



St.Gallischer Anwaltsverband  
SGAV

# mandat

Nr. 2 / September 2009

Die Klientenschrift des St.Gallischen Anwaltsverbandes SGAV

## THEMA

Neu: St.Galler Schiedsordnung SGSO 3

## RECHT & UNTERNEHMUNG

 Kurzarbeit und Massenentlassungen 7

## RECHT & PRIVAT

 Schengen – Ein Weindorf in Luxemburg verändert Europa 15

Patientenverfügung 21

## «RECHT-ECK»

Beschränkung der Verwandtenunterstützung 26

## Honorarbegutachtung

Die anwaltliche Dienstleistung kostet Geld. Wie viel Geld?

So viel wie abgemacht, lautet die verkürzte Antwort. Klient und Anwalt können den Preis der anwaltlichen Dienstleistung nämlich grundsätzlich frei vereinbaren. Das geschieht regelmässig als Honorar nach Zeitaufwand, manchmal auch als Pauschale, und ist eventuell mit einem Zuschlag bei Erfolg verbunden. Ein Vorbehalt ist für die Rechtsvertretung vor st. gallischen Gerichten anzubringen. Dort gilt die staatliche Honorarordnung, sofern Klient und Anwalt nicht ausdrücklich etwas anderes abmachen.

Der Anwalt hat seinen Klienten periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren, sodass die Kosten jeweils bekannt oder zumindest absehbar sind. Im Einzelfall lassen sich Differenzen aber nicht ausschliessen. Was kann in diesem Fall unternommen werden?

Wer im direkten Gespräch nicht weiterkommt und nicht einen Gerichtsentscheid anstrebt, hat im Bereich der staatlichen Honorarordnung die Möglichkeit, das Anwaltshonorar durch den Präsidenten der Anwaltskammer (ein Mitglied des Kantonsgerichts) überprüfen zu lassen. Seine Prüfung ist nicht umfassend und das Ergebnis stellt nur eine unverbindliche Empfehlung dar, trotzdem wird sie den Streit in der Regel schlichten.

Für Anwaltsrechnungen, die nicht der staatlichen Honorarordnung unterliegen, kann eine Überprüfung durch den

## EDITORIAL

Dr. iur. Jürg Dommer  
Rechtsanwalt  
Buchs



Honorargutachter des St.Gallischen Anwaltsverbandes erfolgen. Die Prüfung setzt einzig voraus, dass der Anwalt Mitglied des Verbandes ist. Sie befasst sich mit der Frage, ob die Rechnung angemessen ist, beinhaltet aber keine umfassende Prüfung des Mandats. Wesentlich ist vorab die Abmachung der Parteien. Weitere Kriterien sind die Schwierigkeit und Bedeutung der Angelegenheit, die Interessenlage des Klienten, die Berufserfahrung des Anwalts und das Resultat der Bemühungen.

Soweit sich die Meinungsverschiedenheiten der Parteien nicht bereits im Rahmen der Prüfung klären lassen, erstattet der Honorargutachter den Parteien schriftlich Bericht über seine Feststellungen und unterbreitet ihnen einen Erledigungsvorschlag. Die Annahme des Vorschlags ist freiwillig. Wird er von den Parteien abgelehnt, dann steht ihnen der Rechtsweg weiterhin offen.

Die Honorarbegutachtung des St.Gallischen Anwaltsverbandes besteht seit vielen Jahren. Sie hat sich bewährt. Im Mai dieses Jahres hat der Anwaltsverband im Rahmen einer Statutenrevision daher beschlossen, sie auch in Zukunft anzubieten. ■



# Neu: St.Galler Schiedsordnung SGSO

Das attraktive Streiterledigungsverfahren mit Qualität

Seit wenigen Wochen steht mit der SGSO ein neues Schiedsverfahren zur Verfügung. Es erlaubt interessierten Parteien, in einem raschen, allen rechtsstaatlichen Ansprüchen genügenden Verfahren zu angemessenen Kosten zu einem Urteil zu kommen. Seine besondere Attraktivität liegt in den Möglichkeiten der Parteien, das Verfahren mitzugestalten einerseits, der einmalig konsequenten Qualitätsausrichtung andererseits.

## Anders als die anderen

Im Gegensatz zu anderen Landesgegenden verfügt die Ostschweiz bisher nicht über ein institutionalisiertes Schiedsgericht. Diese Lücke wird, auf Initiative des St. Gallischen Anwaltsverbandes, nun gefüllt, und dies auf eine Art, die verschiedene Besonderheiten aufweist, mit dem Ziel, den

rechtsuchenden Parteien echte Vorteile zu offerieren. Der vorliegende Beitrag will die Attraktivität des SGSO-Verfahrens aufzeigen.

## Bewährte Basis

Recht zu sprechen ist eine anspruchsvolle Aufgabe. Sie bedarf einer verlässlichen Basis. Die präzise formulierte Schieds-

## Warum ein Schiedsverfahren?

Wir haben in der Schweiz die Chance, eine verlässliche staatliche Gerichtsbarkeit zu haben. Folgende Vorteile können die Parteien aber veranlassen, ein Schiedsverfahren vorzuziehen: Vertraulichkeit, keine präjudizielle Wirkung des Urteils, «Nähe» der Schiedsrichter zum Sachverhalt und zu den Parteien bei Wahrung der Unabhängigkeit, Fremdsprachigkeit des Sachverhalts oder der Parteien, erhöhte Chance der vergleichsweisen Erledigung, kürzere Verfahrensdauer (kein ordentliches Rechtsmittel), dadurch weniger Aufwand der Parteien, Kosten nur einer Instanz.

ordnung, die Anwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmungen über das Verfahren vor dem Handelsgericht des Kantons St.Gallen und die hohe Transparenz der Verfahren und Prozesse schaffen die Voraussetzungen für das Vertrauen der Parteien, sich der SGSO-Streiterledigung anzuvertrauen.



### Auserlesene Schiedsrichter

Bei Verfahren vor staatlichen Gerichten haben die Parteien keine Möglichkeit, auf die Zusammensetzung des Gerichts Einfluss zu nehmen. In bisherigen Schiedsordnungen kann eine Partei in der Regel nur den «eigenen» Schiedsrichter frei bestimmen, hat aber keinerlei Einfluss auf die Benennung des zweiten Schiedsrichters und des Obmanns. Entsprechend frustrierend konnten die Erfahrungen werden. Die SGSO geht diese Frage konsequent an: Sie lässt nur den Beizug von Personen als Schiedsrichter zu, die auf der SGSO-Schiedsrichterliste stehen, und auf diese Liste kommt nur (und bleibt nur darauf), wer die Board-Qualitätskontrolle positiv besteht. Zurzeit stehen den Parteien bereits ca. 40 kompetente Schiedsrichter zur Verfügung, transparent im Internet, qualitätsdurchleuchtet mit Angabe ihrer fachlichen Schwerpunkte. So stellt die SGSO sicher, dass

die Schiedsrichter-Benennung keine Flops produziert.

### Attraktive Verfahrensoptionen

Die Parteien und vor allem deren prozesserfahrene Anwälte können in der Regel sehr gut beurteilen, welches Verfahren einer Streitsache entspricht. Die SGSO gibt ihnen nun die Chance, auf das Verfahren direkt Einfluss zu nehmen, um Kosten zu sparen, eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen oder Weiterungen auszuschliessen. Folgende Verfahrensoptionen dürften besonders attraktiv sein und im Interesse beider Parteien oft die notwendige Zustimmung beider Parteien finden:

- Nur einfacher Schriftenwechsel
- Mit Einigungsverhandlung
- Ohne mündliche Verhandlung
- Zweistufiges Verfahren (siehe Kästchen)
- Beschränkte Zulassung von Beweismitteln
- Nur Akten als Beweismittel
- Verzicht auf Übersetzung fremdsprachiger Akten
- Verhandlungssprache englisch

### Das zweistufige Verfahren

(SGSO Art. 18) erhöht den Druck auf die Parteien, nach dem ersten Schriftenwechsel und einer obligatorischen Einigungsverhandlung, an welcher Vergleichsangebote vorgelegt werden müssen, das Prozessrisiko objektiv zu beurteilen und einem fairen Vergleich zuzustimmen. Damit wird eine der kostengünstigsten Streiterledigungen unterstützt. Denn ohne Vergleich wird das vorerst durch einen Einzelschiedsrichter geführte Verfahren in der zweiten Stufe durch ein Dreierschiedsgericht fortgesetzt und die Kostenregelung des Schiedsspruchs orientiert sich nicht an den Rechtsbegehren, sondern an der Abweichung vom Vergleichsangebot.

