

Das Mandat

DIE KLIENTENSCHRIFT DES ST.GALLISCHEN ANWALTSVERBANDES SGAV



St.Gallischer Anwaltsverband
SGAV

THEMA

Öffentliches Beschaffungswesen aus der Sicht des AuftraggebersSeite 3

RECHT & UNTERNEHMUNG



Ohne Unterschrift kein Vertrag?Seite 7

Die KMU im DilemmaSeite 11

RECHT & PRIVAT



Der Hund als Erbe!. Seite 15

Was, wenn ein SVG-Delikt mit unbedingt endet?Seite 21

«RECHT-ECK»

Präzisierte Rechtsprechung zum Schadenersatz ... Seite 26

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin
Sehr geehrter Leser

In der Schweiz existieren ungefähr 100'000 Vereine. Das bedeutet, dass gemessen an der Gesamtbevölkerung ungefähr jeder 75. Einwohner einem Verein angehört. Die Rechtsform des Vereins erfreut sich grosser Beliebtheit und findet sich praktisch in allen Lebensbereichen. So sind die politischen Parteien oder die Gewerkschaften in gleicher Weise als Verein organisiert wie die Schützen, die Turner, die Feuerwehren und nicht zuletzt auch wie die Anwaltschaft.



lic. iur. Denise Zingg
Rechtsanwältin
Delegierte SGAV
St.Gallen

Die Delegierten, ihre Stellung, ihre Aufgaben

In Bezug auf die Anwaltschaft gilt es anzumerken, dass sich diese sowohl auf kantonaler als auch auf eidgenössischer Ebene in der Form eines Vereins organisiert hat. So existiert in jedem Kanton ein kantonaler Anwaltsverband und auf eidgenössischer Ebene der Schweizerische Anwaltsverband. Wer Mitglied eines kantonalen Verbandes ist, ist automatisch auch Mitglied des Schweizerischen Anwaltsverbandes. Die Mitgliedschaft im kantonalen bzw. im Schweizerischen Verband hat zur Konsequenz, dass der Anwalt bzw. die Anwältin bei ihrer Berufsausübung neben der staatlichen Aufsicht auch der strengeren Verbandsaufsicht untersteht.

Der Schweizerische Anwaltsverband zählt rund 6'900 Mitglieder. Die grosse Mitgliederzahl führt dazu, dass es auf schweizerischer Ebene nicht mehr zweckmässig ist, eine Versammlung aller Mitglieder durchzuführen. Entsprechend werden beim Schweizerischen Anwaltsverband, wie bei anderen Grossvereinen auch, die Interessen der angeschlossenen Anwälte und Anwältinnen durch die Delegiertenversammlung bzw. durch 125 Delegierte wahrgenommen. Der St.Gallische Anwaltsverband stellt aufgrund seiner rund 240 Mitglieder fünf

davon. Namentlich sind dies RA Christoph Egli, RA Daniel Fässler, RA Peter Schmucki, RA Daniel Perret und RA Denise Zingg.

Der Delegiertenversammlung des Schweizerischen Anwaltsverbandes obliegt, wie auch der Delegiertenversammlung anderer Vereine, die Wahl des Vorstandes, die Wahl der Revisionsstelle, die Déchargeerteilung, die Festsetzung der Mitgliederbeiträge, die An- bzw. Aberkennung der Mitgliedschaft der Kantonalverbände und die Abänderung der Statuten. Schliesslich fasst die Delegiertenversammlung auch über alle anderen Geschäfte Beschluss, die der Vorstand zur Beschlussfassung unterbreitet.

Oberste Aufgabe des Delegierten ist die Wahrung der Interessen der von ihm vertretenen Vereinsmitglieder. Zudem sorgt der Delegierte durch optimale Aufgabenerfüllung für das Funktionieren des Dachverbandes und damit auch für das Funktionieren der untergeordneten Verbände. Nur ein gut funktionierender Dachverband ist Garant für schlagkräftige Kantonalverbände. Entsprechend ist das Amt des Delegierten nicht nur ehren-, sondern auch verantwortungsvoll. ■

Öffentliches Beschaffungswesen

...aus der Sicht des Auftraggebers

Das öffentliche Beschaffungswesen ist mittlerweile zu einem komplizierten rechtlichen Regelwerk angewachsen. Es umfasst nicht nur viele Bauaufträge, sondern auch andere, Liefer- oder Dienstleistungsaufträge der öffentlichen Hand und – je nachdem – auch von Privaten. Die Zielsetzung, für alle Bewerber gleiche und transparente Rahmenbedingungen zu schaffen, wird nur erreicht, wenn die rechtlichen Rahmenbedingungen sorgfältig beachtet werden.

