



St.Gallischer Anwaltsverband
SGAV

mandat

Nr. 1 / Mai 2009

Die Klientenschrift des St.Gallischen Anwaltsverbandes SGAV

EDITORIAL

THEMA

**Kopftuch statt Kreuz
im Klassenzimmer?**

3

RECHT & UNTERNEHMUNG



9

Neuerungen im Mietrecht

**Den Vertragsabschluss
fest im Blick, aber
nichts in der Hand**

15

RECHT & PRIVAT



21

**Gleichstellung von
Mann und Frau**

**Erbrecht - Die Zeit läuft
auch nach dem Tod**

25

«RECHT-ECK»

**Auch GPS-Radarwarn-
geräte sind illegal**

30

Veränderungen

Sehr geehrte Leserin
Sehr geehrter Leser

Nicht nur das Recht oder das Rechtsempfinden ist Zeitströmungen unterworfen, sondern auch das Erscheinungsbild von Publikationen. Und so wie Gesetze eine gewisse «Lebensdauer» haben, unterliegt auch das Layout von Druckerzeugnissen einer Zeitspanne, in der dieses als modern oder eben «zeitgemäss» empfunden wird. «Das Mandat» macht da keine Ausnahme. Im Februar vor acht Jahren das erste Mal publiziert, ist die äussere Aufmachung der SGAV-Klientenschrift etwas «in die Jahre» gekommen. Zudem hat das Corporate Design rund um den St.Gallischen Anwaltsverband zwischenzeitlich einige markante Änderungen erfahren.

Waren es früher die Printprodukte, welche in Bezug auf das Erscheinungsbild einer Unternehmung, einer Institution, einer Marke oder eines Produktes die Leadfunktion ausübten, so ist es heute das Internet, welches als «schnellstes» Medium die Massstäbe setzt. Und das neue Internetdesign des St.Gallischen Anwaltsverbandes war denn auch Initialzündung und Wegbereiter für den Relaunch der Klientenschrift «Das Mandat».

Augenfällig beim neuen Erscheinungsbild ist vorerst einmal der Titel. Aus der etwas «schwerfälligen» Bezeichnung «Das Mandat» erfolgte ein Wechsel zum schlanken und einprägsamen Titel «mandat». Offensichtlich ist zu-

Ueli Habersaat
Redaktion «mandat»
PR-Verantwortlicher des
St.Gallischen Anwalts-
verbandes SGAV



dem die gestalterische Identität zum Internet-Auftritt. Das heisst: die Anwendung der grafischen Elemente und die SGAV-Hausfarbe Grün wurden im neuen «mandat» konsequent umgesetzt. Im Weiteren wurde das Layout grundlegend modernisiert, u.a. durch einen neuen Satzspiegel und die Verwendung attraktiver Schriften.

Mit dem neuen Design ist die Basis gelegt für die «gestalterische Erscheinungsweise» der nächsten Jahre. Und so besehen bildet das neue «mandat»-Layout den attraktiven Rahmen für das Wesentliche, nämlich die redaktionellen Beiträge, welche auch künftig unterschiedlichste Themen und Rechtsaspekte beleuchten und in drei Ausgaben jährlich Aufnahme finden. ■



Kopftuch statt Kreuz im Klassenzimmer?

Ein Primarschüler islamischer Religionszugehörigkeit weigert sich, seinen Platz aufzuräumen mit der Begründung, das sei Frauensache. Eine Aargauer Schule gibt dem Druck muslimischer Eltern nach, als diese ihrem siebenjährigen Sohn verbieten, ein im Rechnungsbuch abgebildetes «Säu-li» mit Farbstift auszumalen, dieses sei ein unreines Tier. In den schweizerischen Schulzimmern sind Kreuze an den Wänden nicht mehr erlaubt, Kopftücher bei Schülerinnen indessen zugelassen. Die Liste religiös kulturell bedingter Herausforderungen und Stolpersteine wird immer länger. Wie damit umgehen?

Frau Lehndorff el Raffii, Professorin an einer islamischen Universität im Sudan, erzählte mir vom folgenden Experiment: Sie hat ihren Studierenden mehrere Zeichnungen vorgelegt. Auf jeder Zeichnung war eine Person abgebildet. Dann hat sie gefragt: Wie stellen Sie sich einen Schweizer Mann, wie eine Schweizer Frau, vor? Die Studierenden entschlossen sich für die auf der nächsten Seite abgebildete Lösung. Sollten Sie, geschätzte LeserInnen hierüber schmunzeln müssen, so ist das ein Zeichen dafür, dass Sie integriert sind, dass Sie die Schweizer Kultur kennen.

Vorurteile durch Wissen ersetzen

Die beiden Bilder stehen stellvertretend für eine wichtige Erkenntnis: Wir müssen lernen, die Zugewanderten so differenziert wahrzunehmen, wie wir es beim Beispiel unserer abgebildeten Schweizerin und dem Schweizer automatisch tun. Lernen können wir dies nur, indem wir uns mit dem unbekanntem Fremden befassen. Konkret: Wenn Behörden nicht wissen, was eine Religion – verknüpft mit Tradition – von «ihrem» Menschen in dessen Herkunftsland verlangt, dann besteht keine Chance, aufrichtig gelebte Religionsausübung von vorgeschobenen religiösen Argumenten zu unterscheiden, welche einzig dazu die-

nen, für sich unzulässige Sonderrechte zu beanspruchen.



So stellen sich Studierende einer Universität im Sudan «Herr und Frau Schweizer» vor...

Wissen gezielt als Chance nutzen

Der Islam greift derart erheblich ins Alltagsleben ein, dass die Unterscheidung echter und vorgeschobener Argumente vergleichsweise einfach ist. Hierin liegt unsere Chance für die Bewältigung im schulischen Alltag. Es ist an uns, die Chance zu nutzen. Wir tun dies in Anwendung unserer Bundesverfassung und unserer Gesetze. Diese geben die Spielregeln vor, ähnlich wie dies im Sport der Fall ist: Teamsportarten funktionieren nur, wenn Spielregeln bestehen, wenn diese von allen Beteiligten eingehalten werden und wenn ein Schiedsrichter/eine Schiedsrichterin bei Regelverletzungen einschreitet. Diese Schiedsrichterfunktion kommt, wenn es um das Zusammenleben geht, den Behörden zu.

Über Unverhandelbares nicht verhandeln

Die Bundesverfassung beinhaltet die Grundrechte des Menschen. Diese Rechte sind unverzichtbar und nicht

verhandelbar. Ignoriert eine Person dies beharrlich, muss der Staat in seiner Rolle als «Schiedsrichter» intervenieren, indem er dieser Person die «Rote Karte» zeigt. Nun stellt sich die Frage, wie die Schiedsrichterfunktion im praktischen Alltag aussehen muss, um erfolgreich zu sein. Hierzu einige authentische Beispiele:

- Eine deutsche Familienrichterin spricht einen Muslim frei, der seine Frau schlug. Denn in Sure 4 Vers 34 des Koran heisst es: «Die Männer stehen über den Frauen, weil Gott sie von Natur vor diesen ausgezeichnet hat und auch wegen der Ausgaben, die sie von ihrem Vermögen gemacht haben. Und wenn ihr fürchtet, dass die Frauen sich auflehnen, dann mahnt sie, vermeidet sie im Ehebett und schlägt sie.» Die «Rote Karte» gehört in diesem Beispiel dem Muslim, der seine Frau geschlagen hat, aber auch der Richterin, welche die Tat legitimierte und damit den «Import» verfassungswidrigen Rechts zulies.

- Beim eingangs erwähnten Fall des Primarschülers, der sich von seiner Lehrerin nichts sagen lässt, geht es nicht um legitime religiöse Sonderrechte, sondern um mangelnden Anstand. Die Schule muss sich durchsetzen. Die schulrechtlichen Grundlagen dafür sind vorhanden.

- Im ebenfalls erwähnten Aargauer Schulfall wurde das «Säuli» mit einem Abziehbildchen überklebt, so dass es von der Bildfläche verschwand. Der verantwortliche Schulleiter erklärte in einem TV-Interview stolz, diese integrationsfördernde Lösung sei im Einvernehmen mit den Eltern gefunden worden. Was ist davon zu halten? Effektiv gibt es im Koran keine einzige Stelle, die das Schwein als unrein bezeichnet. Wohl gibt es Vorschriften betreffend den Verzehr von Fleisch bestimmter Tiere, was insbesonde-

re in heissen Ländern zum damaligen Schutze der Gesundheit durchaus vernünftig war. Vorliegend hat eine Schule – zwar gut gemeint, aber im Ergebnis kontraproduktiv – vor einer behaupteten religiösen Pflicht kapituliert. Sie hat mit Eltern über Unverhandelbares eine Verhandlung geführt und damit falsche, nicht integrationsfördernde Signale gesetzt. Wem gehört hier die «Rote Karte»? Den Eltern, ebenso aber auch der Schule.

- Eine Zürcher Sonderschule, die seit Jahren mit viel Erfolg einen ausgebildeten Therapiehund im Unterricht mit behinderten Kindern einsetzt, darf das nicht mehr tun, weil muslimische Eltern gestützt auf den Koran verlangten, dieses unreine Tier sei zu entfernen: Auch hier liegt ein folgenreiches Beispiel falsch verstandener «Multikulti-Toleranz» vor.

- Das deutsche Bundesverfassungsgericht sowie auch das Schweizer Bundesgericht halten fest, dass es muslimischen Kindern in der öffentlichen Schule aus Gründen der Religionsfreiheit nicht zumutbar ist, ein Kreuz im Schulzimmer anschauen zu müssen. Beide Urteile gaben in juristischen Kreisen intensiv zu reden – zu Recht.

Sich positionieren - hinsehen und hinstehen

Die obigen Beispiele lassen sich beliebig erweitern, ebenso die damit verbundenen Fragen der verunsicherten Öffentlichkeit: «Wenn es so ist, dass Kreuze als religiöse Symbole im Schulzimmer nicht mehr zugelassen sind, wie ist es dann im Einkaufszentrum, wenn mir der selbe Staat zumutet, in der Warteschlange vor, neben und hinter mir, von Frauen mit Kopftüchern als religiöse Symbole umringt zu sein? Warum soll ich ein Minarett ansehen müssen? Kann ich

mich wehren, wenn ich befürchte, in der eigenen Heimat fremd zu werden?» Es ist Aufgabe der Politik, einschliesslich der Bildungspolitik, sich solchen Fragen zu stellen und sich dabei klar zu positionieren. An den Schulen der Stadt Wil wird dabei die folgende Grundhaltung gepflegt: Dialog allein genügt nicht. Wir müssen uns mit Fleiss und Interesse Wissen über Fremdes aneignen. Wir – nicht die Zugewanderten – müssen dafür sorgen, dass den Zugewanderten klar ist, welche Regeln bei uns gelten. Wir müssen sagen, was gilt, überprüfen, ob das Gesagte effektiv verstanden worden ist und das Gesagte schliesslich nach aussen sichtbar durchsetzen. Das Ganze tun wir mit Wertschätzung, Respekt und Toleranz. Wertschätzung, Respekt und Toleranz dürfen gross sein. Sie müssen aber genau dort aufhören, wo Zugewanderte mit uns über Regeln verhandeln wollen, die bei uns als unverhandelbar gelten.

