

Das Mandat

DIE KLIENTENSCHRIFT DES ST.GALLISCHEN ANWALTSVERBANDES SGAV



St.Gallischer Anwaltsverband
SGAV

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

Über die Haftungsverhältnisse von Ehegatten kursieren reihenweise unzutreffende Vorstellungen, die wohl auf das alte Eherecht zurückgehen. Bis Ende 1987 war der Ehemann das Oberhaupt der Familie und verwaltete das eheliche Vermögen, die eheliche Errungenschaft, die im übrigen ihm allein gehörte. Erst seit dem Jahr 1988 gilt der Grundsatz der Symmetrie: Die Ehegatten sind gleichberechtigt (und gleich verpflichtet). Auch die Ehefrau ist eine autonome Privatperson, die selbständig



Dr. Bettina von Koenig
Rechtsanwältin
St.Gallen und München

Mithaftung des Ehegatten

Verpflichtungen eingehen kann und die grundsätzlich sich selber verpflichtet und mit ihrem eigenen Vermögen haftet (zu dem unter dem gesetzlichen Güterstand der Errungenschaft neben dem Eigengut eine eigene Errungenschaft gehört).

Die Ehegatten gehen je autonom ihre Verpflichtungen ein, sie haften allein dafür, sie haften grundsätzlich nur für ihre eigenen Schulden und nur mit ihrem eigenen Vermögen. Grundsätzlich haftet die Ehefrau somit nicht für die Schulden des Ehemannes (und umgekehrt). Der Gläubiger kann weder unter dem gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung noch unter dem vertraglichen Güterstand der Gütertrennung auf das Vermögen der Ehefrau greifen (oder das des Ehemannes). Ist einer der Ehegatten überschuldet, wird oft die Errichtung eines Ehevertrages mit Gütertrennung erwogen. Geht es jedoch nur um die Regelung der Haftungsverhältnisse gegenüber Dritten während der bestehenden Ehe, ist das faktische Auseinanderhalten der Vermögensmassen viel wichtiger als ein Ehevertrag. Die Ehegatten sollen ihre Konten separat führen und dafür Sorge tragen, dass bei einer Betreibung gegen den Partner sofort belegt werden kann, dass ein allenfalls gepfändeter Vermögenswert dem anderen, nicht überschuldeten Ehegatten gehört. Es sollte also darauf geachtet werden, dass es möglichst wenig zur Vermengung der Vermögensmassen kommt.

Im Verhältnis der Ehegatten untereinander führt die Überschuldung des einen Partners dazu, dass die Beteiligung des anderen Ehegatten an dessen Errungenschaft sinkt, während der überschuldete Ehegatte wiederum an allfälligen Ersparnissen des anderen Ehegatten zur Hälfte partizipiert. Die Auswirkung der Güterstände Errungenschaftsbeteiligung und Gütertrennung kommt erst dann zum Tragen, wenn die güterrechtliche Auseinandersetzung durchgeführt werden muss – also nach dem Ende der Ehe durch Scheidung oder durch Tod, allenfalls schon vorher, wenn während der bestehenden Ehe (zum Beispiel als Eheschutzmassnahme) die Gütertrennung angeordnet worden ist und sodann in einem separaten Prozess durchgeführt wird. Bis dahin entsteht eine solidarische Haftung für die Ehepartner nur dort, wo Gesetz oder Vertrag sie ausdrücklich vorsehen. Der Grundsatz, dass jeder Ehegatte mit seinen Rechtsgeschäften nur sich selbst verpflichtet und er folglich mit seinem eigenen Vermögen haftet, wird gemäss Art. 166 ZGB in einem in der Praxis eher unbedeutenden Bereich durchbrochen: Nach dieser Vorschrift haften die Eheleute bei einem kleinen Kreis von Geschäften solidarisch, sofern sie zusammen leben und für die laufenden Bedürfnisse der Familie Verbindlichkeiten eingegangen werden. Auf jeden Fall sollten Klientinnen und Klienten im Bedarfsfall rechtzeitig fachkundigen Rat einholen, um unliebsamen Überraschungen vorzubeugen. ■

THEMA

Die Revision
des Stiftungsrechts ... Seite 3

RECHT & UNTERNEHMUNG



Die Strafbarkeit
des Unternehmens ... Seite 7

RECHT & PRIVAT

Bauverzögerungen durch
Einsprachen Seite 15



Widerruf von
Haustürgeschäften .. Seite 19

«RECHT-ECK»

Provisorische
Veranlagungsverfügung
mit definitiver
Wirkung..... Seite 22



Die Revision des Stiftungsrechts

Gemeinnützige Stiftungen sind zu einem wichtigen volkswirtschaftlichen Faktor geworden. Mit der Revision des Stiftungsrechts werden die Bedingungen für solche Stiftungen weiter verbessert, aber auch professionellere Strukturen gefordert.

Das Schweizer Stiftungsrecht – eine Erfolgsgeschichte

Im Jahre 1912 hat das Zivilgesetzbuch mit wenigen Artikeln (Art. 80–89 ZGB) eine offene Grundordnung für Stiftungen geschaffen. Der grosse Freiraum der Stiftungen, die günstigen wirtschaftlichen Verhältnisse der letzten Jahrzehnte und die steuerlichen Abzugsmöglichkeiten haben die Errichtung und die Äufnung gemeinnütziger Stiftungen begünstigt. So ist die

Schweiz heute, gut neunzig Jahre später, ein eigentliches Stiftungsparadies: Es gibt nun – neben den Stiftungen der beruflichen Vorsorge – rund 11'000 gemeinnützige Stiftungen mit einem Vermögen von zirka 30 Milliarden Franken. Diese Stiftungen richten pro Jahr rund 1 Milliarde Franken aus. Die Mittel kommen den verschiedensten Zwecken zugute, wobei die Tätigkeitsgebiete Bildung und Forschung, Soziales, Kultur, Gesundheit und Umwelt überwie-

gen. Die gemeinnützigen Stiftungen nehmen im Interesse und zum Wohl der Allgemeinheit wichtige Aufgaben wahr.

Gründe und Ziele der aktuellen Revision des Stiftungsrechts

Es hat sich aber allmählich gezeigt, dass das Stiftungsrecht punktuell überarbeitet und ergänzt werden muss. Anfang der neunziger Jahre versandete indessen ein erster Anlauf dazu, weil der Gesetzesentwurf als unnötig restriktiv eingestuft wurde. Dieser Beurteilung der interessierten Kreise wurde zu Recht Beachtung geschenkt, zeigt doch der internationale Vergleich, dass die flexible Ausgestaltung des Stiftungsrechts einen direkten Einfluss auf die Anzahl und Grösse der gemeinnützigen Stiftungen hat.



Nach neuem Recht darf sich der Stifter nun vorbehalten, den Stiftungszweck nachträglich zu ändern.

