

Das Mandat

DIE KLIENTENSCHRIFT DES ST.GALLISCHEN ANWALTSVERBANDES SGAV



St.Gallischer Anwaltsverband
SGAV

THEMA

Das revidierte
Konsumkreditgesetz ... Seite **3**

RECHT & UNTERNEHMUNG



Der Bankkunde
als potenzieller Geld-
wäscher Seite **7**

Rechtsprobleme des
E-Commerce Seite **11**

RECHT & PRIVAT



Sachmängel beim
Autokauf Seite **17**

Anfang Jahr traten über
240 neue Rechtserlasse
in Kraft... Seite **25**

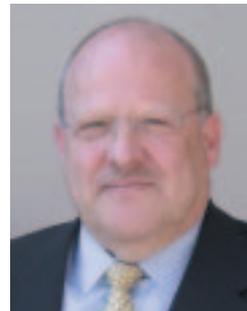
«RECHT-ECK»

Unfall auf Fussgänger-
streifen Seite **26**

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin
Sehr geehrter Leser

Voraussetzung und Mittelpunkt jeder anwaltlichen Arbeit ist der Klient. Ohne ihn ist der Anwalt seiner Funktion, seiner Rechtfertigung und seiner finanziellen Basis beraubt. Volkswirtschaftlich betrachtet, sind Anwälte und Klienten Teilnehmer desselben Marktes, die Anwälte als Anbieter rechtlicher Dienstleistungen, die Klienten als deren Konsumenten. Gelten für diesen Markt gleiche oder ähnliche Marktgesetze wie in anderen Dienstleistungsmärkten? Insbesondere:



Leo R. Gehrler
Präsident des
St.Gallischen Anwalts-
verbandes SGAV

Ist der Kunde gegenüber dem Anwalt König?

Die Antwort fällt nicht so leicht, wie sie auf den ersten Blick scheint und sie allenfalls, gerade auch für «die Klientenschrift des St.Gallischen Anwaltsverbandes», unterstellt werden möchte.

Sicher: Gleich wie in jedem andern Markt, verlangen die Klienten von Anwälten eine qualitativ einwandfreie Leistung, welche innert nützlicher Frist zu einem angemessenen Preis erbracht wird. Sicher: Gleich wie der Kunde in jedem andern Markt, wurde und wird der Klient als Abnehmer anwaltlicher Leistung zunehmend selbstbewusster und fordernder. Und sicher schliesslich erlauben die neuen Büro- und Informationstechnologien dem Anwalt, gleich wie den Anbietern in andern Märkten, ein effizienteres Arbeiten sowie eine stete Erhöhung des «Leistungsausstosses». Unter diesen und ähnlichen Gesichtspunkten lassen sich mithin die Regeln für das Verhältnis zwischen Anwälten und Klienten durchaus mit jenen anderer Märkte vergleichen.

Unterschiede, gewichtige notabene, sind in anderer Hinsicht auszumachen: darin, dass der Anwalt das Kundenbedürfnis zwar kennen und ernst nehmen soll, es aber nicht zum alleinigen Mass seiner Arbeit nehmen darf. Denn: Anwaltliche Tätigkeit heisst auch und gerade, die

übertragene Aufgabe, die erhaltene Schilderung oder den Beweggrund des Klienten zu hinterfragen und möglicherweise gar das Mandat oder den Klienten als solchen in Frage zu stellen bzw. abzulehnen, heisst sodann, eigene (hohe) Wertmassstäbe anzulegen, heisst ausserdem Respekt vor der Rechtsordnung, heisst ferner, sich bei der Mandatsführung weder inhaltlich noch in der Tonart fremd bestimmen zu lassen, und heisst schliesslich und vor allem, sich selber treu zu bleiben.

Diese anwaltliche Mitbestimmung oder, richtiger, Anwaltsunabhängigkeit hebt den Klienten zwar nicht in luftige Höhen hinauf, bewahrt ihn aber andererseits davor, unsanft vom royalen Sockel zu stürzen. Darüber hinaus stellt sie, wie es unser Verbandsmitglied Urban Slongo anlässlich des Hundertjahrjubiläums unseres Anwaltsverbandes im Jahre 1999 formulierte, sicher, dass Anwälte «nicht zum blossen Handelsreisenden in Rechtssachen» verkommen, sondern «in bewusster Unabhängigkeit dem Klienten sagen, was er von seinem Anwalt erwarten darf und was nicht.» Und: Die Unabhängigkeit versorgt den Anwalt auch mit zusätzlichem Sauerstoff für die Freisetzung höchstpersönlicher Leistungselemente wie Intuition, Kreativität, Beharrlichkeit und Gelassenheit. Im beidseitigen Interesse. ■



Das revidierte Konsumkredit- gesetz

Am 1. Januar 2003 ist das revidierte Konsumkreditgesetz (KKG) in Kraft getreten, unter gleichzeitiger Aufhebung der bisherigen Gesetzesbestimmungen über den Abzahlungsvertrag. Während vorher einzelne Kantone eigene Konsumkreditbestimmungen kannten, regelt nun das KKG die Vergabe von Konsumkrediten für die ganze Schweiz einheitlich. Ziel des Gesetzes bildet eine Verstärkung des Schutzes der Kreditnehmer vor Überschuldung.

Überblick/Geltungsbereich

Das KKG erfasst als Konsumkredite alle Kredite an natürliche Personen, die keinem beruflichen oder gewerblichen Zweck dienen. Es bezieht sich also nicht nur auf die klassischen «Kleinkredite» und Abzahlungsverträge, sondern (mit unten näher beschriebener Ausnahme) auch auf Leasingverträge, auf Kredit- und Kundenkarten, die mit einer

Kreditoption verbunden sind, und auf vertraglich eingeräumte oder auch stillschweigend tolerierte Überziehungskredite auf laufendem Konto (z.B. Überziehungen von Salärkonti). Miterfasst sind auch Zahlungsaufschübe und ähnliche Finanzierungshilfen, soweit diese gewerbsmässig gewährt werden. Nicht unter das KKG fallen Kredite u.a. dann, wenn sie:

- grundpfandgesichert sind;
- durch hinterlegte bankübliche Sicherheiten oder durch ausreichende Vermögenswerte, die der Kreditnehmer beim Kreditgeber hält, gedeckt sind;
- weniger als CHF 500.– oder mehr als CHF 80'000.– betragen;
- entweder innert 3 Monaten oder innert 12 Monaten in nicht mehr als vier Raten zurückbezahlt werden müssen.

Leasingverträge unterstehen nur dann dem KKG, wenn sie sich auf bewegliche, dem privaten Gebrauch des Leasingnehmers dienende Sachen beziehen (z.B. private Motorfahrzeuge) und wenn sie vorsehen, dass die vereinbarten Leasingraten bei vorzeitiger Vertragsauflösung erhöht werden.

Zentral sind die folgenden neuen Regelungen des revidierten KKG:

- Durchführung einer obligatorischen **Kreditfähigkeitsprüfung** vor Vergabe eines Konsumkredites, Abschluss eines KKG-unterstellten Leasingvertrages, Ausgabe einer Kredit- oder Kundenkarte mit Kreditoption oder Einräumung einer Kreditlimite;
- Pflicht der Kreditgeber, gewährte Konsumkredite und – unter den unten beschriebenen Voraussetzungen – auch benützte Kreditoptionen bei Kredit- und Kundenkarten sowie in Anspruch genommene Überziehungskredite der **Informationstelle für Konsumkredit (IKO)** zu melden;
- ein vom Bundesrat festgelegter **Höchstzinssatz** für alle Konsumkredite (zur Zeit 15% p.a.);
- ein 7-tägiges **Widerrufsrecht** der Kreditnehmer.

Kreditfähigkeitsprüfung

Wie bereits erwähnt, müssen die Kreditgeber vor Abschluss eines dem KKG unterstellten Geschäftes obligatorisch eine Kreditfähigkeitsprüfung über den be-



treffenden Konsumenten durchführen. Für «klassische» Ratenkredite bestimmt dabei Art. 28 KKG, dass die Kreditfähigkeit des Konsumenten nur gegeben ist, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der Konsument muss in der Lage sein, die monatlich geschuldeten Raten (für bereits bestehende Konsumkredite und für den neu zu gewährenden Kredit) zu bezahlen, ohne sein Existenzminimum (nicht pfändbarer Teil des Einkommens gemäss Art. 93 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs) zu tangieren.
- Der Konsument muss weiter in der Lage sein, sämtliche Konsumkreditverpflichtungen (inkl. Zinsen) innert 36 Monaten zu amortisieren, ebenfalls ohne Tangierung des Existenzminimums.

