vom Erlöschen der Vollmacht, was voraussetzt, dass dieselbe bereits bestanden haben muss.»

²⁷ WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 167 f.; STEINAUER (Fn. 18), N 285h; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 70; BK-WEIMAR (Fn. 18), N 104 der Einleitung zum 14. Titel; HANS RAINER KÜNZLE, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. Auflage, Basel 2015, N 100 der Einleitung. A.M., für die Qualifikation als Rechtsgeschäft unter Lebenden, ERB (Fn. 5), S. 301.

²⁸ Zu beachten ist, dass die postmortale Vollmacht formell zwar in einem Erbvertrag enthalten sein kann, aber nur als einseitige, jederzeit widerrufliche testamentarische Klausel; vgl. THOMAS GEISER, Über den Tod hinaus wirksame Vollmacht und wirksamer Auftrag, in: Giorgio A. Bernasconi/Marco Ambrosini/Luca Guidicelli (Hrsg.), *Temi scelti di diritto ereditario: atti della giornata di studio del 16 ottobre 2000*, Genf/Basel/München 2002, S. 21 ff., S. 35; weiter VÖGELI (Fn. 17), S. 34.

²⁹ STEINAUER (Fn. 18), N 285h, Fn. 29. Zur Höchstpersönlichkeit der Verfügungen von Todes wegen näher WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 280 ff.

³⁰ WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 167 f., m.w.H.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 272; so auch STEINAUER (Fn. 18), N 285h, Fn. 29; kritisch zur Zulässigerklärung durch einen Teil der Lehre weiter namentlich OLIVER OEXL, Praktische Probleme der Vermögensverwaltung und Nachlassplanung aus der Sicht des Bankjuristen, in: Wolfgang

lichen Unwägbarkeiten und auch des im Vergleich mit der transmortalen Vollmacht wesentlich höheren Missbrauchspotenzials ist auf die Verwendung der postmortalen Vollmacht vorzugsweise überhaupt zu verzichten. In der Praxis kommt der postmortalen Vollmacht heute denn auch kaum mehr Bedeutung zu, namentlich wird sie von Banken nicht (mehr) akzeptiert^{32, 33}. Im Folgenden wird deshalb mit Blick auf die Situation nach dem Tod des Vollmachtgebers nicht mehr auf die postmortale Vollmacht eingegangen, sondern einzig auf die transmortale Vollmacht Bezug genommen.

IV. Die transmortale Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers

A. Einleitende Bemerkungen

Nachfolgend sind das Schicksal und die Wirkungen der transmortalen Vollmacht (Vollmacht über den Tod hinaus) nach dem Ableben des Vollmachtgebers zu betrachten. Im Einzelnen zu behandeln sind, nach einem Hinweis auf die Sonderregelung des Grundbuchrechts³⁴, die Fortgeltung der Vollmacht bei Eintritt eines Subjektswechsels auf Seiten des Vollmachtgebers³⁵, die Fragen

Wiegand (Hrsg.), Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, Berner Bankrechtstag, BBT Band 11, S. 13 ff., S. 17. Vgl. ebenso auch schon früh THALMESSINGER (Fn. 4), S. 55 f., wonach «die Errichtung einer erst mit dem Tode des Vollmachtgebers in Kraft tretende Vollmacht stets eine Umgehung der erbrechtlichen Formen darstellt und vom Standpunkte des schweizerischen Rechtes aus unzulässig ist.» Für Zulässigkeit der Vollmacht auf den Todesfall hingegen BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 47; CHARLOTTE-ELISABETH SCHULTZ-MEISTER, Die Vollmacht über den Tod hinaus nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. Basel 1960, S. 178 f.; ERB (Fn. 5), S. 300 f.; je m.w.H.

³¹ In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist soweit ersichtlich die Frage nach der Zulässigkeit der Vollmacht auf den Todesfall noch nie beurteilt worden.

³² Zum Ganzen WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 167 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 272; PraxKomm-KÜNZLE (Fn. 27), N 100 der Einleitung; je m.w.H.; OEXL (Fn. 30), S. 17. Die Bankenpraxis beruht auf Schweizerische Bankiervereinigung, Zirkular Nr. 5159 vom 22. Oktober 1973; vgl. dazu auch VÖGELI (Fn. 17), S. 41, Fn. 41. Siehe zur Bankenpraxis näher BRUNNER (Fn. 23), S. 24, m.w.H.

³³ Eine vergleichbare Entwicklung lässt sich seit dem Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechtes im Jahre 2013 für auf den Fall des Verlusts der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers ausgestellte Vollmachten feststellen. Von Banken werden derartige, von der dispositiven Regel des Art. 35 Abs. 1 OR abweichende Vollmachten zunehmend nicht (mehr) anerkannt; stattdessen wird ein Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff. ZGB) verlangt. Vgl. dazu auch WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 276.

³⁴ IV.B. sogleich.

³⁵ IV.C.

der Informationspflicht³⁶, des Handelns im Namen des Erblassers oder der Erben³⁷ und der Interessenwahrung³⁸ sowie des Widerrufs der Vollmacht durch die Erben³⁹.