Sich für das Fremde interessieren

Das Wort Islam bedeutet Unterwerfung, vollkommene Unterordnung des Menschen unter Allah. Diese Unterwerfung beinhaltet, dass allein Allah berechtigt und befähigt ist, Gesetze zu geben und Recht zu sprechen. Religion ist in islamischen Staaten nicht Privatsache, sondern sie ist Verfassung und Gesetz. Hierin liegt ein fundamentaler Unterschied zu unserer Rechtsordnung, welche in der Bundesverfassung klare Grundwerte vorgibt und dabei ausdrücklich sagt, dass nicht religiös vorgegebene, sondern demokratisch beschlossene Regeln massgebend sind. Für Muslime ist es als Folge der von ihnen abverlangten vollkommenen Unterwerfung undenkbar, über die von Gott selbst offenbarte Ordnung kritisch zu denken, geschweige denn, diese

Ordnung – etwa den Koran – in Zweifel zu ziehen. In der westlichen Welt wird bekanntlich gerade das Gegenteil abverlangt: Früh schon lernen wir in der Schule, das geschriebene Wort, moderne wie auch historische Schriften, kritisch zu hinterfragen und sich mit möglichen Deutungen zu befassen. Damit berühren wir einen der heikelsten Konflikte zwischen Islam und Christentum: Was Muslimen strengstens untersagt ist, ist in der westlichen Demokratie nicht nur üblich, sondern eine Notwendigkeit.

Keinen «Import» fremden Rechts zulassen

Es geht glücklicherweise nicht um die Frage, welche der beiden Schriften – der Koran oder die Bundesverfassung – «Recht» hat respektive «wahr» ist. Zu beantworten ist lediglich die Frage, welche der beiden Schriften Vorrang hat vor der anderen. Die Antwort auf diese Frage hängt einzig davon ab, in welchem Land man sich befindet. Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom sogenannten Territorialitätsprinzip. Dieses besagt: Sobald ich meinen Fuss in ein Land setze, in welchem die Gesetze des Islam Vorrang haben, muss ich dies anerkennen. Wer sich umgekehrt in der Schweiz aufhält, muss anerkennen, dass auf dem gesamten Territorium der Schweiz nicht die Tora der Juden, nicht die Bibel der Christen, nicht der Koran der Muslime, sondern die Bundesverfassung Vorrang hat. Was ist somit zu tun, wenn unter Geltendmachung angeblicher religiöser Pflichten beantragt wird, die Tochter habe in der Schule ein Kopftuch zu tragen?

Nulltoleranz gegenüber vorgeschobener Religion

Der Koran kennt fünf Grundpflichten: Das Sprechen des islamischen Glaubensbe-

Stadträtin
Dr. iur. HSG Marlis Angehrn
Vorsteherin Departement
Bildung und Sport
Wil



kenntnisses (Schahada), die jährliche Sozialabgabe (Zakat), das fünfmalige Gebet täglich (Salat), das Fasten im Monat Ramadan (Siyam) und die Wallfahrt nach Mekka (Hadsch). Die Bedeckung des Hauptes mit einem Schal wird in Sure 24 erwähnt. Um eine religiöse Grundpflicht handelt es sich dabei nicht. An den Schulen der Stadt Wil gilt die folgende Praxis: Das Mädchen darf, wenn es dies selbst wünscht, das Kopftuch tragen. Einzige Bedingung ist: Es erfüllt auch die Hauptpflichten des Korans vorschriftsgemäss. Gemeint sind namentlich die Gebete. Dass es dafür einen Raum benützen darf, versteht sich von selbst. Nicht auf blosser Nebenpflichten des Korans berufen darf sich indessen, wer nicht die Hauptpflichten erfüllt. An den Schulen der Stadt Wil wird über die ausnahmsweise Bewilligung des Tragens einer Kopfbedeckung frühestens dann diskutiert, wenn die Hauptpflicht erfüllt ist. Diese klare Vorgabe wurde bisher ausnahmslos akzeptiert.

«Wer sich in der Schweiz aufhält, muss anerkennen, dass auf dem gesamten Territorium der Schweiz nicht die Tora der Juden, nicht die Bibel der Christen, nicht der Koran der Muslime, sondern die Bundesverfassung Vorrang hat.»

Respekt als Grundhaltung

Zusammenfassend kann somit gesagt werden: Wer unter dem Deckmantel der Religion versucht, patriarchalische Traditionen zu pflegen, welche nicht mit dem schweizerischen Recht vereinbar sind, verdient den

«Religiös, kulturell oder traditionell bedingte Rechtsvorstellungen, welche unserer modernen Verfassung widersprechen, sind in aller Schärfe zu verurteilen.»

Schutz der Religionsfreiheit nicht. Umgekehrt soll, wer tatsächlich die Hauptpflichten erfüllt, sich auch auf eine allfällige Nebenpflicht berufen dürfen. Religiös, kulturell oder traditionell bedingte Rechtsvorstellungen, welche unserer modernen Verfassung widersprechen, sind in aller Schärfe zu verurteilen. Gleichzeitig ist aber auch zur Vorsicht zu mahnen: Wir haben kein Recht, uns schrankenlos damit aufzuspielen, was wir alles erreicht haben

und andere nicht. Weltweit gibt es zu Hauf Frauendiskriminierungen, ohne dass dabei zwingend Kopftücher im Spiel wären. Zwar sollen – ja müssen – wir glasklar sagen, was bei uns gilt, und durchsetzen, was wir gesagt haben. Unser Handeln darf aber nicht in der überheblichen Meinung erfolgen, der Entwicklungsprozess sei bei uns abgeschlossen. Er ist es bei Weitem nicht. ■



Neuerungen im Mietrecht

Das geltende Mietrecht, in Kraft seit 1. Juli 1990, basiert auf dem System der **Kostenmiete**. Das heisst, sowohl der Mieter als auch der Vermieter können zum Ausgleich von **Kostenänderungen eine Anpassung des Mietzinses verlangen** (Art. 269a Abs. 1 lit.b OR). In der Mietrechtsverordnung wird **genauer ausgeführt, was als Kostensteigerung gilt**. Dazu gehören insbesondere **Erhöhungen der Hypothekarzinsen, der Gebühren, Objektsteuern, Baurechtzinsen, Versicherungsprämien sowie Erhöhungen der Unterhaltskosten** (Art.12 VMWG). Diese Aufzählung ist nicht abschliessend.

Nach 1996 hat der Bundesrat die **Verordnung** (VMWG) **auf 2008 ein zweites Mal geändert**. Die nachstehenden Änderungen beziehen sich alle auf den Mietzinsbereich:

- Kostensteigerungen: Referenzzinssatz
- Mehrleistungen des Vermieters: Energetische Verbesserungen
- Indexierte Mietzinse
- Übergangsbestimmungen

Im Folgenden soll aufgezeigt

werden, wie sich diese Änderungen auf die Mietzinsgestaltung auswirken und ob sich die Erwartungen an den Referenzzinssatz erfüllt haben.

Hypothekarzinsatz als wichtiger Kostenfaktor

Bei der **Kostenmiete** beeinflussen verschiedene Faktoren, wie in der Einleitung aufgezählt, den Mietzins. Mietzinsanpassung aufgrund von

Mehrleistungen (wie wertvermehrende Investitionen oder umfassende Renovationen) werden vom Hauseigentümer ausgelöst. Die **Kostensteigerung** kann der Vermieter jedoch nicht selber gestalten oder beeinflussen. Sie wird extern oder durch Dritte entschieden oder «gemacht» wie die Teuerungsentwicklung (Landesindex der Konsumentenpreise), die Höhe der Gebühren und Kosten von Wasser, Abwasser, Energie und Entsorgung) sowie durch den Geldmarkt und konkret durch die Banken (Hypothekarzins). Es ist denn auch der **Hypothekarzins**, welcher sich in unregelmässigen Abständen verändert. Dabei lösen sich Erhöhungen und Senkungen immer wieder ab.

Aufgrund der Tatsache, dass die Veränderung des Hypothekarzinsatzes von einem Viertel Prozent zu einer Mietzinserhöhung von 2 bis 3

Prozent (abhängig von der effektiven Höhe des Hypothekarzinsrates) berechtigt, löst eine Hypothekarzinsserhöhung von einem halben Prozent bereits eine beachtliche Mietzinsserhöhung aus. Insbesondere von Mieter-



verbandsseite wird deshalb schon seit Längerem gefordert, dass der **Hypothekarzinsrate als Kostenfaktor** für die Mietzinsgestaltung **wegfallen** und der Mietzins nur noch an den Landesindex für Konsumentenpreise angepasst werden solle.

Ein solcher Wechsel, der auf Vermieterseite und im Hauseigentümerverband unterschiedlich beurteilt wird, erfordert eine Gesetzesänderung, welche von den Eidgenössischen Räten beschlossen werden müsste, wobei jede Gesetzesänderung mittels Referendum dem Volk vorgelegt werden kann. In diesem Zusammenhang sei in Erinnerung gerufen, dass es Mietrechtsänderungen in der Schweiz schwer haben. So lehnten die Stimmberechtigten im Jahre 2003 die Initiative des Mieterverbandes «Ja zu fairen Mieten» mit 67 Prozent ab. Aber auch der vom Parlament erarbeitete Gegenvorschlag fand keine Zustimmung und wurde im Jahr 2004 mit 64 Prozent verworfen. Dies wurde von vielen Seiten so interpretiert, dass das Schweizer Volk keine grundlegenden Änderungen im Mietrecht wünsche.

Deshalb überrascht, dass nun in nächster Zeit dem Parlament doch eine Teilrevision des Mietrechts unterbreitet werden soll, welche gemäss Vernehmlassungsentwurf die vollständige Abkoppelung der Mietzinsgestaltung vom Hypothekarzinsrate oder Referenzzinssatz vorsieht. Aber auch hier dürfte das letzte Wort noch nicht gesprochen sein. Mehr als die Hälfte aller Mietwohnungen in der Schweiz sind im Besitz von Privatpersonen. Diese sind rascher und direkter betroffen von veränderten Hypothekarzinsraten als institutionelle Anleger oder Investoren, welche keine oder nur wenig Fremdmittel benötigen.

Ende März 2009 hat die Rechtskommission des Nationalrats die Teilrevision des Mietrechts mit 22 zu 1 Stimme, bei 2 Enthaltungen, überraschend deutlich abgelehnt. Damit dürfte das Thema für einige Jahre erledigt sein!

Vom Hypothekarzinsrate zum Referenzzinssatz

Massgebend war bis Ende 2007 der Satz für erste Hypotheken des örtlichen Marktleaders im Hypothekergeschäft, was in den meisten Kantonen die Kantonalbank ist. Dies führte einerseits zu einem zunehmenden (politischen) Druck auf diese Marktleader. Andererseits machen die traditionellen, variablen Standardhypotheken nur noch einen kleinen Anteil aller Hypothekenausleihungen aus. Sie sind von Festhypotheken und verschiedenen neuen Modellen weitgehend abgelöst worden.

Dies veranlasste den Bundesrat, die Mietrechtsverordnung anzupassen. Mit der Einführung des **Referenzzinssatzes** als massgebendes Kostenelement für die Mietzinsgestaltung gilt seit Herbst 2008 **ein Satz für die ganze Schweiz**, welcher periodisch von der Schweizerischen Nationalbank berechnet und vom Bundesamt für Wohnungs-

wesen bekannt gegeben wird (Art.12a VMWG). Zur Berechnung des Referenzzinssatzes müssen alle Banken den Betrag ihrer hypothekarischen Darlehen und die aktuellen Zinssätze melden. Daraus wird der Referenzzinssatz berechnet. Sobald sich dieser Durchschnittszinssatz um 0,25 Prozentpunkte verändert hat, erfolgt die Information. Dies berechtigt dann, den Mietzins entsprechend anzupassen, also zu erhöhen oder zu senken. Diese Änderung bewirkt zudem, dass der Mietzins weniger rasch den Veränderungen auf dem Hypothekarmarkt folgt, was beim Beschluss durch den Bundesrat von (fast) allen Seiten begrüsst worden war.

