

Das Mandat

DIE KLIENTENSCHRIFT DES ST.GALLISCHEN ANWALTSVERBANDES SGAV



St.Gallischer Anwaltsverband
SGAV

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin
Sehr geehrter Leser

«Autorität wie Vertrauen werden durch nichts mehr erschüttert als durch das Gefühl, ungerecht behandelt worden zu sein.» Dieses Zitat stammt vom deutschen Schriftsteller Theodor Storm. Das Gefühl von Ungerechtigkeit kennen wir alle aus unserem Erfahrungsaltag. Auch dem Anwalt sind Klagen seiner Klientinnen und Klienten über Ungerechtigkeit nicht fremd. Wird das Recht selber als ungerecht empfunden, was in unserer Rechtsordnung glücklicher-



lic. iur.

Jeannine Scherrer-Bänziger
Rechtsanwältin, Oberuzwil
Präsidentin PR-Kommission

THEMA

Bauen ausserhalb
der Bauzone Seite 3

RECHT & UNTERNEHMUNG



Neues
Revisionsrecht Seite 7

Erlaubte und rechtswidrige Werbung ... Seite 13

RECHT & PRIVAT



Kindsvertretung
im Scheidungsverfahren Seite 17

Fallstricke im
Versicherungsvertragsgesetz Seite 21

«RECHT-ECK»

Das Handy
als Abhörgerät Seite 26

Recht und Gerechtigkeit

weise selten vorkommt, ist dies besonders schwer zu akzeptieren und erschüttert das Vertrauen in einen Rechtsstaat.

Recht und Gerechtigkeit sind ihrem Anspruch nach unabdingbare Voraussetzungen für das menschenwürdige Zusammenleben. Zu den zentralen Aufgaben des Rechts gehört es, dieses Zusammenleben zu ordnen, Würde und Freiheit des Menschen zu schützen und günstige Rahmenbedingungen für eine solidarische Gesellschaft, eine florierende Wirtschaft sowie eine gesunde Umwelt zu schaffen. Dabei unterliegt das Recht einem steten Wandel und hat sich den wirtschaftlichen und kulturellen Veränderungen anzupassen. So wurde beispielsweise das Schweizer Eherecht in den vergangenen Jahren immer wieder revidiert und an das veränderte Rollenverständnis von Mann und Frau angeglichen. Die Gleichstellung der Ehegatten soll zudem gemäss eines Gesetzesvorentwurfs auch im Bereich der Namens- und Bürgerrechtsregelung gewährleistet werden. Grundsätzlich soll künftig das Prinzip der Unveränderlichkeit des Geburtsnamens gelten, jedoch die Möglichkeit bestehen, einen gemeinsamen Familiennamen zu bestimmen. Können sich verheiratete Eltern darüber nicht einigen, soll das Kind in Zukunft den Namen der Mutter erhalten. Das Gesellschaftsrecht befindet sich ebenfalls im Wandel. Auf den 1. Januar 2008 wurde eine umfassende Revision in Kraft gesetzt, die das GmbH-

Recht modernisiert und die Revisionspflicht für alle Unternehmen neu regelt. Detaillierte Ausführungen dazu finden Sie in diesem «Mandat».

Recht beruht auf Gerechtigkeit. In einem demokratischen Staat ist nur jenes Recht (ge)recht, das eine Ordnung schützt, welche im Interesse einer Mehrheit der Bevölkerung steht. Nur dann geniesst Recht die Akzeptanz, die für das Funktionieren der Rechtsordnung unerlässlich ist. Nun ist die objektive Gerechtigkeit, die der Rechtsordnung eines Staates zugrunde liegt, und die subjektive Gerechtigkeit, die dem Einzelnen widerfährt, natürlich nicht dasselbe. Die Gesetze müssen im Einzelfall angewendet werden. Dafür ist richterliches Ermessen nötig. Und nicht selten empfinden Klientinnen und Klienten ein Urteil als ungerecht. In diesem Sinne ist mit Dieter Hildebrandt, dt. Kabarettist, davon auszugehen: «Es hilft nichts, das Recht auf seiner Seite zu haben. Man muss auch mit der Justiz rechnen.»

Der Fairness halber gilt es allerdings zu bedenken, dass die Gerichte naturgemäss einen schweren Stand haben und im Streitfall in der Regel mindestens eine Partei das Gefühl hat, sie sei ungerecht beurteilt worden. Sollten auch Sie, sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser, dieses Gefühl kennen, so sei an die Weisheit von John F. Kennedy erinnert: «Das Leben ist ungerecht, aber denken Sie daran, nicht immer zu Ihren Ungunsten.» ■



Bauen ausserhalb der Bauzone

Teilrevision 2007 des Raumplanungsgesetzes – eine Übersicht

Seit der Einführung des Raumplanungsrechtes ist dessen Revision ein ständiges Gesprächsthema. Die letzte stammt aus dem Jahr 2007, die nächste ist in Vorbereitung.

Mit dem ersten raumplanungsrechtlichen Erlass im Jahre 1972 führte der Bundesgesetzgeber eine strikte Trennung zwischen Bau- und Nichtbaugebiet ein. Die Gemeinden erhielten den Auftrag, mit Zonenplänen Bauzonen und Landwirtschaftszonen auszuscheiden.

Die Gebiete ausserhalb der Bauzone sollten im Grundsatz nur noch der landwirtschaftlichen Nutzung vorbehalten sein. Die bestehenden Bauten und Anlagen, welche nicht der Landwirtschaft dienten oder nicht aus speziellen Gründen auf einen Standort ausserhalb der

Bauzone angewiesen waren, wurden mit einem Schlag zonenfremd und rechtswidrig. Das Raumplanungsrecht gesteht ihnen jedoch eine Bestandes- und Erweiterungsgarantie zu. Heute befinden sich schweizweit rund 5 Prozent der Bausubstanz ausserhalb der Baugebiete. Weil das Raumplanungsrecht weite Teile der Bevölkerung nicht befriedigte, war dessen Revision ein ständiges Gesprächsthema. Insbesondere forderte die Landwirtschaft Lockerungen, um auf den laufenden Strukturwandel besser reagieren zu können. Die letzte Teilrevision trat im Jahr

2007 in Kraft. Die aktuelle Rechtslage präsentiert sich in einer Übersicht wie folgt:

Landwirtschaftliche Bauten und Anlagen

Bauten und Anlagen für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung oder den produzierenden Gartenbau gelten als zonenkonform. Sie werden – nach Anhörung der kantonalen Fachstelle – von den Gemeindebehörden bewilligt. Zonenkonform sind **Ökonomiebauten**, welche einer **vom natürlichen Boden abhängigen Produktion** von landwirtschaftlichen Erzeugnissen dienen. Bewilligt werden diese Bauten, wenn sie von ihrer Art und Dimensionierung her betriebsnotwendig sind und der betreffende Landwirtschaftsbetrieb als existenzfähig gilt. Es handelt sich dabei um

die üblichen Ökonomiebauten wie Ställe, Scheunen und dazugehörige Infrastruktur. Freizeitlandwirtschaft gehört hingegen nicht dazu.

Ebenfalls als zonenkonform anerkennt das Raumplanungsrecht Bauten und Anlagen zur

Aufbereitung, Lagerung oder zum **Verkauf** landwirtschaftlicher oder gartenbaulicher Produkte. Die Erzeugnisse müssen indessen aus der Region und zu mehr als der

Halfte vom Standortbetrieb oder einer Produktionsgemeinschaft stammen.

Die **innere Aufstockung** eines Landwirtschaftsbetriebs mit einem nicht bodenabhängigen Betriebszweig ist ebenso zugelassen. Die Aufstockung eines tierhaltenden Betriebs durch Tiermast mit zugekauften Futtermitteln gilt als zonenkonform, wenn das Einkommen (Deckungsbeitrag), das damit generiert wird, weniger als die Hälfte des gesamten Betriebsinkommens ausmacht. Der Gemüse- und produzierende Pflanzenbau kann mit einer bodenunabhängig bewirtschafteten Fläche von 35 Prozent und maximal 5000 m² ergänzt werden (beispielsweise ganzjähriger Treibhausanbau, Hors-Sol-Pro-

duktion, Champignonzucht). Im Gegensatz zu früher muss der Landwirt heute nicht mehr nachweisen, dass der Betrieb zur Existenzsicherung auf die Aufstockung angewiesen ist.

Bauten und Anlagen der bodenunabhängigen Produktion, welche über den beschriebenen Umfang hinausgehen, sind nur in einer im Planverfahren zu erlassenden **Intensivlandwirtschaftzone** bewilligungsfähig.

Betriebe mit dem Umfang eines landwirtschaftlichen Gewerbes dürfen in bereits bestehenden Bauten und Anlagen im Hofbereich einen **betriebsnahen nichtlandwirtschaftlichen Nebenbetrieb** führen. Der Landwirt muss jedoch nachweisen, dass der Betrieb zur Existenzsicherung auf den Zusatzerwerb angewiesen ist. Zugelassen sind nur betriebsnahe Nebenbetriebe wie beispielsweise kleine Schreinereien, Werkstätten für Landmaschinen, gewerbliche Pferdehaltung, landwirtschaftliche Lohnunternehmen u.ä. Der Nebenbetrieb darf nur von der Bewirtschafterfamilie geführt werden.

Für **Nebenbetriebe mit engem sachlichem Zusammenhang** zum landwirtschaftlichen Gewerbe ist nicht mehr erforderlich, dass der Betrieb eine zusätzliche Einkommensquelle

nötig hat. Hierfür sind auch bauliche Erweiterungen bis 100 m² erlaubt. Der Bundesrat hat mit der Raumplanungsverordnung diese privilegierte Art von Nebenbetrieben im Wesentlichen auf Angebote von Agrotourismus und -gastronomie beschränkt (Hofschenken, Gästezimmer u.ä.). Von dieser zusätzlichen Möglichkeit kann natürlich nur eine kleine Minderheit von Landwirten profitieren.

Mit der Teilrevision 2007 werden neu auch Anlagen zur **Energiegewinnung aus Biomasse** als zonenkonform bewilligt. Voraussetzung ist aber, dass die verarbeiteten Substrate zu mehr als der Hälfte ihrer Masse aus der Landwirtschaft stammen, und zwar vom Standortbetrieb oder von Landwirtschaftsbetrieben im Umkreis von 15 km. Die restliche Biomasse darf nicht aus einer Fahrdistanz von mehr als 50 km herangeschafft werden.

Neue **Wohnbauten** werden nur bewilligt, wenn der betreffende Betrieb den Umfang eines landwirtschaftlichen Gewerbes im Sinn des bäuerlichen Bodenrechts aufweist, das heisst der Betrieb das Arbeitsvolumen für eine ³/₄-Standard-Arbeitskraft (bäuerliche Familie) bietet. Erlaubt ist auch Wohnraum für die betrieblich benötigten Arbeitskräfte und die abtretende Generation (Stöckli). Der beantragte Wohnraum muss für die Betriebsführung notwendig und angemessenen dimensioniert sein.

Nichtlandwirtschaftliche Bauten und Anlagen

Bauten und Anlagen, die nicht der Landwirtschaft oder dem produzierenden Gartenbau dienen, gelten als zonenfremd. Darüber, ob eine Bewilligung erteilt wird oder nicht, entscheidet das kantonale Amt für Raumentwicklung und Geoinformation (AREG).

