

§ 2 INNOMINATKONTRAKTE

I. Allgemeines

1. Begriff

a) "Innominatkontrakt" in Negativumschreibung

Als Innominatkontrakt werden jene Verträge bezeichnet, die nicht einem gesetzlichen Typus entsprechen (dh. vom Gesetzgeber nicht "genannt" bzw. geregelt werden). Die Zulässigkeit/Gültigkeit derartiger Verträge folgt aus der Vertragsfreiheit. Zwangsläufig sind die Uebergänge zwischen Verträgen, welche zu einem oder mehreren gesetzlichen Typen eine Beziehung haben (Typenabweichung/Typenvermischung) und solchen, die nicht in direkte Verbindung zu einem gesetzlichen Typus zu bringen sind, fließend. Als "Innominatkontrakte" werden hier nur die letzteren Verträge bezeichnet, dh. jene, die nicht (oder höchstens in untergeordneten Gesichtspunkten) mit gesetzlichen Typen in Verbindung gebracht werden können, während Typenabweichungen bzw. -vermischungen als Probleme der Handhabung der betroffenen Vertragstypen zu behandeln sind.

b) Innominatkontrakte im weiteren und engeren Sinn

Innominatkontrakte i.S. obiger Umschreibung sind nur durch das Negativum fehlender Möglichkeit der Zuordnung zu gesetzlichen Vertragstypen charakterisiert; naturgemäss lassen sich darüber höchstens, wenn überhaupt, einige Methodenüberlegungen anstellen (z.B. unten Zif. II), jedoch keine konkreten Aussagen machen. Die Wissenschaft interessiert sich eher für jene Innominatkontrakte, die sich in der Praxis zu typisierbaren Erscheinungen verdichtet haben (Innominatkontrakte i.e.S.). Unten (Zif. III-X) sollen einige Fälle beispielshalber skizziert werden. Zu der bei der Typenbildung gebotenen Zurückhaltung vgl. unten Zif. 2.

c) Grenzfälle

aa) Eine längere Reihe von Vertragstypen werden im Gesetz zwar "genannt" (dh. mehr oder weniger beiläufig erwähnt), ohne jedoch im eigentlichen Sinn normiert zu werden (Vorvertrag: OR 22, 216/III; Kontokorrent-Vertrag: OR 117; Kaufrechts-Vertrag/Option: OR 216/II; Vergleich: OR 396/III; Lizenzvertrag vgl. Sondergesetzgebung). Die gesetzliche Erwähnung ändert wenig am Charakter als Innominatkontrakt, sodass sie unter den Begriff einbezogen werden können (in diesem Sinne unten Zif. VI, IX, X).

bb) In der Schweiz ist auch der Terminus "Vertrag sui generis" ("Vertrag von eigenem Typus") beliebt. Er ist weiter als der Terminus "Innominatkontrakt" und erfasst auch (die in § I/V/1 genannten) Mischverträge u.dgl., soweit diese typisiert sind (so z.B. in BGE 104 II 111, 109 II 466). Jedoch: kein gefestigter Sprachgebrauch; in Deutschland sind beide Begriffe wenig geläufig.

d) Terminologie

Hier wird am traditionellen Ausdruck Innominatkontrakt festgehalten und nicht der heute in der Schweiz beliebten Modernisierung in "Innominatvertrag" gefolgt: Nicht nur stammt der Begriff "Innominatkontrakt" aus der romanistischen Tradition, sondern das "Nicht-Genanntsein" ist auch nur im Zusammenhang mit dieser Tradition des grundsätzlich geschlossenen Vertragstypensystems (vgl. oben § I/IV/3), das in der Vertragsnormierung des BT weiterlebt, ein besondere Beachtung forderndes Phänomen.

2. Die Problematik der "Typenbildung" innerhalb der Innominatkontrakte i.e.S.

Die Typenbildung hinsichtlich der Innominatkontrakte ist unausweichlich, sollen rechtsinhaltliche (und nicht bloss allgemeine methodische) Aussagen gemacht werden können (oben Zif. 1/b). Hier lauern Gefahren; während man bei gesetzlich geregelten Typen wenigstens in den Vorstellungen des Gesetzgebers vielleicht ein mehr oder weniger festes Konzept erkennen kann, besteht bei Innominatkontrakten eine grundlegend verschiedene Ausgangsposition.

Auch wenn man unter den verschiedenen - mehr oder weniger zufällig entstandenen - Bezeichnungen der Innominatkontrakte je eine grosse Zahl praktisch vorkommender Verträge subsumieren kann, darf nicht gefolgert werden, dass diese Verträge, weil sie unter denselben (regelmässig sehr weit gefassten) Begriff fallen, deshalb unter sich gleich und von identischer rechtlicher Struktur wären. Die wissenschaftliche Beschreibung der Innominatkontrakte kann deshalb nie den fraglichen Typus abschliessend beschreiben, sondern muss sich beschränken, die in Betracht fallenden verschiedenen Erscheinungsformen annäherungsweise zu illustrieren, zum vornherein die Möglichkeit von Varianten und Typenabweichungen in Rechnung stellend. Selbst beim (aus Methodengründen beispielshalber behandelten) Trödelvertrag, der mehr als die meisten einer formalen Umschreibung des Vertragsinhaltes zugänglich ist, müssen verschiedene Erscheinungsformen unterschieden und diese entgegengesetzten Rechtsfolgen unterworfen werden (dazu unten Zif. III, mit Hinweis auf die abweichende Methodenkonzeption von Piotet).

Noch weit mehr als bei der Handhabung der gesetzlichen Typen müssen die Typen der Innominatkontrakte als "offen" betrachtet werden; Typenabweichungen sind vorbehaltlos als solche zu akzeptieren, wie auch "vertragliche Unikate" (dh. keinem Typus zuzuordnende Innominatkontrakte i.w.S.) Gültigkeit haben.

II. Methodisches

Der Hinweis, dass auf Innominatkontrakte die Regeln des AT (OR 1183) anzuwenden seien, ist richtig, aber unbehelflich; gestellt ist die Frage, was bei Auftauchen von Problemen, die traditionell im BT geregelt sind (dazu oben § 1/III, bes. Zif. 3), angesichts des Schweigens des Gesetzes massgeblich sein soll.

- a) Oberste Richtschnur ist der Parteiwille. Explizite oder stillschweigende Abmachungen sind an erster Stelle massgeblich. Wenn sich ein Parteiwille nicht ermitteln lässt, ist zu fragen, was die Parteien wohl verabredet hätten, wenn sie die sich später verwirklichte Problemlage bei Vertragsschluss als Möglichkeit vorausgesehen hätten. Dass diese Fragestellung leicht in den Bereich des Hypothetischen und Fiktiven führt, ist offenkundig, schliesst aber nicht aus, dass sie weniger fehlerbehaftet ist als die sonst angebotenen Methoden. Insbesondere erscheint es in einem System der Vertragstypenfreiheit verfehlt, um jeden Preis eine Subsumption unter gesetzlich geregelte Vertragstypen zu suchen (etwa den Trödelvertrag als bedingten Kauf, den Lizenzvertrag als einfache Gesellschaft o.dgl. zu deuten), um zu einer geschlossenen Regelung der Verhältnisse zu gelangen; wenn die Parteien derartiges gewollt hätten, würden sie entsprechend kontrahiert haben. Dagegen muss man sich offen halten für die

Feststellung, wenn der Gesetzgeber in verwandten Problemlagen innerhalb geregelter Vertragstypen Regelungen getroffen hat, die sich im Rahmen wissenschaftlicher bzw. richterlicher Rechtsfindung zur analogen Regelbildung heranziehen lassen.

- b) Allgemeine Verkehrsanschauungen und Bräuche (Usanzen u.dgl.) sind so weit zu berücksichtigen, als bei beiden Partnern deren Kenntnis vorausgesetzt werden kann und daher nach dem Vertrauensprinzip (vgl. OR/AT § 10/III und 12/III) im Falle abweichenden Willens eine entsprechende Erklärung hätte erwartet werden dürfen. - Darüber hinaus haben die Verkehrsanschauungen oft, wenn auch nicht immer, die Vermutung der Angemessenheit für sich, sodass der Richter sie unter diesem Gesichtspunkt allenfalls ebenso berücksichtigen kann. - Die Kautelarpraxis der in Frage kommenden Branchen ist nur mit Zurückhaltung zu berücksichtigen; haben schon die betreffenden Parteien keine explizite Vereinbarung getroffen, darf das sonst gemeinhin durch AGB u.dgl. Verabredete, da regelmässig übergewichtig von der einen Partei bestimmt, nicht ohne weiteres auf Fälle übertragen werden, in denen derartige Absprachen unterblieben.
- c) Richterliche Lückenfüllung i.S. von ZGB Art. 1/II hat dann Platz zu greifen, wenn die aus den Parteiwillen i.w.S. fliessenden Gesichtspunkte (oben a und b) versagen. Dabei hat der Richter wie ein Gesetzgeber vorzugehen und eine generalisierungsfähige Regel aufzustellen. Dies darf ihn indessen nicht hindern, den konkreten Umständen des Einzelfalles gerecht zu werden. Man wird sich daher hüten müssen, die zum Innominatkontrakt X ergehende Entscheidung unbesehen auf künftige, gleich benannte Verträge zu übertragen; die präjudizielle Wirkung ist strikt auf gleichgelagerte Fälle zu beschränken.

III. Trödelvertrag

Literatur:

Schweizerische Literatur

E. Bucher, Der Trödelvertrag, mit den Augen Ulpianus betrachtet, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von W.R. Schluep, Zürich 1988; P. Cavin, Der Trödelvertrag, in SPR VII/1, p. 176-179; A. Meier-Hayoz, Karte Nr. 680 der Schweizerischen Juristischen Kartothek (Stand 1964); K. Oftinger, Der Trödelvertrag, Prolegomena zu seiner Lehre, Zürich 1937; P. Piotet, Le contrat estimatoire, spécialement le passage de la propriété et des risques, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von W.R. Schluep, Zürich 1988; Ders., Le contrat estimatoire, Bern 1967

Ausländische Literatur

H. Lorenz, Trödelvertrag in: Rechtsvergl. Handwörterbuch, hg. von F. Schlegelberger, Bd. 6, Berlin 1938, p. 595-600.

1. Begriff und Erscheinungsformen

Trödelvertrag, hier "TV" (contrat estimatoire - auch contrat de soumission u.dgl., contratto estimatorio) liegt vor, wenn der Eigentümer einer von ihm zu veräussernden Sache (Vertrödler) einem anderen (dem Trödler) diese übergibt in der Meinung, dass der Trödler den Verkauf in eigenem Interesse betreiben und in eigenem Namen und auf eigene Rechnung abschliessen soll. Die Pflicht des Trödlers gegenüber dem Vertrödler ist so umschrieben, dass er die Wahl hat, entweder den zwischen ihm und

dem Vertrödler vereinbarten Schatzungspreis zu bezahlen oder aber die Sache selber zu restituieren.

Dem bis ins Altertum zurück anzutreffenden Vertragstypus liegt kommerzieller Anreiz zugrunde: Der Trödler kann als selbständiger Kaufmann wirken (dh. den vollen Profit seiner Verkaufsbemühungen kassieren), ohne Finanzierungsprobleme zu haben oder das Risiko der Unverkäuflichkeit zu tragen (da er kein Geld investiert hat, kann er sich auch Zeit lassen: daher der Ausdruck "trödeln", "tröhlen" u.dgl. für eine Sache verzögerlich behandeln); der Vertrödler erlangt einen höheren Preis, als wenn er Festabnahme fordern würde. Aehnlichen Erfolg könnte man mit Kommission (unten §13/III) erreichen, wäre aber dort auf die Zutrauenswürdigkeit des Kommissionärs angewiesen (dieser muss ehrlich abrechnen, dh. den erzielten Preis richtig deklarieren; sodann Probleme bei Kreditgewährung o.dgl.); der TV enthält ein Misstrauenselement (Geschäft "at arm's length"; man will sich nicht zu nahe kommen, die kommerziellen Sphären der Parteien sollen getrennt bleiben).

TV in "klassischem" Sinn ist hauptsächlich auf Unikate ausgerichtet; er ist häufig besonders bei Fehlen eines gängigen Marktes und daraus folgender Schwierigkeit der Preisbestimmung (Auto-Occasionen, teure Zucht- oder Sportpferde, Antiquitäten, Kunstwerke usw.). Daneben tritt der Trödelmechanismus nun auch unter ganz anderen Voraussetzungen bei industriell gefertigten Massengütern ebenfalls auf (Schmuck, Buchhandel, ev. weniger gängige Autos, teure Couturier-Produkte, usw.): Der Händler nimmt die Ware an Lager, muss aber erst bei Veräußerung bezahlen und kann bei Unverkäuflichkeit zurückgeben. Beide Typen TV dürfen nicht über einen Leist geschlagen werden.

