

# Das Mandat

DIE KLIENTENSCHRIFT DES ST.GALLISCHEN ANWALTSVERBANDES SGAV



St.Gallischer Anwaltsverband  
SGAV

## THEMA

Allgemeine Geschäftsbedingungen:  
Was gilt? ..... Seite 3

## RECHT & UNTERNEHMUNG



Erbenholding – Indirekte Teilliquidation – Steuerfolgen ..... Seite 7

Schichtbetrieb – Neues Arbeitsgesetz..... Seite 11

## RECHT & PRIVAT

Regeln beim Kauf per Internet..... Seite 17



Privater Waffenbesitz ..... Seite 21

## «RECHT-ECK»

Sheriff in eigener Sache ..... Seite 26

## EDITORIAL

Unter den rund 120 vom Volk gewählten Laienrichtern im Kanton St.Gallen finden wir heute zwei Gruppen. Es sind dies einerseits die meist nebenamtlich tätigen Richterinnen und Richter, die mit ihrem Menschenverstand und Fachwissen die erstinstanzlichen Gerichtsentscheide mitprägen, und andererseits die spezialisierten Familienrichterinnen und Familienrichter, die vor allem das einvernehmliche Scheidungsverfahren leiten und dabei auch einzelrichterlich tätig sind. Die Laienrichter wurden vor dem Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechtes



Elisabeth Plüss-Oesch  
Familienrichterin  
Kreisgericht Rheintal  
Altstätten

## Der Familienrichter/die Familienrichterin

im Jahre 2000 als Richter im Kollegialgericht und in der Regel auch als Instruktionsrichter in Familienrechtsverfahren eingesetzt. Als solcher hat er zuhanden des Gesamtgerichts Scheidungen vorbereitet, das heisst die Ehegatten einvernommen, Belege gesammelt, wenn möglich eine Scheidungskonvention vermittelt und zum Teil auch vorsorgliche Massnahmeverfügungen erlassen. Zuständig für den Entscheid über die Scheidung war das fünfköpfige Kollegialgericht.

Seit der Einführung des neuen Scheidungsrechts besteht die Möglichkeit, die Scheidung auf gemeinsames Begehren in einem freiwilligen Verfahren vor einem Einzelrichter abzuwickeln. Die st.gallische Verordnung über das Scheidungsverfahren bezeichnet dabei den Gerichtspräsidenten als Familienrichter. Dieser kann die Aufgabe einem geeigneten Mitglied des Gerichtes übertragen. So amtieren heute aus dem Kreis der Laienrichter rund 50 Personen als Familienrichter, die im Jahre 2003 rund 90 Prozent aller einvernehmlichen Scheidungsverfahren erledigt haben.

Als primäre Aufgabe bei der einvernehmlichen Scheidung sehe ich die Begleitung der scheidungswilligen Paare zu einer umfassenden Einigung über die Scheidungsfolgen. Bis eine allseits befriedi-

gende Lösung steht, sind oft mehrere Gespräche mit dem Paar und deren Vertretern notwendig. Eine besondere Herausforderung stellt immer wieder das Kennen lernen der Kinder mit ihren Sorgen und Nöten dar. Dabei ist es mir ein Anliegen, den Kindern sowie deren Eltern bewusst werden zu lassen, dass ihre gegenseitigen Beziehungen mit geänderten Voraussetzungen bestehen bleiben. Bei all diesen Begegnungen sind nicht zuletzt emotionale Kompetenzen gefordert, für die mir meine pädagogische Berufsausbildung, meine Weiterbildung im Bereich der Erwachsenenbildung, aber auch meine Erfahrungen als Mutter zugute kommen. Die Weiterbildungen der Familienrechtskammer des Kantonsgerichtes sowie der regelmässige Austausch am Arbeitsplatz im gerichtssinternen Familienrechtsteam helfen mir darüber hinaus, meine juristischen Kenntnisse zu optimieren.

Im Rahmen der kantonalen Justizreform sind Bestrebungen im Gange, den Familienrichterinnen und Familienrichtern bis zum Jahre 2009 ein klares Anforderungsprofil bezüglich Persönlichkeit, Aus- und Weiterbildung sowie minimalem Arbeitspensum und Integration in den Gerichtsbetrieb zu geben. ■



# Allgemeine Geschäftsbedingungen: Was gilt?

*Die Situation tritt im Geschäftsleben immer häufiger auf: Jede Partei nimmt in ihrem Angebot oder in der Annahme zum Vertragsabschluss auf die eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bezug. Kommt es nach Vertragsschluss zu einem Streitfall, ist unklar, welche Bestimmungen gelten sollen. Nur wer rechtzeitig Klarheit schafft, kann unliebsame Rechtsfolgen vermeiden.*

## **Allgemeine Geschäftsbedingungen dienen der Rationalisierung und dem Schutz des Unternehmers**

Allgemeine Geschäftsbedingungen, kurz AGB genannt, sind heute im Geschäftsleben weit verbreitet und kaum mehr wegzudenken. Sie werden in der Praxis, je nach ihrem Verwendungszweck, auch als allgemeine Liefer- oder Einkaufsbedingungen bezeichnet. Es handelt sich dabei um Vertragsbestimmungen, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert

werden und damit den Vertragsabschluss mit einem Kunden oder Lieferanten erheblich rationalisieren.

Zum Teil werden diese AGB individuell für ein bestimmtes Unternehmen vorformuliert. Dies hat den Vorteil, dass den Eigenheiten des konkreten Geschäftsverkehrs und den Bedürfnissen des Unternehmens Rechnung getragen werden kann. Andererseits werden aber auch AGB verwendet, die von einem Berufsverband für dessen Mitglieder vorformuliert werden.

AGB sollen sicherstellen, dass diejenigen Punkte geregelt werden, welche für das Unternehmen im Geschäftsverkehr von besonderer Bedeutung sind, wie zum Beispiel Liefertermine, die Folgen einer verspäteten Leistung, Zahlungskonditionen, Eigentumsvorbehalte oder Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln. Von besonderer Bedeutung sind die so genannten Freizeichnungsklauseln, welche die gesetzliche Haftung des Unternehmers im

**Es ist erstaunlich, dass bis heute keine höchstgerichtlichen Entscheidungen vorliegen, welche die Rechtslage abschliessend klären könnten.**

# THEMA

Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten ausschliessen oder einschränken.

## Rechtsunsicherheit bei widerstreitenden AGB

Damit die AGB auch dem Schutz des Unternehmers vor unliebsamen Rechtsfolgen dienen können, müssen sie bei jedem Rechtsgeschäft übernommen, das heisst, von der Gegenseite akzeptiert werden. In der Regel wird im Angebot auf die AGB verwiesen, so dass diese bei Annahme durch den Kunden oder Lieferanten Geltung erlangen.

Die weite Verbreitung von AGB im Geschäftsleben führt aber auch oft dazu, dass ein Angebot, welches auf die eigenen AGB verweist, durch eine Annahme oder Bestellung beantwortet wird, welche auf die AGB des Kunden oder Lieferanten Bezug nimmt. Damit stellt sich die Frage, welche Bestimmungen nun zur Anwendung gelangen, nachdem das Angebot zwar an-

genommen wurde und ein Vertrag entstanden ist, aber jede Partei ausdrücklich nur ihre eigenen AGB gelten lassen will. In der Praxis haben sich für diesen Konflikt die Begriffe «battle of the forms» oder die «Kollision von Allgemeinen Geschäftsbedingungen» eingebürgert. Obwohl die Situation von widerstreitenden AGB in der Praxis recht häufig auftritt, ist es erstaunlich, dass bis heute keine höchstrichterlichen Entscheide vorliegen, welche die Rechtslage abschliessend klären könnten. Offenbar gelingt es den Vertragspartnern im Streitfall, eine für beide akzeptable Lösung zu finden, die einen Rechtsstreit überflüssig macht. Diese an und für sich erfreuliche Entwicklung lässt aber eine Rechtsunsicherheit zurück, weil nicht vorhergesagt werden kann, wie die Gerichte in einem Streitfall entscheiden würden. Die Praxis hat deshalb versucht, Regeln aufzustellen für die Klärung eines solchen Konflikts.

Eine früher verbreitete juristische Lehrmeinung ging davon

aus, dass die AGB derjenigen Partei gelten sollten, die ihre AGB zuletzt übermittelt hat. Diese so genannte Theorie des letzten Wortes ist aber wenig praktikabel und würde zu einer «Zermürbungskorrespondenz» zwischen den Geschäftspartnern führen mit dem Zweck, die eigenen AGB durchzusetzen. In der neueren Lehrmeinung beginnt sich deshalb eine vermittelnde Ansicht durchzusetzen. Danach werden die AGB der beiden Parteien miteinander verglichen. Diejenigen Bestimmungen, die sich decken, gelten in Abweichung der gesetzlichen Vorschriften als zwischen den Parteien vereinbart. Wenn nur die AGB einer Partei eine Bestimmung zur strittigen Frage enthalten, geht man ebenfalls davon aus, dass diese Bestimmung zwischen den Parteien gelten soll.

Wo sich die AGB aber widersprechen, kann keine Partei Geltung für ihre Bestimmungen beanspruchen. Statt dessen muss im Streitfall das Gericht den Vertrag ergänzen. Dabei kommen in erster Linie die dispositiven gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung, das heisst jene Bestimmungen des Gesetzes, die angewendet werden, wenn die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben. Enthält das Gesetz keine anwendbare Bestimmung zur strittigen Frage, muss das Gericht den Vertrag durch eine von ihm geschaffene Regel ergänzen.

Da diese vermittelnde Theorie keine der Parteien bevorzugt, ist davon auszugehen, dass auch die Gerichte sie in einem Streitfall anwenden werden.

## Handlungsbedarf: Klarheit schaffen

Die erwähnte Theorie hat aber meistens zur Folge, dass Klauseln, die dem einseitigen Schutz des Unternehmers dienen, wie zum Beispiel die Freizeichnungsklauseln, keine Wirkung entfalten, weil der Geschäfts-

## Wo sich die AGB widersprechen, kann keine Partei Geltung für ihre Bestimmungen beanspruchen.





partner eine abweichende Bestimmung in seine AGB aufgenommen hat. Um unliebsame Rechtsfolgen zu vermeiden, bleibt somit im Fall von widersprechenden AGB nur eine Handlungsmöglichkeit: Klarheit schaffen.

