



# Risiko Vertragslücke: Wie Sie korrekt ausschreiben

Ein strukturiertes Ausschreibungsmanagement trägt wesentlich zur Reduktion kommerzieller Risiken bei. Dabei sind die rechtlichen Aspekte des Lieferantenverhältnisses in kommerziell abgestimmter Form zu berücksichtigen und die massgeblichen rechtlichen Bestimmungen aus dem Verkaufsprozess in die Ausschreibung und die folgenden Verhandlungen miteinzubringen.

Martin Strobel, Dominik Probst

**L**andläufig herrscht die Meinung vor, Procurement sei einfach. Einfach nur die Einladung zur Offertstellung versenden, die AGB beilegen – und dann noch den Preis verhandeln. Ein weiterer Irrglauben ist, dass sich Einkäufer dabei immer in der stärkeren Position befinden. Dies mag zwar in einzelnen Fällen zutreffen, stellt aber keinesfalls die Regel dar.

## Desaströse Folgen

Wird beim Einkauf der Fokus primär auf den Preis gesetzt, verbunden mit einer unsorgfältigen Ausschreibung, so kann das desaströse Folgen haben. Der erfolgreiche Einkauf basiert unter anderem auf professionellen Ausschreibungsunterlagen. Diese bilden die Grundlage für eine seriöse und insbesondere vergleichbare Auswertung der eingehenden Angebote und damit letztlich auch für eine erfolgreiche Projektabwicklung. Erfolgreicher Einkauf endet denn auch erst mit dem erfolgreichen Abschluss eines Projektes.

## Koordination zwischen Verkauf und Einkauf

Die Erfahrung zeigt, dass eine Schwäche in unternehmensinternen Prozessen oft in der Abstimmung und Koordina-

tion zwischen Verkauf und Einkauf liegt. Dies trifft vor allem auf Unternehmen im Projektgeschäft zu.

Auch wenn den Ausschreibungsunterlagen die AGB beigelegt werden und diese im Sinne des ausschreibenden Unternehmens verfasst sind, so ist damit noch lange nicht garantiert, dass sie so auch zur Anwendung kommen oder dem Verhandlungsergebnis mit dem Kunden entsprechen. Es kann vorkommen, dass gegenüber dem Kunden härtere Haftungsbedingungen akzeptiert werden müssen, als die eigenen AGB dies einkaufsseitig vorsehen, (die man eigentlich an die eigenen Lieferanten unverändert weitergeben möchte, in diesem Sinne hier als «back-to-back» verstanden). Zentral ist, dass der Verkauf den Einkauf miteinbezieht und zeitnah über den Stand der Verhandlungen informiert. Andernfalls können zwischen den vertraglichen Dokumenten des Verkaufs und des Einkaufs rechtliche «Lücken» entstehen, die sehr kostspielig werden können.

## Prüfung der rechtlichen Grundlagen

In der Regel dürften Unternehmen über mehr oder weniger gut formulierte AGB verfügen, die in Formularform vorhanden sind und jeweils den Ausschreibungsunterlagen

beigelegt werden. AGB sind, insbesondere im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr, aber nicht immer einfach «telquel» anwendbar. Art. 8 UWG greift zwar nicht im B2B-Verkehr, aber die obligationenrechtliche AGB-Kontrolle gelangt dennoch zur Anwendung. Dadurch besteht das Risiko, dass die AGB keine Geltung erlangen. Sehr oft sind AGB auch veraltet. Das Gleiche gilt übrigens auch für Standardverträge. So verjähren beim Kauf Gewährleistungsansprüche seit dem Jahre 2013 innert zwei Jahren. Davor betrug die Verjährungsfrist lediglich ein Jahr, was teilweise so noch immer in AGB festgehalten wird.

Es lohnt sich deshalb, zu prüfen, ob die AGB beziehungsweise die Standardverträge noch der aktuellen Rechtslage entsprechen. Zudem passen AGB nicht einfach für jede Vertragsart. Es macht keinen Sinn, diese für einen Kaufvertrag zu verwenden, wenn im konkreten Fall ein Werkvertrag vorliegt.

### Vertragsart eruieren

Für den Laien ist es nicht immer einfach, festzustellen, welchen Vertrag er genau mit der Gegenpartei schliesst. So wird beispielsweise in Werkverträgen kaum je der Begriff «Werk» verwendet. Selbst wenn ein Vertrag als «Kaufvertrag» betitelt wird, hat dies auf seine rechtliche Qualifikation keinen Einfluss. Der Vertragspartner «liefert» fast immer, was oft als «verkaufen» verstanden wird. Dabei gibt es aber wesentliche Unterschiede zwischen dem Kauf (Art. 184 ff. OR) und Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) sowie dem einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR). Solche Unterschiede bestehen beispielsweise im Bereiche der Mängelrechte, der Verjährung oder der Vertragsbeendigung.