Während mehrerer Jahrzehnte wurde über das öffentliche Beschaffungswesen diskutiert, ohne dass sich allerdings Gesetzgebung und Praktiken wesentlich geändert hätten. Bewegung brachte erst die Revision des internationalen Übereinkom-

mens über das öffentliche Beschaffungswesen (WTO-Übereinkommen), dem auch die Schweiz angehört. Es ist von Bund und Kantonen selbstständig umzusetzen, was in einem umfangreichen Regelwerk auch getan wurde. Nach

der Annahme der bilateralen Verträge durch die Stimmberechtigten wurden die seit Mitte der 90er Jahre geltenden Bestimmungen nochmals erheblich angepasst und der Geltungsbereich stark ausgedehnt. Der öffentliche Bauherr oder derjenige, der für sein Bauwerk erhebliche Subventionen erhält, muss sich zunächst sehr sorgfältig eine

[Übersicht über die Rechtsgrundlagen verschaffen.](#)

Diese werden nachfolgend kurz dargelegt:

a) Auf Bundesebene

Auf Bundesebene wurde das Übereinkommen mit dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen mit dazugehöriger Verordnung umge-

THEMA

setzt. Das Bundesgesetz ist nur für Bundesstellen von Bedeutung.

Am 6. Oktober 1995 verabschiedeten die eidgenössischen Räte ein Rahmengesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz). Kantone und Gemeinden werden verpflichtet, schweizerischen Unternehmen den Zugang zum Markt der öffentlichen Beschaffungen nicht ungerechtfertigt zu erschweren. Umfangreiche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge müssen öffentlich ausgeschrieben werden. Nicht geregelt ist, welche Verfahren gelten und nach welchen Kriterien öffentliche Aufträge zu vergeben sind. Wird ein Unternehmen in seinen Rechten eingeschränkt, kann es Beschwerde erheben. Die Kantone regeln das Verfahren.

Schon während der Verhandlungen über das WTO-Übereinkommen, welches vorab die Gemeinden nicht erfasst, waren sich die Vertreter der Europäischen Union (EU) und der Schweiz einig, dass der Geltungsbereich zwischen der EU und der Schweiz ausgedehnt werden soll. Mit dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Abkommen CH-EU), dem die

Schweizer Stimmberechtigten am 21. Mai 2000 zusammen mit den übrigen bilateralen Verträgen zustimmten, wurde der Geltungsbereich des WTO-Übereinkommens auf weitere Auftraggeber – namentlich die Gemeinden – ausgedehnt.

b) Auf kantonaler Ebene

Die Kantone untereinander erarbeiteten 1994 die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (Interkantonale Vereinbarung), damit ausserkantonale (schweizerische) Unternehmen nicht schlechter

gestellt sind als ausländische (das WTO-Übereinkommen schreibt nur die Gleichbehandlung von in- und ausländischen Unternehmen vor). Der Grosse Rat stimmte dem Beitritt im November 1997 zu. Im Februar 1998 verabschiedete der Grosse Rat das Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, mit dem die Regierung ermächtigt wurde, Grundsätze und Verfahren auf Verordnungsstufe zu regeln. Am 21. April 1998 verabschiedete die Regierung schliesslich eine Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen. Die neuen Rechtsgrundlagen im Kanton St.Gallen traten einheitlich am 1. Juli 1998 in Kraft.

Das Abkommen CH-EU wurde von der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz zum Anlass genommen, die Interkantonale Vereinbarung aus dem Jahr 1994 zu revidieren und einerseits den neuen internationalen Vorschriften anzupassen, andererseits aber auch in den nicht staatsvertraglich geregelten Bereichen weiter zu harmonisieren.

Am 7. Mai 2002 erliess der Grosse Rat den Grossratsbeschluss über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung

über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 und das Nachtragsgesetz zum Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (ABl 2002, 1047f.). Das Nachtragsgesetz wurde nach unbenutztem Ablauf der Referendumsfrist am 21. Juni 2002 rechtsgültig (ABl 2002, 1366).

Am 8. Oktober 2002 schliesslich erliess die Regierung den Nach-

[Das Baudepartement verfasst zum besseren Verständnis ein auch auf dem Internet abrufbares Handbuch.](#)

trag zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, der zusammen mit der revidierten Interkantonalen Vereinbarung und dem Nachtragsgesetz am 1. Januar 2003 in Vollzug trat.

Nützlicher Ratgeber

Das Baudepartement verfasst zum besseren Verständnis ein auch auf dem Internet abrufbares Handbuch (Handbuch des öffentlichen Beschaffungswesens im Kanton St.Gallen, www.sg.ch; Bauen, Raum & Umwelt; Recht; Öffentliches Beschaffungsrecht). Das wertvolle und leichtverständliche Werk zeigt den Vergabestellen als Hilfestellung detailliert auf, welche Grundsätze gelten und wie sie bei einer Vergabe von Aufträgen vorgehen müssen.