Bei der Berechnung des Existenzminimums ist nach den im Wohnsitzkanton des Konsumenten geltenden Richtlinien der Betreibungsämter vorzugehen, wobei gemäss Art. 28 Abs. 3 KKG insbesondere folgende Positionen in jedem Fall zu berücksichtigen sind:

- der tatsächlich geschuldete Mietzins (oder die monatlichen Kosten einer Eigentumswohnung);
- die nach Quellensteuertabelle geschuldeten Steuern;
- bisherige Konsumkreditverpflichtungen, die bei der IKO gemeldet sind.

Diese Vorschriften über die Kreditfähigkeitsprüfung haben einschneidende Auswirkungen auf die mögliche Kredithöhe, insbesondere wenn es sich beim betreffenden Konsumenten um eine Person mit hohem Existenzminimum handelt (z.B. Familie mit mehreren Kindern, hoher monatlicher Mietzins, hohe Krankenversicherungsprämien usw.). Erzielt beispielsweise der betreffende Konsument ein monatliches Einkommen von CHF 5'000.– und beträgt sein monatliches Existenzminimum (Grundbetrag, Kinderzuschlag, Mietzins, obligatorische Versicherungsprämien, Steuern nach Quellensteuertabelle usw.) CHF 4'000.–, so beläuft sich der monatliche Freibetrag auf CHF 1'000.– und der maximale Kreditbetrag inkl. Zins also auf CHF 36'000.– (36 x monatlicher Freibetrag). Hat der Konsument bereits einen laufenden Konsumkredit oder Leasingvertrag mit monatlichen Raten von beispielsweise CHF 500.–, so reduziert sich der für den neuen Kredit zur Verfügung stehende monatliche Freibetrag auf CHF 500.– und damit die Maximalhöhe des neu zu gewährenden Kredites auf CHF 18'000.–. Hat der Konsument zusätzlich noch bei der IKO gemeldete Kreditkartenschulden von CHF 10'000.–, so reduziert sich die mögliche Kredithöhe weiter auf CHF 8'000.–.

Zur Durchführung der beschriebenen Kreditfähigkeitsprüfung

benötigt der Kreditgeber einschlägige Angaben des Konsumenten zu den finanziellen Verhältnissen (Einkommen, monatliche Verpflichtungen usw.). Wer einen Konsumkredit- oder Leasingvertrag abschliessen will, muss also einen entsprechenden Fragenkatalog beantworten. Erforderlich sind insbesondere exakte Angaben zum Zivilstand, zu den Wohnverhältnissen (Mietzins, evtl. Wohngemeinschaft mit anderen Personen), zum Einkommen, zu den Vermögensverhältnissen, zu obligatorischen Versicherungsprämien, zusätzlichen monatlichen Gesundheitskosten, bestehenden Ratenverpflichtungen usw.). Dass damit der Persönlichkeits- oder sogar Geheimbereich erheblich tangiert wird, nimmt das revidierte KKG im Hinblick auf einen möglichst optimalen Schutz der Konsumenten vor Überschuldung in Kauf. Der Kreditgeber darf sich auf die Angaben der Konsumenten verlassen, soweit diese nicht offensichtlich unrichtig sind oder den bei der Informationsstelle für Konsumkredit gespeicherten Daten widersprechen.

Eine erleichterte Kreditfähigkeitsprüfung gilt für **Leasingverträge** (Art. 29 KKG): Das KKG schreibt hier lediglich vor, dass die Leasingraten entweder aus dem monatlichen Einkommen ohne Tangierung des Existenzminimums oder unter Inanspruchnahme entsprechender Vermögenswerte zahlbar sein müssen; die für Ratenkredite geltende «36 Monate-Regel» fehlt. Durch Vereinbarung einer Vertragsdauer von 48 oder sogar 60 Monaten kann also die monatlich geschuldete Leasingrate entsprechend reduziert werden, so dass sie im pro Monat zur Verfügung stehenden Freibetrag Platz hat.

Zusätzlich erleichtert ist die Kreditfähigkeitsprüfung bei der Einräumung einer **Kredit- oder Kundenkarte** oder einer **Überziehungslimite**: Art. 30 KKG

schreibt für solche Geschäfte lediglich eine «summarische» Kreditfähigkeitsprüfung vor, wobei es den Kreditgebern überlassen ist, deren Elemente im Einzelnen festzulegen. Ergeben sich im Verlaufe einer Geschäftsbeziehung Anzeichen, wonach sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Konsumenten verschlechtern, so ist die oben erwähnte «summarische» Kreditfähigkeitsprüfung zu wiederholen.

Meldung an die Informationsstelle für Konsumkredit (IKO)

In Befolgung einer entsprechenden gesetzlichen Auflage (Art. 23 KKG) haben die Kreditgeber die Informationsstelle für Konsumkredit (IKO) gegründet. Sie bildet die Grundlage für die Durchführung der oben beschriebenen Kreditfähigkeitsprüfung, indem bei ihr die bestehenden Konsumkreditverpflichtungen – und auch qualifizierte Verzüge bei den einzelnen Ratenzahlungen – verzeichnet sind. Die IKO untersteht der Aufsicht des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes und den Vorschriften des Datenschutzgesetzes.

Zugang zu den Daten der IKO haben ausschliesslich die dem KKG unterstellten Kreditgeber, und auch sie nur insoweit, als sie die Daten zur Erfüllung ihrer Pflichten gemäss KKG (Kreditfähigkeitsprüfung) benötigen. Eine Liste der zum Datenbezug zugelassenen Kreditgeber kann auf der Homepage der IKO (www.iko-info.ch) abgerufen oder beim IKO-Sekretariat, Toblerstrasse 97/Neuhausstrasse 4, Postfach 382, 8044 Zürich, bezogen werden.

Gemäss Art. 25–27 KKG besteht eine gesetzliche Pflicht zur Meldung folgender Geschäftsvorfälle an die IKO:

- alle gewährten Konsumkredite bei Vertragsabschluss;
- alle Konsumkredite, bei denen Teilzahlungen von min-

destens 10% des Netto-Kreditbetrages ausstehend sind;

- alle dem KKG unterstellten Leasingverträge bei Vertragsabschluss;
- alle dem KKG unterstellten Leasingverträge, bei denen drei Leasingraten ausstehend sind;
- benutzte Kreditoptionen und Überziehungslimiten bei Kredit-/Kundenkarten/Überziehungskrediten, wenn das betreffende Konto entweder
 - während 90 Tagen ununterbrochen einen Schuldsaldo aufgewiesen hat und dieser am Ende der 90-tägigen Periode mindestens CHF 3'000.– beträgt (Variante 1, gemäss IKO-Reglement); oder
 - an drei aufeinanderfolgenden Stichtagen einen Schuldsaldo aufgewiesen hat und dieser zum Zeitpunkt der Stichtage jeweils mindestens CHF 3'000.– beträgt (Variante 2, gemäss IKO-Reglement).

Diverse verbreitete Kredit- und Kundenkarten (so z.B. Visa, Eurocard, zahlreiche Warenhauskarten) räumen bekanntlich den Karteninhabern die Möglichkeit ein, lediglich mindestens 10% des monatlichen Rechnungsbetrages zu bezahlen und den Rest auf die Rechnung des folgenden Monats vorzutragen. Bleibt in Ausübung dieser vertraglich vereinbarten Kreditoption bei drei aufeinanderfolgenden Monatsrechnungen ein Restsaldo von mindestens CHF 3'000.– unbeglichen, so wird der betreffende Karteninhaber also bei der IKO mit dem entsprechenden Schuldsaldo vermerkt. Die monatliche Meldung wird wiederholt, solange ein Schuldsaldo von mindestens CHF 3'000.– besteht. Ist dies nicht mehr der Fall, wird der entsprechende Eintrag per übernächstes Monatsende wieder gelöscht.

Wer wissen möchte, ob über ihn Einträge bei der IKO bestehen und – wenn ja – welche, kann gestützt auf Art. 8 des Daten-

schutzgesetzes beim IKO-Sekretariat unter Beilage einer Ausweiskopie unentgeltlich einen Datenbankauszug bestellen. Sollten sich Einträge als unrichtig erweisen, kann anschliessend die entsprechende Korrektur verlangt werden.