Das Raumplanungsrecht gewährt den altrechtlichen Gebäu-

Mit der Teilrevision 2007 werden unter bestimmten Voraussetzungen neu auch Anlagen zur Energiegewinnung aus Biomasse als zonenkonform bewilligt.



den eine **Bestandes- und Erweiterungsgarantie** in unterschiedlichem Umfang; dies unter der Voraussetzung, dass ihre Bausubstanz noch nutzbar, das heisst nicht baufällig ist. Durch die baulichen Massnahmen muss zudem die Identität der Baute in den wesentlichen Zügen gewahrt bleiben. Die Identität bezieht sich im Wesentlichen auf das Mass der baulichen Erweiterung und des Eingriffs in die vorhandene Bausubstanz. Durch die Revision des Jahres 2000 ist diese Frage ziemlich kompliziert geworden und unterscheidet sich danach, wann das betreffende Gebäude erstellt und wann es zu nichtlandwirtschaftlichen Wohnzwecken umgenutzt wurde.

Altrechtliche Wohnbauten
Wohnbauten, die bei der Einführung des Raumplanungsrechts **am 1. Juli 1972 bereits bestanden und von Nichtlandwirten bewohnt waren**, geniessen den vollen Umfang der Bestandes- und Erweiterungsgarantie. Sie können erneuert, teilweise geändert und wiederaufgebaut werden. Dem Grundeigentümer steht eine Erweiterungsreserve zu für die Nutzflächen, die am Stichtag des 1. Juli 1972 bereits vorhanden und zonenfremd waren. Diese zonenfremden Nutzflächen dürfen ausserhalb des bestehenden Baukörpers um 30 Prozent, aber maximal 100 m², und innerhalb des bestehenden Bauvolumens um 60 Prozent erweitert werden. Nebennutzflächen (wie Keller-, Estrich-, Abstellräume, Garagen u.ä.) können seit 2007 ohne Begrenzung innerhalb der gesamten bestehenden Gebäudekubatur ausgedehnt werden (beispielsweise in angebaute Scheune). Ein Wiederaufbau ist mit einer Erweiterung kombinierbar, die als solche ausserhalb des bestehenden Volumens gilt.

Bei Wohngebäuden, die **vor 1972 erstellt**, aber erst **später zu nichtlandwirtschaft-**

lichen Wohnzwecken umgenutzt wurden, sehen die Erweiterungsmöglichkeiten eingeschränkter aus. Innerhalb des bestehenden Baukörpers gestalten sie sich gleich wie oben. Ausserhalb des bestehenden Bauvolumens werden Erweiterungen indessen nur bewilligt, wenn sie für eine zeitgemässe Wohnnutzung unumgänglich sind. Die bisherige Praxis versteht darunter die Ermöglichung von Garagen, sanitären Anlagen, Haustechnik u.ä., nicht aber eine Vergrösserung der Wohnflächen.

Auch bauliche Eingriffe bei einer Renovation sind darauf beschränkt, dass die bauliche Grundstruktur im Wesentlichen unverändert zu bleiben hat. Gemeint sind damit die statisch wichtigen Teile des Gebäudes – wie Tragkonstruktion, Fundamente, Böden, tragende Wände, Dachkonstruktionen. Diese müssen sich in brauchbarem Zustand befinden und dürfen nur zu einem kleinen Teil ersetzt werden. Welche Bauteile erneuert werden, legt das AREG im Baubewilligungsverfahren fest, wofür es einen detaillierten Baubeschrieb verlangt. Die statisch nicht wichtigen Bauteile können demgegenüber ersetzt werden.

Bei Bauten dieser Kategorie schliesst das Raumplanungsgesetz den Wiederaufbau aus. Eine Ausnahme hiervon bildet nur die Zerstörung durch höhere Gewalt (Brand, Sturm, Hochwasser usw.). Eine Reihe von Präzedenzfällen im Kanton St.Gallen befasste sich mit dem ersatzlosen Abbruch von Wohnhäusern, die ohne Bewilligung wiederaufgebaut statt nur saniert wurden. Das Bundesgericht bestätigte die jeweiligen Beseitigungsverfügungen. Der Abbruch ist deshalb unvermeidlich, wenn nicht wieder eine zonenkonforme Nutzung gefunden werden kann.

Aus nicht verständlichen Gründen hält sich dennoch da und

dort die Irrmeinung, dass bei altrechtlichen Bauten fast alles möglich sei, wenn man das Dach während der Bauphase abstütze und erst nach dem Wiederaufbau des Baukörpers ebenfalls ersetze. Massgebend ist hingegen nicht die Reihenfolge des Bauvorgangs, sondern das Ergebnis, das heisst ob die statisch wichtigen Bauteile nur im zulässigen geringen Umfang ersetzt wurden oder darüber hinaus.

Bei Bauten, welche **nach 1972 als landwirtschaftliche Wohnhäuser gebaut** und später zu nichtlandwirtschaftlichem Wohnen umgenutzt werden, sind die baulichen Möglichkeiten am geringsten. Sie reduzieren sich auf eine blosser Bestandesgarantie. Erweiterungen der Nutzflächen innerhalb wie ausserhalb der bestehenden Baukubatur werden nur zugelassen, wenn sie für eine zeitgemässe Wohnnutzung unumgänglich sind (siehe oben). Der gesamte vorhandene Baukörper kann jedoch ebenfalls in Nebennutzflächen umgenutzt werden. Die Renovation beschränkt sich auf den vorne beschriebenen Umfang und der Wiederaufbau ist ebenfalls ausgeschlossen (ausser bei Zerstörung durch höhere Gewalt).

Hobbymässige Tierhaltung
An Wohnhäuser angebaute und frei stehende ehemalige landwirtschaftliche Ökonomiegebäude können von Bewohnern einer nahe gelegenen Wohnbaute für die hobbymässige Tierhaltung genutzt und umgebaut werden. Eingriffe in die Bausubstanz sind begrenzt. Sie müssen ebenfalls die bauliche Grundstruktur im wesentlichen wahren (siehe oben). Neue Aussenanlagen sind zugelassen, soweit sie für eine tiergerechte Haltung notwendig sind (beispielsweise allwettertauglicher



Christoph Bernet
Rechtsanwalt
Fachanwalt SAV für Bau-
und Immobilienrecht
St.Gallen

Eine Reihe von Präzedenzfällen im Kanton St.Gallen befasste sich mit dem ersatzlosen Abbruch von Wohnhäusern, die ohne Bewilligung wieder aufgebaut statt nur saniert wurden.

THEMA

Auslauf, aber kein Reitsportplatz).

Altrechtliche gewerbliche Bauten und Anlagen

Im Gegensatz zu Wohnbauten können altrechtliche gewerbliche Bauten in ihrem Zweck vollständig geändert werden, wenn keine wesentlichen neuen Auswirkungen auf Raum und Umwelt entstehen (beispielsweise Umnutzung einer Schreinerei in Metallbaubetrieb). Erweiterungen der Nutzfläche sind ebenfalls im Rahmen von 30 Prozent und maximal 100 m² ausserhalb und 60 Prozent innerhalb des bestehenden Bauvolumens möglich. Die Schwelle von 100 m² kann durchbrochen werden, wenn die Erweiterung für die Fortführung des Betriebs erforderlich ist. Den Stichtag für den altrechtlichen zonenfremden Bestand bildet der 1. Juli 1980. Der Wiederaufbau ist erlaubt.

Weitere Möglichkeiten

Zweckänderungen von Bauten und Anlagen jeglicher Art sind zulässig, wenn dafür keine baulichen Massnahmen nötig werden und keinerlei neue Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt entstehen (beispielsweise Einstellen von Wohnwagen und anderen Geräten in nicht benötigter Scheune).

Geschützte Gebäude dürfen vollständig in ihrem Zweck geändert werden, wenn ihre dauernde Erhaltung nicht anders sichergestellt werden kann (beispielsweise Einbau von Wohnungen in ein Schloss, Umnutzung eines geschützten Schützenhauses).

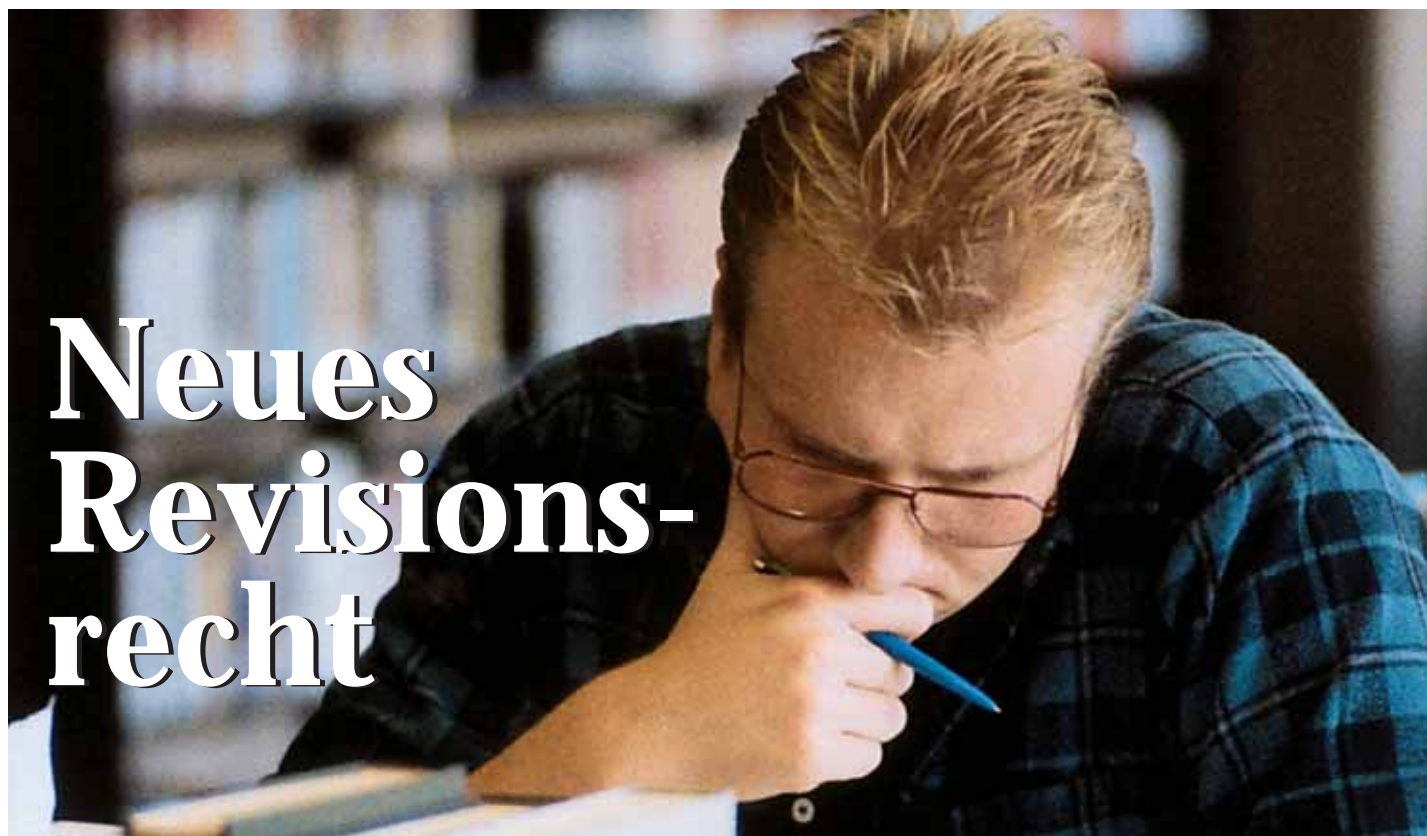
Eine **Sonderregelung** für Umnutzungen, die allerdings nicht ins Gewicht fällt, sieht das Raumplanungsrecht vor für im kantonalen Richtplan bezeichnete Streusiedlungsgebiete (bei-

spielsweise Toggenburg) oder Landschaften mit schützenswerter Bausubstanz (Grabserberg, Gebiet zwischen Stoos und Ruppen).