### Dreifache Qualitätssicherung

In der Wirtschaft ist schon lange erkannt, dass die Beherrschung der Leistungsprozesse, die Prozesskontrolle und -korrektur sowie die Arbeit der am Prozess Beteiligten für die Qualität entscheidend ist. Die SGSO setzt diese Erkenntnis erstmals konsequent im Prozess der Rechtsprechung um. Das Board trägt die Verantwortung für ein eigentliches Qualitätssicherungs-System (siehe grafische Darstellung), das dreifache Qualität verlangt: Bei den Schiedsrichtern, beim Verfahren und beim Board. Dieses System produziert kontrollierbare Informationen, die Verbesserungsmassnahmen ermöglichen (z.B. durch die Streichung eines Schiedsrichters von der Schiedsrichterliste). Vor allem aber nimmt es die Schiedsrichter in die Verantwortung, die Ziele der SGSO konsequent anzustreben. Jeder Schiedsrichter weiss, dass die Parteien nach Verfahrensende über einen Fragebogen zu Händen des Board ihre Beurteilung abgeben.

Checklisten, Textvorlagen, Arbeitsanweisungen, Standardabläufe etc.

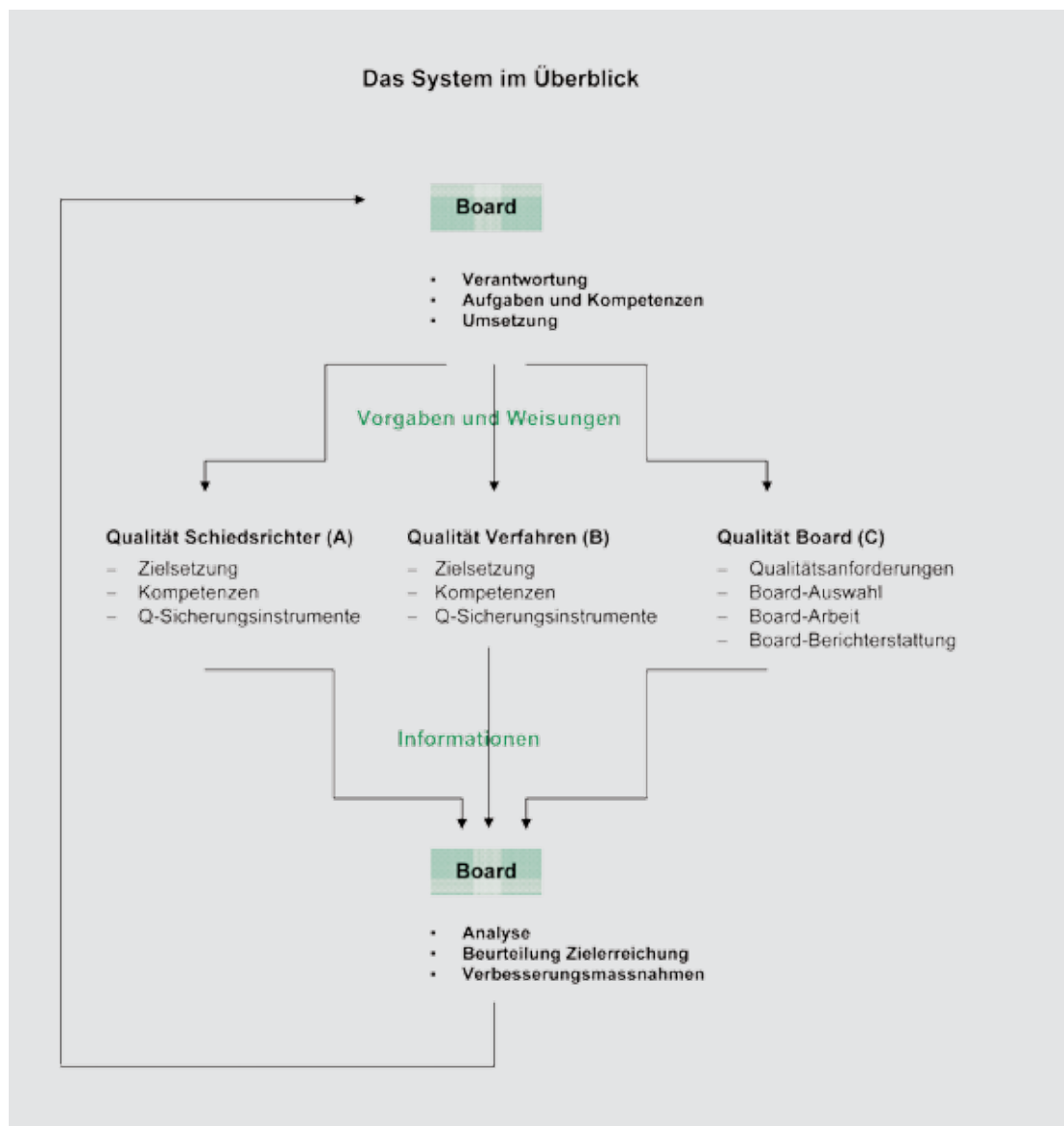
Besser als Kontrolle und Korrektur ist aber die Erreichung der Qualitätsanforderungen auf Anhieb. Deshalb stellt die SGSO vor allem den Schiedsrichtern eine Vielzahl von Instrumenten und Hilfsmitteln zur Verfügung, die ihnen die Arbeit erleichtern, die Arbeit so beschleunigen und gleichzeitig für eine gewisse Einheitlichkeit der Prozesse sorgen. Der SGSO-Schiedsrichter wird somit zum Vorteil der Parteien wirksam unterstützt und die hohe Transparenz des Systems wird es den Parteien und Parteivertretern erlauben, festzustellen, ob «ihr» Schiedsgericht all diese Vorteile effizient nützt.

Und jetzt? Nutzen!

Die SGSO steht zur Verfügung, die Schiedsrichterliste ist kompetent besetzt und wird weiter ausgebaut, das Sekretariat und das Board warten auf Arbeit, das System will leisten und sich bewähren. Dazu braucht es Streitfälle, die nach der St. Galler Schiedsordnung SGSO behandelt und beurteilt werden.

Der Weg ist einfach: Je häufiger in vertraglichen Schiedsklauseln oder in ad hoc-Schiedsverträgen (Vorlagen unter [www.sgso.ch](http://www.sgso.ch)) die SGSO anwendbar erklärt wird, desto rascher kann sich die neue Schiedsordnung entfalten und bewähren. Anwälte, Unternehmensjuristen, Treuhänder, Rechtsberater, Versicherungen, Banken, Unternehmer und Privatpersonen sind deshalb eingeladen, die neue St. Galler Schiedsordnung und die Vorteile dieser Streiterledigung zu nutzen. ■

Alles weitere wie Board-Zusammensetzung, Schiedsrichterliste mit Angabe der bevorzugten Rechtsgebiete für jeden Schiedsrichter, Schiedsordnung, Schiedstarif, etwa 30 Dokumente zur Schiedsordnung (Textvorlagen, Verfahrensanleitungen, Checklists, Fragebogen), Qualitätssicherungssystem unter: [www.sgso.ch](http://www.sgso.ch)







# Kurzarbeit und Massenentlassungen

## Gesetzliche Vorgaben und Verfahrenspflichten

**Bedingt durch die aktuelle Wirtschaftslage sehen sich heute immer mehr Unternehmen gezwungen, Kurzarbeit einzuführen oder sogar Mitarbeitende zu entlassen. Bei Vorliegen gewisser (quantitativer) Kriterien spricht man von Massenentlassungen. Um Imageschädigungen und/oder negative finanzielle Konsequenzen zu vermeiden, tut ein betroffenes Unternehmen gut daran, die Massnahmen gut zu planen und auf strikte Einhaltung der relevanten Vorschriften zu achten.**

### 1. Einleitung

Sowohl für die Einführung von Kurzarbeit als auch bei Massenentlassungen sind gesetzliche Vorgaben zu berücksichtigen. Der vorliegende Artikel vermittelt eine Übersicht über die Grundlagen und das Verfahren sowohl mit Bezug auf die Kurzarbeit als auch die Massenentlassung. Ein besonderes Augenmerk

wird auf die Pflichten der Arbeitgeber und – im Zusammenhang mit Massenentlassungen – die Konsequenzen der Nichteinhaltung der gesetzlichen Vorschriften gerichtet.

### 2. Kurzarbeit

#### 2.1 Begriff und Zweck der Kurzarbeit

Als Kurzarbeit wird die durch den Arbeitgeber im Einverständnis mit den betroffenen Arbeitnehmern angeordnete vorübergehende Reduktion der vertraglichen Arbeitszeit oder vorübergehende vollständige Einstellung der Arbeit mit entsprechender Herabsetzung des Lohnes bezeichnet [1]. Zweck der Kurzarbeit ist der Erhalt von

Arbeitsplätzen und die Verhinderung von Arbeitslosigkeit.