Abschliessende Würdigung

Per Ende 2002 belief sich die Zahl der laufenden «klassischen» Konsumkreditverträge auf 372'000 mit einem Gesamtkreditvolumen von CHF 5,577 Milliarden. Gleichzeitig waren 460'000 Leasingverträge mit einem Gesamtvolumen von CHF 7,462 Milliarden pendent. Konsumkredit- und Leasingverträge stossen also offensichtlich bei den Konsumenten auf erhebliche Nachfrage. Umso mehr ist es zu begrüssen, dass mit der KKG-Revision endlich eine landesweit einheitliche Rechtsgrundlage für diesen wichtigen Geschäftszweig geschaffen worden ist. Die gesetzliche Verankerung einer umfassenden Kreditfähigkeitsprüfung minimiert gewiss die Gefahr von Überschuldungssituationen, wenn auch darauf hinzuweisen ist, dass die Konsumkreditbranche im eigenen Interesse (Verhinderung von Debitorenverlusten) schon vorher sorgfältige Kreditprüfungen vorgenommen hat. Offensichtlich ist aber auch, dass die im KKG statuierten schematischen Vorschriften für die Kreditfähigkeitsprüfung (insbesondere 36 Monate-Regel bei Ratenkrediten) die Kreditfähigkeit der Konsumenten erheblich einschränkt. Reaktionen aus dem Publikum zeigen, dass die für die Durchführung der Kreditfähigkeitsprüfung notwendige Beantwortung zahlreicher teils den Persönlichkeitsbereich berührender Fragen nicht überall auf Verständnis stösst. Dasselbe gilt für die Pflicht zur Registrierung bei der IKO, insbesondere bei Kredit- und Kundenkarten mit vertraglich vereinbarter Kreditoption. ■



Dr. iur. Robert Simmen
Rechtsanwalt
Zürich
Geschäftsführer der
Informationsstelle für
Konsumkredit (IKO)



Der Bankkunde als potenzieller Geldwäscher

– oder weshalb die Bank so viel vom Unternehmer wissen will

Das international organisierte Verbrechen, das vor allem aus dem Drogenhandel enorme Gewinne erzielt, macht auch vor dem Finanzplatz Schweiz keinen Halt. Schon früh hat die Schweiz auf diese Art Verbrechen reagiert und auf den 1. August 1990 die Art. 305bis und Art. 305ter Strafgesetzbuch (StGB) in Kraft gesetzt. So ist in der Schweiz sowohl die Geldwäscherei an sich (Art. 305bis StGB) als auch die mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften strafbar.

Nach Art. 9 des Geldwäschereigesetzes besteht heute für Banken und andere Finanzintermediäre eine Meldepflicht, wenn ein begründeter Verdacht auf Geldwäscherei besteht. Jede Bank benötigt deshalb verschiedene Informationen über ihre Kunden, um die laufenden Geldgeschäfte auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen zu können. So ist auch der Unternehmer als Bankkunde gehalten, seine Bank über die finan-

ziellen Verhältnisse, die Art der beruflichen- oder geschäftlichen Tätigkeiten, sowie die Herkunft deponierter oder investierter Vermögenswerte zu informieren. Unterlässt die Unternehmung ihre Mitwirkung, kann dies unter Umständen unangenehme Auswirkungen haben. Verweigert nämlich eine Unternehmung die Mitwirkung, ist die Bank allenfalls verpflichtet, eine Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei zu machen.

Mit einer aktiven Zusammenarbeit zwischen Bank und Unternehmung können solche Störungen vermieden werden.

Geldwäscherei

Geldwäscherei liegt insbesondere dann vor, wenn jemand die verbrecherische Herkunft von Vermögenswerten verbirgt oder schmutzige Vermögenswerte so in den legalen Wirtschaftskreislauf einschleust, dass sie nachher als sauber erscheinen. Vielfach wird in einer ersten Phase versucht, schmutzige Vermögenswerte unter der Umgehung von Deklarations- oder Identifikationspflichten in das legale Finanzsystem einzuspeisen. Dies kann durch wiederholte Einzahlung kleinerer Barbeträge erfolgen oder durch Geldschmuggel, um aus Verbrechen stammende Gelder aus einem Land zu brin-



gen. Später folgen vielfach komplizierte und vernetzte Finanztransaktionen; ein eigentliches Verwirrspiel, um die Herkunft der Gelder zu verschleiern. Hilfestellungen können Sitzgesellschaften oder Briefkastenfirmen bieten, die selbst keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. In einem letzten Schritt versucht der Geldwäscher die Gelder wiederum in den legalen Wirtschaftskreislauf einzubringen und frei verfügbar zu machen. Für den Finanzplatz Schweiz besteht vor allem die Gefahr, dass er für das eigentliche Verwirrspiel missbraucht wird.

Schweizer Banken verhindern Geldwäscherei

Wenn Banken in der Schweiz fremde Vermögenswerte annehmen, aufbewahren, anlegen oder übertragen helfen, müssen sie mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität der wirtschaftlich Berechtigten feststellen. Zudem ist die Bank berechtigt und teilweise auch verpflichtet, der Meldestelle für Geldwäscherei Vorgänge anzuzeigen, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen rühren könnten. So formuliert Art. 305ter StGB die Sorgfaltspflichten bei Finanzgeschäften für Banken

und andere Finanzintermediäre. Diese Anforderungen haben die Schweizerische Bankiervereinigung und die Schweizer Banken schon seit geraumer Zeit in einer speziellen «Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken» (VSB) konkretisiert. Die Vereinbarung besteht seit 1977, wurde mehrfach überarbeitet und beinhaltet in der neuesten Fassung der VSB 03 weitere Verschärfungen hinsichtlich der Sorgfaltspflicht der Banken. Die VSB 03 enthält insbesondere Folgendes:

- Pflicht der Bank, ihre Vertragspartner zu identifizieren;
- Pflicht der Bank, in Zweifelsfällen eine Erklärung des Vertragspartners über den an den Vermögenswerten wirtschaftlich Berechtigten einzuholen;
- Verbot der aktiven Beihilfe zur Kapitalflucht;
- Verbot der aktiven Beihilfe zur Steuerhinterziehung und dergleichen durch Abgabe von unvollständigen oder irreführenden Bescheinigungen.

Der Abschluss der Vereinbarung erfolgte im Bestreben, das Ansehen des Schweizerischen Bankgewerbes im In- und Ausland zu wahren. Die VSB soll eine einwandfreie Geschäftsführung unter Berücksichtigung des Bankgeheimnisses ermöglichen. Die Banken wollen mit der VSB 03 schliesslich auch einen wirkungsvollen Beitrag zur Bekämpfung der Geldwäscherei leisten.

Verschärfung durch neue Geldwäschereiverordnung

Am 1. Juli 2003 tritt die neue Geldwäschereiverordnung der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) in Kraft (GwV-EBK). Die neue Verordnung bringt nochmals erhöhte Anforderungen an die Sorgfaltspflichten der Bank mit sich. Verschiedene Vorschriften, die die Bank treffen, werden Auswirkungen auf Kundenbeziehungen und damit auch auf Geschäftsbezie-

hungen mit Unternehmungen haben.

Die Neueröffnung einer Geschäftsbeziehung – ein Hürdenlauf?

Jede Bank ist verpflichtet, bei der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung den Vertragspartner zu identifizieren. Mehr oder weniger unproblematisch ist die Identifikation bei natürlichen Personen, wo die Bank in geeigneter Weise, Name, Vorname, Geburtsdatum, Nationalität, Wohnsitzadresse respektive Domiziladresse des Vertragspartners abzuklären hat, und die Angaben mit der Fotokopie eines amtlichen Ausweises belegen muss. Problematischer ist bereits eine Korrespondenzeröffnung, da diese neu (ab 1.7.03) auch bei in der Schweiz ansässigen Kunden eine beglaubigte Kopie des Passes erfordert. Mehraufwand wird ebenfalls bei juristischen Personen notwendig sein. Am weitesten hilft es dem Unternehmer, wenn er einen aktuellen Handelsregisterauszug beibringt. Komplizierter wird es dann, wenn nicht von vorneherein klar ist, ob der Vertragspartner auch der wirtschaftlich Berechtigte ist. Dies ist beispielsweise bei Sitzgesellschaften der Fall, die definitionsgemäss keinen Betrieb des Handels, der Fabrikation oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes betreiben. Da die Sitzgesellschaft selber nicht wirtschaftlich berechtigt sein kann, sind weitere Angaben über den wirtschaftlich Berechtigten notwendig. Diese Angaben werden mittels Formular A ermittelt, in dem der Vertragspartner angibt, er sei selber an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt, bzw. wer sonst an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist. Bei Unklarheiten hinsichtlich der wirtschaftlich Berechtigten sind weitere Abklärungen seitens der Bank unabdingbar. Ein Unternehmer ist jedenfalls gut be-

raten, der Bank unverzüglich die benötigten Informationen zukommen zu lassen, will er nicht Gefahr laufen, allenfalls in ein Untersuchungsverfahren zu geraten.

Der Unternehmer als Risiko

Die neue Geldwäschereiverordnung schreibt den Banken ab dem 1. Juli 2003 im weiteren vor, sämtliche Kunden in Risikokategorien einzuteilen. Die möglichen Risikokategorien sind dabei nicht vorgegeben. Die Folgen dieser neuen Auflage seitens der Aufsichtsbehörden sind zum heutigen Zeitpunkt schwer abschätzbar. Immerhin geht es darum, sogenannte problemlose Kunden von Beginn der Geschäftsbeziehung an von risikobehafteten Kunden zu unterscheiden.

Sinnvolle Transaktionen?