Für wen gültig?

Den Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen unterstehen die Staatsverwaltung, die Gemeinden, andere

[Private unterliegen den Bestimmungen dann, wenn sie erhebliche Subventionen enthalten.](#)

Träger von kommunalen Aufgaben sowie öffentliche Auftraggeber in den Sektoren



THEMA

Wasserversorgung, Elektrizität, Flughäfen, Häfen, städtischer Verkehr, Telekommunikation, Gas- und Wärmeversorgung und Schienenverkehr. Aufgrund des Abkommens zwischen der CH und der EU unterliegen auch private konzessionierte Auftraggeber in den Sektoren Wasserversorgung, Elektrizität, Flughäfen, Häfen, städtischer Verkehr, Telekommunikation, Gas- und Wärmeversorgung, Schienenverkehr, Drahtseilbahnen und Skiliftanlagen den Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen. Private unterliegen den Bestimmungen dann, wenn sie erhebliche Subventionen erhalten.

Festlegung und Durchführung des Vergabeverfahrens

Nachdem feststeht, dass der Auftraggeber den Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen untersteht, ist abzuklären, welche Auftragsart vorliegt, d.h. ob ein Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag erteilt werden muss.

Falls ein Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag vergeben werden muss, ist der Auftragswert zu bestimmen, d.h. die Höhe der Kosten der beschaf-

Auf Gesuch hin müssen die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Anbieters beim Zuschlag eröffnet werden.

fenden Leistung ist aufgrund einer genügend sicheren Kalkulation zu berechnen. Falls der Auftrag aufgrund des Auftragswerts (Erreichen der Schwellenwerte) unter ein Internationales Abkommen (WTO-Übereinkommen; Abkommen CH-EU) fällt, kommen als Vergabeverfahren nur das offene oder selektive Verfahren in Frage. Für die öffentliche Ausschreibung im offenen oder selektiven Verfahren gelten dann

strengere Vorschriften. Der Inhalt der Ausschreibung muss auf Deutsch und zusätzlich in einer Zusammenfassung in französischer Sprache publiziert werden und es gelten längere Fristen. Weiter müssen auf Gesuch hin die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Anbieters

Aus der Sicht des Auftraggebers heisst das, dass er bei der Zuschlagserteilung über ein grosses Ermessen verfügt.

beim Zuschlag eröffnet werden. Zudem muss der Zuschlag im kantonalen Amtsblatt und im Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) innert 72 Tagen bekanntgemacht werden. Schliesslich muss die Auftragsvergabe auch noch statistisch erfasst werden.

Nachdem der Auftragswert bestimmt ist, kann die Verfahrensart festgelegt werden. Die untenstehende Tabelle gibt Auskunft über die Verfahrensarten bei entsprechendem Auftragswert.

Nachdem auch die Verfahrensart bestimmt ist, ist ein Zeitplan zu erstellen, aus dem hervorgeht, bis wann was zu tun ist und welche Personen involviert sind, damit das Vergabeverfahren möglichst ohne Friktionen abläuft. Je nachdem, welche Verfahrensart gewählt wurde, sind verschiedene Unterlagen vorzubereiten, so z.B. Ausschreibungstext, Ausschreibungsunterlagen, Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien usw.

Während der Durchführung des Vergabeverfahrens, aber insbesondere bei der Prüfung der eingereichten Angebote, sind die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, der Vorbefassung, der Vertraulichkeit und des Aus-

standes zu beachten. In einer formellen Zuschlagsverfügung mit Rechtsmittelbelehrung ist kurz zu begründen, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist, so dass für die unterlegenen Anbieter aus der Begründung der Verfügung ersichtlich ist, weshalb der Zuschlag nicht ihnen, sondern dem glücklichen Zuschlagsempfänger erteilt wurde.



Dr. Walter Locher
Rechtsanwalt
St.Gallen

Überprüfung durch das Verwaltungsgericht

Die Urteile des Verwaltungsgerichts sind oft rein formal, d.h. sie beschränken sich in der Überprüfung der Frage, ob alle Verfahrensschritte im einzelnen richtig abgewickelt worden sind, allen Anbietern auf Anfrage hin die gleichen Auskünfte erteilt worden sind, die Bewertungsätze richtig umgesetzt worden sind.

Aus der Sicht des Auftraggebers heisst das, dass er bei der Zuschlagserteilung über ein grosses Ermessen verfügt und eine Beschwerde vom Verwaltungsgericht in der Regel nur dann gutgeheissen wird, wenn im Vergabeverfahren formale Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens verletzt wurden.

