

Das Kleingedruckte wird ein bisschen grösser

ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN (KURZ «AGB») SIND IN UNSEREM LEBEN ALLGEGENWÄRTIG, DOCH WERDEN SIE REGELMÄSSIG UNTERZEICHNET, OHNE JE GELESEN WORDEN ZU SEIN. WENN ES DANN EINMAL DARAUF ANKOMMT, KANN ES EIN BÖSES ERWACHEN GEBEN. NUN HAT SICH DER GESETZGEBER DES THEMAS ANGENOMMEN.

Die Fragestellung bei den AGB

AGB haben im Wirtschaftsleben eine wichtige Rationalisierungsfunktion und beherrschen unseren Rechtsalltag. Dennoch interessiert sich kaum jemand dafür, ausser wenn es dann doch einmal

darauf ankommt. Man denke bloss an die elektronischen AGB für die Installation eines neuen IT-Programms. Alle klicken wir bedenkenlos auf «akzeptieren», ohne uns um den Inhalt der AGB zu kümmern. Das ist nicht (nur) der Faulheit der Menschheit zuzuschreiben, sondern liegt vor allem darin begründet, dass man ja eh nichts ändern kann: «Take it or leave it», heisst das Motto. Dies gilt auch für auf Papier gedruckte AGB. Wir werden jeweils freundlich eingeladen, die neuen AGB zu unterzeichnen oder dann doch bitte die Kundenbeziehung aufzulösen: Es gibt – zumeist – keinen Verhandlungsspielraum. Und auch der Wechsel zur Konkurrenz bringt nichts, denn auch diese verwendet (ähnlich lautende) AGB, die bitte zu akzeptieren sind.

Das ist an und für sich eine unerfreuliche Situation, zumal der Ersteller von AGB in der Regel versucht, diese für sich so günstig wie möglich und damit zwangsläufig auch einseitig zu seinen Gunsten auszugestalten. Zwar haben verschiedene Verwender von AGB herausgefunden, dass eine «konsumenten-



Stefan Schalch

freundliche» Ausgestaltung durchaus zu gutem Feedback führen kann, doch besteht immer das Spannungsfeld zwischen möglichst komfortabler eigener Rechtsposition (auf die man im Einzelfall ja dann durchaus im Sinne einer kulanten Lösung verzichten kann) und Ausgewogenheit.

Die aktuelle rechtliche Situation in der Schweiz

Während sich ausländische Gesetzgeber und die Beamten in Brüssel dieser Thematik schon seit längerem angenommen haben und «Bürokratie-Mons-

Fortsetzung Seite 2

Inhalt

	Seite
Änderungen im AGB-Recht	1
Neue Gewährleistungsregeln	3
Konkurssicherheit von Escrow-Verträgen	4
Bonus – freiwillige Sondervergütung oder Lohnbestandteil?	6
Schenkung: Widerruf und erbrechtliche Konsequenzen	7
Datenschutzrecht: Klageberechtigung des EDÖB	9

Fortsetzung von Seite 1

ter» von AGB-Gesetzen und weiteren Konsumentenschutz-Bestimmungen erlassen haben, blieb der Schweizer Gesetzgeber bis anhin zu Recht sehr zurückhaltend. Vieles hat er – in traditioneller (und bewährter?) Manier – den Gerichten überlassen, die bis anhin zusammen mit dem Schrifttum wenige allgemeine Grundsätze und Regeln geprägt haben. Zu erwähnen sind etwa die Regeln «Vorrang der Individualabrede», «keine Geltung [der AGB] ohne Übernahme», die Auslegungsregel «in dubio contra stipulatorem», die den Inhalt kontrollierenden «Unklarheiten-» und «Ungewöhnlichkeitsregeln» sowie die Regel betreffend die Vereinbarung eines Gerichtsstands in AGB. Damit haben Praxis und Lehre eine beschränkte (verdeckte) Inhaltskontrolle von AGB eingeführt.

Das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb («UWG») von 1986 enthält zudem einen ersten Versuch zu einer gesetzlichen Regelung der AGB in Art. 8. Diese Bestimmung erklärt die Verwendung missbräuchlicher AGB als unlauter, doch ist die Bestimmung derart «Wischi-Waschi», dass sie in der Praxis kaum je greift.

Das war eine Situation, die naturgemäss nicht unwidersprochen blieb, weshalb sich die Vorstösse aus einschlägig bekannten Kreisen häuften, hier Abhilfe zu schaffen und vermehrt zu regulieren. Das hat nun zur Revision des UWG geführt.

Die neue Regelung in Art. 8 UWG

Diese orientiert sich – wie überraschend (...) – an der bestehenden EU-Gesetzgebung, hält aber – ebenfalls üblich – einige Schweizer Eigenheiten parat.

Bis die heutige Version stand, gab es einige Änderungen. Insbesondere beschränkten die Räte den Schutzbereich auf Konsumenten (bzw. – politically correct – «Konsumentinnen und Konsumenten»). Konsumenten sind nur natürliche Personen, die im Hinblick auf persönliche oder familiäre Zwecke handeln. Der Geschäftsverkehr ist hingegen nicht erfasst; Gewerbetreibende (KMU) können sich also nicht auf Art. 8 UWG berufen.

Unlauter und damit rechtswidrig handelt gemäss Art. 8 UWG, wer – zum Nachteil von Konsumenten – AGB verwendet, die ...

- ... in Treu und Glauben verletzender Weise ...
- ... ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen.