Statt neuer Einschränkungen regte Ständerat Fritz Schiesser (FDP/Glarus) Ende des Jahres 2000 an, das Schweizer Stiftungsrecht in drei Punkten zu liberalisieren, um die Stiftungs- und Spendefreudigkeit weiter zu erhöhen: Dem Stifter solle zu Lebzeiten ein grosser Einfluss auf seine Stiftung zugebilligt werden. Der Staat solle die steuerrechtlichen Abzugsmöglichkeiten für Einlagen in Stiftungen erhöhen. Die Stiftungen sollten schliesslich Transparenz schaffen, indem sie Revisionsstellen bezeichnen. Im Gesetzgebungsverfahren sind diese Anliegen im Grundsatz anerkannt, im Einzelnen aber sehr differenziert umgesetzt worden. Gleichzeitig wurden auch einige Grundsätze im Gesetz verankert, die sich in der langjährigen Praxis entwickelt hatten und im ersten Revisionsentwurf unbestritten geblieben waren. Die Änderung des Stiftungsrechts ist am 8. Oktober 2004 von der Bundesversammlung angenommen und auf den 1. Januar 2006 in Kraft gesetzt worden. Sie enthält im Einzelnen folgendes:

Die nachträgliche Zweckänderung (neuer Art. 86a ZGB)

Bis anhin konnte der einmal festgelegte Stiftungszweck kaum mehr geändert werden, selbst wenn der Stifter nachträglich feststellte, dass der Zweck seinen heutigen Vorstellungen und Wünschen nicht mehr entspricht. Dieses strikte Zweckänderungsverbot wird aus dem Wesen einer Stiftung hergeleitet: Eine Stiftung ist ein verselbständigt Vermögen, das dauerhaft für einen bestimmten Zweck gewidmet ist. Eine nachträgliche Änderung des Zweckes missachtet die Verselbständigung des Vermögens, also die Rechtspersönlichkeit der Stiftung. Abseits der Dogmatik kann indessen nicht übersehen werden, dass sich ein Stifter – salopp ausgedrückt – mit seiner Stiftung ein ideelles Kind geschaffen hat, das seine Vorstellungen verewigen soll. Weshalb sollte er zu Lebzeiten keinen Einfluss mehr auf eine Fehlentwicklung «seines» Vermögens nehmen können?

Nach dem neuen Recht darf sich der Stifter nun vorbehalten, den Stiftungszweck nachträglich zu

ändern. Dabei hat er drei Voraussetzungen einzuhalten: Der Änderungsvorbehalt muss in der ursprünglichen Stiftungsurkunde verankert sein. Eine Änderung darf erst vorgenommen werden, wenn seit der Errichtung der Stiftung oder seit der letzten Zweckänderung zehn Jahre verstrichen sind. Verfolgte die Stiftung einen öffentlichen oder gemeinnützigen Zweck, so muss auch der geänderte Zweck wieder öffentlich oder gemeinnützig sein. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, hat der Stifter Anspruch darauf, dass die zuständige Behörde die von ihm verlangte Änderung des Stiftungszweckes vollzieht.

Das Recht auf Änderung des Stiftungszweckes steht einzig dem Stifter zu – es ist unvererblich und unübertragbar, kann aber selbst noch im Testament ausgeübt werden. Haben mehrere Personen die Stiftung errichtet, so können sie die Änderung des Stiftungszweckes nur gemeinsam verlangen. Ist der Stifter eine juristische Person, so erlischt das Recht spätestens nach 20 Jahren.

Es wird wohl die Ausnahme bleiben, dass ein Stifter seine kulturelle Stiftung testamentarisch zur sozialen Stiftung wandelt und damit einen perplexen Stiftungsrat hinterlässt. Ob und wie die Stifter aber ihr Änderungsrecht einsetzen werden, ist zur Zeit nicht abschätzbar.

Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen

Bei der direkten Bundessteuer dürfen freiwillige Leistungen an gemeinnützige Stiftungen neu im Ausmass von 20 Prozent des Reineinkommens abgezogen werden (bisher 10 Prozent). Juristische Personen können solche freiwilligen Leistungen neu bis zu 20 Prozent des Reingewinnes als geschäftsmässig begründeten Aufwand geltend machen.

Abzugsfähig ist neu jede freiwillige Zuwendung von Vermö-

genswerten, nicht mehr bloss jene von Geld. Damit kann nun auch die freiwillige Zuwendung von beweglichem oder unbeweglichem Vermögen vom Rein-

Abzugsfähig ist neu jede freiwillige Zuwendung von Vermögenswerten, nicht mehr bloss jene von Geld.

einkommen beziehungsweise Reingewinn abgezogen werden. Die Kantone sind frei, in welchem Ausmass sie die Abzugsfähigkeit von freiwilligen Leistungen an gemeinnützige Stiftungen zulassen. Es scheint sich indessen ein Konsens auszubilden, dass die Abzugsfähigkeit bei den kantonalen Steuern ebenfalls auf 20 Prozent des Reineinkommens angehoben wird.

Die Buchführungs- und Revisionspflicht (neue Art. 84b, 83a und 83b ZGB)

Stiftungen arbeiten mit steuerbefreiten Mitteln für einen gemeinnützigen Zweck. Sie haben damit wegen ihrer Tätigkeit zum Wohl der Allgemeinheit eine privilegierte Stellung. Die Öffentlichkeit und jeder Spender dürfen daher aber auch erwarten, dass über die Verwendung der Stiftungsmittel korrekt abgerechnet wird und dies von unabhängigen Revisoren überprüft wird. Es besteht – gerade auch bei den Stiftungen – ein breiter Konsens darüber, dass das gesamte Stiftungswesen auf Transparenz aufgebaut sein muss. Völlig unbestritten blieb daher, dass Stiftungen generell zur Buchführung nach kaufmännischer Art verpflichtet werden. Zudem haben die Stiftungen nun eine Revisionsstelle zu bezeichnen, welche jährlich die Rechnungsführung und die Vermögenslage der Stiftung prüft und darüber einen Bericht an das oberste Stiftungsorgan fasst. Die mit der Revision befassten Personen müssen dabei von der Stiftung unabhängig sein.

Kleine Stiftungen mit einer Bilanzsumme von weniger als 200'000 Franken, die nicht öffentlich zu Spenden aufrufen, können sich von der Revisionspflicht entbinden lassen. Bei sehr grossen Stiftungen und bei Stiftungen, die öffentlich zu Spenden aufrufen, bedarf die Revisionsstelle dagegen einer besonderen Befähigung.

Allgemeine Grundsätze

a) Massnahmen bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit einer Stiftung (Art. 84a ZGB)

Neu wird das Verfahren geregelt, das von der Vermutung einer Überschuldung an läuft und im schlimmsten Fall mit der Konkursöffnung endet.

Besteht der Verdacht einer Überschuldung oder einer Zahlungsunfähigkeit, hat der Stiftungsrat eine Zwischenbilanz auf Grund der Veräusserungswerte zu erstellen. Die Kontrollstelle prüft daraufhin, ob die Stiftung überschuldet ist oder ihre Verpflichtungen längerfristig nicht erfüllen kann. Bejaht sie eine dieser Fragen, legt sie die Zwischenbilanz der Aufsichtsbehörde vor. Diese hält das oberste Stiftungsorgan zur Einleitung von Sanierungsmassnahmen an oder beantragt vollstreckungsrechtliche Massnahmen.

b) Unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde (Art. 86b ZGB)

Obwohl geringfügige Änderungen einer Stiftungsurkunde häufig nötig sind – etwa eine Sitzverlegung oder eine Änderung in der Organisation – waren sie bisher im Gesetz nicht vorgesehen. Dies wurde 1946 in einem Gutachten als Gesetzeslücke bemängelt – jetzt wurde sie gehoben: Geringfügige Änderungen der Stiftungsurkunde sind nun zulässig, sofern sie «aus triftigen sachlichen Gründen» als geboten erscheinen und

keine Rechte Dritter beeinträchtigen.

c) Erweiterung der Eintragungspflicht im Handelsregister (Art. 103 HRegV)

Der verbesserten Transparenz der Stiftungen dient es auch, dass nun alle Mitglieder des obersten Stiftungsorgans im Handelsregister einzutragen sind, unabhängig von der Zeichnungsberechtigung. Zudem ist auch die Revisionsstelle (oder der Hinweis auf die Befreiung von der Revisionspflicht) im Handelsregister einzutragen. Zur Anpassung der heutigen Einträge besteht eine Übergangsfrist bis Ende 2007.