TV hat ehrwürdige Tradition bis ins römische Recht; ältester literarisch nachweisbarer Innominatkontrakt überhaupt. Vgl. Dig. 19, 3 "de aestimatoria"; 19, 5, 13; 19,5,17,1; 17,2,44; usw. In der Schweiz keine Erwähnung im Gesetz, ebenfalls nicht im BGB, jedoch fragmentarische Normen im ABGB (§§ 1086-1088, "Verkaufs-Auftrag") und im italienischen CC (art. 1556-1558).

Probleme vorab: Tragung Sachgefahr (unten Zif. 3), Sachgewährleistung (Zif. 4).

2. Diskussion um die "Rechtsnatur" des TV

Beliebte doktrinelles Kontroverse (die sich in Ansätzen bis in die römischen Quellen zurückverfolgen lässt), ob der TV Vertrag "sui generis" (und damit echter Innominatkontrakt) sei oder als Sonderfall eines benannten Vertragstypus verstanden werden müsse. Dabei steht vor allem das Verständnis als Auftrag (sc. zum Verkauf; so ABGB §§ 1086 II) oder als suspensiv bedingter Kauf im Vordergrund. Die Kauf-These wurde ursprünglich vom Bundesgericht und kantonalen Gerichten vertreten (BGE 47 II 219, ZBJV 66 p. 570/71; sodann ähnlich ZR 21/110 (p. 277), 23/8 (p. 16), 28/33 (p. 59); Piotet, Le contrat estimatoire (Bern 1967) und heute wiederum von Cavin, SPR VII/1, p. 176 ff. aufgenommen. In BGE 55 II 42 E. 2 (seither bestätigt in BGE 58 II 347, 69 II 110, 89 II 214) wird ein "contrat sui generis" angenommen, dessen Wesen in der Wahlschuld des Trödlers liegt, entweder die Ware zurückzugeben oder den Schatzungspreis zu bezahlen.

KRITIK: Die genannte Grundsatzdiskussion geht insofern am Problem vorbei, als es nicht einen "Trödelvertrag schlechthin" gibt, sondern nur das konkret vorliegende Geschäft; keineswegs steht fest, dass für alle möglichen Erscheinungsformen die selben Prinzipien angemessen sind. Die sich stellenden

praktischen Fragen sind je für sich gesondert zu betrachten; zu fragen ist, welche Einzelvorschriften der in Frage kommenden Typen dem konkret vorliegenden Fall angemessen sind. - Die These vom bedingten Kauf gerät in Widerspruch zur Tatsache, dass die Parteien in Kenntnis einer derartigen Möglichkeit eben gerade keinen bedingten Kauf geschlossen, sondern etwas anderes vereinbart haben. Sodann ist die Annahme einer Suspensivbedingung nicht zwingend; in manchen Fällen wohl ebenso naheliegend ist Resolutivbedingung, was andere praktische Konsequenzen auslösen würde.

3. Gefahrtragung

a) Kritik der schweizerischen Literatur

Traditionelles Zentralproblem bei zufälligem Untergang der beim Trödler befindlichen Sache: Muss er den Schatzungspreis bezahlen oder wird er frei? Die gängige Lehre behauptet Befreiung des Trödlers: Piotet vertritt die These, dass der TV ein suspensiv bedingter (durch den Weiterverkauf bedingter) Kaufvertrag zwischen Trödler und Vertrödler sei, bei welcher Konzeption der Kauf (vor Weiterverkauf durch Trödler nicht zustande gekommen ist, der Vertrödler als Eigentümer somit gefahrbelastet bleibt. Meier-Hayoz ebenfalls betrachtet den Vertrödler als gefahrbelastet, weil Eigentümer. Oftinger will auf einen vertragsrechtlichen Trick abstellen: Trödler trägt eine Wahlschuld (Rückgabe oder Zahlung Schatzungspreis) und wird durch Wahl der unmöglich gewordenen Sachrückgabe, OR 119, befreit.

Keines dieser Argumente hält stand: Für die Qualifizierung des TV als suspensivbedingten Kauf (Piotet) besteht keine Grundlage (ebenso gut könnte man von einer Resolutivbedingung ausgehen: Die Sache gilt als verkauft, wenn der Trödler sich nicht für Rückgabe entscheidet; diesfalls muss der Trödler bei Untergang bezahlen). Die Regel der "Gefahrtragung des Eigentümers" (Meier-Hayoz) ist keine Rechtsnorm, sondern eine deskriptive Regel, wonach, wenn nicht andere Gründe vorliegen, der Sachuntergang eben den Eigentümer trifft; für die Auslegung des TV darf daraus nichts abgeleitet werden. Die Annahme einer Möglichkeit, sich durch Wahl der unmöglichen Leistung zu befreien (Oftinger) ist (für den Trödler) zu schön, um wahr zu sein: Die Regel der Befreiung nach OR 119/II bezieht sich nur auf synallagmatische Verträge (was der TV nicht ist, bzw. erst im Fall der Wahl der Preiszahlung wird). Zudem ist fraglich, ob nicht eine Konzentration auf die noch mögliche Leistung stattfindet (oder die Wahlmöglichkeit erhalten bleibt, unter Austausch der unmöglich gewordenen Leistung durch deren Geldwert); vgl. weiterhin Bucher a.a.O. 103-107.

b) Rechtsvergleichung; Sachgesichtspunkte

aa) In den römischen Quellen spricht sich Ulpian für Gefahrtragung des Trödlers aus; immerhin erwähnt er, dass Labeo und Pomponius (Dig. 19,5,17,1) sich für eine "je-nachdem-Lösung" aussprechen: der Vertrödler müsste die Gefahr tragen, wenn die Initiative zum Geschäft von ihm ausging. Das ABGB spricht sich - da ausgehend von einem Verkaufsauftrag - zwangsläufig für Gefahrtragung des Vertrödlers aus, während der it. CC art. 1557 die Lösung Ulpians aufnimmt.

bb) Massgeblich sollten nicht irgend welche "konstruktiven" Ueberlegungen sein, sondern die Frage, welche der beiden möglichen Lösungen dem "Erwartungs-

profil" der Parteien bei Vertragsschluss besser gerecht wird und sachlich angemessener erscheint. So gesehen sollte i.d.R. der Trödler gefahrbelastet sein: Trödler hat Kontrolle und Verantwortung über die Sache; er bestimmt, ob sie Gefahren ausgesetzt wird (Probefahrt bei Auto), wie auch seine Geschäftspolitik (Verkauf an den "ersten Besten" oder Hinauszögerung) über das Ausmass des Risikos entscheidet. Umgekehrt will der Vertrödler gerade nicht darüber diskutieren müssen, was mit der Ware geschieht (Misstrauenselement!), sodass man einen Willen auf Gefahr-Uebnahme voraussetzen darf. Lösung ist sodann praktikabler (Ausschaltung der andernfalls zwangsläufigen Diskussion, ob der Trödler die verlorene Sache angemessen gesichert habe oder nicht).

- cc) Gefahrtragung des Vertrödlers liesse sich (ganz im Sinne von Labeo und Pomponius) dann rechtfertigen, wenn das Geschäft durch Vertrödlerinteressen veranlasst war (dieser z.B. sagt: "Während meiner einjährigen Abwesenheit will ich meinen Wagen bei Dir einstellen; falls Du ihn verkaufen kannst, soll es mir bei Rückkehr auch recht sein, Fr. x zu erhalten").

4. Gewährleistung

a) Rechtsgewährleistung

Ohne weiteres anzunehmen, dass Vertrödler wie ein Verkäufer haftet (OR 192-196; unten § 4/III); die Sachübergabe zum Verkauf impliziert die Behauptung, dass dem Endkäufer Eigentum verschafft werden kann. Wird die Sache dem Trödler selber entzogen, kann sich dieser m.E. trotzdem für die Sache entscheiden und Ansprüche aus OR 195 geltend machen; wird die Sache dem Dritterwerber (dem der Trödler als Verkäufer haftet) entzogen, so ist der Trödler nach OR 195/II-IV zu entschädigen; für Preisrückerstattung (OR 195/I) ist wohl primär der Schatzungspreis massgeblich, bei Misslingen des Exkulpationsbeweises des Vertrödlers fällt auch ein Mehrbetrag in Betracht (OR 195/II).

b) Sachgewährleistung

Solange der Trödler die Sache nicht weiterverkauft hat, kann er, bei Auftauchen von Mängeln, diese zurückgeben, nicht jedoch eine Reduktion des Schatzungspreises verlangen (so Oftinger und Meier-Hayoz, a.M. aber Piotet, ev. Cavin). Im übrigen ist zu unterscheiden zwischen "klassischem" TV (folgende lit. aa) und dem Vertrödeln industrieller Produkte (unten lit. bb):

- aa) Für den Fall des Auftauchens des Mangels beim Dritterwerber wird in der Literatur generell eine Verkäuferhaftung des Vertrödlers angenommen. Zu unrecht: In Frage käme zum vornherein nur eine Haftung auf positives Vertragsinteresse i.S. einer blossen Regress-Haftung (nicht Haftung nach OR 197 ff., sondern nach OR 97): Trödler so zu stellen, wie wenn kein Sachmangel vorhanden wäre. Dies bedeutet aber, dass der Trödler nur dann, wenn er selber belangt wird, auf den Vertrödler zurückgreifen kann. Trödler-Haftung gegenüber dem Drittkäufer ist nun aber allein Ausfluss des von ihm geschlossenen Verkaufs-Vertrages: Durch Garantie-Zusagen oder Haftungs-Wegbedingung kann die Trödler-Haftung beliebig ausgedehnt oder ausgeschlossen werden; niemals kann es der Wille vernünftiger Parteien sein, die diesbezüglichen Konsequenzen vom Trödler auf den Vertrödler abzuwälzen.
- bb) Bei industriell gefertigten (neuen) Produkten ist es umgekehrt naheliegend, dass der Vertrödler/Lieferant für die Qualität der gelieferten Ware einste-

hen muss. Diesfalls allerdings wohl regelmässig Verwendung von Formularverträgen/AGB (vgl. OR/AT § 10/XIV), die wohl meist auf eine Regresshaftung bzw. Pflicht zur Rücknahme/Nachlieferung ausgerichtet sein werden.

5. Einzelfragen

a) Verzug des Trödlers

Lässt dieser nichts mehr von sich hören, müsste nach BGE 55 II 45 f. der Vertrödler alternativ auf Sachrückgabe oder Preiszahlung klagen. Dies kann m. E. dann nicht gelten, wenn eine zum vornherein bestimmte (inzwischen abgelaufene) Frist vereinbart war oder der Trödler eine nachträglich angesetzte angemessene Frist nicht beachtet hat: Diesfalls würde ein Uebergang des Wahlrechts auf den Vertrödler dem Sinn des Vertrages besser gerecht: Dahinfallen der "alternativen Ermächtigung" des Trödlers auf Sachrückgabe, wenn der Vertrödler (nach entsprechender Nachfristansetzung analog OR 107) sich für Preis entscheidet bzw. Sachrücknahme ablehnt.

b) Eigentumsverhältnisse

Der Vertrödler bleibt Eigentümer mindestens bis eine im voraus bestimmte oder nachträglich angesetzte Frist abgelaufen ist oder der Trödler (Verkauf oder Selbsteintritt) notifiziert hat. Eine Pfändung durch Gläubiger des Trödlers fällt bis dahin nicht in betracht; sie wäre jedoch möglich nach diesem Zeitpunkt und vor Ablieferung an den Dritterwerber. Falls der konkrete Vertrag sich einem Verkaufsmandat bzw. kommissionsähnlichen Verhältnissen annähert, mag es in Fällen, die dem Verkaufsauftrag angenähert sind, möglich sein, die Anwendung von OR 401 (dazu unten § 12/IX) zu erwägen.

c) Hinweise

SJZ 1983 p. 230 f. (Nr. 40); zur Abgrenzung TV gegen Kommission, Kauf auf Probe/Besicht; "Rechtsnatur" TV.

BGE 89 II 215; IPR: Anwendbar Recht des Trödlers, der die "charakteristische" Vertragsleistung erbringt.