B. Ausschluss der vererblichen Vollmacht im Immobiliarsachen- bzw. Grundbuchrecht

Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf die Sonderregelung des Immobiliarsachen- bzw. Grundbuchrechts, wonach sich eine Vollmacht über den Tod hinaus im Grundbuchverkehr als nicht zielführend erweist⁴⁰. Grundbuchliche Verfügungen – wie namentlich Eintragungen – dürfen nämlich in allen Fällen nur auf Grund eines Ausweises über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund vorgenommen werden (Art. 965 Abs. 1 ZGB). Der Ausweis über das Verfügungsrecht liegt dabei im Nachweis, dass der Gesuchsteller die nach Massgabe des Grundbuches verfügungsberechtigte Person ist oder von dieser eine Vollmacht erhalten hat (Art. 965 Abs. 2 ZGB). Mit dem Ableben des Vollmachtgebers erwerben dessen Erben als Universalsukzessoren die Erbschaft unmittelbar als Ganzes (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB). Das Eigentum an Grundstücken des Erblassers wird dabei von den Erben aussergrundbuchlich erworben (Art. 656 Abs. 2 ZGB). Damit aber ist der Bevollmächtigte nach dem Tod des Vollmachtgebers *nicht mehr Inhaber einer Vollmacht der aktuell verfügungsberechtigten Person* und folglich nicht in der Lage, die Grundbuchanmeldung vorzunehmen. Stattdessen ist aufgrund eines Erbenscheins (Art. 559 Abs. 1 ZGB) als Rechtsgrundaussweis zunächst die Eintragung der Erben des Verstorbenen als Eigentümer in das Grundbuch vorzunehmen (vgl. Art. 65 Abs. 1 lit. a GBV), bevor alsdann durch diese – sei es selber oder sei es durch einen von ihnen allen neu Bevollmächtigten – über das Grundstück verfügt werden kann (Art. 656 Abs. 2 ZGB). Art. 37 OR bleibt insoweit nicht anwendbar⁴¹. Im Ergebnis ist somit aufgrund der materiellen Ordnung des Immobiliarsachen- bzw. Grundbuchrechts eine vererbliche Vollmacht i.S.v. Art. 35 Abs. 1 OR im Bereiche des Grundbuchverkehrs von vornherein ausgeschlossen.

³⁶ IV.D.

³⁷ IV.E.

³⁸ IV.F.

³⁹ IV.G.

⁴⁰ BGE 111 II 41 f. Aus dem Schrifttum BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 53; BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 9; a.M. SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 137 ff.

⁴¹ Zum Ganzen BGE 111 II 41 f.

C. Fortgeltung der Vollmacht mit Subjektswechsel auf Seiten des Vollmachtgebers

Die Vollmacht ist – wie bereits dargelegt⁴² – nach Art. 35 Abs. 1 OR grundsätzlich unvererblich, sie kann aber vom Erblasser durch gegenteilige Anordnung vererblich gestellt werden⁴³. In diesem Fall wirkt die (transmortale) Vollmacht nach dem Ableben des Vollmachtgebers auch für und gegen die Erben, und zwar aufgrund der unmittelbar von Gesetzes wegen eintretenden erbrechtlichen Gesamtnachfolge (Universalsukzession, Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB)⁴⁴. Zur Aufrechterhaltung und *Fortgeltung der Vollmacht* ist deshalb auch keine Zustimmung der Erben notwendig⁴⁵. Der Bevollmächtigte über den Tod hinaus wird selbst dann zum Stellvertreter der Erben, wenn diese vom Vertretungsverhältnis keine Kenntnis haben⁴⁶. Die Fortgeltung der i.S.v. Art. 35 Abs. 1 OR vom Vollmachtgeber vererblich gestellten Vollmacht ist somit alleine aufgrund des Prinzips der *Universalsukzession* zu anerkennen⁴⁷, denn Universalsukzession bedeutet, dass die vererblichen Rechtspositionen, so wie sie beim Erblasser vorhanden sind, bei seinen Erben nahtlos und unverändert fortbestehen⁴⁸. Weiter bleibt die vererbliche Vollmacht auch unabhängig davon bestehen, ob ein zugehöriges Grundverhältnis überhaupt vorliegt und wie es gegebenenfalls um dieses bestellt ist⁴⁹. Die transmortale Vollmacht qualifiziert sich mithin als den Tod des Vollmachtgebers überdauernde, unvollendete, nicht vermögensrechtliche Rechtslage, die aufgrund des Prinzips der Gesamtnachfolge übergeht⁵⁰.

Mit dem Ableben des Vollmachtgebers und Erblassers findet ein *Subjektswechsel* hinsichtlich der Rechts- und Pflichtenlage – mithin der Rechtsträgerschaft – an den Gegenständen der Erbschaft statt. An die Stelle des Verstorbenen treten dessen Erben, und zwar nach den in Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB verankerten Grundsätzen der Universalsukzession und des ipso iure-Erwerbs

⁴² I., II. und III.B. hievov.

⁴³ Zum vorzubehaltenden Sonderfall des Grundbuchverkehrs IV.B. soeben.

⁴⁴ Siehe dazu näher SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 68 ff., die sich zu Recht namentlich auch gegen die Begründung der Vererblichkeit aus dem Vertrauen des Erblassers ausspricht.

⁴⁵ ZOBL (Fn. 23), S. 1008. Vgl. auch, m.H. auf Lehre und Rechtsprechung in Deutschland, BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 58, wonach eine Bestätigung der Vollmacht seitens der Erben nicht erforderlich ist.

⁴⁶ ERB (Fn. 5), S. 278. Zur Informationspflicht des Bevollmächtigten über das Bestehen der Vollmacht gegenüber den Erben IV.D. hienach.

⁴⁷ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 77 f. A.M. BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 46, wonach mit der Universalsukzession nach Art. 560 ZGB keine Vollmachten übertragen werden.