Ebenfalls oft übersehen oder nicht berücksichtigt wird die Tatsache, dass ein Geschäft verschiedene Merkmale eines Vertragstypus enthalten kann (sogenannte Innominatverträge). Geht es zum Beispiel um Rechte an geistigem Eigentum oder gewerbliche Schutzrechte, kann sich die Frage nach der Notwendigkeit von Lizenzen sowie deren Umfang und dem Verkauf von Rechten stellen.

Vor dem Versand der Ausschreibungsunterlagen muss deshalb Klarheit über die Vertragsart herrschen, und entsprechend sind die korrekten AGB oder Standardverträge zu verwenden, oder es ist zumindest auf die richtigen gesetzlichen Grundlagen zu verweisen. Es ist im Übrigen ja auch nicht zwingend so, dass im Einkauf die gleiche Vertragsart wie im Verkauf zur Anwendung kommt.

### Transparenz in Bezug auf Information

Einkäufer wissen grundsätzlich um die Risiken des eigenen Geschäftes im kommerziellen und technischen Bereich. Geht es um die damit verbundenen Risiken in rechtlicher Hinsicht, scheint der Kenntnisstand aber sehr unterschiedlich zu sein. Übersehen wird dabei oft, dass rechtliche Risiken immer auch kommerzielle Risiken sind

50 Jahre  
> sozial und professionell

**Arbeiten Sie mit uns!**  
Lagern Sie Ihre Produktion  
in die Schweiz aus.



**Stiftung Brändi**

sozial und professionell

Tel. 041 349 02 53 | [stiftung@braendi.ch](mailto:stiftung@braendi.ch) | [braendi.ch](http://braendi.ch)

und deren Eintreffen unter Umständen kostspieliger ist als dasjenige der kommerziellen Risiken im eigentlichen Sinne. Darum sind beispielsweise Entscheide über Haftungsregelungen immer kommerzielle Entscheide, die durch die kommerziell Zuständigen getroffen werden müssen.

Ein richtiges Erkennen der rechtlichen Risiken ist aber nur möglich, wenn der Einkauf rechtzeitig und regelmässig über den Verlauf der Verkaufsverhandlungen informiert wird. Sich dabei auf die Methode, einfach alles «back-to-back» weiterzugeben, zu verlassen, ist der falsche Weg.

Zum einen ist es je nach Marktsituation oder Verhandlungsmacht gar nicht möglich, alle Bedingungen aus dem Vertrag mit einem Käufer an Subunternehmer oder Lieferanten weiterzugeben. Zum anderen macht es unter Umständen auch keinen Sinn, eine vereinbarte Haftungsklausel unverändert mit jenen zu vereinbaren. So versucht man in der Regel gegenüber dem Kunden, die eigene Haftung möglichst zu begrenzen, während man vom Lieferanten uneingeschränkte Haftung anstrebt.

Die mit rechtlichen Risiken verbundenen kommerziellen Risiken sind vor einer Ausschreibung genau zu prüfen, und deren allfällige Akzeptanz muss von den kommerziell Zuständigen entschieden werden. Erkannte Risiken haben zwingend in die Ausschreibungsunterlagen miteinzufliessen, und diese sind allenfalls sogar anzupassen. Das unreflektierte Verwenden von vorhandenen AGB ist hoch riskant.

### Die Vertragsverletzung «uninteressant» machen

Konventionalstrafen sind gesetzlich geregelt (Art. 160 ff. OR). Wenn im Vertrag nichts Weiteres geregelt wird als das auslösende Ereignis und die Höhe der Strafe, kommen unter Umständen die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung. Die Wesentlichen sind dabei folgende: Ist vertraglich nichts anderes vereinbart, so kann der Gläubiger unter Umständen entweder nur die Vertragserfüllung oder die Strafe einfordern. Hier gilt es, aufgrund der erkannten Risiken, eine Regelung zu treffen, die den möglichen Schaden grösstmöglich minimiert und es gleichzeitig für den Lieferanten tatsächlich höchst «uninteressant» macht, den Vertrag zu verletzen.

Ob es Sinn macht, einfach die mit dem Kunden vereinbarte Konventionalstrafe auch mit dem Lieferanten zu vereinbaren, ist fraglich. Je nach Risikoprofil und finanzieller Situation des Letzteren kann eine andere Höhe der Konventionalstrafe richtiger sein. Auch dies als Beispiel dafür, dass «back-to-back» nicht immer Sinn machen muss. Zu beachten ist auch, dass in gewissen ausländischen Rechten Konventionalstrafen nicht zulässig sind.