BGE 75 IV 13; Trödelware ist i.S. von StGB 140 Zif. 1/II StGB "anvertraut", ebenso der Erlös bis zur Höhe des Schatzungspreises (letzteres kann nur bei Bestehen eines - nicht immer vorauszusetzenden - Vertrauensverhältnisses richtig sein). Vgl. sodann ZBJV 1933 p. 577; SJZ Bd. 44 p. 246 Nr. 82; Meier-Hayoz in Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1954, p. 178 ff. Vgl. ferner BGE 70 II 105; 69 II 110; 58 II 347; 55 II 42; 47 II 219.

6. Rückblick: Methodische Grundsatzüberlegungen

Der TV, altehrwürdigstes und gleichzeitig dogmatisch - mehr als alle anderen - faszinierendes Beispiel eines Innominatkontraktes, vermag grundsätzliche Methodeneinsichten zu veranlassen:

- Man darf den TV - aber auch sämtliche übrigen Innominatkontrakte - nicht als fest vorgegebenen Typus betrachten, der ein und für allemal einem bestimmten Regelungs-Modell unterworfen werden dürfte. Vielmehr sind alle denkbaren Varianten nach ihren Eigenheiten zu berücksichtigen (vgl. die Sonderbehandlung des "TV auf Vertrödler-Initiative", oben Zif. 3/b, Behandlung der Rechtsgewährleistung nach Kaufrecht, nicht dagegen die Sachgewährleistung, oben Zif. 4/b; bei

Sachmängeln Haftung des Vertrödlers nicht im "klassischen" TV, wohl aber bei industriellen Massenprodukten (Zif. 4/b/bb).

- Massgeblich muss der Gesichtspunkt sein, was vernünftige und korrekte Partner, hätten sie bei Vertragsschluss das Problem als regelungsbedürftig erkannt, am ehesten vereinbart hätten (hier aber grundlegend a.M. Piotet; vgl. z.B. FG Schluep p. 121: "il ne s'agit d'ailleurs pas d'interpréter la volonté des parties, ... mais de la qualifier, ce qui est différent.") Da ist zu erwarten, dass meist der Vertrödler auch für den Fall eines vom Trödler behaupteten Untergangs der Sache sich den Preisanspruch ausbedungen hätte (schon um nicht mit dem Trödler über die Nebenumstände streiten zu müssen). Der Trödler wird sich umgekehrt eine Rechtsgewährleistung genau wie der Käufer ausbedingen wollen, während eine Neueröffnung der Preisdiskussion bei Auftreten angeblicher Mängel ausgeschlossen ist, und der Trödler diesfalls die Sache zurückgeben soll. Treten Mängel beim Dritterwerber auf, will in jedem Fall der Vertrödler höchstens eintreten müssen, soweit der Trödler seinerseits belangt wird (was echte Verkäufer-Sachgewähr ausschliesst); im übrigen kann man nur bei, Industrieprodukte-Trödelei eine Ersatzpflicht des Vertrödlers/Lieferanten annehmen, während im "klassischen" TV kein vernünftiger Vertrödler sich darauf einlassen kann, den Trödler schadlos zu halten für Verkäufergewährleistung, deren Tragweite allein der Trödler in seinem Verkaufsvertrag bestimmt.

Insgesamt darf festgehalten werden, dass die zeitgenössische Literatur methodisch fragwürdig orientiert ist, während in den römischen Quellen Ulpian und seine Kollegen dem richtigen "approach" viel näher stehen; wir können auch hier nur lernen.

IV. Leasing

Literatur

Schweizerische Literatur

C.Th. Ebenroth, Leasing im grenzüberschreitenden Verkehr - Internationalprivatrechtliche Aspekte des Leasing, Rechtsvergleich, Rechtsvereinheitlichung, in: Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, Bern und Stuttgart 1985, p. 97-126; M. Giovanoli, Le credit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique, Paris 1980; H. Hausheer, Leasing und Kreditsicherung, in: Probleme der Kreditsicherung, Berner Tage für die juristische Praxis 1981, Bern 1982, p. 157-172; W. Lüem, Typologie der Leasingverträge, in: Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, Bern und Stuttgart 1985, p. 43- 60; T.M. Rinderknecht, Leasing von Mobilien, Diss. Zürich 1984; W.R. Schluep, Der Leasingvertrag, SPR VII/2, p. 816-828; B. Stauder, Die Behandlung des Leasingvertrags im schweizerischen Recht - eine Zwischenbilanz, in: Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, Bern und Stuttgart 1985, p. 61-96 (insbesondere auch für weitere Literaturangaben vgl. daselbst p. 61/62); M. Stöcklin, Der Leasingvertrag als Mittel der Umgehung zwingenden Rechts, Diss. Basel 1985.

Ausländische Literatur

Graf von Westphalen, Friedrich, Der Leasingvertrag, 2. A., Köln, 1984.

1. Allgemeines

a) "Lease" im englischen Common Law

Die altehrwürdige englische lease stellt die entgeltliche (auf Immobilien bezogene) Sachüberlassung dar (lessor: Ueberlassener/ lessee: Empfänger. Ursprung franz. "laisser", von lat. laxare, urverwandt mit "lassen", "lasch" usw.). Im Gegensatz zu "rent" (oder für Mobilien "hire") wird nicht bloss ein obligatorischer Anspruch, sondern zusätzlich ein dingliches Nutzungsrecht eingeräumt (der lessee kann im Konkurs des lessor oder bei Veräusserung der Sache sein Nutzungsrecht durchsetzen). Umgekehrt trägt wohl der lessee, mehr als der Mieter, Unterhaltslasten und überhaupt die Risiken (Untergang/Verschlechterung) der Sache. Man kann lease als "Miete mit dinglicher Wirkung" bezeichnen; von "geteiltem Eigentum" zu sprechen, ist aber wohl verfehlt. Das Gesagte gilt mehr oder weniger auch in den USA.

b) Erscheinungsformen auf dem Kontinent

Mit dieser Tradition hat das gegenwärtige kontinentale Leasing-Geschäft wenig gemein. Der Leasing Vertrag hat keine allgemeingültigen Konturen; im folgenden wird die kommerziell wichtige Ausprägungsform des Finanzierungsleasing skizziert. Die folgenden Elemente lassen sich unterscheiden:

- Das ursprüngliche Element der Sachüberlassung auf Zeit (entsprechend Miete) wird oft, wenn auch nicht immer, ergänzt/verdrängt durch das Element der definitiven Sachüberlassung (im Ergebnis Kauf, ergänzt durch irgend eine Form der Kreditierung bzw. Kreditbeschaffung für die Vertragsdauer), wobei die Entscheidung für das eine oder das andere bei Vertragsschluss bereits mehr oder weniger feststehen kann oder dem Leasingnehmer eine echte Wahl bei Vertragsablauf offen stehen mag;
- Leasing ist nicht beschränkt auf die Parteien (den Geber und den Nehmer der Sache), vielmehr wird im Regelfall (Ausnahme: "direktes Leasing", "Herstellerleasing"; unten Zif. 4/c) ein Dritter eingeschaltet, der die Finanzierungsfunktion zu übernehmen hat und der seinerseits durch seine Eigentümerstellung an der Sache sicherzustellen ist.

NOTA: In Frankreich, Belgien und der Türkei ist der Vertragstypus neuerdings gesetzlich geregelt. Heute liegt von "Unidroit" (vgl. Hinweis unten §3/I/5/c) eine "Unidroit convention on international financial leasing" vor, verabschiedet am 28.5.1988 (vgl. International Legal Materials, vol. XXVII, July 1988, p. 922 ff.).

Von der Unbestimmtheit des Ausdrucks profitieren aber auch immer wieder fragwürdige Geschäftspraktiken bei irgend welchen Veräusserungsgeschäften (vor allem, um die Regeln über den Abzahlungskauf (OR 226-228; dazu unten § 5/V) zu umgehen, oder auch missbräuchlich die Sachgewährleistungsansprüche des Erwerbers auszuschalten, was hier nicht in betracht gezogen werden kann.

2. Erscheinungsform des "Finanzierungs-Leasing" im allgemeinen

Der Leasing-Typus mit der grössten praktischen Bedeutung ist das Finanzierungs-Leasing von Investitionsgütern. Der Leasingnehmer lässt sich das Investitionsgut durch die Leasinggesellschaft, den sog. Leasinggeber, über eine feste Vertragsdauer hin, die etwa der Amortisationsdauer des Leasinggutes entspricht, fremdfinanzieren;

der Leasinggeber sichert über das Leasinggeschäft, als Eigentümer des Leasinggutes, den von ihm gewährten Kredit.

Diese Art mittel- bis langfristiger Finanzierung von Investitionsgütern wird in der Regel bei Fehlen von Eigenkapital oder bei mangelnder Liquidität beansprucht. "Geleast" werden Mobilien (von der Bürobepflanzung über Autofлотten, Computeranlagen bis hin zu Flugzeugen) und Immobilien.

3. Ablauf eines typischen Finanzierungsleasinggeschäfts

In einer ersten Phase wählt der künftige Leasingnehmer das benötigte Investitionsgut; anschliessend ersucht er die Leasinggesellschaft um Finanzierung (die möglicherweise, aber nicht notwendigerweise, dem Lieferanten nahesteht, ev. von dieser vermittelt wird). Kommt es zum Abschluss, verkauft der Lieferant das Leasinggut der Leasinggesellschaft, die es dem Leasingnehmer im Rahmen des Leasingvertrages zum Gebrauch überlässt. Möglich ist auch, dass der Vertrag zwischen Lieferanten und zukünftigem Leasingnehmer zuerst unterzeichnet wird, während der Leasingvertrag erst nachträglich geschlossen wird. Vereinbarungsgemäss soll jedoch der Lieferant der Leasinggesellschaft direkt fakturieren. Es wird an der Konstruktion des Vertragseintritts der Leasinggesellschaft in den Kaufvertrag Leasingnehmer-Lieferant festgehalten, um ein nach schweizerischem Recht problematisches Sale-and-Lease-Back (vgl. unten Zif. 4/b) zu vermeiden.

So oder anders erfolgt die Lieferung des Gutes im Regelfall direkt vom Lieferanten an den Leasingnehmer, der zuhanden der Leasinggesellschaft ein Abnahmeprotokoll unterzeichnet, bestätigend, das Gut mängelfrei und vertragskonform erhalten zu haben.

Während der Phase der Vertragsdurchführung behält die Leasinggesellschaft Eigentum am Leasinggut und überlässt den Gegenstand nur zur Nutzung. Der Leasingnehmer bezahlt meist monatliche Raten, den sogenannten "Leasingzins" oder die "Leasingraten". Alle Lasten der Sache (u.a. Unterhaltskosten, Steuern, Versicherungskosten, usw.) liegen beim Leasingnehmer.

In der letzten Phase, der Beendigung des Leasingvertrages kommen vorab folgende Wahlmöglichkeiten des Leasingnehmers vor:

- a) Rückgabe des Leasingobjektes an die Leasinggesellschaft (bei vollständiger Entwertung des Leasinggutes);
- b) Angebot der Leasinggesellschaft, das Leasinggut zu einem symbolischen Preis dem Leasingnehmer zu verkaufen (oft nicht formell zugesichert, um Gefahr der Anwendbarkeit der Bestimmungen über das Abzahlungsrecht zu vermeiden);
- c) "Verlängerung" des Vertrages unter Neufestsetzung eines (tieferen) Leasingzinses;
- d) die Leasinggesellschaft verkauft das Leasinggut, welches der Leasingnehmer durch ein Neuwertiges ersetzt haben will, an Dritte, unter Anrechnung des Verkaufspreises auf den neuen Vertrag;
- e) bei Teilamortisationsverträgen (Leasingdauer kürzer als Amortisationszeit des Leasinggutes) kommt auch folgende Vereinbarung vor: Die Leasinggesellschaft verkauft das Leasinggut. Uebersteigt der Erlös den "Restwert" (dh. den kalkulatorisch noch nicht getilgten Teil des ursprünglichen Preises) erhält der Leasingnehmer davon einen bestimmten Prozentsatz (z.Zt. 75 %); während bei einem Manko dieses der Leasingnehmer voll zu decken hat.