**Wenn ein Geschäftspartner seine AGB einseitig durchzusetzen versucht, ist Vorsicht geboten.**

Wenn sich im Rahmen von Vertragsverhandlungen beide Parteien auf die eigenen AGB berufen, sollte deshalb jeder Unternehmer vor Vertragsschluss bei wichtigen Geschäften in einem ersten Schritt seine AGB mit denjenigen des künftigen Vertragspartners vergleichen, um festzustellen, welche seiner eigenen Bestimmungen wegfallen würden. Aufgrund einer Risiko-

abwägung ist zu entscheiden, auf welche Bestimmungen allenfalls verzichtet werden, beziehungsweise welche Bestimmungen der Gegenpartei akzeptiert werden können.

Im Interesse des Geschäfts und aus Gründen der Kundenpflege

dürfte davon abzuraten sein, auf der Anwendung der gesamten eigenen AGB zu beharren. In der Regel konzentriert sich das Inte-

resse des Unternehmers auf wenige wichtige Bestimmungen. Diese können durch eine individuelle Vereinbarung ersetzt werden, die den Interessen beider Parteien Rechnung trägt. Ist beispielsweise die Gegenpartei nicht bereit, eine (im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten) umfassende Freizeichnungsklausel zu akzeptieren, kann über eine Haftungsbeschrän-

kung, welche die Interessen beider Parteien berücksichtigt, verhandelt werden. Zu beachten ist jedoch, dass eine individuelle Vereinbarung aus Beweisgründen schriftlich festgehalten wird.

**Fazit**

Allgemeine Geschäftsbedingungen erweisen sich nach wie vor als probates Mittel, um die Geschäftsabschlüsse zu rationalisieren und gleichzeitig ein vernünftiges Mass an Rechtssicherheit zu schaffen. Wenn aber ein Geschäftspartner seine AGB einseitig durchzusetzen versucht, ist Vorsicht geboten: Bei wichtigen Geschäften sollte man sich die Zeit nehmen und eine Einschätzung des Risikos vornehmen. Andernfalls drohen unliebsame Rechtsfolgen, die man durch die Verwendung der eigenen AGB ausschalten wollte. ■



Dr. iur. René Locher  
Rechtsanwalt  
St. Gallen

## Erbenholding – Indirekte Teilliquidation – Steuerfolgen

*Das Bundesgericht hat mit seiner Entscheidung vom 11. Juni 2004 seine Praxis zur steuerlichen Zulässigkeit von Erbenholding und Management Buyout (MBO) oder Leveraged Buyout (LBO) massiv verschärft. Der Entscheidung löste heftige Reaktionen in den Medien aus. So titelte die NZZ «Kopfschütteln über das Bundesgericht» und weiter war zu lesen, die «von ökonomischem Sachverstand offenbar unbelasteten Richter in Lausanne schiessen mit ihrem Entscheid den Vogel ab». Der folgende Beitrag geht näher auf dieses Urteil ein und erläutert, welches die Konsequenzen daraus für die Nachfolgeregelung sind.*

### **Zum Begriff der indirekten Teilliquidation sowie Erbenholding**

Kapitalgewinne aus der Veräusserung von beweglichem Privatvermögen sind nach dem Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) sowie nach allen kantonalen Steuergesetzen steuerfrei. Von diesem Grundsatz des sogenannten steuerfreien Kapitalgewinns sind jedoch einige wichtige Ausnahmen zu beachten, unter anderem im Falle der indirekten Teilliquidation sowie der Transponierung. Eine indirekte Teilliquidation lag bis anhin dann vor, wenn ku-

mulativ die folgenden Merkmale erfüllt sind:

- Die Beteiligungsrechte werden an einen Käufer veräussert, für den das Buchwertprinzip gilt (vornehmlich beim Kauf durch eine juristische Person).
- Der veräusserten Gesellschaft werden zur Finanzierung des Kaufpreises Vermögenswerte entnommen, wodurch ihre Substanz nachhaltig verringert wird (Entreicherung).
- Verkäufer und Käufer müssen durch gemeinsames Zusammenwirken die Entnahme der Mittel eingeleitet haben.

Von einer Transponierung spricht man dann, wenn eine natürliche Person die von ihr im Privatvermögen gehaltenen Beteiligungen zum Verkehrswert in eine von ihr beherrschte Gesellschaft einbringt. Die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Nennwert gilt als steuerbarer Vermögensertrag. Diese Folge tritt auch dann ein, wenn das Entgelt nicht in bar oder als Darlehen, sondern in Form von Aktien mit einem höheren Nennwert entrichtet wird. Die Eidgenössische Steuerverwaltung hat die «Transponierungspraxis» in einem Rund-

## Das Bundesgericht hat mit seiner Ausdehnung des Tatbestandes der indirekten Teilliquidation die Nachfolgeregelung massiv erschwert.

schreiben an die Kantone auf Fälle ausgedehnt, bei denen ein Unternehmer seinen Betrieb an eine Holding verkauft, die von seinen gesetzlichen Erben beherrscht wird (sogenannte Erbenholding, vergleiche untenstehende Grafik). Gegen diese Ausdehnung der Transponierungstheorie ist heftige Opposition entstanden und das Bundesgericht hatte nun erstmals Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen.

### Bundesgericht verschärft Praxis

Im mit Spannung erwarteten Entscheid vom 11. Juni 2004 (2A.331/2003) hat das Bundesgericht einen Fall beurteilt, in welchem ein Unternehmer seine Gesellschaft an eine von seinen Kindern beherrschte, neu gegründete und fremdfinanzierte Holding verkauft hat. Der Nennwert der Aktien betrug CHF 100'000.–, der Verkaufspreis CHF 5'000'000.–, wovon die Kinder dem Vater CHF 700'000.– in bar bezahlten, während der Vater für den Restbetrag von CHF 4'300'000.– der Holdinggesellschaft ein Darlehen gewährte, das mit jährlichen Zahlungen von CHF 400'000.– zu verzinsen und zu amortisieren war.

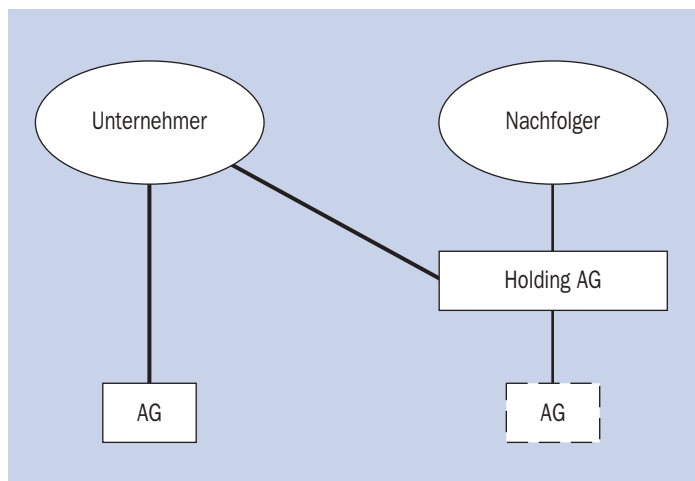
In Anwendung der oben erwähnten Weisung der eidgenössischen Steuerverwaltung

schloss die kantonale Steuerbehörde auf eine Transponierung in Form einer Erbenholding und unterwarf die Differenz zwischen Verkaufserlös (CHF 5 Mio.) und Nominalwert der Beteiligung (CHF 0,1 Mio.) als Beteiligungsertrag der direkten Bundessteuer.

Das Bundesgericht hat die Anwendung der Transponierungspraxis verneint. Vater und Kinder seien verschiedene Rechts- und Wirtschaftssubjekte, so dass von einer fortwährenden wirtschaftlichen Beherrschung der verkauften Gesellschaft nicht die Rede sein könne. Allerdings kommt das Gericht im zweiten Teil des Entscheides zum Schluss, dass es sich um einen Tatbestand der indirekten Teilliquidation handle. Da die von den Kindern gegründete Holding keine anderen Vermögenswerte besitze, müsse der Kaufpreis aus Mitteln finanziert werden, die der erworbenen Gesellschaft entnommen und die an sie nicht wieder zugeführt würden. Damit werde die gekaufte Gesellschaft indirekt liquidiert und dem Verkäufer würden über die Darlehensamortisation steuerfreie Mittel zufließen, welche er sonst nur durch einkommenssteuerpflichtige Dividendenausüttung erhalten hätte. Dabei spiele es keine Rolle, ob die Darlehensrückzahlung aus der bereits erwirtschafteten Substanz oder aus noch zu erwirtschaftenden Erträgen zufließe. Entscheidend sei einzig, ob die Bezahlung des Kaufpreises beziehungsweise die Rückzahlung des Darlehens an den Veräusserer aus Mitteln der übernommenen Gesellschaft überhaupt erfolge und nicht, ob diese Substanz bereits verfügbar sei oder wann der Zugriff geschehe. Gestützt darauf qualifiziert das Bundesgericht im vorliegenden Fall einen steuerbaren Vermögensertrag von CHF 4,3 Mio., der sich aus demjenigen Teil des Kaufpreises ergibt, der fremdfinanziert wurde.

Schliesslich hält das Bundesgericht fest, bisher habe es zwar noch keine Gelegenheit gehabt, sich zu den steuerlichen Folgen eines Leveraged Buyout beziehungsweise eines Management Buyout zu äussern. Eine solche Konstellation wäre allerdings unter denselben Gesichtspunkten wie eine Erbenholding zu prüfen. Aus steuerlicher Sicht bestehe kein Unterschied, ob die Beteiligungsinhaber der übernehmenden Gesellschaft zur Familie gehörten oder nicht. Mit seiner Begründung hat das Bundesgericht den Tatbestand der indirekten Teilliquidation massiv erweitert. Insbesondere stellt auch die künftige Ausschüttung von Gewinnen der Gesellschaft, deren Beteiligungsrechte verkauft worden sind, eine Entreichung dar, soweit die Käufergesellschaft den Kaufpreis fremdfinanziert hat. Mit diesem Entscheid wird der vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehene steuerfreie private Kapitalgewinn weiter eingeschränkt. Das Bundesgericht räumt zwar ein, dass eine Erbenholding aus der Sicht einer familieninternen Unternehmensnachfolge als sinnvoll erscheint. Dennoch soll mit der Veräusserung der Aktien gegen Darlehen ein Veräusserungsgewinn besteuert werden, selbst dann, wenn der Veräusserer noch gar keine Mittel erhalten hat.