Standortgebundene Bauten und Anlagen

Eine besondere Art bilden die standortgebundenen Bauten und Anlagen. Sie werden bewilligt, wenn sie aus objektiven Gründen – beispielsweise technischer, betrieblicher oder topografischer Art – auf einen bestimmten Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen sind (zum Beispiel Bergbahnstationen, Skilifte, Wasserreservoirs, evtl. Mobilfunkantennen).

Ebenso als standortgebunden sind jene Bauten anerkannt, die wegen ihrer Immissionen in der Bauzone nicht sinnvoll betrieben werden können, wie beispielsweise eine Huskyzucht. ■



Neues Revisionsrecht

Neben rund 800 weiteren Bundeserlassen sind anfangs Jahr auch die Änderungen im Obligationenrecht vom 16. Dezember 2005 in Kraft getreten, welche zusammen mit dem Revisionsaufsichtsgesetz (RAG) die Revision grundlegend neu regeln. Nebst einer Vereinheitlichung der Revisionspflicht wollte der Gesetzgeber namentlich KMU entlasten und das Vertrauen in die Revision – je nach Sicht – verstärken beziehungsweise wieder herstellen.

Auswirkungen für Unternehmungen

Das neue Recht hat markante Auswirkungen sowohl für die betroffenen Unternehmungen als auch für Personen, die Revisionsdienstleistungen erbringen. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick und erklärt die verschiedenen Revisionsarten. Handlungsbedarf besteht in erster Linie für Unternehmungen, die neu einer Revision unterliegen und bisher keine Revisionsstelle hatten. Das neue Recht

bietet zudem vermehrt die Möglichkeit, die Revision den eigenen Kontrollbedürfnissen anzupassen und unter bestimmten Voraussetzungen auf die Revision ganz zu verzichten.

Überblick über das neue Revisionsrecht

Angleichung der Revisionspflicht

Im bisherigen Recht war die Frage der Revisionspflicht von der Rechtsform abhängig. Für eine AG galten daher grundsätz-

lich andere Bestimmungen als etwa für die GmbH oder die Genossenschaft. Neu verweist das Recht der GmbH, der Genossenschaft, aber auch des Vereins und der Stiftung auf die Bestimmungen im Aktienrecht (Art. 727 ff.). Die Revisionspflicht knüpft primär an die Grösse und wirtschaftliche Bedeutung einer Unternehmung an.

Heute unterliegen deshalb auch die GmbH (bisher fakultativ), die Stiftung (mit Ausnahme der Familien- und kirchlichen Stiftungen) und aus-

nahmsweise auch der Verein (bisher keine Regelung) der aktienrechtlichen Revision. Ungeachtet der gesetzgeberischen Zielsetzung einer «Vereinheitlichung der Revisionspflicht» bestehen diesbezüglich nach wie vor erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsformen. Von der Pflicht dispensiert sind namentlich Einzelunternehmungen, die Kollektiv- und die Kommanditgesell-

Die Revisionspflicht knüpft primär an die Grösse und wirtschaftliche Bedeutung einer Unternehmung an.

RECHT & UNTERNEHMUNG

schaft, und zwar unabhängig von ihrer Grösse. Auch Vereine unterliegen nach neuem Recht nur in Ausnahmefällen der Revisionspflicht. Insofern fand keine strikte Vereinheitlichung statt.

Entlastung für KMU?

Nicht nur die Frage der Revisionspflicht, auch die Art der Revision hängt nach neuem Recht hauptsächlich von der Grösse und der wirtschaftlichen Bedeutung der Unternehmung ab. Da Rechnungslegung und Revision auch immer mit Kosten verbunden sind, wollte man die verschärften Anforderungen des neuen Revisionsrechts nicht ohne Not allen revisionspflichtigen Unternehmungen aufbürden. Der Gesetzgeber hat eine pragmatische Lösung getroffen: Für Publikumsgesellschaften, Konzerne und volkswirtschaftlich bedeutende Unternehmungen gilt die ordentliche Revision,

für KMU die eingeschränkte Revision und bei Kleinstunternehmungen kann auf die Revision gar verzichtet werden. Ob die Neuordnung der Revision tatsächlich zu einer Entlastung der KMU führen wird, darf allerdings bezweifelt werden. Die eingeschränkte Revision entspricht nämlich im Wesentlichen dem bisherigen Revisionsstandard bei KMU, so dass nicht mit tieferen Kosten zu rechnen ist. Auch werden Kleinstunternehmungen nicht auf eine Revisionsstelle verzichten können, wenn ihre Kapitalgeber (namentlich Banken und Gesellschafter, die nicht in der Unternehmung tätig sind) auf einer Revision beharren. Treffender ist wohl die Aussage, dass das neue Revisionsrecht die KMU unter dem Strich nicht zusätzlich belasten wird.

Neue Anforderungen an Revisorinnen und Revisoren
Das Revisionsaufsichtsgesetz (RAG) regelt neu die Zulassung und Beaufsichtigung von Personen, die Revisionsdienstleistungen erbringen. Dies ist ein Wechsel vom Grundsatz der Selbstregulierung zum staatlichen Zulassungs- und Aufsichtssystem für Revisoren. Das RAG unterscheidet zwischen staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen (für die ordentliche Revision von Publikumsgesellschaften), zugelassenen Revisionsexperten (für die ordentliche Revision) und zugelassenen Revisoren (für die eingeschränkte Revision). Die Laienrevision ist nur noch bei der freiwilligen Revision zulässig. Das RAG definiert auch die unterschiedliche Anforderungen für die Zulassung in Bezug auf Ausbildung und Fachpraxis und es bestimmt sodann (zusammen mit dem Aktienrecht) den Grad der Unabhängigkeit der Revisionsstelle. So ist es bei der eingeschränkten Revision nach

wie vor denkbar, dass der Revisor an der Buchführung der zu prüfenden Gesellschaft mitwirkt, solange sich dieser im Ergebnis nicht selbst kontrolliert (Art. 729 OR). Hingegen werden für die ordentliche Revision neue, dem internationalen Standard angepasste Massstäbe gesetzt.

Revisionsarten

Ordentliche Revision und eingeschränkte Revision
Das neue Recht unterscheidet zwischen der ordentlichen Revision (Art. 727 OR) und der eingeschränkten Revision (Art. 727a OR). Der ordentlichen Revision unterliegen Publikumsgesellschaften, Konzerne und volkswirtschaftlich bedeutende Unternehmungen, das heisst Unternehmungen mit einer Bilanzsumme von mehr als CHF 10 Mio., einem Umsatzerlös von mehr als CHF 20 Mio. und mehr als 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt, sofern zwei dieser drei Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschritten werden. Von der ordentlichen Revision zwingend betroffen sind damit rund 6500 wirtschaftlich bedeutende Unternehmungen und Publikumsgesellschaften. In allen übrigen Fällen ist lediglich eine eingeschränkte Revision durchzuführen.

Die ordentliche Revision stellt im Vergleich zur eingeschränkten Revision («Review») höhere Anforderungen an den Revisor, an dessen Fachkompetenz und Unabhängigkeit. Jede Unternehmung, die der ordentlichen Revision unterliegt, wird daher zu prüfen haben, ob ihre heutige Revisionsstelle diesen Anforderungen genügt. Mit der ordentlichen Revision verbunden sind aber auch ein vertiefter Prüfungsumfang, eine umfassendere Berichterstattung und weitergehende Anzeigepflichten. Die Revisionsstelle hat unter anderem zu prüfen, ob ein Internes Kontrollsystem («IKS») besteht



und der Verwaltungsrat eine Risikobeurteilung vorgenommen hat. Für eine Unternehmung kann sich daher die Frage stellen, ob sie den zusätzlichen Aufwand einer ordentlichen Revision und die damit verbundenen Kosten freiwillig in Kauf nehmen soll, weil damit ein höherer Nutzen in Form einer besseren Kontrolle als bei der eingeschränkten Revision verbunden ist.

Opting-up

Die grosse Mehrheit der Unternehmungen unterliegt nach dem Gesagten lediglich der eingeschränkten Revision. Die ordentliche Revision muss allerdings auch dann vorgenommen werden, wenn die Statuten dies bestimmen, wenn die Generalversammlung dies beschliesst oder wenn Aktionäre, die 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, dies verlangen. Bei der GmbH kann jeder Gesellschafter, der einer Nachschusspflicht unterliegt, eine ordentliche Revision verlangen. Bei der Genossenschaft steht dieses Recht 10 Prozent der Genossenschafter zu oder Genossenschaftern, die 10 Prozent des Anteilscheinkapitals vertreten. Zudem kann jeder Genossenschafter, der einer persönlichen Haftung oder Nachschusspflicht unterliegt, eine ordentliche Revision verlangen. Derzeit ist völlig offen, ob die Praxis von diesem Upgrade Gebrauch machen wird.

Verzicht auf die eingeschränkte Revision (Opting-out)

Eine Gesellschaft kann auf die Revision ganz verzichten, wenn sie von Gesetzes wegen lediglich zur eingeschränkten Revision verpflichtet wäre, im Jahresdurchschnitt über nicht mehr als zehn Vollzeitstellen verfügt (massgeblich sind die Stellenprozente) und wenn alle Aktionäre dem Verzicht zustimmen (Art. 727a II OR). Bei der Stiftung kann nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde auf die

Revision verzichtet werden (Art. 83b ZGB). Der Verein kennt keinen Verzicht, weil er entweder der ordentlichen Revision unterliegt oder – im Normfall – keiner Revision bedarf. Eine Ausnahme gilt dort, wo ein haftungs- oder nachschusspflichtiges Vereinsmitglied die Revision verlangt. Diesfalls hat der Verein eine eingeschränkte Revision durchzuführen (Art. 69b ZGB). **Glaubt man den Statistiken, so könnten nach neuem Recht vier von fünf Unternehmungen auf eine Revisionsstelle verzichten.** Die Revisionsbranche ist deshalb bemüht, den Mehrwert ihrer Dienstleistungen auch für Kleinstunternehmungen anzupreisen. Das Opting-out dürfte dort eine echte Option sein, wo bereits heute keine Revisionsstelle obligat war, das heisst vor allem bei der GmbH. In Frage kommt der Verzicht auch bei einfachen Strukturen (Einmann-AG, Familienunternehmungen) und geringem Grad an Fremdfinanzierung.