4. Sonderformen:

a) Operating Leasing

Hier wird das Leasinggut, im Gegensatz zum Finanzierungsleasing i.e.S., im Rahmen eines leicht kündbaren Vertrages oder aber auf eine wesentlich unter der Amortisationsdauer liegende Zeit hin zum Gebrauch überlassen. In diesem Zusammenhang wird etwa auch von Teilamortisationsverträgen gesprochen. I.d.R. wird das Leasinggut vom Leasinggeber selbst gewartet, der meist Hersteller oder Händler des vom Leasingnehmer gebrauchten Gutes ist. Das Operation Leasing ist als gewöhnlicher Mietvertrag, ev. Pachtvertrag, zu qualifizieren.

b) Sale and Lease Back

Besonderheit, dass der Leasingnehmer das künftige Leasinggut selber kauft, um es anschliessend der Leasinggesellschaft zu veräussern und es gleichzeitig in Leasing von diesem zurückzunehmen. Dieses Verfahren, bei dem die leasing-typische Dreierbeziehung Lieferant-Leasinggeber-Leasingnehmer fehlt, begegnet in der Schweiz bei Mobilien dem Argument, dass aufgrund von ZGB Art. 717 die Eigentumsübertragung Dritten gegenüber unwirksam und gemäss ZGB Art. 884 Abs. 3 ein Pfandrecht nicht begründet sei, solange der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behalte. Wäre als Vertrag mit Elementen von Kauf und Miete zu qualifizieren.

c) Bei direktem Leasing-Vertrag des Abnehmers mit dem Produzenten bzw. Händler spricht man vom Hersteller-, Händler-, Vertriebs- oder direktem Leasing. Wegen der Identität der Kaufvertrags- und Leasingvertragsparteien kann grundsätzlich weder die Haftung für die Lieferung des Gutes noch die Sachgewährleistung vollständig ausgeschlossen werden, wie dies die unabhängigen Leasinggesellschaften beim Finanzierungsleasing regelmässig tun. Ist als Vertrag mit Elementen von Kauf und Miete (ev. Pacht) zu qualifizieren.

d) Unter dem Konsumgüterleasing wird ein Ueberlassen von Konsumgütern an den Endverbraucher verstanden. Diese Art Leasing, bei der keine, zumindest teilweise "Selbstfinanzierung" mittels der durch das Gut erzielten Rendite stattfindet, untersteht dem Miet- oder Kaufrecht.

Das Auto-Leasing fällt zur Hauptsache, solange das Auto nicht ein Investitionsgut darstellt, unter diese Kategorie. Vgl. hiezum BGE 110 II 246 ff. = Pra 74 Nr. 7 p. 23, wo das Bundesgericht erstmals zum Auto-Leasing Stellung zu nehmen hatte und ausführte: "Bezieht sich der Miet- oder Leasingvertrag auf ein Konsumgut wie das Auto, neigen Lehre und Rechtsprechung zur Anwendung der Vorschriften über den Abzahlungskauf, wenn der Vertrag nicht kündbar ist, bevor die Mietsache dem Werte nach zu einem erheblichen Teil bezahlt ist, sodass der Mieter aus praktischen und wirtschaftlichen Gründen davon absehen wird, vom Vertrag zurückzutreten (...)". Ob für den dem Urteil zugrundeliegenden Vertrag auch tatsächlich das Abzahlungsrecht (OR 226-228) anzuwenden wäre, bleibt offen.

5. "Rechtsnatur" des Finanzierungs-Leasing

Die in der kantonalen Rechtsprechung und Doktrin festzustellende Tendenz der Qualifizierung des Vertrages als Miete oder Abzahlungskauf bezieht sich vorab auf Konsumgüter; die Rechtsnatur des Finanzierungs-Leasing ist nach wie vor offen. Die Judikatur hatte sich bis anhin noch kaum mit dieser Materie zu befassen. Das Zürcher Handelsgericht beurteilte am 1. Juni 1977 das Finanzierungsleasing einer

Computer-Anlage als gemischten Vertrag, in dem Elemente der Gebrauchsüberlassung vorherrschen. Das Finanzierungsleasing als Veräußerungsvertrag zu qualifizieren, lehnte das Gericht ab, da dies "dem Wesen und dem wirtschaftlichen Zweck des Finanzierungs-Leasings ... nicht gerecht" würde (SJZ 1977, p. 320 ff., p. 323). Die Frage, ob die Normen über den Abzahlungsvertrag anwendbar seien, liess das Handelsgericht jedoch offen (p. 325).

Der Leasingnehmer hat ein Interesse an einer weit über Miete und Pacht hinausgehenden vollumfänglichen (eigentümerähnlichen) Nutzungs- und Gebrauchsüberlassung des Leasinggutes; die Leasinggesellschaft wird nur wegen der Finanzierung zwischengeschaltet. Der Leasinggeber seinerseits will ausserhalb der Käufer-Verkäuferbeziehung bleiben und hat lediglich ein Sicherungsinteresse.

In der Doktrin finden sich hauptsächlich drei verschiedene Meinungen:

Leasing sei

- a) ein Veräußerungsvertrag sui generis: Da die Vertragsparteien den gleichen wirtschaftlichen Zweck wie beim Abzahlungskauf verfolgten, nämlich die Veräußerung der Substanz, unterstehe das Leasing somit wenigstens teilweise dem Abzahlungsrecht.
- b) ein Gebrauchsüberlassungsvertrag sui generis: Da der Parteiwille nur auf die Ueberlassung einer Sache zum Gebrauch auf Zeit gegen Entgelt gerichtet sei, entfalte der Vertrag vorab Merkmale von Pacht und Miete und daneben auch auftragsrechtliche und kaufrechtliche Elemente.
- c) ein Kreditvertrag sui generis: Massgeblich seien Elemente des Auftrags (der Leasingnehmer beauftragt die Leasinggesellschaft mit dem Erwerb des Gutes, in ihrem eigenen Namen aber auf Rechnung des Leasingnehmers; Herausgabe des Gutes an den Leasingnehmer erst nach Auslagensatz), des Darlehens (in Höhe des Kaufpreises an den Auftraggeber) und der Sicherungsübereignung.

Die Leasinggesellschaften, die weder verkaufen, vermieten noch verpachten würden, übernähmen keine Verpflichtung im Zusammenhang mit der Lieferung (Untergang des Gutes) oder Zurverfügungstellung, noch Garantieverpflichtungen. Sie hätten bloss eine obligatio non faciendi (Enthaltungsverpflichtung) bezüglich der Benutzung des Gutes und dürften dieses auch nicht veräussern. Der Leasingnehmer sei somit ein treuhänderischer Eigentümer zu Sicherungszwecken.

6. Offene Fragen

a) Sachenrechtlicher Aspekt

Hier stellt sich die Frage, wem das Eigentum am Leasingobjekt zuzuordnen ist. Der Leasingnehmer hat die faktische Stellung des Eigentümers (Nutzen und Risiko), die Leasinggeberin will eine Finanzierung nur dann übernehmen, wenn sie das Gut bei Zahlungsunfähigkeit des Leasingnehmers sofort verwerten bzw. im Konkursfall aus der Masse aussondern kann.

Leasing erfüllt bei Mobilien die Funktion der dinglichen Sicherung, ohne Pfandbestellung durch Besitzübergabe und ohne Eintrag ins Eigentumsvorbehalts-Register, weshalb ein Teil der Doktrin von Umgehung der Regeln über den Eigentumsvorbehalt und das Faustpfand spricht. Diese besitzlose dingliche Sicherheit (eine Art Mobilienhypothek) sprengt den Numerus clausus der dinglichen Rechte.

b) Verhältnis Kaufvertrag-Leasingvertrag

Die Leasinggesellschaften überbinden die Rechte und Pflichten aus Gewährleistung dem Leasingnehmer. Unter der Voraussetzung, dass die Gewährleistungsansprüche an den Leasingnehmer abgetreten werden können (was in der Praxis so gehandhabt wird, einer näheren Prüfung zumindest in bezug auf die Wandelung jedoch vielleicht nicht standhält), kann der Leasingnehmer bei Leistungsstörungen die entsprechenden kaufrechtlichen Behelfe beanspruchen.

Wird der Kaufvertrag aufgelöst, stellt sich die Frage nach dem weiteren Bestand des Leasingvertrages; dieser sollte ohne Schaden demselben rechtlichen Schicksal unterstehen wie der Kaufvertrag, da dessen Umfang und Gültigkeit Voraussetzung zum Abschluss des Leasingvertrages gewesen ist.

V. AlleinvertriebsvertragLiteratur:Schweizerische Literatur

M. Huber, Der Alleinvertrags Händler, Diss. Basel 1979; H.J. Maier, Alleinvertriebsvertrag zwischen Lieferant in Deutschland und Abnehmer in der Schweiz, Zürich 1987; W.R. Schluep Der Alleinvertriebsvertrag, Markstein der EWG-Kartellpolitik, Bern 1966; ders., Der Alleinvertriebsvertrag, in SPR VII/2, p. 839-849.

Ausländische Literatur

H. Stumpf, der Vertragshändlervertrag, 2. A. Heidelberg 1979; ders., Internationales Handelsvertreterrecht Teil I, Verträge mit ausländischen Handelsvertretern, 6. A., Heidelberg 1987.

Vgl. dazu die Hinweise unten § 13/II/3/d.

VI. LizenzvertragLiteratur:Schweizerische Literatur

B. Koller, Der Know-how-Vertrag nach schweizerischem Recht, Zürich 1979; R. Küchler, Lizenzverträge im EWG-Recht, Bern 1976; H.J. Maier, D. Hangartner, Muster-Lizenzvertrag Deutschland-Schweiz, 3. A., Zürich 1986; M. Pedrazzini, Patent- und Lizenzvertragsrecht, 2. A., Bern 1987; ders., Lizenzvertrag, in: SPR VII/1, p. 596-645; A. Troller, Immaterialgüterrecht, 3. A., Bd. II, Basel 1985, p. 821-872; B. Widmer, Vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers und Lizenznehmers bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten, Basel 1985;

Ausländische Literatur

W. Martin, R. Grützacher, P. Lemke, Der internationale Lizenzverkehr, 6. A., Heidelberg 1977; H. Stumpf, Der Know-How-Vertrag, 3. A., Heidelberg 1977; ders., Der Lizenzvertrag, 5. A., Heidelberg 1984.

1. Begriff und Erscheinungsformena) Lizenz als "Erlaubnisvertrag"

Mit dem Lizenzvertrag wird die Einräumung einer Lizenz, einer Benutzungsmöglichkeit an einem dem Lizenzgeber ausschliesslich zustehenden Immaterialgüterrecht verabredet, die ihrerseits die vertragliche Erlaubnis eines bestimmten Verhaltens darstellt (Lizenz von lat. "licet" - es ist erlaubt; vgl. "driver's licen-

ce" usw.). Erlauben kann nur derjenige, der etwas zu verbieten hat: In Betracht fällt der (ganze oder teilweise) Verzicht auf Unterlassungsansprüche, die aus absoluten Rechten fließen. Dabei geht es um Immaterialgüterrechte (während Sachenrecht nicht einbezogen ist; die Einräumung eines Wegrechts oder Sachüberlassung kraft Miete wäre eine analoge Erscheinung). Einräumung einer Erlaubnis heisst rechtlich Rücknahme der aus den fraglichen Schutzrechten fließenden Unterlassungsansprüche (für den Lizenznehmer: Wiederherstellung der ohne das Schutzrecht bestehenden Freiheit). Lizenz stellt für den Geber einen Klageverzicht dar, Lizenzvertrag ein "pactum de non agendo".

b) Einteilung nach Sachbereich der Lizenz

Lizenzen können eingeteilt werden nach dem Typus des durch sie betroffenen Immaterialgüterrechts:

Patentlizenzen (für viele die Lizenz schlechthin, Lizenz i.e.S.) überlassen dem Lizenznehmer eine Erfindung, die Benutzung eines patentrechtlich geschützten Verfahrens oder die Herstellung eines geschützten Produkts.

Markenlizenzen erlauben die Benutzung einer bestimmten Marke; ebenso können durch Lizenz Ansprüche aus Muster- und Modellschutz eingeräumt werden.

Legalumschreibung der Pacht (OR 275) erfasst auch den Lizenzvertrag; der Lizenzvertrag als solcher ist im Gesetz nicht geregelt. Vorschriften aus dem Pachtrecht sind nur mit Vorsicht auf die Lizenzverträge zu übertragen; die Anwendung einzelner Bestimmungen ist an sich denkbar (OR 279 Haftung bei Unmöglichkeit der Benutzung; OR 280 Gewährleistung gegenüber Ansprüchen Dritter; OR 281 Veräusserung des Pachtgegenstandes; OR 285 Anzeigepflicht; OR 289 Unterpacht; OR 290 Kündigungsrecht; OR 291 Rücktritt aus wichtigen Gründen; OR 292 Stillschweigende Erneuerung; OR 293/94 Rechtsfolgen bei nicht gehöriger Erfüllung seitens des Pächters).