Oft wird leider der Rechtsanwalt vom Auftraggeber erst dann beigezogen, wenn die Zuschlagsverfügung von einem unterlegenen Anbieter beim

Verfahrensarten bei entsprechendem Auftragswert

Verfahrensarten	Lieferaufträge (Auftragswert in Franken je Einzelauftrag)	Dienstleistungsaufträge (Auftragswert in Franken je Einzelauftrag)	Baufträge (Auftragswert in Franken je Einzelauftrag)	
			Baunebengewerbe	Bauhauptgewerbe
Freihändiges Verfahren	unter 100'000	unter 150'000	unter 150'000	unter 300'000
Einladungsverfahren	unter 250'000	unter 250'000	unter 250'000	unter 500'000
Offenes / Selektives Verfahren	ab 250'000	ab 250'000	ab 250'000	ab 500'000

THEMA

Verwaltungsgericht mit Beschwerde angefochten und der Auftraggeber vom Verwaltungsgericht aufgefordert wurde, zum Begehren des Beschwerdefüh-



rers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde Stellung zu nehmen. Die Frist zur Stellungnahme zum Begehren um aufschiebende Wirkung der Beschwerde ist in der Regel sehr kurz bemessen und nicht erstreckbar. In der Regel bleiben nur drei bis vier Arbeitstage Zeit, um die Vorbringen des Beschwerdeführers zu prüfen und beim Auftraggeber abzuklären, ob die allenfalls in der Beschwerde geltend gemachten Mängel des Vergabeverfahrens zutreffen oder nicht. Anschließend muss kurzfristig entschieden werden, ob am Zuschlag festgehalten wird und eine Stellungnahme an das Verwaltungsgericht eingereicht wird oder ob die geltend gemachten Mängel des Vergabeverfahrens so schwer wiegen, dass der Zuschlag allenfalls widerrufen werden muss. Es ist auch mög-

lich, am Zuschlag zunächst festzuhalten und für den Fall, dass das Verwaltungsgericht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung gewährt, allenfalls einen Widerruf des Zuschlages in Betracht zu ziehen.

Zusammenfassend zielt der Beschwerdeweg auf die Bestätigung des Zuschlages oder dessen Aufhebung sowie allenfalls die Zusprechung von Schadenersatz. ■

RECHT & UNTERNEHMUNG

Ohne Unterschrift kein Vertrag?



«Ich habe nie einen Vertrag mit Ihnen abgeschlossen, ich habe ja nie irgend etwas unterschrieben!» So oder ähnlich tönt es oft, wenn man jemanden an vertragliche Pflichten erinnern will. Wie steht es nun aber wirklich mit Verträgen? Ist nur das geschriebene Wort verbindlich? Muss ich immer ausdrücklich einen Vertrag mit jemandem abschliessen, oder kann ich mich auch ohne ausdrücklichen Vertrag verpflichten? Und was gilt, wenn in einem Vertrag nicht alle Punkte ausdrücklich geregelt werden?

Zur Form eines Vertrages

Grundsatz: Formfreiheit

Ein einfaches, alltägliches Beispiel: Sie holen sich im Supermarkt einen Liter Milch und einen Laib Brot, legen Ihren Einkauf bei der Kasse auf das Band und bezahlen schliesslich den Betrag, den die Kassierin von Ihnen verlangt. Bei diesem

ganzen Vorgang sind Sie nie auch nur in die Nähe eines Kugelschreibers gerückt. Und dennoch haben Sie mit dem Supermarkt einen vollständigen Vertrag abgeschlossen und diesen auch gleich vollzogen. Niemand käme hier auf die Idee, Ihnen Ihren Einkauf streitig machen zu wollen, nur weil weder Sie sich schriftlich ver-

Alle diese Verträge können immer auch mündlich abgeschlossen werden.

pflichtet haben, dem Supermarkt einen bestimmten Betrag zu bezahlen, noch der Supermarkt per Unterschrift bestätigt hat, Ihnen Milch und Brot auszuhändigen.

Genau so läuft es aber mit den allermeisten Verträgen. Das Prinzip heisst Formfreiheit. Mit einigen wenigen Ausnahmen ist ein Vertrag nicht an eine bestimmte Form gebunden und muss deshalb auch nicht schrift-

lich festgehalten, geschweige denn unterschrieben werden. So muss weder ein Kaufvertrag (ob dies nun lediglich Milch und Brot im Supermarkt oder aber eine Antiquität im Wert von mehreren hunderttausend Franken betrifft) noch ein Arbeitsvertrag (ob mit einem Direktor oder mit einer Aushilfe), weder ein Mietvertrag (ob für eine Villa oder nur für eine einzelne Garage) noch ein Darlehensvertrag (ob über zwei Franken für ein Busbillet oder über eine Million Franken

für den Kauf einer Unternehmung) schriftlich festgehalten werden. All diese Verträge können immer auch mündlich abgeschlossen werden. Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages ist im Regelfall einzig, dass die beiden Parteien eine übereinstimmende Willensäusserung abgeben, d.h., dass die eine Partei ein Angebot macht und die andere Partei dieses Angebot annimmt.