Immerhin erkennt das Bundesgericht, dass die sofortige Besteuerung eines bedeutenden Vermögensertrages, der zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge nicht oder nur in Raten bezogen wird, den Veräusserer in arge Finanzierungsschwierigkeiten bringen und sinnvolle Unternehmensnachfolgelösungen letztlich erschweren kann. Es wird der Eidgenössischen Steuerverwaltung deshalb empfohlen, Wege zu suchen, damit der Beteiligungsertrag nicht sofort, sondern erst im Zeitpunkt der Darlehensamortisation erfasst wird.



## Abweichende kantonale Regelungen

Es ist zu hoffen, dass die kantonalen Steuerbehörden die verschärfte Praxis des Bundesgerichts für die Kantons- und Gemeindesteuern nicht anwenden. Einzelne kantonale Steuerverwaltungen haben denn auch bereits entschieden, ihre bisherige Praxis zur indirekten Teilliquidation nicht zu ändern. So wollen sie zwar an der Besteuerung des vollen Portemonnaies festhalten (das heisst wenn thesaurierte Gewinne zur Verrechnung der übernommenen Darlehensschuld oder zur Tilgung des Kaufpreises ausgeschüttet werden). Hingegen soll die Besteuerung nicht auf die im Veräusserungserlös kapitalisierten künftigen Gewinne ausgedehnt werden. Ob sich diese Praxis allerdings halten lässt, ist offen, gibt es doch auch Stimmen, die davon ausgehen, dass das Bundesgericht aufgrund des Steuerharmonisierungsgesetzes einheitliche gesamtschweizerische Lösungen befürwortet und den Begriff des Vermögensertrages in Finanzierungsholdingfällen nach einem identischen Massstab festlegen wird.

## Politische Vorstösse

Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur indirekten Teilliquidation löste auch in politischen Kreisen unverständliches Kopfschütteln aus. Derzeit sind eine parlamentarische Initiative und zwei Motionen zu diesem Thema in Bern hängig. Der Gesetzgeber ist gefordert und es wäre zu begrüssen, wenn er spätestens im Rahmen der laufenden Unternehmenssteuerreform II klar regeln würde, wann bei Veräusserung einer Beteiligung ein steuerfreier Kapitalgewinn nach Art. 16 Abs. 3 DBG und wann ein steuerbarer Beteiligungsertrag nach Art. 20 Abs. 1 Bst. c DBG vorliegt. Damit würde die enorme Rechtsunsicherheit, welche sich aus der bundesgerichtlichen Recht-

sprechung zu dieser Problematik ergeben hat, endlich beseitigt.

## Konsequenzen für die Unternehmensnachfolge

Durch diesen Entscheid hat das Bundesgericht Nachfolgelösungen aus steuerlicher Sicht weiter erschwert und MBOs durch Kaderleute praktisch verunmöglicht. Um die erweiterten Steuerfallen zu umgehen, werden für die abtretende Unternehmergegeneration zukünftig wohl Lösungen mit grossen (ausländischen) Konzernen bevorzugt werden, die über weitere Einkommensquellen verfügen beziehungsweise bei denen der Nachweis der Verschuldung schwierig ist.

## Verbleibende Ansätze

Der Spielraum für eine Nachfolgelösung ist eng geworden. Sofern nicht eine familieninterne Regelung mit einem Ehe- und Erbvertrag in Frage kommt, sind die folgenden Möglichkeiten in Betracht zu ziehen, um eine aus steuerlicher Sicht optimale Regelung zu finden:

- Kauf durch «unschädlichen» Erwerber, das heisst durch eine nicht buchführungspflichtige Privatperson.
- Kauf durch «reichen» Erwerber, das heisst der Erwerber verfügt über genügend andere Mittel, sodass der Kaufpreis nicht aus der erworbenen Gesellschaft finanziert werden muss.
- Vermeidung des Zusammenwirkens des Verkäufers mit dem Käufer. Zu beachten ist dabei, dass ein Zusammenwirken bereits bei einem Ruling des Verkäufers mit den Steuerbehörden gegeben sein kann, muss der Verkäufer doch bei diesem Ruling den Sachverhalt vollständig und korrekt wiedergeben und ist diesfalls möglicherweise auf das Mitwirken des Käufers angewiesen.
- Unter Umständen besteht die Möglichkeit einer Quasi-

fusion. Dabei übernimmt eine Kapitalunternehmung die Anteilsrechte einer anderen im Austausch gegen eigene Anteilsrechte. Eine Verschmelzung der beiden Gesellschaften findet nicht oder erst später statt, so dass diese als eigene Rechtssubjekte weiter bestehen.

- Allenfalls ist auch der Wegzug des Verkäufers ins Ausland vor Verkauf seiner Unternehmung ein gangbarer Weg. Abgesehen davon, dass der Wegzug tatsächlich erfolgen muss, sind dabei aber einige Steuerfallen zu beachten (beispielsweise Besteuerung Kapitalgewinn und laufende Besteuerung im Ausland; Problematik der latenten Verrechnungssteuer auf vorhandenen ausschüttbaren Mitteln).
- Eine weitere denkbare Lösung wäre der Börsengang. Für Familienbetriebe ist diese Variante allerdings nur in Ausnahmefällen realisierbar.

## Fazit

Gemäss einschlägigen Statistiken stehen in der Schweiz rund 60'000 Nachfolgeregelungen unmittelbar bevor. Das Bundesgericht hat mit seiner Ausdehnung des Tatbestandes der indirekten Teilliquidation die Nachfolgeregelung massiv erschwert. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, die Frage des steuerfreien Kapitalgewinns beziehungsweise der wirtschaftlichen Doppelbelastung spätestens im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II zu klären und praktikable Lösungen zu schaffen. Den vor dem Verkauf ihrer Unternehmung stehenden Personen ist dringend zu raten, zusammen mit ihrem Berater die steuerlichen Folgen vorgängig detailliert zu prüfen. ■



Thomas Eisenring  
Rechtsanwalt  
dipl. Steuerexperte  
Flawil

**Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur indirekten Teilliquidation löste auch in politischen Kreisen unverständliches Kopfschütteln aus.**





## Nachtarbeit

*Wenn die Nachtigall am Tag singt und der Sommervogel in der Nacht ausschwärmt.*

### **Die Problematik der (industriellen) Nachtarbeit in Unternehmungen.**

Das Bedürfnis, gewisse Arbeiten in der Nacht verrichten zu können, ist im Gleichschritt mit der Industrialisierung gewachsen. Der entsprechende Regelungsbedarf ist bereits im vorletzten Jahrhundert in gewissen Kantonen mit damals hohem Industrialisierungsgrad (zum Beispiel der Kanton Glarus) aufgegriffen worden. Mit dem eidgenössischen Fabrikgesetz von 1914 wurde eine erste für die Schweiz einheitliche Regelung geschaffen, ein Gesetz, welches diverse Neuerungen erfuhr und heute als Arbeitsgesetz mit diversen Verordnungen schweiz-

weit seine Gültigkeit hat. Dass ein Bäcker über die Nacht arbeitet, damit auf dem Frühstückstisch knusprig duftendes Brot steht, wird in aller Regel als Selbstverständlichkeit hingenommen. Auch die Arbeit in einem Postverteilzentrum über Nacht für die zeitgerechte Zustellung von Brief- und Paketpost wird genau so als «normal» hingenommen wie die nächtliche Präsenz von Pflegefachpersonal und Ärztinnen in einem Spital. Was also in Dienstleistungsbereichen im weiteren Sinne als Selbstverständlichkeit gilt, muss in Industriebetrieben regelrecht «abgerungen» werden, obwohl sich oft nachweislich aufzeigen lässt, dass sowohl

ökologische als auch ökonomische Gründe durchaus für eine Produktion rund um die Uhr sprechen. Es geht in diesem Beitrag darum, die Rahmenbedingungen für Arbeit während der Nacht aufzuzeigen und Hinweise für deren Einsatz zu geben.

### **Nachtarbeit ist ungesund?**

Der menschliche Körper ist nicht darauf «programmiert», nachts zu arbeiten. Die «Eulentypen» (Personen, die selten vor 02.00 Uhr oder 03.00 Uhr zu Bett gehen) eignen sich zwar schon recht gut für Nachtarbeit, im Gegensatz zu den «Lerchentypen» (Personen, die sich zwischen 20.00 Uhr und 22.00 Uhr schlafen legen). Die beiden genannten Chronotypen (Eulen/Lerchen) zeigen die Verschiedenheit der biologischen Uhr



**Der Gesetzgeber geht unter anderem davon aus, dass Nachtarbeit nicht gesund ist.**

des einzelnen Menschen auf, bestätigen aber auch, dass der menschliche Körper im 24-Stunden-Rhythmus einer gewissen Regelmässigkeit bedarf. Umfragen zeigen auch auf, dass für das «sich wohl fühlen» einer längerfristigen Regelmässigkeit subjektiv mehr Bedeutung zugemessen wird als einer Abwechslung. Dennoch ist nicht ausser Acht zu lassen, dass vor allem Arbeitsmediziner bei lange andauernder, regelmässiger Nachtarbeit von möglichen Gesundheitsrisiken sprechen. Gerade letzte Auffassung mag auch der Grund dafür gewesen sein, dass in Zusammenhang mit der Revision des Arbeitsgesetzes im Jahre 1998 der ganze Bereich «Nachtarbeit» neu formuliert wurde und der Grundsatz unter Vorbehalt von Ausnahmebestimmungen aufgestellt wurde: «Die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeit (Nachtarbeit) ist untersagt» (Art. 16 ArG). Der Gesetzgeber geht also unter anderem davon aus, dass Nachtarbeit nicht gesund ist.

## **Bewilligungsfreie Arbeitszeiten in einem Betrieb**

Betriebs- und personenbezogen kann der Beginn und das Ende der betrieblichen Tages- und Abendarbeit zwischen 05.00 und 24.00 Uhr festgelegt werden, wobei die betriebliche Tages- und Abendarbeit höchstens 17 Stunden betragen darf und die Tages- und Abendarbeit des einzelnen Arbeitnehmers mit Einschluss von Pausen und Überzeit innerhalb von 14 Stunden liegen muss.