Das tönt nicht nur schwammig, sondern ist es auch. Immerhin lässt sich folgendes sagen:

- Das dispositive (also das nicht zwingende) Recht wird aufgewertet, indem es die Funktion als Messlatte erhält.
- Bestimmte Typen von Vertragsbestimmungen dürften vermehrt Gegenstand von Abklärungen im Einzelfall werden, wie Klauseln betreffend Freizeichnung, einseitige Vertragsänderung, Konventionalstrafen, Verrechnung, Formerfordernisse, Verjährung,

automatische Verlängerung von Verträgen oder Einwilligungen (z.B. zu Datenbearbeitung).

- Es wird auf die konkreten Verhältnisse im Einzelfall abzustellen sein. Alle konkreten Aspekte sind zu berücksichtigen. Was in einer Situation als unlauter gilt, kann in einer anderen Situation noch durchgehen.

Der Gesetzgeber setzt also (weiterhin) kräftig auf die Gerichte; ihnen wird die Aufgabe zukommen, Art. 8 UWG zu konkretisieren und typische Fallgruppen herauszuarbeiten.

Klarer ist hingegen die Rechtsfolge, wenn ein Gericht eine Bestimmung als unlauter befindet. Die entsprechende Klausel ist nichtig und ungültig. An die Stelle der nichtigen Klausel tritt das dispositive Gesetzesrecht – so es denn welches gibt. Zusätzlich stehen dem Konsumenten und – wesentlicher – Konsumentenorganisationen und – neu – dem Bund die Rechtsbehelfe von Art. 9 und 11 UWG zu: Klage auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung.

Handlungsbedarf!

Der neue Art. 8 des UWG wird auf den 1. Juli 2012 in Kraft treten. Ob die Schweiz danach nicht mehr das «archaische Eldorado inhaltlich unkontrollierter AGB» (der Ausdruck stammt von Peter Gauch) sein wird, bleibt abzuwarten.

Die neue Rechtslage sollte aber für Verwender von AGB unbedingt Anlass sein, die eigenen AGB zu überprüfen und auf den neusten Stand zu bringen.



Mehr Konsumentenschutz und längere Verjährungsfristen im Kauf- und Werkvertrag

AM 16. MÄRZ 2012 HAT DAS PARLAMENT EINE GESETZESÄNDERUNG DES SCHWEIZERISCHEN OBLIGATIONENRECHTS (OR) VERABSCHIEDET, DIE DAS RECHT DER SACHGEWÄHRLEISTUNG IM KAUF- UND ANALOG IM WERKVERTRAG ZU GUNSTEN DER KONSUMENTEN NEU REGELT. ES IST ANZUNEHMEN, DASS DIE REFERENDUMSFRIST, DIE AM 5. JULI 2012 ABLÄUFT, UNBENUTZT VERSTREICHT UND DIE NEUREGELUNG VERMUTLICH PER 1. JANUAR 2013 IN KRAFT TRETEN WIRD.



Sabine Kilgus

Im Kaufvertrag

Der geänderte Art. 210 Abs. 1 OR sieht für das Kaufvertragsrecht vor, dass Klagen wegen Sachgewährleistung einer Kaufsache grundsätzlich nach zwei statt bisher einem Jahr seit Ablieferung der Kaufsache und nicht nach Entdeckung des Mangels verjähren. Dabei genügt es, dass die Geltendmachung der Mängel innert der zweijährigen Frist durch Anzeige an den Verkäufer erfolgt. Besonders geregelt werden neu Sachen, die in ein unbewegliches Werk eingebaut werden. Hier gelten die längeren Verjährungsfristen des Werkvertragsrechts von fünf Jahren. Diese sollen es dem Unternehmer, der seinerseits aufgrund der fünfjährigen Verjährungsfrist im Werkvertrag belangt wird, ermöglichen, Regress auf den Verkäufer der mangelhaften Kaufsache nehmen zu können, ohne dass ihm die Einrede der Verjährung entgegen gehalten werden kann.

Für Kulturgüter, die dem Bundesgesetz über den Kulturgüterschutz unterstehen, beträgt die Klagefrist ein Jahr seit Entdeckung, längstens 30 Jahre nach dem Erwerb des Kulturguts.

Während es den Parteien unbenommen ist, längere als die gesetzlich vorgesehenen Verjährungsfristen zu vereinbaren, ist eine Vereinbarung, die eine Verjährungsfrist, die kürzer als zwei Jahre ist, ungültig. Eine Ausnahme besteht für Gebrauchsgüter. Hier darf die Frist nicht kürzer als ein Jahr sein. Ganz generell darf in Konsumentenverträgen keine Verkürzung der Verjährung vereinbart werden. Im Falle von Täuschung gilt die zweijährige Verjährungsfrist nicht. Nach der unklaren Formulierung des Gesetzes ist anzunehmen, dass diesfalls, wie bisher die normale zehnjährige Verjährungsfrist gilt.

Im Werkvertrag

Gemäss Art. 371 OR gilt auch im Werkvertrag neu die allgemeine Verjährungsfrist für Sachmängel von zwei Jahren nach Abnahme des Werkes. Für bewegliche Werke, die in unbewegliche eingebaut werden, gilt analog zum Kaufrecht eine fünfjährige Verjährungsfrist.

Neu können die Ansprüche des Bestellers auf Sachgewährleistung nicht nur gegen den Unternehmer geltend gemacht werden, sondern explizit auch gegen den Ingenieur und den Architekten, «die zum Zwecke der Erstellung des Werkes, Dienste geleistet haben».