Zusammenfassung und Ausblick

Der grosse Erfolg des bisherigen Stiftungsrechts hat es nahegelegt, die Revision sorgsam anzugehen und auf punktuelle Neuerungen und die Nachführung der Praxis zu beschränken. Mit Rücksicht auf das allgemeine Interesse an einer Förderung gemeinnütziger Stiftungen ist daher die Regeldichte des Stiftungsrechts sehr gering geblieben. Ob dies für grosse und grösste Stiftungen noch genügt, wird sich weisen. Jedenfalls ist festzustellen, dass schon die wenigen neuen Vorschriften, die eine gewisse Professionalisierung verlangen, für viele Kleinststiftungen recht grosse Anpassungen nötig machen. Die konkreten Auswirkungen der Revision auf das Stiftungswesen werden sich wohl erst in mehreren Jahren beurteilen lassen. ■



lic. iur. Peter Rösler
Rechtsanwalt
St. Gallen

Schon die wenigen neuen Vorschriften machen für viele Kleinststiftungen recht grosse Anpassungen nötig.



Die Strafbarkeit des Unternehmens

Strafrechtliche Konsequenzen einer mangelhaften Organisation

Hintergrund des neuen Unternehmensstrafrechts

Am 1. Oktober 2003 sind die Artikel 100^{quater} und 100^{quinquies} des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) in Kraft getreten. Damit wurde im StGB die Strafbarkeit des Unternehmens eingeführt. Lange Zeit galt der Grundsatz, dass ein Unternehmen, oder genauer gesagt eine Gesellschaft als rechtliches Gefäss des Unternehmens, sich nicht selbst strafrechtlich verantwortlich machen kann. Delikte, welche im Rahmen der

Geschäftstätigkeit eines Unternehmens begangen wurden, konnten lediglich die Strafbarkeit derjenigen Personen zur Folge haben, welche das betreffende Delikt begangen hatten, nicht jedoch des Unternehmens als solches. Von diesem Grundsatz gab es allerdings bereits vor dem 1. Oktober 2003 Ausnahmen. So sehen beispielsweise das Verwaltungsstrafrecht und das Steuerstrafrecht seit längerem eine Strafbarkeit von Unternehmen vor. Das neue Unternehmensstrafrecht bringt nun

aber mit der Ausdehnung der Strafbarkeit auf sämtliche Verbrechen und Vergehen des Strafgesetzbuches sowie der Verankerung des Unternehmensstrafrechts im allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches eine breitere und umfassendere Strafbarkeit des Unternehmens mit sich. Eingeschränkt bleibt der Anwendungsbereich des neuen Unternehmensstrafrechts dadurch, dass die allgemeine Strafbarkeit für Verbrechen oder Vergehen nur subsidiär zur Strafbarkeit von natürlichen Personen be-

steht und nur für einen beschränkten Katalog von Delikten eine primäre Strafbarkeit des Unternehmens geschaffen wurde. Im Falle einer Verurteilung kann ein Unternehmen mit einer Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft werden, wobei sich die Höhe der Busse nach der Schwere der Tat und des Organisationsmangels, der Leistungsfähigkeit des Unternehmens sowie nach dem angerichteten Schaden bemisst. Mit der Einführung der neuen Bestimmungen des Unternehmensstrafrechts kommt die Schweiz einer Verpflichtung nach, welche sie bereits auf internationaler Ebene eingegangen ist. Aufgrund der Unterzeichnung des internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus hat sich die Schweiz nämlich verpflichtet, juristische Personen wegen Finanzierung des Terrorismus zur Verantwortung zu ziehen. Dieses internationale Übereinkommen war für den Gesetzgeber Anlass, das ohnehin geplante Unternehmensstrafrecht früher als geplant in Kraft zu setzen.

Mangelhafte Organisation als Auslöser der Strafbarkeit des Unternehmens

Das Unternehmensstrafrecht sieht zwei Formen der Strafbarkeit vor. Gemäss Art. 100^{quater} Abs. 1 StGB kann grundsätzlich jedes Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen zur Last gelegt werden, falls dieses in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks begangen wird und die Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann. Nebst dieser subsidiären, aber allgemeinen Strafbarkeit des Unternehmens sieht Art. 100^{quater} Abs. 2 StGB vor, dass ein Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen be-

straft wird, falls das fragliche Delikt zu einem sechs Straftatbestände umfassenden Katalog gehört und ausserdem dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen wurden, um eine solche Straftat zu verhindern.

Von grosser Bedeutung aus Sicht des Unternehmens ist somit die Feststellung, dass ein Unternehmen bei beiden Formen der Strafbarkeit strafrechtlich nur dann zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn die Organisation mangelhaft ist. Nur am Rande sei erwähnt, dass das neue Unternehmensstrafrecht verschiedene Verfahrensbestimmungen einführt, auf welche hier jedoch nicht weiter eingegangen wird. Bevor nun auf die beiden Formen der Strafbarkeit des Unternehmens je separat eingegangen wird, ist die Frage zu beantworten, welche Organisationsformen überhaupt unter den Begriff des «Unternehmens» fallen. Im Rahmen dieses Artikels dürfte die Feststellung genügen, dass sämtliche juristische Personen des Privatrechts (wie beispielsweise GmbH, Aktiengesellschaft, Verein) sowie sämtliche Gesellschaften (beispielsweise Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften) sowie Einzelunternehmungen ausdrücklich von der neuen Regelung erfasst werden.

Subsidiäre Strafbarkeit des Unternehmens

Im Rahmen der subsidiären Strafbarkeit von Unternehmen ist zunächst vorausgesetzt, dass die betreffende Tat keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann. Ist es folglich möglich, in einem Unternehmen diejenige natürliche Person, beispielsweise einen Mitarbeiter, zu identifi-

zieren, dem die Begehung der fraglichen Straftat zugerechnet werden kann, kommt eine Strafbarkeit des Unternehmens im Rahmen von Art. 100^{quater} Abs. 1 nicht in Frage.

Die zweite Voraussetzung für die Strafbarkeit des Unternehmens besteht darin, dass der Grund für die Unmöglichkeit der Zurechenbarkeit einer Tat zu einer bestimmten Person in der mangelhaften Organisation des Unternehmens liegt. Dieses Kriterium der mangelhaften Organisation bietet dem Unternehmen zunächst die Möglichkeit, durch geeignete Massnahmen eine Strafbarkeit zum Vorneherein auszuschliessen, bringt aber für die Unternehmen auch einen nicht geringen und steten Handlungs- oder zumindest Überprüfungsbedarf mit sich. Aus Sicht des Unternehmens drängt sich die Frage auf, in welchen Fällen die Strafverfolgungsbehörden von einer mangelhaften Organisation ausgehen. Da eine Rechtsprechung zu den neuen Gesetzesartikeln noch weitestgehend fehlt, kann diese Frage letztlich nicht zuverlässig beantwortet werden. In der juristischen Literatur wird etwa die Meinung vertreten, dass von



lic. iur.
Hans Hofstetter
Rechtsanwalt
St. Gallen



einer mangelhaften Organisation auszugehen ist, wenn Organisationspläne mit personalen Zuständigkeiten weithin fehlen, Delegationen unklar sind, personelle Aufsichtspflichten nicht festgelegt werden und es an jeglicher persönlicher Protokollierung und Zeichnung intern mangelt. Es wäre ferner nahelegend, dass die Anforderungen an die Organisation eines Unternehmens an deren Grösse und Komplexität angepasst werden müssen.