⁴⁸ WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 24 f., und SPR IV/2 (Fn. 2), S. 66; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 28.

⁴⁹ THALMESSINGER (Fn. 4), S. 44.

⁵⁰ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 77 f. und 116 f.

der Erbschaft⁵¹. Für die Vollmacht über den Tod hinaus bedeutet das, dass der Bevollmächtigte zu Lebzeiten des Vollmachtgebers diesen berechtigt und verpflichtet. Nach dem Ableben kann dagegen der Verstorbene als nicht mehr existierendes Rechtssubjekt (vgl. Art. 31 Abs. 1 ZGB) nicht mehr vertreten werden, sondern es werden *ausschliesslich und unmittelbar die Erben* als (Gesamt-)Rechtsnachfolger des Vollmachtgebers durch die Handlungen des Bevollmächtigten *berechtigt und verpflichtet*⁵². Die Vertretungsmacht über den Tod hinaus wirkt nicht mehr für den Vollmachtgeber, sondern für dessen Erben, auf welche die Erbschaft übergegangen ist und deren Stellung durch das Handeln des Bevollmächtigten nunmehr betroffen wird⁵³. Ab dem Erbfall sind die Erben deshalb auch zuständig für die Erteilung oder Änderung von Weisungen an den Bevollmächtigten und auch zum Widerruf der Vollmacht⁵⁴. Der über den Tod hinaus Bevollmächtigte seinerseits erlangt keinerlei materielle Berechtigung an der Erbschaft – diese steht den Erben zu –, er

⁵¹ Dazu bereits I. hievov und näher WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 26 ff.

⁵² Anders aber BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 49: «Der procurator post mortem verpflichtet und berechtigt nicht (direkt) die Erben, sondern (nach wie vor) den Erblasser. Die Erben werden wegen der Universalsukzession allerdings mittelbar betroffen.» Im Sinne der Vertretung einer nicht mehr existierenden Person für den Fall der Prozessvollmacht auch BGE 50 II 30: «Überdauert somit die Prozessvollmacht gegebenenfalls die Auflösung der Handelsgesellschaft (bezw. den Tod der physischen Person), welche sie erteilt hat, so kann der Bevollmächtigte aus ihr doch nicht die Befugnis herleiten, den Prozess im Namen des Rechtsnachfolgers (Geschäftsübernehmers, Erben) fortzuführen, der ihm ja keinerlei Vollmacht erteilt hat. Vielmehr vermag der Bevollmächtigte auf Grund jener Vollmacht den Prozess nur im Namen der bisherigen Partei fortzusetzen, mag diese auch nicht mehr existieren, mit der Massgabe freilich, dass das auf deren Namen gefällte Urteil gegenüber dem Rechtsnachfolger wirksam ist.» Die «Berechtigung und Verpflichtung des Erblassers» ist auch nicht einmal eine «gedankliche Zwischenstation» – so BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 46 –, weil der Erblasser als verstorbene Person gar nicht mehr vertreten werden kann. Der durch die vorerwähnten Auffassungen letztlich zum Ausdruck gebrachten Ansicht einer «Totenvertretung» lässt sich nicht folgen, denn nach dem Ableben existiert der Erblasser nicht mehr als Rechtssubjekt (Art. 31 Abs. 1 ZGB) und kann natürlich nicht mehr verpflichtet und berechtigt werden. Richtigerweise sind vom Handeln des Bevollmächtigten über den Tod hinaus ausschliesslich die Erben betroffen, und zwar in Folge der Universalsukzession und des Vonselbsterwerbs der Erbschaft (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB) unmittelbar. Gegen eine «Totenvertretung» unter Hinweis auf Art. 31 ZGB auch EMIL MÜLLER, Vererbliche Vollmacht, SJZ 43/1947, S. 317 ff., S. 318; ERB (Fn. 5), S. 278, Fn. 1, und S. 67, Fn. 2; VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 370 f.; näher SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 118 f., welche die «Totenvertretung» neben der grundsätzlichen Überlegung der fehlenden Rechtsfähigkeit weiter auch deshalb ablehnt, weil sie «die Erben in eine zu grosse Abhängigkeit vom Willen des Erblassers bringen» würde und «zu einer Ausschaltung des Widerruflichkeitsprinzips durch die Erben» führen müsste. Gegen BGE 50 II 30 aus der Praxis ZR 97/1998, Nr. 24, S. 70 ff., S. 73 f.

⁵³ BUCHER (Fn. 10), S. 608.

⁵⁴ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 219.

kann aber über die Erbschaftsobjekte als Inhaber und im Umfang der Vollmacht verfügen⁵⁵.

Falls *mehrere Erben* vorhanden sind – wie es dem Regelfall entspricht –, beerben sie alle den Vollmachtgeber als Erblasser und die Vollmacht wird nunmehr zur *gemeinsamen Vollmacht*⁵⁶. Der Bevollmächtigte vertritt somit mehrere Miterben, die ihrerseits als Erbengemeinschaft zu gesamter Hand miteinander verbunden sind (Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB). Anstelle des ursprünglichen Vollmachtgebers sind insofern nun auf der Vollmachtgeberseite mehrere Personen am Vollmachtsverhältnis beteiligt.