Grund für die Änderungen

Die kurzen Verjährungsfristen im Kaufrecht, insbesondere für versteckte Mängel, wurden verschiedentlich als unbefriedigend wahrgenommen. Einerseits galten sie aufgrund der Kürze als konsumentenfeindlich, andererseits als unpassend im Unternehmenskaufrecht. In beiden Bereichen bestand das Bedürfnis nach längeren Verjährungsfristen, die zwar vereinbart werden konnten, in der Praxis v.a. aber bei Konsumentenverträgen kaum je vereinbart wurden. Das einheitliche Abstellen auf die Ablieferung der Sache bzw. des Werkes für den Beginn der Verjährungsfrist dient der Rechtssicherheit, da es nicht mehr auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Mängelrüge ankommt.

Mit dieser Änderung werden die Verjährungsfristen für Sachgewährleistung auch dem internationalen Recht angepasst, insbesondere dem UN Kaufrecht für den internationalen Warenkauf von 1980 und der Europäischen Verbrauchsgüter-Richtlinie (1999/44/EG) des Europäischen Parlaments und Rates vom 25. Mai 1999.

Gleichzeitig konnte mit der Verlängerung der Verjährungsfrist von Sachen und Werken, die in unbewegliche Werke eingebaut werden, auf fünf Jahre eine einheitliche Regelung der Verjährung erreicht werden, was gleich lange Spiesse für Unternehmer und Subunternehmer bedeutet. ■

Konkurssicherheit von Escrow-Verträgen

MIT EINEM ESCROW-VERTRAG VEREINBAREN DIE PARTEIEN, IHRE VERTRAGLICHEN VERPFLICHTUNGEN ÜBER EINE DRITTPERSON DURCH EINE «ANTIZIPIERTE ERFÜLLUNGSHANDLUNG» ABZUSICHERN. DIE AUSGESTALTUNG UND FORMULIERUNG DES ESCROW-VERTRAGES IST ZENTRAL, UM DIE VON DEN PARTEIEN ERWÜNSCHTE WIRKUNG DES ESCROW-VERTRAGES IM STREITFALLE UND INSBESONDERE IM KONKURS EINES VERTRAGSPARTNERS TATSÄCHLICH ZU GEWÄHRLEISTEN.



Simon Schnetzler

Escrow-Vertrag

Ein Escrow-Vertrag ist in der Regel ein Drei-Parteien Vertrag, mit welchem die Partei A einem Dritten (dem *Escrow-Agent*) die Verfügungsgewalt über eine bewegliche Sache oder einen Geldbetrag einräumt mit der Abrede, die Sache oder den Geldbetrag bei Eintritt von festgelegten Bedingungen an den Vertragspartner B herauszugeben. Der Escrow-Vertrag ist ein Innominatvertrag, der im Gesetz nicht geregelt ist. Sein Inhalt ergibt sich demnach hauptsächlich aus dem jeweiligen Escrow-Vertrag.

Zentral bei jedem Escrow-Vertrag ist sein Zweck: Mit dem Escrow-Vertrag soll der Vollzug der vertraglichen Realleistung sichergestellt werden. Sei dies für den Fall, dass sich Vertragspartner A nach Vertragsschluss plötzlich weigert, den Vertrag zu erfüllen und die Sachleistung zu erbringen oder dass er in Konkurs fällt und – selbst wenn er wollte – nicht mehr in der Lage ist, vertragsgemäss zu erfüllen.

Sourcecode-Escrow als Anwendungsfall

Die Problematik eines möglichen Konkurses wird insbesondere bei Verträgen zur Nutzung von Software mit Abschluss eines Escrow-Vertrages (sog. Sourcecode-Escrow) entschärft.

Für die Nutzung von Software schliesst der Entwickler der Software mit dem Nutzer in der Regel einen Lizenzvertrag zur Nutzung der Software ab. Der Nutzer und Lizenznehmer erhält dabei in der Regel, sofern keine Open-Source Lizenz vorliegt, die Software als (unlesbaren) Objektcode oder Maschinencode, nicht aber als lesbaren Quellcode (Sourcecode), d.h. die Version des Codes, welcher dem Nutzer die Weiterentwicklung und Anpassung der Software ermöglicht. Den lesbaren Quellcode hütet der Entwickler wie einen Gral, um exklusiv die Möglichkeit zu behalten, die Software weiterzuentwickeln und anzupassen.

Der Lizenznehmer seinerseits ist daran interessiert, dass er die Software gemäss dem Lizenzvertrag tatsächlich nutzen kann und die Pflege sowie die Anpassung durch den Lizenzgeber sichergestellt ist. Das kann dann nicht mehr gewährleistet werden, wenn der Lizenzgeber in Konkurs fällt, weil dann die Aktiven des Lizenzgebers mit Konkursöffnung unter Konkursbeschlagnahme fallen. Dann entscheidet die Konkursverwaltung, was mit den Geräten des Lizenzgebers geschieht und ob und wie

die vertraglichen Verpflichtungen des Lizenzgebers gegenüber seinen Lizenznehmern weiterhin erfüllt werden.

Um die Rechte des Lizenznehmers aus dem Lizenzvertrag auch im Konkurs sicherzustellen, vereinbaren die Parteien deshalb häufig einen Escrow-Vertrag. Dabei übergibt der Lizenzgeber Datenträger mit dem Quellcode und der Dokumentation einem Escrow-Agent mit der Abmachung, dass der Escrow-Agent im Konkursfall oder bei Beendigung des Geschäftsganges die Gegenstände und den Quellcode an den Lizenznehmer herausgibt, damit der Lizenznehmer seine Rechte aus dem Lizenzvertrag nötigenfalls auch ohne Hilfe des Lizenzgebers ausüben kann.