Schliesslich ist eine Strafbarkeit des Unternehmens nur möglich, wenn die fragliche Tat in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen im Rahmen des Unternehmenszweckes begangen wurde. Auch hierzu fehlt eine Rechtsprechung. Massgeblich dürfte sein, dass sich ein betriebstypisches Risiko verwirklicht hat, und damit ein Risiko, das über eine allgemeine Aufsicht hinaus ein besonderes betriebliches Risikomanagement erfordert. Somit dürften Delikte ausgeschlossen sein, die lediglich bei Gelegenheit der geschäftlichen Verrichtung begangen werden. So entfällt die Strafbarkeit des Unternehmens beispielsweise bei einem Verkäufer in einer Buchhandlung, welcher die Kunden nebst der Verkaufsberatung jeweils um deren Brieftasche erleichtert, da es sich dabei nicht um ein betriebstypisches Risiko handeln dürfte. Auf der anderen Seite kann eine Apotheke, beziehungsweise deren Rechts-träger, strafrechtlich verantwortlich gemacht werden, wenn eine nicht mehr identifizierbare Verkäuferin fälschlicherweise ein blutverdünnendes Medikament statt eine gerinnungsfördernde Arznei verkauft und der betreffende Patient in der Folge verblutet.¹ Selbstverständlich ist dabei vorausgesetzt, dass die Unmöglichkeit der Identifizierung der betreffenden Verkäuferin auf einen Organisationsmangel zurückzuführen ist, was im konkreten Fall mit der Frage

gleichzusetzen ist, ob eine Apotheke so organisiert sein muss, dass jeweils nachvollziehbar ist, wer ein bestimmtes Medikament verkauft hat.

Parallele Strafbarkeit von Unternehmen

Für einzelne Straftatbestände hat der Gesetzgeber eine dahingehende Wertung vorgenommen, dass solche Delikte für ein Unternehmen selbst dann strafrechtliche Folgen haben, wenn sie innerhalb des Unternehmens einer natürlichen Person zugeordnet werden können. Im Gegensatz zur subsidiären Strafbarkeit gemäss Art. 100^{quater} Abs. 1 StGB spricht man, bei Art. 100^{quater} Abs. 2 StGB, von der parallelen Strafbarkeit des Unternehmens.

Für eine parallele Strafbarkeit des Unternehmens ist zunächst die Begehung einer der folgenden Straftaten notwendig:

- Beteiligung an einer kriminellen Organisation (Art. 260^{er} StGB);
- Finanzierung des Terrorismus (Art. 260^{quinquies} StGB);
- Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB);
- Bestechung (Art. 322^{ter} StGB);
- Vorteilsgewährung (Art. 322^{quinquies} StGB);
- Bestechung fremder Amtsträger (Art. 322^{septies} StGB).

Wird ein solches Delikt im Rahmen des Unternehmens in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen begangen, kann das Unternehmen die eigene Strafbarkeit nur vermeiden, wenn alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen wurden, um eine solche Straftat zu verhindern. In Bereichen, wo spezialgesetzliche Bestimmungen bestehen, dürften diese für die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen massgebend sein. Dabei ist beispielsweise auf die Geldwäschereigesetzgebung oder auf die im Bankensektor anwendbaren Compliance-Vorschriften

hinzuweisen. Weitere Anhaltspunkte für die erforderliche Organisationsstruktur können zudem die Regeln der Corporate Governance bieten.

Auch die parallele Strafbarkeit soll durch ein Beispiel verdeutlicht werden. Ein Unternehmen könnte sich beispielsweise der Geldwäscherei gemäss Art. 305^{bis} schuldig machen, wenn im Rahmen eines Exportauftrages als Vorauszahlung von einem Mitarbeiter wissentlich ein Barbetrag entgegengenommen wird, welcher aus einer strafbaren Vortat hervorgegangen ist. Das Unternehmen könnte sich diesfalls der Strafbarkeit nur entziehen, wenn alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen wurden, um eine solche Straftat zu verhindern.

Fazit und Empfehlungen

Es ist davon auszugehen, dass dem Unternehmensstrafrecht in

¹ Beispiel aus: Niggli/Schmucki, Das Unternehmensstrafrecht (Art. 100^{quater} StGB/Art. 102^{ter} revStGB), in Anwaltsrevue 2005, Seite 349 ff.



RECHT & UNTERNEHMUNG

der Praxis einige Bedeutung zukommen wird. Zu denken ist zunächst an die Konstellationen, welche der Gesetzgeber zu regeln beabsichtigte, nämlich die Sanktionierung von Straftaten, welche zufolge mangelhafter Organisation beweisrechtlich nicht einwandfrei einem Individuum zugeordnet werden können. Darüber hinaus dürfte das Unternehmensstrafrecht allerdings vor allem in jenen Konstellationen praktische Bedeutung erlangen, in welchen auch mit den Mitteln des Strafrechts zivilrechtliche Ansprüche geltend gemacht und durchgesetzt werden sollen. Dem Anspruchsteller wurde mit dem Unternehmensstrafrecht ein rechtliches Instrument in die Hand gegeben, bei welchen Ansprüchen, welche auch den sachlichen Anwendungsbereich des StGB beschlagen, nicht nur natürliche

Personen, sondern auch Unternehmungen mit der Behauptung mangelhafter Organisation in ein Strafverfahren verwickelt werden können. Dies führt zu einer erheblichen Verbesserung der Ausgangslage des Anspruchstellers. Da für die Eröffnung einer Strafuntersuchung ein blosser Anfangsverdacht genügt, ist davon auszugehen, dass von dieser Möglichkeit rege Gebrauch gemacht wird.

Taugliche Abwehrmassnahmen sind unternehmensspezifisch aufgrund einer individuellen Risikoanalyse zu prüfen. Je nach Grösse der Unternehmung, der Komplexität der Organisationsstruktur und den branchenspezifischen Risiken sind die Abwehrmassnahmen und damit der Handlungsbedarf verschieden. Die Unternehmungsleitungen sind in unterschiedlichster Weise gefordert. Je nachdem, ob

Ihre Unternehmung zum Beispiel im Finanzsektor, in der Exportindustrie oder im Gesundheitswesen tätig ist, ob deren Risiken beispielsweise im Umgang mit fremdem Geld (Geldwäscherei), im Umgang mit fremden Daten (Datenschutzgesetz) oder in der Behandlung kranker Menschen (Körperverletzung, Heilmittelgesetzgebung) liegt. **Die Schaffung transparenter und ständig überprüfter Aufbau- und Ablauforganisationen, beispielsweise durch den Erlass von Organisationsreglementen, der Einhaltung der Regeln des Corporate Governance, und – bei komplexeren oder sensibleren Organisationsstrukturen – der Einsetzung eines Compliance Officers, sind zur Minimierung der Risiken des neuen Unternehmensstrafrechts geboten.** ■



Bauverzögerungen durch Einsprachen

Kostenfolgen und Schadenersatz?