## **Keine Regel ohne Ausnahme – wann ist Nachtarbeit erlaubt?**

Wer Personal mit Nachtarbeit beschäftigen will, bedarf einer Bewilligung, je nach Art der Nachtarbeit vom Kanton oder von Bund. Ein Gesuch und die Bewilligung von Nachtarbeit wird in aller Regel dann bewilligt, wenn ein Betrieb ein dringendes Bedürfnis oder eine technische oder wirtschaftliche Unentbehrlichkeit nachweisen kann. Das dringende Bedürfnis kommt im Gegensatz zur Unentbehrlichkeit vor allem bei vorübergehender, beziehungsweise kurzfristigen Arbeiten zum Tragen. Eine Ausnahme des Nachweises des dringenden Bedürfnisses bilden Betriebe mit zweischichtigen Arbeitszeitsystemen (eine Randstunde der Nacht wird für die Aufrechterhaltung der Produktion benötigt. In der Verordnung I zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) werden nach meiner Ansicht in nicht abschliessender Weise (sowohl diese wie auch die gegenteilige Auffassung sind umstritten) die Grundvoraussetzungen für ein «dringendes Bedürfnis» aufgezählt, so zum Beispiel ein Aufholen von Produktionsrückständen, die in Folge von Pannen an Produktionsanlagen oder Maschinen entstanden sind oder durch die Erneuerung dieser Anlagen wegen Energieausfall usw. Es kann selbst dann ein «dringendes Bedürfnis» vorliegen, wenn zum Beispiel von einem Kunden ein zusätzlicher, grösserer Auftrag mit sehr kurzer Lieferfrist eingeht und dieser Auftrag neben der normalen Produktion mit den vorhandenen Produktionsmittel nicht bewältigt werden könnte und bei dessen Ablehnung der Verlust des Kunden drohen würde. Unentbehrlichkeit der Nachtarbeit für einen Betrieb kann auch zu einer Bewilligung führen, so zum Beispiel eine technische Unentbehrlichkeit: Ein kontinuierliches Produktions-

verfahren, welches während mehrerer Wochen, Monaten oder gar Jahren nicht unterbrochen werden kann, ohne dass dadurch die Produktionsanlage selbst (endgültig) beschädigt oder gänzlich zerstört wird. Die Unentbehrlichkeit kann aber auch bei einer Produktion in einzelnen Chargen vorliegen: Ein Produktionsprozess nimmt eine bestimmte (begrenzte) Zeit in Anspruch. Nach jeder Charge wird die Produktionsanlage mit einer neuen Charge wieder gestartet. Massgebend in Bezug auf die Unentbehrlichkeit ist, dass der Prozess, wenn er einmal anläuft, nicht unterbrochen werden kann, bevor er beendet ist. Nebst den genannten technischen Gründen können auch wirtschaftliche Gründe vorliegen, indem zum Beispiel Produktionsverfahren vorliegen, die zwar ohne technische «Unmöglichkeit» unterbrochen werden können, aber bei jedem Unterbruch ausserordentlich hohe Verluste an Energie, Material und Produktionszeit verursachen. Wirtschaftliche Unentbehrlichkeit kann gegeben sein, um die eigene Konkurrenzfähigkeit zu halten. Auch Konkurrenzbetriebe im Ausland (ohne örtliche Einschränkungen, sofern ein entsprechend globaler Wettbewerb besteht) können Anlass sein für die Bewilligung einer Nachtarbeit, sofern das Konkurrenzunternehmen seinen Betriebsort in einem Land mit einem vergleichbaren sozialen Standard hat. Es lohnt sich bei der Geltendmachung von wirtschaftlicher Unentbehrlichkeit jeweils im konkreten Fall erweiterte Abklärungen zu treffen. Ein wichtiger Grund für die Bewilligung von Nachtarbeit ist die Unentbehrlichkeit, um Konsumbedürfnisse abdecken zu können. Um eine gewisse Transparenz zu schaffen, ist in der ArGV 1 ein Anhang geschaffen worden, nach welchem der Nachweis der Unentbehrlichkeit

### **Die Arbeitszeiten des Tages gemäss Arbeitsgesetz**

von 06.00 bis 20.00 Uhr ist Tagesarbeit	(bewilligungsfrei)
von 20.00 bis 23.00 Uhr ist Abendarbeit	(bewilligungsfrei)
von 23.00 bis 06.00 Uhr ist Nachtarbeit	(bewilligungspflichtig)

von dauernder oder regelmässig wiederkehrender Nachtarbeit in einem jeweils bestimmten Umfang als vermutet gilt, so zum Beispiel in der Metallindustrie für Nachtarbeit für die Bedienung von Elektroschmelzöfen, Vorwärmeöfen sowie der damit unmittelbar in Zusammenhang stehenden Anlagen.

Vorübergehende Nachtarbeit bewilligt der Kanton (Amt für Wirtschaft). Dauernde Nachtarbeit bewilligt der Bund (seco).

Der Gesetzgeber hat im Arbeitsgesetz einerseits eine generelle Klausel für Ausnahmebestimmungen (in Bezug auf die Nachtarbeit) erlassen und andererseits allgemein kleingewerbliche Betriebe, für welche Nachtarbeit betriebsnotwendig ist, von der Bewilligungspflicht ausgenommen (Art. 27 ArG). In der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) sind die Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen ohne Bewilligungspflicht aufgeführt.

## Konsequenzen der Nachtarbeit für den Unternehmer

Vorübergehende Nachtarbeit bringt nach vorherrschender Praxis einen 25-Prozent-Lohn-

### Art. 24 Abs. 5 ArG:

Durch Verordnung wird bestimmt, unter welchen zusätzlichen Voraussetzungen und wie weit bei ununterbrochenem Betrieb die tägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeit verlängert und die Ruhezeit anders verteilt werden kann. Dabei darf in der Regel die wöchentliche Höchstarbeitszeit von im Durchschnitt 16 Wochen nicht überschritten werden.

### Art. 24 Abs. 6 ArG:

Im übrigen sind auf den ununterbrochenen Betrieb die Vorschriften über die Nacht- und Sonntagsarbeit anwendbar.

### Art. 26 Abs. 1 ArG:

Über die Überzeit, Nacht- und Sonntagsarbeit sowie über die Schichtarbeit unter den ununterbrochenen Betrieb können zum Schutze der Arbeitnehmer durch Verordnung im Rahmen der wöchentlichen Höchstarbeitszeit weitere Bestimmungen aufgestellt werden.

zuschlag mit sich (aber keinen entsprechend vergrösserten Zuschlag bei zeitlicher Kompensation). Regelmässig wiederkehrende oder dauernde Nachtarbeit beinhalten nach herrschender Praxis (nebst Zulagen) einen 10-Prozent-Freizeitausgleich.

Dazu kommen, je nach Art der Nachtarbeit, zusätzliche, vom Unternehmer zu bezahlende Angebote für eine medizinische Betreuung, «verschärfte» Vorschriften für die Pausengestaltung und die Möglichkeit von Mahlzeiteneinnahmen. Wenn ein Unternehmen aus «wirtschaftlicher Unentbehrlichkeit»

Nachtarbeit einführen will, lohnt es sich, die damit verbundenen Folgekosten genau anzuschauen – Nachtarbeit ist nicht «billigere» Produktion, im Gegenteil!

## Sorgenkind «Schichtwechsel»

Bei einem ununterbrochenen Betrieb gilt ein Arbeitszeitsystem, bei dem während 24 Stunden und an 7 Tagen der Woche Schichtarbeit geleistet wird und das aus mehreren Schichten besteht, wobei der einzelne Arbeitnehmer oder die einzelne Arbeitnehmerin grundsätzlich alle Schichten durchläuft.

Es gilt also bei Nachtarbeit der Grundsatz des rotierenden Schichtwechselsystems. Eine gesetzliche Ausnahmebestimmung in Zusammenhang mit dauernder Nachtarbeit ist für Industriebetriebe nicht formuliert. Auf einen Schichtwechsel kann ein Arbeitnehmer nur dann verzichten,

wenn der Arbeitnehmer aus besonderen persönlichen Gründen nur am

**Es gilt also bei Nachtarbeit der Grundsatz des rotierenden Schichtwechselsystems.**

Morgen oder nur am Abend arbeiten kann, oder wenn es sich um eine sehr kurze Schicht handelt (nicht mehr als 5 Stunden). Allerdings ist das «Kurzschicht-Modell» in aller Regel nur bei Teilzeitarbeit vorstellbar



lic. iur. Bruno A. Hubatka  
Rechtsanwalt  
Wil

## Bewilligungsfreie Betriebe mit Sonderregelungen in Bezug auf die Nacht- und Sonntagsarbeit

Krankenanstalten und Kliniken; Heime und Internate; Spitexbetriebe; Arzt-, Zahnarzt- und Tierarztpraxen; Apotheken; Medizinische Labors; Bestattungsbetriebe; Tierkliniken; Zoologische Gärten, Tiergärten und Tierheime Gastbetriebe; Spielbanken; Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten; Kioske und Betriebe für Reisende; Bäckereien, Konditoreien, Konfiserien; Fleisch verarbeitende Betriebe; Milch verarbeitende Betriebe; Blumenläden; Zeitungs- und Zeitschriftenredaktionen sowie Nachrichten- und Bildagenturen Radio- und Fernsehbetriebe; Telekommunikationsbetriebe; Telefonzentralen; Banken, Effektenhandel, Börsen oder deren Gemeinschaftswerke; Berufstheater; Berufsmusiker; Betriebe der Filmvorführung; Zirkusbetriebe; Schaustellungsbetriebe; Sport- und Freizeitanlagen; Skilifte und Luftseilbahnen; Campingplätze; Konferenz-, Kongress- und Messebetriebe; Museen und Ausstellungsbetriebe; Bewachungsbetriebe und Überwachungspersonal; Betriebe des Autogewerbes; Betriebe der Luftfahrt; Bau- und Unterhaltsbetriebe für Eisenbahnanlagen; Betriebe der Energie- und Wasserversorgung; Betriebe der Kehricht- und Abwasserversorgung; Reinigungsbetriebe; Betriebe für die Verarbeitung landwirtschaftliche Produkte

und setzt voraus, dass der Arbeitsplatz innerhalb der zulässigen Grenzen zwischen Tages- und Nachtarbeit besetzt ist.