In Literatur und Judikatur kaum Berufung auf Pacht, eher auf einfache Gesellschaft (BGE 75 II 167 für den Fall, dass Nebenleistungen wie Erfahrungsaustausch verabredet; in BGE 96 II 156 "contrat innommé sui generis", qui "s'apparante à la société simple").

c) Randerscheinungen

In der Literatur wird die Einräumung der Erlaubnis der Führung einer Geschäftsfirma (oder die Benutzung von Firmen-Bestandteilen) nicht als Lizenz bezeichnet, ist aber grundsätzlich ebenfalls möglich (vgl. aber unten Zif. 5/b). Weiter wird insbesondere auch die Einräumung des Nutzungsrechts an Urheberrechten als Lizenzvertrag bezeichnet; auch hier besteht in der Grundstruktur Übereinstimmung, so auch in den Regeln über den Verlagsvertrag (OR 380-393; dazu unten § 11).

Die Persönlichkeitsrechte i.S. von ZGB 28 weisen normlogisch dieselbe Struktur auf wie Immaterialgüterrechte, bleiben aber in vorliegendem Zusammenhang ausser Betracht, was schon dadurch gerechtfertigt ist, dass eine vertragliche Bindung i.S. eines Verzichts auf künftige Geltendmachung der zustehenden Unterlassungsansprüche ohnehin ausgeschlossen bleibt.

d) Lizenzerteilung und Rechts-Uebertragung

Von der Lizenz i.S. der Einräumung einer Nutzungserlaubnis (dh. Rücknahme eines aus einem bestimmten Schutzrecht fließenden Unterlassungsanspruchs) ist zu unterscheiden die Uebertragung des Schutzrechtes selber: Patente können verkauft, verschenkt werden; ähnliche Uebertragungsmöglichkeiten bestehen auch bei

den übrigen Immaterialgüterrechten (damit zusammenhängende Sonderprobleme sind im Immaterialgüterrecht, nicht im allgemeinen Kaufrecht - unten §§ 3-5 zu behandeln. I.d.R. Formerfordernis einfacher Schriftlichkeit und - für Wirkung gegenüber Dritten - Erfordernis des Register-Eintrags). Derartige Rechtsübertragungen belassen dem bisherigen Rechtsträger keinerlei Befugnisse und Unterlassungsansprüche; dieser hat daher auch nichts mehr zu erlauben. Die Lizenzerteilung als eine Ermächtigung in einem dem Geber zustehenden Schutzbereich ist daher streng zu unterscheiden von einer Uebertragung des Schutzrechts selber. Im Sachenrecht ist der durchaus analoge Gegensatz zwischen Rechtsübertragung (Sachübereignung) und Einräumung einer Sachnutzungsbefugnis jedermann geläufig; der Lizenzvertrag ist allein mit letzterem Vorgang (Sachüberlassung kraft Leihe, Miete oder Pacht) vergleichbar.

e) Einteilung nach der Extension des Rechtsverzichts

aa) Begrenzung in Raum und Zeit: Eine zeitlich und örtlich nicht begrenzte Lizenz ist zwar denkbar; oft wird jedoch dem Lizenznehmer die Lizenz nur für ein oder mehrere Länder erteilt; die Erteilung kann zum vornherein zeitlich befristet sein oder eine Kündigung vorsehen. Spätestens mit Erlöschen des Schutzrechts wird der Lizenzvertrag gegenstandslos.

bb) Lizenz bedeutet lediglich, dass dem Nehmer ein bestimmtes Verhalten erlaubt wird, nicht jedoch, dass andere deshalb nicht auch dieselbe Erlaubnis haben könnten. Vertraglich festzulegen ist daher, ob der Lizenzgeber im übertragenen Bereich für sich selber noch die übertragenen Freiheiten behalten will (ev. unter Einräumung konkurrierender Lizenzen an Dritte; "nicht ausschliessliche" Lizenz) oder dem Lizenznehmer eine diesem allein zustehende Erlaubnis erteilt ("ausschliessliche" Lizenz).

f) "Pseudo-Lizenzen"

Lizenzverträge im eigentlichen Sinne liegen nur vor, falls dem Lizenzgeber ein Immaterialgüterrecht zusteht. In der Praxis benutzt man den Ausdruck "Lizenzvertrag" gerne auch, wenn diese Voraussetzung nicht besteht. Insbesondere werden oft "Know-how-Verträge" ("Gewusst-wie-Verträge") als Lizenzverträge bezeichnet. Mit diesen wird technisches oder kommerzielles Wissen, das sehr wertvoll sein mag, indessen keinen spezialgesetzlichen Schutz genießt und nur auf Grundlage faktischer Geheimhaltung beruht, übertragen.

2. Pflichten des Lizenzgebers

Diese erschöpfen sich nicht in der Erlaubniserteilung, sondern werden regelmässig ergänzt durch eine Reihe zusätzlicher Pflichten, die von Fall zu Fall verschieden sind und zu verschiedenen Ausprägungen des Lizenzvertrages führen, der (wie die meisten Innominatkontrakte) kein einheitliches Phänomen darstellt.

a) Primärpflicht der Erlaubnis-Erteilung als Verpflichtungsgeschäfte

Diese charakterisiert den Lizenzvertrag (dazu oben Zif. 1). Anders als bei der Uebertragung eines Schutzrechts ist hier die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft nicht am Platze. Ist das Wesen der Lizenz die vertragliche Erlaubnis eines bestimmten Verhaltens (dh. die Verpflichtung, keine Verletzungsansprüche geltend zu machen), treten die Erlaubnis- bzw. Verpflichtungswirkungen unmittelbar mit Vertragswirksamkeit ein; die Lizenz geht nicht über die Verpflichtung hinaus, enthält kein Verfügungselement (vgl. zum Gegensatz OR/AT § 4/VIII).

Die Lizenzerteilung wirkt als Verpflichtungsgeschäft und schuldrechtlicher Vertrag nur zwischen den Vertragspartnern, nicht aber gegenüber Dritten; wird das fragliche Schutzrecht von einem Dritten verletzt, hat daher der Lizenznehmer keinen direkten Anspruch gegen den Verletzer, sondern muss sich an seinen Vertragspartner halten.

b) Faktisches Element; Information

Das bloße "Dürfen" wird dem Lizenznehmer meist nicht genügen; er wird sich zusätzliche Unterstützung, zumal Informationen, ausbedingen. Dies bereits zu Beginn (wo z.B. die Patentschrift nicht alle wesentlichen Angaben enthalten wird); Informationen über technische Weiterentwicklung, Erfahrungen usw. sind zu vereinbaren. Die Zusammenarbeit kann ganz verschiedene Intensität annehmen, kann auch eine eigentliche Unterstützung durch den Lizenzgeber (technische Einführung, Kontrollen usw.) implizieren.

c) Vertragliche Zusatzelemente

Ein Lizenzvertrag kann gleichzeitig verschiedene Lizenzen einräumen, eine Patentlizenz z.B. ergänzt werden durch eine Markenlizenz betr. das fragliche Produkt. Auch kommt eine finanzielle Beteiligung des Lizenzgebers am Unternehmen des Nehmers in Betracht, ein Kontroll- und Weisungsrecht des ersteren usw. Im Extremfall spricht man nicht mehr von Lizenzvertrag, sondern eher von Franchising (dazu unten Zif. VII).

d) Garantie-Elemente

Das bloße Erlauben bedingt an sich noch nicht irgend eine Gewährleistung der kommerziellen Brauchbarkeit; es beinhaltet an sich weder die Zusicherung, dass das Schutzrecht, dessen Nutzung man lizenziert, als solches besteht, noch, dass dessen Nutzung "nützlich" ist: Bei einer Patentlizenz ist weder der Bestand des Patentes noch die Tauglichkeit der darin verkörperten Erfindung notwendig enthalten. Diese praktisch meist ausschlaggebenden Elemente müssen in der Vertragsgestaltung möglichst präzise festgeschrieben werden. Bei Schweigen des Vertrages kann Nichtbestehen bzw. Unbrauchbarkeit des Schutzrechts allenfalls als Grundlagenirrtum qualifiziert werden (OR 24/I Z. 4; dazu OR/AT § 13, bes. Zif. III), stellt jedoch keine (weder anfängliche noch nachträgliche) Unmöglichkeit der Lizenzgeber-Leistung dar.

Im Falle von Patentverletzungen durch Dritte in einem den Lizenznehmer ausschliesslich zugeordneten Bereich ist der Lizenzgeber zum Vorgehen gegen den Verletzer verpflichtet, welcher Pflicht allenfalls auch durch Einräumung einer Prozessführungsbefugnis an den Lizenznehmer nachgekommen werden kann.

3. Pflichten des Lizenznehmers

a) Preiszahlungspflicht ("Lizenzgebühr")

Vom Ausnahmefall der unentgeltlichen Lizenzerteilung (die als Schenkung zu qualifizieren wäre; vgl. unten § 6) abgesehen, stellt die Zahlung einer Lizenzgebühr die hauptsächliche Pflicht des Nehmers dar. Die Zahlung kann in einem einmaligen Betrag oder in periodischen Leistungen bestehen. Sie kann in der Höhe zum voraus fixiert sein oder aber von künftigen Elementen (wie Höhe des erzielten Umsatzes o.dgl.) abhängen; beides lässt sich verbinden (feste Minimalgebühr und umsatzabhängige Zusatzgebühr).

b) Nutzungspflicht

Oft wird der Nehmer verpflichtet sein, von der ihm eingeräumten Freiheit auch Gebrauch zu machen, das Produkt herzustellen (bereits in der Vereinbarung einer festen Gebühr kann ein indirekter Zwang zur Nutzung erblickt werden).

c) Mitteilungspflichten

Der Nehmer kann zur Mitteilung von technischen oder kommerziellen Erfahrungen verpflichtet sein; er muss sodann Schutzrechtsverletzungen dem Geber mitteilen.

d) Gebundenheit betr. Vermarktung des Produkts

Der Nehmer kann verpflichtet werden, das Produkt nur unter einem bestimmten Namen, in bestimmter Qualität/Aufmachung, zu einem bestimmten (minimalen oder maximalen) Preis abzusetzen. Am wichtigsten ist das vertragliche Verbot, bei Lizenzen mit Gebietsbeschränkung, ausserhalb des fraglichen Gebietes zu vertreiben.

4. "Rechtsnatur" des Lizenzvertrages

Gemäss OR 275/I kann der Lizenzvertrag als Pachtvertrag qualifiziert werden (Ueberlassung eines "nutzbaren Rechts"); allerdings muss man sich eingestehen, dass wenige pachtrechtliche Bestimmungen sinnvolle Anwendung finden können und OR 275-304 wenig Rücksicht auf Verhältnisse des Lizenzvertrages erkennen lassen. Insbesondere die mehr oder weniger beidseitigen Kooperationspflichten (oben Zif. 2/c, 3/c lassen sich hier nicht einordnen, sondern würden den Vertrag je nachdem eher der einfachen Gesellschaft (OR 530-551) annähern. Auch die Anwendung von Regeln der kaufrechtlichen Sachgewährleistung ist unter besonderen Voraussetzungen denkbar.

Insgesamt darf wohl festgehalten werden, dass der Abschluss des Vertrages formfrei ist, dass meist ein Dauerschuldverhältnis vorliegt (Ausnahme: Lizenzierung eines einzelnen, kurzfristig zu verwirklichenden Werkes), dass der Vertrag der Regel der Auflösung aus wichtigem Grund unterliegt (übertragene Anwendung insbesondere von OR 291 und OR 545/II). Ob von einem echten Synallagma gesprochen werden soll, mag offen bleiben, jedenfalls dürften Regeln wie OR 82 (Leistungsverweigerungsrecht bei Ausbleiben der Gegenleistung) oder OR 107 (Möglichkeit der Vertragsterminierung wegen Nichterfüllung) grundsätzlich angewendet werden.