Immer wieder sind Verzögerungen von Bauvorhaben durch lang dauernde Bewilligungsverfahren ein Ärgernis des Bauherrn. Und oft werden dafür seitens der Bauherren Einsprachen neidischer oder spekulierender Nachbarn verantwortlich gemacht. Nicht selten werden schliesslich mit der Faust im Sack erhebliche Geldbeträge für den Verzicht auf oder den Rückzug von Einsprachen bezahlt.

Sinn und Zweck des Einspracheverfahrens

Zunächst sind der Sinn und Zweck der Baueinsprache in Erinnerung zu rufen: Das Einspracheverfahren ist ein förmliches Verfahren, in welchem in ihren Interessen Beeinträchtigte geltend machen können, das Bauvorhaben widerspreche den Vorschriften (Baurecht, Umweltrecht, Feuerpolizeivorschriften usw.). Klassische Beispiele sind etwa, wenn der Nachbar einwirft, das nebenan geplante Mehrfamilienhaus sei zu hoch, stehe zu nahe an der Grenze oder habe zu wenige Parkplätze. Bei Gewerbe- und Industriebauten oder auch bei Einkaufs-

zentren werden in Einsprachen häufig Verletzungen von Umweltschutzvorschriften, vor allem angeblich unzulässige Lärm- und Luftbelastungen, behauptet.

Es wäre nun falsch, hinter jeder Einsprache eine ungerechtfertigte Verzögerungstaktik böswilliger Einsprecher zu vermuten. Leider ist es eine Tatsache, dass viele Baugesuche schlecht vorbereitet und den Bewilligungsbehörden unvollständig unterbreitet werden. Da eine Baubewilligung nur erteilt werden darf, umgekehrt aber auch erteilt werden muss, wenn keine im öffentlichen Recht begründete Hindernisse vorliegen, können

gut begründete, sachliche Einsprachen zu einem korrekten Ergebnis beitragen. An einem Bau, der zwar formell bewilligt wurde, aber den Vorschriften nicht entspricht, kann auch der Bauherr mit Blick auf spätere Umbau- und Erweiterungsvorhaben kein Interesse haben.

Formelle Anforderungen an die Einsprache

Die Baueinsprache ist schriftlich einzureichen, muss einen konkreten Antrag enthalten und ist zu begründen. In der Folge kann der Bauherr zur Einsprache Stellung nehmen und dabei auch Anträge stellen. Gerade Letzteres ist wichtig, wenn es

RECHT & PRIVAT



darum geht, eine Parteientschädigung geltend zu machen. Schliesslich muss über die Einsprache gleichzeitig mit der Erteilung oder Ablehnung der Baubewilligung entschieden werden.

Die Entscheidbehörde, in der Regel also der Gemeinderat, hat von sich aus zu prüfen, ob der Einsprecher zur Einsprache berechtigt ist. Aufgrund der Verwaltungs- und Gerichtspraxis ist bei Nachbarn des Bauvorhabens in aller Regel die Einspracheberechtigung zu bejahen, das heisst sie werden als in ihren Interessen Beeinträchtigte angesehen.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Einsprecher nicht zwingend Grundeigentümer sein muss. Auch ein Mieter kann einspracheberechtigt sein, wenn er die Voraussetzung (räumliche Nähe, bei grossflächigen Immissionen durch Lärm oder Strahlung zum Beispiel nicht immer leicht zu beurteilen) und seine besondere Betroffenheit dartun kann. Nach der Rechtsprechung besteht das schützenswerte Interesse des Nachbarn im praktischen Nutzen, den ihm die erfolgreiche Einsprache bringt, oder anders gesagt in der Ab-

wendung eines materiellen oder auch ideellen Nachteils, den die Bewilligung des (unveränderten) Baugesuchs für ihn hätte. Nicht der Fall wäre dies aber etwa dann, wenn die Verletzung des Grenzabstands gegenüber einem anderen als dem Grundstück des Einsprechers geltend gemacht wird. Immer gegeben ist die Einspracheberechtigung, wenn es um die Bewilligung von Ausnahmen von den Bauvorschriften geht.

Dass das Einspracheverfahren ein sehr förmliches Verfahren ist, zeigt sich weiters darin, dass der Einsprecher – wie umgekehrt der Bauherr auch – Gesuche um Fristverlängerung für Eingaben, Stellungnahmen usw. einreichen kann. So ist es nach (noch) geltendem st.gallischem Recht immer noch möglich (und sehr oft der Fall), dass ein Einsprecher innert der Auflagefrist lediglich Einsprache erhebt, für Antrag und Begründung aber Fristerstreckung verlangt. Diese muss ihm – mindestens ein Mal – auch gewährt werden. Dasselbe kann sich bei Rechtsmitteln gegen abschlägige Einspracheentscheide wiederholen. Gewisse Schranken setzen gesetzliche Maximalfristen. Sie betragen für Bauvorhaben, die keine Mitwirkung einer kantonalen Behörde erfordern, acht beziehungsweise zwölf Wochen (wenn Einsprachen eingehen). Diese Fristen verlangen von den Bewilligungsbehörden ein entsprechendes Fall- beziehungsweise Fristenmanagement. Es ist wichtig, dass ein Baugesuchsteller diese Fristen kennt. Er kann unter Hinweis auf den aus der Verzögerung entstehenden Schaden zunächst bei der Gemeindebehörde, oder – wenn die Intervention nichts fruchtet – durch Rechtsverweigerungsbeschwerde beim Baudepartement intervenieren. Bei ungerechtfertigtem Nichteinhalten der Fristen kann die Gemeinde im Fall einer Pflichtverletzung der zuständigen Personen sogar schadener-

satzpflichtig werden. Allerdings ist vor übertriebenen Erwartungen diesbezüglich zu warnen. Entsprechend spielt dieses Instrument in der Praxis auch kaum eine Rolle.

Amtliche Kosten

Im Unterschied zu manch anderen Kantonen können im Kanton St.Gallen auch Einsprecher kostenpflichtig werden. Das ist zu begrüssen, wird doch dadurch ein Beitrag zur Senkung der Zahl von lediglich auf Verfahrensverzögerung ausgerichteten Einspracheverfahren geleistet. Die Kosten werden nach dem Erfolgsprinzip auferlegt. Unterliegt der Einsprecher mit seinen Anträgen, hat er also die Entscheidgebühr von derzeit maximal 5000 Franken zu bezahlen. Die Entscheidbehörde setzt die konkrete Gebühr nach dem Wert und der Bedeutung der Amtshandlung, dem Zeit- und Arbeitsaufwand sowie der erforderlichen Sachkenntnis fest. Die Gebühr kann (im Rahmen des Tarifs) erhöht werden, wenn die Einsprache offensichtlich ohne haltbaren Grund erhoben worden ist. Nebst der eigentlichen Entscheidgebühr hat ein Einsprecher, wenn er unterliegt, auch allfällige Barauslagen zu berappen. Dazu können zum Beispiel die Kosten für ein vom Einsprecher beantragtes Gutachten zählen.

Als Spezialregel zu erwähnen ist, dass Kosten, die ein Beteiligter – also auch ein Einsprecher – durch Trölerei oder anderes ungehöriges Verhalten oder durch Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften veranlasst, zu seinen Lasten gehen. Darunter fallen zum Beispiel offensichtlich querulatorische Begehren, ungebührliche zeitliche Verzögerungen oder das bewusst unwahre Behaupten oder Bestreiten von Tatsachen.