Ein Verzicht auf den (rotierenden) Schichtwechsel kann nur bei Tages- und Abendarbeit vorgenommen werden. Aus dem (qualifizierten) Schweigen in der Verordnung ist der Rückschluss zu ziehen, dass bei Nachtarbeit ein zwingendes Rotationssystem innerhalb der Unternehmung zu führen ist.

Ein Zweischichtbetrieb (ohne Nachtarbeit) kann somit unter Berücksichtigung der speziellen Bedürfnisse des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin auf einen Schichtwechsel verzichten, selbst dann, wenn noch eine Schicht noch eine Stunde in das Zeitfenster der Nachtarbeit hineinfällt. «Spezielle Bedürfnisse» des Arbeitnehmers sind zum Beispiel alleinerziehende Elternteile, welche nur am Vormittag oder nur am Nachmittag jemanden für die Betreuung der Kinder zur Verfügung haben, immer vorausgesetzt, dass die betroffene Person einem Verzicht auf Schichtwechsel ausdrücklich zustimmt. Wird damit Nachtarbeit betroffen, so fällt (mit Ausnahme der erwähnten mögliche Schiebung von Randstunden) die Verzichtsmöglichkeit grundsätzlich dahin.

## **Dilemma rotierende Schichten – Nachtarbeit**

Betriebe, die eine bewilligungspflichtige Nachtarbeit führen, sind im Dilemma, kein Personal zu haben, welches sich für die rotierenden Schichtwechsel eignet. Sollen nun Arbeitnehmer, die aus verschiedenen Gründen nicht fähig sind, Nachtarbeit zu leisten («Lerchentypen»), nun doch Nachtarbeit leisten, damit sie für diejenigen, die dem Grundsatz nach «nur Nachtarbeit» leisten wollen («Eulentypen»), auch einmal Tagesarbeit leisten können? Weder die «Lerchentypen» noch die «Eulentypen» wünschen die Rota-

tion. Für die meisten betroffenen Unternehmungen ist diese Situation unbefriedigend, müssen sie gegen das Gesetz verstossen?

Die beschriebene Ausgangslage hat bei Betrieben mit bestehender Dauernachtarbeit Unzufriedenheit ausgelöst. Es wurde ein Gutachtensauftrag erteilt an die «Gruppe Corso», einer Forschungs- und Beratergemeinschaft mit Sitz in Zürich. Das Gutachten Corso zeigt auf, dass über 65 Prozent der betroffenen Unternehmung mit einer Dauernachtarbeit von «sehr positiven» betrieblichen Erfahrungen ohne rotierenden Schichtwechsel sprechen, 28 Prozent von «positiven» Erfahrungen und 5 Prozent von «eher positiven» Erfahrungen. 2 Prozent der Befragten erteilten keine Antwort. Eine negative Beurteilung hat keiner der Betriebe abgegeben. Die betroffenen Arbeitnehmer zeigen bei der Umfrage bei Dauernachtarbeit ohne Rotationsschichten eine wesentlich höhere Zufriedenheit. Für Details des Gutachtens wird auf die im Internet abrufbare Kurzfassung «Gutachten Dauernachtarbeit» verwiesen: [www.corso.ch](http://www.corso.ch).

## **Ist der zwingende rotierende Schichtwechsel bei Nachtarbeit eine gesetzgeberische Fehlleistung?**

Die von der Dauernachtarbeit betroffenen Arbeitnehmer («Eulentypen») wollen gemäss Umfrage «Corso» lieber nicht mit der rotierenden Dauernachtarbeit arbeiten, weil sie und ihre soziale Umgebung sich auf das «System Dauernachtarbeit» eingestellt haben. Ein nur sehr geringer Prozentsatz würde den rotierenden Schichtbetrieb vorziehen. Das Ergebnis dieser Umfrage entspricht der Entwicklung in Deutschland, wo unter anderem auf Druck der Gewerkschaften die Dauernachtarbeit anstelle der Rotation wieder aufgenommen wurde.

## **Art. 25 ArG Schichtwechsel**

Die Arbeitszeit ist so einzuteilen, dass der einzelne Arbeitnehmer nicht länger als während 6 aufeinander folgenden Wochen die gleiche Schicht zu leisten hat.

Bei zweischichtiger Arbeit am Tag und am Abend muss der Arbeitnehmer an beiden Schichten und bei Nachtarbeit an der Tages- und Nachtarbeit je gleichmässigen Anteil haben.

Wenn die betroffenen Arbeitnehmer einverstanden sind und die durch Verordnung festzulegenden Bedingungen und Auflagen eingehalten werden, kann die Dauer von 6 Wochen verlängert, oder aber es kann auf den Wechsel ganz verzichtet werden.

Das Gesetz lässt unter nicht definierten Bedingungen ein Abweichen des Rotationsprinzips zu (Art. 25 Abs. 3 ArG). Der Bundesrat hat die an ihn delegierte Aufgabe (Bedingungen definieren) mit einer restriktiven Verordnung formuliert, so restriktiv, dass er vor Beginn der Inkraftsetzung ein Moratorium bezüglich Anwendung angeordnet hat. Im Frühjahr 2005 soll eine vom seco in Auftrag gegebene Studie mehr Klarheit in der Situation verschaffen und das Gespräch zwischen betroffenen Unternehmungen und dem seco fortgesetzt werden. Bei der Suche nach einem Lösungsansatz (in Abweichung zur bestehenden Verordnung) wird berücksichtigt werden müssen, dass bei einem allfälligen Durchsetzen der bestehenden Verordnung sehr viele Arbeitnehmer ihre Arbeit verlieren werden, da sie sich aus verschiedenen Gründen (vorab wegen der Familie) nicht einem zwingenden rotierenden Schichtwechselsystem unterziehen können. Es bleibt zu hoffen, dass das Nationale Forum Nachtarbeit (NFN) mit Sitz in St.Gallen ([www.forum-nachtarbeit.ch](http://www.forum-nachtarbeit.ch)) seine bisher geleistete Vorarbeit mit Einbezug von Vertretern der Politik, Wissenschaft, Wirtschaft, Behörden, Gewerkschaften, Arbeitnehmern und Arbeitgebern fortsetzen kann und es nicht einen Bundesgerichtsentscheid auf Bestreben eines «Winkelried» braucht, um die nach Ansicht des Autors zu restriktiv formulierte ArGV I umzustossen. ■





## Regeln beim Kauf per Internet

*Die in den letzten Jahren zunehmende Kommunikation zwischen Unternehmungen, aber auch unter Privaten, mittels Computernetzwerke hat dazu geführt, dass heute der Wareneinkauf vermehrt über das Internet erfolgt: das sogenannte Online-Shopping.*

Es gibt grundsätzlich zwei Arten von Kaufgeschäften, die über das Internet geschlossen werden.

1. Verkäufer und Käufer schliessen einen Kaufvertrag über eine bewegliche Sache wie etwa ein Fahrrad, Auto, Buch, Lebensmittel usw. Bei diesen Kaufverträgen erfolgt der Abschluss des Vertrages über das Internet. Die Lieferung der gekauften Ware durch den Verkäufer erfolgt danach auf den bisher üblichen Vertriebswegen wie die traditionellen Post- oder

Kurierdienste. Die Bezahlung der Ware durch den Käufer kann heute neben der herkömmlichen Art und Weise auch über das Internet erfolgen.

2. Der Kauf von digitalisierten Produkten und Informationen wie Software, Musik, Multimedia-Produkten usw. Hier kann nicht nur der Vertragsabschluss über das Internet erfolgen, sondern auch die «Lieferung» durch den Verkäufer, indem der Käufer die von ihm erworbenen Produkte herunterlädt.

Daneben gibt es als dritte Art von Verträgen, die im Internet abgeschlossen werden, die Erbringung von Dienstleistungen wie das Telebanking, Finanzdienstleistungen, Telefonie, Videokonferenzen usw. Diese werden hier aber ausser Acht gelassen.

### **Kauf im Internet**

Beim Surfen im Internet stösst A auf die Webseite des Verkäufers B und hier auf eine Fotokamera zum Preis von CHF 1'000.–, die er sofort online bestellt. Einige Minuten später er-

# RECHT & PRIVAT

## In der Schweiz gelten keine besonderen Regeln über den per Mausklick geschlossenen Kaufvertrag.

hält er die Bestätigung mit dem Hinweis darauf, dass er die Fotokamera innerhalb von drei Tagen geliefert erhalte. Beim Weitersurfen findet A dieselbe Fotokamera beim Verkäufer C für CHF 800.–. A möchte Abstand vom Kaufvertrag mit B nehmen und bei C die günstigere Fotokamera bestellen.

Vertragliche Verpflichtungen können grundsätzlich formlos begründet werden (Art. 11 Abs. 1 OR). Gemäss Schweizerischem Recht spricht nichts dagegen, dass elektronisch abgegebene Willenserklärungen – beispielsweise per Mausklick – ausgetauscht werden und auf diese Weise Verträge geschlossen werden. Vorbehalten bleiben müssen jedoch diejenigen Fälle, in denen das Schweizerische Recht einen Vertrag nur gelten lässt, wenn er schriftlich mit Unterschrift vorliegt, wie etwa ein Grundstückskaufvertrag oder ein Abzahlungsvertrag. Ein solcher kann auf elektronischem Weg nicht geschlossen werden, weil er von den Vertragspartnern zu unter-

zeichnen ist (Art. 14 Abs. 1 OR). Diese Möglichkeit besteht bei einem Vertrag per Mausklick nicht. Da beim Kauf von beweglichen Sachen die Schriftform nicht vorgeschrieben ist, kommt der Kauf der Fotokamera im oben genannten Beispiel spätestens mit der Bestätigung der Bestellung durch den Verkäufer B zustande. Für die Absicht von A, vom Kaufvertrag mit B Abstand zu nehmen, sind die Fragen abzuklären, wann der Kaufvertrag rechtsgültig zustande gekommen ist und ob allenfalls weitere Widerrufsmöglichkeiten bestehen.