5. Sonstige Gesichtspunkte

a) Internationaler Aspekt

Bei grenzüberschreitenden Lizenzverträgen in Europa ist u.a. das EG-Wettbewerbsrecht zu beachten, vor allem in bezug auf die Frage, welche Klausel im Sinne des EWG-Vertrages eventuell als wettbewerbsbehindernd gelten könnten. Vgl. die Gruppenfreistellung von Patentlizenzverträgen (darunter fallen sowohl die eigentlichen Patentlizenzverträge als auch das technische Wissen/Know-how) nach Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, VO von 1979.

b) Hinweis auf immaterialgüterrechtliche Vorschriften

aa) Artikel 34 PatG und Art. 4/II MMG sind die beiden einzigen auf den Lizenzvertrag verweisenden Gesetzesnormen. In Art. 36 und 37 PatG werden die Voraussetzungen der Zwangslizenz geregelt. Eine Lizenz des ursprünglichen Patentinhabers kann dann notwendig werden, wenn (z.B. bei Weiterentwicklungen, Verbesserungen) das neue Produkt nur unter Verletzung bestehender Patentrechte hergestellt werden könnte.

- bb) Eine Marke darf, gemäss Art. 11/I MSchG nur mit dem Geschäft/Unternehmensteilen, also nicht "nackt/leer" übertragen werden (Ausnahme vgl. BGE 72 II 427). Das Bundesgericht erklärte jedoch die Markenlizenz als zulässig unter dem Vorbehalt, dass die Abnehmer nicht getäuscht werden (BGE 79 II 221).
- cc) Als Folge der Firmenwahrheit (die Firma soll den tatsächlichen Verhältnissen nicht widersprechen OR 944/I) ist die Firma unübertragbar ausgestaltet; die Geschäftsbezeichnung (Enseigne) jedoch kann, mittels eines "Lizenzvertrages", abgetreten werden.

6. Hinweis auf Judikatur

Die veröffentlichten Entscheide sind spärlich und beziehen sich vor allem auf die Patent- und Markenlizenzverträge: BGE 61 II 142; 75 II 169; 79 II 221; 85 II 38; 92 II 299; 95 II 271; 96 II 154 E. 2; 101 II 297; 105 II 55; 107 II 81; 109 II 204; 110 II 239.

VII. Franchise-Vertrag

Literatur:

C. Baudenbacher, Die Behandlung des Franchisevertrags im schweizerischen Recht, in: Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, Bern und Stuttgart 1985, p. 205-229 (ausführliches Literaturverzeichnis p. 227-229); W.R. Schluep, Der Franchisevertrag, in: SPR VII/1, p. 849-858; M. Wang, Die wirtschaftliche Funktionsweise des Franchising aus der Sicht der Mövenpick Unternehmungen (Leitsätze mit Kommentar), in: Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, Bern und Stuttgart 1985, p. 193-203.

1. Begriff und Erscheinungsformen

"Globalisierung" der Werbung und die in bestimmten Bereichen internationale Uniformierung des Warenangebots wie der Konsumgewohnheiten bedeutet, dass oft nur der weltweit operierende Anbieter wettbewerbsfähig ist. Das können Grösst-Unternehmen sein; als neue Form bietet sich auch (das in bestimmten Bereichen dominierende) System des Franchising an, demzufolge die Franchise-Nehmer (engl. franchisee) sich einem vom Franchise-Geber (engl. franchisor) entwickelten und rechtlich beherrschten Marketing-System unterordnen, um gegenüber dem Konsumenten als Repräsentant des Gross- und Weltanbieters aufzutreten, dabei eine typisierte (und oft hochentwickelte) Leistung anzubieten und eine günstige Wettbewerbsstellung zu erlangen, welcher Vorteil die zu übernehmenden finanziellen Pflichten wie auch den Verlust völliger Unabhängigkeit wettmacht.

Der Franchise-Nehmer bleibt auf eigene Rechnung handelnder, rechtlich unabhängiger Kaufmann, wobei allerdings eine mehr oder weniger weitgehende finanzielle Beteiligung des Franchise-Gebers am Nehmer häufig vorkommt.

2. Produkte- und Betriebs-Franchising

Je nachdem, ob die anzubietende Leistung in einem Produkt oder aber in einer Dienstleistung besteht, wird das Produkte- und das Betriebs-Franchising unterschieden.

Beim Produkte-Franchising wird ein Produkt bekannter Marke nach einem typischen Marketing-Konzept vertrieben (in welchem Fall eine Annäherung an den Alleinvertriebsvertrag - oben Zif. V - stattfindet). Oft soll aber der Franchise-Nehmer das Produkt auch ganz oder teilweise vorbildskonform selber herstellen (so etwa in der Textil- oder Getränke-Branche).

Beim Betriebs-Franchising wird, vor allem bei internationalen Hotel- und Restaurant-Ketten, Autovermieter-Firmen u.dgl. zwangsläufig der Hauptteil der dem Kunden gebotenen Leistung vom Franchise-Nehmer an Ort erbracht.

3. Die einzelnen vertraglichen Elemente

Durchwegs impliziert ein Franchising eine oder mehrere vom Geber dem Nehmer eingeräumte Lizenzen (Markenlizenz, ev. Firmenlizenz, beim Produkte-Franchising ev. Patentreizenz). Es gewinnen jedoch die begleitenden Elemente Oberhand: Der Nehmer muss vom Geber faktisch unterstützt werden durch Vermittlung von Know-how, durch Ausbildung von Personal, durch Kontrolle (die der Geber in seinem eigenen Interesse wie in jenem aller Partizipanten ausübt); dem Geber steht auch eine mehr oder weniger weitgehende Weisungsbefugnis zu. Da die vom Nehmer zu entrichtende Gebühr wohl meist ertragsabhängig sein wird, decken sich bis zu einem gewissen Grad die Interessen von Franchise-Nehmer und Geber, was den Vertrag in die Nähe der einfachen Gesellschaft rücken kann. Im übrigen ist eine Annäherung an gesetzliche Vertragstypen hier besonders schwierig. Das im allgemeinen für den Lizenzvertrag Gesagte (Formfreiheit, Dauerschuldverhältnis, ev. Synallagma, vgl. oben Zif. VI/4) kann weitgehend auf den Franchise-Vertrag übertragen werden.

VIII. Factoring

Literatur:

R. Erni, Factoring nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1974 (dazu Besprechung H. Reichwein in SJZ 71 p. 387 f.); H. Rey, Die Behandlung des Factoringvertrages im schweizerischen Recht, in: Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, Bern und Stuttgart 1985, p. 171-189; K.F. Schär, Die wirtschaftliche Funktionsweise des Factoring, in: Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, Bern und Stuttgart 1985, p. 163-170; W.R. Schluop, Innominatverträge, SPR VII/2, p. 763-958.

1. Allgemeines

a) Merkmale im allgemeinen

Factoring könnte allgemein und untechnisch als "Debitorenbewirtschaftung" umschrieben werden, die regelmässig auf einer Abtretung (aller oder bloss ausgewählter) Forderungen beruht und deren Inkasso zum Ziele hat, zusätzlich jedoch mit weiteren Dienstleistungen des Factors ergänzt wird:

- Debitorenkontrolle und Inkasso (unten Zif. 2)
- Uebernahme des Delcredere-Risikos (unten Zif. 3)
- Bevorschussung (unten Zif. 4).

Diese Elemente müssen nicht alle verwirklicht sein; fallweise sind nur einzelne von ihnen vorhanden.

b) Rechtliche Einordnung

Mehr als bei anderen Innominatkontrakten lassen sich beim Factoring einzelne Elemente gesetzlichen Vertragstypen zuordnen, so insbesondere dem Auftrag und dem Darlehen, ev. dem Forderungskauf bzw. der Forderungsübertragung an Zahlungs statt. Die vertragstypische Abtretung der Guthaben unterliegt den ordentlichen Zessionsregeln (OR 164-174; OR/AT § 31/III).

2. Debitorenkontrolle und Inkasso

Dem Unternehmer wird ein Teil der Buchführung abgenommen, darüber hinaus ev. bereits die Rechnungsstellung durchgeführt, das Mahnwesen und die laufende Debitorenüberwachung verwirklicht usw. Sodann und vor allem kann das Inkasso selber (ungefähr im vom Inkasso-Institution betriebenen Umfang, dh. wohl ohne die prozessuale Durchsetzung i.e.S.) betrieben werden. - In diesen Aktivitäten kann ein Rationalisierungszweck liegen; es wird aber (nicht immer offen eingestanden) auch erreicht, dass der Factor eine Kontrolle der Ausstände seines Kunden erlangt, was eine weitergehende Finanzierung ermöglicht. Gegenüber den Schuldnern des Kunden wird das Factoring offen gelegt, was gegenüber der (regelmässig nicht notifizierten) Zession zusätzliche Sicherung bewirkt.

3. Uebernahme des Delcredere-Risikos

Hier liegt wohl die überzeugendste Rechtfertigung der Institution.

- a) Bonitätsprüfung: Noch vor Vertragsschluss mit einem nicht bekannten, hinsichtlich Solvenz nicht zu beurteilenden Dritten kann der Kunde dem Factor die Forderung anbieten; der Factor als spezialisiertes Unternehmen hat unvergleichlich bessere Möglichkeiten als der Unternehmer, die Kreditwürdigkeit des Dritten zu beurteilen (im internationalen Verhältnis durch Einschaltung von Korrespondenten), sodann
- b) Risikoverteilung: Der Factor wirkt als Versicherer, indem er die Risiken auf die Gesamtheit seiner Kunden verteilt, von denen jeder bloss eine "Kommission" (wirtschaftlich: Versicherungsprämie) in der Höhe von wenigen Prozenten oder gar bloss Prozent-Bruchteilen bezahlt.

4. Bevorschussung (Finanzierungsfunktion)

In dieser Hinsicht hat der Factor die gleiche Funktion wie diejenige der Zessionskredite gewährenden Banken (wobei zusätzliches Sicherungselement; vgl. oben Zif. 2). Auch im Falle des Factors kommt die Globalzession künftiger Forderungen vor, wobei allerdings insofern die Funktion der Bonitätsprüfung (oben Zif. 3) naturgemäss nicht wirksam werden kann, der Factor insofern lediglich Funktion des Bankiers hat.

5. UNIDROIT-Entwurf zum Factoring

Unter der Aegide "UNIDROIT" (vgl. dazu Hinweis unten § 3/I/5/c) wurde eine "Convention on international factoring" vorbereitet und am 28.5.1988 verabschiedet (vgl. International Legal Materials, vol. XXVII, July 1988, p. 922 ff.), was die Bedeutung des Factoring zu illustrieren vermag.

IX. Vergleich

Literatur:

P. Gauch, Der ausserordentliche Vergleich, in: Innominatsverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von W.R. Schluep, Zürich 1988; M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, p. 393 ff. (dort weitere Literaturhinweise in Anm. 1); M. Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. A., Bern 1984, p. 149 ff.; A. Meier-Hayoz, Vergleich, in: Schweizerische juristische Kartothek 463, 1; W.R. Schluep, Der aussergerichtliche Vergleichsvertrag in: SPR VII/2, p. 944 ff.; F. Seethaler, Der aussergerichtliche Vergleich, Diss. Zürich 1946, p. 14; P. Tercier, Les règlements transactionnels, in: Journées du droit de la circulation routière, Fribourg 1984, p. 2; O. Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984, p. 167.

1. Allgemeines

a) Begriff

Der Vergleich wird definiert als "Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird" (BGB § 779/1).

Es liegt ein zweiseitiger Vertrag vor, in dem beide Leistungen erbringen, dh. "nachgeben"; würde die eine Partei voll den gegnerischen Standpunkt anerkennen, würde entweder Schuldanerkennung oder aber Forderungsverzicht vorliegen.

Die Ungewissheit muss sich auf eine Rechtsbeziehung der Parteien beziehen (wer gegen wen welche Ansprüche hat, wem strittige dingliche Rechte zustehen usw.). Gleichgültig ist, worin die Ungewissheit ihre Ursache hat: Sie kann im Faktischen liegen (ob es die Kugel des Jägers A war, die den B traf) oder auf Ungewissheit der rechtlichen Beurteilung beruhen (Soll der Jäger A, der nicht geschossen aber die Jägergruppe geführt hat, haften, wenn eines deren Mitglieder den B angeschossen hat?).