## 2.2 Anspruchsvoraussetzungen und Anspruchsberechtigte

Die Kurzarbeit erfordert neben einem voraussichtlich vorübergehenden Arbeitsausfall, durch welchen der Erhalt von Arbeitsplätzen erwartet werden kann, nach Art. 31 *Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG)* einen anrechenbaren Arbeitsausfall. Anrechenbarkeit ist gegeben, wenn der Arbeitsausfall, mindestens 10% der gesamten vertraglichen Arbeitsstunden in einer Abrechnungsperiode [2] ausmacht, auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 AVIG). Grundsätzlich sind alle Arbeitnehmer in ungekündigter Stellung anspruchsberechtigt, wenn sie für die Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der Alters- und Hinterlassenenversicherung nicht erreicht haben. Bestimmte Personengruppen (finanziell am Unternehmen Beteiligte, mitarbeitende Ehegatten, Lehrlinge, Temporärangestellte usw.) sind von Gesetzes wegen vom Anspruch ausgeschlossen (Art. 31 AVIG).

## 2.3 Bemessung und Höchstdauer der Kurzarbeitsentschädigung

Sind die Voraussetzungen für die *Kurzarbeitsentschädigung (KAE)* erfüllt, erhält der Arbeitnehmer 80% des anrechenbaren Arbeitsausfalles [3]. Für die Berechnung des anrechenbaren Arbeitsausfalles ist der vertraglich vereinbarte Lohn in der letzten Zahltagsperiode vor Beginn der Kurzarbeit massgebend (Art. 34 AVIG). Ab 1. April 2009 bis 31. März 2011 wird die KAE innert einem Zeitraum von zwei Jahren während max. 18 Monaten ausgerichtet

(Art. 35 AVIG i. V. m. Bundesratsbeschluss vom 11. Februar 2009).

## 2.4 Geltendmachung und Vergütung der KAE

Beabsichtigt der Arbeitgeber für seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, muss er dies in der Regel mindestens 10 Tage im Voraus bei der zuständigen kantonalen Amtsstelle schriftlich und begründet auf dem entsprechenden SECO [4]-Formular melden (sog. Voranmeldung). Mit dem Formular sind weitere Dokumente einzureichen, die die Notwendigkeit der Kurzarbeit glaubhaft machen (Art. 36 AVIG). Erfahrungsgemäss prüfen die kantonalen Amtsstellen, in den meisten Kantonen eine Abteilung der Volkswirtschaftsdirektion, die eingereichten Unterlagen im Detail und entscheiden in der Regel im Zeitraum von 10 Tagen, sofern das Formular und die Unterlagen vollständig eingereicht wurden.

Der Arbeitgeber macht den Anspruch seiner Arbeitnehmer innert dreier Monate nach Ablauf jeder Abrechnungsperiode gesamthaft für den Betrieb bei der von ihm bezeichneten Arbeitslosenkasse geltend (Art. 38 AVIG), selbst wenn der Entscheid über die Voranmeldung noch nicht rechtskräftig ist [5]. Sind alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt und liegt kein Einspruch des Arbeitgebers oder des Seco vor, entrichtet die Arbeitslosenkasse dem Arbeitgeber die den Arbeitnehmern rechtmässig ausbezahlten KAE inklusive den auf die Ausfallzeiten entfallenden Arbeitgeberbeiträgen der ersten Säule und der ALV in der Regel innert einem Monat, abzüglich einem Karenztag pro Monat (Art. 39 AVIG).

Dauert die Kurzarbeit länger als sechs Monate, ist die Voranmeldung bei der zuständigen Amtsstelle zu erneuern (Art. 36 AVIG). Weiter ist eine neue Voranmeldung vorzu-

nehmen, wenn der ursprünglich gemeldete Arbeitsausfall sich in der Folge wesentlich erhöht oder länger dauert als angegeben und von der Amtsstelle bewilligt. Bei jeder Voranmeldung ist die Frist von Art. 36 AVIG einzuhalten [6].

## 2.5 Pflichten des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die KAE dem Arbeitnehmer vorzuschüssen und am ordentlichen Zahltag auszurichten, die KAE für die Karenztage von monatlich einem Tag [7] zu seinen Lasten voll zu übernehmen sowie die gesetzlich und vertraglich geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge entsprechend der Normalarbeitszeit zu bezahlen (die Arbeitnehmer bleiben in der Regel zu 100% sozialversichert). Der Arbeitgeber ist berechtigt, dem Arbeitnehmer den vollen Arbeitnehmerbeitrag abzuziehen, sofern nichts anderes vereinbart wurde (Art. 37 AVIG).

Der Arbeitgeber muss zudem beim Vollzug mitwirken. Dazu gehören insbesondere die Auskunfts- und Meldepflichten, die zur Abklärung des Anspruchs und zur Festsetzung der KAE notwendig sind [8]. Bei Nicht- oder Schlechterfüllung dieser Arbeitgeberpflichten riskiert der Arbeitgeber unter den Voraussetzungen von Art. 88 AVIG eine Schadenersatzpflicht bis zum doppelten Betrag der erhaltenen Leistung [9]. Weiter droht dem Arbeitgeber eine Verweigerung der Vergütung, wenn er die Karenztage auf die Arbeitnehmer überwälzt oder die KAE nicht bevorschusst hat [10].

## 3. Massenentlassungen

### 3.1 Vorliegen einer Massenentlassung

Als Massenentlassungen gelten Kündigungen, die der Ar-

beitgeber innert einer Periode von 30 (Kalender-)Tagen in einem Betrieb aus Gründen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen, sofern von den Kündigungen eine Mindestanzahl von Arbeitnehmern betroffen sind (Art. 335d OR). Die Schwellenwerte für das Vorliegen einer Massenentlassung ergeben sich aus der *Abbildung*. Das Gesetz spricht in Art. 335d *Obligationenrecht (OR)* von Kündigungen, die in einem «Betrieb» ausgesprochen werden. Dies bedeutet, dass in einer Unternehmung, die mehrere Betriebe umfasst (beispielsweise eine Aktiengesellschaft mit mehreren Zweigniederlassungen), sowohl für die Bestimmung der Anzahl in der Regel Beschäftigter als auch für die Anzahl Kündigungen nicht auf die Unternehmung als Ganzes, sondern auf den einzelnen Betrieb abzustellen ist [11]. Auszugehen ist von demselben Betriebsbegriff, wie er Art. 333 OR zugrunde liegt. Es handelt sich demnach um eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt [12]. Ob mehrere Betriebe des gleichen Arbeitgebers, welche geographisch nahe beieinander oder im Zuständigkeitsbereich eines kantonalen Arbeitsamts liegen, zusammenzählen sind, ist in der Lehre umstritten [13]. Das Gesetz spricht ferner von «Arbeitnehmern» und nicht wie beispielsweise das *Fusionsgesetz (FusG)* im Zusammenhang mit der Definition von kleinen und mittleren Unternehmen von «Vollzeitstellen» (Art. 2 lit. e FusG). Deshalb sind bei der Prüfung der Kriterien, ob eine Massenentlassung vorliegt, sowohl Vollzeit- und Teilzeitstellen als auch Lehrlinge sowie befristet und aushilfsweise angestellte Personen (pro Kopf) zu berücksichtigen [14].

Eine Staffelung von Kündigungen, um die Anforderungen des Massenentlassungsverfahrens nicht erfüllen zu müssen, ist grundsätzlich erlaubt. In manchen Fällen kann dies sogar erwünscht sein, um den Arbeitsmarkt nicht zu sehr zu belasten. Vorbehalten bleibt jedoch die Gesetzesumgehung, nämlich der Fall, in welchem ein Arbeitgeber ohne betrieblichen Grund oder arbeitsmarktpolitische Zielsetzung eine Staffelung der Kündigungen nur vornimmt, um die Vorschriften über die Massenentlassung zu umgehen.

### 3.2 Anwendung der Bestimmungen über die Massenentlassung in Insolvenzsituationen

Gemäss Art. 335e Abs. 2 OR gelten die Bestimmungen über die Massenentlassung nicht für Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheidungen. Somit sind gemäss Bundesgericht [15] und herrschender Lehre [16] die Bestimmungen über die Massenentlassung beispielsweise nach einer Konkurseröffnung nicht anwendbar. Anders als beim Konkurs tendieren Rechtsprechung und Lehre überwiegend dazu, die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Massenentlassung im Nachlassverfahren zu bejahen [17]. In Sachen Swiss Dairy Food hat das Bundesgericht jedenfalls festgestellt, dass während der provisorischen Nachlassstundung die Bestimmungen betreffend die Massenentlassung zur Anwendung kommen [18]. Unbestritten ist dagegen, dass ausserhalb der Insolvenz des Arbeitgebers die Bestimmungen über die Massenentlassung uneingeschränkt zur Anwendung kommen.