RECHT & UNTERNEHMUNG

Schlüssiges Verhalten reicht aus

Es ist in den meisten Fällen nicht einmal notwendig, dass die beiden Parteien ihre Willensäusserung mündlich kundtun. Vielmehr reicht bereits eine schlüssige Handlung (ein sogenannt konkludentes Verhalten) für einen Vertragsabschluss völlig aus. Um beim eingangs erwähnten Beispiel zu bleiben, muss Ihnen eine Verkäuferin nicht ausdrücklich mitteilen «ich biete Ihnen an, einen Liter Milch und einen Laib Brot zu vier Franken zu verkaufen» und Sie müssen der Kassierin auch nicht ausdrücklich bestätigen «ich akzeptiere Ihr Angebot und kaufe einen Liter Milch und einen Laib Brot zu vier Franken». Es reicht völlig aus, dass der Supermarkt die Ware im Regal ausstellt und damit zum Kauf anbietet, und dass Sie die Ware auf das Förderband legen und damit schlüssig zu erkennen geben, dass Sie die Ware kaufen wollen.

Ebenso genügt es auch, wenn ein Mieter z.B. nach Ablauf eines befristeten (mündlich oder schriftlich abgeschlossenen) Mietvertrages weiter im Mietobjekt verbleibt und der Vermieter ihn gewähren lässt, oder wenn ein Arbeitgeber

Arbeitsleistungen eines Arbeitnehmers entgegennimmt. Auch in diesen Fällen reicht das schlüssige Verhalten der Parteien bereits aus, um einen vollständig wirksamen neuen unbefristeten Mietvertrag oder einen Arbeitsvertrag entstehen zu lassen.

Ausnahme: Gesetzliche oder vereinbarte Schriftform
Das schweizerische Recht kennt nur einige wenige Verträge, welche von Gesetzes wegen schriftlich abgeschlossen werden müssen, um gültig zu sein. Grund für diesen gesetzlichen Formvorbehalt ist entweder der Schutz der Vertragsparteien vor einem übereilten Rechtsgeschäft, die Rechtssicherheit (Beweislage, Kundgabe eines Rechtsverhältnisses gegen aussen) oder die Schaffung einer verlässlichen Grundlage für öffentli-

Das schweizerische Recht kennt nur einige wenige Verträge, welche von Gesetzes wegen schriftlich abgeschlossen werden müssen, um gültig zu sein.

che Register wie z.B. das Handelsregister oder das Grundbuch. Zum Teil verlangt das Gesetz dabei nur eine sogenannt einfache Schriftlichkeit. Dies bedeutet, dass der entsprechende Vertrag schriftlich abgefasst und von beiden Parteien eigenhändig unterzeichnet werden muss. So sieht es das Gesetz z.B. für die Abtretung einer Forderung, für ein Schenkungsversprechen oder für einen Erbteilungsvertrag vor. Für einige besonders

Für einige besonders wichtige Verträge verlangt das Gesetz dagegen eine sogenannt qualifizierte Schriftlichkeit.

wichtige Verträge verlangt das Gesetz dagegen eine sog-

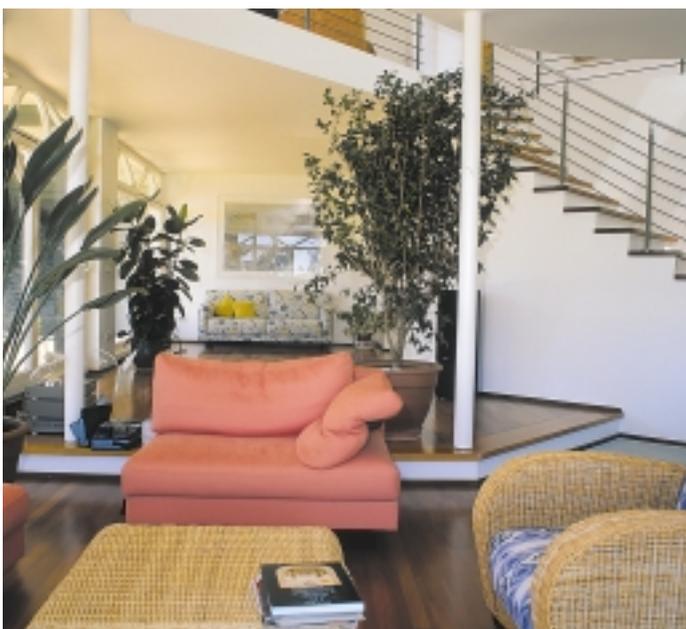
nant qualifizierte Schriftlichkeit. «Qualifiziert schriftlich» bedeutet ein zusätzliches Erfordernis, etwa dass der entsprechende Vertrag öffentlich beurkundet werden muss, so wie dies z.B. für einen Grundstückkaufvertrag oder die Bürgschaftserklärung einer natürlichen Person über einen Betrag von mehr als Fr. 2'000.– vorausgesetzt wird. Möglich ist aber auch, dass der Vertrag zwar «nur» schriftlich sein muss, dass darin aber verschiedene ganz bestimmte Angaben enthalten sein müssen, wie dies z.B. beim Konsumkreditvertrag der Fall ist, welcher nur dann gültig ist, wenn unter anderem der Nettobetrag des Kredites, der effektive Jahreszins und die Elemente der Gesamtkosten des Kredits ausdrücklich aufgeführt werden.