Angepasste und freiwillige Revision (Opting-down/Opting-in)

Wo ein Verzicht auf die Revision zulässig ist, kann auch eine Revision durchgeführt werden, die nicht in allen Punkten den gesetzlichen Anforderungen von Art. 727 ff. OR entspricht (sogenanntes «Opting-down»). Die Anforderungen an Ausbildung und Fachpraxis gelten hier nicht, so dass auch eine Laienrevision zulässig wäre. Eine gewisse Unabhängigkeit der Revision wird jedoch auch hier verlangt. Wer die (freiwillige) Revisionsstelle ins Handelsregister eintragen will – etwa zur Erhöhung der Kreditwürdigkeit – muss allerdings zwingend eine ordentliche oder eingeschränkte Revision nach Gesetz durchführen (Art. 61 HRegV); ein Opting-down ist dann nicht mehr möglich. Eine Unternehmung, die grundsätzlich kei-

ner Revisionspflicht unterliegt, kann freiwillig eine (eingeschränkte oder ordentliche) Revision durchführen (sogenanntes «Opting-in»). So kann ein Verein in den Statuten bestimmen oder durch Vereinsbeschluss bewirken, dass eine Revisionsstelle eingesetzt wird.

Handlungsbedarf

Wahl einer Revisionsstelle Handlungsbedarf besteht vorab für all diejenigen Unternehmungen, die bisher keine Revision vorgesehen hatten und neu eine Revisionsstelle benötigen. Zu denken ist primär an die rund 80'000 GmbH, aber auch an Sportvereine und Wirtschaftsverbände, sofern sie die gesetzlichen Kriterien (siehe Ordentliche Revision und eingeschränkte Revision) überschreiten. Nachdem die Änderungen im Revisionsrecht am 1. Januar 2008 in Kraft getreten sind, haben diese Unternehmungen gemäss Mitteilung des Handelsregisteramtes St.Gallen **spätestens im zweiten Semester 2008** eine neue Revisionsstelle zu wählen und beim Handelsregister anzumelden.

Wechsel zur ordentlichen Revision (Opting-up)

Nach Art. 727 III OR können die Statuten vorsehen oder kann die Generalversammlung (GV) beschliessen, dass die Jahresrechnung ordentlich geprüft wird, auch wenn die Gesellschaft an sich nur der eingeschränkten Revision unterliegen würde. Jeder Aktionär (oder auch der Verwaltungsrat, dessen Mitglieder nach neuem Recht nicht mehr Aktionär zu sein brauchen) kann daher der GV einen Wechsel zur ordentlichen Revision **beantragen**. Dabei sind die gesetzlichen Frist- und Formvorschriften zu beachten (Art. 700 OR). Aktionäre, die mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, können einen



Dr. iur. Roberto Fornito
Rechtsanwalt
Staad

Glaubt man den Statistiken, so könnten nach neuem Recht vier von fünf Unternehmungen auf eine Revisionsstelle verzichten.

RECHT & UNTERNEHMUNG

Wechsel zur ordentlichen Revision bewirken, wenn sie dem Verwaltungsrat mindestens zehn Tage vor der ordentlichen GV einen entsprechenden Antrag stellen. Die GV muss dem Antrag entsprechen. Die Statuten können die gesetzlichen Rechte erweitern, nicht jedoch einschränken. Zulässig wäre etwa die Bestimmung, wonach der Verwaltungsrat eine ordentliche Revision anordnen kann, auch wenn grundsätzlich nur eine eingeschränkte Revision vorgesehen ist.

Verzicht auf die eingeschränkte Revision (Opting-out)
Unternehmungen, die berechtigt und gewillt sind, auf die eingeschränkte Revision zu verzichten, müssen den Verzicht (und gegebenenfalls die Löschung der bisherigen Revisionsstelle) dem Handelsregister anmelden. **Es genügt somit nicht, einfach keine Revisionsstelle (mehr) zu wählen.** Mit der Anmeldung ist eine Erklärung einzureichen, dass die Unternehmung die Voraussetzungen für einen Verzicht erfüllt (siehe Abschnitt «Verzicht auf die eingeschränkte Revision»). Der unterzeichneten Erklärung sind Kopien der massgeblichen aktuellen Unterlagen wie Erfolgsrechnungen, Bilanzen, Jahresberichte, Verzichtserklärungen oder Protokolle beizulegen. Die Erklärung kann bereits bei der Gesellschaftsgründung abgegeben werden (Art. 62

HRegV). Soweit erforderlich, sind zudem die Statuten anzupassen. Die Kompetenz dafür liegt hier ausnahmsweise beim Verwaltungsrat (Art. 727a V OR). Will der Verwaltungsrat auf die eingeschränkte Revision

Unternehmungen, die berechtigt und gewillt sind, auf die eingeschränkte Revision zu verzichten, müssen den Verzicht dem Handelsregister anmelden.

verzichten, so kann er die Aktionäre schriftlich um Zustimmung ersuchen. Er kann für die Beantwortung eine Frist von mindestens 20 Tagen ansetzen und darauf hinweisen, dass das Ausbleiben einer Antwort als Zustimmung gilt (Art. 727a III OR). Wurde auf die eingeschränkte Revision verzichtet, so gilt dieser Verzicht auch für die folgenden Jahre. Allerdings hat jeder Aktionär das Recht, spätestens zehn Tage vor der ordentlichen GV eine eingeschränkte Revision zu verlangen (Art. 727a IV OR). Die GV muss diesfalls wieder eine Revisionsstelle wählen.

Fazit

Das neue Revisionsrecht führt zu einer verstärkten Kontrolle von wirtschaftlich bedeutenden Unternehmungen und deren Revisoren. Damit wurde ein wesentliches Ziel der Reform umgesetzt. Eine strikte Vereinheitlichung der Revisionspflicht hat

nicht stattgefunden; sie wäre auch nicht erstrebenswert. Von einer Entlastung dürften die meisten KMU nichts spüren. Positiv zu vermerken ist immerhin, dass die neuen Gesetze die Mehrzahl der Unternehmungen im Ergebnis nicht zusätzlich belasten. Ungeachtet dessen sollte jede Unternehmung das neue Recht zum Anlass nehmen, den eigenen Bedarf an externer und interner Kontrolle zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen. Dort, wo die Statuten geändert werden müssen, sind bei Gelegenheit auch die weiteren Bestimmungen anzugleichen, nachdem am 1. Januar 2008 ja auch das neue GmbH-Recht und weitere Änderungen im Aktienrecht (Lockerung der Nationalitäts- und Wohnsitzerfordernisse, Abschaffung der Pflichtaktie, Firmenrecht usw.) in Kraft getreten sind. ■



Erlaubte und rechtswidrige Werbung

Der schmale Grat

Glauben Sie mir, glauben Sie nicht den anderen! Werbung ist in der Wirtschaftswelt eines der wichtigsten Mittel, sich von Konkurrenten abzugrenzen. Aber – und gerade deshalb – ist in der Werbung lange nicht alles erlaubt, was dem Werbenden gefallen würde. Wo die Grenzen zwischen erlaubter und rechtswidriger Werbung liegen, möchte der nachfolgende Beitrag aufzeigen.

Henry Ford soll einmal gesagt haben: «Ich weiss, die Hälfte meiner Werbung ist hinausgeworfenes Geld. Ich weiss nur nicht, welche Hälfte.» Dieser Ausspruch spiegelt eines der grossen Probleme der Werbung.

Oft ist der Erfolg einer Werbemaassnahme nur schwer zuzuordnen. Gleichzeitig muss sich Werbung natürlich lohnen für das werbende Unternehmen. Mit der Globalisierung sehen sich viele Unternehmen zudem

einem erhöhten Konkurrenzdruck ausgesetzt und es wird immer schwieriger, sich von den Konkurrenten abzuheben. Eine wichtige Möglichkeit, um sich im eigenen Markt erfolgreich zu positionieren, liegt in der Werbung. Oft stellt sich dann die Frage, welche Werbung noch erlaubt und möglich ist und was in diesem immer umkämpfteren Umfeld bereits gegen das Gesetz verstösst und wogegen sich ein Konkurrenzunternehmen wehren kann.

Grundsatz:
Wahrheit und Klarheit

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb unter-

RECHT & UNTERNEHMUNG

sagt jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst. Dieser oberste Grundsatz ist allerdings so weit gefasst, dass sogar Juristen Mühe haben, ihn auf einen konkreten Fall anzuwenden. Er wurde deshalb sowohl im Gesetz selbst durch besondere Tatbestände und zusätzlich in Lehre und Rechtsprechung konkretisiert.

Aus dem Grundsatz wird allgemein abgeleitet, dass Werbung dann nicht unlauter ist, wenn sie wahr und klar ist. Was heisst das? Wahr ist eine Werbebotschaft, wenn die enthaltenen Tatsachen objektiv richtig sind.

Werbung mit falschen Tatsachen ist immer unzulässig. Dagegen ist nicht jede Werbung zulässig, die mit richtigen Tatsachen wirbt. Denn

auch wahre Angaben über ein Produkt oder eine Dienstleistung können irreführend sein, wenn sie beim Empfänger der Werbebotschaft einen falschen Eindruck erwecken. Das hängt aber nicht alleine von der Botschaft ab, sondern auch von ihrem Empfänger. Wesentlich ist daher bei dieser Abwägung immer auch, wer der durchschnittliche Empfänger einer Werbebotschaft ist und ob er diese aufmerksam prüft oder eher unbewusst wahrnimmt. Bei Dingen des alltäglichen Bedarfs wird regelmässig davon ausgegangen, der Empfänger der Werbebotschaft sei ein durchschnittlicher schweizerischer Konsument, welcher der Werbung eher geringe Aufmerksamkeit entgegen bringt.

Ein Berner Kreisgericht hatte zu entscheiden, ob der Werbetext der Swisscom Fixnet «Die Auskunft hat eine neue Nummer: aus 111 wird 1811» unlauter sei. Das Gericht stellte zunächst fest, dass diese

Werbeaussage zwar wahr, jedoch unvollständig ist. Denn die Auskunftsnummer 111 wurde nicht nur durch 1811, sondern auch durch verschiedene andere Nummern 18xx von verschiedenen Konkurrenten ersetzt. Das Gericht verneinte trotzdem die Irreführung der Konsumenten und betrachtete die Werbung als rechtmässig. Die Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes könne als bekannt vorausgesetzt werden. Zudem sei in einem hart umkämpften Markt nicht zu erwarten, dass eine Konkurrentin mehr kommuniziert, als für die Positionierung ihres Produktes erforderlich ist. Wesentlich war auch, dass die Zuordnung des Werbetextes zum Unternehmen durch die grafische Gestaltung klar ersichtlich war.

Wahre Werbung kann also lauter sein, ist es aber nicht zwingend. Dagegen ist klare Werbung stets lauter. Damit ist also nicht die Wahrheit in der Werbung, sondern vielmehr die Klarheit oberste Forderung des Lauterkeitsrechts. Ob eine Werbebotschaft konkret klar und damit lauter sei, bestimmt sich wieder nach der Auffassung der Werbeeinnehmer. Werbung ist unklar, wenn die Gefahr besteht, dass zumindest ein Teil der angesprochenen Kreise damit irreführt wird. Ob die Werbung nach Ansicht des Werbenden klar ist oder nicht, spielt keine Rolle.

Diese Grundregeln zeigen die Schranken der zulässigen Werbung schon recht klar auf. Es stellen sich aber bei verschiedenen Formen der Werbung spezifische und zum Teil zusätzliche Fragen. Einige der gebräuchlichen Werbeformen sollen daher anschliessend etwas genauer betrachtet werden.

Werbung mit dem Preis

Das Lauterkeitsrecht verbietet unrichtige oder irreführende Angaben über die eigenen Preise ausdrücklich. Wird der Preis in der Werbung genannt, ist zusätzlich die Preisbekanntgabeverordnung anwendbar. Diese

schreibt insbesondere vor, dass aufgeführte Preise oder beziferte Hinweise auf Preisrahmen oder Preisgrenzen jeweils die tatsächlich zu bezahlenden Preise sein müssen. Es hat deutlich hervorgehoben, auf welche Ware und Verkaufseinheit oder auf welche Art, Einheit und Verrechnungssätze von Dienstleistungen sich der Preis bezieht.