Die Stellung des mit einer transmortalen Vollmacht versehenen Bevollmächtigten als solche bleibt somit beim Tod des Vollmachtgebers zunächst grundsätzlich⁵⁷ unverändert bestehen. Die Vollmacht behält ihre Wirkung. Allerdings *vertritt der Bevollmächtigte nunmehr andere Personen*, die gegebenenfalls auch andere Interessen haben als der ursprüngliche Vollmachtgeber. Handelte der Bevollmächtigte bisher mit Wirkung für und gegen den Vollmachtgeber und Erblasser, so handelt er nunmehr nach dessen Ableben mit Wirkung für und gegen seine Erben⁵⁸. Das ergibt sich als Folge des eben bereits dargestellten, mit dem Ableben des Erblassers aufgrund von Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB unmittelbar eingetretenen Subjektswechsels. Die Erben ihrerseits werden somit durch einen Bevollmächtigten vertreten, dem sie selber nicht Vollmacht erteilt haben. Während in der Regel Vollmachtgeber und Vertretener identisch sind, ist das hier ausnahmsweise nicht der Fall: Vollmachtgeber ist der Erblasser, Vertretene sind nach dessen Ableben die Erben⁵⁹. Diese Konstellation wirft mehrere Fragen auf. So fragt sich zunächst, ob der über den Tod hinaus Bevollmächtigte die Erben über das Bestehen der Vollmacht zu orientieren habe⁶⁰, und weiter, ob er nunmehr im Namen des Erblassers oder der Erben zu handeln⁶¹ und ob er die Interessen des Erblassers oder diejenigen der Erben zu wahren habe⁶². Ebenso stellt sich die zentrale Frage, wie die Erben die nicht von ihnen erteilte, aber direkt für und gegen sie wirkende Vollmacht widerrufen können⁶³.

⁵⁵ Vgl. ERB (Fn. 5), S. 277.

⁵⁶ Siehe allgemein zur gemeinsamen Vollmacht von TUHR/PETER (Fn. 4), S. 367; weiter BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 33 OR N 77.

⁵⁷ Zu Vorbehalten sogleich im Text, m.w.H.

⁵⁸ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 21.

⁵⁹ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 60.

⁶⁰ Dazu IV.D. sogleich.

⁶¹ IV.E.

⁶² IV.F.

⁶³ IV.G.

D. Informationspflicht des Bevollmächtigten gegenüber den Erben

Wenn die Erben Kenntnis haben vom Bestehen der vom Erblasser über seinen Tod hinaus erteilten Vollmacht, ergeben sich grundsätzlich keine besonderen Schwierigkeiten im Verhältnis zwischen den an der Vollmacht beteiligten Personen. Die Erben können dem ihnen bekannten Bevollmächtigten Instruktionen betreffend die Vollmachtausübung erteilen und letztlich kann jeder einzelne Erbe die erteilte Vollmacht auch widerrufen^{64, 65}. Demgegenüber ergeben sich dann praktische Probleme für die Weisungserteilung an den Bevollmächtigten oder die Ausübung des Widerrufsrechts seitens der Erben, wenn diesen die vom Erblasser zu dessen Lebzeiten erteilte Vollmacht gar nicht bekannt ist. In einem solchen Falle der Unkenntnis der Erben besteht insbesondere die Gefahr, dass die Vollmacht zu ihrem Nachteil verwendet wird⁶⁶.

Falls die Erben keine Kenntnis vom Bestehen der transmortalen Vollmacht haben und der Bevollmächtigte seinerseits um das Ableben des Erblassers weiss, hat er zunächst die Vollmacht im Interesse der Erben als den vom Geschäft nunmehr Betroffenen auszuüben^{67, 68}.

Der Bevollmächtigte, der vom Tod seines Vollmachtgebers Kenntnis erhält, wird darüber hinaus *die Erben über das Bestehen der Vollmacht so bald als möglich orientieren* müssen⁶⁹. Die Orientierungspflicht ergibt sich regelmässig aus dem die Vollmacht *begleitenden Vertragsverhältnis*, für den häufig vorliegenden Auftrag insbesondere aus Art. 400 Abs. 1 OR⁷⁰ sowie auch aus der Art. 35 Abs. 1 OR entsprechenden Regelung des Art. 405 Abs. 1 OR⁷¹.

⁶⁴ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 57.

⁶⁵ Zum Widerrufsrecht näher IV.G. hienach.

⁶⁶ ERB (Fn. 5), S. 290; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 58, m.H. auch auf BGE 96 II 152.

⁶⁷ Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 59 f.

⁶⁸ Näher zur Frage, wessen Interessen der über den Tod hinaus Bevollmächtigte nach dem Ableben des Vollmachtgebers wahrzunehmen hat, IV.F. hienach.

⁶⁹ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 214 ff.; ERB (Fn. 5), S. 278 f.; BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 11. A.M. BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 62, wonach eine derartige Pflicht nach schweizerischem Recht nicht bestehe.

⁷⁰ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 214 f.

⁷¹ Gemäss WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992, Art. 405 OR N 78, darf der über den Tod des Auftraggebers hinaus Beauftragte die ihm aufgetragenen Geschäfte «nicht hinter dem Rücken der Erben tätigen» (im Original teilweise in Fettschrift), sondern muss vielmehr die Erben über das Bestehen des Auftrages in Kenntnis setzen und eine angemessene Frist abwarten, ob sie den Auftrag widerrufen.