Schliesslich können auch die Vertragsparteien miteinander vereinbaren, dass ihr Vertrag (bzw. insbesondere künftige Änderungen dieses Vertrages) schriftlich abgefasst werden müssen. Dies wird unter anderem immer dann zu empfehlen sein,

wenn in einem Dauervertrag umfangreiche gegenseitige Rechte und Pflichten vereinbart werden, und vermieden werden soll, dass dieser Vertrag während seiner Dauer durch mündliche Absprachen schleichend mehr und mehr abgeändert wird, ohne dass sich die Vertragsparteien dessen überhaupt bewusst sind.

Zum Inhalt eines Vertrages

Grundsatz: Es gelten die getroffenen Vereinbarungen
Zwischen den Parteien gelten im Grundsatz immer diejenigen Vereinbarungen oder Vertragsklauseln, welche sie miteinander explizit abgemacht haben. Ob diese Vertragsklausel



RECHT & UNTERNEHMUNG

mündlich oder schriftlich abgefasst wurde, macht keinen Unterschied, solange der entsprechende Vertrag nach dem oben Gesagten nicht ausnahmsweise schriftlich abgefasst werden muss. Es kommt somit nicht darauf an, ob ein Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer die Auszahlung eines dreizehnten Monatslohnes schriftlich oder mündlich verspricht, oder ob ein Verkäufer für die verkaufte Waschmaschine schriftlich oder nur mündlich eine Garantie von drei Jahren gewährt. Der einzige Unterschied besteht in beweisrechtlicher Hinsicht: Wenn ich einen Garantieschein habe, welcher mir die dreijährige Garantie für meine Waschmaschine bestätigt, so habe ich keine Probleme, dies im Streitfall auch zu beweisen. Hat mir der Verkäufer diese Garantie hingegen nur mündlich zugesichert, so werde ich Mühe haben, dies bei Bedarf auch tatsächlich beweisen zu können. Ein solcher Beweis könnte praktisch nur über Zeugenaussagen erbracht werden. War ich beim Einkauf jedoch allein und weiss ich auch den Namen des Verkäufers nicht mehr, welcher mich damals bedient hat, so werde ich wohl kaum eine Möglichkeit haben, die Vereinbarung zu beweisen. Gültig und verbindlich ist sie aber in einem wie im anderen Fall.

Ausnahme: Zwingende Regelungen im Gesetz
Die Parteien sind in ihrer Vertragsgestaltung allerdings nicht immer ganz frei. Insbesondere wenn es um existentielle Verträge zwischen zwei Parteien

Die Parteien sind in ihrer Vertragsgestaltung allerdings nicht immer ganz frei.

mit unterschiedlicher Machtposition geht, wie z.B. bei Arbeitsverträgen und Mietverträgen,

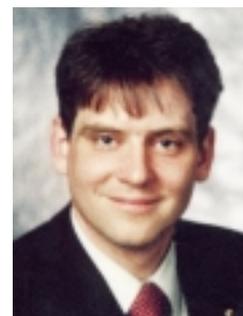
sieht das Gesetz oft sogenannt absolut zwingende Vertragsbestimmungen vor, welche bei einem derartigen Vertrag auf jeden Fall zu gelten haben, egal was die Parteien untereinander vereinbart haben. So sieht das Gesetz z.B. zwingend vor, dass ein Arbeitsvertrag von Arbeitnehmer wie Arbeitgeber jederzeit fristlos aufgelöst werden kann, wenn wichtige Gründe eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen. Ebenso bestimmt das Gesetz zum Beispiel, dass Mieter und Vermieter von Wohn- und Geschäftsräumen einen Mietvertrag zwingend schriftlich kündigen müssen, wobei der Vermieter noch dazu ein ganz bestimmtes, vom Kanton genehmigtes Formular benutzen muss. Insbesondere im Arbeitsrecht sieht das Gesetz jedoch weit häufiger auch sogenannt relativ zwingende Bestimmungen vor. Dies sind Regelungen, von welchen zwar abgewichen werden darf, aber nur zu Gunsten der einen Partei. Im Arbeitsvertragsrecht sind solche Abweichungen regelmässig nur zu Gunsten des Arbeitnehmers möglich. Dies gilt z.B. für den Ferienanspruch, welcher pro Dienstjahr mindestens vier Wochen (bzw. fünf Wochen für Arbeitnehmer unter zwanzig Jahren) betragen muss, oder für die Dauer der Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Abwesenheit des Arbeitnehmers wegen Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes.