Der Bank kommt ab dem 1. Juli 2003 noch stärker die Aufgabe zu, den gesamtwirtschaftlichen Sinn und Zweck einer Finanztransaktion zu beurteilen. Gerade grössere Transaktionen müssen Sinn machen und mit dem eigentlichen Geschäft eines Unternehmens im Zusammenhang stehen. Deshalb ist die Bank schon bei der Eröffnung einer Bankbeziehung über die zu betreibenden Geschäfte zu informieren. Die Bank muss den Verwendungszweck abgezogener Vermögenswerte nachvollziehen können, um die wirtschaftliche Berechtigung einer Transaktion zu erkennen. Die Plausibilität grösserer Zahlungseingänge muss transparent sein. Die Bank ist zur Abklärung verpflichtet, welches der Ursprung eines Vermögens ist, das unangekündigt eingeht. Kann die Bank den wirtschaftlichen Sinn einer Transaktion nicht feststellen, läuft die Unternehmung als Bankkunde Gefahr, mit unangenehmen Fragen konfrontiert zu werden. Ein erhöhtes Risiko geht die Unternehmung ein, wenn sie Ge-

schäfte mit Vertragspartnern aus Staaten betreibt, die auf einer sogenannten Blacklist (Achse der «unzuverlässigen» Staaten, UN-, EU-Sanktionen) figurieren. Ländern mit bekanntermassen hohem Korruptionsrisiko ist ebenfalls besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Tätigt ein Unternehmer Geschäfte mit Gesellschaften aus solchen Staaten respektive mit den Staaten selbst, so muss er darauf gefasst sein, dass die Bank genaue Abklärungen treffen muss, woher oder wohin Zahlungen gehen.

Die Vorkehrungen des Unternehmers

Ab dem 1. Juli 2003 sind die Banken gehalten, ein Monitoring-System einzuführen. Die Bank muss verdächtige Transaktionen im Sinne der Geldwäschereigesetzgebung herausfiltern, um diese dann eingehender zu prüfen. Unsere Banken werden deshalb verschiedenen Unternehmungen künftig wesentlich häufiger als bisher Fragen stellen, um Finanztransaktionen plausibilisieren zu können. Um als Unternehmung

Die neue Geldwäschereiverordnung schreibt den Banken ab dem 1. Juli 2003 vor, sämtliche Kunden in Risikokategorien einzuteilen.

nicht einfach passiv abzuwarten, ist Folgendes zu empfehlen:

- Die Bank sollte umgehend über Änderungen bei Zuständigkeiten in finanzieller Hinsicht informiert werden. Aktualisierte Handelsregisterauszüge sind der Bank am besten unaufgefordert zuzustellen.
- Bereits bei der Eröffnung einer Geschäftsbeziehung sollte die Bank über die zu erwartenden Finanztransaktionen (ungefähres Volumen) informiert werden.
- Erwartet die Unternehmung eine Finanztransaktion, die

von aussen gesehen als ungewöhnlich erscheinen könnte, so ist es im eigenen Interesse der Unternehmung, die Bank darüber zu informieren. So kann es beispielsweise Sinn machen, die Bank über den erfolgreichen Abschluss eines Werkvertrages zu informieren, aus dem in nächster Zeit grössere Zahlungen (z.B. aus dem Ausland) erfolgen werden.

- Die präventive Information der Bank über zu erwartende Eingänge respektive auszuführende Transaktionen kann die Unternehmung von einem erheblichen Mehraufwand verschonen, der dann entstehen könnte, wenn der Bank ein Geschäft nicht als plausibel erscheint. Oder im Fall, da eine aussergewöhnliche Transaktion erfolgt, die nicht dem sonst üblichen Bild der Zahlungsein- und Ausgänge einer Unternehmung entspricht.

Der Anwalt als Mittler

Wichtig zu wissen ist, dass die Bank ihre Abklärungen und Fragen nicht aus übertriebener Neugier anstellt, sondern in blosser Erfüllung ihrer aufsichtsrechtlichen Normen und ihrer Sorgfaltspflichten. Eine gute Zusammenarbeit zwischen der Unternehmung als Bankkunde und dem Finanzinstitut erleichtert die Erfüllung der neueren und schärferen Bestimmungen hinsichtlich Geldwäscherei für beide Parteien. Bei Unternehmensverkäufen, Joint Ventures oder anderen Transaktionen, die nicht gerade regelmässig erfolgen, ist die Unternehmung gut beraten, beispielsweise ihren Rechtsanwalt damit zu beauftragen, die bei einer Finanztransaktion involvierten Banken über die zu erwartenden Geschäfte und Geldflüsse zu informieren. ■



Dr. Erwin Scherrer*
Rechtsanwalt
St.Gallen

* Ich danke Dr. Roger Dornier, RA, Rechtskonsulent St.Galler Kantonalbank, und lic.iur. Roland Schaub, RA, Rechtskonsulent Verband Schweiz. Raiffeisenbanken, für die kritische Durchsicht.



Rechtsprobleme des E-Commerce

Die moderne Welt kommt ohne Automaten und EDV nicht mehr aus. Die Rechtswissenschaft ist damit in verschiedener Hinsicht herausgefordert.

Das Vertragsrecht geht grundsätzlich davon aus, dass zwei physisch existierende, das heisst natürliche Personen, einen Vertrag abschliessen. Eine erste Form der Abstraktion stellt ein Vertrag zwischen einer juristischen Person (z.B. einer Aktiengesellschaft) und/oder einer natürlichen Person dar. Man hat hier keine Mühe, einen solchen Vertrag gleich zu behandeln, wie wenn zwei natürliche Personen involviert sind. Im Zeitalter des Internet werden Verträge über Dienstleistungen oder Waren (z.B. Kauf von Büchern oder CD's oder Vermittlung von Last-Minute-Reisen) aber häufig durch den Computer via Mo-

dem abgewickelt, wobei auf einer oder sogar auf beiden Seiten keine natürlichen Personen beteiligt sind. Man spricht vom sogenannten E-Commerce und unterscheidet folgende Formen:

- B2B (Business to Business), bei welcher der Vertragsabschluss auf beiden Seiten EDV-mässig ohne Mitwirkung von natürlichen Personen erfolgt.
- B2C (Business to Customer), wo der Vertragsabschluss auf einer Seite EDV-mässig abgewickelt wird, wobei die Zahlung meistens über Kreditkarten erfolgt.

Es stellen sich verschiedene interessante Rechtsprobleme.

Bindung an die Offerte

Die erste Problematik ist, was bei einer E-Commerce-Lösung eine Offerte darstellt und wie lange

der Offerent gebunden ist. Bei der Prüfung der Frage, ob die Darstellung von Waren oder Dienstleistungen samt Preisen eine Offerte darstellt, ist Art. 7 Abs. 3 OR heranzuziehen, welcher besagt, dass die Auslage von Waren mit Angabe des Preises in aller Regel als Antrag gelte, an welchen der Offerent gebunden ist. Entscheidend ist aber, wie lange die Bindung andauert. Die Beantwortung dieser Frage entscheidet, welches Entgelt für eine Ware oder Dienstleistung zu zahlen ist. Dies ist gerade bei Reiseangeboten wichtig. Kann der Betreiber einer E-Commerce-Lösung die Preise nachträglich noch erhöhen, wenn sich z.B. die Flugticketkosten wegen der Kerosinpreise schlagartig verdoppeln? Dies muss bejaht werden, wenn der Homepage-Betreiber einen ent-

sprechenden Vorbehalt anbringt, was in aller Regel der Fall ist. Fehlt ein solcher, so hängt die Offertbindung davon ab, ob eine Offertstellung unter Anwesenden oder Abwesenden vorliegt. Im ersten Fall gilt die Offerte gemäss Art. 4 Abs. 1 OR als abgelehnt, sofern sie nicht sofort angenommen wird. Nimmt man eine Offertstellung unter Abwesenden an, ist der Offerent bis zu jenem Zeitpunkt gebunden, wo er den Eingang der Antwort bei ordnungsgemässer und rechtzeitiger Absendung erwarten darf (Art. 5 Abs. 1 OR). Wann liegt nun eine Offertstellung unter Anwesenden, wann eine solche unter Abwesenden vor? Nach meiner Auffassung ist zu prüfen, **ob die Homepage beim Vertragsabschluss inaktiv bleibt**, also bloss das Angebot darstellt und bestellt werden kann, oder **ob die Homepage im Rahmen der Abwicklung aktiv ist**, indem z.B. das Programm dem Interessenten je nach Beantwortung der Fragen unterschiedliche Angebote unterbreitet, wie z.B. eine Reise an den Sandstrand von Rimini oder aber Ferien an der Südküste der Türkei. Das kann durch die Menüführung geschehen. Im Menü werden je nach Beantwortung der Fragen und nach der Höhe des Ferienbudgets bzw. der Reisekosten unterschiedliche Angebote offeriert. Im ersten Falle, also bei inaktiver Homepage, ist m.E. eine Offertstellung unter Abwesenden, im zweiten Falle, bei aktiver Homepage, eine solche unter Anwesenden anzunehmen. Es liegt keine andere Situation vor, als wenn ein Mitarbeiter eines Reisebüros dem Interessenten je nach geäusserten Wünschen unterschiedliche Angebote unterbreitet. Konsequenz ist, dass bei einer aktiven Homepage die Offerte als abgelehnt gilt, wenn sie der Interessent nicht sofort annimmt. Im Falle einer inaktiven Homepage ist das Reisegeschäft nach Mass-

gabe von Art. 5 Abs. 1 OR gebunden.