### 3.3 Vorgehen bei einer beabsichtigten Massenentlassung



Daniel Bachmann  
lic. iur., Rechtsanwalt  
und Notar  
Partner Legal,  
Ernst & Young AG  
Bern

#### 3.3.1 Information der Arbeitnehmer

Sobald die konkrete Absicht einer Massenentlassung vorliegt (z. B. Beschluss des Verwaltungsrates) hat das Unternehmen die Arbeitnehmervertretung bzw. die Arbeitnehmer (*Arbeitnehmerschaft*) schriftlich zu informieren. (Art. 335f Abs. 1 OR) über: Die Gründe der Massenentlassung, die Zahl der Arbeitnehmenden, denen gekündigt werden soll, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmenden und den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen. Ferner hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmerschaft alle zweckdienlichen Auskünfte, wie Umschulungs- und betriebliche Reorganisationsmöglichkeiten, Details über die Ursachen des Stellenabbaus oder Informationen über die für einen allfälligen Sozialplan zur Verfügung stehenden Mittel, zu erteilen. Der Arbeitgeber hat der Arbeitnehmerschaft eine Konsultationsfrist einzuräumen, d. h., die Arbeitnehmerschaft muss die Möglichkeit erhalten, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können.

#### SCHWELLENWERTE FÜR DAS VORLIEGEN EINER MASSENENTLASSUNG

Grösse des Betriebs (Anzahl Arbeitnehmer)	Kriterien für das Vorliegen einer Massenentlassung
1– 20	Keine Massenentlassung
21– 99	Ab 10 Kündigungen
100– 299	Ab 10% aller Arbeitnehmer
Ab 300	Ab 30 Kündigungen

Was eine angemessene Konsultationsfrist ist, wurde vom Gesetzgeber nicht definiert. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang im Bundesgerichtentscheid BGE 123 III 176 ff., die vom Arbeitgeber angesetzte Frist von 24 Stunden als jedenfalls zu kurz, die von der Arbeitnehmerseite geforderte Dauer von mindestens vier bis sechs Wochen als erheblich zu hoch gegriffen bezeichnet [19]. Eine vom Mittwoch auf Freitag und schliesslich auf Montag 8 Uhr verlängerte Frist erachtete das Bundesgericht in BGE 130 III 102 ff. ebenfalls als zu kurz. Zudem hielt es fest, dass es angesichts der 132 im konkreten Fall geplanten Entlassungen «fortement douteux» gewesen wäre, ob fünf Tage gereicht hätten [20]. Welche Konsultationsfrist angemessen ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles. Massgebend ist einerseits die Komplexität der sich stellenden Fragen. Andererseits ist die Dringlichkeit der beabsichtigten Massenentlassung zu berücksichtigen. Bei der Fristbemessung ist ferner der Organisationsgrad der Arbeitnehmerschaft in Betracht zu ziehen. Eine gut organisierte Arbeitnehmerschaft braucht weniger Zeit als eine nicht organisierte Belegschaft. Gemäss Lehre und Rechtsprechung dürfte eine angemessene Konsultationsfrist bei einfacheren oder sehr dringenden Fällen fünf Arbeitstage und bei komplexeren Fällen zwei Wochen betragen [21]. Es empfiehlt sich in jedem Fall, lokale Usancen zu beachten. So besteht beispielsweise im Kanton Solothurn eine Vereinbarung zwischen Kanton, Handelskammer und Gewerkschaftsbund, wonach die Konsultationsfrist 30 Tage zu betragen hat. Diese Vereinbarung ist zwar rechtlich nicht durchsetzbar. Die Praxis hat jedoch gezeigt, dass sich viele Firmen an diese Frist halten [22]. Eine Kopie der erwähnten Mitteilung an die Arbeitneh-

merschaft hat der Arbeitgeber dem kantonalen Arbeitsamt zuzustellen (Art. 335f Abs. 4 OR).

### 3.3.2 Konsequenzen bei fehlender Konsultation der Arbeitnehmer

Spricht der Arbeitgeber Kündigungen aus, ohne das Konsultationsverfahren durchgeführt zu haben, so sind die Kündigungen missbräuchlich, aber nicht ungültig. Den betroffenen Arbeitnehmern steht ein Anspruch auf Schadenersatz zu. Die Entschädigung beträgt maximal zwei Monatslöhne (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR). Eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung ist jedoch nur geschuldet, wenn es nicht zur Rücknahme der Kündigung bzw. nicht zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses kommt, sondern das Arbeitsverhältnis tatsächlich beendet wird. In BGE 134 III 67 ff. hatte ein Unternehmen seinen Arbeitnehmern offenbar aus wirtschaftlichen Gründen, ohne Konsultation, gekündigt. Der Betrieb wurde dann aber, jedenfalls teilweise, von einem anderen Unternehmen übernommen und die Arbeitnehmer weiterbeschäftigt. Weil die Betriebsübernahme den Übergang der Arbeitsverhältnisse zur Folge hatte und diese deshalb nicht beendet wurden, waren die Entschädigungen nicht geschuldet. Die Nichteinhaltung der Bestimmungen über die Massenentlassungen blieb deshalb mangels Beendigung der Arbeitsverhältnisse ohne Rechtsfolgen [23].

### 3.3.3 Orientierung des kantonalen Arbeitsamtes

Nach Abschluss der Konsultation der Arbeitnehmer hat der Arbeitgeber das kantonale Arbeitsamt über die Ergebnisse der Konsultation schriftlich zu orientieren (Art. 335g Abs. 1 und 2 OR). Die Aufgaben der kantonalen Arbeitsämter bestehen darin, Lösungen für die Probleme, die die

beabsichtigte Massenentlassung aufwerfen (z. B. Abschluss eines Sozialplans, Unterstützung bei der Stellensuche, Umschulung), zu suchen. Die Mitarbeitenden der betroffenen Firmen können dem Arbeitsamt Vorschläge und Informationen einreichen (Art. 335g Abs. 3 OR). Eine Kopie dieser Anzeige an das kantonale Arbeitsamt hat der Arbeitgeber auch der Arbeitnehmerschaft zuzu-



stellen (Art. 335g Abs. 1 OR). Das Arbeitsverhältnis, welches im Rahmen einer Massenentlassung gekündigt wird, endet nach Ablauf der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist, in jedem Fall aber nicht vor Ablauf einer 30-tägigen Frist nach erfolgter Anzeige der beabsichtigten Massenentlassung an das kantonale Arbeitsamt gemäss Art. 335g Abs. 4 OR. Zwischen der Anzeige an das kantonale Arbeitsamt und dem Aussprechen der Kündigungen ist keine Frist abzuwarten. Durch die 30-tägige Frist von Art. 335g Abs. 4 OR soll das Arbeitsamt in die Lage versetzt werden, noch während mindestens 30 Tagen aktiv Hilfe und Lösungen anbieten zu können.

### 3.3.4 Konsequenzen bei fehlender Orientierung des kantonalen Arbeitsamtes

Wird die Anzeige an das kantonale Arbeitsamt nach Art. 335g Abs. 1 OR verzögert oder ganz unterlassen, so beginnt die in Abs. 4 des erwähnten Artikels genannte Dreissigtagefrist nicht zu laufen. Eine ausgesprochene Kündigung ist dennoch gül-



tig, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird jedoch allenfalls hinausgeschoben. Solange das Arbeitsverhältnis nicht beendet wird, haben der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer ihren Pflichten aus dem Arbeitsvertrag weiterhin nachzukommen.

Eine verspätete Anzeige bewirkt eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses über die vertragliche oder gesetzliche Kündigungsfrist hinaus, wenn die Anzeige erst gegen Ende der Kündigungsfrist (also weniger als 30 Tage vor vertraglicher oder gesetzlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses) oder nach Ablauf der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist erfolgt. Mit anderen Worten, nur wenn die Frist von 30 Tagen ab Anzeige vollumfänglich in die jeweils anwendbare vertragliche oder gesetzliche Kündigungsfrist fällt, gilt sie als eingehalten.

Bei einer unterlassenen Anzeige ist gemäss Bundesgericht das Ende des Arbeitsvertrages unter Rücksicht darauf festzulegen, wann allfällige Tätigkeiten des kantonalen Arbeitsamtes nach dem Zweck von Art. 335g OR nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden können [24].

In BGE 132 III 406 ff. legte das Bundesgericht den Endtermin der Arbeitsverträge der klagenden Arbeitnehmer auf den Zeitpunkt des Antritts ihrer neuen Stelle. Denn mit der Annahme einer neuen Stelle hätten sie sich konkludent mit der Beendigung des bestehenden Arbeitsvertrages einverstanden erklärt. Nach Antritt einer neuen Stelle oder nach Ablauf einer längeren Zeitdauer, während der weder Arbeit geleistet noch angeboten wurde, kann gemäss Bundesgericht davon ausgegangen werden, dass das Arbeitsverhältnis durch stillschweigende Übereinkunft beendet worden ist.