Das Bundesgericht erklärte diese Grundsätze für verletzt durch einen Werbetext, der Fabrikpreise erwähnte, die teilweise bis zu 50 Prozent unter den Detailhandelspreisen liegen sollten, was aber aus den angegebenen Preisbeispielen nicht hervorging. Den Ausdruck «teilweise bis zu 50 Prozent günstiger als im Detailhandel» hielt das Bundesgericht für zu unbestimmt, weil damit riskiert werde, das Publikum zu täuschen. Zudem betraf der einzige vom Beschwerdeführer angegebene Vergleichsfall eine Decke, deren Preis um 36 Prozent unter dem Vergleichspreis lag. Ein konkretes Preisbeispiel, bei dem die Differenz von Vergleichspreis zu Fabrikpreis 50 Prozent betrug, war in der Werbung nicht erwähnt. Ein nur fiktiver Vergleichspreis ist aber weder in der Werbung, noch beim Verkauf zulässig.

Nicht beanstandet hat das Bundesgericht dagegen eine Werbekampagne, in der eine «Gratis-Kreditkarte» angepriesen wurde. Dies, obwohl auch diese Kreditkarte für Bargeldbezüge an Automat und Schalter sowie für Waren- und Dienstleistungskäufe im Ausland Kommissionen erhebt. Das Gericht hielt fest, dass die Bezeichnung für den häufigsten Gebrauchsfall einer Kreditkarte, nämlich den Einkauf von Waren und Dienstleistungen im Inland, zutrefte. Es sei dem Durchschnittskonsumenten wohl bekannt, dass er bei Bargeldbezügen oder bei Einkäufen im Ausland mit einer Gebühr zu rechnen habe. Aufgrund der Formulierung des Entscheids muss allerdings davon ausgegangen werden, dass hier die Möglichkeiten des Zulässigen ausgereizt wurden.

Das Lauterkeitsrecht verbietet unrichtige oder irreführende Angaben über die eigenen Preise ausdrücklich.

Werbung mit Superlativen

Sehr beliebt ist auch die Werbung mit Superlativen. Oft findet gar eine Kombination mit der Preiswerbung statt («Wir sind die Billigsten»). Die Werbung mit Superlativen ist eine vergleichende Werbung, bei der der Werbende seine Leistungen nicht nur mit denjenigen irgendeines Konkurrenten vergleicht, sondern mit den Leistungen der gesamten Konkurrenz. Vergleichende Werbung ist – entgegen landläufiger Meinung – in der Schweiz grundsätzlich zulässig. Wenn solche Werbung aber konkrete und objektiv überprüfbare Angaben enthält, so müssen diese wahr sein. Mit der Behauptung, einzigartig zu sein, ist also Vorsicht geboten. Wenn eine solche Aussage als Tatsachenbehauptung verstanden werden kann, muss sie objektiv überprüfbar und richtig sein. Ansonsten ist sie als unlauter zu qualifizieren. Das Handelsgericht Zürich erklärte deshalb den Satz «Denner immer am billigsten» für unlauter.

Zulässig ist Superlativ-Werbung, wenn sie nicht Tatsachen, sondern Werturteile, subjektive Willensäusserungen oder für den Adressaten erkennbare Übertreibungen verwendet, wie etwa «das beste vom Besten», «die schönsten Ferien», usw. Solche Aussagen können nicht überprüft werden, ob sie richtig oder falsch sind, weil ein objektiver Massstab fehlt.

Vergleichende Warentests und deren Verwendung

Vergleichende Warentests unabhängiger Institutionen sind zwar keine Werbung im engeren Sinne. Dennoch sind sie für das Unternehmen, dessen Produkt im Vergleichstest gut abschneidet, sehr wertvolle und effektive Werbung. Entsprechend wird die Testanlage solcher vergleichender Warentests von den betroffenen Unternehmen oft genau betrachtet. Das Lauterkeitsrecht stellt die An-

forderung, dass auch solche Veröffentlichungen weder unwahr noch täuschend sein dürfen. Auch darf über die getesteten Waren nicht unnötig herabsetzend berichtet werden.

Für wahr erachtete das Bundesgericht einen Warentest des «Kassensturzes», bei dem Handcremes auf unerwünschte Inhaltsstoffe untersucht wurden. Der «Kassensturz» hatte die unerwünschten Inhaltsstoffe als Schadstoffe bezeichnet. Von einem Hersteller wurde in Abrede gestellt, dass die fraglichen Inhaltsstoffe tatsächlich schädlich seien. Das Bundesgericht wies die Klage ab, weil für zwei der drei Substanzen gesetzliche Grenzwerte bestanden. Die Schädlichkeit einer Substanz sei bei Bestehen eines solchen Grenzwertes ohne weiteres anzunehmen. Für die dritte getestete Substanz bestand zwar kein Grenzwert, jedoch war bei hinreichender Aufmerksamkeit aus dem Bericht ersichtlich, dass ein Grenzwert für diese Substanz nicht mehr besteht. Das Gericht ging davon aus, dass der durchschnittliche «Kassensturz»-Zuschauer beziehungsweise «Saldo»-Leser so aufmerksam ist und erachtete den Test als rechtskonform.

Auch beim Warentest gilt, dass ein wahrer Vergleich dennoch täuschend sein kann, wenn er etwa ungenaue, unwesentliche oder unvollständige Angaben enthält und so die Gefahr besteht, dass beim Publikum falsche Vorstellungen hervorgehoben werden. Diese Gefahr besteht insbesondere, wenn unwesentliche Vergleichsfaktoren herangezogen, wesentliche Tatsachen dagegen verschwiegen werden. Es ist aber nicht notwendig, dass ein Vergleich alle denkbaren Vergleichskriterien einbezieht, solange die Vergleichsgrundlagen offengelegt werden. Der Vergleich darf auch nicht einzelne Anbieter oder deren Produkte unnötig herabsetzen, etwa durch eine unnötige, verletzende Äusserung. Schliesslich, und das scheint

selbstverständlich, darf nur wirklich Vergleichbares miteinander verglichen werden.

Als zulässig erachtete das Bezirksgericht Zürich einen Test in einer Zeitschrift, bei dem der Preis von 40 Produkten unter verschiedenen Anbietern miteinander verglichen wurde. Zwar beschränkte sich der Test nur auf einzelne Kriterien. Diese Beschränkung ging aber genügend deutlich aus dem Text hervor. Insbesondere wurde klar kommuniziert, dass Preise von Waren bei derselben Quantität verglichen werden, ohne Rücksicht auf Herkunft und Qualität. Auch dass der Preisvergleich im Test eine gewisse Herabsetzung einzelner getesteter Unternehmen mit sich brachte, machte den Test nicht unlauter. Eine verbotene unnötige Herabsetzung wäre gemäss Bezirksgericht Zürich nur dann vorgelegen, wenn der Test unsachlich oder unverhältnismässig gewesen wäre, oder wenn einzelne Wettbewerbsteilnehmer unnötigerweise angegriffen worden wären.

Benützung eines Warentests in der Werbung

Hat ein Unternehmen in einem Warentest gut abgeschnitten, ist es verlockend, diesen Test selbst für die eigene Werbung zu benutzen. Aber auch diese Nutzung ist nicht ohne Beschränkung zulässig. Es liegt auf der Hand, dass in einem solchen Fall für den werbenden Konkurrenten die Gefahren der Irreführung ebenso gross wie die Aussichten verlockend sind. Das Bundesgericht fordert darum die zurückhaltende und objektive Verwendung von Vergleichstests Dritter in der eigenen Werbung. Insbesondere soll nicht nur ein Teil des Tests zitiert werden oder sollen Teile davon aus dem Zusammenhang gerissen werden. Besonders heikel ist es, dem Test einen eigenen Kommentar beizufügen.

Ein Optikgeschäft hatte in der eigenen Werbung die Ergebnisse eines



lic. iur. Thomas Mayer
Rechtsanwalt
St. Gallen

Vergleichende Werbung ist – entgegen landläufiger Meinung – in der Schweiz grundsätzlich zulässig.

RECHT & UNTERNEHMUNG

Auch beim Warentest gilt, dass ein wahrer Vergleich dennoch täuschend sein kann, wenn er etwa ungenaue, unwesentliche oder unvollständige Angaben enthält.

neutral durchgeführten Vergleichstests nur teilweise und in anderer Aufmachung wiedergegeben. Zudem hatte es die Testresultate mit einem eigenen Kommentar versehen, in dem es sich als Marktleader und als billigster Anbieter im Optikbereich bezeichnete, was in dieser Allgemeinheit aus dem Test nicht hervorging. Das Bundesgericht erklärte diese Werbung in verschiedener Hinsicht für unlauter. Weder die verkürzte und geänderte Wiedergabe des Tests noch der beigefügte eigene Kommentar hielten der bundesgerichtlichen Prüfung stand.

Rechtsdurchsetzung

Wer durch unlautere Werbung eines Dritten bedroht oder verletzt wird, hat verschiedene Möglichkeiten: Er kann nicht nur beantragen, eine drohende oder bestehende Verletzung zu

verboten beziehungsweise zu beseitigen. Auch die öffentliche Berichtigung oder die Veröffentlichung des Urteils sind möglich, ebenso wie die Klage auf Schadenersatz und Genugtuung, allenfalls sogar die Herausgabe des unlauter erzielten Gewinnes. Die Anforderungen an das zu stellende Rechtsbegehren sind allerdings hoch. Ein allgemein formuliertes Rechtsbegehren, das es dem Gericht überlässt, etwa die monierte unlautere Handlung genau zu definieren und für den Betroffenen darauf bezogene Verhaltensregeln aufzustellen, genügt nicht. Zusammen mit den Schwierigkeiten, die sich auch in der Sache selbst stellen, erreichen Fälle der unlauteren Werbung oft einen Komplexitätsgrad, der den Einbezug eines spezialisierten Rechtsanwalts unerlässlich macht.

Zusammenfassung

Nach den Vorschriften des Lauterkeitsrechts muss Werbung klar sein. Wird mit Tatsachen geworben, haben diese zudem richtig zu sein. Die aus diesem Grundsatz fließenden konkreten Anforderungen, die lautere Werbung zu erfüllen hat, hängen im Einzelfall von der Art der Werbung ab. Für bestimmte Arten der Werbung definiert das Lauterkeitsrecht zusätzliche Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen. Ob eine Werbung aber klar und wahr ist und auch allfälligen weiteren Voraussetzungen genügt, bestimmt sich nach dem Eindruck des Publikums. Weder das Empfinden des Werbenden, noch dasjenige seiner Konkurrenten sind bei der rechtlichen Beurteilung relevant. ■



Kindsvvertretung im Scheidungsverfahren

Schattendasein oder Lichtblick?

Nach einer Einleitung zu Entstehung und Inhalt der gesetzlichen Regelung des sogenannten «Kindesanwalts» und seinen Aufgaben im Verfahren der Eltern zeigen zwei unterschiedliche Fallbeispiele aus der Gerichtspraxis mögliche Chancen und Gewinne, aber auch Risiken für das Kind auf. Die erfolgreiche Kindesvertretung ist anspruchsvoll und erfordert die Bereitschaft der Vertreterin oder des Vertreters, das Verfahren kinderverträglich mitzugestalten.