Auf der Seite des E-Commerce-Unternehmens ist wichtig, dass das Angebot genügend vorrätig ist. Sollte dies nicht der Fall sein, läge **verschuldete Unmöglichkeit** vor (Art. 119 Abs. 1 OR), welche das Unternehmen schadenersatzpflichtig machen würde. Der E-Commerce-Betreiber kann sein Angebot allerdings einschränken, indem Lieferung versprochen wird, solange die Ware vorrätig ist oder indem er das Angebot als «frei bleibend» oder «ohne Obligo» deklariert. In diesen Fällen ist er gemäss Art. 7 Abs. 1 OR nicht an die Offerte gebunden.

Allgemeine Geschäftsbedingungen

Das moderne Geschäft ist über weite Strecken typisiert und ein Massengeschäft. Dies ruft der Standardisierung. Es würde wenig Sinn machen, für den gleichen Vorgang immer wieder individuelle Verträge auszuhandeln. Der Anbieter offeriert sein Angebot im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), welche für gleich gelagerte Fälle gelten sollen. Dies ist einerseits positiv, indem dadurch die Regeln im Sinne der Rechtssicherheit klar fixiert werden. Auf der anderen Seite aber wird der Urheber der Geschäftsbedingungen bestrebt sein, seine Rechtsposition optimal abzusichern und die Rechte der anderen Vertragspartei nach Möglichkeit zu beschneiden. Gerade bei Geschäften über das Internet sind Allgemeine Geschäftsbedingungen (fast) die Regel.

Im deutschen Recht besteht das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. In der Schweizer Rechtsordnung wurde bei der Revision des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb Art. 8 UWG geschaffen, welcher die Anwendung vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen unter bestimmten Voraus-

setzungen als unlauter qualifiziert. Die Schweizer Regelung ist kompliziert und wenig geeignet, einen Interessenausgleich herbeizuführen. Entsprechend marginal sind denn auch höchstrichterliche Entscheide zu Art. 8 UWG.

Soweit nicht Art. 8 UWG zur Anwendung gelangt, ist die Gültigkeit der AGB davon abhängig, ob diese vom Konsens der Parteien erfasst sind. Vertragsinhalt werden sie durch ausdrückliche Erklärung der Parteien (z.B. in einem Brief oder in einer E-Mail). Bei Angeboten im Internet wird eine Bestellung in der Regel nur dann möglich sein, wenn der Interessent durch einen Mausklick die Anwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen akzeptiert. Der Raum individueller Absprachen ist daher marginal.

Gerichtsstand/Frage des anwendbaren Rechtes

Es ist die Besonderheit des E-Commerce als Phänomen der Globalisierung, dass die Vertragspartner häufig in verschiedenen Ländern domiziliert sind. Die Frage ist zu prüfen, wo geklagt werden kann und welches Recht durch den Richter anwendbar ist. Hier entscheidet sich, ob der als Schnäppchen angepriesene Computer wirklich

Der Urheber der Geschäftsbedingungen wird bestrebt sein, die Rechte der anderen Vertragspartei nach Möglichkeit zu beschneiden.

wohlfeil war oder nicht. Wenn ich nämlich eine Firma in Costa Rica belangen und vor den dort zuständigen Gerichten nachweisen muss, wie das Schweizer Recht beschaffen ist, können Kosten auflaufen, die den Einspareffekt gar bald aufheben. Von daher empfiehlt sich bei allem Respekt vor dem Effekt der Globalisierung doch, bei angeblich günstigen Angeboten zu



Dr. Markus Züst
Rechtsanwalt
St. Margrethen

prüfen, was im Falle von Störungen in der Vertragsabwicklung rechtlich unternommen werden kann und welche Kosten anfallen. In den Allgemeinen Geschäftsbestimmungen sind Regeln über den Gerichtsstand und das anwendbare Recht fast Standard. Es ist daher zu empfehlen, diese vor Eingehung eines Vertrages zu lesen.

Sicherheits-/Beweisfragen

So einfach die Vertragsabwicklung auf dem Wege des E-Commerce via Mausclick ist, es gilt zu bedenken, dass erhebliche Gefahren lauern. Das anonyme Gegenüber muss nicht immer ein honoriges Unternehmen sein, sondern es kann hinter der Homepage ein Krimineller lauern, welcher es einzig darauf abgesehen hat, Geld abzuzocken. Sicherheitsfragen stehen daher im Vordergrund. Man bedenke, dass in der Regel die Kreditkarteninformationen übermittelt werden müssen, weil sonst der Vertragsabschluss nicht zustande kommt. Die Gefahr, dass mit diesen Informationen Missbrauch betrieben wird, ist gross. Davon können Surfer ein Lied singen, welche nur so nebenbei eine Sex-Homepage besuchen, dort dann ihre Kreditkartendaten preisgeben und erstaunt sind, wenn die nächste Rechnung des Kreditkartenunternehmens astronomische Höhen erreicht. Die Technik bietet heute zwar die elektronische Signatur, bei welcher eine Unterschrift einer ganz bestimmten Person zugeordnet werden kann bzw. bei welcher die Zuordnung zu dieser ausgeschlossen werden kann. Die Akzeptanz solcher Zertifizierungen ist allerdings (noch) gering, weil zu kompliziert. Sie sind aber ein Weg, vermehrt Sicherheit im E-Commerce-Bereich zu schaffen. Wichtig ist aber auch die Beweissicherung. Namentlich das E-Commerce-Unternehmen muss Beweise sichern, damit es im Falle prozessualer Auseinandersetzungen



den Nachweis erbringen kann, dass ein bestimmter Surfer bestellt hat. Der Beklagte kann sich grundsätzlich darauf beschränken, alles zu bestreiten, nämlich dass er die Homepage des Unternehmens besucht und dass er bestellt hat. Es ist dann dem Unternehmen aufgetragen, die Beweise für den Vertrags-

Auf dem Wege des E-Commerce lauern erhebliche Gefahren.

abschluss vorzulegen. Die Identifizierung des Surfers ist nicht so einfach. Das E-Commerce-Unternehmen wird zwar gewöhnlich die IP-Adresse (bzw. die TCP/IP-Adresse) des Surfers speichern, doch ist die Zuordnung der Adresse schwierig, denn IP-Adressen sind vielfach nicht fix, sondern werden vom Internetprovider aus einer Vielzahl von IP-Nummern dynamisch vergeben, so dass der Besteller nur mit grossem Aufwand ermittelt werden kann. Weiter kann eine IP-Adresse auch durch Cracker mit der Spoofing-Methode, das heisst Verfälschung der eigenen IP-Adresse (Adresse A) durch de-

ren Ersetzung durch eine andere (Adresse B), verfälscht werden. Aber auch der Besteller ist gehalten, die Bestellsorder auszudrucken, um sich gegen Überraschungen bei der Rechnungsstellung zu wappnen. Zusammengefasst zeigt sich, dass in der Welt des Internet neue Formen des Vertragsabschlusses entstanden sind, welche nur mit Mühe in das Prokrustesbett der bestehenden Rechtsordnung eingezwängt werden können und bei welchen die Schnelligkeit des Vertragsabschlusses mit Gefährdungen der Rechtspositionen von Anbieter und Interessenten einhergehen. ■



Sachmängelrechte beim Autokauf

Welche Rechte hat der Käufer, wenn sein soeben erworbener Neu- oder Occasions-Wagen Sachmängel aufweist? Die Rechtsordnung stellt zwar ein Haftungssystem für Sachmängel zur Verfügung; dieses kommt allerdings nur noch in seltenen Fällen zum Zuge, da heute beim Autokauf in aller Regel Allgemeine Vertragsbestimmungen vereinbart werden, welche die gesetzliche Ordnung zum Teil erheblich abändern. Solche Abreden sind grundsätzlich zulässig, wobei entgegen aller Vorurteile in der Praxis durchaus auch Raum für käuferfreundliche Klauseln bleibt.

Nachfolgend sollen sowohl die gesetzliche Ordnung als auch die gängigen Abreden im Zusammenhang mit der Sachmängelhaftung kurz dargestellt und erläutert werden. Quelle für die Abreden sind dabei die vom Autogewerbe-Verband der Schweiz (AGV) herausgegebenen Vertragsmuster, welche allerdings von den Verkäufern keineswegs tel quel übernommen werden müssen.