Kostenvorschuss

Noch wenig Gebrauch gemacht wird gegenüber Einsprechern

Auch ein Mieter kann einspracheberechtigt sein, wenn er die Voraussetzung dartun kann.

vom Instrument des Kostenvorschusses. Ein solcher ist durchaus möglich und liegt im Ermessen der Bewilligungsbehörde. In Fällen, in denen die Bewilligungsbehörde zum Schluss kommt, dass die Einsprache kaum Aussicht auf Erfolg hat, kann die Erhebung eines angemessenen Kostenvorschusses Wirkung zeigen und den Einsprecher zum Rückzug der Einsprache bewegen.

Parteientschädigung

Zur Vermeidung lediglich verzögernder Baueinsprachen beigetragen werden könnte, wenn der verlierende Einsprecher die dem Bauherrn im Zusammenhang mit dem Einspracheverfahren entstandenen Kosten zu zahlen hätte. Im Kanton St.Gallen ist das auf Grund der geltenden Vorschriften nicht möglich. Die Hürde für die an sich möglichen Ausnahmen wird in der Praxis kaum je übersprungen. Man geht davon aus, dass es den Beteiligten möglich und zumutbar ist, in erstinstanzlichen Verwaltungs- und Einspracheverfahren ihre Rechte selber zu wahren. Im anschliessenden Rekursverfahren werden dann Parteikosten entschädigt, wobei immer ein entsprechendes Begehren erforderlich ist. Nachdem Anwälte kaum vergessen, einen entsprechenden Antrag zu stellen, richtet sich dieser Hinweis vor allem an Bauherren, die ohne anwaltliche Vertretung zum Rekurs eines im Einspracheverfahren unterlegenen Einsprechers Stellung nehmen. In diesem Fall ist nicht nur die Abweisung des Rekurses, sondern eben auch ein Begehren um Ersatz des durch das Rekursverfahren direkt entstandenen Aufwands zu verlangen. Lediglich indirekt durch das Verfahren bewirkte Kosten oder Einbussen können nicht auf diesem Weg geltend gemacht werden. Bei nicht durch Anwälte vertretenen Parteien ist darauf hinzuweisen, dass ledig-

lich der Zeitaufwand angemessen entschädigt wird (sogenannte Umtriebsentschädigung). Dabei wird das wegen der Prozessaufwendungen allfällig nicht erzielte Erwerbseinkommen aber nicht ersetzt. In der Praxis bewegt sich die Umtriebsentschädigung deshalb im Bereich von wenigen hundert Franken.

Entgeltlicher Verzicht auf die Einsprache

Zum Leidwesen vieler Bauherren kommt es immer wieder vor, dass ein Nachbar Einsprache gegen ein Baugesuch erhebt, um sich anschliessend für den Rückzug entschädigen zu lassen. Der Nachbar spekuliert oft darauf, dass den Bauherrn die Entschädigung günstiger zu stehen kommt als die Kosten, welche eine Verzögerung der Bauausführung verursachen würde. Die Bauvorschriften sind für einen solchen Gebrauch nicht gedacht. Auch im Ergebnis ist eine solche Vereinbarung stossend, erhält doch der Nachbar eine Entschädigung, ohne geschädigt zu sein.

Eine Vereinbarung, wonach die Einsprache gegen Bezahlung eines Entgelts zurückgezogen wird, ist nichtig, wenn es allein um die Reduktion des drohenden Verzögerungsschadens des Bauherrn geht. Dient umgekehrt das Entgelt dazu, eine mit dem Bauvorhaben verbundene Beeinträchtigung des Grundstücks des Nachbarn auszugleichen, ist der Verzicht auf die Einsprache gültig. Letztlich kommt es also darauf an, ob die Einsprache offensichtlich unbegründet oder aussichtslos ist. Dies ist anzunehmen, wenn die Einsprache durch keinerlei sachlich vertretbare Gründe gerechtfertigt ist, oder anders formuliert, wenn der Einsprecher mit der Einsprache keine Verhinderung oder Änderung des Bauvorhabens, sondern höchstens eine Verzögerung hätte erreichen können. ■

Schadenersatz

Die missbräuchliche, böswillige oder gegen Treu und Glauben verstossende Ausübung von Verfahrensrechten stellt eine unerlaubte Handlung dar und kann Haftungsfolgen auslösen. Das st.gallische Baugesetz hält fest, dass Schadenersatzansprüche im ordentlichen Gerichtsverfahren und nicht im Baubewilligungsverfahren zu beurteilen sind. Natürlich muss der Bauherr nicht nur die Aussichtslosigkeit der Einsprache belegen, sondern auch den durch die Verzögerung entstandenen Schaden beweisen. Aufgrund der strengen, nicht überall kritiklos hingegenommenen Praxis des Bundesgerichts sind Fälle selten, in denen überhaupt Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden, geschweige denn mit Erfolg. Grosse Hoffnungen in das Instrument der Schadenersatzklage zu setzen wäre deshalb falsch.

Zusammenfassung

Zusammenfassend bleibt es dabei, dass ein gut vorbereitetes Baugesuch der beste Garant für eine rasche Bewilligung ist. Schützenhilfe gegen reine Verzögerungstaktiken von Einsprechern leistet im Kanton St.Gallen der Grundsatz, dass die Verfahrenskosten nach dem Erfolgsprinzip zu verlegen sind, bei Abweisung der Einsprache also dem Einsprecher. Leider gilt dasselbe nicht für die Parteikosten, die im erstinstanzlichen Verfahren grundsätzlich nicht entschädigt werden, wohl aber – auf Antrag – im nachfolgenden Rechtsmittelverfahren. Hilfreich kann schliesslich in geeigneten Fällen auch das Einverlangen von Kostenvorschüssen beim Einsprecher durch die Baubewilligungsbehörde sein, was vom Bauherrn in seiner Stellungnahme zur Einsprache eingebracht werden kann. ■



lic. iur.
Jürg Bereuter
Rechtsanwalt
St. Gallen

Zum Leidwesen vieler Bauherren kommt es vor, dass ein Nachbar Einsprache gegen ein Baugesuch erhebt, um sich für den Rückzug entschädigen zu lassen.



Widerruf von Haustürgeschäften

Verträge sind zu halten – so der Grundsatz. Das Obligationenrecht enthält unter Art. 40a-g Bestimmungen, welche den Konsumenten in Abweichung dieses Grundsatzes ein Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen einräumen.

A) Die **Nachbarin** lädt zusammen mit einer professionellen Tupperware-Agentin zur Tupperware-Party ein. **A** lässt sich von der Begeisterung der anderen Partygäste sowie der Agentin anstecken und kauft ein Set von sechs Schüsseln à je 20 Franken, obwohl ihr Haushalt bereits ausreichend mit Schüsseln dieser Art bestückt ist.

B) Das pensionierte **Ehepaar B** lässt sich das Angebot der Firma X nicht entgehen: Für 20 Franken eine Carfahrt an den Lago Maggiore samt Mittagessen und «Zvieri» mit Kuchen und Café! Auf dem Ausflug lassen sich die

beiden nebenher von der Qualität und Notwendigkeit eines Sprudelbades der Firma X überzeugen. Sie kaufen für exakt CHF 1'898.95 eine Deluxe-Ausführung. Zu Hause müssen sie sich von ihrem Sohn allerdings die Frage gefallen lassen, was «um Himmels willen» sie mit einem Sprudelbad wollten. Ihren Kaufentscheid können sie selber nicht mehr ganz nachvollziehen, zumal sie beide seit Jahren – nicht zuletzt wegen der körperlichen Beschwerden – die Dusche bevorzugen.