Gewährleistung der Konkursicherheit Effektive Eigentumsübergabe

Damit die Herausgabe der Datenträger mit dem Sourcecode und der Dokumentation im Konkurs des Lizenzgebers tatsächlich gewährleistet ist, muss dem Escrow-Agent das *volle* Eigentum an den Gegenständen mit dem Sourcecode übertragen werden. Die Übergabe erfolgt mit der obligatorischen Verpflichtung des Escrow-Agents, die Gegenstände ausschliesslich gemäss dem Escrow-Vertrag herauszugeben (sog. fiduziarisches Eigentum). Darin liegt auch die entsprechende Haftung des Escrow-Agents, die sich an der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht orientiert. Wird

nicht Eigentum übertragen, riskiert der Lizenznehmer, dass der Escrow-Agent im Konkurs des Lizenzgebers die Gegenstände trotz klarer Vertragsabrede nicht herausgibt, weil er sich mit einer Verfügung der Konkursverwaltung konfrontiert sieht, welche ihrerseits die sofortige Herausgabe aller Gegenstände des Lizenzgebers fordert.

Volleigentum wird insbesondere dann nicht übertragen, wenn der Lizenzgeber die Gegenstände beim Escrow-Agent lediglich «hinterlegt». Damit verbleibt der Lizenzgeber Eigentümer der Gegenstände und im Konkurs fallen die hinterlegten Gegenstände in die Konkursmasse des Lizenzgebers.

Dass Gegenstände lediglich hinterlegt werden, geschieht unter Umständen aus zwei Gründen: Im Zusammenhang mit Escrow-Agreements wird allgemein – auch in der Fachliteratur – von «Hinterlegung» gesprochen und der Begriff schliesslich fatalerweise auch bei der Formulierung des Escrow-Agreements benutzt. Im Streitfall wird auf den Wortlaut des Vertrages abgestellt,

wonach die Parteien eine Hinterlegung vereinbart haben und damit *keine* Eigentumsübertragung an den Escrow-Agent erfolgte. Bei englischen Verträgen wird sodann häufig nicht klar zwischen Besitz und Eigentum unterschieden, weil gewisse englische Begriffe (z.B. «to hold in escrow/in trust») noch keine Aussage über Eigentum/Besitz nach Schweizer Recht enthalten.

Vermeidung von «schlechten» Grundgeschäften

Eine weitere mögliche Gefahr für die Durchsetzbarkeit eines Escrow-Vertrages ist sodann die allfällige konkursrechtliche Ungültigkeit des Grundgeschäftes. Soweit sich die zur Sachleistung verpflichtete Partei bei Vertragsabschluss bereits in finanziellen Schwierigkeiten befindet, muss darauf geachtet werden, dass Leistung und Gegenleistung in keinem Missverhältnis stehen und die verpflichtete Person ihre Sachleistung nicht unter dem objektiven Wert überträgt. Ansonsten werden auf Klage der Konkursverwaltung hin

noch vorhandene Vermögenswerte beim Escrow-Agent in die Zwangsvollstreckung einbezogen und auf diesem Weg wieder der Masse zugeführt.

Fazit

Um sicherzustellen, dass die im Rahmen eines Escrow-Vertrages übergebenen Gegenstände im Konkurs des Einlieferers nicht von der Konkursverwaltung herausverlangt werden, muss dem Escrow-Agent das volle Eigentum an den Gegenständen verschafft werden. Ansonsten besteht das Risiko, dass die Konkursverwaltung die Gegenstände unter Berufung auf das Eigentum des Einlieferers vom Escrow-Agent herausverlangt. Weiter sollte sichergestellt werden, dass das Grundgeschäft nicht von der Konkursverwaltung angefochten werden kann, weil die Sachleistung unter ihrem objektiven Wert eingeräumt worden ist. Diesfalls besteht das Risiko, dass die Konkursverwaltung die (antizipierte) Sachleistung des Grundgeschäfts gestützt auf eine paulianische Anfechtung herausverlangt. ■

Bonus – freiwillige Sondervergütung oder Lohnbestandteil?

ZUMINDEST EINMAL IM JAHR STEIGT DIE NERVOSITÄT INSBESONDERE DERJENIGEN ARBEITNEHMER AN, WELCHE BEI GRÖßEREN FINANZDIENSTLEISTUNGSUNTERNEHMEN ANGESTELLT SIND: NÄMLICH DANN, WENN ES UM DIE AUSZAHLUNG DES «BONUS» GEHT. OB IM EINZELFALL TATSÄCHLICH EIN RECHTLICH DURCHSETZBARER ANSPRUCH AUF AUSZAHLUNG DER ZUSATZVERGÜTUNG BESTEHT, HÄNGT DAVON AB, OB ES SICH DABEI UM EINE GRATIFIKATION ODER UM EINEN LOHNBESTANDTEIL HANDELT. DIESE RECHTLICHE EINORDNUNG GESCHIEHT AUFGRUND VERSCHIEDENER KRITERIEN UND FÜHRT DESHALB IN DER PRAXIS OFTMALS ZU PROBLEMEN.



Martin Rust

«Bonus» als rechtlich unbestimmter Begriff

Der Begriff «Bonus» ist dem schweizerischen Obligationenrecht (OR) fremd. Das Gesetz nennt in diesem Zusammenhang bloss den «Anteil am Geschäftsergebnis» (Art. 322a OR) und die «Gratifikation» (Art. 322d OR). An diesen gesetzlichen Vorgaben orientieren sich auch die Gerichte.