Der Sachmangel

Ein Sachmangel kann einerseits im **Fehlen zugesicherter Eigenschaften** liegen, andererseits in der eigentlichen **Fehlerhaftigkeit des Autos** in körperlicher oder rechtlicher Hinsicht (Schäden oder z.B. Nichterfüllung von Zulassungsvorschriften). Von den zugesicherten Eigenschaften, für welche der Verkäufer einzustehen hat, müssen die bloss rekla-

mehaften Anpreisungen unterschieden werden, welche beim Autokauf regelmässig eine grosse Rolle spielen. Für derartige Anpreisungen besteht im Grundsatz keine Einstehenspflicht, solange sie nicht im konkreten Kaufvertrag aufgeführt und dadurch (als zugesicherte Eigenschaften) zum vereinbarten Vertragsinhalt werden; dies kann allerdings schon bei einem im Vertrag enthaltenen Verweis auf Kataloge und Prospekte der Fall sein. In den gängigen Kaufverträgen für Neuwagen werden regelmässig die Spezifikationen des Motors, der Karosserieform (inkl. Anzahl Türen), der Farbe und des Interieurs sowie das Sonderzubehör aufgeführt und damit kaufrechtlich zugesichert.

Im Bereich der eigentlichen Fehlerhaftigkeit muss beachtet

werden, dass die Erwartungen des Käufers im Verhältnis zum Zustand der Kaufsache beim Vertragsabschluss und zu den getroffenen Abreden stehen müssen. Wer also ein neues Auto kauft, darf zweifelsohne vollständige Fehlerfreiheit erwarten, während der Käufer eines Autos mit bereits 100'000 gefahrenen Kilometern den dieser Fahrleistung entsprechenden Verschleiss nicht als Mangel geltend machen kann, solange ihm nicht ausdrücklich entsprechende Zusicherungen gemacht wurden. Weiter besteht auch keine Haftung des Verkäufers für dem Käufer bekannte oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit erkennbare Mängel, es sei denn,

Hier gilt das alte Motto für Kaufverträge: «Augen auf – Kauf ist Kauf».

der Verkäufer habe ausdrücklich das Nichtvorhandensein von Mängeln zugesichert. Eine gut sichtbare Beule oder Lackbeschädigungen durch sogenannten Steinschlag bei einem Gebrauchtwagen können daher regelmässig nicht mit Erfolg als Mängel gerügt werden – hier gilt das alte Motto für Kaufverträge: «Augen auf – Kauf ist Kauf». Beim Kauf von Gebrauchtwagen

hat die Zusicherung «unfallfrei» eine besondere Bedeutung. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang mehrfach festgehalten, dass für die Frage der Definition des Begriffes «unfallfrei» nicht die rein technischen Richtlinien zu gelten haben, welche erst schwerwiegende Beschädigungen an den sogenannten tragenden Teilen des Fahrzeuges als Unfall im Sinne der fraglichen Definition bezeichnen; massgebend ist vielmehr eine in die Laiensphäre übertragene Sichtweise, bei welcher nur noch eigentliche Bagatellschäden (Parkschäden, kleine bis mittelgrosse Beulen und Kratzer usw.) nicht als «Unfälle» zu qualifizieren sind.

Voraussetzungen auf Käuferseite nach Gesetz

Um bei Vorliegen eines Mangels in den Genuss der den Verkäufer verpflichtenden Sachgewährleistung zu kommen, hat der Käufer hauptsächlich zwei Punkte zu beachten: **Erstens** muss er das Auto **rechtzeitig auf Mangel untersuchen**. Art. 201 Abs. 1 OR spricht in diesem Zusammenhang von einer Prüfung «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist», wobei hier nicht zuletzt auch auf die unterschiedlichen Gepflogenheiten im Verkehr unter Kaufleuten und zwischen Privatpersonen Rücksicht genommen werden soll. Eine konkrete Angabe für die Frist, innert welcher

Der Käufer muss das Auto rechtzeitig auf Mängel untersuchen.

ein Autokäufer seinen Wagen zu überprüfen hat, kann somit nicht gemacht werden; immerhin ist aber davon auszugehen, dass ein Auto in aller Regel gekauft wird, um auch sofort in Gebrauch genommen zu werden, so dass sich eine umgehende Prüfung von alleine ergeben wird. An die Gründlichkeit der Prüfung dürfen selbstverständlich nicht allzu grosse Anforderun-

gen gestellt werden, da der Käufer regelmässig nicht als Fachmann zu gelten haben wird. Er ist ausserdem nicht gehalten, nach verborgenen Mängeln zu fahnden, welche erst im Laufe der Zeit oder bei einer speziellen Betriebsart zu Tage treten. Trotzdem ist es beim Kauf von Occasions-Fahrzeugen immer empfehlenswert, das Fahrzeug einem entsprechenden Test unterziehen zu lassen, wobei sich hier die über die ganze Schweiz verteilten TCS-Zentren als unabhängige Instanzen anbieten, welche auch gleichzeitig Bewertungen vornehmen können (Informationen im Internet unter www.tcs.ch, «Auto-Moto» – «Kontrollen»). **Zweitens** muss der Käufer nach der Feststellung eines Mangels diesen **rechtzeitig rügen**, wobei Art. 201 Abs. 1 OR hierfür das Wort «sofort» verwendet, was in der Tat von Lehre und Rechtsprechung recht wörtlich genommen wird. Es gilt zwar auch hier die Regel, dass sich die handelsüblichen Fristen nach den einzelnen Geschäftszweigen (leicht) unterscheiden; der Autokäufer tut hier jedoch gut daran, einen entdeckten Mangel im Laufe der nächsten beiden Werktage nach der Überprüfung des Wagens dem Verkäufer anzuzeigen (nachweisbar, i.d.R. also per Einschreiben), ansonsten er Gefahr läuft, dass das Auto trotz des Mangels als genehmigt gilt und er seine Mängelrechte verliert hat. Diese sofortige

Rügepflicht gilt auch für die sogenannten versteckten Mängel, welche bei der oben erwähnten Untersuchung nicht festgestellt werden mussten, sondern eben erst später zu Tage getreten sind. Hier muss dementsprechend sofort nach der Entdeckung des verborgenen Mangels gerügt werden.

Als weitere Voraussetzung darf die Klage auf Gewährleistung noch **nicht verjährt** sein. Die Verjährung tritt gemäss Art. 210

OR schon mit Ablauf **eines Jahres** nach der Ablieferung der Kaufsache an den Käufer ein, und zwar auch dann, wenn der Mangel erst **nach** Ablauf dieses Jahres zutage tritt. Es muss weiter beachtet werden, dass das Gesetz ausdrücklich von «Klagen auf Gewährleistung» und nicht etwa nur von der Mängelrüge gemäss Art. 201 Abs. 1 OR spricht. Dies bedeutet entgegen der üblichen Darstellung der Mängelrechte, wie sie in den Printmedien häufig angetroffen wird, dass innerhalb dieses einen Jahres nach Ablieferung des Autos nicht nur spätestens die letzten Mängelrügen für verdeckte Mängel angebracht, sondern vielmehr sogar bereits auch entsprechende Mängelrechte (vgl. unten) klageweise geltend gemacht werden müssen. Erfolgt innerhalb des Jahres lediglich die Mängelrüge, so hat der Käufer damit seine aktive Position bei der Ausübung der Mängelrechte verloren, kann diese Mängel jedoch gemäss Art. 210 Abs. 2 OR immer noch einredeweise geltend machen, falls er vom Verkäufer eingeklagt wird (z.B. weil er noch nicht bezahlt hat).

Sachmängelrechte nach Gesetz

Unter den soeben beschriebenen Voraussetzungen hat der (Auto-)Käufer aufgrund der gesetzlichen Regelung die folgenden Alternativen:

1. Er kann den Kauf rückgängig machen, den Wagen zurückgeben und den bereits geleisteten Kaufpreis vom Verkäufer wieder herausverlangen (**Wandelung**, Art. 205 Abs. 1 OR). Bei dieser Rückabwicklung des Kaufvertrages hat der Käufer dem Verkäufer eine Entschädigung für den zwischenzeitlich erfolgten Gebrauch des Fahrzeuges zu bezahlen, während der Verkäufer umgekehrt dem Käufer den Kaufpreis angemessen zu verzinsen hat.
2. Er kann den Preis des Fahrzeuges mindern bzw. den im



Dr. iur. Michael Nonn
M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt
St.Gallen

Vergleich zum entsprechend geminderten Preis bereits zuviel bezahlten Betrag vom Verkäufer wieder herausfordern (**Minde- rung**, ebenfalls Art. 205 Abs. 1 OR). Die Minderung erfolgt hierbei durch einen Wertvergleich zwischen dem effektiv erhaltenen und einem mängelfrei gedachten Wagen.