Aber auch bei Fehlen eines Grundverhältnisses für die Vollmacht trifft den Vertreter eine aus der subsidiären Ordnung der *Geschäftsführung ohne Auftrag* (Art. 419 ff. OR) abzuleitende Benachrichtigungspflicht⁷². Dass der Bevollmächtigte die Erben über das Bestehen der Vollmacht zu orientieren hat, ergibt sich nach hier vertretener Ansicht schliesslich bereits aus der Tatsache, dass die Erben die neuen Rechtsträger der Erbschaft sind; und dass die unwisenden Vertretenen vom Vertreter über die Existenz der Vollmacht in Kenntnis zu setzen sind, folgt letztlich aus dem *Gebot des Handelns nach Treu und Glauben* (Art. 2 Abs. 1 ZGB).

Erst die Benachrichtigung durch den Bevollmächtigten ermöglicht es den Erben als den nunmehr aufgrund der Vollmacht über den Tod hinaus von den Handlungen des Vertreters betroffenen Personen, ihr Weisungsrecht auszuüben oder die Vollmacht zu widerrufen. Bei Nicht- oder Schlechterfüllung seiner Benachrichtigungspflicht verletzt somit der Bevollmächtigte seine Pflichten, was ihn gegebenenfalls *schadenersatzpflichtig* macht. Denn weil der Bevollmächtigte in fremdem Interesse handelt, weiss er bzw. muss er wissen, dass er nach dem Willen des Vollmachtgebers zu handeln hat⁷³. Zwischen Weisungsrecht und Benachrichtigungspflicht besteht im Rahmen der Vollmacht ein innerer Zusammenhang⁷⁴. Aus der Informationspflicht des Bevollmächtigten folgt zudem, dass er grundsätzlich – unter Vorbehalt dringender Handlungen, die im offensichtlichen Interesse der Vertretenen stehen⁷⁵ – bis zur Entscheidung der Erben mit der Vornahme rechtsgeschäftlicher oder sonstiger Akte zuzuwarten hat⁷⁶. Einschränkend ist festzuhalten, dass der Bevollmächtigte durch das Tätigwerden unter nunmehr nach dem Tod des ursprünglichen Vollmachtgebers veränderten Umständen nicht stärker belastet werden darf, was ihn aber nicht von der Pflicht zur Benachrichtigung befreit⁷⁷.

Die Informationspflicht kann auch keinesfalls deswegen als problematisch bezeichnet werden, weil der Bevollmächtigte nicht wissen muss, welche Personen die Erben sind und ob diese die Erbschaft nicht ausschlagen⁷⁸. Im Gegenteil: Wer sich eine Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus erteilen lässt und gestützt darauf stellvertretend Handlungen vornimmt, muss sich des beim Ableben eintretenden Subjektswechsels⁷⁹ und der daraus sich für die Bevollmächtigung ergebenden Konsequenzen gerade bewusst sein;

⁷² SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 217. Zum Ganzen auch ERB (Fn. 5), S. 278 f.

⁷³ Zu alledem SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 215.

⁷⁴ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 217.

⁷⁵ Vgl. BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 2.

⁷⁶ ERB (Fn. 5), S. 279. Siehe auch SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 217 und 220.

⁷⁷ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 216.

⁷⁸ So aber BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 62.

⁷⁹ Dazu IV.C. hievor.

will er diese nicht beachten müssen, so hat er auf die Vollmacht zu verzichten oder jedenfalls von der Ausübung der Vollmacht über den Tod hinaus abzu- sehen. Hat der Bevollmächtigte nach dem Tod des Vollmachtgebers etwa dringende Massnahmen vorzunehmen und weiss er nicht, wer die Erben sind, so wird er sich wie ein Treuhänder verhalten⁸⁰ und sich mithin auf die nötigsten Vorkehren zum Erhalt der Erbschaft beschränken. Zudem wird sich der vom Erblasser Bevollmächtigte bei unbekanntem Erben vorzugsweise an *die für die Abwicklung des Erbanges zuständige Behörde (Sicherungsbehörde)* am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 538 Abs. 1 ZGB) wenden und diese Stelle auf seine transmortale Vollmacht hinweisen. Ein unbesehenes, uneingeschränktes Handeln ohne Rücksicht auf die Erben als nunmehrige Rechts- träger der Erbschaftsgegenstände und ohne Kontaktaufnahme mit der Erbgangs- behörde droht nicht zuletzt auch die im Erbrecht letztlich zum Schutz der wahren Erben besonders vorgesehenen Sicherungsmassregeln (Art. 551 ff. ZGB)⁸¹ zu unterlaufen. Zudem steht es von vornherein im Widerspruch dazu, dass die Ausübung der Vollmacht in der Regel allgemein den Interessen des Vertreten- en zu dienen hat⁸², der Stellvertreter sich somit nach dem Ableben des Vollmachtgebers nunmehr an die Interessen der Erben zu halten hat⁸³.

Der sorgfältig vorgehende Bevollmächtigte wird über die Benachrichtigung der Rechtsnachfolger des verstorbenen Vollmachtgebers hinaus seine Rechts- stellung auf eine gesicherte Basis legen und deshalb im Falle von Zweifeln möglichst bald versuchen, von den Erben eine *Bestätigung oder Erneuerung seiner Vollmacht* zu erhalten⁸⁴.

E. Handeln im Namen des Erblassers oder der Erben?

Nach dem Bundesgericht hat der Bevollmächtigte auch nach dem Ableben des Vollmachtgebers in dessen Namen zu handeln und nicht in demjenigen seiner Erben als Rechtsnachfolger⁸⁵. Das Gericht begründet seine Auffassung damit, die Erben hätten dem Bevollmächtigten «ja keinerlei Vollmacht erteilt», so dass er «den Prozess nur im Namen der bisherigen Partei fortzusetzen» vermöge, «mag auch diese nicht mehr existieren»⁸⁶. Nicht mehr existierende Rechtssub-

⁸⁰ So SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 220.