### 3.3.5 Mitteilung der Kündigungen beim zuständigen Arbeitsamt

Schliesslich hat der Arbeitgeber die ausgesprochenen Entlassungen beim zuständigen Arbeitsamt zu melden (Art. 29 Arbeitsvermittlungsgesetz). Die Verletzung dieser Meldepflicht kann mit Busse bis CHF 40 000 bzw. bei Fahrlässigkeit bis CHF 20 000 bestraft werden (Art. 39 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 Arbeitsvermittlungsgesetz).

## 4. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass betreffend Kurzarbeit der Arbeitgeber gut daran tut, einerseits eine beabsichtigte Einführung von Kurzarbeit rechtzeitig unter Beilage sämtlicher relevanten Dokumente anzumelden und andererseits die Verwirkungsfrist im Zusammenhang mit der Geltendmachung des Entschädigungsanspruches im Auge zu behalten. Selbst wenn der Entscheid über die Voranmeldung der Kurzarbeit noch nicht rechtskräftig sein sollte, muss der Entschädigungsanspruch innert dreier Monaten nach Ablauf der Abrechnungsperiode geltend gemacht werden.

Im Zusammenhang mit Massenentlassungen empfiehlt es sich, bei der Ansetzung der Konsultationsfrist die konkreten Umstände des Einzelfalles sowie lokale Usancen zu berücksichtigen. Über die Ergebnisse des Konsultationsverfahrens ist schliesslich das kantonale Arbeitsamt zu informieren, ansonsten die Arbeitsverhältnisse trotz vertragsgemässer Kündigung nicht beendet werden und der Arbeitgeber weiterhin seinen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag nachzukommen, also insbesondere den Lohn zu bezahlen hat. ■

Helga Mesaros  
Rechtsanwältin  
Legal Services,  
Ernst & Young AG  
Zürich



Carmen Rosat  
Rechtsanwältin, LL.M.  
Legal Services,  
Ernst & Young AG  
Bern



### Anmerkungen:

- 1) Ulrich Meyer (Hrsg.), Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2007, S. 2312 m. w. H. (nachfolgend zitiert: Ulrich Meyer).
- 2) Als Abrechnungsperiode gilt ein Zeitraum von einem Monat oder von vier zusammenhängenden Wochen (Art. 32 AVIG).
- 3) Anrechenbarer Arbeitsausfall vgl. Ziff. 2.2.
- 4) Staatssekretariat für Wirtschaft.
- 5) BGE 124 V 75 ff.
- 6) Ulrich Meyer, a. a. O., S. 2331.
- 7) Art. 32 AVIG i. V. m. Bundesratsbeschluss vom 11. Februar 2009.
- 8) SECO-Kreisschreiben über die KAE, Januar 2005, Ziff. H 2.
- 9) BGE 119 V 367 f.
- 10) Ulrich Meyer, a. a. O., S. 2332.
- 11) Ullin Streiff / Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. A., Zürich, Basel, Genf 2006, N 8 zu Art. 335 d OR; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, N 1 zu Art. 335 d und 335 e OR.
- 12) Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, 4. Auflage, Basel, Bern Zürich 2007, N 5 zu Art. 335d OR.
- 13) Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, Zürich 1996, N 3 zu Art. 335 d OR; Wolfgang Portmann, a. a. O., N 6 zu Art. 335 d OR.
- 14) Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, a. a. O., N 7 zu Art. 335 d OR.
- 15) BGE 123 III 176 E.3a.
- 16) Jürg Brühwiler, a. a. O., N. 2 zu Art. 335 d und 335 e OR; Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 3 zu Art. 335 e OR.
- 17) Wolfgang Portmann, a. a. O., N 6 zu Art. 335 f OR.
- 18) BGE 4C.263/2003.
- 19) BGE 123 III 176 E.4c.
- 20) BGE 130 III 102 E.4.3.
- 21) Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, a. a. O., N 7 zu Art. 335 f OR.
- 22) Mittelland Zeitung vom 5. Februar 2009, S. 17.
- 23) BGE 134 III 69 ff. und Thomas Geiser, Ausgewählte neuere Rechtsprechung zum Arbeitsrecht, in AJP 2009, S. 140.
- 24) BGE 132 III 406 E. 2.5.



# Schengen

## Ein Weindorf in Luxemburg verändert Europa

In Schengen, gelegen an der Mosel im Dreiländereck von Luxemburg, Deutschland und Frankreich, wurde am 14. Februar 1985 der Grundstein für ein neues Europa gelegt. Mit der Unterzeichnung des Schengener Abkommens haben Frankreich, Deutschland, Belgien, die Niederlande und Luxemburg vereinbart, den Grenzübertritt zwischen ihren Ländern zu erleichtern, indem sie die Personenkontrollen an ihren gegenseitigen Staatsgrenzen schrittweise abbauten. Dem Schengener Abkommen traten nach und nach weitere Staaten der Europäischen Union bei. Wer heute das Schengener Abkommen sucht, findet es als

solches nicht mehr, denn seit dem Vertrag von Amsterdam (1997) ist es Bestandteil des Vertrages über die Europäische Union (EU). Es bildet dort den IV. Titel<sup>1</sup> und dient dazu, die EU zu einem «Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts» auszugestalten. Damit ist das Schengener Abkommen von seiner ursprünglichen Grundidee her nicht in erster Linie ein Abkommen für mehr Sicherheit in Europa, sondern ein Beitrag zur Erleichterung der Grundfreiheiten, insbesondere des freien Personenverkehrs, innerhalb der EU.

Dem Schengenraum gehören heute alle Staaten der EU an,

mit Ausnahme von Grossbritannien und Irland, aber einschliesslich der Staaten der EU-Osterweiterung vom 1. Mai 2004. Als Nicht-Mitglieder der EU sind Norwegen, Island und – seit dem 12. Dezember 2008 – die Schweiz «assoziierte» Schengenstaaten. Für diese gelten im Bereich des Schengenrechts zwar die gleichen Regelungen wie für die EU-Staaten, doch sind sie bei den Entscheidungsmechanismen der EU nicht gleichberechtigt.

### Ein langer Weg

Der Schengen-Assoziierung der Schweiz ging ein heftiger Abstimmungskampf voraus.

<sup>1</sup> Titel IV: Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr; Art.61 ff.

Ängste vor wachsender Kriminalität bei offenen Grenzen, Befürchtungen um die Aufhebung des Bankgeheimnisses in Steuersachen oder die Gefahr eines Souveränitätsverlusts im Bereich der inneren Sicherheit standen der Aus-



sicht gegenüber, die Reisefreiheit zu erleichtern und mit grenzüberschreitender Zusammenarbeit der Polizei- und Justizbehörden das international organisierte Verbrechen besser bekämpfen zu können. Am 5. Juni 2005 stimmten die Schweizer Stimmberechtigten dem «Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz

**«Die Schengen-Assoziierung der Schweiz musste nicht nur von der Schweiz und der EU, sondern von allen Schengenstaaten genehmigt werden.»**

und der EU über die Assoziierung an Schengen und Dublin» mit 54,6 Prozent Ja-Stimmen zu<sup>2</sup>. Die Assoziierung an Schengen war Bestandteil der zweiten Serie der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, eingebettet in weitere Abkommen zu den Themen Landwirtschaftsprodukte, Statistik, Umwelt, Filmförderung, Rentenbesteuerung, Betrugsbekämpfung, Zinsbesteuerung und Bildung.

Die Schengen-Assoziierung der Schweiz musste nicht

nur von der Schweiz und der EU, sondern von allen Schengenstaaten genehmigt werden. Dass dieser Prozess nicht nur von sachpolitischen, sondern auch von themenfremden Überlegungen beeinflusst werden könnte, war wenig überraschend: Der Finanzplatz Schweiz hatte (und hat?) im europäischen Umfeld nicht nur Freunde. Am 1. März 2008 trat das Abkommen formell in Kraft. In der Folge prüften die Organe der EU im Rahmen einer umfassenden Evaluation, ob die Schweiz den Anforderungen des Schengenrechts zu genügen vermochte. Datenschutz, Flughäfen, Waffengesetzgebung, Polizeidatenbanken, Visums-Verfahren – dies sind nur einige der Stichworte, in denen sich die Schweiz der Evaluation zu unterziehen hatte. In verschiedenen Bereichen waren auch Gesetzesanpassungen vorzunehmen, die teilweise im Bundesbeschluss zur Assoziierung vorgenommen wurden (z.B. Ausländer- oder Waffengesetz); teilweise mussten aber auch die Kantone ihre Rechtsgrundlagen anpassen. So war beispielsweise im Kanton St. Gallen ein neues Datenschutzgesetz zu erlassen, das den Schengen-Vorgaben entsprach. Im November 2008 konnte der Rat der EU feststellen: Die Schweiz ist für Schengen «gerüstet»; die operationelle Zusammenarbeit kann am 12. Dezember 2008 – für die internationalen Flughäfen am 29. März 2009, dem Datum des Flugplanwechsels – beginnen.