3. Er kann beim Kauf eines Neuwagens schliesslich als weitere Alternative zur Wandelungs- oder Minderungsklage auch «andere wahrhafte Ware derselben Gattung» fordern, d.h. ein anderes, seinen Spezifikationen entsprechendes Fahrzeug verlangen (**Nachlieferung** beim Gattungskauf, Art. 206 Abs. 1 OR). Beim Kauf eines Occasions-Wagens besteht diese Möglichkeit nicht, denn hier wird nicht z.B. «ein grüner VW Golf GTI mit schwarzen Ledersitzen» gekauft, sondern eben genau der eine grüne VW Golf GTI mit den schwarzen Ledersitzen, der beim Händler/Verkäufer im Verkaufsraum oder auf dem Parkplatz steht.

Bei der Wahl seines Rechtes ist der Käufer grundsätzlich frei, wobei der Richter gemäss Art. 205 Abs. 2 OR statt auf Wandelung auch nur auf Minderung erkennen kann, sofern es die Umstände rechtfertigen, also der durch den Mangel eingetretene Minderwert nicht so gravierend ist, dass eine Rückabwicklung des gesamten Kaufes als angezeigt erschiene. Ausserdem kann der Käufer dann, wenn der geforderte Minderwert die Höhe des Kaufpreises erreicht, nicht mehr lediglich Minderung geltend machen, also das Auto behalten und den Preis auf Null mindern, sondern er hat diesfalls nur die Wandelung zur Auswahl und muss gegen Erhalt seines Kaufpreises auch den Wagen wieder zurückgeben (Art. 205 Abs. 3 OR). Entgegen einer weitverbreiteten Meinung (und entgegen den meisten Garantiebestimmungen) besteht jedoch **kein Recht** des Käufers auf



Nachbesserung, also die kostenlose Instandstellung des Kaufgegenstandes. Dieses Recht hat das Gesetz nur im Bereich des Werkvertrages vorgesehen. Zusätzlich zu den soeben dargestellten Mängelrechten hat der Käufer Anspruch auf **Ersatz des Schadens**, welcher ihm durch den Mangel entstanden ist (Art. 208 bzw. 97 OR), wobei gegebenenfalls auch das Gesetz über die **Produktehaftpflicht** zu beachten ist, was hier jedoch aus Platzgründen nicht vertieft werden kann.

Wegbedingung der Sachgewährleistung und (Fabrik-)Garantie

Wie bereits einleitend erwähnt, kann die gesetzliche Ordnung von den Parteien grösstenteils abgeändert und auch wegbedungen werden: **Zwingend** sind einzig die Haftung für ausdrücklich zugesicherte Eigenschaften (Sachlogik bzw. Widerspruch zwischen Zusicherung und Wegbedingung) sowie für arglistig verschwiegene Mängel (Art. 199 OR). Es sind dabei zwei Ausgestaltungen zu unterscheiden: Einerseits – und dies vor allem bei älteren Gebrauchtwagen, bei welchen die Fabrikgarantie abgelaufen ist und welche von Privat verkauft werden – werden **sämtliche Sachgewährleistungen** (soweit zulässig) wegbedungen, wobei diese Wegbedingung ausdrücklich so im Vertrag genannt sein muss, dass die andere Vertragspartei auch tatsächlich weiss, worauf sie verzichtet. Als ungenügend werden

in diesem Zusammenhang regelmässig die durchaus handelsüblichen Formulierungen wie «tel quel», «wie gesehen und gefahren» usw. bewertet, da mit solchen Formulierungen lediglich festgehalten wird, dass der Käufer den Wagen oberflächlich geprüft und dabei keine sofort zu Tage tretenden Mängel entdeckt hat (vgl. oben). Dadurch sind jedoch insbesondere verdeckte Mängel nicht erfasst und auch die Wegbedingung der Mängelgewährleistung ist auf diese Art und Weise nicht genügend klar formuliert. Andererseits – und dies ist besonders bei Neuwagen und beim professionellen Gebrauchtwagenhandel der Regelfall – wird das gesetzliche System der Sachgewährleistung durch eine sogenannte **«Garantie»** oder **«Fabrikgarantie»** ersetzt, bei welcher die entsprechenden Garantiebestimmungen an die Stelle der gesetzlichen Ordnung treten. Solche Garantiebestimmungen sind für den Käufer insofern ein zweischneidiges Schwert, als sie

Zwingend sind einzig die Haftung für ausdrücklich zugesicherte Eigenschaften sowie für arglistig verschwiegene Mängel.

ihm zwar einerseits regelmässig gewisse Rechte bzw. Möglichkeiten eingestehen, welche die gesetzliche Ordnung nicht vorsieht, ihm aber andererseits ebenso regelmässig wesentliche Rechte der gesetzlichen Ordnung nehmen. Soweit die Ga-

rantie länger als ein Jahr läuft, was bei Neuwagen heute die Regel sein dürfte, ergibt sich zunächst eine **Besserstellung** des Käufers im Vergleich zur einjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR. Zusätzlich dürfte in der Garantiefrist häufig auch ein Verzicht auf die sofortige Mängelrüge enthalten sein, indem der Käufer einen Mangel grundsätzlich unabhängig von dessen Entdeckung während der gesamten Garantiedauer geltend machen kann; die Musterverträge des AGV verpflichten den Käufer allerdings zur Anzeige eines Fehlers (Mangels) «unverzüglich nach dessen Feststellung», womit ein Zuwarten als «unsachgemässe Behandlung» interpretiert werden könnte, die wiederum zum Entfallen jeglicher Gewährleistungspflicht führt – hier geht es letztlich v.a. darum, die Weiterbenützung des Fahrzeuges trotz Mangels zu verhindern, damit der Mangel nicht zu noch schwerwiegenderen Schäden führt. Dies dürfte letztlich aber zweifelsohne auch im Interesse des Käufers sein.

Soweit Garantieerklärungen dem Käufer ein Recht auf Nachbesserung einräumen, gewähren sie ihm zunächst ebenfalls mehr als das Gesetz. Diese «Grosszügigkeit» wird jedoch regelmässig (und so auch in den Musterverträgen des AGV) durch die gleichzeitige Wegbedingung der gesetzlich vorgesehenen Mängelrechte (inkl. dem Recht auf Schadenersatz, wobei all diese Wegbedingungen ausdrücklich formuliert sein müssen!) **stark relativiert**, so dass der Käufer am Ende deutlich **weniger Möglichkeiten** hat, als dies gesetzlich vorgesehen wäre. Insbesondere die Wegbedingung der Wandelung, aber auch des Nachlieferungsrechts, schränken den Käufer deutlich ein, da der Verkäufer so bei einem verkauften Wagen nur in Ausnahmefällen (diesfalls jedoch auch zu Recht –

vgl. z.B. Art. 199 OR) mit einer Rückabwicklung des Vertrages rechnen muss. Immerhin sieht der Mustervertrag des AGV für Neuwagen noch ein einseitiges Recht des Verkäufers auf Nachlieferung vor, was jedoch nichts am entsprechenden Rechtsverlust des Käufers ändert, da nur der Verkäufer dieses Recht auch durchsetzen kann. Es bleibt somit dabei, dass der Käufer innerhalb der Garantiefrist vorerst nur die Reparatur oder Auswechslung fehlerhafter Teile und die Beseitigung weitergehender Beschädigungen am Fahrzeug, soweit diese durch die fehlerhaften Teile direkt verursacht worden sind (Wortlaut gemäss Musterverträge AGV), verlangen kann. Erst wenn ein

Soweit Garantieerklärungen dem Käufer ein Recht auf Nachbesserung einräumen, gewähren sie ihm zunächst mehr als das Gesetz.

erheblicher Fehler trotz wiederholter Nachbesserungsversuche nicht behoben werden kann, ist der Käufer aufgrund der Bestimmungen in den Musterverträgen des AGV weiter berechtigt, entweder eine Reduktion des Kaufpreises zu verlangen oder den Vertrag rückgängig zu machen, wobei auch hier die Ersatzlieferung in jedem Falle ausgeschlossen ist und sämtliche weitergehenden Haftungsansprüche weiterhin ausgeschlossen bleiben. Damit wird bis zu einem gewissen Grade der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Rechnung getragen. Diese besagt, dass die gesetzlichen Mängelrechte des Käufers trotz gültiger Wegbedingung dann wieder aufleben, wenn die festgestellten Mängel nicht fristgerecht behoben werden, da für die Durchsetzung des Nachbesserungsanspruches die normalen Verzugsregeln mit den Wahlrechten des Art. 107 OR gelten (ausführlich in BGE 91 II 344 ff., insbesondere 350, E. 3.a). Dem

Käufer ist in diesem Zusammenhang zu empfehlen, dem Verkäufer nach erfolgloser Nachbesserung unter Hinweis auf die Verzugsrechte gemäss AGV-Mustervertrag (sofern dieser im konkreten Fall verwendet wurde) oder gemäss Art. 107 OR eine (letzte) Nachfrist anzusetzen und seine Wahlrechte vorzubehalten. Inwieweit die erwähnte Wegbedingung weiterer Haftungsansprüche (insbesondere von Schadenersatz) bei grundsätzlicher Anwendbarkeit der Verzugsfolgen nach Art. 107 OR einer richterlichen Überprüfung standzuhalten vermag, erscheint vor dem Hintergrund der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zumindest fragwürdig, kann jedoch im Rahmen des vorliegenden Beitrages nicht näher untersucht werden.