⁸¹ Zum Zweck der Sicherungsmassregeln WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 1303.

⁸² BUCHER (Fn. 10), S. 596.

⁸³ Vgl. denn auch BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 65, wonach eine postmortale Vollmacht nicht ohne deren Zustimmung wirksam gegen die – vermutlichen – Interessen der Erben verwendet werden kann. Zur Wahrung der Interessen näher IV.F. hienach.

⁸⁴ So für den Zweifelsfall, ob die Vollmacht weiter besteht, BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 2, m.H. auf BGE 110 V 391.

⁸⁵ So für den Fall einer Prozessvollmacht BGE 50 II 30.

⁸⁶ BGE 50 II 30.

jekte können aber nicht mehr vertreten werden⁸⁷. Das Bundesgericht selber räumt denn auch ein, die Wirkungen würden den Rechtsnachfolger treffen⁸⁸. Dem durch den Tod des Vollmachtgebers aufgrund der Universalsukzession ipso iure (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB) eingetretenen Subjektswechsel ist Rechnung zu tragen. Der über den Tod hinaus Bevollmächtigte, dem das Ableben des Vollmachtgebers bekannt ist, hat mithin konsequenterweise ausschliesslich *im Namen der Erben* als Rechtsnachfolger zu handeln⁸⁹.

F. Wahrung der Interessen des Erblassers oder der Erben?

Mit dem Ableben des ursprünglichen Vollmachtgebers werden dessen Erben als Universalsukzessoren zu den durch den Bevollmächtigten vertretenen Personen. Damit fragt sich, ob der Bevollmächtigte weiterhin die Interessen des Erblassers oder nun vielmehr diejenigen der Erben zu vertreten hat, wenn sie sich widersprechen⁹⁰. Die Frage wird im Schrifttum uneinheitlich beantwortet.

Anders als die Willensvollstreckung (Art. 517 f. ZGB) dient die Vollmacht über den Tod hinaus nicht dazu, den (letzten) Willen des Vollmachtgebers umzusetzen⁹¹. Das Handeln des Bevollmächtigten nach dem Ableben des Vollmachtgebers trifft ausschliesslich die Erben als seine Rechtsnachfolger⁹². Die *Interessen der Erben haben* deshalb stets *Vorrang*⁹³. Verbindliche Anordnungen für die Zeit nach seinem Tod hat der Erblasser nicht in einer transmortalen Vollmacht, sondern in einer Verfügung von Todes wegen zu treffen, wobei er die dafür bestehenden formellen und materiellen Schranken des Erbrechts – namentlich aus dem Pflichtteilsrecht (Art. 470 ff. ZGB) – zu beachten hat⁹⁴.

⁸⁷ Vgl. zum Subjektswechsel und zur Ablehnung der «Totenvertretung» auch schon hievior IV.C., Fn. 52.

⁸⁸ BGE 50 II 30.

⁸⁹ In diesem Sinne und ausführlich zu BGE 50 II 27 ff. SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 122 ff. Siehe auch BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 45, wo allerdings alternativ sowohl ein Handeln im Namen des nicht mehr existierenden Vollmachtgebers als auch im Namen der Rechtsnachfolger als zulässig erachtet wird.

⁹⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 60.

⁹¹ Ebenso BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 60, m.w.H.

⁹² Dazu näher IV.C. hievior.

⁹³ Zutreffend BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 60; OEXL (Fn. 30), S. 15 f., wonach die Bank ab dem Zeitpunkt des Todes des Kontoinhabers «die Interessen der Erben – ihrer neuen Kundschaft – zu wahren hat», m.H. auf BGE 4C.234/1999 vom 12. Januar 2000; jedenfalls sinngemäss so auch ERB (Fn. 5), S. 278. A.M. BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 10, wonach eine primäre Interessenbindung gegenüber dem Verstorbenen bestehe.

⁹⁴ Ebenso auch BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 60.

G. Widerruf der Vollmacht durch die Erben

Die rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht kann vom Vollmachtgeber jederzeit widerrufen werden (Art. 34 Abs. 1 OR). Ein vom Vollmachtgeber zum voraus erklärter Verzicht auf dieses Recht ist ungültig (Art. 34 Abs. 2 OR). Dieses zwingende Widerrufsrecht geht beim Tod des Vollmachtgebers auf dessen alleinigen oder dessen mehrere Erben über^{95, 96}. Ist nur ein *Alleinerbe* vorhanden, so kann er selbstverständlich allein die vom Erblasser erteilte Vollmacht grundsätzlich jederzeit widerrufen. Sind *mehrere Erben* vorhanden, so fragt sich, ob jeder Erbe allein die gemeinsame Vollmacht⁹⁷ widerrufen kann oder ob es dazu des gemeinsamen und mithin einstimmigen Widerrufs durch alle Miterben i.S.v. Art. 602 ZGB bedarf. Nach dem Bundesgericht soll für den Widerruf eines Auftrages bzw. der Vollmacht – sei sie vom Erblasser oder von den Erben erteilt worden – Einstimmigkeit aller Miterben notwendig sein⁹⁸. Ebenso wurde teilweise im früheren Schrifttum aus dem Umstand, dass die Erben nur gesamthänderisch handeln können (Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB), abgeleitet, der Widerruf einer Vollmacht oder eines Auftrages müsse von allen Erben gemeinsam erfolgen⁹⁹. Diese Ansicht beruht – wie hier sogleich darzulegen ist – auf einem nicht zutreffenden Verständnis der Erben-gemeinschaft als Gesamthandschaft, weshalb ihr nicht gefolgt werden kann.