Die (echte) Gratifikation ist eine *freiwillige Sondervergütung*, welche vom Arbeitgeber neben dem Fixlohn zu bestimmten Anlässen (wie z.B. Abschluss des Geschäftsjahres) ausgerichtet wird. Da es sich bei der Gratifikation um eine freiwillige Leistung handelt, hat der Arbeitnehmer grundsätzlich keinen Anspruch auf Ausbezahlung der Gratifikation, es sei denn, dies wurde zwischen den Parteien so vereinbart (sog. unechte Gratifikation). Ist der «Bo-

nus» nicht als Gratifikation, sondern ein Anteil am Geschäftsergebnis oder als Leistungslohn (bzw. allenfalls als Mischform) zu qualifizieren, ist er hingegen *Lohnbestandteil*, auf dessen Ausrichtung ein klagbarer Anspruch besteht. Die rechtliche Qualifikation des «Bonus» als freiwillige Sondervergütung (Gratifikation) oder Lohnbestandteil ist somit entscheidend. Diese Qualifikation richtet sich – unabhängig von der von den Parteien gewählten Bezeichnung – alleine nach dem Inhalt der Vergütungsregelung.

Qualifikationskriterien

Wie erwähnt ist die Gratifikation eine Sondervergütung, deren Ausrichtung freiwillig erfolgt und damit immer in gewissem Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Das ist gemäss Bundesgericht dann der Fall, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festlegung der Höhe des Bonus *ein Ermessen* zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe des Bonus nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird. Ist der Bonus beispielsweise alleine gestützt auf einen bestimmten Prozent-

satz am Gewinn oder Umsatz definiert, fehlt es am notwendigen Ermessensspielraum des Arbeitgebers und der Bonus ist damit als (variabler) Lohnbestandteil zu qualifizieren.

Ferner verlangt die jüngere Rechtsprechung danach, dass die Gratifikation, um den Charakter einer freiwilligen Sondervergütung zu wahren, neben dem Lohn nur eine «zweitrangige Bedeutung» haben darf (*Akzessorietät*). Allgemein lässt sich sagen, dass ein Bonus dann nicht mehr als Gratifikation, sondern als Lohnbestandteil, qualifiziert wird, wenn er zur «entscheidenden Entschädigung für die Arbeitsleistung» geworden ist und nicht bloss eine Zugabe darstellt. Die entsprechende Grenzziehung kann aber nicht einfach in einer Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Grundlohn und dem Bonus bestehen; vielmehr sind – wie so oft in der Juristerei – die Umstände des Einzelfalles zu beachten. So kann bei niedrigerem Einkommen schon ein relativ geringer Bonus als Lohnbestandteil gelten, während dieselbe Vergütung bei einem höheren Grundlohn noch als akzessorische Gratifikation qualifizieren würde (so ist z.B. bei einem Jahresgehalt von über CHF 100'000.00 eine zusätzliche Zahlung von 25% des Jahreslohnes als Gratifikation möglich). Ferner berück-

sichtigt das Bundesgericht (teilweise) auch die *Regelmässigkeit* der Auszahlung der Zusatzvergütung: Auch bei einer im Verhältnis zum Lohn sehr hohen Leistung kann der Charakter als Gratifikation gewahrt werden, wenn ihre Ausrichtung einmalig ist und sich in dieser Höhe nicht wiederholt.

Damit von einer Gratifikation ausgegangen werden kann, muss sowohl das Kriterium des Ermessensspielraums des Arbeitgebers, als auch dasjenige der Akzessorietät kumulativ vorliegen.

Anspruch auf Ausrichtung einer Gratifikation

Ist ein Bonus als Gratifikation zu qualifizieren, hat der Arbeitnehmer wie gesehen grundsätzlich *keinen* durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Ausrichtung derselben, es sei denn dies wurde ihm im Vertrag ausdrücklich zugesichert bzw. vereinbart.

Die Verpflichtung zur Auszahlung einer (an sich freiwilligen) Gratifikation kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes, d.h. schlüssiges, Verhalten der Par-

teien entstehen, z.B. durch die «regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung» eines entsprechenden Betrages. Lehre und Rechtsprechung nehmen dabei an, dass eine Gratifikation nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gilt, wenn sie vorbehaltlos während mindestens *drei aufeinanderfolgenden Jahren* ausgerichtet worden ist.

Wurde die Gratifikation zwar regelmässig ausbezahlt, jedoch seitens des Arbeitgebers jeweils mit dem *Vorbehalt der Freiwilligkeit* versehen, gilt die Gratifikation grundsätzlich als nicht vereinbart. Das Bundesgericht hat jedoch festgestellt, dass ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt dann als unbehelflich bzw. als «leere Floskel» zu betrachten ist, wenn der Arbeitgeber durch sein Verhalten dennoch zum Ausdruck bringt, dass er sich zur Auszahlung der Gratifikation verpflichtet fühlt. Deshalb kann die Gratifikation auch dann als vereinbart gelten, wenn jahrzehntelang eine Gratifikation mit dem Vermerk der Freiwilligkeit ausbezahlt, dieser Vorbehalt aber nie in Anspruch genommen wurde. Das rechtfertigt sich aber nur, wenn der Ar-

beitgeber in dieser Zeit auch Grund dafür gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszubezahlen (z.B. aufgrund schlechten Geschäftsganges), dies aber dennoch nicht getan hat.

Zusammenfassung

Ein Bonus kann durchsetzbarer Lohnbestandteil oder freiwillige Gratifikation sein. Massgebend für die Unterscheidung sind im Wesentlichen der Ermessensspielraum des Arbeitgebers sowie das Verhältnis des Bonus zum Grundlohn.