Seit wann gibt es in der Schweiz die Möglichkeit, für ein Kind im Verfahren der Eltern einen eigenen Vertreter zu verlangen? Was wird vorausgesetzt, damit die im

Gesetz genannten «wichtigen Gründe» vorliegen, um einem Kind einen Prozessbeistand zu bestellen?

Jedes Jahr sind in der Schweiz über zehntausend unmündige

Kinder von der Scheidung ihrer Eltern unmittelbar betroffen. Seit der Einführung des neuen Scheidungsrechts im Jahr 2000 sind die Rechte der Kinder in diesem Verfahren der Eltern im

Die Urteilsfähigkeit des Kindes ist im allgemeinen spätestens mit dem vollendeten zwölften Altersjahr zu bejahen.

Gesetz ausdrücklich geregelt. Die schweizerische Gesetzgebung setzte damit eine wichtige Bestimmung der UN-Kinderrechtskonvention im Familienrecht um. Dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, kommt das Recht zu, diese Meinung in allen es berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, indem es unmittelbar oder durch einen Vertreter angehört wird (Art. 12 UN-KRK). Die persönliche Anhörung des Kindes im Gericht sowie die Möglichkeit, dem Kind eine eigenständige Vertretung zu bestellen, stärken seine verfahrensrechtliche Stellung und verhindern, dass das Kind zum Objekt herabgewürdigt wird. Der unmündige Mensch wird, soweit das mit den Mitteln des Rechts möglich ist, im Verfahren ernst genommen.

Unterschiedliche Anträge der Eltern über das Sorgerecht für die Kinder stellen den häufigsten Anwendungsfall dar. Das Gericht hat dann zu prüfen, ob dem Kind ein Prozessbeistand beizugeben sei. Auch intensive Konflikte über den persönlichen Verkehr können einen Grund für die Kindesvertretung bedeuten, beispielsweise, wenn ein Elternteil beantragt, das Besuchsrecht sei zu verweigern, zu entziehen oder weit unter das übliche Mass einzuschränken. Ein ebenso wichtiges Anwendungsbeispiel können erhebliche Zweifel der Familienrichterin über die Wahrung des Kindeswohls in einem gemeinsamen Antrag der Eltern sein. Erfährt die Vormundschaftsbehörde, dass ein Kind im Verfahren der Eltern gefährdet ist, kann auch sie beim Gericht einen Antrag stellen, dem Kind eine Vertreterin zu bestellen. Der einzige Grund, der nicht nur eine Prüfungspflicht des Gerichts nach sich zieht, sondern zwingend die Anordnung eines Prozessbeistands erfordert, ist der eigene Antrag des urteilsfähigen Kindes. Ur-

teilsfähigkeit ist im allgemeinen spätestens mit dem vollendeten zwölften Altersjahr zu bejahen.

Was ist die Aufgabe der Kindesvertretung?

Die Kindesvertreterin hat die Aufgabe, für das Kind zu handeln, an seiner Stelle Erklärungen abzugeben und Rechtsmittel zu ergreifen, soweit es um die Zuteilung der elterlichen Sorge, die Grundzüge des persönlichen Verkehrs oder den Kinderschutz geht. Sie begleitet das Kind, übersetzt seinen Willen und verstärkt seine Stimme. Freilich kann sie das dem Kind nur anbieten und nicht aufdrängen. Unter Umständen beschränkt sich die Tätigkeit auf eine angemessene Information des Kindes, eine Kontrolle des Verfahrens und eine behutsame Vermittlung. Dabei gilt es, zu den Eltern gleichmässige Distanz zu halten (BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, 259). Eingesetzt wird die Kindesvertretung auf Anordnung des Gerichts von der Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Kindes. Sie hat eine in fürsorglichen und rechtlichen Fragen erfahrene Person zu bezeichnen (Art. 147 ZGB).

Fallbeispiel

Das Gericht ordnet keine Kindesvertretung an, weil sie den Kindern offensichtlich nicht dient

In einem Sorgerechtsstreit zwischen den Eltern hörte das Gericht die beiden Kinder im Grundschulalter zweimal an. Diese befanden sich offensichtlich in einem Loyalitätskonflikt und äusserten sich nicht dazu, bei welchem Elternteil sie sich künftig aufhalten möchten. Das erstinstanzliche Gericht lehnte den Antrag des Vaters auf Einsetzung eines Kindesvertreters mit der Begründung ab, das Kindeswohl sei nicht gefährdet und die bereits tätig gewordene Beistandin zur Überwachung des persönlichen Verkehrs erfülle

ihre Aufgabe gut. Im Massnahmeverfahren hörte das Obergericht die Kinder erneut an. Das ältere gab deutlich zu verstehen, es wünsche, in Ruhe gelassen zu werden und wünsche keine weitere Einmischung durch Drittpersonen. Im weit fortgeschrittenen Verfahren war es im Interesse der Kinder, mit dem Entscheid des Gerichts möglichst rasch Gewissheit zu schaffen. Die Zuteilung der Kinder an die Mutter durch das Scheidungsgericht akzeptierte der Vater nicht und verlangte vor Obergericht erneut eine Kindesvertretung. Auch das Obergericht lehnte sein Begehren ab. Sein Motiv, die Frage der Kinderzuteilung zu seinen Gunsten zu beeinflussen, diene primär der Verfolgung seiner eigenen Wünsche und Ziele. Er habe bereits dreimal Rechtsmittel ergriffen, denen allesamt kein Erfolg beschieden war. Dadurch sei das Verfahren in die Länge gezogen worden. Der Wille des Kindes, in Ruhe gelassen zu werden, sei zu respektieren. Mit den dreimaligen richterlichen Kinderanhörungen und der Beistandschaft zur Überwachung des Besuchsrechts sei die Persönlichkeit des Kindes hinreichend respektiert worden. Eine Gefährdung der gesunden und sozial gut integrierten Kinder sei nicht ersichtlich.

Das Gericht hat auf Antrag eines Elternteils zu prüfen, ob eine Kindesvertretung zu bestellen sei. Gegen den ausdrücklichen Willen des Kindes macht seine Vertretung keinen Sinn und würde seine Persönlichkeitsrechte missachten. Eine Kindesvertretung muss dem Kind dienen und kann nicht angeordnet werden, um aussichtslose Ziele eines Elternteils weiter zu verfolgen und den Prozess zu verschleppen. Im Übrigen könnte ein Prozessbeistand wohl kaum das Vertrauen von Kindern gewinnen, die nichts anderes mehr wollen, als in Ruhe gelassen zu werden.

Fallbeispiel

Das urteilsfähige Kind verlangt selbst eine Kindesvertretung

Die Eheleute haben eine zwölfjährige Tochter und einen neunjährigen Sohn. Die Mutter zog mit den beiden Kindern an einen sechzig Kilometer entfernten Wohnort zu ihrem neuen Partner. Der Eheschutzrichter ordnete das Getrenntleben, hörte die Kinder an und gab beide in die Obhut der Mutter. Gegen diesen Entscheid erhob der Vater Rekurs an das Kantonsgericht und beantragte die Zuteilung der Kinder an sich. Das zwölfjährige Mädchen schrieb dem Gericht daraufhin einen persönlichen Brief und verlangte für sich einen Kindesanwalt. Das Gericht hörte es dazu an und kam zum Schluss, dass es urteilsfähig sei, womit zwingend ein Prozessbeistand eingesetzt werden müsse. Es hörte darauf auch das jüngere Kind an, um zu prüfen, ob sich die Interessen der Geschwister widersprechen, was Anlass gegeben hätte, beiden Kindern einen eigenen Prozessbeistand zu bestellen. Das traf jedoch offensichtlich nicht zu. Kurz darauf wandte sich das Mädchen wieder an das Gericht und verlangte eine bestimmte Rechtsanwältin als ihre Kindesvertreterin. Sie habe bereits mit ihr Kontakt aufgenommen. Mit dem Einverständnis beider Eltern beantragte das Gericht der Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz der Kinder, es sei eine Kindesvertretung anzuordnen. Das Gericht teilte der einsetzenden Behörde auch mit, dass

die beiden Kinder zu einer bestimmten Vertreterin bereits Vertrauen gefasst hätten, worauf die Vormund-

schaftsbehörde bei der Wahl den Wunsch der Kinder ernst nahm. Die Kindesvertreterin führte zwei Gespräche mit den Kindern und teilte dem Gericht de-

ren klaren Willen mit, vorläufig als Geschwister zusammen zu sein und unter der Woche bei der Mutter zu bleiben, dem Vater aber häufiger als bisher an Wochenenden, spontan ab und zu an einem freien Mittwochnachmittag und während mehr Schulferienwochen zu begegnen. Die Kindesvertreterin verfasste daraufhin keine schriftliche Eingabe, sondern eröffnete den Eltern in einer Gesprächsrunde im Gericht in einfühlsamer und überzeugender Art und Weise den wirklichen Willen der Kinder. Das bewog die Eltern zum Umdenken und sie schlossen sogleich eine Vereinbarung. Sie wollten nun die Obhut und Verantwortung für die beiden Kinder gemeinsam ausüben. Dabei sahen sie vor, dass die Kinder bei der Mutter wohnen, den Vater aber häufiger besuchen. Die Kindesvertreterin besprach die Vereinbarung der Eltern mit den Kindern und diese gaben ihr ausdrückliches Einverständnis.

In welcher Konstellation kann eine Kindesvertretung zu einem Gewinn für das Kind führen? Wo liegen die Gefahren? Worauf hat eine Kindesvertretung besonders zu achten, damit sie ihre Aufgabe erfüllen kann?

Verlangt ein urteilsfähiges Kind von sich aus eine Vertretung, verfügt das Gericht über kein Ermessen. Es sollte das Kind immerhin darüber informieren, dass der Beizug eines Kindesanwalts eine gewisse Zeit braucht,

weil zuerst einmal der Umweg über die einsetzende Vormundschaftsbehörde zu beschreiten ist und das Kind

vielleicht nicht von heute auf morgen Vertrauen zu seinem Vertreter fassen kann. Positiv für den weiteren Verlauf wirkt sich die Zustimmung der Eltern

zu einer Kindesvertretung aus, erst recht, wenn sie mit einer bestimmten Person einverstanden sind. Auch ein urteilsfähiges Kind wird nämlich kaum gegen den Willen der Eltern im Verfahren agieren. Es ist immer auf ihre Anerkennung angewiesen und kann seinen wirklichen Willen wohl nur dann wirklich ausdrücken, wenn es sich sicher ist, die Zuneigung der Eltern nicht zu verlieren. Setzt eine Vertreterin ihre Zeit vorwiegend für persönliche Gespräche mit einem Kind ein, eröffnet sie den Kinderstandpunkt mündlich den Eltern und versucht zu vermitteln, so setzt sie die Schwerpunkte kindergerecht, weil unmittelbare Kontakte dem Kind angepasst sind. Sie dient letztlich der ganzen Familie, weil sie auch den Eltern die Augen für den wirklichen Kinderwillen auf diese Art und Weise eher zu öffnen vermag als mit einer schriftlichen Eingabe an die Elternvertreter. Ein weiterer Vorteil der unmittelbaren Verfahrensführung sind die niedrigeren Kosten, weil der Zeitaufwand für die Kindesvertretung optimiert wird.