### Angebot und Annahme

In der Schweiz gelten keine besonderen Regeln über den per Mausklick geschlossenen Kaufvertrag. Es sind daher die Bestimmungen anwendbar, die auch für auf andere Weise geschlossene Verträge gelten. Verträge kommen durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen, welche alle wesentlichen Vertragspunkte enthalten müssen, zustande. Im Einzelnen ist zwischen dem Angebot und der Annahme zu unterscheiden. Damit ein Vertrag zustande kommt, muss die Offerte in unmodifizierter Form angenommen werden, ansonsten ein Dissens oder gegebenenfalls ein neues Angebot in der vermeintlichen Annahme vorliegt. Das Angebot und die Annahme sind beides empfangsbedürftige Willenserklärungen, die beim Adressaten zugegangen sein müssen, um die vom Erklärenden beabsichtigten rechtlichen Wirkungen zu entfalten. Folglich gilt ein Kaufvertrag dann als rechtsgültig geschlossen, wenn die Annahmeerklärung des Käufers beim Verkäufer einge-

troffen ist. Entscheidend ist daher die Frage, welches Handeln die Annahmeerklärung und welches das vorherige verbindliche Angebot darstellt. Im Rahmen des Online-Shopping im Internet ist die Präsentation der Ware auf der Webseite nach herrschender Lehre nicht als Angebot, sondern als Einladung zur Offertstellung zu betrachten. Immerhin können besondere Umstände in gewissen Fällen auf einen konkreten Antrag des Verkäufers schliessen lassen. Solche besonderen Umstände sind im Internet etwa dann gegeben, wenn sich die Ware/Dienstleistung selbst auf dem betreffenden Internetrechner befindet wie etwa im Falle von Computerprogrammen oder Musik oder sonstigen Informationen, das heisst, wenn die Leistung direkt vom Rechner bezogen werden kann. Befindet sich die Fotokamera auf der Webseite des Verkäufers B mit der Preisangabe und der Möglichkeit zur Bestellung, so handelt es nicht um ein Angebot, sondern nur um eine Einladung zur Offertstellung. A macht daher als Antragsteller der Fotokamera das verbindliche Kaufangebot, das vom Verkäufer B angenommen werden kann. Folglich entscheidet dieser über die rechtsgültige vertragliche Bindung. Mit anderen Worten ist der Kaufvertrag mit dem Mausklick des Käufers A noch nicht rechtsgültig zustande gekommen, da der Mausklick nur als Angebot gilt. Diese Bestellung muss vom Verkäufer angenommen werden, was im eingangs erwähnten Beispiel der Fall ist. Mit der schriftlichen Bestätigung durch den Verkäufer B ist der Kaufvertrag mit dem Käufer A deshalb rechtsgültig zustande gekommen. Der Käufer A kann den Kaufvertrag nicht mehr rückgängig machen mit der Begründung, der Vertrag sei noch nicht zustande gekommen, oder er habe einen besseren Preis beim Verkäufer C gesehen.



## Willenserklärungen unter Anwesenden/Abwesenden

Wie erwähnt müssen die Willenserklärungen der Kaufvertragspartner zur Gültigkeit des Kaufvertrages beim Adressaten zugegangen sein. Es stellt sich die Frage, ob der Käufer A von der Bestellung der Fotokamera vor dem Eingang der Annahmeerklärung des Verkäufers B hätte Abstand vom Kauf nehmen können bzw. wie lange der Käufer A an sein Bestellungsangebot gebunden ist. Dies hängt davon ab, ob sein Angebot als unter Anwesenden oder unter Abwesenden gestellt, einzuordnen ist.

## Beim Vertragsabschluss unter Abwesenden besteht grundsätzlich die Möglichkeit des Widerrufs.

Die Übermittlung eines Antrages mit elektronischen Kommunikationsmitteln ist in der Regel als Erklärung unter Abwesenden zu verstehen, weil auf die Erklärung nicht unmittelbar von Person zu Person reagiert wird (Art. 5 Abs. 1 OR). Entscheidend ist die Möglichkeit einer unmittelbaren Dialogkommunikation. Von einer Zuordnung zur Kommunikation unter Anwesenden ist etwa in einer Chatroom-Situation oder bei der Internettelefonie zu sprechen. Vorliegend handelt es sich somit um einen Antrag des Käufers A unter Abwesenden. Bei einem Antrag unter Abwesenden kann der Verkäufer als Adressat innert einer den Umständen angemessenen Frist entscheiden, ob er das Angebot annehmen will oder nicht, wenn vom Käufer A als Antragsteller keine andere besondere Frist gesetzt worden ist. Der Antragsteller bleibt bis zu diesem Zeitpunkt an seine Offerte gebunden. Die den Umständen angemessene Frist reduziert sich beim Internetkauf wegen der allgemein höheren Übertragungsgeschwindigkeit erheblich.

Beim Vertragsabschluss unter Abwesenden besteht grundsätzlich die Möglichkeit des Widerrufs nach Art. 9 OR. Trifft der Widerruf des Antragstellers beim anderen vor oder mit dem Antrag ein, oder wird er bei späterem Eintreffen dem anderen zur Kenntnis gebracht, bevor dieser vom Antrag Kenntnis genommen hat, so ist der Antrag als nicht geschehen zu betrachten. Dasselbe gilt für den Widerruf der Annahmeerklärung. Daraus folgt, dass der Käufer A seinen Antrag zum Kauf der Fotokamera beim Verkäufer B solange widerrufen kann, bis dieser Kenntnis vom Antrag erhalten hat. Beim Kauf im Internet dürfte dies allgemein sehr schwierig sein, da die Übertragungsgeschwindigkeit sehr hoch ist. Umgekehrt kann selbstverständlich auch der Verkäufer B seine Annahmeerklärung bis zum Eingang seiner Erklärung beim Käufer A widerrufen.

## Vertragsabschluss

Der Kaufvertrag über das Internet kommt zustande, wenn die Annahmeerklärung beim Antragsteller in dessen Einflussbereich eingegangen ist, sodass diesem die Kenntnisaufnahme möglich und zumutbar ist. Beim E-Mail Verkehr ist der Zugang der Willenserklärung dann erfolgt, wenn diese in der Empfangseinrichtung des Adressaten vollständig gespeichert ist und von diesem am Bildschirm angezeigt und ausgedruckt werden kann. Beim Internet gilt dasselbe, wenn beide Vertragspartner direkt ans Internet angeschlossen sind. Bei vielen Internet-Benutzern werden die Webseiten auf den Servern von Service Providern betrieben. Da der Provider im Auftrag des Adressaten die an diesen gerichteten Mitteilungen entgegennimmt, ist er als Empfangsbote des Adressaten zu betrachten. Der Zugang der Willenserklärung gilt dann

als erfolgt, wenn sie beim Provider eingegangen ist. Bezogen auf das vorliegende Beispiel bedeutet dies, dass der Kaufvertrag mit dem Eingang der Bestätigungserklärung rechtsgültig zustande gekommen ist. Der Käufer A kann nur bis vor dem Zugang seines Antrages beim Verkäufer B die Verbindlichkeit seines Kaufangebotes widerrufen. Sollte er ebenfalls ein Angebot beim Verkäufer C mit einem Mausclick abgeben, riskiert er, beide Fotokameras bezahlen zu müssen. Damit kann gesagt werden, dass der Kunde beim elektronischen Kauf – anders als bei einer Bestellung per Post – praktisch keine Möglichkeit hat, auf seine Offerte zurückzukommen.

## Haustürgeschäft

Da der Vertragsabschluss zwischen dem Käufer A und dem Verkäufer B rechtsgültig zustande gekommen ist, stellt sich die Frage, ob es weitere Rechtsbehelfe gibt, die es dem Käufer A ermöglichen, vom Kauf der Filmkamera beim Verkäufer B Abstand nehmen zu können. Die Bestimmungen über das Haustürgeschäft (Art. 40a – 40g OR) sehen die Möglichkeit vor, Haustürgeschäfte und ähnliche Verträge zu widerrufen. Finden diese Bestimmungen auch auf einen per Mausclick geschlossenen Vertrag Anwendung? Es besteht die Auffassung, dass die Regeln über die Haustürgeschäfte auch auf Verträge anzuwenden sind, die am Telefon abgeschlossen werden. Die Bestimmungen zum Haustürgeschäft bezwecken, Zwangslagen des Kunden beim Vertragsabschluss zu kompensieren. Diese resultieren daraus, dass der Anbieter den Kunden an bestimmten Orten und Zeiten überrascht und zum Vertragsschluss drängt. Dies dürfte aber beim Surfen im Web kaum der Fall sein, wenn auf ein verlockendes Angebot gestossen und darauf reagiert wird. Das Widerrufsrecht kom-



lic. iur. HSG Adrian Koller  
Rechtsanwalt  
Bütschwil und Altstätten



# RECHT & PRIVAT

**Beim elektronischen Kauf hat der Kunde – anders als bei einer Bestellung per Post – praktisch keine Möglichkeit, auf seine Offerte zurückzukommen.**

pensiert in diesem Fall nicht eine Zwangslage, sondern den übereilten Vertragsabschluss beziehungsweise die Schwierigkeit, sich vor Vertragsabschluss einen authentischen Eindruck vom Vertragsgegenstand zu verschaffen. Dies bedeutet, dass ein Kaufvertragsabschluss über das

Internet kein Haustürgeschäft ist und daher nicht den besonderen Regeln von Art. 40a ff. OR unterliegt, wenn der Konsument von sich aus im Internet nach

einer Kaufmöglichkeit sucht. Ganz anders ist es im Falle von Werbe-Mails, sogenannten Spams, weil da der Konsument am Arbeitsplatz oder zu Hause überraschend und unaufgefordert mit einem Angebot konfrontiert wird. Die Anzeige einer Webseite mit Warenhaus ähn-

licher Gestaltung kann Situationen schaffen, welche von Art. 40a/b OR erfasst werden und ein Widerrufsrecht zur Folge haben. In diesem Fall kann das über Internet abgeschlossene Kaufgeschäft unter Einhaltung einer siebentägigen Frist schriftlich widerrufen werden.

Für unser Beispiel bedeutet dies, dass der Käufer A sich kaum auf die Regeln des Haustürgeschäftes zum Widerruf des Vertragsabschlusses mit Verkäufer B berufen kann, da er selbst im Internet gesurft hat und auf die beiden Verkäufer gestossen ist.