Qualifiziert ein Bonus als Gratifikation, hat der Arbeitnehmer nur dann einen Anspruch, wenn ihm diese vertraglich zugesichert wurde (z.B. «Der Arbeitnehmer hat *Anspruch* auf eine jährliche Gratifikation,» oder dergl.). Ohne vertragliche Zusicherung kann sich ein Anspruch dann ergeben, wenn die Gratifikation vorbehaltlos mindestens dreimal nacheinander oder aber – trotz Vorbehalt – über Jahrzehnte hinweg stets ausbezahlt wurde, obwohl der Arbeitgeber Grund gehabt hätte, diese nicht auszurichten. ■

Schenkung: Widerruf und erbrechtliche Konsequenzen

WER JEMANDEN BESCHENKT ODER BESCHENKT WIRD, IST GUT BERATEN, SICH VORAB ÜBER DIE RECHTLICHEN VORAUSSETZUNGEN UND WIRKUNGEN EINER SOLCHEN SCHENKUNG IN KENNTNIS ZU SETZEN. ZU BEDENKEN IST STETS, DASS DER WIDERRUF EINER SCHENKUNG NUR UNTER EINGESCHRÄNKTEN VORAUSSETZUNGEN MÖGLICH IST; ZUDEM KÖNNEN AUSGLEICHUNGS- ODER HERABSETZUNGSFORDERUNGEN DRITTER DEM BESCHENKTEN EINEN STRICH DURCH DIE RECHNUNG MACHEN.

Zweiseitiges Rechtsgeschäft

Eine Schenkung oder ein Schenkungsversprechen ist kein einseitiger Akt, sondern ein *zweiseitiger Vertrag mit Rechten und Pflichten*. Die beschenkte Person

muss daher ihr Einverständnis bekunden, das Geschenk anzunehmen. Die *Schenkung «von Hand zu Hand»* – d.h. eine Schenkung ohne schriftlichen Vertrag – ist gültig und vollzogen, sobald

die Sache in den Händen des Beschenkten ist (Art. 242 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR)). Soll dem Beschenkten ein vollziehbarer

Fortsetzung Seite 8



Konrad Waldvogel

Fortsetzung von Seite 7

Rechtsanspruch auf Übertragung der verschenkten Sache eingeräumt werden, muss dies schriftlich vereinbart sein: Ein solches *Schenkungsversprechen* ist immer schriftlich abzufassen, damit es rechtlich durchsetzbar ist (Art. 243 Abs. 1 OR). Das Verschenken eines Grundstücks erfordert darüber hinaus die öffentliche Beurkundung des Schenkungsversprechens, bevor die Eigentumsübertragung erfolgen kann (Art. 242 Abs. 2 OR). Bei einer Schenkung, die erst auf den Tod des Schenkers hin vollzogen werden soll (Art. 245 Abs. 2 OR), muss das schriftliche Schenkungsversprechen wie bei einem Erbvertrag vor Zeugen öffentlich beurkundet werden.

Rückforderung und Widerruf

Wie jeder andere Vertrag kann auch eine Schenkung *durch gegenseitiges Einverständnis beider Parteien aufgehoben* werden. Im Falle von öffentlich beurkundeten Schenkungsversprechen genügt eine formlose Erklärung jedoch nicht – vielmehr müssen beide Seiten schriftlich erklären, dass sie mit der Auflösung des Vertrages einverstanden sind.

Erlaubt ist der *einseitige Rückzug* einer Schenkung von Hand zu Hand unter den Voraussetzungen von Art. 249 OR nur nach Verübung einer schweren Straftat oder schweren Verletzung von familienrechtlichen Pflichten des Beschenkten gegenüber dem Schenker oder eine ihm nahestehende Person (Ziff. 1 und 2) bzw. dann, wenn der Beschenkte die mit dem Geschenk verbundenen Auflagen nicht erfüllt (Ziff. 3). Dies gilt auch beim Schenkungsversprechen (Art. 250 OR), welches ausserdem widerrufen bzw. dessen *Erfüllung verweigert* werden kann, wenn seit dem

Versprechen die Vermögensverhältnisse des Schenkers sich so geändert haben, dass die Schenkung ihn ausserordentlich schwer belasten würde (Abs. 1 Ziff. 2) oder wenn seit dem Versprechen dem Schenker familienrechtliche Pflichten erwachsen sind, die vorher gar nicht oder in erheblich geringerem Umfang bestanden haben (Abs. 1 Ziff. 3).

Versagen diese gesetzlichen Rückforderungs- und Widerrufsgründe, verbleibt u.U. nur noch der Rückgriff auf die allgemeinen Regeln über die Mängel des Vertragsabschlusses nach Art. 23 ff. OR, wonach ein (Schenkungs-)Vertrag für denjenigen unverbindlich ist, der sich beim Abschluss in einem *wesentlichen Irrtum* (Art. 24 f. OR) befunden hat, getäuscht wurde (Art. 28 OR) oder den Vertrag unter dem Eindruck einer Drohung oder Furcht abgeschlossen hat (Art. 29 OR).