Inwieweit die Verwendung Allgemeiner Vertragsbestimmungen die Rechtsposition des Käufers beeinflusst, hängt einerseits selbstverständlich von der konkreten Ausgestaltung dieser Bestimmungen ab, welche somit immer genau studiert werden müssen; andererseits ist aber auch die Interessenlage des Käufers zu berücksichtigen. Dieser wird gerade bei Occasionswagen unter Umständen lieber einen tieferen Preis zahlen und dafür weniger Gewährleistungen erhalten, nachdem er den Wagen gründlich hat überprüfen lassen. Im Bereich der Neuwagen liegen demgegenüber heute regelmässig Fabrikgarantien vor, die den Käufer durch ihre Laufzeit zunächst besser stellen, als die Rechtsordnung dies vorsieht, während sie ihm daneben – v.a. in Kombination mit dem AGV-Mustervertrag – eine den beiderseitigen Parteiinteressen nicht von vornherein unangemessene Anpassung der gesetzlichen Ordnung zur Verfügung stellen. Am Ende wird der Markt entscheiden müssen, ob und wie sich derartige Regelungen behaupten können. ■

Zur Erinnerung:

Anfang Jahr traten über 240 neue Rechts-erlasse in Kraft...

Das Jahr 2003 brachte über 240 neue Rechts-erlasse, die in Kraft oder vielleicht noch gar nicht ins Bewusstsein getreten sind.

Der Mindestzinssatz für Guthaben der beruflichen Vorsorge wurde zum ersten Mal seit Einführung der zweiten Säule im Jahre 1985 von 4 auf 3,25 Prozent gesenkt. Der Satz wird in diesem Jahr und dann mindestens alle zwei Jahre wieder überprüft. Erhöht wurden hingegen auf Anfang Jahr die AHV/IV-Renten um 2,4 Prozent. In Kraft trat auch die Prämiensenkung bei der Arbeitslosenversicherung auf 2,5 und jene des Solidaritätsbeitrags auf 1 Prozent. Einem Arbeitnehmer mit einem Bruttolohn von CHF 5'000.- bleiben damit jeden Monat CHF 12.50 mehr.

Mehrausgaben stehen hingegen bei den Radio- und TV-Gebühren an, die um 4,1 Prozent auf CHF 450.40 jährlich gestiegen



Teurer:
«Fern sehen»



sind. Teurer wurde auch die Paketpost. Mit einer Entsorgungsgebühr wurden neu auch alle Haushaltsgeräte belegt. Dafür können sie gratis zurückgegeben werden. Auch die Erhöhung der Lenkungsabgabe auf flüchtige organische Verbindungen kommt indirekt wieder der Bevölkerung zugute; sie wird ab diesem Jahr erstmals über die Krankenkassen zurückerstattet, bleibt also nicht beim Bund. Am 1. Januar trat im übrigen auch die Schuldenbremse in Kraft.

Seit Anfang 2003 werden der neue Pass und die neue Identitätskarte ausgestellt. Kinder können demzufolge nicht mehr bei den Eltern im Pass eingetragen werden. Der Pass kostet CHF 120.- für Erwachsene und CHF 55.- für Kinder, die Identitätskarte CHF 65.- und CHF 30.-. Seit 2003 werden alle Neuwagen mit einer Energie-Etikette gekennzeichnet, die Auskunft

über Treibstoffverbrauch und CO₂-Ausstoss gibt. Ans EU-Recht angepasst wurde die Verordnung über Gefahrguttransporte auf der Strasse. Neu müssen alle Fahrzeuge mit gefährlichen Gütern ab einer gewissen Menge in Tunneln auf der rechten Spur fahren.

Mit dem Embargogesetz hat der Bundesrat ab Anfang Jahr eine rechtliche Grundlage, um sich an internationalen Sanktionen

beteiligen zu können. Das Risiko von Terrorakten gegen Nuklearanlagen wird künftig zwischen 500 Millionen und einer Milliarde Franken vom Bund gedeckt. ■



Teurer: Paketpost

Impressum

Herausgeber

St.Gallischer Anwaltsverband SGAV
Neugasse 14
9401 Rorschach
Telefon 071 844 19 65
Telefax 071 844 19 69
anwaelte@rbr.ch
www.anwaelte-sgav.ch

Redaktion

PR-Kommission
St.Gallischer Anwaltsverband

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
Neuenteigstrasse 3
9424 Rheineck
Telefon 071 888 77 09
Telefax 071 888 77 10

Erscheinungsweise

3 x pro Jahr: März, Juli, November

Auflage

4'100 Exemplare

Nachdruck

Der Nachdruck von Beiträgen ist mit Genehmigung der Redaktion gestattet.



Aus dem Bundesgericht

Unfall auf Fussgängerstreifen

Freispruch für Autolenkerin

Das Bundesgericht hat die Verurteilung einer Autolenkerin wegen fahrlässiger Körperverletzung aufgehoben, die einen Mann angefahren hatte, der im Bereich eines Fussgängerstreifens plötzlich die Strasse betreten hatte. Die zuständigen kantonalen Instanzen hatten den Fussgänger wegen unvorsichtigen Betretens des Fussgängerstreifens verurteilt, aber mit Blick auf die schweren Verletzungen von einer Bestrafung abgesehen. Die Autofahrerin war mit 300 Franken gebüsst worden.

Das einstimmig gefällte Urteil des Kassationshofs in Strafsachen ruft in Erinnerung, dass sich das Mass der Sorgfalt, das vom Autolenker verlangt wird, nach den gesamten Umständen des

jeweiligen Falles richtet. Wie zuvor schon die kantonalen Richter gelangte auch das Bundesgericht zum Schluss, die Autolenkerin habe das Vortrittsrecht des Fussgängers nicht missachtet, da dieser die Strasse überraschend und zu einem Zeitpunkt betrat, als das Auto nicht mehr rechtzeitig angehalten werden konnte.

Anders als die Vorinstanz ist das Bundesgericht der Auffassung, dass der Autolenkerin auch keinerlei Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht vorgeworfen werden kann. Für sie gab es im Zeitpunkt, zu dem sie den auf dem rechten Trottoir parallel zur Strasse zügig voranschreitenden Mann erblickte, keinerlei Anzeichen dafür, dass der Fussgänger plötzlich und ohne zurückzu-

blicken auf die Strasse treten könnte. Daher bestand für die Autofahrerin keine Veranlassung, ihre Geschwindigkeit von rund 50 km/h zu reduzieren oder besondere Bremsbereitschaft zu erstellen. Die ruhige Verkehrslage und die gute Sicht erlaubten es ihr vielmehr, «mit unverminderter Geschwindigkeit und mit durchschnittlicher Bremsbereitschaft auf den Fussgängerstreifen zuzufahren». Denn auf Grund des Vertrauensgrundsatzes im Strassenverkehr hatte sie nicht mit dem schweren Fehlverhalten des erwachsenen Fussgängers zu rechnen.

Aus: Neue Zürcher Zeitung,
Urteil 6S.80/2002 vom 30.5.02.

«Alles was Recht ist»

Gesammelt von RA Bruno A. Hubatka

■ «Mein Knecht kann am Dienstag den Gerichtstermin nicht wahrnehmen. Das Schwein wird geschlachtet. Hochachtungsvoll Ihr F.M.»

■ Der Richter: «Angeklagter, der Richtschreiber wird jetzt die Liste ihrer Vorstrafen

verlesen!» Der Angeklagte: «Herr Richter, dann gestatten Sie wohl, dass ich mich setze?»

■ Aus einem Brief an das Arbeitsgericht: «Ich finde es ungerecht, dass mich die Arbeitgeberin fristlos entlassen will, nur weil ich statt um 06.00 um 08.00 betrunken zur Arbeit erschienen bin!»

■ Aus einem Polizeibericht: «Die Art, wie X sein Fahrzeug gelenkt hat, zeugt davon,

dass er an ein Weiterleben nach dem Tode glaubt.»

■ Aus einem Urteil eines Bezirksgerichts: «Es ist der Klägerin zuzumuten, mit dem Beklagten in Trennung verheiratet zu bleiben, auch wenn er jeweilen bei Tisch sein Gebiss herausnimmt, es im Wasserglas reinigt und dann wiederum einsetzt.»

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