C) **Studentin C** lässt sich am Bahnhof während des Wartens

auf den Zug von einem charmanten Verkäufer zu einer zweijährigen CD-Club-Mitgliedschaft überreden. Beim sorgfältigen Durchlesen der schriftlich abgegebenen so genannten «Mitglieder-Vorteile» auf der Heimfahrt wird **C** klar, dass sie zwar die neuesten CDs zehn Prozent unter dem Ladenpreis erhält, sich dafür aber verpflichtet hat, für mindestens 20 Franken pro Monat Tonträger zu bestellen. Das sprengt ihr Budget für Musik.

In allen drei Beispielen bereuen die Käufer – nachfolgend wird gemäss der gesetzlichen Terminologie von Kunden oder Konsumenten beziehungsweise vom Anbieter¹ gesprochen – im Nachhinein und bei genauer Prüfung des Angebotes ihren Vertragsabschluss. Seit 1991 enthält das Obligationenrecht (OR) Bestimmungen, welche die Konsumenten zwar nicht vor den geschilderten Situationen bewah-

¹ Selbstverständlich sind damit auch Kundinnen, Konsumentinnen und Anbieterinnen gemeint.

RECHT & PRIVAT

ren, ihnen aber einen Schutz für den Fall des unüberlegten Vertragsabschlusses bieten. In Abweichung vom Grundsatz, dass Verträge zu halten sind, ist es aufgrund der Bestimmungen von Art. 40a-f OR unter gewissen Voraussetzungen möglich, einen Vertrag zu widerrufen.

Das Widerrufsrecht bezweckt den Schutz des Konsumenten vor Geschäften mit «Überrumpelungscharakter». Der Kunde erfährt im Falle eines unüberlegten Vertragsschlusses gewissen Schutz. Die Gefahr eines unüberlegten Vertragsschlusses ist namentlich dort gegeben, wo

der Konsument einer starken Beeinflussung ausgesetzt ist, wie etwa in den Beispiel A und B. Die Gefahr besteht zudem dort, wo unerwartet ein Angebot an den Konsumenten herangetragen wird, wie im Beispiel der Studentin C. Hier spielt der Überraschungseffekt eine massgebliche Rolle. Die Studentin hatte vor der Begegnung auf dem Bahnhof nie die Absicht, einem CD-Club beizutreten. Sie ist daher vom Angebot überrascht. Das klassische Beispiel ist der sogenannte «Vertreter» beziehungsweise Hausierer, der unerwartet an der Haustüre erscheint. Der Kunde muss sich sofort zum Kauf entscheiden, da der Verkäufer nur kurz Halt macht und dann mit seinen Waren weiterreist.

der Vertragsanbahnung ausgedehnt. Dazu gehören Verträge, bei denen das Angebot am Arbeitsplatz oder in ihrer unmittelbaren Umgebung von Wohnräumen (Garten, Garage) gemacht wurden. Darunter sind zudem Vertragsschlüsse zu verstehen, die aufgrund von Angeboten in öffentlichen Verkehrsmitteln oder auf öffentlichen Strassen und Plätzen (Bahnhöfe, Parks) sowie auf Werbeveranstaltungen, welche mit einer Ausflugsfahrt verbunden sind, zu Stande kommen. Die gesetzliche Aufzählung ist abschliessend. Das Recht zum Widerruf steht nur Kunden zu, denen das Vertragsangebot in einer der genannten Situationen gemacht wurde. Unsere drei Beispiele A, B und C erfüllen diese Voraussetzung.

Hätte des Ehepaar B ihr Sprudelbad allerdings an der OLMA gekauft, so könnten sie sich von vornherein nicht auf das Widerrufsrecht berufen. Kaufgeschäfte an einem Wochen- oder Jahrmarkt oder an einer Messe gelten nicht als Haustürgeschäfte. Ebenfalls kein Widerrufsrecht hat, wer die Vertragsverhandlungen, welche zum Abschluss eines Geschäftes führen, ausdrücklich gewünscht hat. In diesen Fällen fehlt das Überraschungsmoment. Der Konsument muss damit rechnen, dass ihm in dieser Situation Angebote gemacht werden.

Und wie sieht es aus, wenn Nachbarin A ihre Schüsseln über das Internet, im sogenannten *Online-Shopping*, erstanden hätte? Das Obligationenrecht kennt keine spezielle Regelung des Online-Shopping. Der Entwurf für ein Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr sah auch Bestimmungen für die Haustürgeschäfte vor. Nachdem der Bundesrat Ende letzten Jahres entschied, den in der Vernehmlassung sehr umstrittenen Gesetzesentwurf nicht weiterzuverfolgen, gelten für den Kauf im Internet weiter-

hin die allgemeinen Gesetzesbestimmungen zum Vertragsschluss beziehungsweise zum Kaufvertrag (im OR). Beim Online-Shopping hat der Käufer grundsätzlich die Möglichkeit, sich für seinen Kaufentschluss Zeit zu nehmen und Vergleichsangebote zu überprüfen. Im Gegensatz zum Haustürgeschäft geht zudem der Käufer auf den Anbieter zu. Daher fehlen die typischen Merkmale des Haustürgeschäftes, weshalb davon ausgegangen wird, dass solche Online-Käufe nicht gestützt auf Art. 40a ff. OR widerrufen werden können.

Haustürgeschäfte – Verträge über bewegliche Sachen oder Dienstleistungen zum persönlichen Gebrauch

Die Tatsache allein, dass das Geschäft (gemeint der Vertragsschluss) an der Haustüre oder in einer der anderen gesetzlich angeführten Situationen (zum Beispiel am Bahnhof oder auf einer Werbefahrt) geschlossen wird, reicht aber nicht. Das Widerrufsrecht setzt zusätzlich voraus, dass es sich um Verträge über bewegliche Sachen (Kauf und Miete) oder Dienstleistungen aller Art (zum Beispiel Reparaturverträge, Werkverträge, Sprachkurse, Leasingverträge, Beitritte zu einem Buch- oder CD-Club) handelt, die zum persönlichen beziehungsweise familiären Gebrauch bestimmt sind. Damit sind Verträge über den Bau, Kauf oder die Miete von Häusern oder Wohnungen ausgeschlossen. Dies gilt ebenso für Verträge, deren Gegenstand oder Leistung zum geschäftlichen Gebrauch dienen.

Zudem muss der Verkäufer beziehungsweise Anbieter im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handeln. Ob er als selbständiger Geschäftsmann auftritt oder als Angestellter einer Firma handelt, ist nicht massgebend. Ein Geschäft zwischen zwei Privatpersonen fällt

Das Widerrufsrecht bezweckt den Schutz des Konsumenten vor Geschäften mit «Überrumpelungscharakter».

Haustürgeschäfte und ähnliche Verträge

Für den Verkauf von Waren an der Haustüre, dem klassischen Haustürgeschäft, sieht das Gesetz ein Recht zum Widerruf des Vertrages vor. Daneben gibt es aber auch andere Situationen, in denen die Vertragsanbahnung Gefahr für unüberlegte Vertragsschlüsse birgt. Dies zeigen die eingangs angeführten Beispiele. Der Gesetzgeber hat daher den Schutz des Konsumenten auf bestimmte Situationen

nicht unter das Widerrufsrecht. Der Inhaber eines Coiffeursalons, der beim Vertreter einer Shampoofirma neue Artikel bestellt, kann sich somit genauso wenig auf das Widerrufsrecht berufen wie die Kollegin, welche Ihnen die nicht mehr benötigte Ski-ausrüstung abkauft.