Zwischenzeitlich haben aber insbesondere die Mieterorganisationen **erste Kritik** am neuen Referenzzinssatz angebracht. Bei aktuell sinkenden Hypothekarzinsraten dauert es eben auch länger, bis sich der Referenzzinssatz gesamtschweizerisch um die erwähnten 0,25 Prozentpunkte reduziert hat. Dies hängt damit zusammen, dass für den Referenzzinssatz alle hypothekarischen Ausleihungen berücksichtigt werden, also auch Festhypotheken und andere Modelle, welche durch eine Senkung des Satzes für feste Hypotheken nicht verändert werden. Angesichts dieser «Ungeduld» sei aber erwähnt, dass gemäss Erhebung der SNB über die Jahre 1996 bis 2006 der Durchschnittssatz (=Referenzzinssatz) zum Jahresmittel der variablen Leitzinssätze der Kantonalbanken höchstens um ein Viertel Prozent variierte!

Zusammenfassend ist festzustellen, dass **Mietzinsanpassungen**, also Erhöhungen und Senkungen, bis auf weiteres mit dem **Hypothekarzinsrate** begründet werden können. Einzig ist neu der **Referenzzinssatz der SNB** massgebend und nicht mehr der variable Zinssatz für erste Hypotheken der eigenen Kan-

tonalbank. Anpassungen der Mietverträge sind nicht notwendig, geht doch das geänderte Recht den bestehenden Verträgen vor. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die **Anpassungssätze unverändert** gelten (2 % bei Hypothekarzinsätzen von mehr als 6 %; 2,5 % bei Hypothekarzinsätzen zwischen 5 und 6 %; 3 % bei Hypothekarzinsätzen von weniger als 5 % je Viertel Prozent Hypothekarzinssteigerung) und bei unbefristeten Mietverträgen auch weiterhin **40 Prozent der Teuerung** gemäss Landesindex der Konsumentenpreise zusätzlich auf den Mietzins überwält werden dürfen.

Die Antwort auf die eingangs gestellte Frage, ob sich die Erwartungen an den Referenzzinssatz erfüllt haben, ist letztlich eine Frage des eigenen Standpunkts!

Weitere Auswirkungen der geänderten Mietrechtsverordnung

In den kommenden Jahren gewinnen Massnahmen zur **Verbesserung der Energieeffizienz** und der **Nachhaltigkeit im Gebäudebereich** zunehmend an Bedeutung. In der mietrechtlichen Praxis war die Frage der Überwälzung der Kosten von energetischen Sanierungen mit Unsicherheiten verbunden. Um nun aber Anreize für wirksame energetische Massnahmen zu schaffen, änderte der Bundesrat die Mietrechtsverordnung diesbezüglich.

Der ergänzte Artikel 14 VMWG hält ausdrücklich fest, «dass Investitionen für energetische Verbesserungen als **Mehrleistungen** im Sinne von Art.269a lit.b OR gelten» und damit zu einem Mietzinsaufschlag berechtigen. Zudem enthält Absatz 2 dieses Artikels neu eine Liste von Massnahmen, die ausdrücklich als energetische Verbesserungen gelten. Dazu gehören namentlich:

- a) Massnahmen zur Vermeidung der Energieverluste der Gebäudehülle;
- b) Massnahmen zur rationelleren Energienutzung;
- c) Massnahmen zur Verminderung der Emissionen bei haustechnischen Anlagen;
- d) Massnahmen zum Einsatz erneuerbarer Energien;
- e) Kosten für den Ersatz von Haushaltgeräten mit grossem Energieverbrauch.

Der Bundesrat hat auch bei **Mietverträgen mit indexierten Mietzinsen** Anpassungen vorgenommen respektive langjährige Usancen nun in der Mietrechtsverordnung verankert. Damit ein Mietzins indexiert werden kann, muss der Mietvertrag auf mindestens fünf Jahre fest abgeschlossen werden. Dabei kann bei Vertragsabschluss ein Interessenkonflikt bestehen. Der Mieter möchte sich nicht auf **fünf Jahre fest** binden, ist aber mit einem indexierten Mietzins einverstanden. Dies ist nun auch **einseitig** möglich, wenn der Vermieter während fünf Jahren nicht kündigen kann, diese Verpflichtung aber für den Mieter nicht gilt (Art.17 Abs.3 VMWG).

Bei indexierten Mietverträgen gab auch immer wieder zu Diskussionen Anlass, welches die **Anzeigefrist für Mietzinserhöhungen** in einem festen Mietvertrag ist, da in diesen Fällen nicht auf die Kündigungsfrist zurückgegriffen werden kann. Dies wird nun in Art.17 Abs.3 VMWG geregelt: *Mietzinserhöhungen aus indexierten Verträgen können unter Einhaltung einer Frist von mindestens 30 Tagen auf ein Monatsende angekündigt werden.* Dies bedeutet, dass die Anzeigefrist im Mietvertrag verlängert, aber nicht verkürzt werden kann. Es darf aber nicht vergessen werden, dass auch Mietzinserhöhungen aus festen und indexierten Verträgen mit dem **kantonale genehmigten Formular** anzuzeigen sind!

lic. iur. Karl Güntzel
Rechtsanwalt
Delegierter HEV Kanton St.Gallen
Mitglied der Mietschlichtungsstelle
St.Gallen



Mietrechtliche «Fallen»

An dieser Stelle erlaube ich mir, auf zwei mietrechtliche Themen hinzuweisen, die immer wieder oder vermehrt zu Problemen Anlass geben.

Bei den **Heiz- und Nebenkosten** kommt es immer wieder zu Auseinandersetzungen zwischen den Parteien und zur Anfechtung bei der Mietschlichtungsstelle, weil der Mietvertrag diesbezüglich ungenügend ausgefüllt wurde. Es sei deshalb an die **strenge Gerichtspraxis** erinnert, wonach nur **diejenigen Nebenkosten** abgerechnet werden dürfen, die im Mietvertrag auch **ausdrücklich aufgeführt** und – je nach Vertrag – angekreuzt oder unterstrichen worden sind. Oft wird auch nicht festgehalten, ob es sich dabei um pauschale oder Akontozahlungen handelt.

Der früher gebräuchliche Satz «xxx Franken akonto Heiz- und Nebenkosten» berechtigt heute nur noch, dem Mieter die Heiz- und Warmwasserkosten in Rechnung zu stellen!

Beidseitig unterzeichnete Mietverträge genügen bis vor kurzem für die **provisorische Rechtsöffnung** durch den Richter, wenn eine **Betreibung** wegen ausstehender Mietzinsszahlungen durch **Rechtsvorschlag** bestritten

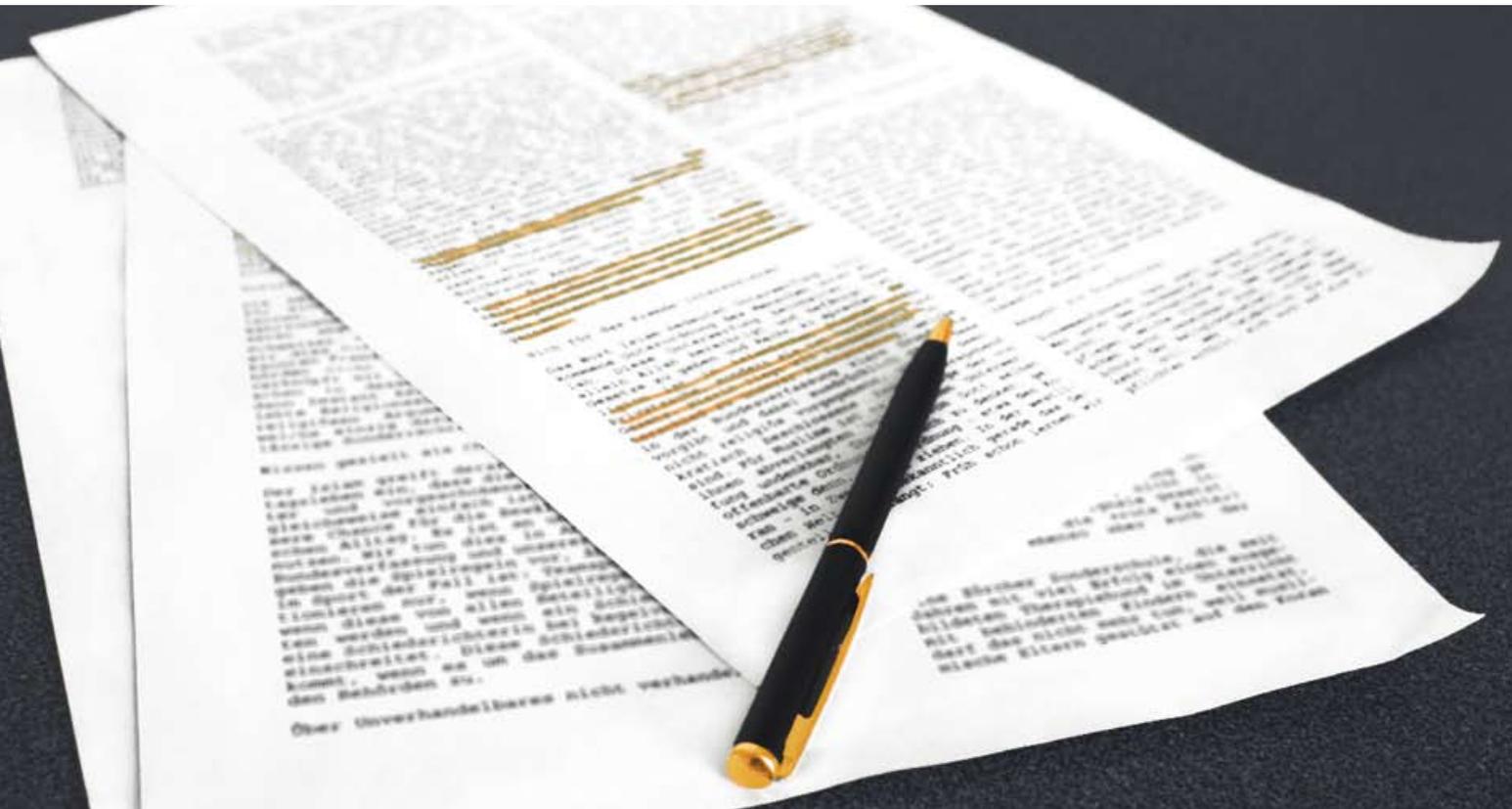
«Neu ist der Referenzzinssatz der SNB massgebend und nicht mehr der variable Zinssatz für erste Hypotheken der eigenen Kantonalbank.»

wurde. Der Mieter musste dann in Aberkennungsklage nachweisen, weshalb die Forderung doch nicht geschützt werden dürfe. Eine **verschärfte Gerichtspraxis** zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht hat nun aber zur Folge, dass der Mieter diese provisorische Rechtsöffnung durch die Behauptung, der Vermieter habe seine Pflichten nicht vollumfänglich erfüllt, bereits verhindern kann – weil dann der Gegenbeweis im summarischen Verfahren kaum möglich ist – und damit den Vermieter zu einer **Anerkennungsklage** zwingen. – Ähnli-

ches droht dem Vermieter bei Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung in ein oder zwei Jahren bei der **Mieterausweisung**. Künftig entscheidet nämlich der Ausweisungsrichter nicht mehr im gleichen Verfahren über die Ausweisung und die Gültigkeit der Kündigung, was zu sehr, sehr langen Verzögerungen führen kann! Abschliessend sei eine **Empfehlung** erlaubt, die auch für andere Lebens- und Rechtsbereiche Gültigkeit hat: Eine offene Kommunikation und Information zwischen Vermieter und Mieter, *beispielsweise bei einer Hypothekarzinssen-*

kung, weshalb der Mietzins trotzdem nicht gesenkt werden kann, trägt erstens zu einem guten Klima zwischen den Parteien bei und verhindert zweitens unnötige Auseinandersetzungen vor Mietschlichtungsstelle und Gericht. Dabei ist in Kauf zu nehmen, dass auch der anwaltliche Berufsstand weniger beansprucht wird! ■

«Es dürfen nur diejenigen Nebenkosten abgerechnet werden, die im Mietvertrag auch ausdrücklich aufgeführt und – je nach Vertrag – angekreuzt oder unterstrichen worden sind.»