#### Ein «dynamischer» Staatsvertrag

Dass die Schweiz und die Kantone im Hinblick auf den Beitritt zu einem Staatsvertrag ihre Rechtsgrundlagen anpassen müssen, ist grundsätzlich nichts Ausserge-

wöhnliches. Dies gehört zur Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen. Das Besondere bei der Assoziierung der Schweiz an Schengen ist nun allerdings, dass das schweizerische Recht nicht einfach auf einen Stichtag hin dem massgeblichen Staatsvertrag zu entsprechen hatte und Weiterentwicklungen bilateral zwischen den Partnern des Staatsvertrags ausgehandelt werden. Die Schengen-Assoziierung ist ein dynamisches Abkommen: Die Schweiz ist verpflichtet, auch Weiterentwicklungen des sogenannten «Schengen-Besitzstandes» – der Rechtsakte der EU, die für die Gestaltung des angestrebten Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts relevant sind – zu übernehmen. In staatspolitischer Hinsicht ist dies von grosser Bedeutung, zumal die Schweiz als Nicht-Mitglied der EU bei Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes zwar mitverhandeln, aber nicht mitentscheiden kann. Im Rahmen des Gemischten Ausschusses, dem die Organe der EU und der Schweiz angehören, wird die Haltung der Schweiz zu derartigen Weiterentwicklungen zwar zur Kenntnis genommen; die verbindliche Beschlussfassung über neue Rechtsakte und Massnahmen ist aber allein den zuständigen Organen der EU vorbehalten<sup>3</sup>. Für die Umsetzung im schweizerischen Recht besteht alsdann ein ausgeklügeltes Mitteilungssystem, das grundsätzlich auch den Zeitbedarf für allfällige Referendumsabstimmungen berücksichtigt. Allerdings kann nicht wegdiskutiert werden, dass der Spielraum, Weiterentwicklungen abzulehnen, beschränkt ist: Stimmt die Schweiz einer Weiterentwicklung nicht zu, wird



das Assoziierungsabkommen grundsätzlich beendet, es sei denn, der Gemischte Ausschuss beschliesse etwas anderes<sup>4</sup>.

Die Tatsache, dass das Schengen-Assoziierungsabkommen dynamisch ist, ist nicht nur staatspolitisch problematisch, sondern auch aufgrund der Zuständigkeiten im fraglichen Bereich. In der inneren Sicherheit, insbesondere in polizeirechtlichen Fragen, liegt die primäre Zuständigkeit bei den Kantonen. Der Bund ist diesbezüglich nur subsidiär zuständig; die Polizeihohheit kommt den Kantonen zu<sup>5</sup>. Dass sich hieraus ein innenpolitisches Spannungsfeld aufbauen kann, liegt auf der Hand, denn im Verhältnis zur EU steht allein der Bund als Völkerrechtssubjekt in der Verantwortung. Mit einer Vereinbarung zwischen Bund und Kantonen, die am 20. März 2009 zwischen Bundesrat und Konferenz der Kantonsregierungen abgeschlossen wurde<sup>6</sup>, wird diesem Spannungsfeld Rechnung getragen. Der Bund stellt den Kantonen die notwendigen Informationen im Zusammenhang mit Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes zu, die Kantone können Stellung nehmen, und sie sind berechtigt, sich an der Erarbeitung der schweizerischen Position auch in den gemischten Gremien Schweiz-EU als Teil der schweizerischen Delegation zu beteiligen. Der formelle Rahmen zur Wahrung der Souveränität der Kantone im Bereich der inneren Sicherheit ist damit gegeben. Faktisch zeigen die bisherigen Erfahrungen allerdings, dass die blossе Wahrung der Form mittels Konsultation der Kantone die von der EU in Gang gesetzten Weiterentwicklungen des Schengen-Besitz-

standes kaum zu beeinflussen vermochte. Auf der anderen Seite muss aber auch eingeräumt werden, dass eigentliche Bewährungsproben bislang ausgeblieben sind; die bisherigen Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes, von denen sich seit Vertragsunterzeichnung vom Oktober 2004 rund 85 ergeben haben, konnten von der Schweiz in der Regel ohne Probleme übernommen werden. Die wichtigsten davon betrafen biometrische Pässe, das Datenschutzrecht oder das Waffenrecht, in denen auch gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestand.

#### Wegfall der Personenkontrollen – Ausgleichs- und Ersatzmassnahmen

Zentrales Merkmal von Schengen ist, wie einleitend erwähnt, der Wegfall der Personenkontrollen an den Grenzen innerhalb des Schengenraums. Die systematischen Grenzkontrollen beim Überschreiten der Landesgrenzen gehören seit 12. Dezember 2008 – wenigstens fast – der Vergangenheit an. Weil allerdings die Schweiz der Zollunion der EU nicht angehört, sind Importkontrollen von Waren weiterhin zulässig, und da im Reiseverkehr Waren üblicherweise von Personen mitgeführt werden, hat sich gegenüber dem früheren Zustand an den Landesgrenzen faktisch nicht viel Wahrnehmbares verändert: Das Grenzwachtkorps erfüllt weiterhin seine zollpolizeilichen Aufgaben und kann dabei auch die Ausweise der Reisenden kontrollieren.

Daneben aber haben auch schon die «Gründerstaaten» von Schengen erkannt, dass die Personenkontrollen an den Grenzen nicht ohne Ersatzmassnahmen aufgeho-



Dr. iur. Hans-Rudolf Arta  
Rechtsanwalt  
Generalsekretär Sicherheits- und Justizdepartement Kanton St.Gallen

ben werden können, will man kein Sicherheitsvakuum schaffen. Es besteht daher ein System von Ausgleichsmassnahmen, mit denen die Sicherheit im Schengenraum gewährleistet werden soll. Diese sind im Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) geregelt und umfassen im Wesentlichen:

- die verstärkte und verbesserte Kontrolle der Ausgengrenzen (was für die Schweiz an den Landesflughäfen von Bedeutung ist);
- die Möglichkeit zur vorübergehenden Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen, wenn dies die öffentliche Ordnung oder die nationale Sicherheit erfordert<sup>7</sup>;
- eine gemeinsame Visumsregelung für Drittausländer, d.h. für Ausländer aus Nicht-Schengen-Staaten;
- die Intensivierung und Verbesserung der grenzüberschreitenden polizeilichen Zusammenarbeit, insbesondere mit dem internationalen Fahndungssystem SIS (Schengen-Information-System);
- die vereinfachte Zusammenarbeit bei der Rechts-

**«Das Grenzwachtkorps erfüllt weiterhin seine zollpolizeilichen Aufgaben und kann dabei auch die Ausweise der Reisenden kontrollieren.»**

<sup>4</sup> Art. 7 Ziff. 4 des Assoziierungsabkommens, SR 0.360.268.1.

<sup>5</sup> Art. 57 der Bundesverfassung, SR 101.

<sup>6</sup> SR 362.11



- hilfe in Strafsachen;
- gemeinsame Regeln in den Bereichen Betäubungsmittel, Feuerwaffen und Datenschutz.

Sodann haben die Schengen-Staaten das Recht, auch nationale, rein innerstaatliche Ersatzmassnahmen vorzusehen. Die meisten Schengen-Staaten haben als Ausgleich für den Wegfall der Personenkontrollen auf der Grenze mobile Kontrollen im Landesinnern eingeführt, sogenannte «Schleierfahndungen». Solche mobile Personenkontrollen haben verschiedene Vorteile: Sie sind nicht vorhersehbar, können der jeweiligen Situation angepasst werden und kommen gezielt dort zum Einsatz, wo sie aufgrund einer Lageanalyse die grössten Fahndungserfolge versprechen. Auch in der Schweiz werden derartige Schleierfahndungen durchgeführt. Aufgrund der föderalistischen Kompetenzen im Bereich der inneren Sicherheit war und ist es den Kantonen wichtig, dass die Zuständigkeit und Verantwortung für diese Ausgleichsmassnahmen bei ihnen verbleibt. Die eidgenössischen Räte haben dies anerkannt und im Assoziierungsbeschluss die kantonale Polizeihöhe ausdrücklich vorbehalten.

Für ein abschliessendes Fazit zu den Erfahrungen ist es nach gut einem halben Jahr Schengen-Assoziierung noch zu früh. Aber eine zentrale Aussage kann gemacht werden: Die Befürchtungen, die im Abstimmungskampf 2005 geäussert wurden, dass mit der Öffnung der Grenzen ein deutlicher Anstieg der Kriminalität zu erwarten sei, haben sich nicht bewahrheitet. Dies gilt nicht nur aus der Optik der Schweiz, sondern auch aus der Optik der Nachbarländer. Die Schengen-Assoziierung der Schweiz hat kein Sicherheitsvakuum geschaffen.