Ausgleichung und Herabsetzung

Desweiteren ist stets darauf zu achten, dass *keine Ansprüche gesetzlicher Erben verletzt* werden. Wird eine *Schenkungen an einen gesetzlichen Erben* gewährt, untersteht sie den *Ausgleichsvorschriften* gemäss Art. 626 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB). Aufgrund von Art. 626 Abs. 2 ZGB haben die Nachkommen (Kinder, Enkel) alles zur Ausgleichung zu bringen und sich an ihren Erbanteil anrechnen zu lassen, was sie als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung oder Schuldverlass vom Erblasser zu Lebzeiten erhalten haben (z. B. Geldbeträge oder Liegenschaften als Erbvorbezüge). Die übrigen gesetzlichen Erben (Ehepartner, Eltern, Geschwister) haben nur diejenigen Vermögenswerte zur Ausgleichung zu bringen, die sie vom Erblasser mit der ausdrücklichen Auflage zur Ausglei-

chung erhalten haben (Art. 626 Abs. 1 ZGB). Schenkungen an Nachkommen werden somit als Erbvorbezug behandelt und unterliegen der erbrechtlichen Ausgleichspflicht; wird ein Nachkomme noch zu Lebzeiten des Schenkers beschenkt, muss er sich dieses Geschenk später an seinen Erbanteil anrechnen lassen. Von dieser Ausgleichspflicht kann der Erblasser seine Nachkommen zwar (durch ausdrückliche Erklärung) befreien, was eine Begünstigung gegenüber den übrigen Miterben zur Folge hat. Diesfalls kommen jedoch *bei Verletzung von Pflichtteilsansprüchen die Vorschriften über die Herabsetzung* (siehe hernach) zur Anwendung.

Schenkungen, die der Erblasser frei widerrufen konnte oder die er während der letzten fünf Jahre vor seinem Tode ausgerichtet hat (ohne Gelegenheitsgeschenke) unterliegen wie die Verfügungen von Todes wegen der *Herabsetzung* (Art. 527 Ziff. 3 ZGB). Gesetzliche Erben können bzw. müssen somit innerhalb von fünf Jahren nach der Schenkung eine Rückgabe verlangen können, soweit das Geschenk ihren Erbanspruch tangiert. Liegt die Schenkung im Zeitpunkt der Erteilung länger als fünf Jahre zurück, ist eine Herabsetzung nur noch möglich, wenn der Erblasser mit der Schenkung bewusst die Pflichtteile bzw. Erbansprüche umgehen wollte. Dieser Beweis dürfte schwierig zu erbringen sein. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Schenkung als *Vermögensverzicht* anzurechnen ist, wenn der Schenker Geld verschenkt oder nach der Schenkung nicht (mehr) über die nötigen Mittel verfügt, um beispielsweise für Pflegekosten im Altersheim aufzukommen. ■



Sebastian Kempe

Die Klageberechtigung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB)

DIE ERFASSUNG UND BEARBEITUNG VON PERSONENDATEN DURCH PRIVATE UNTERNEHMEN IST EIN IN DEN MEDIEN VIEL DISKUTIERTES THEMA, IM KONKRETEN EINZELFALL WIRD GEGEN POTENTIELLE PERSÖNLICHKEITSVERLETZUNGEN JEDOCH EHER SELTEN RECHTLICH VORGEGANGEN. VOR DIESEM HINTERGRUND STATTET DAS SCHWEIZERISCHE DATENSCHUTZGESETZ (DSG) DAS AMT DES EDÖB MIT WEITREICHENDEN BEFUGNISSEN AUS, GEGEN PERSÖNLICHKEITSVERLETZENDE DATENBEARBEITUNGSMETHODEN PRIVATER VORZUGEHEN. DIESER ARTIKEL BIETET EINEN EINBLICK IN DIE DIESBEZÜGLICHEN KOMPETENZEN DES EDÖB UND ZEIGT ANHAND EINES PROMINENTEN BEISPIELS DESSEN REGULUNGSPOTENTIAL AUF.

Gesetzliche Grundlage

Der EDÖB ist im Bereich des Datenschutzes, neben der Beratung Privater in datenschutzrechtlichen Fragen und der Aufsicht über die Bundesorgane, für die Aufsicht über die Einhaltung des Datenschutzgesetzes im Privatrechtsbereich zuständig. Zu diesem Zweck ermächtigt ihn Art. 29 Abs. 1 lit. a DSG, eine *Sachverhaltsabklärung* durchzuführen, wo Akteure des Privatrechts Personendaten in einer Art und Weise bearbeiten, welche «geeignet ist, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen.»

Ergibt die rechtliche Würdigung des abgeklärten Sachverhalts durch den EDÖB, dass die untersuchte Datenbearbeitung nach DSG rechtswidrig ist oder dadurch eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung droht, erlässt der EDÖB eine *Empfehlung*. Darin fordert er den Datenbearbeiter auf, die für widerrechtlich befundene Bearbeitungsmethode in einer bestimmten Weise anzupassen oder ganz oder teilweise zu unterlassen.

Die Empfehlung des EDÖB ist *rechtlich unverbindlich*. Es handelt sich insbesondere nicht um eine Verfügung im Rechtssinn. Der Adressat ist somit rechtlich betrachtet frei, die vom EDÖB vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen oder nicht.

In «Fällen von öffentlichem Interesse» kann der EDÖB seine Empfehlung unter Namensnennung veröffentlichen. Der dadurch drohende Imageschaden führt immerhin zu einer gewissen faktischen Bindungswirkung der Empfehlung.

Lehnt der adressierte Datenbearbeiter die Empfehlung dennoch ab oder setzt sie nicht um – wozu er wohl gemerkt berechtigt ist – kann der EDÖB die beanstandete Datenbearbeitung mittels *Klage ans Bundesverwaltungsgericht* gerichtlich beurteilen lassen. Während die Empfehlung als solche nicht materiellen Gegenstand der Klage bildet, werden die empfohlenen Massnahmen zur Herstellung der Datenschutzkonformität im Wesentlichen als Anträge übernommen. Wird die Klage gutgeheissen, werden sie damit, vorbehaltlich eines Weiterzugs ans Bundesgericht, für den eingeklagten Datenbearbeiter *rechtsverbindlich* und können mit behördlichen Zwangsmitteln, bis hin zur Strafverfolgung, vollstreckt werden.