Sieht das Gesetz für einen bestimmten Vertrag solche absolut oder relativ zwingenden Regelungen vor, so gelten diese auf jeden Fall, ganz egal, was die Parteien diesbezüglich in ihrem Vertrag konkret vereinbart haben. Wenn

z.B. ein Mietvertrag ausdrücklich vorsehen würde, dass eine Kündigung auch mündlich er-

folgen könne, so wäre dies ohne Belang: die absolut zwingende gesetzliche Regelung, welche eine schriftliche Kündigung von Mietverträgen über Wohn- und Geschäftsräume verlangt, gilt auf jeden Fall. Ebenso wäre zu entscheiden, wenn z.B. ein Arbeitsvertrag mit der ausdrücklichen Zustimmung des Arbeitnehmers bestimmen würde, dass der Arbeitnehmer einen Ferienanspruch von drei Wochen Ferien pro Jahr habe. Auch hier würde die relativ zwingende gesetzliche Bestimmung vorgehen, welche dem Arbeitnehmer ab Vollendung des zwanzigsten Altersjahres mindestens vier Wochen Ferien zugesteht.

Ergänzung durch dispositive Regelungen im Gesetz
Neben den erwähnten zwingenden Regelungen kennt das Gesetz schliesslich auch noch eine Vielzahl von sogenannt dispositiven Bestimmungen für die gängigsten Verträge. Bei diesen Bestimmungen handelt es sich sozusagen um Standardvertragsklauseln für die wichtigsten und gebräuchlichsten Verträge. Diese Standardklauseln regeln bestimmte Rechte und Pflichten der Parteien eines bestimmten Vertrages und gelten immer dann, wenn die



lic.iur.
Bernhard Oberholzer
LL.M. Rechtsanwalt
St.Gallen



RECHT & UNTERNEHMUNG

Parteien die entsprechende Frage nicht ausdrücklich anderweitig regeln.

So regelt das Obligationenrecht (OR) etwa die gegenseitigen Rechte und Pflichten von Käufer und Verkäufer einer beweglichen Sache in insgesamt 29 einzelnen Artikeln (vgl. Art. 187 bis Art. 215 OR) und sieht darüber hinaus auch noch 11 spezifische Artikel für den Grundstückskaufvertrag und insgesamt 22 Artikel für besondere Arten des Kaufes wie Kauf auf Probe, Vorauszahlungsvertrag und Versteigerungen vor. In diesen dispositiven gesetzlichen Bestimmungen wird praktisch jede Frage eines Kaufvertrages geregelt. So finden sich unter anderem Bestimmungen darüber, wo die Sache zu übergeben ist; wer die Transportkosten zu tragen hat; was passiert, wenn der Verkäufer nicht rechtzeitig liefert; wer den Schaden zu tra-

gen hat, wenn die Sache vor der Übergabe an den Käufer zerstört wird; wann der Käufer den Kaufpreis zu bezahlen hat usw. Alle diese gesetzlichen Vertragsbestimmungen gelten für einen dem schweizerischen Recht unterstehenden Kaufvertrag, sofern die Parteien für die entsprechende Problemstellung nicht ausdrücklich (mündlich oder schriftlich) eine andere Regelung getroffen haben.

Wenn Sie somit bei einem Händler in Zürich eine Waschmaschine kaufen, und Sie mit ihm keine ausdrückliche Vereinbarung darüber treffen, wer die Transportkosten von Zürich in Ihre Wohnung in St.Gallen zu tragen habe, so gilt die dispositive Regelung in Art. 189 OR, welche besagt, dass ohne anderslautende Vereinbarung grundsätzlich Sie als Käufer die Transportkosten zu bezahlen haben.

Gesetz / Vertrag / Gesetz

Bei der Bestimmung des Inhaltes eines Vertrages gilt somit grundsätzlich folgende Reihenfolge: In erster Linie gelten zwingende Bestimmungen, sofern das Gesetz für den entsprechenden Vertragstypus solche vorsieht. In zweiter Linie gelten die konkreten Vereinbarungen, welche die Parteien schriftlich oder (sofern keine Schriftlichkeit vorgeschrieben ist) mündlich miteinander getroffen haben. Und in dritter Linie gelten schliesslich die dispositiven Regelungen, welche das Gesetz gleichsam als Standardvertragsbestimmungen zur Verfügung stellt, und welche immer dann gelten, wenn die Parteien nicht ausdrücklich eine andere Regelung getroffen haben. ■

RECHT & UNTERNEHMUNG

Die KMU im Dilemma Pensionskassenprämien steigen, die Renten fallen. Was kann der Unternehmer tun?