Als letzte Voraussetzung muss die Vertragsleistung schliesslich den Wert von 100 Franken übersteigen. Dieser Grenzwert wurde vom Gesetzgeber bestimmt, um nicht jeden Bagatellfall zu erfassen. Eine wichtige Ausnahme bilden die Versicherungsverträge. Diese hat der Gesetzgeber generell vom Widerrufsrecht ausgenommen.

Widerrufsrecht – Form und Frist

Der Anbieter ist verpflichtet, den Kunden bei Vertragsschluss schriftlich über sein Recht sowie die Form und die Frist des Widerrufs zu orientieren.

In den eingangs angeführten Beispielen sind die genannten Voraussetzungen erfüllt. Der Nachbarin A, dem Ehepaar B sowie der Studentin C stehen daher das Widerrufsrecht zu. Sie können von den Verträgen zurücktreten. Der Widerruf des Vertrages ist schriftlich zu erklären. Ein Begründung für den Widerruf ist nicht notwendig, für den Anbieter muss einfach erkennbar sein, dass der Kunde vom Vertrag zurücktreten will.

Die schlichte Rücksendung der Ware genügt daher nicht. Die Kündigung muss innerhalb von sieben Tagen seit Vertragsschluss und Kenntnis des Widerrufsrechts erfolgen. Diese Frist ist eingehalten, wenn der Kunde die Kündigung am siebten Tag zur Post bringt, wobei das Datum des Poststempels massgebend ist. Um die Einhaltung der Frist beweisen zu können, wird empfohlen, die Widerrufserklärung eingeschrieben zu versenden. Die Frist von sieben Tagen ist sehr kurz. Der Entschluss über einen allfälligen Widerruf muss daher schnell getroffen werden. Unterlässt es der Anbieter, den Kunden über sein Recht zu informieren, so beginnt die siebentägige Frist nicht zu laufen. Der Kunde kann bei späterer Kenntnis des Widerrufsrechts noch zurücktreten.

Das Recht auf Widerruf bezweckt den Schutz des Kunden. Dementsprechend kann sich der Anbieter nicht darauf berufen. Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften steht nur dem Kunden, nicht aber dem Anbieter zu.

Folgen des Widerrufs

Bei gültigem Widerruf eines Vertrages erfolgt gegenseitig die Rückerstattung der Leistungen, soweit diese bereits ausgetauscht wurden. A hat die Schlüssel, das Ehepaar B das Sprudelbad zurückzugeben. Hat der Kunde die Sache bereits gebraucht, so

schuldet er einen angemessenen Mietzins. Bei Dienstleistungen muss er dem Anbieter die Auslagen ersetzen. Der Gebrauch der Sache schliesst den Widerruf und damit die Rückabwicklung also nicht aus. Wer aber in Kenntnis des Widerrufsrechts von der Sache Gebrauch macht, hat dem Anbieter bei der Rückgabe zusätzlich zur Miete auch eine allfällige Wertverminderung der Sache auszugleichen.

Auf das Beispiel B bezogen: Benutzt das Ehepaar das Sprudelbad einmal und erfährt es erst danach von ihrem Recht, vom Vertrag zurückzutreten, so haben sie neben der Rückgabe der Sache ein Entgelt für die Benutzung des Sprudelbades zu bezahlen. Wurden sie vom Verkäufer aber bereits beim Kauf schriftlich auf das Widerrufsrecht hingewiesen und benutzen sie das Bad danach während fünf Tagen in der Absicht, den Vertrag dann fristgerecht zu widerrufen, so haben sie dem Verkäufer zusätzlich die Wertverminderung – ein gebrauchtes Sprudelbad kann nicht mehr zum Neupreis verkauft werden – zu bezahlen. Darüber hinaus sind jedoch weitere Entschädigungen ausgeschlossen. ■



lic. iur.
Christine Kobelt
Rechtsanwältin
St. Gallen

Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften steht nur dem Kunden, nicht aber dem Anbieter zu.

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

Habersaat Public Relations H.P.R.
Pestalozzistrasse 5
9400 Rorschach
Telefon 071 845 59 90
Telefax 071 844 12 92
info@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

3x pro Jahr: März, Juli, November

Auflage

3'400 Exemplare

Nachdruck

Der Nachdruck von Beiträgen ist mit Genehmigung der Redaktion gestattet.



Aus dem Bundesgericht

«Widersprüchlich,
irreführend und falsch»

Provisorische Veranlagungsverfügung mit definitiver Wirkung

Eine amtliche Veranlagungsverfügung darf laut einem neuen Urteil des Bundesgerichts nicht widersprüchlich, irreführend, missverständlich oder gar falsch sein. Andernfalls ist der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt (Art. 9 Bundesverfassung), der das Vertrauen des Bürgers in Auskünfte der Behörden schützt und diesen jede Art von widersprüchlichem Verhalten untersagt.

Konkret zu beurteilen war in Lausanne eine Veranlagungsverfügung der Wehrpflichtersatzverwaltung des Kantons Aargau, die mit dem fett gedruckten Wort «provisorisch» überschrieben war. An weniger prominenter Stelle und erst nach der Zahlungsaufforderung wird in normaler Schrift darauf hingewiesen, dass nur die Veranlagung des taxpflichtigen Einkommens provisorisch sei. Alle übrigen Faktoren seien definitiv veranlagt, wobei das Wort «definitiv» in keiner Weise hervorgehoben war. Das hatte einen Ersatzpflichtigen dazu veranlasst, erst nach der definitiven Veranlagung des Einkommens zu beanstanden, dass von ihm geleistete

Zivilschutzdiensttage nicht berücksichtigt wurden. Seine Einsprache wurde indes mit der Begründung abgewiesen, dass diese Frage längst definitiv entschieden sei und nicht mehr angefochten werden könne. Anders entschied nun das Bundesgericht und hiess eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Abgabepflichtigen gut.

Formell falsche Verfügung

Laut einstimmig gefälltem Urteil der II. Öffentlichrechtlichen Abteilung erweckt die Aufmachung des Veranlagungsbescheids den Eindruck, «die Verfügung sei insgesamt eine provisorische». In Tat und Wahrheit aber handelt es sich um eine teilweise definitive Veranlagung, die rechtskräftig wird, wenn sie nicht rechtzeitig angefochten wird. Unter diesen Umständen verlangt das Bundesgericht, «dass die Behörde auf den definitiven Charakter der Verfügung hinweist und den provisorischen Charakter der Verfügungen nicht noch besonders herausstreicht». Die Verfügung ist missverständlich, irreführend und formell falsch, weil eine Verfügung, deren Faktoren überwie-

gend definitiv festgelegt worden sind, nicht als «provisorisch» bezeichnet werden kann.

Daran ändert auch nichts, dass auf der Rückseite der Verfügung eine Rechtsmittelbelehrung abgedruckt war, die das Bundesgericht als «wenig klar und unvollständig» erachtet. Dasselbe gilt für eine zweite Rechtsmittelbelehrung auf einem der Verfügung beigelegten Merkblatt. «Etwas klarer» ist aus Sicht des Bundesgerichts eine Rechtsmittelbelehrung auf einem weiteren Blatt mit dem Titel «zusätzliche Informationen». Doch bleibt das ohne Belang, weil es laut dem Urteil aus Lausanne einem Bürger «nicht zuzumuten ist, drei verschiedene Rechtsmittelbelehrungen miteinander zu vergleichen, um herauszufinden, welche die zutreffende sein könnte». ■

Aus: Neue Zürcher Zeitung
Urteil 2A.537/2004 vom 31.8.05