Praxis: Google Street View

Die Bedeutung der Klageberechtigung des EDÖB für den Datenschutz in der Schweiz lässt sich anhand eines prominenten Praxisbeispiels verdeutlichen.

In seiner 2009 erlassenen Empfeh-

lung an Google bewertete der EDÖB drei Aspekte der Datenerfassung und -veröffentlichung für den Onlinedienst Street View als widerrechtlich. Zur Herstellung der Datenschutzkonformität wurde unter anderem empfohlen, die bislang mit einem Wirkungsgrad von bestenfalls 98 % automatisch erfolgende Unkenntlichmachung von Gesichtern und Kennzeichen umfassend zu gewährleisten, Bilder aus dem Privatbereich (Höfe, Gärten usw.) nicht aufzunehmen bzw. zu entfernen und bevorstehende Aufnahmen sowie deren Aufschaltung eine Woche im Voraus in lokalen Medien anzukündigen.

Google lehnte die Umsetzung dieser Massnahmen weitestgehend ab. Gestützt auf Art. 29 Abs. 4 DSG reichte der EDÖB darauf Klage beim Bundesverwaltungsgericht ein. Diese wurde mit Urteil vom 30. März 2011 (A-7040/2009) in allen wichtigen Punkten gutgeheissen.

Verortung: Regelungspotential des EDÖB

Mit obigem Urteil wurde der Weltkonzern Google *rechtlich verpflichtet*, seine hiesigen Datenerfassungs- und -veröffentlichungspraktiken für Street View zwecks Konformität mit dem schweizerischen Datenschutzgesetz anzupassen.

Fortsetzung Seite 10

Fortsetzung von Seite 9

Der mittlerweile erfolgte Weiterzug des Urteils ans Bundesgericht sorgt dafür, dass die aufgeworfenen Fragen zum Umfang des Persönlichkeitsschutzes bei massenhafter Erfassung und Veröffentlichung von Personendaten durch Unternehmen nunmehr höchstrichterlich beurteilt werden. Das Urteil wird im Laufe dieses Jahres erwartet.

Der Fall zeigt zudem, dass das Regelungspotential des EDÖB als Überwachungsorgan über die Personendatenbearbeitung durch Akteure des Privatrechts massgeblich von den «Zähnen» abhängt, welche das DSG ihm mit der Legitimation zur Klage ans Bundesverwaltungsgericht verleiht. Die faktische Bindungswirkung von Empfehlungen des EDÖB wird durch dessen Klageberechtigung per se und insbesondere durch ihre erfolgreiche Wahrnehmung in prominenten Fällen wie Street View in mehrfacher Hinsicht erhöht.

Erstens führt ein verlorenes Gerichtsverfahren zu beträchtlichen Imageschäden. Zudem wird der Datenbearbeiter, anstelle unverbindlicher Empfehlungen, mit rechtlichen Verpflichtungen konfrontiert, bei deren Umsetzung der Spielraum geringer ist, als bei freiwilliger Anpassung der Datenbearbeitungspraxis in Zusammenarbeit mit dem EDÖB.

Zweitens dürfte die Bereitschaft zukünftig adressierter Datenbearbeiter

zur Umsetzung einer Empfehlung grösser sein, wenn die ihnen vorgeschlagenen Massnahmen in einem ähnlich gelagerten Fall bereits gerichtlich bestätigt wurden.

Fazit

Im Zeitalter der Digitalisierung haben die Erfassbarkeit persönlicher Daten und das wirtschaftliche Potential ihrer Verwertung zugenommen. Das finanzielle Ungleichgewicht zwischen datenbearbeitenden Unternehmen und dem Einzelnen, dessen Daten bearbeitet werden, sowie die relative Geringfügigkeit der jeweils durch die Bearbeitung erfolgenden Persönlichkeitsverletzungen führen dazu, dass sich der Einzelne oftmals zwar an der Persönlichkeitsverletzung stört, diese jedoch nicht zur gerichtlichen Beurteilung bringt.

Dass datenbearbeitenden Unternehmen eine institutionalisierte Kontrollstelle gegenübersteht, für welche diese Faktoren keine Rolle spielen, ist daher für die Durchsetzung sowie die gerichtliche Ausdifferenzierung des schweizerischen Datenschutzrechts von nicht zu unterschätzender Bedeutung.

Die obigen Ausführungen haben hierzu zweierlei aufgezeigt: Erstens hängt das Potential des EDÖB, diese Funktionen zu erfüllen, massgeblich von seiner Klagelegitimation ab. Zweitens ist dieses Potential beträchtlich und die Praxis des EDÖB zeugt vom Bemühen, es auszuschöpfen. ■

Humor

Ein guter Manager findet für jedes Problem eine Lösung. Ein guter Jurist findet für jede Lösung ein Problem.

Lic.iur. Romeo Da Rugna
Dr. Stefan H. Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann

Lic.iur.
Christopher Tillman LL.M.
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

PD Dr. Sabine Kilgus LL.M.
Konsulentin

Lic. iur. Martin Rust LL.M.

Lic.iur. Konrad Waldvogel

Lic.iur. Corinne Casanova

Lic. iur.
Simon Schnetzler LL.M.

Forchstrasse 2

Postfach 1467

8032 Zürich

Switzerland

Phone +41-44-560 80 80

Fax +41-44-560 80 90

lawyer@legis-law.ch

Eingetragen
im Anwaltsregister

Zertifiziert nach
EN ISO 9001 : 2008