Den Vertragsabschluss fest im Blick, aber nichts in der Hand

Die rechtlichen Unsicherheiten zwischen Arbeitsbeginn und Vertragsabschluss

Ausgangslage

E-Business, Internet, Websites und langwierige Vertragsverhandlungen – wie bitte?

Mit zunehmender Komplexität der Web- und IT-Projekte steigen die Anforderungen an die vertraglichen Grundlagen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich das Medium Internet gewandelt hat. Neben klassischen Websites zu Unterhaltungs- und Informationszwecken sind Online-Vertrieb und Web-Applikationen zu entscheidenden Faktoren der Wertschöpfungskette ge-

worden. Stellen Sie sich einmal vor, Ihre Bank würde morgen kein Internetbanking mehr anbieten? Das wäre für viele nicht der Verlust eines «nice-to-have», sondern ein gewichtiger Grund nach Alternativen zu suchen, und das obwohl die Zufriedenheit mit dem Kerngeschäft «Banking» eigentlich stimmt. Diese Veränderung der Perzeption von Web-Business in geschäftskritischen Kernfunktionen bedingt logischerweise eine höhere Businessrelevanz und daraus resultierende Budgeterhöhungen. Das Web-Busi-

ness ist erwachsen geworden, die Projekte businesskritischer und die Volumina grösser. Die Konsequenzen gescheiterter Projekte sind damit schwerwiegender als noch vor ein paar Jahren. Um beiden Parteien eine möglichst hohe Projektsicherheit zu gewährleisten, werden, wie in etablierten Geschäftsfeldern schon lange üblich, alle relevanten Punkte in Vertragswerke gegossen, mal mehr - mal weniger standardisiert. Inwieweit verändert sich durch diese vertraglichen Rahmenbedingungen die gemeinsame

und partnerschaftliche Projektarbeit? Eine Tendenz zu Standardisierung, Scoping und Abgrenzung heisst in der Regel auch ein Verlust von Agilität und Flexibilität, gerade in geschäftskritischen und nicht substituierbaren Projektinhalten.

Wie kann das Dilemma zwischen notwendiger Projektsicherheit und gewünschter



(mediengerechter) Flexibilität und Agilität gelöst werden? In der Regel geschieht dies durch gegenseitige Anerkennung der jeweiligen Kompetenzen und Vertrauen in die Beständigkeit. Dieses Vertrauen aber aufzubauen, kostet bekanntlich Zeit, welche meist nicht vorhanden ist. Web-Projekte werden erfahrungsgemäss sehr kurzfristig geplant und ad hoc umgesetzt. Die Folge ist das Fehlen eines Zeitpuffers für eine angemessene Vertragsverhandlung.

Die konkrete Situation, die sich nach erfolgreichem Anbieterentscheid darstellt, sieht wie folgt aus:

Das Projektteam beim Auftraggeber (Kunde) und der Auftragnehmer (Dienstleister) sind sich über die Zusammenarbeit sowie den Projektumfang bereits einig, lediglich die juristische Ausgestaltung und die anschliessende Freigabe des Vertrages sind noch offen.

Da der Kunde unter erheblichem Zeitdruck steht und der Dienstleister bereits Ressourcen geplant und freigestellt hat, herrscht Einigkeit über die Aufnahme der Tätigkeit, aber eine fertige Vertragsgrundlage liegt nicht vor. Durch welche Massnahmen kann nach Offerte und Anbieterentscheid wertvolle Zeit gewonnen werden, bevor das ausformulierte Vertragswerk zur Verfügung steht und die Unsicherheit über Definition der Leistungserbringung, Zahlungs- und Abnahmemodalitäten, Gewährleistungsansprüche, etc. behoben werden? Zur Findung der Lösung muss man sich der rechtlichen Situation bei Vertragsverhandlungen bewusst sein.

Rechtliche Situation bei Vertragsverhandlungen

Vertragsverhandlungen zwischen verschiedenen Parteien begründen nach einhelliger Rechtsprechung zwar ein Rechtsverhältnis, aus dem insbesondere die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben abgeleitet werden kann, aber Ansprüche bspw. aufgrund von Blockierung der Vertragsverhandlungen oder aufgrund unbegründetem Abbruchs der Vertragsverhandlungen lassen sich schwer durchsetzen.

Als Anspruchsgrundlage für eine Haftung im Zeitraum der Vertragsverhandlungen kommt eine Haftung aus Culpā in Contrahendo (= c.i.c.; «Verschulden bei Vertragsabschluss») in Betracht. C.i.c. ist eine Haftung eigener Art, die als Ergänzung zum Gesetz entwickelt wurde, um Pflichtverletzungen aufgrund von erwecktem und enttäushtem Vertrauen bei Vertragsverhandlungen ahnden zu können. Diese Haftung greift zum Beispiel in Fällen, in denen eine Vertragspartei von Anfang an zum Nichtkontrahieren entschlossen war und einen Abschlusswillen vorgetäuscht hat. An

diesem Beispiel wird deutlich, dass die Haftung aus c.i.c. erst eingreift, wenn das Verhalten des Vertragspartners offensichtlich zum Schaden des Gegenübers führt. Im Gegensatz dazu können Blockierung oder Abbruch von Vertragsverhandlungen auf nicht beabsichtigten Gründen beruhen. Beispiel hierfür könnte ein Vertragspartner sein, welcher noch nicht hundertprozentig von dem bevorstehenden Vertragsschluss überzeugt ist oder ein günstigeres Angebot entdeckt hat. Aufgrund des Grundsatzes der Privatautonomie, wonach die Parteien ihre Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen bilden und gestalten können, steht jedem potenziellen Vertragspartner vor Vertragsschluss offen, sich gegen den Vertrag zu entscheiden. In einem solchen Fall kann dem Vertragspartner keine Absicht zur Verzögerung oder zum Abbruch vorgeworfen werden, ausgenommen es übersteigt die Schwelle des Zumutbaren und diese wird in den seltensten Fällen aufgrund des überragenden Schutzes der Privatautonomie erreicht.

Wurde in der Situation eines Verhandlungsabbruchs bereits mit der tatsächlichen Arbeit begonnen und bspw. im Web-Business die technische Spezifikation erstellt oder Implementierungen begonnen, bleibt die Frage offen, wie die erbrachten Leistungen vergütet werden können.

Da es sich in der Regel um zeitliche Aufwände handelt, können die geleisteten Stunden nicht «ungeschehen» gemacht werden. Auf diese Frage gibt das Bereicherungsrecht Antwort. Nach diesem im Obligationenrecht festgelegten Rechtsanspruch (Art. 62 ff. OR) können Leistungen ohne Vertragsgrundlage zurückgefordert werden. Eine Zurückforderung der Leistung in natura ist gerade in der IT-Branche nicht möglich. Aus diesem Grund muss Wertersatz geleistet werden,

«Die Lösung des gesamten Dilemmas bei Vertragshandlungen und Schaffung beidseitiger Sicherheit könnte ein Letter of Intent sein.»

der aber nicht dem Wert entspricht, der nach Vertragsschluss gefordert werden kann, denn dieser Wert enthält Gewinnmargen, die im Bereicherungsrecht nicht beachtet werden dürfen. Ein solches Ergebnis befriedigt in den seltensten Fällen. Die Lösung des gesamten Dilemmas bei Vertragsverhandlungen und Schaffung beidseitiger Sicherheit könnte ein Letter of Intent («LOI») sein.

Der Letter of Intent («LOI»)

Definition

Der «LOI» stellt in seiner Grundform eine reine Absichtserklärung dar. Die Erklärung erfolgt zumeist in brieflicher Form und bittet die vertragliche Gegenpartei um Bestätigung oder Annahme dieser Absichtserklärung. Mit dem «LOI» wird die Bereitschaft gegenüber dem potentiellen Vertragspartner erklärt, über den Abschluss eines Vertrages ernsthaft zu verhandeln, ohne sich bereits zu verpflichten, den betreffenden Vertrag abzuschliessen. In dieser Grundform entfällt der «LOI» eine Vertrauensgrundlage für den Zeitraum der Vertragsverhandlungen.

Ausgestaltung des Letter of Intent

Der «LOI» kann grundsätzlich in zwei verschiedenen Arten ausgestaltet werden. Entweder wird er in seiner bereits oben genannten Grundform belassen oder er stellt eine verbindliche Vorfeldvereinbarung dar. In seiner Ursprungsform beinhaltet der «LOI» nur die Absichtserklärung zum Vertragsschluss. Zusätzlich kann diese Erklärung Vereinbarungen über den formellen Ablauf der Vertragsverhandlungen unter Aufzählung und Koordination der einzelnen, dabei zu beachtenden Schritte und eventuell den Stand der Verhandlung, also welche Punkte des zukünftigen Vertrages

bereits geregelt sind und welche noch geregelt werden müssen, enthalten. Ein guter Schritt in Richtung Erhöhung der Sicherheit bei Vertragsverhandlungen kann unter dieser Variante auch sein, dass eine Zeittafel für die bevorstehenden Vertragsverhandlungen und deren einzelne Punkte angelegt wird. Dies hätte die Wirkung, dass sich wenigstens moralisch gesehen der Verhandlungspartner gezwungen sieht, sich an die vereinbarten Zeitabschnitte zu halten. Letztendlich führt aber keiner dieser aufgezählten Punkte zu einer gesteigerten Bindungswirkung gegenüber dem Vertragspartner.

Anders sieht es bei der zweiten Variante des «LOI» aus, welche Regelungen über den Ersatz von Aufwendungen und Nachteilen enthält sowie eine mögliche Vertragsstrafe festlegt, falls der Vertrag nicht zustande kommt. Eine solche Regelung wäre insbesondere dann wichtig, wenn bereits im Stadium der Vertragsverhandlungen auf Wunsch eines potentiellen Vertragspartners mit der Ausführung der Arbeiten begonnen wurde. Ebenso können Geheimhaltungspflichten oder Pflichten, nicht mit anderen Interessenten gleichzeitig Verhandlungen zu führen, vereinbart werden. Eine solche Ausgestaltung hat zur Folge, dass der «LOI» keine unverbindliche Absichtserklärung mehr darstellt, sondern einen gewissen Verpflichtungscharakter erhält. Auf der anderen Seite hat die Festlegung der zu vergütenden Tagessätze für Arbeiten vor dem Vertragsschluss den positiven Effekt, dass mit einem solchen verbindlichen «LOI» die negativen Wirkungen eines Verhandlungsabbruchs in finanzieller Hinsicht eingeschränkt werden können.

Nicht zu unterschätzen ist dennoch bei allen Überlegungen zur Ausgestaltung die verhandlungspsychologische Wirkung einer solchen schriftlich niedergelegten Ver-



Dr. iur. Franziska Pertek
Rechtsanwältin
St. Gallen

einbarung. Eine zu umfangreiche schriftliche Fixierung könnte unter Umständen in einen umfassenden Vorvertrag ausarten, und damit die gewünschte Erleichterung durch einen «LOI» ad absurdum führen. Es ist bei der Entscheidung für einen «LOI» oder bei der Gestaltung eines solchen immer das Ziel, «den Abschluss eines für beide Seiten akzeptablen Vertrages» im Auge zu behalten. Aus strategischen und psychologischen Gründen sollte der «LOI» immer knapp gefasst werden und wenig verpflichtende Vereinbarungen enthalten, ansonsten könnte die «LOI»-Ausgestaltung die eigentlichen Vertragsverhandlungen zusätzlich verlängern. Es ist deshalb empfehlenswert, sich bei der Festlegung von verbindlichen Punkten auf wenige zu einigen, die eine Mindestsicherheit für die Vertragsverhandlung geben. Darüber hinaus sollte es bei einer unverbindlichen Feststellung des Verhandlungsstandes bleiben.