### Wermutstropfen: Grenze zum Fürstentum Liechtenstein

Einen kleinen Wermutstropfen bildet die Tatsache, dass das Fürstentum Liechtenstein erst verzögert zum Schengenraum stossen wird. Erstaunlicherweise hat die EU im Rahmen der Evaluation der Schweiz die Position eingenommen, an der Grenze zwischen den Kantonen St.Gallen und Graubünden und dem Fürstentum Liechtenstein entstehe eine formelle Schengen-Aussengrenze, die nach den Regeln des Schengener Grenzkodex zu kontrollieren wäre. Grenzposten, Strassenabschrankungen, Personenkontrollen – undenkbar in einer Region, die wirtschaftlich, gesellschaftlich und kulturell eng verflochten ist! Und undenkbar aufgrund des schweizerisch-liechtensteinischen Zollvertrags von 1923<sup>8</sup>, dessen Art. 33 jegliche fremdenpolizeilichen Grenzkontrollen an der liechtensteinisch-schweizerischen Grenze aufgehoben hat. In intensiven Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU, die vom Kanton St.Gallen massgeblich mitgeprägt werden konnten, gelang es schliesslich, eine pragmatische Übergangslösung zu vereinbaren, die den intensiven Personen- und Warenverkehr über diese Grenze nicht beeinträchtigt. Die wesentlichen Elemente dieser Übergangslösung sind eine quartalsweise zu erstellende Sicherheitsanalyse, die Videoüberwachung der Strassenübergänge, die Sicherstellung einer 7-Tage-/24-Stunden-Präsenz mindestens einer polizeilichen Patrouille, der Ausbau des polizeilichen Verbindungsbüros in Schaanwald sowie eine vereinfachte Visums-Regelung für Drittstaatsangehörige mit Wohnsitz im Fürstentum Liechtenstein. Es ist zu hoffen, dass der Ratifikations- und Evalua-

tionsprozess des Fürstentums Liechtenstein zum Schengenraum auf Seiten der EU in den nächsten Monaten abgeschlossen werden kann, so dass diese Übergangsregelung, auch wenn sie nicht zu wahrnehmbaren Beeinträchtigungen führt, wiederum aufgehoben werden kann. ■

**«Die Befürchtungen, dass mit der Öffnung der Grenzen ein deutlicher Anstieg der Kriminalität zu erwarten sei, haben sich nicht bewahrheitet.»**

<sup>7</sup> Von dieser Möglichkeit hat beispielsweise Deutschland im Rahmen der Fussball-Weltmeisterschaft 2006 Gebrauch gemacht.

<sup>8</sup> SR 0.631.112.514



# Patientenverfügung...

...und andere Vorkehrungen der Selbstbestimmung

Das Selbstbestimmungsrecht als Ausfluss der Menschenwürde und der persönlichen Freiheit soll auch über den Eintritt einer Beeinträchtigung der Urteils- oder Kommunikationsfähigkeit hinaus gewahrt bleiben. Zur Verwirklichung können Patientenverfügung und andere Vorkehrungen dienen.

## Ausgangslage

Das zunehmende Alter der Gesellschaft und der medizinische Fortschritt bringen es mit sich, dass auch bedeutende Gesundheitsschäden nicht unbedingt zum Tod führen. Hohes Alter birgt zudem das Risiko einer Beeinträchtigung bzw. des Verlustes der Urteilsfähigkeit, welcher Ursache und Form auch immer. Unabhängig von Alter und Gebrechlichkeit können wir unsere Urteilsfähigkeit oder die Möglichkeit, zu kommunizieren und unsere Wünsche mitzuteilen auch unfallbedingt

zumindest vorübergehend verlieren. Es empfiehlt sich daher, sich rechtzeitig mit den Fragen auseinanderzusetzen, durch wen und wie man in einer solchen Situation betreut und vertreten werden will, welchen medizinischen und pflegerischen Massnahmen man zustimmen und welche man ablehnen will, wer allenfalls entsprechende Entscheidungen treffen oder mittragen soll, oder aber auch, durch wen und wie unterhalts- und vermögensrechtliche Entscheidungen zu treffen sind. Patientenverfügungen spielen in der medizinischen Praxis bereits

heute eine wichtige Rolle. Eine gesetzliche Regelung besteht erst in wenigen Kantonen. Mit der Revision der 3. Abteilung des Zivilgesetzbuches sollen die entsprechenden Lücken im Bereich des Erwachsenenschutzrechtes geschlossen werden. Dabei werden die drei Bereiche Vorsorgeauftrag (Personenvorsorge, Vermögensvorsorge und Vertretung im Rechtsverkehr), Patientenverfügung und gesetzliche (ausseramtliche) Vertretung urteilsunfähiger Personen neu geregelt. Die Eidgenössischen Räte haben die Revision im Dezember 2008 verabschiedet. Das Inkrafttreten wird frühestens

**«Nebst den Personalien sollte eine Patientenverfügung wichtige Bezugspersonen und Adressdaten, allenfalls auch «unerwünschte» Personen enthalten.»**

2012 erwartet. Die nachstehenden Ausführungen und Hinweise beziehen sich auf bereits heute bestehende Möglichkeiten und schliessen die künftige Rechtslage bereits ein.



### Patientenverfügung

Eine Patientenverfügung soll sich über den möglichst aktuellen Willen eines aufgeklärten und entscheidungsfähigen Menschen äussern. Sie bezweckt neben der Bekanntgabe und damit der Durchsetzbarkeit des Willens auch, medizinischen Personen Handlungsanweisungen und Leitlinien zu geben und nahestehende Personen in allfälligen Entscheidungen zu unterstützen. Sie dient damit letztlich allen. Eine Patientenverfügung kann

eine allgemeine oder nach Auftreten/Bekanntwerden einer Krankheit eine erweiterte oder spezielle sein. Sie ist auch ein «Basisdokument», um im Falle der nicht mehr möglichen eigenen Entscheidungsfähigkeit den mutmasslichen Willen zu eruieren. Sie ist zwar rechtsverbindlich, wobei aber der mutmassliche Wille im je aktuellen Zeitpunkt dennoch zu eruieren ist. Daher ist es wichtig, die Patientenverfügung regelmässig zu aktualisieren, indem sie zum Bei-

spiel um neue Krankheitserkenntnisse ergänzt wird oder sich mit Fortschritten der Medizin auseinandersetzt. Ferner gewährleistet die regelmässige Kommunikation mit Vertrauenspersonen (Nahestehende, Hausarzt, Seelsorger, Berater etc.) am ehesten, dass der selbstbestimmte Wille im Bedarfsfall auch nachvollzogen werden kann.

Nebst den Personalien sollte eine Patientenverfügung wichtige Bezugspersonen und Adressaten, allenfalls auch «unerwünschte» Personen, enthalten. Nach Möglichkeit sind eine oder mehrere Vertrauenspersonen anzugeben, mit denen Diagnosen besprochen und erläutert werden können, um letztlich über die zu treffenden medizinischen Massnahmen entscheiden zu können. Aus dem medizinischen und pflegerischen Bereich sind Angaben über Schmerzlinderung und Sedierung, künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr, allfällige Wiederbelebung und lebensverlängernde Massnahmen, Antibiotika, Allergien oder z.B. Essens- und Waschgewohnheiten, Einschlaf- und Aufwachrituale sinnvoll. Im Hinblick auf den Tod empfehlen sich Hinweise zu Sterbeort, Sterbebegleitung, Bestattung und Trauerfeier. Betreffend die Verfügung über den Körper sind auch Äusserungen zu Obduktion, Organspende und allenfalls medizinischer Forschung wertvoll.

Die Patientenverfügung sollte schriftlich errichtet, das heisst, unterzeichnet und datiert werden. Das Gesetz sieht die Schriftform vor. Zur Errichtung reicht Urteilsfähigkeit, Handlungsfähigkeit ist nicht notwendig, da es sich bei der Errichtung um ein höchstpersönliches Recht handelt. Somit können auch urteilsfähige Minderjährige eine Patientenverfügung errichten. Die Patientenverfügung sollte an einem zugäng-

lichen Ort aufbewahrt werden. Empfohlen wird auch, ein Dokument z.B. in Kreditkartenformat auf sich zu tragen, das über den Bestand und den Aufbewahrungsort einer Patientenverfügung Auskunft gibt. Es macht keinen Sinn, eine Patientenverfügung zusammen mit der letztwilligen Verfügung zu hinterlegen. Testamentseröffnungen erfolgen erst nach dem Tod und damit sowohl für medizinische oder pflegerische Wünsche aber in der Regel auch für Anordnungen betreffend Sterben und Beisetzung zu spät. Eine Vertrauensperson sollte über die Patientenverfügung orientiert sein und allenfalls eine Kopie erhalten. Ferner kann die Abgabe von Kopien an Ärzte, ein Spital oder Pflegeheim sinnvoll sein. Dabei ist jedoch zu beachten, dass Kopienempfänger auch über Ergänzungen und Aktualisierungen informiert werden.