Tatsächlich ist die geltende Regelung der Haustürgeschäfte an sich schon unübersichtlich, und die mögliche Anwendung im Internetbereich bringt zusätzlich Knacknüsse. In Anbetracht dieser gewissen Rechtsunsicherheit hat der Bundesrat einen Entwurf für ein Bundesgesetz über

den elektronischen Geschäftsverkehr zur Vernehmlassung veröffentlicht, mit dem auch die Regelung der Haustürgeschäfte getroffen würde. Zur Zeit ist jedoch offen, wann und wie diese Revision tatsächlich Geltung erlangen wird. ■

## Privater Waffenbesitz

### Fragen und Antworten zum nachdienstlichen Erwerb der persönlichen Waffe



*In seiner Sitzung vom 11. März 2005 hat der Bundesrat die Voraussetzungen für den nachdienstlichen Waffenerwerb per 1. April 2005 neu geregelt. Im Folgenden wird dargelegt, wer zukünftig nach erfüllter Militärdienstpflicht ein Sturmgewehr oder eine Pistole mit nach Hause nehmen kann, und welche Konsequenzen ein solcher Erwerb nach sich zieht.*

In Gesetzen und militärischen Reglementen ist seit einiger Zeit einheitlich vom «Angehörigen der Armee», kurz vom «AdA», die Rede. Mit diesem Begriff werden alle Dienstleistenden jeden Grades, vom Rekruten bis zum Korpskommandanten, erfasst. Wenn auch die Bezeichnung «AdA» nicht besonders elegant ist, wird sie der Einfachheit halber im folgenden Text dennoch verwendet.

#### **Kosten des Erwerbs einer Pistole oder eines Sturmgewehrs**

Anlässlich der Entlassung aus dem Militärdienst kann ein AdA sein Sturmgewehr beziehungsweise seine Pistole unter den nachfolgend noch darzulegenden Bedingungen behalten. Ab

dem 1. April 2005 ist der Eigentumserwerb der persönlichen Waffe allerdings nur noch gegen Entschädigung möglich. Ein Sturmgewehr 57 kostet CHF 60.–, das Modell mit Jahrgang 1990 ist etwas teurer und kommt auf CHF 100.– zu stehen. Für die Pistole sind CHF 30.– zu bezahlen. Bei der Entlassung abgegebene Waffen werden mit einem «P» für «Privateigentum» gekennzeichnet und zusammen mit einigen Daten des Erwerbers (Name, Adresse, AHV-Nummer) in einem Register erfasst. Vor der Überlassung wird das Sturmgewehr zudem mit einer Seriefeuer-Sperre versehen, somit zu einer halbautomatischen Einzelfeuerwaffe abgeändert. Festzuhalten ist, dass bei der Entlassung nur dasjenige

Sturmgewehr erworben werden kann, mit dem der betreffende AdA in der Rekrutenschule einst ausgerüstet wurde.

#### **Voraussetzungen für den Erwerb der persönlichen Waffe**

Eigentümer eines Sturmgewehrs kann nur werden, wer in den letzten drei Jahren vor der Entlassung mindestens zwei im Schiessbüchlein oder im Militärischen Leistungsausweis eingetragene Bundesübungen (300 m) absolviert hat. Liegen bei einem AdA medizinische Dienstuntauglichkeitsgründe vor, welche der Überlassung der persönlichen Waffe entgegenstehen, kommt für diesen ein nachdienstlicher Waffenerwerb ebenso wenig in Frage, wie wenn er bevormundet, bekanntermassen gewalttätig, suizidgefährdet oder wegen bestimmter Delikte – wie zum Beispiel vorsätzlicher Tötung, Körperverletzung oder Raubes – im Strafregister eingetragen ist. Nachzutragen bleibt, dass für den Erwerb der Pistole ein Schiessnachweis von zwei

**Die bei der Entlassung ausgehändigte Waffe kann im Prinzip später verkauft, verschenkt, vermietet, ausgeliehen oder gegen einen anderen Gegenstand eingetauscht werden.**

Bundesübungen in den letzten drei Jahren nicht verlangt wird.

## Rechte und Pflichten des Eigentümers

Sind die oben genannten Anforderungen erfüllt, und hat sich ein AdA entschlossen, sein Sturmgewehr 57 oder 90 beziehungsweise seine Pistole gegen Entschädigung zu behalten, untersteht er von nun an dem Waffengesetz, nach welchem die nachfolgenden Fragen zu beantworten sind. Es sei an dieser Stelle ausdrücklich betont, dass die hier dargelegten Rechte und Pflichten erst nach der Entlassung entstehen. Während der Dienstpflicht gelten bezüglich persönlicher Waffe selbstverständlich die massgeblichen militärischen Reglemente.

### a) Darf die Waffe verkauft, verschenkt oder vermietet werden?

Das bei der Entlassung ausgehändigte Sturmgewehr beziehungsweise die Pistole kann im Prinzip später verkauft, verschenkt, vermietet, ausgeliehen oder gegen einen anderen Gegenstand eingetauscht werden. Dabei sind aber je nach Staatsangehörigkeit beziehungsweise ausländerrechtlichem Aufenthaltsstatus des möglichen Waffenerwerbers unterschiedliche Regeln einzuhalten, womit klar ist, dass die Identität des Interessenten stets einwandfrei feststehen muss.

Wichtig ist, dass die nachfolgenden Vorschriften bei sämtlichen Formen der Veräusserung oder Überlassung beachtet werden müssen; also nicht nur bei einem Verkauf, sondern stets, wenn die Waffe einer anderen Person in Besitz oder zu Eigentum übertragen wird.

### 1) Verbot der Veräusserung oder Überlassung

Ohne Vorweisung einer speziellen Ausnahmegenehmigung ist eine Übertragung des Sturmgewehrs beziehungsweise der Pis-

tole an Angehörige folgender Staaten verboten:

- Bundesrepublik Jugoslawien (heute: Serbien und Montenegro)
- Kroatien
- Bosnien-Herzegowina
- Mazedonien
- Türkei
- Sri Lanka
- Algerien
- Albanien

### 2) Erwerb durch Schweizer oder Ausländer mit Niederlassungsbewilligung

Handelt es sich beim Interessenten dagegen um einen Schweizer Bürger oder um einen Ausländer mit Niederlassungsbewilligung – unter Ausschluss der eben genannten Staatsangehörigen – so kann die Waffe veräussert oder überlassen werden, sofern die übertragende Person nach den Umständen annehmen darf, dass dem Geschäft kein sogenannter Hinderungsgrund nach Art. 8 Abs. 2 Waffengesetz entgegensteht. Eine Übertragung der Waffe darf nach dieser Bestimmung keinesfalls an Personen erfolgen, welche:

- das 18. Altersjahr noch nicht vollendet haben;
- bevormundet sind;
- zur Annahme Anlass geben, sie könnten sich oder andere mit der Waffe gefährden;
- wegen einer Handlung, die eine gewalttätige oder gemeingefährliche Gesinnung bekundet, oder wegen wiederholt begangener Verbrechen oder Vergehen im Strafregister eingetragen sind, es sei denn, der Eintrag wäre wieder gelöscht.

Als Beispiele für die zuletzt genannte «Handlung» sind eine vorsätzlich verübte Tötung, Körperverletzung, Brandstiftung oder eine Geiselnahme zu nennen.

Wie bereits angedeutet, müssen Identität und Alter des Erwerbers anhand eines amtlichen

Ausweises, also zum Beispiel einer Identitätskarte, geprüft werden. Falls Zweifel bestehen, ob beim Interessenten eben dargelegte Hinderungsgründe gegeben sind, ist überdies ein aktueller Strafregisterauszug zu verlangen, allenfalls müssen – mit Zustimmung der davon betroffenen Person – auch noch weitere Auskünfte eingeholt werden, zum Beispiel wenn Anhaltspunkte für eine Fremd- oder Selbstgefährdung vorliegen. Steht einwandfrei fest, dass der Interessent die dargelegten Voraussetzungen für einen Waffen-erwerb erfüllt, ist als Letztes noch ein schriftlicher Vertrag abzuschliessen, der von jeder Vertragspartei mindestens zehn Jahre lang aufbewahrt werden und folgende Angaben enthalten muss:

- Name, Vorname, Geburtsdatum, Wohnadresse und Unterschrift der Person, welche die Waffe erwirbt und derjenigen, welche sie überträgt;
- Waffenart, Hersteller, Bezeichnung, Waffenummer sowie Datum und Ort der Übertragung.

Eine Vertragsvorlage kann unter folgender Internet-Adresse des Bundesamtes für Polizei heruntergeladen werden: <http://internet.bap.admin.ch/d/themen/waffen/dokumente/formulare/vertrag.pdf>. Musste in einem konkreten Fall vom Erwerber ein Strafregisterauszug verlangt werden, so ist dieser mit dem schriftlichen Vertrag zusammen aufzubewahren.

### 3) Erwerb durch Ausländer ohne Niederlassungsbewilligung

Möchte ein Ausländer ohne Niederlassungsbewilligung – wiederum unter Ausschluss der oben genannten Staatsangehörigen – das Sturmgewehr oder die Pistole erwerben, so benötigt diese Person einen vom Wohnsitzkanton ausgestellten Waffenerwerbsschein. Ein solcher



lic. iur. Bernhard Isenring  
Wissenschaftlicher  
Mitarbeiter am RWI der  
Universität Zürich  
Flawil/Zürich

Der Autor dankt Herrn Martin Mumenthaler, Fürsprecher, für die rasche Zurverfügungstellung der geänderten Verordnung über die persönliche Ausrüstung der Armeeingehörigen (VPAA).



wird ansonsten nur beim Erwerb im Handel, nicht aber unter Privaten verlangt. Ohne Vorweisung dieses Scheines darf die Waffe nicht übertragen werden.

## **b) Dürfen Teile der Waffe verkauft, verschenkt oder vermietet werden?**

Auch für die Veräusserung oder Überlassung sogenannter «wesentlicher Waffenbestandteile» sind die eben dargelegten Regeln massgeblich. Als «wesentlich» gelten dabei allgemein der Verschluss und der Lauf, zudem das Griffstück bei der Pistole und das Verschlussgehäuse beim Sturmgewehr.