«Aus strategischen und psychologischen Gründen sollte der Letter of Intent immer knapp gefasst werden...»

Alternativen zum Letter of Intent

Der «LOI» ist sicherlich nicht die einzige Möglichkeit, das Risiko im Rahmen der Vertragsverhandlungen zu beschränken. Durch den

Grundsatz der Privatautonomie gibt es eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten, um die Unsicherheiten während der Vertragsverhandlungen zu vermindern bzw. zu beseitigen. Nennenswerte Alternativen wären bspw. der Optionsvertrag, die sogenannten Punktationen, der Rahmenvertrag oder die Instruction to Proceed. Von den möglichen Gestaltungsmöglichkeiten werden aber im Folgenden die Vorschusszahlung und der Vorvertrag näher betrachtet, da sie uns im Vergleich zum «LOI» am geeignetsten erscheinen.

Gerade in finanzieller Hinsicht stellt eine Vorschusszahlung für Arbeiten, die im Verhandlungsstadium bereits ausgeführt werden, ein sicheres Mittel dar, um einen drohenden finanziellen Verlust aufzufangen. Der Nachteil an dieser Alternative wird wohl eher die Umsetzbarkeit sein. Gerade der Dienstleister ist bei Vertragsverhandlungen bemüht, dem Kunden alle angebotenen Leistungen als Mehrwert zu verkaufen und dabei nicht als zu fordernd in Erscheinung zu treten. Mit einem eventuell beim Kunden aufkommenen Gefühl der Bereicherung durch den Dienstleister ist eine Vorschusszahlung schlecht vereinbar und scheidet somit als Alternative in der Regel aus.

Eine andere Alternative zum «LOI» ist der Vorvertrag, der die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages gemäss Art. 22 OR begründet. Ein solcher Vorvertrag kann beispielsweise geschlossen werden, wenn der Abschluss des Hauptvertrages unter Bedingungen steht, die von einer dritten Stelle abhängen, wie zum Beispiel die Konditionen einer Softwarelizenzvereinbarung mit einem Drittanbieter. Im Gegensatz zum «LOI» besteht mit Abschluss eines Vorvertrages ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Abschluss eines Vertrages. Der Vorvertrag würde sämtliche Probleme so-

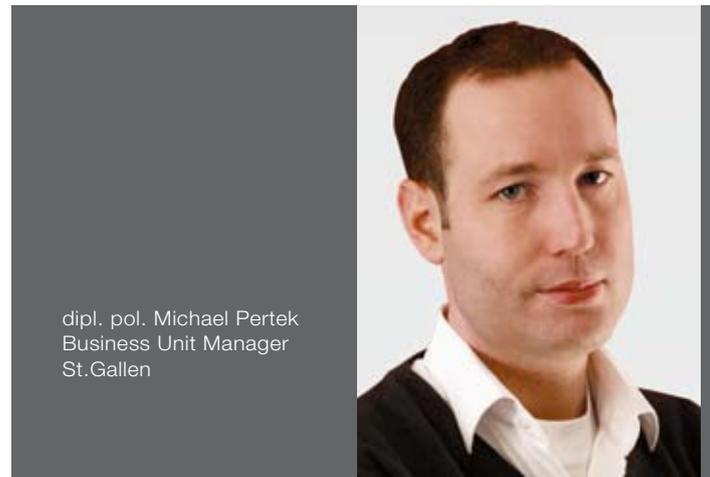
wohl aus rechtlicher als auch aus finanzieller Sicht im Verhandlungszeitraum aufgrund der eindeutigen rechtlichen Grundlage beseitigen. Er ist jedoch für die hier angesprochenen Umstände im Web-Business kaum geeignet. Wie bereits bei der Ausgestaltung des «LOI» angesprochen, wäre eine solche vertragliche Bindung des Vertragspartners im Vorfeld schädlich. Der Dienstleister will im Normalfall den potentiellen Vertragspartner nicht rechtlich an sich binden, sondern im Sinne einer längerfristigen Beziehung von sich überzeugen und dem Vertragspartner die Freiheit belassen, sich für ihn ganz oder gar nicht zu entscheiden. Ferner würde der Abschluss eines solchen Vorvertrages die Sicht auf den Hauptvertrag verschleiern. Dies könnte im Extremfall dazu führen, dass die Vertragsverhandlungen in den Verhandlungen zum Vorvertrag bereits scheitern.

Es ist festzuhalten, dass es Alternativen zum «LOI» gibt, die jedoch im Interesse einer guten und partnerschaftlichen Kundenbeziehung nicht den gleichen Erfolg versprechen.

Fazit

Die Schwierigkeiten, die sich aus den speziellen Umständen bei Vertragsverhandlungen ergeben, stellen sich zwar nicht nur bei einem Web-Dienstleister, aber gerade diese Branche muss sich den Problemen aufgrund der veränderten Wahrnehmung von Web-Business in Hinsicht auf Businessrelevanz, Budgetgrösse und Managementattention bewusst werden und geeignete Lösungsszenarien entwickeln.

Die geschilderte rechtliche Ausgangssituation ist ebenso häufig wie risikobelastet. Im Umkehrschluss heisst dies, dass sich die beteiligten Vertragspartner nicht länger hinter ihren offenen Fragen und notwendigen Abklärungen verstecken, sondern mit dem nötigen Selbstbewusstsein



dipl. pol. Michael Pertek
Business Unit Manager
St.Gallen

die eigenen Ansprüche formulieren sollten, die für eine schnelle und konstruktive Zusammenarbeit notwendig sind. In der Phase der bereits aufzunehmenden Arbeit beantwortet der «LOI» unserer Meinung nach alle Fragen und bietet das geeignete Lösungsinstrument. Der «LOI» beschränkt die Unsicherheiten im Stadium der Vertragsverhandlungen auf ein Mindestmass, ohne dabei die Entscheidungsfreiheit der Verhandlungspartner übermässig zu beeinträchtigen.

Wie im konkreten Einzelfall der «LOI» ausgestaltet wird und welche zentralen Punkte geregelt werden müssen, kann an dieser Stelle aufgrund des gegebenen Umfangs nicht explizit aufgezeigt werden. Jedoch könnte das nun vorhandene Bewusstsein für die konkrete Lösungsmöglichkeit in der beschriebenen Situation schon bei der nächsten anstehenden Vertragsverhandlung zu einer Entscheidung zu Gunsten eines «LOI» führen und das bestehende Dilemma in einen schnelleren und positiven Projektstart kehren. ■

«Eine andere Alternative zum Letter of Intent ist der Vorvertrag, der die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages begründet.»



Gleichstellung von Mann und Frau

Rechtliche Gleichstellung der Geschlechter im Erwerbsleben: Ein Überblick über das Gleichstellungsgesetz

Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann will die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben fördern. Es konkretisiert den Gleichstellungsartikel der Bundesverfassung für das Erwerbsleben, enthält Verfahrensbestimmungen, die es Einzelpersonen und Organisationen erleichtern, bei Diskriminierungen die Gerichte anzurufen und Prozesse zu führen, und stellt ein unentgeltliches Vermittlungsverfahren zur Verfügung.

Adressaten

Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG) gilt für die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse nach OR wie auch für alle öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse in Bund, Kantonen und Gemeinden (Art. 2 GIG). Die Arbeitnehmenden im öffentlichen und privaten Bereich haben denselben Schutz. Unterschiedlich sind nur die Verfahren (vgl. Art. 13 GIG).

Diskriminierungsverbot

Art. 3 GIG verbietet jegliche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben. Das Verbot erstreckt sich auf das gesamte Arbeitsverhältnis (insbesondere auf die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung



der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung) und bezieht sich auf direkte und indirekte Diskriminierungen.

Eine *direkte Diskriminierung* liegt vor, wenn Regelungen ausdrücklich nach dem Geschlecht differenzieren oder sich auf ein Kriterium stützen, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann. Direkt diskriminierend wäre beispielsweise, wenn eine Anwaltskanzlei die Assistenzfunktionen ausschliesslich mit Frauen besetzt oder wenn ein Inhaber eines Detailhandelsgeschäftes den Verkäuferinnen weniger Lohn bezahlt als den Verkäufern. Auch stellt die Anknüpfung an die Schwangerschaft immer eine direkte Diskriminierung dar, da dieses Merkmal nur Frauen erfüllen können. Die im Rahmen eines Bewerbungsgesprächs gestellte Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft ist deshalb – von wenigen Ausnahmen etwa bei Tänzerinnen oder Models abgesehen – grundsätzlich unzulässig.

Eine – nicht sofort ersichtliche – *indirekte Diskriminierung* liegt vor, wenn eine Regelung geschlechtsneutral abgefasst ist, in ihren Wir-

kungen aber das eine Geschlecht erheblich benachteiligt. Bei der indirekten Diskriminierung geht es nicht um den Vergleich zwischen zwei Individuen, sondern um einen Gruppenvergleich. Die Diskriminierung wird durch die tatsächlichen Auswirkungen einer Massnahme auf Frauen und Männer als Gruppe festgestellt. In der Praxis treten indirekte Diskriminierungen beispielsweise in folgenden Konstellationen auf:

- Ungleicher Lohn bei gleichwertiger Arbeit, wie etwa bei tieferer Einstufung frauentypischer Berufe (Kindergärtnerinnen, Hauswirtschafts- und Handarbeitslehrerinnen, Krankenschwestern, Hebammen) gegenüber Männerberufen (Polizisten) ohne objektiven sachlichen Grund.
- Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten, die von der Aufnahme in die betriebliche Pensionskasse ausgeschlossen sind, ein höheres Dienstalter für die gleichen Lohnstufen aufweisen müssen, weniger Stundenlohn erhalten oder Überstundenzuschläge erst erhalten, wenn die Arbeitszeit eines Vollzeitpensums überschritten wird.
- Entlassungen nach dem Schema, wer zuletzt kam, muss zuerst gehen, da Frauen aufgrund ihrer unterbrochenen Berufslaufbahn wegen Familienpflichten ungleich mehr betroffen sind.
- Körpergrössenerfordernisse als Zugangsvoraussetzungen bei Polizei, Feuerwehr, Fluggesellschaften etc., weil dadurch ungleich mehr Frauen als Männer zum vornherein ausgeschlossen werden.
- Altersgrenzen als Zugangsvoraussetzungen, weil Frauen real wegen familiärer und beruflicher Doppelbelastung oft länger für denselben beruflichen Stand benötigen.

Diskriminierung durch sexuelle Belästigung

Das GIG hält in einem separaten Artikel explizit fest, dass sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz eine Diskriminierung und als solche unzulässig ist (Art. 4 GIG). Das Gesetz verpflichtet Arbeitgebende für ein belästigungsfreies Arbeitsklima zu sorgen, und es verleiht den Arbeitnehmenden gegenüber den Arbeitgebenden daraus abgeleitete Rechte. Den Arbeitgebenden treffen aktive Schutzpflichten in Form von Handlungspflichten. Diese gehen in zwei Richtungen: Schutz vor sexueller Belästigung (wie Bestimmung einer Ansprechstelle, Aufklärungsschriften, Androhung von internen Sanktionen, Gewissheit der Kenntnisnahme solcher Abwehrmassnahmen durch die Arbeitnehmenden, regelmässige Prüfung der Einhaltung) und, wenn diesen Schutzmassnahmen der Erfolg versagt bleibt, Schutz des Opfers vor weiteren Nachteilen, was ein aktives Einschreiten erfordert. Sanktioniert werden insbesondere folgende Verhaltensweisen:

- Sexistische Bemerkungen über persönliche Vorzüge und Schwächen.
- Obszönes Reden (Witze, Bemerkungen).
- Anstarren, Pfeifen, taxierende Blicke.
- Gegen die Würde von Angehörigen eines Geschlechts verstossende herabsetzende Verhaltensweisen ohne sexuellen Bezug, so die Beschimpfung mit «Schlampe», und allgemein sexistische Sprüche, peinliche Bemerkungen und weitere Handlungsweisen, die dazu beitragen, ein feindseliges Arbeitsklima für Angehörige eines Geschlechtes zu schaffen.
- Unerwünschte Annäherungen (nahes Herankommen beim Gespräch, unerwünschte Einladung mit eindeutiger Absicht, pornographische Bilder am Arbeitsplatz, Aufforderungen

gen zu sexuellen Handlungen).