Vergleich ist vorab ein Vertrag des materiellen Privatrechts und nach diesem zu beurteilen; wird der Vergleich im Prozess geschlossen, können prozessrechtliche Gesichtspunkte Einfluss gewinnen (unten Zif. 5).

b) Rechtsvergleichung

Das OR (wie auch bereits das PGB) normiert den Vergleich nicht; das BGB stellt in § 779 eine einzige Vorschrift auf. Im übrigen geht die wissenschaftliche Tradition dieses Vertragstypus bis ins römische Recht zurück (Dig. 2, 15 und Codex 2, 4, "de transactionibus"; Winscheid II §§ 413 f.); einzelne ausländische Kodifikationen geben eine relativ einlässliche Normierung (franz. CC art. 2044-2058; ABGB §§ 1380-1391; it. CC art. 1965-1976; CC von Chile art. 2446-2464; CC von Spanien Art. 1809-1819), die berücksichtigt werden kann.

c) Bedeutung

Das Privatrecht (ganz im Gegensatz zu den meisten Bereichen des öffentlichen Rechts) verwirklicht sich zur Hauptsache ausserhalb des Prozesses und ohne jede Beteiligung staatlicher Instanzen (von den weit über 100'000 jährlich entstehenden Schadenersatzansprüchen infolge Strassenverkehrsunfällen, von den wohl weit über 10'000 jährlich vollzogenen Nachlassteilungen werden nur kleine Prozent- oder gar Promill-Sätze "ausgekämpft"). Ueberall bestehen divergierende Stand-

punkte, überall ist ein Bereich von Ungewissheit. So gesehen ist in der Durchsetzung des Privatrechts immer ein Element von Vergleich vorhanden, auch wenn dies nicht immer bewusst wird.

2. "Natur" des Vertrages

- a) Vertragsschluss ist formfrei möglich; in aller Regel wird Schriftform gewählt. Soll mit dem Vergleich eine Wirkung herbeigeführt werden, die nur durch formbedürftigen Vertrag zu erreichen ist, gelten die diesbezüglichen Formvorschriften (z.B. Uebertragung von Forderungen oder Grundeigentum, Begründung von Dienstbarkeiten usw.).
- b) Vergleich ist gleichzeitig ein schuldrechtlicher (dh. Pflichten der Parteien begründender) Vertrag (Verpflichtungsgeschäft), stellt aber gleichzeitig auch ein Verfügungsgeschäft dar (ohne seinerseits einen Rechtsgrund zu besitzen; vgl. OR/AT § 22/I/5 für Erlassvertrag): Verpflichtungsgeschäft, soweit eine Partei die Ansprüche der Gegenseite anerkennt, Verfügungsgeschäft, soweit auf die weitergehenden eigenen Ansprüche verzichtet wird.
- c) Streitig ist, ob der Vergleich Novationswirkungen habe (vgl. dazu OR/AT § 22/IV). Die Frage ist grundsätzlich zu bejahen: Die Rechtsbeziehung der Parteien wird auf eine neue Grundlage gestellt (Verpflichtungselement), während man die den Vergleich übersteigenden Ansprüche aufgehoben hat (Verfügungselement). Aus Deliktsansprüchen wird im Vergleichsfall ein Vertragsanspruch (der der Verjährung unterliegt; BGE 100 II 144/5 E. 2) usw. Allerdings ist von Fall zu Fall zu prüfen, welchen Umfang der Vergleich hat und welches die Tragweite der Novationswirkungen ist; sehr wohl ist möglich, dass bei komplexeren Rechtsbeziehungen nur ein Teil der gegenseitigen Ansprüche vergleichsbetroffen sind.
- d) Bei Vergleichen ist häufig (die oft unausgesprochen bleibende) Bedingung immanent, dass die Partei die vergleichsweise geschuldete Leistung vertrags-(vergleichs-)konform erbringt. Zumal bei der Vertragserfüllung aufgetretenen Schwierigkeiten wird oft eine, die gegebene Situation bereinigende, Vereinbarung getroffen, derzufolge die bisher säumige Partei zu einer bestimmten Leistung verpflichtet ist, es jedoch die Meinung hat, dass die Regelung nur gelten solle, wenn richtige Erfüllung des Vergleichs erfolgt. Ist dies nicht der Fall, Dahinfallen des Vergleichs und Wiederherstellung der früheren Vertragslage (dh. Schadenersatzanspruch aus Verletzung des Primärvertrages, nicht aus der Nichterfüllung des Vergleichs).
- e) Abschluss eines Vergleichs setzt volle Handlungsfähigkeit voraus. Der Vormund kann nur mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde vergleichen (ZGB, 421 Zif. 8); Spezialvollmacht wird gefordert durch OR 396/III.

3. Sonderproblem der Irrtumsanfechtung

Traditionell im Vordergrund stehende Frage, ob Irrtumsanfechtung zulässig oder aber infolge der besonderen Natur des Vergleichs ausgeschlossen sei; BGB § 779 ist diesem Problem gewidmet und gibt eine "sowohl-als-auch"-Lösung, die übernommen werden kann: Es wird unterschieden zwischen dem, was bei Vertragsschluss ungewiss war (und Streit veranlasste, Vergleich notwendig machte); bezüglich dieses caput controversum ist eine Anfechtung ausgeschlossen, auch wenn man durch nachträgliche

Information erfährt, dass man den Vergleich besser nicht geschlossen hätte. Irrtumsanfechtung ist beschränkt (auf die wohl weniger wahrscheinliche) Variante, dass ein Irrtum das betrifft, was zwischen den Parteien nicht streitig war (das caput non controversum). Beispiel: Wird ein Streit über die Auslegung eines unklaren Testamentes durch Vergleich erledigt, dann kann man diesen nicht anfechten, wenn nachträglich zum Vorschein kommende Korrespondenz die Lesart der einen Partei bestätigt (betroffen ist das caput controversum). Falls jedoch nachträglich offenkundig wird, dass das Testament (wegen Urteilsunfähigkeit, Formmangels - unrichtigen Orts- und Zeitangaben - o.dgl.) insgesamt nichtig ist, kann der Vergleich wegen Grundlagenirrtums angefochten werden (Testamentsgültigkeit war caput non controversum).

BGE 111 II 349; 109 II 348; 105 II 277; 101 II 19; 100 II 145; 96 II 26; 95 II 422; 82 II 375 E. 2; 54 II 190f.; 48 II 107; ZR 66/105 für gerichtlichen Vergleich (vgl. auch 110 II 46).

Im Falle von Täuschung und Drohung (OR 28, 29/30; dazu OR/AT § 13/V, VI) ist wohl die Willensmängelanechtung ohne die obige Einschränkung zuzulassen.

4. Uebervorteilung (OR 21)?

Ausländische Kodifikationen schliessen die Uebervorteilungs-Anfechtung regelmässig aus (fr.CC art. 2052/II, ABGB § 1386, it.CC art. 1970). BGE 54 II 188 will (obiter) diese grundsätzlich zulassen, verneint sie aber in casu; grundsätzlich zulassend Staudinger/Marburger, § 779 N. 70. Zurückhaltung ist jedenfalls geboten.

Für Strassenverkehrsunfälle statuiert SVG 87/II die Sonderregel, dass "offensichtlich unzulängliche Entschädigungen" festsetzende Vereinbarungen binnen Jahresfrist anfechtbar sind.

5. Gerichtlicher Vergleich

Auch noch innerhalb eines Prozesses werden häufig Vergleiche geschlossen. Das Prozessrecht bestimmt nicht die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Zustandekommens eines Vergleichs, wohl aber dessen prozessuale Wirkungen. Es kann entweder das Verfahren als "gegenstandslos geworden" bzw. "als durch Vergleich erledigt" abgeschrieben werden, oder es kann das Gericht ein (auf den Vergleich gestütztes, nicht eigener Beurteilung entspringendes) Sachurteil fällen, das dem Kläger einen definitiven Rechtsöffnungstitel (SchKG Art. 80) verleiht (die Internationale Handelskammer schreibt für deren Schiedsverfahren das letztere Vorgehen vor; Art. 17 der IHK-Schiedsordnung).

Wie ist Willensmängel-Anfechtung nach Prozesserledigung infolge Vergleichs möglich? Während noch offener Rechtsmittelfrist kann dies in der Rechtsmittelinanz vorgebracht werden (ZR 66/105).

Nach Ablauf der Frist ist, soweit im übrigen verfügbar, Revision zuzulassen. Selbstverständlich ist die private Willensmängel-Anfechtung kein Grund, definitive Rechtsöffnung zu verweigern (so auch SJZ 1988 p. 218 Nr. 36).

X. Vorvertrag

Literatur:

E. Béguelin, Vertrag. Allgemeines, in SJK 89 p. 7f.; E. Bucher, Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, in Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern/Stuttgart 1979 p. 169-194; P. Cavin, La promesse de contracter, Sem.jud. 92 (1970) p. 321 ff; Degenkolb Zur Lehre vom Vorvertrag, AcP 71 (1887) p. 1 ff.; F. Fueyo Laneri, Derecho Civil, Tomo V, Vol II/1 (Contratos Preparatorios usw.), 2. A., Santiago de Chile 1964 (mit Verweisung auf die gesamte reichhaltige spanischsprachige Literatur); D. Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag. Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss, in Beiträgen zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 32, Berlin/Tübingen 1965; H. Roth, Der Vorvertrag. Eine zivilistische Studie unter besonderer Berücksichtigung von Art. 22 des schweizerischen Obligationenrechts, in Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bd. 37, Bern 1928; Schlossmann, Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte, in Jherings Jb., Bd. 45 (Jena 1903) p. 1ff.; A. v. Tuhr, OR Bd. I § 33/I; B. Wabnitz, Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung, Diss. Münster 1962.

1. Allgemeines

a) Begriff

Vorvertrag ist der Vertrag, der zum Abschluss eines weiteren schuldrechtlichen Vertrages (des sog. Hauptvertrages) verpflichtet. Dieser soll seinerseits von den Parteien des Vorvertrages geschlossen werden ("sog. zweiseitiger Vorvertrag") oder aber von einem der Partner des Vorvertrages mit einem Dritten (sog. "einseitiger Vorvertrag").

b) Abgrenzung gegenüber verwandten Erscheinungen

Nicht als Vorverträge sollen hier gelten:

- die bei mündlichem Abschluss eines Vertrages getroffene Vereinbarung, den Vertrag nachträglich noch schriftlich (oder in einer anderen Form) zu fixieren;
- der schuldrechtliche Vertrag, der zur Vornahme einer Verfügung zwingt (die ihrerseits, als zweiseitiges Rechtsgeschäft, Vertragsnatur hat), z.B. Kauf, nicht Vorvertrag zur anschliessenden Eigentumsübertragung;
- der Vorkaufsvertrag (oder ein sonstiger "Vorrechtsvertrag"), der nur im sog. Vorkaufsfall einen Kaufanspruch verleht;
- ein Grund- oder Rahmenvertrag (vgl. dazu oben § 1/VIII und OR/AT § 9/IX);
- ein Vertrag, der zwar als Vorvertrag bezeichnet ist und die Erfüllung aufschiebt, jedoch mit voller Bindungswirkung schon heute geschlossen ist ("Verpflichte mich, Dir in einem Jahr zu verkaufen" statt richtig: "Verkaufe heute, liefere in einem Jahr");
- der Vertrag, welcher der einen, nicht aber der anderen Partei den Anspruch auf einen Vertragsschluss gibt (z.B. Kaufrecht, "Option"), wird überwiegend nicht als Vorvertrag qualifiziert, so z.B. nicht von v. Tuhr, OR I § 33/II.

c) Praktische Bedeutung

Einen Vorvertrag mögen Parteien schliessen, wenn sie getroffene Abmachungen festschreiben, jedoch gleichzeitig die Dinge etwas vor sich herschieben wollen, derzeit bloss einen "relativierten Bindungswillen" (dazu unten Zif. 3/c) besit-

zen. Oder es soll für eine erst zu gründende juristische Person (AG) gesichert werden, dass diese, wenn entstanden, einen bestimmten Vertrag schliessen können. Sodann besteht in den welschen Kantonen noch heute die Tradition der "promesse de vente". Altherwürdige Tradition hat sodann die (ebenfalls als Vorvertrag zu qualifizierende) Vereinbarung und Ausrichtung eines "Haftgeldes" ("arrha pacto imperfecto data"), das den Abschluss eines künftigen (möglicherweise noch nicht in allen wesentlichen Vertragspunkten feststehenden) Vertrages sicherstellen soll und beim Nichtabschluss verfällt (vgl. OR/AT § 29/III).

d) Gesetzliche Grundlage: OR 22

Während das aOR den Vorvertrag nicht erwähnt, besteht seit der Revision 1911 Art. 22 des OR (Ausland: franz. CC und deutsches BGB keine Erwähnung; ABGB § 936). OR 22 ist in Abs. I rein deklaratorisch; aufgrund der Vertragsfreiheit ist ein Vorvertrag ohne explizite Grundlage möglich. Abs. II ist überflüssig; in OR 216 ist das für den Kauf Nötige bereits gesagt. - Art. 22 lässt sich wohl nur durch das Bedürfnis erklären, die Institution des Vorvertrages gegen den im Jahre 1903 (dh. nach Erlass des BGB) erfolgten vielbeachteten Angriff von Schlossmann (a.a.O.) zu verteidigen (OR 22 als "Anti-Schlossmann-Paragraph", vgl. dazu Bucher a.a.O. p. 172).

e) Literarische Ablehnung

In der gegenwärtigen schweizerischen Literatur wird die Figur des Vorvertrages, unter dem Einfluss v. Tuhrs (OR I § 33/I), überwiegend abgelehnt ("widerspruchsvoll", so Guhl, "Begriff ohne realen Hintergrund" v. Bühren. Guhl: "Ist man durch den Vorvertrag schon zur Uebernahme bestimmter Verbindlichkeiten verpflichtet, so ist der Hauptvertrag kein Vertrag mehr, und ist man noch nicht dazu verpflichtet, so ist der Vorvertrag noch kein Vertrag"; OR, 5. Aufl. 1956, p. 94).