## **c) Darf die Waffe getragen oder mitgeführt werden?**

Wer in der Öffentlichkeit eine Waffe bei sich haben möchte, benötigt eine an strenge Voraussetzungen geknüpfte, vom Wohnsitzkanton ausgestellte Waffentragbewilligung. Demgegenüber dürfen das Sturmgewehr und die Pistole in ungeladenem Zustand vorübergehend mitgeführt werden, etwa für Übungen eines Schiessvereins. Dies aber nur, wenn die Waffe von der Munition getrennt transportiert wird und sich im Magazin keine Patronen befinden. Unter Einhaltung der dargelegten Bedingungen ist es also problemlos möglich, die Waffe – zum Beispiel im Auto oder auch zu Fuss – zum Schiessstand und wieder nach Hause mitzunehmen. Allerdings darf diese keinesfalls länger mitgeführt werden, als für die fragliche Verrichtung notwendig, da andernfalls ein bewilligungspflichtiges «Waffentragen» angenommen wird.

## **d) Darf Munition erworben, beziehungsweise wieder verkauft oder verschenkt werden?**

Wer bei einem Verein an einem Schiessen teilnehmen möchte, kann Munition, welche er für die Schiessprogramme benötigt,

frei erwerben. Ansonsten erhält man solche in einem Waffengeschäft oder von Privatpersonen ohne speziellen Erwerbsschein, sofern wiederum keiner der erwähnten Hinderungsgründe gemäss Art. 8 Abs. 2 Waffengesetz vorliegt. Die Veräusserung überschüssiger oder nicht mehr benötigter Munition ist möglich – ausser an die oben genannten Staatsangehörigen. Vorausgesetzt ist auch hier, dass die übertragende Person Identität und Alter des Erwerbers (mindestens 18 Jahre) anhand eines amtlichen Ausweises prüft, und sie einmal mehr nach den Umständen annehmen darf, dass dem Geschäft kein Hinderungsgrund nach Art. 8 Abs. 2 Waffengesetz entgegen steht. Bestehen Zweifel an der Redlichkeit des Interessenten, so sind die bei der Veräusserung der Waffe dargelegten Abklärungen zu treffen.

## **e) Wie ist Waffe und Munition aufzubewahren?**

Selbstverständlich sind Waffe und Munition sorgfältig und vor dem Zugriff unberechtigter Personen geschützt – etwa in einem abschliessbaren Raum – zu lagern. Beim Sturmgewehr ist der Verschluss von der übrigen Waffe getrennt und in einem verschlossenen Behältnis (falls vorhanden zum Beispiel im Tresor) aufzubewahren.

Sollte allen Vorsichtsmassnahmen zum Trotz die Waffe verloren gehen oder gestohlen werden, so ist der Verlust unverzüglich der Polizei zu melden.

## **f) Kann die Waffe wieder entzogen werden?**

Auch wenn bei der Abgabe des Sturmgewehrs oder der Pistole alle oben genannten Voraussetzungen erfüllt waren, können sich die Umstände derart verändern, dass die Waffe und allfällig vorhandene Munition aus Sicherheitsgründen beschlagnahmt und eingezogen werden muss. Anlass für eine derartige Massnahme wäre zum Beispiel

die Entmündigung des Waffenbesitzers, eine Selbst- oder Fremdgefährdung mit der Waffe, aber auch die Verurteilung wegen einer Handlung, mit welcher der Inhaber der Waffe eine gewalttätige oder gemeingefährliche Gesinnung bekundet, zu denken ist auch hier an Delikte wie vorsätzliche Tötung, Körperverletzung oder Raub. In einem Urteil vom Februar 2005 hat das Bundesgericht klargestellt, dass eine Einziehung auch dann erfolgt, wenn der Besitzer bereit ist, seine Waffe illegal an andere Personen weiterzugeben, die damit ihrerseits Dritte gefährden. Eine illegale Weitergabe ist stets dann anzunehmen, wenn die oben dargelegten Bedingungen für die Veräusserung der Waffe nicht beachtet werden.

## **Fazit und Ausblick**

Nach geltendem Recht ist es zulässig, die bei der Entlassung erworbene persönliche Waffe zu veräussern oder jemandem zu überlassen. Allerdings muss, wie dargelegt, vor allem die Redlichkeit des möglichen Erwerbers seriös abgeklärt werden – bleiben Zweifel bestehen, so ist auf das fragliche Geschäft zu verzichten.

Zur Zeit laufen Vorbereitungen für eine Revision des Waffengesetzes. Vorgesehen ist unter anderem, dass auch beim oben behandelten Erwerb unter Privaten in jedem Fall ein Waffenwerbsschein erforderlich sein wird. Die Revision des Waffengesetzes dürfte indes noch einige Zeit in Anspruch nehmen – nicht zuletzt, da sie im Zusammenhang mit dem Schengen-Übereinkommen steht. Zu beachten ist, dass auch nach einem allfälligen Inkrafttreten von «Schengen» die Möglichkeit, die persönliche Waffe nach erfüllter Dienstpflicht zu erwerben, gewährleistet bleibt. ■

**Wer in der Öffentlichkeit eine Waffe bei sich haben möchte, benötigt eine an strenge Voraussetzungen geknüpfte, vom Wohnsitzkanton ausgestellte Waffentragbewilligung.**

# «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@anwaelte-sgav.ch  
www.anwaelte-sgav.ch

### Redaktion

PR-Kommission  
St.Gallischer Anwaltsverband SGAV

### Redaktionelle Betreuung

Habersaat Public Relations H.P.R.  
Pestalozzistrasse 5  
9400 Rorschach  
Telefon 071 845 59 90  
Telefax 071 845 59 88  
habersaat@hapr.ch

### Layout

Publica-Press Heiden

### Inseratverwaltung

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

### Erscheinungsweise

3 x pro Jahr: März, Juli, November

### Auflage

3'400 Exemplare

### Nachdruck

Der Nachdruck von Beiträgen ist  
mit Genehmigung der Redaktion  
gestattet.



## Aus dem Bundesgericht

### Zulässige Selbstjustiz gegen Parksünder

# Sheriff in eigener Sache

Wer von Autolenkern, die ihr Fahrzeug verbotenerweise auf dem Privatparkplatz abstellen, unter Androhung einer Strafanzeige eine Umtriebsentschädigung von CHF 30.– verlangt, darf nicht wegen Nötigung bestraft werden. Das ergibt sich aus einem Urteil des Bundesgerichts, das sich soweit ersichtlich zum ersten Mal mit dieser von den kantonalen Gerichten nicht einheitlich beurteilten Frage befasst hat.

Zu beurteilen war der Fall eines Parkplatzeigentümers, der vom Schwyzer Kantonsgericht wegen Nötigung zu einer Busse von CHF 500.– verurteilt worden war. Zudem sollte er 17 einkassierte Umtriebsentschädigungen zu je CHF 30.–, also CHF 510.–, als «Deliktsgut» dem Staat abliefern. Für das fragliche Privatareal besteht ein richterliches Fahr- und Parkverbot mit der Androhung einer Busse von bis zu CHF 500.–. Den im Parkverbot abgestellten Fahrzeugen steckte der Eigentümer einen Zettel mit Einzahlungsschein unter den

Scheibenwischer mit der Aufforderung, innert zehn Tagen eine Umtriebsentschädigung von CHF 30.– zu überweisen, damit von einer Verzeigung abgesehen werde. Dieses Vorgehen stellt nach Auffassung des Bundesgerichts keine strafbare Nötigung dar.

Laut einstimmig gefälligem Urteil des bundesgerichtlichen Kassationshofs in Strafsachen ist es grundsätzlich erlaubt, mit einer Strafanzeige zu drohen, wenn diese nicht vollständig unbegründet ist. So darf das Opfer einer Straftat eine Verzeigung ankündigen für den Fall, dass der Täter den Schaden nicht begleicht. Unzulässig ist die Drohung mit einer Strafanzeige jedoch, wenn damit etwas erreicht werden soll, das mit dem fraglichen Strafbestand gar nichts zu tun hat.

Im beurteilten Fall besteht aus Sicht des Bundesgerichts «offenkundig» ein Sachzusammenhang zwischen dem verbotenen Parkieren und der verlangten Umtriebsentschädigung.

Ausschlaggebend ist, ob deren Höhe angemessen ist, was im Urteil aus Lausanne klar bejaht wird: Mit Blick auf Zeitaufwand und Auslagen, die dem Eigentümer erwachsen, wenn er seine Zivilansprüche wahren will, «erscheint die von ihm verlangte Umtriebsentschädigung von CHF 30.– nicht als übersetzt». Und da er lediglich seinen Aufwand decken wollte, handelte er auch nicht in erpresserischer Absicht.

Anzumerken bleibt, dass dem Eigentümer in solchen Fällen neben einer angemessenen Umtriebsentschädigung auch noch ein Entgelt für die unbefugte Belegung des Parkplatzes zusteht. Ein solcher Anspruch, der rechtlich auf einem sogenannten faktischen Vertragsverhältnis beruht, war im beurteilten Fall indes nicht geltend gemacht worden und daher in Lausanne auch nicht zu beurteilen gewesen.

Aus: Neue Zürcher Zeitung  
Urteil 6S.77/2003 vom 6.1.04

## «Alles was Recht ist»

Gesammelt von RA Bruno A. Hubatka

■ Ein Arzt und ein Anwalt treffen sich auf dem Friedhof. Der Arzt an den Anwalt gewandt: «Und, suchen Sie neue Erbrechtsmandate?» Darauf der Anwalt zum Arzt: «Und Sie, machen Sie Inventur?»

■ Frage des Rechtsanwalts an den Klienten: «Haben Sie denn Ihrem säumigen Schuldner die Rechnung zugestellt?» Antwort: «Ja natürlich!» – «Und was hat er gesagt?» – «Ich soll mich zum Teufel scheren!» – «Und was taten Sie?» – «Ich kam sofort zu Ihnen!»

■ Zwei Mütter unterhalten sich über ihre jugendlichen Sprösslinge: «Was will Ihrer denn später einmal werden?» – «Rechtsan-

walt. Er streitet gern, mischt sich ständig in anderer Leute Angelegenheiten und weiss immer alles besser. Da habe ich ihm gesagt, er soll sich das bezahlen lassen!»

■ «Wo waren Sie denn in der Nacht auf Freitag?», will der Staatsanwalt im Verhör wissen. «Also Herr Staatsanwalt», sagt der Angeklagte empört, «Sie fragen ja schon genau so wie meine Frau!»