- (Scheinbar zufällige) Körperkontakte.
 - Zudringliche Berührungen. Zurschaustellen der Geschlechtsteile.
 - Sexueller Missbrauch, Nötigung und Vergewaltigung.
- Im Anwendungsbereich des GlG geht es nicht darum, was die sexuell belästigte Person gegen die Täterschaft unternehmen und von dieser verlangen kann (diesbezügliche Bestimmungen finden sich im Strafgesetzbuch und bezüglich Schadenersatz oder Genugtuung im ZGB und OR), sondern es wird geregelt, inwiefern die betroffene Person den Arbeitgebenden dafür in die Verantwortung nehmen kann, dass sie am Arbeitsplatz nicht vor sexueller Belästigung geschützt war.

Rechtsansprüche

Das Gesetz enthält eine vielfältige Palette von Rechtsansprüchen, die eine betroffene Person je nach Art der Diskriminierung gegenüber dem Arbeitgebenden durchsetzen kann.

Wer von einer Diskriminierung betroffen ist, kann beantragen (Art. 5 Abs. 1 GlG):

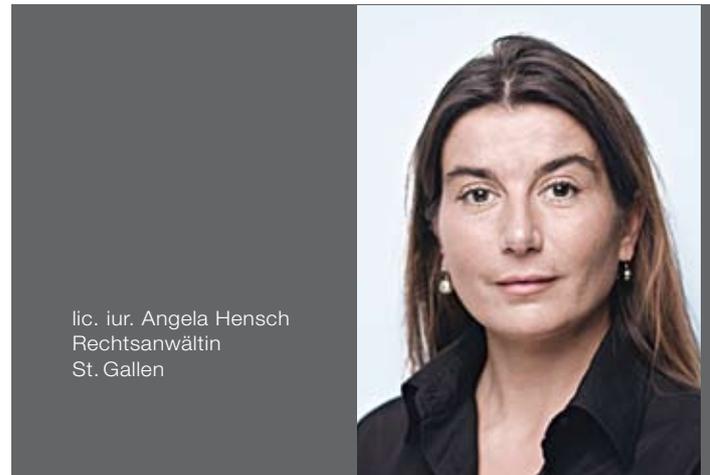
- dass eine drohende Diskriminierung verboten oder unterlassen wird,
Beispiel: Der Arbeitgebende macht eine mögliche Beförderung von der Erfüllung bestimmter Aufgaben und der Erfüllung entsprechender Ziele abhängig, weist aber der betroffenen Arbeitnehmerin keine solchen Aufgaben zu.
- dass eine bestehende Diskriminierung beseitigt wird,
Beispiel: Eine Arbeitnehmerin ist fortgesetzten sexuellen Belästigungen durch einen Vorgesetzten ausgesetzt, ohne dass der Arbeitgebende einschreitet. Die Arbeitnehmerin kann durch Klage verlangen, dass der Arbeitgebende konkrete Massnahmen, z.B. die Entlassung

des Belästigers, trifft.

- dass eine Diskriminierung festgestellt wird, wenn diese nicht mehr beseitigt werden kann, sich aber weiterhin störend auswirkt,
Beispiel: Der Arbeitgebende lässt lediglich die männlichen Mitarbeitenden an einer Weiterbildung teilnehmen. Dies kann die betroffene Arbeitnehmerin aufgrund des ihr nun fehlenden Know-hows bei ihrer Arbeit benachteiligen.
- dass die Zahlung des geschuldeten diskriminierungsfreien Lohnes angeordnet wird, wobei auch eine Nachzahlung für den noch nicht verjährten Lohn (Verjährungsfrist fünf Jahre, Art. 128 Ziff. 3 OR) geltend gemacht werden kann.

Besteht die Diskriminierung in der *Ablehnung der Anstellung* oder in der *Kündigung* eines obligationenrechtlichen Arbeitsvertrages, hat die betroffene Person Anspruch auf eine in Würdigung aller Umstände festzusetzende Entschädigung. Liegt die Diskriminierung in der Ablehnung der Anstellung, ist die Entschädigung auf maximal drei entgangene Monatslöhne beschränkt. Im Falle der diskriminierenden Kündigung beträgt die Maximalentschädigung sechs (tatsächliche) Monatslöhne (Art. 5 Abs. 4 GlG).

Bei einer Diskriminierung durch *sexuelle Belästigung* kann der betroffenen Person eine Entschädigung zugesprochen werden, wenn der Arbeitgebende nicht beweist, dass er Massnahmen getroffen hat, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihm billigerweise zugemutet werden. Der Umstand der sexuellen Belästigung und das Fehlen angemessener Präventions- und Abhilfemassnahmen begründen bereits eine Entschädigungspflicht, wobei die Beweislast, dass angemessene Mass-



lic. iur. Angela Hensch
Rechtsanwältin
St. Gallen

nahmen getroffen wurden, beim Arbeitgebenden liegt. Die Entschädigung ist unter Würdigung aller Umstände festzusetzen und wird auf der Grundlage des schweizerischen Durchschnittslohnes errechnet (Art. 5 Abs. 3 GlG). Die Obergrenze beträgt sechs Monatslöhne (Art. 5 Abs. 4 GlG).

Zu den Entschädigungen können Ansprüche auf Schadenersatz (bspw. Ersatz notwendiger Psychotherapiekosten nach sexueller Belästigung) und Genugtuung sowie weitergehende vertragliche Ansprüche hinzukommen (Art. 5 Abs. 5 GlG).

Beweislasterleichterungen

Die Klagepartei muss bei allen Diskriminierungsformen, ausgenommen bei diskriminierender Nicht-Anstellung und bei sexueller Belästigung, nicht streng beweisen, dass eine Diskriminierung vorliegt, sondern diese nur glaubhaft machen können (Art. 6 GlG). Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung sind von den oberen Gerichten klargestellt und einheitlich definiert worden. Verlangt wird eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung, die aber auch geringer als 50 Prozent sein kann. Kann der betroffene Arbeitnehmer glaubhaft machen, ist es am Arbeitgebenden zu beweisen, dass keine verbotene Diskriminierung (beispielsweise kein ge-

schlechtstypischer Lohnunterschied) vorliegt. Misslingt dieser (Voll-)Beweis, trägt der Arbeitgebende die Folgen der Beweislosigkeit.

Prozessuale Erleichterungen

Das Gesetz hält ausdrücklich fest, dass keiner Partei der Beizug einer Rechtsvertretung oder die Durchführung des Prozesses im schriftlichen Verfahren verweigert werden kann (Art. 12 GIG). Diskriminierungsprozesse sind vor den kantonalen Gerichten grundsätzlich unabhängig vom Streitwert kostenlos, das heisst es dürfen auch der unterliegenden Partei keine Gerichtskosten auferlegt werden, auch nicht für gerichtlich angeordnete Expertisen (Art. 11 Abs. 4, Art. 12 Abs. 2 GIG, Art. 343 Abs. 3 OR, Art. 13 Abs. 5 GIG). Hingegen bezieht sich diese Bestimmung nicht auf die Anwaltskosten. Gemäss den kantonalen Prozessordnungen hat in der Regel die im Prozess unterliegende Partei der obsiegenden Partei eine vom Streitwert abhängige Parteientschädigung zu entrichten. Das GIG schreibt den Gerichten vor, dass sie den Sachverhalt – unabhängig vom Streitwert – von Amtes wegen abklären müssen (Art. 12 Abs. 2 GIG, Art. 343 Abs. 4 OR).

Spezieller Kündigungsschutz bei Rachekündigungen

Ein spezieller Kündigungsschutz soll ermöglichen, dass sich Arbeitnehmende auf das GIG berufen können, ohne gleich von der Entlassung bedroht zu sein. Nach Art. 10 Abs. 1 GIG ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgebenden anfechtbar, wenn sie ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der

Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch den Arbeitnehmenden erfolgt. Anfechtbarkeit der Kündigung bedeutet nicht Nichtigkeit. Das bedeutet, dass die Kündigung vor Ablauf der Kündigungsfrist beim Gericht angefochten werden muss, ansonsten sie vollumfänglich wirksam ist (Art. 10 Abs. 3 GIG). Der Kündigungsschutz gilt für die Dauer des innerbetrieblichen Beschwerdeverfahrens, eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens sowie sechs Monate darüber hinaus (Art. 10 Abs. 2 GIG). Erscheint es dem Gericht wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind, kann es die provisorische Wiedereinstellung des Arbeitnehmenden für die Dauer des Verfahrens anordnen (Art. 10 Abs. 3 GIG). Stellt sich jedoch die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmenden, der einer Rachekündigung ausgesetzt war, als problematisch heraus (beispielsweise in besonders konfliktreichen Situationen oder Fällen von sexueller Belästigung), hat er die Wahlmöglichkeit, auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zu verzichten und stattdessen eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen zu verlangen (Art. 10 Abs. 4 GIG i.V.m. Art. 336a OR).

Schlichtungsverfahren

Das GIG schreibt den Kantonen vor, dass sie für die Vermittlung von Diskriminierungstreitigkeiten den Gerichten vorgeschaltete Schlichtungsstellen einrichten müssen (Art. 11 GIG). Diese sollen versuchen, zwischen den Parteien zu vermitteln und eine einvernehmliche Regelung herbeizuführen. Die Schlichtungsstellen haben aber keine Entscheidungskompetenz. Kann keine Einigung erzielt werden, obliegt es der Klagepartei zu entscheiden, ob sie prozessieren will. Kommt hingegen eine Einigung

zustande, ist die Streit Sache endgültig erledigt. Das GIG schreibt nur vor, dass die Kantone Schlichtungsstellen einrichten müssen. Jeder Kanton entscheidet in eigener Kompetenz, ob er das Schlichtungsverfahren als obligatorisch oder fakultativ erklärt. Im Kanton St. Gallen ist das Schlichtungsverfahren fakultativ; in privatrechtlichen Angelegenheiten zuständig ist die *Schlichtungsstelle für Klagen nach dem Gleichstellungsgesetz*, Frau Rechtsanwältin Regula Schmid, Engulgasse 2, Marktplatz, 9004 St. Gallen. ■

Gleichstellung ist Chefsache! 10 Tipps im Umgang mit dem GIG

Damit den Arbeitgebenden die Umsetzung des GIG problemlos gelingt, lohnt es sich, folgende Tipps zu beachten:

- Fördern Sie die Genderkompetenz im Personalmanagement, damit Diskriminierungen am Arbeitsplatz keine Chance haben!
- Sorgen Sie dafür, dass das GIG nicht nur bei den Personalverantwortlichen, sondern auch bei den Geschäftsleitungen und Direktionen bekannt ist!
- Sensibilisieren Sie die Mitarbeitenden aller Hierarchiestufen gezielt und regelmässig auf verbotene direkte oder indirekte Diskriminierungen!
- Sorgen Sie dafür, dass Anstellungen, Aufgabenzuteilungen, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Aus- und Weiterbildungen, Beförderungen und Entlassungen diskriminierungsfrei erfolgen!
- Vermeiden Sie Lohndiskriminierungen, indem Sie darauf achten, dass die Saläre gerecht verteilt sind!
- Nehmen Sie Ihre Führungsverantwortung für Massnahmen gegen sexuelle Belästigung ernst!
- Die Existenz eines allen Mitarbeitenden bekannten Diskriminierungsreglements ist unerlässlich!
- Fördern Sie ein von gegenseitigem Respekt getragenes Arbeitsklima!
- Handeln Sie sofort, wenn sie mit konkreten Diskriminierungsvorfällen konfrontiert werden!
- Machen Sie bekannt, was Diskriminierungen kosten (Prozesskosten, Entschädigungen, Reputationsverlust)!