Die Kritik lässt sich, mit ähnlichen Argumenten, über Schlossmann (1903), Savigny (1853), bis zu den Postglossatoren zurückverfolgen (vgl. dazu Wabnitz, a.a.O. und weitere Hinweise bei Bucher, a.a.O., p. 176). - Ob die Institution notwendig und sinnvoll ist, soll indes nicht die Frage sein; wenn Vorverträge möglich sind und auch tatsächlich vorkommen, muss man das Phänomen akzeptieren. Einen klar definierten Sinn erlangt der Vorvertrag dann, wenn man ihn als Vertrag mit eingeschränkter Nichterfüllungssanktion (dh. ausgeschlossener Realexekution) verstehen würde (dazu unten Zif. 3). Sodann sind "einseitige Vorverträge" (vgl. oben Zif. 1/a) durch keine andere Rechtsfigur zu ersetzen.

2. Abschluss und Inhalt des Vertrages

Der Vorvertrag ist an keine Form gebunden, aber so gut wie immer schriftlich fixiert. Meist wird die Auffassung vertreten, er müsse inhaltlich so weit bestimmt sein, wie der zu schliessende Hauptvertrag (v. Tuhr, OR Bd I § 33/I bei Anm. 6; Becker, OR 22 N. 4; wohl auch BGE 98 II 307 E. 1). Zusätzlich ist wohl eine zeitliche Bestimmung des geschuldeten Vertragsschlusses zu fordern und bei deren Fehlen Nichtzustandekommen des Vertrags anzunehmen (sofortige Fälligkeit, OR 75, kann wohl nicht angenommen werden; eine Pflicht zum Vertragsschluss "irgendwann" wäre inhaltslos).

Die Forderung auf Abschluss des Hauptvertrages ist vermutungsweise nicht abtretbar (vgl. OR/AT § 31/II/2/c und Anm. 22; sodann BGE 94 II 279 mit Hinweisen).

3. Nichterfüllung: Schadenersatz; Realexekution?

a) Schadenersatz

Der Vorvertrag verpflichtet zum Abschluss eines Vertrages. Weigert sich die eine Partei, vorvertragskonform zu kontrahieren, löst dies Schadenersatzfolgen wegen Nichterfüllung (OR 97) aus. Realexekution durch Klage auf Vertragsschluss wäre an den meisten Orten der Welt ausgeschlossen und war es auch unter aOR; 1911 hat die Revision, unter dem Einfluss der deutschen ZPO, grundsätzlich für Pflichten des Tuns eine Realexekution zugelassen (indirekt in OR 97/II; Unterdrückung von aOR 111: "Jede Verbindlichkeit etwas zu thun löst sich ... in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz auf ...", wie CC art. 1142. Vgl. auch OR/AT § 20/I/4/c).

b) Hinsichtlich Realexekution kann nach gegenwärtiger eindeutiger Praxis (BGE 97 II 52) nur auf Herstellung des Hauptvertrages, nicht aber direkt auf dessen Erfüllung geklagt werden (dh. beim Vorvertrag über einen Bilderkauf: Klage auf Abschluss des Verkaufsvertrages, nicht direkt auf Herausgabe/Uebereignung des Bildes); Klageverbindung ist allerdings möglich (vgl. für Deutschland etwa Kramer, Müncher Kommentar (2.A.1984), Vorbem. vor BGB § 154, N. 40 mit Hinweisen; anders Kummer in ZSR 73/1954 p. 173 sowie Bern. Appellationshof in ZBJV 1985 p. 356).

c) Ausschluss der Realexekution kraft (stillschweigender) Parteivereinbarung: Vertragsparteien können die Folgen der Nichterfüllung frei bestimmen (OR/AT § 9/II/8), was sogar stillschweigend geschehen kann. Mindestens in jenen Fällen, in denen die Parteien bereits die Möglichkeit zum Abschluss des Hauptvertrages gehabt hätten, lässt die Wahl des Vorvertrages sich meist nur so deuten, dass sie die Bindungswirkungen abschwächen wollen durch Ausschluss der Realexekution.

d) Es besteht aller Anlass zur Annahme, dass der Gesetzgeber im Jahr 1911 bei der Einführung von Art. 22 OR davon ausging, bei Vorverträgen würde nur Schadenersatz, nicht Realexekution verfügbar sein (vgl. Bucher a.a.O. p. 187 ff., bes. 191/2).

4. Sonderfrage: Architekten- und Baumeisterverpflichtungen

Mit sog. Architekten- und Baumeisterverpflichtungen verpflichtet sich der Vertragspartner eines Architekten oder Bauunternehmers, einen bestimmten Bau (bzw. die Ueberbauung eines bestimmten Grundstückes diesem anzuvertrauen, eine Klausel, die vor allem in Verbindung mit Grundstückkäufen häufig vereinbart wird. Derartige Klauseln werden teilweise als Vorverträge qualifiziert. So vor allem auch in BGE 98 II 307 E. 1, wo in einem obiter dictum überdies gefragt wird, ob die fragliche Klausel hinreichende inhaltliche Bestimmbarkeit aufweise (was in casu und bei dieser Betrachtungsweise regelmässig zu verneinen wäre). In Wahrheit liegt aber nicht ein zur vertraglichen Vereinbarung von Bauplanung bzw. -ausführung zwingender Vertrag vor (der als solcher in der Tat ungenügend bestimmt wäre); massgeblich ist praktisch allein die darin enthaltene Exklusivklausel, dass der Bauherr, wenn er baut, keinen Dritten beauftragen darf ("Pflicht, mit Dir zu bauen" ist identische Aussage mit "Pflicht, mit keinem anderen zu bauen"). Statt eines "pactum de contrahendo" (Vorvertrag) liegt ein "pactum de non contrahendo cum tertio", dh. eine Unterlassungspflicht vor, deren Verbindlichkeit unter dem Gesichtspunkt der inhaltlichen Bestimmtheit nicht in Frage gestellt werden sollte (vgl. auch Bucher, a.a.O. p. 180-183; ders. in AcP 186 p. 50-52). Die Fragwürdigkeit derartiger Architekten- und Baumeisterbindungen ist nicht zu bestreiten, BGE 98 II 307 im Ergebnis zu begrüssen. Die Begründung müsste jedoch wohl eher über ZGB 27 gesucht werden.

XI. Anhang: Hinweis auf typisierte Vertragsklauseln

Ergänzend sollen drei Klauseln erwähnt werden, die routinemässig bei grösseren Transaktionen zu erwägen sind und die bei jedem Vertrag unabhängig von dessen Typus aufgenommen werden können.

NOTA: Fehlen die genannten Klauseln im ursprünglich geschlossenen Vertrag, können entsprechende Vereinbarungen noch bis vor Beginn der prozessualen Auseinandersetzung (Rechtswahl, Zif. 1 unten, noch während dieser) geschlossen werden, was aber das Einverständnis des Partners voraussetzt und daher nur noch ausnahmsweise möglich sein wird.

1. Rechtswahlklausel

Sobald ein Vertrag eine Auslandsbeziehung aufweist, stellt sich das Problem des auf ihn anwendbaren Rechts. Um allfällige Ungewissheit der Bestimmung des anwendbaren Rechts durch die massgeblichen Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts (IPR) oder gar diesbezügliche Zufälligkeit (die sich bei mehreren konkurrierenden Gerichtsständen - unten Zif. 2 - und damit verschiedenen in Frage kommenden Kollisionsnormen ergeben) auszuschalten oder um von den gesetzlichen Regeln abzuweichen, treffen die Parteien oft Rechtswahlklauseln, welche das auf ihre vertraglichen Beziehungen anwendbare Recht bestimmen.

Rechtswahlklauseln werden in den meisten Staaten respektiert (unter Vorbehalt des ordre public und des Rechtsumgehungsverbots) und sogar dann noch befolgt, wenn die Entstehung des Vertrages, der die Klausel des Vertrages enthält, streitig ist (dh. die Frage der Vertragsentstehung und -gültigkeit wird nach jenem Recht beurteilt, das im Falle der Vertragsgültigkeit aufgrund der dann bestehenden Rechtswahlklausel gelten würde). Für die Schweiz jetzt IPRG vom 18.12.1987 bes. Art. 13 ff.

2. Gerichtsstandsvereinbarungen

Bei Forderungsprozessen gilt als Gerichtsstand allgemein das forum am Wohnsitz/Geschäftsdomizil des Beklagten. Um die Zufälligkeit des Gerichtsstandes, der davon abhängt, welche der Vertragsparteien überhaupt oder zuerst klagt, auszuschalten oder die Zuständigkeit des Gerichts zu sichern, das eine oder beide Parteien vorziehen, werden Gerichtsstandsvereinbarungen geschlossen, die im In- und Ausland meist anerkannt werden, dh. eine Zuständigkeit des vereinbarten und eine Unzuständigkeit des ordentlicherweise zuständigen Gerichts begründen. Zu beachten ist, dass die staatlichen Gerichte regelmässig Prozesse nur anhand nehmen, wenn eine der Parteien in ihrem Sprengel Sitz hat oder doch wenn wenigstens sonst eine Beziehung des Vertrages dazu besteht, so dass nicht beliebige Gerichte gewählt werden können (Ausnahme: Die Gerichte Englands nehmen traditionell Streitigkeiten aus der ganzen Welt anhand, wenn deren Zuständigkeit vertraglich vereinbart ist.)

3. Schiedsklauseln

Parteien können für den Streitfall die staatliche Gerichtsbarkeit ausschalten und gleichzeitig die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts begründen. Motive: Ev. besserer Sachverstand der ausgewählten (spezialisierten?) Richter, Beschleunigung (fraglich!), Kostenersparnis (fraglich!), Geheimhaltung des Verfahrens (grundsätzlich gewährleistet, unter Vorbehalt ev. Möglichkeiten des Weiterzugs an staatliche Gerichte). Im innerstaatlichen Bereich gelegentlich fragwürdig (vgl. Kritik Kummer

in ZBJV 113, 562 ff.); in internationalen Verhältnissen ist Schiedsgerichtsbarkeit oft die einzige zumutbare oder überhaupt mögliche Lösung (Verträge mit exotischen Ländern, ohne Rechtskultur in unserem Sinn!). Vollstreckbarkeit im internationalen Verhältnis hervorragend gewährleistet (und oft leichter als bei Entscheidungen staatlicher Gerichte!) infolge des New Yorker Übereinkommens von 1958, dem heute die meisten zivilisierten Staaten angehören (SR 0.277.12, Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche).

Die Schiedsklausel soll die Angabe des Sitzes des Schiedsgerichts enthalten; für das Verfahren ist dann massgeblich (nach schweiz. Auffassung) das Prozessrecht des Sitzortes. Nach dessen Recht bestimmt sich auch das Verfahren zur Besetzung des Gerichts, wenn sich die Parteien nicht einigen können.

In der Schweiz gilt heute das sog. Konkordat (Konkordat vom 27.3.1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit; nicht beigetreten bis heute Luzern und Glarus), im internationalen Verhältnis (wohl ab 1989) das 12. Kapitel des IPRG, Art. 176-194. Die Schweiz ist traditionell weltweit (immer noch) einer der wichtigsten Schiedsplätze. Neben der gewöhnlichen ("ad hoc") Schiedsgerichtsbarkeit gibt es auch Schiedsgerichts-Institutionen (z.B. Zürcher Handelskammer oder Internationale Handelskammer), die eine gewisse Verfahrensregelung vorsehen, die Schiedsgerichte bestellen usw.