Verschiedene Organisationen bieten Muster für Patientenverfügungen an (vgl. «Weiterführende Infos»). In der Regel ist auch eine ergänzende individuelle Beratung (Hausarzt, Beratungsdienste der Spitäler) sinnvoll.

### Vorsorgeauftrag

Mit dem in der Gesetzesrevision vorgesehenen Vorsorgeauftrag können eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen, z.B. eine Bank oder eine Organisation wie die Pro Senectute, damit beauftragt werden, für den Fall der Urteilsunfähigkeit die Sorge für die Person oder das Vermögen zu übernehmen oder die Person im Rechtsverkehr zu vertreten. Diese Aufgaben können kumulativ oder alternativ übertragen werden. Das Institut des Vorsorgeauftrages erspart die bisher und nach geltendem Recht notwendige Einschaltung einer Behörde und die damit verbundene Errichtung einer Beistand- oder gar Vormundschaft. Es löst auch die

**«Die Patientenverfügung sollte schriftlich errichtet, das heisst, unterzeichnet und datiert werden.»**

rechtliche Unsicherheit, die bisherigen «Vollmachtslösungen» auch über den Verlust der Handlungsfähigkeit hinaus immanent waren.

Der Vorsorgeauftrag muss die beauftragte Person bezeichnen und ihr die übertragenen Aufgaben möglichst genau umschreiben. Der Vorsorgeauftrag wird in vermögensrechtlicher Hinsicht sinnvollerweise mit letztwilligen Anordnungen koordiniert. Aufgrund der Tragweite eines Vorsorgeauftrages sieht das Gesetz die Form der letztwilligen Verfügung (Eigenhändigkeit oder öffentliche Beurkundung) vor. Ferner ist eine zentrale Datenbank vorgesehen, in welche das Zivilstandsamt auf Antrag die Tatsache, dass eine Person einen Vorsorgeauftrag errichtet hat, und den Hinterlegungsort einzutragen hat. Zur Errichtung ist die Handlungsfähigkeit notwendig.

Bei Eintritt einer Urteilsunfähigkeit hat die Erwachsenenschutzbehörde (neu, bisher Vormundschaftsbehörde) die Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages festzustellen und

bei der bezeichneten Person eine Annahmeerklärung einzuholen. Das Gesetz sieht auch vor, dass der Vorsorgeauftrag seine Wirksamkeit verliert, falls die auftraggebende Person die Urteilsfähigkeit wieder erlangt.

### Zusammenfassung

Zur Verwirklichung des selbstbestimmten Willens im Falle einer Urteilsunfähigkeit oder der temporären Unmöglichkeit, einen Willen mitzuteilen, können rechtzeitig Massnahmen getroffen werden. Als Instrumente bieten sich die Patientenverfügung und der (gesetzlich vorgesehene) Vorsorgeauftrag an. Beide Instrumente verlangen eine eingehende und wohlüberlegte Planung. Ebenso müssen beide Instrumente regelmässig aktualisiert werden. Sie kommen nur dann zum Tragen, wenn auch deren rechtzeitige «Eröffnung» bzw. Bekanntmachung sichergestellt ist. Dazu sind die Bezeichnung und sinnvollerweise der Einbezug einer Person des Vertrauens angezeigt. ■



lic. iur. Walter Wagner  
Rechtsanwalt  
St. Gallen

#### Weiterführende Infos:

Caritas Schweiz ([www.caritas.ch](http://www.caritas.ch))  
Dialog Ethik ([www.dialog-ethik.ch](http://www.dialog-ethik.ch))  
GGG Voluntas ([www.begleiten-voluntas.ch](http://www.begleiten-voluntas.ch))  
Schweiz. Patientenorganisation ([www.spo.ch](http://www.spo.ch))  
Dargebotene Hand ([www.143.ch](http://www.143.ch))  
FMH ([www.fmh.ch](http://www.fmh.ch))  
SAMW, Ethikrichtlinien ([www.samw.ch](http://www.samw.ch))  
Beobachter Buchverlag ([www.beobachter.ch](http://www.beobachter.ch))

Stiftung für Organspende und Transplantation  
([www.swisstransplant.ch](http://www.swisstransplant.ch))

**Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag müssen regelmässig aktualisiert werden.**



## 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

Inserateverwaltung  
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

Druck  
Schmid-Fehr AG  
9403 Goldach

## Aus dem Bundesgericht

### Beschränkung der Verwandtenunterstützung

Die Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe hat am 5. Januar 2009 ihre neuen Richtlinien im Zusammenhang mit der Verwandtenunterstützung bekanntgegeben. Neu soll die Unterstützungspflicht nur mehr bei Personen abgeklärt werden, welche ein steuerbares Einkommen von mehr als 120'000 Franken bei Einzelpersonen bzw. 180'000 bei Ehepaaren erzielen. Bisher galten als Limiten 60'000 bzw. 80'000 Franken. Mit der neuen Praxis wird die Verwandtenunterstützung faktisch auf Grossverdienende und Wohlhabende eingeschränkt.

Das Zivilgesetzbuch, welches die Verwandtenunterstützung regelt, spricht von «günstigen Verhältnissen», in denen jemand leben muss, der zur Verwandtenunterstützung verpflichtet wird. In der uneinheitlichen Praxis in der Schweiz ist aber oft auch der ohnehin schon belastete untere Mittelstand für Zahlungen in die Pflicht genommen worden. Mit der neuen Praxis will die SKOS dem ursprünglichen Sinn des Gesetzes Nachachtung verschaffen. Von Gesetzes wegen bleibt die Verwandtenunterstützung überdies auf das Verhältnis zwischen Eltern, Kindern



sowie Grosseltern und Grosskindern beschränkt.

In jüngster Vergangenheit hatte auch das Bundesgericht in einigen Entscheidungen festgehalten, dass die Praxis mancher Behörden zu restriktiv sei und hat deren Klagen nicht geschützt. In einzelnen Fällen wurde ein Einkommen von über 10'000 Franken pro Monat als Messlatte bezeichnet. Mit der Änderung ihrer Praxis will die SKOS dieser neueren Rechtssprechung Rechnung tragen.

Kommt hinzu, dass die Geltendmachung der Verwandtenunterstützung oft an praktische Grenzen stösst. Nicht nur verweigern gewisse Steuerämter die Bekanntgabe von Steuerdaten an ausserkantonale Sozialdienste, es erweist sich zudem als äusserst schwierig, die Vermögensverhältnisse der Verwandten ausländischer Sozialhilfeempfänger zu ermitteln. So haftet der Geltendmachung der Verwandtenunterstützung nicht selten Zufälligkeit und Willkür an. Sie benachteiligt die inländische Bevölkerung. ■

Quelle: Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe SKOS, 5. Januar 2009

## «ALLES WAS RECHT IST»

gesammelt von RA Bruno A. Hubatka

■ Eine wertvolle Empfehlung in einem Urteil für die weitere Lebensführung: «Der Angeklagte ist hier inzwischen bekannt wie ein bunter Hund. Ihm wird dringend geraten, in einem anderen Bezirk zu verziehen.»

■ Aus einem Protokoll der Staatsanwaltschaft: «Ich gebe diesen vor 4 Jahren begangenen Diebstahl zu, bitte aber um milde Bestrafung, weil ich die Tat bereits vergessen hatte.»

■ Aus einem Abklärungsbericht, den der Staatsanwalt beauftragt hatte: «Bei Alfred und Fredy Huber handelt es sich um verschiedene Personen. Ob sie im Übrigen miteinander identisch sind, ist hier nicht bekannt, zuzutrauen wäre es ihnen aber.»

■ Aus einer Beschwerde an einen Untersuchungsrichter: «Sollten Sie nicht anders Ihre Ermittlungen durchführen können, so sollten Sie Ihren Beruf wechseln. In unserer

Gemeinde wird ein Strassenarbeiter gesucht, ich könnte Sie vermitteln. Hochachtungsvoll...»

■ Ein Brief an einen Untersuchungsrichter: «Soeben habe ich Geld vom Sozialamt bekommen. Darüber freue ich mich und sage es Ihnen, damit Sie sich keine Gedanken machen müssen. Falls Sie Geld benötigen sollten, zögern Sie nicht: Ich kann Ihnen etwas leihen, ich vertraue Ihnen.»

Allfällige Schreib- und sonstige Fehler wurden den «Vorlagen» entnommen.