Erbrecht - Die Zeit läuft auch nach dem Tod

Ein Todesfall bringt für die Hinterbliebenen nebst der Trauer und der Bewältigung des Verlustes eines Angehörigen auch eine Reihe organisatorischer und administrativer Aufgaben mit sich, die keinen Aufschub dulden (s. dazu etwa den Ratgeber unter www.trauerfall.ch). Daneben steht eine Reihe von Behördengängen an, ohne Rücksicht auf Befindlichkeiten (s. dazu etwa das Merkblatt des Amtsnotariates St. Gallen: www.amtsnotariate.sg.ch). Geht es dann schliesslich um die Gretchenfrage, wer überhaupt was erben wird, sind weitere, relativ kurz bemessene Fristen ernst zu nehmen, deren Missachtung verhängnisvolle Folgen haben kann. Von diesen Fristen und den damit verbundenen Fallstricken soll nachstehend die Rede sein.

1) Ein (fast) alltäglicher Fall zur Illustration

Hans K. war gut beraten. Er hatte bereits vor Jahren seinen Nachlass sorgfältig geplant und testamentarisch geregelt. Es war sein erklärtes Ziel, seine Ehefrau optimal zu begünstigen und im Übrigen

seine beiden Töchter gleich gut zu behandeln. Leider war es ihm in den letzten Jahren nicht mehr so gut ergangen. Nach dem plötzlichen Tod seiner Frau zog er sich immer mehr zurück und mied den Kontakt zu seinen Töchtern. Die Wirtschaftskrise hatte einen Grossteil seines üppigen

Vermögens zunichte gemacht und die Altersresidenz in St. Gallen, in welche er vor drei Jahren eingezogen war, kostete ihn viel Geld. Immerhin lernte er dort die zehn Jahre jüngere Anna F. kennen, die ihn liebevoll umsorgte. Nach dem Tod von Hans K. fanden seine beiden Töchter

mehr zufällig ein Testament, worin Hans K. die Anna F. als Alleinerbin eingesetzt hatte. Eine erste, finanzielle Auslegung war ernüchternd: Der Nachlass von Hans K. reichte kaum aus, um die Schulden zu bezahlen. Die beiden Töchter vermuteten allerdings erhebliche, «*inoffizielle*» Vermögenswerte, worauf zumindest Auszüge von



einem Liechtensteiner Bankkonto hindeuteten. Die Auszüge belegten zudem, dass Hans K. kurz vor seinem Tod der Anna F. grosszügige Zahlungen zugewendet hatte.

2) Gesetzliche «Deadlines»

Nach schweizerischem Recht erwerben die Erben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tod des Erblassers kraft Gesetz (Art. 560 Abs. 1 ZGB), wobei die Schulden des Erblassers zu persönlichen Schulden der Erben werden (Art. 560 Abs. 2 ZGB) und der Erwerb auf den Zeitpunkt des Todes zurückbezogen wird (Art. 560 Abs. 3 ZGB). Aus praktischer Sicht interessieren dabei vor allem zwei Fragen: Wer ist Erbe und was ist die Erbschaft? Wie das Ausgangsbeispiel illustriert, lassen sich beide Fragen bei Eröffnung des Erbgangs nicht ohne weiteres und vor allem nicht abschliessend beantworten, obwohl das gesetzliche Konzept einer nahtlosen Gesamtnachfolge («*Universalsukzession*»)

geradezu nach eindeutigen Verhältnissen schreit. Das Erbrecht setzt deshalb kurze Fristen, die dazu bestimmt sind, für klare Verhältnisse zu sorgen.

Für die Bestimmung der erbberechtigten Personen ist primär von Bedeutung, ob der Erblasser eine letztwillige Verfügung hinterlassen hat. Dies gilt selbst dann, wenn der Erblasser nicht Verfügungsfähig war oder seine Verfügungsfreiheit überschritten hat, indem er zum Beispiel (wie in unserem Ausgangsfall) den Pflichtteil der gesetzlichen Erben missachtet. Denn auch ein ungültiges Testament kann Gültigkeit erlangen, wenn es nicht rechtzeitig angefochten wird. Aufgrund dieser herausragenden Bedeutung verlangt Art. 556 Abs. 1 ZGB, dass letztwillige Verfügungen «*unverweilt*» der Behörde einzuliefern sind, und zwar auch dann, wenn sie als ungültig erachtet werden (dazu nachstehend *Ziffer 3*). Für die Erben ist nicht immer klar, ob sie die Erbschaft annehmen oder ausschlagen sollen. Das Gesetz bietet hier einen Ausweg, indem es den Erben die Befugnis einräumt, ein sog. «*öffentliches Inventar*» zu beantragen (Art. 580 ff. ZGB). Das Begehren muss allerdings **binnen Monatsfrist** gestellt werden (dazu nachstehend *Ziffer 4*). Will ein Erbe die Erbschaft ausschlagen, so muss er die Ausschlagungsfrist von **drei Monaten** beachten (Art. 567 Abs. 1 ZGB, s. dazu *Ziffer 5*) und für die wichtigsten erbrechtlichen Klagen (z.B. Ungültigkeitsklage oder Herabsetzungsklage) gilt eine relative Frist von **einem Jahr** (*Ziffer 6* nachstehend). Beginn und damit auch Ablauf der Frist hängen von diversen Faktoren ab. Der vorsichtige Praktiker wird allerdings gut daran tun, hinsichtlich des Fristenlaufs auf den erstmöglichen Zeitpunkt abzustellen, und das ist die Eröffnung des Erbgangs, d.h. in der Regel der Tod des Erblassers.

3) Einlieferungspflicht

In unserem Fall spielten die beiden Töchter mit dem Gedanken, das zweite Testament von Hans K., worin dieser die Anna F. als Alleinerbin eingesetzt hatte, «*einstweilen beiseite zu legen*». Art. 556 ZGB statuiert eine absolute und bedingungslose Einlieferungspflicht. Alle Schriftstücke, deren Inhalt eine letztwillige Verfügung sein könnte (Testamente, Erbverträge und Vollmachten auf den Tod), sind ohne weiteres, ausnahmslos und sofort der Behörde (im Kanton St. Gallen dem örtlich zuständigen Amtsnotariat) einzureichen, sobald die aufbewahrende Person vom Tod des Erblassers erfährt. Eine Verletzung dieser Pflicht kann Schadenersatzansprüche auslösen (BGE 53 II 210), strafrechtliche Folgen haben (Urkundenunterdrückung, Art. 254 StGB) und die Erbnurwürdigkeit nach Art. 540 Abs. 1 Ziffer 4 ZGB nach sich ziehen. Den beiden Töchtern war deshalb dringend zu empfehlen, das zweite Testament sofort beim Amtsnotariat am letzten Wohnsitz des Erblassers einzureichen.

4) Öffentliches Inventar (1-Monats-Frist)

Das Erbrecht kennt diverse Inventare, die unterschiedlichen Zwecken dienen: Das *Steuerinventar* zur Feststellung der Erbmasse für die Erbschaftssteuer (und zur Festlegung allfälliger Nachsteuern), das *Erbschafts- oder Sicherungsinventar* (Art. 553 ZGB) als zivilrechtliches Sicherungsmittel, wenn die Erbfolge unklar ist oder einzelne Erben besonderen Schutz brauchen, sowie das *öffentliche Inventar*, welches dort zum Zug kommt, wo **unklare Vermögensverhältnisse** bestehen.

Die Ausschlagung führt zum Verlust der Erbenstellung. Mit der Annahme übernehmen die Erben auch die Schulden des Erblassers (Art. 560 Abs.

2 ZGB) und haften dafür unbeschränkt und solidarisch (Art. 603 Abs. 1 ZGB). Das öffentliche Inventar bietet hier eine Hilfe, indem es die Erben über die Aktiven und Passiven informiert und ihnen sodann ermöglicht, die Erbschaft «*unter öffentlichem Inventar*» anzunehmen (Art. 588 Abs. 1 ZGB), was grundsätzlich zu einer **Beschränkung der Haftung** führt. Der Erbe haftet dann grundsätzlich nur noch «*nach Inventar*» (Art. 589 ZGB).

Von diesen Vorteilen profitieren die Erben allerdings nur, wenn sie die Antragsfrist nicht verpassen. Die gesetzliche **Monatsfrist** setzt mit dem Kenntnis des Todes bzw. des Erbfalls ein, bei eingesetzten Erben mit der Eröffnung der letztwilligen Verfügung. Die Antragsfrist kann **nicht erstreckt** werden. Die Frist ist gewahrt, wenn der Antrag am letzten Tag der Frist (mündlich oder schriftlich) beim zuständigen Amtsnotariat eingeht oder zu Händen der schweizerischen Post übergeben wird. Wird der Antrag von einem Erben gestellt, so gilt er auch für die übrigen Erben (Art. 580 Abs. 3).

Das öffentliche Inventar ist allerdings kein Instrument, das routinemässig eingesetzt werden sollte. Erstens sind mit dem öffentlichen Inventar ein Rechnungsruf im Amtsblatt und damit eine u.U. unerwünschte Publizität verbunden. Zweitens ist die Inventarisierung nicht kostenlos. Das Amtsnotariat verlangt in der Regel vom Antragsteller einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- bis Fr. 5'000.-. Die Kosten werden vom Nachlass getragen; ist der Nachlass allerdings überschuldet, verbleiben die Kosten beim Antragsteller. Es ist daher nicht sinnvoll, bei einer klaren Überschuldungssituation ein öffentliches Inventar zu verlangen.

5) Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft (3-Monats-Frist)

Die Erben haben die Befugnis, die Erbschaft auszuschlagen (Art. 566 Abs. 1 ZGB). Die Frist zur Ausschlagung beträgt **drei Monate** und beginnt für die gesetzlichen Erben, soweit sie nicht nachweisbar erst später vom Erbfall Kenntnis erhalten haben, mit dem Zeitpunkt, da ihnen der Tod des Erblassers bekannt geworden ist. Für die eingesetzten Erben beginnt die Frist mit der Testamentseröffnung (Art. 567 ZGB). Die Ausschlagung ist von den Erben beim zuständigen Amtsnotariat vorbehalts- und bedingungslos zu erklären (Art. 570 ZGB). Ein entsprechendes Formular kann unter der Website der Amtsnotariate heruntergeladen werden.

Anders als die einmonatige Antragsfrist für das öffentliche Inventar kann das Amtsnotariat den Erben «*aus wichtigen Gründen*» eine Fristverlängerung gewähren oder eine neue Frist ansetzen. Eine solche Fristerweiterung wird in der Praxis gewährt, wegen Abwesenheit oder Krankheit eines Erben, bei verwickelten Verhältnissen oder komplexen Rechtslagen, hängigen Prozessen und regelmässig auch, wenn vormundschaftliche Behörden beteiligt sind. Die Frist zur Ausschlagung verlängert sich von Gesetzes wegen bei der Aufnahme eines Sicherungsinventars (Art. 568 ZGB) und faktisch bei der Aufnahme eines öffentlichen Inventars, wobei sich die Erben beim öffentlichen Inventar **binnen Monatsfrist** nach Abschluss des Inventars erklären müssen (Art. 587 Abs. 1 ZGB).

Erklärt der Erbe die Ausschlagung nicht fristgerecht, so hat er die Erbschaft vorbehaltlos angenommen (Art. 571 Abs. 1 ZGB). Nur wenn die Zahlungsunfähigkeit, d.h. Überschuldung des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes, amtlich festgestellt (z. B.