Eine Kindesvertreterin wird beim kleinen Kind oft nur auf Antrag eines Elternteils eingesetzt. Der andere wehrt sich vielleicht mehr oder weniger ausdrücklich dagegen, nicht selten derjenige, der das Kind bei sich in Obhut hat und befürchtet, etwas zu verlieren. Das sind negative Vorzeichen, weil der Vertretung erschwert oder verunmöglicht werden könnte, mit dem Kind persönlichen und unbeschwernten Kontakt aufzunehmen. Diese Auseinandersetzung um unbeeinflusste Kontakte der Vertreterin mit dem Kind kann den Elternkonflikt erst recht anheizen. Gelingt es aber, beide Eltern davon zu überzeugen, dass ihrem nicht urteilsfähigen Kind eine unabhängige Person nützen kann, so spricht auch hier vieles dafür, dass dadurch eine



Ruth Belz
Gerichtsschreiberin in
der Familienrechtskammer
des Kantonsgerichts
St.Gallen

Das Gericht hat auf Antrag eines Elternteils zu prüfen, ob eine Kindesvertretung zu bestellen sei.

RECHT & PRIVAT

Entlastung für alle Beteiligten zu erhoffen ist.

Ein Kindesanwalt kann im Verfahren der Eltern für das Kind *und* die Eltern ein Gewinn sein, wenn er über seinen Einsatz einen Konsens erzielen kann, dem Kind persönlich und mehr als einmal verständnisvoll zuhört, um seinen wirklichen Willen zu ergründen und ein fortlaufendes Bild von seinem Befinden zu erhalten, wenn er das Kind in einfachen Worten über das Verfahren und seine Stellung aufklärt, den Eltern den Kinderwillen wiedergibt, soweit das Kind in seinem Empfinden für die familiäre Zukunft das überhaupt möchte, wenn er in der Lage ist, auf seinen kleinen Mandanten mit dem kindlichen Zeitverständnis zu achten und das Verfahren zügig voranzutreiben, wenn er vor allem auch Kinder nicht nur wirklich verstehen möchte, sondern auch

gern hat, dann kann ein Engagement als Kindesvertreter eine äusserst wertvolle Sache sein. Ist ein Familienkonflikt stark eskaliert, kann die Aufgabe der Kindesvertreterin zeitintensiv und schwierig sein, weil sie viel Verhandlungsgeschick benötigt und unter Umständen versuchen muss, zwischen den Beteiligten zuerst Brücken zu schlagen, um ihre Funktion auszuüben. Im Hinblick auf soziale und psychische Langzeitfolgen für die Kinder, wie beispielsweise ein Kontaktabbruch zu einem Elternteil, ist eine Kindesvertretung in solchen Familien zumindest einen Versuch wert. Man könnte sich fragen, ob die Kinder im Verfahren der Eltern nicht das Recht hätten, über ihre prozessualen Möglichkeiten aufgeklärt zu werden und Anwältinnen und Anwälte, welche Kinder vertreten, nicht regelmässigen Austausch und

Weiterbildung in Anspruch zu nehmen hätten. Das Kantonsgericht bot vor einigen Jahren eine eineinhalb Tage dauernde Weiterbildung mit Fachleuten an, welche von Personen der Amtsvormundschaften, aber auch der Anwaltschaft rege besucht wurden. Die Gerichte machen bisher zurückhaltend von der Prozessbeistandschaft für Kinder Gebrauch. Das mag damit zusammen hängen, dass die Kinder im Kanton St.Gallen konsequent angehört werden und eine vermittelnde Tätigkeit vieler Familienrichter hier selbstverständlich ist. Es ist aber auch Sache der Anwaltschaft, nach aussen erkennbar zu machen, wer sich eine Kindesvertretung als Tätigkeit zutraut. ■



Fallstricke im Versicherungsvertrags- gesetz

Mit Wirkung per 1. Januar 2006 sind einige wesentliche Änderungen des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) in Kraft getreten. Es handelt sich um die Bestimmungen betreffend Anzeigepflichten des Versicherten, Beendigung des Versicherungsvertrags bei Handänderung des versicherten Gegenstandes beziehungsweise Konkurs des Versicherungsnehmers sowie betreffend Informationspflichten des Versicherers. Letztere Bestimmungen sind mit Wirkung per 1. Januar 2007 in Kraft getreten. Nachstehend sollen einige Besonderheiten der Gesetzesrevision dargestellt werden.

Anzeigepflichtverletzung

Regelung bis

31. Dezember 2005

Nach aArt. 6 VVG konnte der Versicherer binnen vier Wochen (nachdem er von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hatte) vom Versicherungsvertrag zurücktreten und war an den Vertrag nicht gebunden,

wenn der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahratsache (in der Personenversicherung: zum Beispiel Herzbeschwerden, Alkoholproblematik, Rückenprobleme, Hepatitis, usw.; in der Hausratversicherung: Vorschäden durch Einbruchdiebstähle, usw.; in der Motorfahrzeugver-

sicherung: Führerausweisentzug, Vorunfälle, usw.), die er kannte oder kennen musste, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hatte. Diese Bestimmung kam in der Regel beim Eintritt des Versicherungsfalles zum Tragen, wenn der Versicherer aufgrund der im Schadenfall getätigten Sachverhaltsabklä-

rungen Abweichungen mit den Angaben im Antragsformular feststellte. Dabei war es unerheblich, ob die unrichtig beantwortete Frage einen Zusammenhang mit dem im Versicherungsfall eingetretenen Risiko hatte oder nicht.

Beispiel

Wenn ein Versicherter an Krebs erkrankte und ihm deshalb die Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht mehr möglich war, konnte der Versicherer vom Versicherungsvertrag zurücktreten und die Leistungen (zum Beispiel für Erwerbsunfähigkeit) verweigern, wenn der Versicherte im Antragsformular bewusst oder unbewusst eine Hüftgelenksarthrose nicht angegeben hatte.

Regelung ab 1. Januar 2006

Wie bisher ist der Versicherer berechtigt, den Vertrag durch schriftliche Erklärung zu kündigen, wenn der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrtatsache, die er kannte oder kennen musste, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat. Wird der Vertrag wegen Anzeigepflichtverletzung aufgelöst, ist der Versicherer nach der neuen Regelung seit 1. Januar 2006 jedoch nur dann von seiner Leistungspflicht befreit, wenn der **Eintritt oder das Ausmass des Schadens durch die nicht oder nicht korrekt angezeigte Gefahrtatsache beeinflusst wurde**. Somit bleibt die Leistungspflicht des Versicherers bestehen, wenn die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrtatsache keinen Einfluss auf den Eintritt des Schadenfalls und den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers hat.

Beispiel

Im vorstehend erwähnten Beispiel könnte der Versicherer nun zwar (für die Zukunft) vom

Versicherungsvertrag zurücktreten, wäre jedoch für den Versicherungsfall gleichwohl leistungspflichtig.

Empfehlung

Wie bisher sind die Fragen im Antragsformular wahrheitsgetreu und vollständig auszufüllen. Dies gilt auch dann, wenn eine Frage unklar ist. Bei unklaren Fragen ist beim Versicherer nachzufragen, um eine mögliche Überraschung im Leistungsfall zu vermeiden.

Handänderung des Gegenstandes des Versicherungsvertrags

Regelung bis

31. Dezember 2005

Nach aArt. 54 VVG gingen die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag auf den Erwerber über, wenn der Gegenstand des Versicherungsvertrags (zum Beispiel Motorfahrzeug, Hausrat, Segelschiff, usw.) den Eigentümer wechselte. Sowohl dem Versicherer als auch dem Erwerber stand die Möglichkeit offen, innerhalb von 14 Tagen seit der Eigentumsübertragung vom Versicherungsvertrag zurückzutreten beziehungsweise den Übergang des Versicherungsvertrags abzulehnen.

Beispiel

Herr Müller schenkt sein Vollkasko versichertes Fahrzeug (das heisst auch gegen Sachbeschädigung durch Aufprall, usw.) seiner Tochter Brigitte. Diese verursacht acht Tage nach dem Eigentumsübergang einen Selbstunfall und fährt das Auto zu Schrott. Das Auto ist versichert und der Versicherer hat die vertraglich vereinbarte Versicherungssumme zu bezahlen.

Regelung ab 1. Januar 2006

Beendigung des Versicherungsvertrages bei Handänderung als Regel

Seit 1. Januar 2006 bestimmt Art. 54 VVG, dass der Versicherungsvertrag zum Zeitpunkt der

Handänderung endet, wenn der Gegenstand des Versicherungsvertrags den Eigentümer wechselt.

Beispiel

Beim selben Sachverhalt wie vorstehend beschrieben (Regelung bis 31. Dezember 2005), ist nach der neuen Regelung das Auto nicht mehr versichert, da der Vollkaskoversicherungsvertrag nicht auf die Tochter übergegangen ist.

Anwendungsbereich der Neuregelung

Während das VVG zwischen Schadens- und Personenversicherung unterscheidet, wird in der Versicherungsbranche zwischen Sach-, Vermögens- und Personenversicherung unterschieden. Der Anwendungsbereich von Art. 54 VVG ist nicht auf die Sachversicherung beschränkt, sondern umfasst teilweise auch Vermögensversicherungen.

Begriff der Handänderung

Unter Handänderung ist jeder Eigentumsübergang am versicherten Gegenstand zu verstehen, wobei es unerheblich ist, aus welchem Rechtsgrund (Kauf, Tausch, Schenkung, Erbgang, gesellschaftsrechtliche Vorgänge, Versteigerung, Enteignung, Konfiskation, Sicherungsübergang) der Eigentumsübergang stattfindet. Der umfassende Begriff der Handänderung bringt es mit sich, dass bei sämtlichen Handänderungen stets der Versicherungsschutz überprüft werden muss.

Handlungsbedarf im Vorfeld eines planbaren Eigentumsüberganges

Im Falle eines planbaren Eigentumsüberganges wie Kauf, Tausch, Schenkung, gesellschaftsrechtliche Vorgänge (Fusion, Abspaltung, Einbringung von Sachwerten) ist ein neuer Versicherungsvertrag abzuschliessen beziehungsweise sind

Bei unklaren Fragen ist beim Versicherer nachzufragen, um eine mögliche Überraschung im Leistungsfall zu vermeiden.

die neuen Vermögenswerte in einen allenfalls bereits bestehenden Versicherungsvertrag aufzunehmen. Sinnvollerweise ist vom Versicherer eine sogenannte provisorische Deckungszusage zu verlangen, damit zwischen Eigentumsübergang und Ausstellung beziehungsweise Anpassung der Versicherungspolice keine Deckungslücke besteht.

Handlungsbedarf in einem Todesfall

Geht in einem Todesfall die Gesamtheit der versicherten Sachen auf die Erbengemeinschaft über, fällt der Versicherungsvertrag dahin (Beispiel: alleinstehende Person verstirbt).

Beispiel

Der (alleinstehende) Grossvater Huber leiht seiner Enkelin Myrjam sein Vollkasko versichertes Auto während der Sommerferien aus. Während der Ferien stirbt der Grossvater. Auf dem Weg zur Beerdigung des Grossvaters fährt die emotional aufgewühlte Enkelin den Wagen zu Schrott. Das Fahrzeug ist im Unfallzeitpunkt nicht mehr Vollkasko versichert, weshalb der Versicherer keine Leistungen zu erbringen hat. Auch aufgrund dieser in der Konsequenz wohl unglücklichen Neuregelung empfiehlt sich der Abschluss einer sogenannten «Ferienkasko-Versicherung».