Sind mehrere Vollmachtgeber bzw. Vertretene vorhanden, so richtet sich der Widerruf allgemein nach den einschlägigen Regeln der betreffenden Gemeinschaft¹⁰⁰. Im Falle der vorliegend interessierenden Erbenmehrheit *steht das Widerrufsrecht jedem Miterben allein und individuell zu*, es braucht mithin keinen gemeinsamen Widerruf durch sämtliche Erben¹⁰¹. Das ergibt sich ein-

⁹⁵ WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 168 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 271. Siehe zur Möglichkeit der Erben, dem Bevollmächtigten die Machtbefugnis durch Widerruf der Vollmacht zu entziehen, auch bereits SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 120.

⁹⁶ Faktisch ist Voraussetzung für die Ausübung des Widerrufsrechts durch die Erben, dass sie vom Bestehen der Vollmacht über den Tod hinaus überhaupt Kenntnis haben. Auch aus diesem Grunde ist eine Benachrichtigungspflicht seitens des Bevollmächtigten bedeutsam und zu bejahen; dazu IV.D. hievov.

⁹⁷ Dazu IV.C. hievov, bei Fn. 56.

⁹⁸ BGE 101 II 120; 94 II 318 f. Vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch PraxKomm-WEIBEL (Fn. 27), Art. 602 ZGB N 33.

⁹⁹ So ALFRED BÖCKLI, Die vererbliche Vollmacht, SJZ 19/1922, S. 145 ff., S. 146; MÜLLER (Fn. 52), S. 319; ebenso auch ARNOLD ESCHER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1960, Art. 602 ZGB N 70, allerdings im Gegensatz zu Art. 602 ZGB N 25.

¹⁰⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 34 OR N 32.

¹⁰¹ WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 169; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 271; PraxKomm-KÜNZLE (Fn. 27), N 101 der Einleitung; THOMAS WEIBEL, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassab-

mal daraus, dass die mehreren Erben mit dem Ableben des Erblassers nunmehr gemeinsam die Position des Vollmachtgebers einnehmen; die Erteilung einer neuen Vollmacht durch die Erben als Gesamthänder muss von sämtlichen Erben ausgehen (Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB)¹⁰². Das in Art. 602 ZGB verankerte Gesamthandsprinzip verlangt zur Begründung von Rechtswirkungen für und gegen den Nachlass grundsätzlich Einstimmigkeit der Erben; damit bedarf die Aufrechterhaltung einer Vollmacht nach dem Ableben des Vollmachtgebers des – jedenfalls stillschweigenden – Einverständnisses aller Erben¹⁰³. Gegen den Willen auch nur eines Erben kann kein Rechtsgeschäft für die Erbengemeinschaft wirksam werden¹⁰⁴. Auf der Passivseite, d.h. hinsichtlich der Haftung für Schulden, wird das Gesamthandsprinzip im schweizerischen Recht typischerweise (auch) mit einer Solidarhaftung der Gesamthänder verbunden. So greift auch für die Miterben eine Solidarhaftung (Art. 603 Abs. 1 ZGB)¹⁰⁵. Weil durch Handlungen des Bevollmächtigten nach dem Ableben des Vollmachtgebers jeder einzelne Miterbe nicht nur anteilmässig berechtigt (vgl. Art. 602 Abs. 2 ZGB), sondern vor allem auch solidarisch verpflichtet (Art. 603 Abs. 1 ZGB) wird, bringt der Widerruf selbst nur seitens eines einzigen Erben die Vollmacht zum Erlöschen¹⁰⁶.

Die Erbengemeinschaft ist nicht eine juristische Person, sondern eine Gemeinschaft zur gesamten Hand¹⁰⁷, so dass ihre rechtsgeschäftliche Vertretung nicht auf einer einheitlichen Vollmacht beruht, sondern vielmehr – dem Gesamthandsverhältnis entsprechend – auf einer Bevollmächtigung durch jeden

wicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. Auflage, Basel 2015, Art. 602 ZGB N 33; PETER TUOR/VITO PICENONI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB, 2. Auflage, Bern 1966, Art. 602 ZGB N 22 f.; BK-WOLF (Fn. 2), Art. 602 ZGB N 80; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 73; BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 11; EUGEN BUCHER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. Auflage, Bern 2017, Art. 11 ZGB N 49; ZOBL (Fn. 23), S. 1008; GEISER (Fn. 28), S. 36; VÖGELI (Fn. 17), S. 37; ebenso auch bereits SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 142 ff. Aus der Praxis: ZR 97/1998, Nr. 19, S. 57 ff.; ZR 97/1998, Nr. 24, S. 70 ff.

¹⁰² BUCHER (Fn. 10), S. 608, Fn. 38; vgl. auch BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (Fn. 101), Art. 11 ZGB N 49. Ebenso allgemein für die gemeinsame Vollmacht von Gesamthändern gestützt auf Art. 653 ZGB, HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Bern 1945, Art. 34 OR N 7.

¹⁰³ WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 169, Fn. 628.

¹⁰⁴ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 73. Siehe auch GEISER (Fn. 28), S. 36; VÖGELI (Fn. 17), S. 37.

¹⁰⁵ Näher zu alledem BK-WOLF (Fn. 2), Art. 603 ZGB N 6.