Dr.iur. HSG Roberto Fornio
Fachanwalt SAV Erbrecht
Staad

durch Verlustscheine) oder offenkundig (z. B. durch eine Vielzahl von Beteiligungen) ist, wird von Gesetzes wegen die Ausschlagung vermutet. Will der betreffende Erbe die überschuldete Erbschaft gleichwohl antreten, so muss er die Annahme erklären, wobei das Gesetz hier keine besondere Frist setzt. Im Falle eines öffentlichen Inventars wird vermutet, dass die Erbschaft unter öffentlichem Inventar angenommen wird, falls der Erbe keine Erklärung abgibt (Art. 588 Abs. 2 ZGB). Aufgrund dieser Vielzahl gesetzlicher Vermutungen empfiehlt es sich, in jedem Falle eine ausdrückliche Erklärung abzugeben, um Unklarheiten zu vermeiden.

Zu beachten ist schliesslich, dass das Ausschlagungsrecht **verwirkt** werden kann, wenn sich der Erbe in die Erbschaft «*einmisch*» oder sich Erbschaftssachen eignet oder verheimlicht (Art. 571 Abs. 2 ZGB). Der vorläufige Erbe hat sich auf die blosse Verwaltung und Fortführung der Geschäfte zu beschränken. Bereits die Erwirkung der Erbenbescheinigung (s. BGE 133 III 1) oder die Bezahlung fälliger Erbschaftsschulden (OGer TG, RBOG 2004, Nr. 13) kann eine Einmischung darstellen und zum Verlust der Ausschlagungsbefugnis führen.

6) Erbrechtliche Klagen (1-Jahres-Frist)

In unserem Ausgangsfall wollten sich die beiden Töchter nicht damit abfinden, dass ihr Vater sie im zweiten Testament übergeben hatte. Für sie war klar, dass sich Anna F. die Erbschaft erschlichen hatte. Ihr Vater, so meinten sie, sei offensichtlich nicht mehr bei Verstand gewesen, als er das zweite Testament verfasste.

Die Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen (Testament oder Erbvertrag) erfolgt mit der Ungültigkeitsklage (Art. 519 ff. ZGB) und/oder mit der Herabsetzungsklage (Art. 522 ff. ZGB). Anfechtungsgründe sind etwa Verfügungsunfähigkeit, Willensmängel, Rechts- oder Sittenwidrigkeit, Formmängel oder (bei der Herabsetzungsklage) eine Pflichtteilsverletzung. Die Ungültigkeitsklage «*verjährt*» mit **Ablauf eines Jahres**, von dem Zeitpunkt an gerechnet, da der Kläger von der Verfügung und dem Ungültigkeitsgrund Kenntnis erhalten hat und in jedem Falle mit Ablauf von zehn Jahren vom Tage der Eröffnung der Verfügung an gerechnet (Art. 521 ZGB). Für die Herabsetzungsklage und die sog. «*Erbschaftsklage*» (Klage zwecks Herausgabe von Erbschaftsaktiven gegenüber Dritten) gelten gleich lange bzw. kurze Fristen (Art. 533 und Art. 600 ZGB).

Bei der relativen, einjährigen Frist handelt es sich entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht etwa um eine Verjährungsfrist, sondern um eine **Verwirkungsfrist**, d.h. die Frist kann nicht (z.B. durch Betreuung) unterbrochen werden. Ob die Frist eingehalten ist, bestimmt sich nach dem bundesrechtlichen Begriff der Klageanhebung. Für die Fristwahrung genügt die Einleitung der Vermittlung nur dann, wenn der Kläger den Streit danach innert Frist vor das Gericht bringt. Ein weiterer Fallstrick besteht

darin, dass für den Lauf der einjährigen Verwirkungsfrist **die Testamentseröffnung grundsätzlich keine Rolle spielt**. In unserem Fall durften die beiden Töchter also nicht etwa auf die Eröffnung des zweiten Testaments abstellen, die Jahresfrist begann vielmehr bereits mit Kenntnis dessen Inhalts. Nur wenn sich die Erbschaft im Besitz der gesetzlichen Erben befindet, sind diese nicht darauf angewiesen, selbst einen Prozess anzuheben. Die Ungültigkeit einer Verfügung oder der Herabsetzungsanspruch kann hier «*einredeweise*» **jederzeit** geltend gemacht werden (Art. 521 Abs. 3 ZGB und Art. 533 Abs. 3 ZGB), solange die Erbteilung noch nicht erfolgt ist (BGE 86 II 451).

Weitere Fristen

Das Erbrecht enthält noch weitere, kurz bemessene Fristen, deren Missachtung rechtlich oder zumindest faktisch eine Erschwerung der Rechtsverfolgung oder gar einen Rechtsverlust zur Folge haben kann. In unserem Fall hätte die als Alleinerbin eingesetzte Anna F. durch Annahmeerklärung gegenüber dem Amtsnotariat einen Monat nach Testamentseröffnung eine Erbbescheinigung (Art. 559 ZGB) verlangen können. Die Erbbescheinigung ist ein Dokument, welches die darin aufgeführten Personen als alleinige Erben des betreffenden Erblassers ausweist. Um dies zu verhindern, hätten die beiden Töchter des Hans K. **vorsichtshalber Einsprache gegen die Ausstellung der Erbbescheinigung** beim Amtsnotariat erheben müssen. Eine solche Einsprache ist möglich, solange der Ausweis noch nicht ausgestellt worden ist.

Von praktischer Relevanz sind zudem die **Gläubigerfristen**. Verlustscheine verjähren 20 Jahre nach deren Ausstellung, gegenüber den Erben des Schuldners aber bereits

ein Jahr nach Eröffnung des Erbgangs (Art. 149a SchKG). Mit der Aufnahme des öffentlichen Inventars verbinden die Behörden einen Rechnungsruf. Gläubiger und Schuldner des Erblassers werden aufgefordert binnen einer bestimmten Frist, ihre Forderungen und Schulden anzumelden. Die Frist beträgt zumindest **einen Monat** (Art. 582 ZGB). Wer als Gläubiger diese Frist verpasst, riskiert, dass er seine Forderung nicht mehr geltend machen kann (Art. 590 ZGB). Die Konkursverwaltung eines Erben oder dessen Gläubiger können unter bestimmten Voraussetzungen die Herabsetzung verlangen, falls «*ihr*» Erbe nicht von sich aus gegen die Verletzung seines Pflichtteils oder die Enterbung vorgeht (Art. 524 ZGB). Auch hier gilt die relativ kurze **Jahresfrist** nach Art. 533 ZGB.

Fazit

Für den Anwalt gehören Fristen und Termine zum Alltag wie auch die Erkenntnis, dass seine Klienten ihn nur selten zu früh um Rat angehen. Dies gilt namentlich für die erbrechtliche Beratung und erst recht im Falle erbrechtlicher Streitigkeiten. Nicht selten muss man einem Klienten erklären, dass er zwar schon recht habe, die Zeit jedoch bereits abgelaufen sei. Die an einer Erbschaft beteiligten Personen sollten sich deshalb vorsorglich an die **1-3-1 Regel** halten: Einmonatige Frist für den Antrag betreffend öffentliches Inventar, dreimonatige Frist für die Ausschlagung und einjährige Frist für die erbrechtlichen Klagen, jeweils ab Todesdatum berechnet. Wer diese Faustregel beachtet, wird auch im Dickicht der erbrechtlichen Fristen auf der sicheren Seite liegen. ■

IMPRESSUM

Herausgeber
St.Gallischer Anwaltsverband SGAV
Postfach 1829
9001 St.Gallen
tel. 071 227 10 20
fax. 071 227 10 21
info@anwaltsverbandsg.ch
www.anwaltsverbandsg.ch

Redaktion
PR-Kommission
St.Gallischer Anwaltsverband SGAV

Redaktionelle Betreuung
Ueli Habersaat
Habersaat Public Relations H.P.R.
Pestalozzistrasse 5
9400 Rorschach
tel. 071 845 59 90
fax. 071 844 12 92
info@hapr.ch

Layout
masterline grafic & design
Lukasstrasse 18
9008 St.Gallen
tel. 071 310 13 33
fax. 071 310 13 31
info@masterline.ch
www.masterline.ch

Inseratverwaltung
Peter Heer Media
Neuensteigstrasse 3
9424 Rheineck
tel. 071 888 77 09
fax. 071 888 77 10

Erscheinungsweise
3x pro Jahr

Auflage
3'100 Exemplare

Nachdruck
Der Nachdruck von Beiträgen ist mit Genehmigung der Redaktion gestattet.

«ALLES WAS RECHT IST»

gesammelt von RA Bruno A. Hubatka

- Rechtsanwalt zum etwas verwirrten Klienten: «Reden die Stimmen, die Sie hören, auch manchmal über das Honorar, das Sie mir noch schulden?»
- Erkenntnis eines Scheidungsrichters: Würde man zuerst die zweite Frau heiraten, gäbe es weniger Scheidungen.

Aus dem Bundesgericht

Auch GPS-Radarwarngeräte sind illegal

Das Bundesgericht fährt bei Radarwarngeräten eine strikte Linie. Strafbar machen sich auch Benutzer des Geräts «Amigo», das Radarwellen zwar nicht erkennen kann, aber mittels GPS und gespeicherter Daten über bekannte Radarstandorte informiert.

Mit ihrem Entscheid haben die Richter die Beschwerde eines Autolenkers abgewiesen, der von der Aargauer Justiz mit 300 Franken gebüsst worden war, weil er in seinem Fahrzeug das Gerät «Amigo» mitgeführt hatte. Zudem wurde die Einziehung und Vernichtung des Apparats verfügt.

Vor Bundesgericht hatte der Mann einen Freispruch verlangt und argumentiert, dass der «Amigo» gar kein Radarwarngerät im Sinne des Gesetzes sei. Mit dem «Amigo» sei es nicht möglich, neue oder mobile Radaranlagen zu entdecken, da es keine elektromagnetischen Wellen registrieren könne. Vielmehr stelle der Apparat mittels GPS den Standort des Wagens fest, verbinde dies



mit gespeicherten Informationen über bekannte Anlagen und informiere den Fahrer entsprechend. Das Bundesgericht hält ihm entgegen, dass der Gesetzgeber Geräte jeglicher Art verbieten wollte, mit denen Polizeikontrollen verhindert werden können.

Auf die Funktionsweise könne es dabei nicht ankommen. Entscheidend sei, dass es den Fahrer davor warne, bei einer Tempoüberschreitung erlappt und bestraft zu werden. Auch das «Amigo»-Gerät ermögliche insofern überhöhte Geschwindigkeit, ohne dass der Lenker Konsequenzen befürchten müsste. Dass Standorte von Tempomessungen öffentlich bekannt sein könnten, ändere daran nichts. Ebenso wenig wie der Einwand des Beschwerdeführers, dass dann auch Strassenkarten mit eingezeichneten Radarstandorten oder Radiosendungen mit Radarwarnungen verboten werden müssten. ■

Urteil 6B.352/2008 vom 3.12.2008

- Es gibt Autofahrer, die das Vorfahren so lange nicht lassen, bis sie ihren Vorfahren nachfahren.
- Fragt der Richter den Arzt: «Herr Doktor, Sie sind angeklagt wegen Anstiftung zur Körperverletzung. Wissen Sie, weshalb?» Antwortet der Arzt: «Ja, ich habe eine Vermutung: ich habe Frau Huber geraten, ihren Schlafwandel damit einzudämmen, dass sie vor dem Bett Reissnägel auf den Boden streut...!»

■ Aufstöhnend schlägt der Ehemann die Hand vor die Stirn: «Um Gottes Willen, die Scheidung kostet mich ja mehr als die Hochzeit.» Der Anwalt lächelnd: «Sie haben aber viel länger Freude daran.»

■ Im Altersheim: «Ich bin mit meinem neuen Hörgerät sehr zufrieden. Mein Anwalt musste mir seit dessen Erwerb schon fünf Mal mein Testament anpassen.»