Geht demgegenüber nicht die Gesamtheit der versicherten Sachen auf die Erbengemeinschaft über, wie dies namentlich im Falle des Versterbens eines der Ehegatten der Fall ist, scheiden die im Vermögen des Erblassers stehenden Gegenstände aus dem Versicherungsvertrag aus. Die Versicherungsdeckung besteht weiterhin für die im Eigentum des überlebenden Ehegatten stehenden Vermögenswerte. Aufgrund der für alle Güterstände geltenden Miteigentumsvermutung der Ehegatten hat

dies im Ergebnis zur Folge, dass in aller Regel sehr oft nicht klar ist, ob Versicherungsschutz besteht oder nicht. Aufgrund der neuen gesetzlichen Regelungen hat ein Teil der Versicherer die allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) angepasst und sieht eine 30-tägige Nachdeckungsfrist vor. Zur Klärung der Versicherungssituation empfiehlt es sich mit dem Versicherer Kontakt aufzunehmen und im Falle einer fehlenden Versicherungsdeckung vorab eine provisorische Deckungszusage zu verlangen. Anschliessend ist der Versicherungsschutz zu überprüfen.

Motorfahrzeughaftpflichtversicherung als Ausnahme

Nach Art. 67 Strassenverkehrsgesetz (SVG) gehen beim Halterwechsel die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag (aus der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung) auf den neuen Halter über. Wird der neue Fahrzeugausweis aufgrund einer andern Haftpflichtversicherung ausgestellt, so erlischt der alte Vertrag. Der bisherige Versicherer ist berechtigt, innert 14 Tagen, seitdem er vom Halterwechsel Kenntnis erhalten hat, vom Vertrag zurückzutreten. Diese Regelung betrifft nur die obligatorische Haftpflichtversicherung, nicht jedoch beispielsweise eine Kaskoversicherung oder eine Insassenversicherung.

Beispiel

Im unter «Regelung ab 1. Januar 2006» erwähnten Sachverhalt verursacht die Enkelin zusätzlich einen Drittschaden (zum Beispiel Beschädigung eines Gartenzauns sowie eines Elektroverteilkastens). Für diese Drittschäden besteht Deckung aus der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung. Demgegenüber ist der Sachschaden am Fahrzeug selbst wegen der entfallenden Kaskoversicherung nicht mehr gedeckt.

Konkurs des Versicherungsnehmers

Regelung bis

31. Dezember 2005

Nach aArt. 55 VVG trat die Konkursmasse in den Versicherungsvertrag ein. Sowohl dem Versicherer als auch der Konkursmasse stand die Möglichkeit offen, innerhalb von 14 Tagen seit der Eigentumsübertragung vom Versicherungsvertrag zurückzutreten beziehungsweise den Übergang des Versicherungsvertrags abzulehnen.

Regelung ab 1. Januar 2006

Nach Art. 55 VVG endet der Vertrag zum Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses über den Versicherungsnehmer. Die Problematik dieser ab 1. Januar 2006 gültigen Regelung besteht darin, dass der Versicherungsschutz mit der Konkursöffnung entfällt. Konkursverwalter haben sich somit umgehend um gehörigen Versicherungsschutz zu bemühen. Bedarf an Versicherungsschutz besteht nicht bloss im Falle der Weiterführung des Geschäftsbetriebs im Konkurs, sondern auch zum Schutz der Konkursaktiven. Ein solches Schutzbedürfnis gilt namentlich für Vermögenswerte, die im Rahmen einer Sachversicherung, insbesondere gegen Feuer-, Wasser- beziehungsweise Diebstahlschäden, versichert sind.

Beispiel

Über die «G-Transport AG» mit Sitz in Wittenbach, welche auf den Transport von Waren ins europäische Ausland spezialisiert ist, wird am 4. April 2008, 11.30 Uhr, der Konkurs eröffnet. Die Ladung eines Sattelschleppers der «G-Transport AG», welcher sich auf der Rückfahrt von Russland in die Schweiz befindet, wird in der Nacht vom 4. auf den 5. April 2008 gestohlen. Da die Ware nach der Konkursöffnung ge-



lic. iur. HSG
Adrian Rufener
Rechtsanwalt
St. Gallen

Geht in einem Todesfall die Gesamtheit der versicherten Sachen auf die Erbengemeinschaft über, fällt der Versicherungsvertrag dahin.

stohlen worden ist, besteht keine Versicherungsdeckung mehr aus der Transportversicherung. Gleiches würde gelten, wenn der Lastenzug als solcher gestohlen würde.

Teilbarkeit der Prämie

Bei vorzeitiger Auflösung oder Beendigung des Versicherungsvertrages (aus einem gesetzlichen oder vertraglichen Grund) ist die Prämie für die Zeit bis zur Vertragsauflösung geschuldet (Art. 24 VVG). Diese Regelung, welche seit 1. Januar 2006 in Kraft ist, gilt insbesondere auch bei Kündigung wegen Verletzung der Anzeigepflicht oder wegen betrügerischer Anspruchsbe-gründung.

Informationspflichten des Versicherers

Allgemeines

Mit Wirkung ab 1. Januar 2007 traten sodann die Bestimmun-

gen betreffend die Informationspflichten des Versicherers (vgl. Art. 3 und 3a VVG) in Kraft. Die Regelungen sehen u.a. vor, dass der Versicherungsnehmer im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Versicherungsantrags über den Gegenstand und Inhalt der AVB, insbesondere über die versicherten Risiken, den Umfang des Versicherungsschutzes, die Laufzeit und Beendigung des Versicherungsvertrages, die Bearbeitung der Personendaten einschliesslich Zweck und Art der Datensammlung sowie Empfänger und Aufbewahrung der Daten, informiert sein muss. Werden diese Vorgaben nicht eingehalten, kann der Versicherungsnehmer innerhalb von vier Wochen seit Kenntnis der Pflichtverletzung, spätestens aber ein Jahr nach der Pflichtverletzung, durch schriftliche Erklärung vom Versicherungsvertrag zurücktreten.

Damit der Versicherer den Nachweis der Erfüllung der ihm obliegenden Informationspflichten erbringen kann, ist es unumgänglich, dass der Versicherungsantrag schriftlich erfolgt. Diese Voraussetzungen wären bei «Telefonverkäufen» nicht erfüllt.

Bei Kollektivverträgen

Ähnliche Informationspflichten treffen den Versicherungsnehmer (typischerweise ein Unternehmen) bei Kollektivversicherungsverträgen (zum Beispiel Kollektiv-Krankentaggeldversicherung), welche den Versicherten einen direkten Anspruch gegenüber dem Versicherer verleihen. ■

«RECHT-ECK»

Impressum

Herausgeber

St.Gallischer Anwaltsverband SGAV
Vadianstrasse 44, Postfach 262
9001 St.Gallen
Telefon 071 492 03 20
Telefax 071 492 03 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
Telefon 071 845 59 90
Telefax 071 844 12 92
info@hapr.ch

Layout

Thomas Brosch
Publica-Press Heiden

Inserateverwaltung

Peter Heer Media
Neuensteigstrasse 3
9424 Rheineck
Telefon 071 888 77 09
Telefax 071 888 77 10

Erscheinungsweise

3 x pro Jahr

Auflage

3'400 Exemplare

Nachdruck

Der Nachdruck von Beiträgen ist mit Genehmigung der Redaktion gestattet.



Aus dem Bundesgericht

Während des Streits
Kollegin angerufen

Das Handy als Abhörgerät

Wer ungewollt in die Lage kommt, über eine technische Vorrichtung ein fremdes nichtöffentliches Gespräch mitzuhören, macht sich laut einem neuen Urteil des Bundesgerichts nicht strafbar. Zu beurteilen war in Lausanne eine etwas komplexe Situation: Eine Angestellte hatte im Verlaufe einer verbalen Auseinandersetzung mit ihrem Chef über die Kurzwahltaste ihres Handys eine Kollegin angerufen, die den Streit mitverfolgen konnte und ihr Mobiltelefon teilweise einer Drittperson überliess. Die Luzerner Justiz verurteilte die beiden mithörenden Frauen wegen Abhörens fremder Gespräche und die Anruferin wegen Gehilfenschaft dazu. Einzig die dritte Person in der Kette gelangte ans Bundesgericht, das nun den Vorgang für nicht strafbar erklärt, so dass das Luzerner Obergericht die Beschwerdeführerin freisprechen muss. Die Bussen von 200 und 300 Franken für die anderen Frauen bestehen.

Laut dem einstimmig gefällten Urteil der Strafrechtlichen Abteilung war der mitgehörte Streit fraglos ein nichtöffentliches Gespräch. Daran ändert die Tatsache nichts, dass die Tür der Arbeitsräume zum Treppenhaus zunächst ganz und danach noch eine Handbreit offen war. Wie es sich verhielte, wenn der Streit im Treppenhaus geführt worden wäre, bleibt offen. Ebenso klar ist für das höchste Gericht, dass auch ein Telefon oder ein Handy zum unerlaubten Abhörgerät werden kann. Mit Blick auf den Schutz des Geheimbereichs gelte es, den Begriff in einem weiten Sinn zu verstehen, so dass jede Vorrichtung darunter fällt, die zum Abhören eines fremden, nichtöffentlichen Gesprächs verwendet wird. Im beurteilten Fall war das fragliche Mobiltelefon «spätestens ab dem Zeitpunkt ein Abhörgerät, als darin das Gespräch zwischen zwei Personen hörbar war».

Dennoch haben sich die drei Frauen nach Auffassung des

Bundesgerichts nicht strafbar gemacht. Den Strafbestand erfüllt nämlich nur, wer zunächst eine geeignete Vorrichtung in Betrieb setzt und sodann darüber ein fremdes Gespräch belauscht. Die Beschwerdeführerin hatte zwar vorsätzlich den Streit mitverfolgt, aber die dafür verwendete technische Vorrichtung nicht in Gang gesetzt. Und sie war laut dem Urteil aus Lausanne auch keineswegs verpflichtet, das Mithören zu unterlassen. Sie befand sich rechtlich in einer ähnlichen Lage wie jemand, der zufällig einen Raum betritt, in den über eine Abhöreranlage ein fremdes Gespräch übertragen wird. Anzumerken bleibt, dass in einer derartigen Konstellation Strafbarkeit wohl dann zu bejahen wäre, wenn die angerufene Person einen der abgehörten Gesprächsteilnehmer dazu veranlasst hätte, das versteckte Handy einzuschalten.

Aus: Neue Zürcher Zeitung
Urteil 6S.64/2007 vom 13.8.07

«Alles was Recht ist»

Gesammelt von RA Bruno A. Hubatka

■ 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.»

■ 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.»

■ Am Ende der Verhandlung sagt der Richter: «Angeklagter, Sie haben das letzte Wort.» Da dreht sich der Angeklagte triumphierend zum Gerichtssaal hin, in dem auch seine Frau sitzt und sagt: «Hast du gehört Trudi, hier habe ich das letzte Wort!»

■ Ein Hund hat Hans gebissen. Darauf verklagt Hans den Hundebesitzer. Der Prozess läuft und läuft. Eines Tages ist er endlich zu Ende. «Wie ist dein Prozess ausgegangen?» fragt ein Freund. Hans winkt verärgert ab: «Verloren habe ich ihn!» – «Verloren? Aber wie gibt es denn so was?» – «Mein Gegner hatte einen tollen Anwalt» sagt Hans, «Zum Schluss hat er sogar noch bewiesen, dass ich es war, der den Hund zuerst gebissen hat!»

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