### Was denn nun –Garantie oder Gewährleistung?

Garantie oder Gewährleistung – diese beiden Begriffe werden oft verwechselt oder gar als ein und dasselbe verstanden. Diese Auffassung ist falsch. Die «Gewährleistung» ist im Gegensatz zur Garantie gesetzlich geregelt. Sie findet ihre Erwähnung unter anderem beim Kaufvertrag (Art. 197 ff. OR) und meint, dass der Verkäufer gegenüber dem Käufer für die mangelfreie Lieferung der Sache während zweier Jahren ab Ablieferung haftet. Gesetzlich vorgesehen ist beim Kauf im Falle eines Mangels lediglich die Wandelung, Minderung oder Ersatzleistung. Ein Recht, dass der Verkäufer den Mangel auf seine Kosten behebt, ist nicht vorgesehen.

Der Begriff «Garantie» wird in der Privatwirtschaft oft fälschlicherweise analog verwendet. In der Praxis werden unter dem Titel «Garantie» aber vielfach sämtliche gesetzlichen Gewährleistungsrechte wegbedungen und durch eigene, teils bessere, teils schlechtere Leistungen ersetzt.

Eine unterschiedliche Anwendung der beiden Begriffe in den Verkaufs- beziehungsweise Einkaufsunterlagen kann verheerende Folgen haben.

### Abmahnungsregelungen und Haftungsfragen

Dass vor Inanspruchnahme einer Gegenpartei zuerst eine Abmahnung erfolgen muss, ergibt sich unter anderem aus dem Gesetz (Art. 201, Art. 367 OR) oder anderen Regelungen wie beispielsweise den SIA-Normen (Art. 173 SIA 118). Die in solchen Abmahnungsregelungen vereinbarten Fristen können aber im Vertrag mit dem Kunden und demjenigen mit dem Lieferanten nicht gleich sein. Wenn der Lieferant die ihm gesetzte Frist vollständig nutzt, bleibt keine Zeit mehr, um gegenüber dem Kunden zu reagieren.

AGB oder andere Standarddokumente sehen in der Regel eine unbeschränkte oder nur leicht beschränkte Haftung des Lieferanten vor. Oft wird die Haftung für entgangenen Gewinn ausgeschlossen. Falls sich aber solche Standarddokumente nicht durchsetzen lassen und es zu Verhandlungen zur Haftung des Lieferanten kommt, ist im Einzelfall genau zu prüfen, wie weit man betreffend solcher Haftungsbeschränkungen gehen will beziehungsweise kann. Dabei können die Verhandlungen mit dem Kunden ein Hinweis sein. Aber auch hier gilt, dass eine einfache «Weitergabe» der mit dem Kunden vereinbarten Haftungsregelungen in aller Regel die eigenen Interessen nicht genügend abdeckt. Risi-

koprofil und die finanzielle Situation der einzelnen Lieferanten sind zu berücksichtigen und die Haftungsregelungen soweit möglich individuell zu vereinbaren.

Zu beachten ist auch das sogenannte Abänderungsverfahren. Ähnlich wie bei Abmahnungsregelungen ist auch hier zu beachten, dass vereinbarte Fristen im Kundenvertrag nicht identisch mit denjenigen im Lieferantenvertrag sein dürfen. Auch hier müssen genügend Reaktionszeiten vorgesehen werden, was sehr oft übersehen wird. Und zwar vor allem dann, wenn durch den Einkauf unbesehen Standarddokumente verwendet werden.

### Fazit

Mangelnde Abstimmung mit dem Verkauf und allenfalls anderen betroffenen Stellen innerhalb des Unternehmens, mangelndes Bewusstsein betreffend Anwendbarkeit von standardisierten Dokumenten und betreffend die Art der vertraglichen Vereinbarungen sowie das unreflektierte Übernehmen von «back-to-back»-Prinzipien können zu hohen Risiken für ein Unternehmen führen. Es lohnt sich in jedem Falle, die notwendige Zeit zu investieren, um die hier behandelten Themen vor und während eines Ausschreibungsverfahrens zu prüfen. •



**Martin Strobel**

Martin Strobel ist Fürsprecher und Rechtsanwalt in der Kanzleigemeinschaft Scholl Lienhard & Partner-SLP in Aarau. Er berät primär mittlere und international tätige Unternehmen sowie Privatpersonen im Bereich des Unternehmens- und Vertragsrechts.



**Dominik Probst**

Dominik Probst ist Rechtsanwalt in der Kanzleigemeinschaft Scholl Lienhard & Partner-SLP in Aarau. Er berät primär Unternehmen sowie Privatpersonen im Bereich des Unternehmens- und Vertragsrechts.