¹⁰⁶ Vgl. auch BUCHER (Fn. 10), S. 608, Fn. 38; BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (Fn. 101), Art. 11 ZGB N 49.

¹⁰⁷ Zur Rechtsnatur der Erbengemeinschaft näher BK-WOLF (Fn. 2), Art. 602 ZGB N 42 ff.

einzelnen Miterben. Widerruft ein einziger Miterbe die Vollmacht, so kann die Vertretung für sämtliche Erben nicht mehr stattfinden. Ein Handeln, das nicht mehr durch die Vollmacht jedes einzelnen Miterben abgedeckt wird, kann nicht im Namen der Erbengemeinschaft – genauer aller Miterben – vorgenommen werden, sondern nur noch für diejenigen Miterben, welche die Vollmacht nicht widerrufen haben¹⁰⁸. Das Recht zum Widerruf einer Vollmacht gehört mithin zu den individuellen Erbenrechten und nicht zum seinerseits dem Gesamthandsprinzip unterworfenen Nachlass als solchem¹⁰⁹.

Zu präzisieren ist, dass die vom Erblasser erteilte Vollmacht von jedem einzelnen Miterben widerrufen werden kann mit Wirkung für seine Person¹¹⁰. Für die anderen, die Vollmacht ihrerseits nicht widerrufenden Erben als solche bleibt die Vollmacht an sich bestehen. Für die Gesamtheit der Erben als Erbengemeinschaft und damit mit Wirkung für und gegen die Erbschaft kann der Bevollmächtigte dagegen in dieser Konstellation nicht mehr handeln¹¹¹. Einer solcherweise nicht mehr alle Erben abdeckenden Vollmacht wird freilich praktisch kaum wirklich Bedeutung zukommen.

In aller Regel wird ein Miterbe die Vollmacht mit Wirkung individuell für sich allein widerrufen. Möglich ist allerdings ebenfalls, dass ein Erbe allein in einem dringlichen Fall die Vollmacht mit Wirkung auch für sämtliche seine Miterben entziehen kann¹¹².

Neben den Erben können auch der *Willensvollstrecker* (Art. 517 f. ZGB)¹¹³, der *Erbenvertreter* (Art. 602 Abs. 3 ZGB)¹¹⁴ und der *Erbschaftsverwalter* (Art. 554 ZGB) die vom Erblasser erteilte rechtsgeschäftliche Vollmacht widerrufen¹¹⁵.

¹⁰⁸ BK-WOLF (Fn. 2), Art. 602 ZGB N 80.

¹⁰⁹ Siehe ZK-ESCHER (Fn. 99), Art. 602 ZGB N 25.

¹¹⁰ VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 367; ANDREAS VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Band II/2, Leipzig 1918, S. 404.

¹¹¹ Siehe auch BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 73.

¹¹² SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 146. Vgl. allgemein zur im Falle der Dringlichkeit anerkannten Möglichkeit des Handelns jedes Miterben für die Gesamtheit der Erben BK-WOLF (Fn. 2), Art. 602 ZGB N 91 ff.

¹¹³ Zum Widerrufsrecht des Willensvollstreckers HANS RAINER KÜNZLE, *Berner Kommentar zum schweizerischen Erbrecht*, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügungen von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstrecker, Art. 517-518, Bern 2011, Art. 517-518 ZGB N 209.

¹¹⁴ Die behördliche Ernennung eines Erbenvertreters gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB ihrerseits wird durch eine bestehende Vollmacht nicht ausgeschlossen; sie ist namentlich dann angezeigt, wenn die Interessen der Erbschaft durch den rechtsgeschäftlichen Vertreter nicht als genügend gewahrt erscheinen. Dazu BK-WOLF (Fn. 2), Art. 602 ZGB N 142.

¹¹⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 72.

V. Schluss

Von der Verwendung der Vollmacht auf den Todesfall (postmortale Vollmacht) ist im schweizerischen Recht infolge ihrer zweifelhaften Zulässigkeit abzusehen. Die Vollmacht über den Tod hinaus (transmortale Vollmacht) vermag kurzfristig ein Handeln nach dem Ableben des Erblassers und Vollmachtgebers sicherzustellen¹¹⁶, ist aber doch mit zahlreichen Unwägbarkeiten verbunden. Mit dem Erbgang über den Vollmachtgeber werden die Erben zu den Vertretenen und sind damit berechtigt, alle Instruktionen über die Ausübung der Vollmacht zu erteilen. Jeder einzelne Erbe verfügt über ein individuelles Widerrufsrecht und bringt damit die Vollmacht insgesamt zum Erlöschen. Namentlich die Widerruflichkeit der Vollmacht über den Tod hinaus unterscheidet sie von den Verfügungen von Todes wegen¹¹⁷. Die Stellung eines transmortale Bevollmächtigten ist wesentlich schwächer und weniger sicher als diejenige eines Willensvollstreckers (Art. 517 f. ZGB). Dieser kann von den Erben selbst bei Einstimmigkeit nicht abgesetzt werden, sondern es müsste vielmehr bei gegebenen Voraussetzungen eine aufsichtsrechtliche Amtsenthebung angestrebt werden¹¹⁸. Statt eine Vollmacht über den Tod hinaus zu erteilen, ist vom Erblasser für das Handeln nach seinem Ableben deshalb vorzugsweise ein *Willensvollstrecker* einzusetzen.

¹¹⁶ Siehe etwa ERB (Fn. 5), S. 275 f.

¹¹⁷ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 168; VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 369, Fn. 78.

¹¹⁸ WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 169, Fn. 629.