Ende 2002 waren rund 40% aller Pensionskassen in Unterdeckung, d.h. das notwendige Kapital (Freizügigkeitsleistungen für die aktiv Versicherten und das Rentendeckungskapital) war meist aufgrund der schlechten Börsenlage nicht vollständig vorhanden. Autonome Pensionskassen wie auch die Sammeleinrichtungen der Lebensversicherer mussten Massnahmen ergreifen, um die Pensionskassen wieder ins Lot zu bringen. Dies bedeutete, dass nebst den bereits erfolgten Prämien erhöhungen auf 2003 neuerlich zum Teil ganz massive Prämien erhöhungen auf 2004 vor der Tür stehen, die insbesondere von den KMU und den betroffenen Versicherten nicht einfach weggesteckt werden, sondern diese in arge Bedrängnis führen können.

Was ist passiert?

Die schlechte Börsenlage über die letzten drei Jahre hat die Aktienkurse über eine sehr lange Zeit in die Tiefe gerissen. In den 90er Jahren konnten die PKs grosse Gewinne mit den Aktienanlagen tätigen. Öffentliche-rechtliche Kassen avancierten dank der guten Börsenjahre aus der Unterdeckung und betriebs-eigene Kassen konnten erhebliche Reserven äufnen, die ihnen wiederum einen ihrer Risikofähigkeit entsprechenden grösseren Anteil an Aktien ermöglichten. Die Gewinne der autonomen Pensionskassen gingen in Form von Überschüssen, Beitragsvergünstigungen und Leistungsverbesserungen an die Versicherten oder wurden bei

Restrukturierungen mit Teilliquidation der PK den Wegziehenden mitgegeben. Die fehlende Transparenz bei den Versicherern verunmöglicht es bis heute, den Weg der Ge-

Die fehlende Transparenz bei den Versicherern verunmöglicht es bis heute, den Weg der Gewinne nachzuvollziehen.

winne nachzuvollziehen. Den Versicherern wird heute vorgeworfen, die Gewinne zu einem grossen Teil eingeehmt zu haben. Tatsache ist, dass ihr Sicherungsfonds stark gelitten hat und sie sich in «risikolose» Anlagen, sprich Bundesobligationen, retten mussten und so vom kürzlichen Gewinn an der

RECHT & UNTERNEHMUNG

Börse (seit dem 12.03.2003 ist der SMI um über 40% gestiegen) nicht oder kaum profitieren konnten. Das kürzliche Börsenrallye mag aber auch bei den autonomen Kassen nicht darüber hinwegtäuschen, dass der SMI immer noch 36% unter dem Höchst von über 8300 Punkten vom August 2000 steht und dass die Anlageschwankungsreserven weit unter dem notwendigen Niveau stehen. Der vom Bundesrat neu definierte Deckungsgrad, der als Masszahl für das Wohlergehen der Pensionskasse gilt (100% bedeutet Ausgeglichenheit), enthält keinerlei Reserven. Darüber hinausgehende Reserven von 10 bis 15% müssen zuerst wieder aufgebaut werden, um für künftige Wertschwankungen gewappnet zu sein.

Mindestzins und Rentenumwandlungssatz

Der Bundesrat hat den Mindestzinssatz per 1.1.2003 von

bisher 4% auf 3,25% gesenkt. Auf 2004 wurde eine erneute Reduktion auf 2,25% festgelegt. Der Ansturm der Ent-rüstung in breiten Kreisen muss relativiert werden. Denn auf lange Sicht soll der Zins die Inflation ausgleichen (sogenannte «Goldene Regel») und die Versicherten vor einem Kaufkraftverlust schützen. Bei der heutigen tiefen Inflation resultiert selbst bei einer Verzinsung von 2,25% immer noch eine reale Verzinsung, was bei 4% seit 1985 nicht immer der Fall war. Der Zinssatz soll in Zukunft flexibler den Marktverhältnissen angepasst werden. Das Rentenziel ist durch den momentan tiefen Zinssatz nicht gefährdet. Viel zu reden gibt der Rentenumwandlungssatz von derzeit 7,2%. Die Lebenserwartung nimmt erfreulicherweise immer zu, womit das im Alter 65 angesparte Geld für mehr Rentnerjahre ausreichen muss. Die 1. BVG-Revision, welche per

1.1.2005 in Kraft tritt, sieht eine kontinuierliche Reduktion von 7,2% auf 6,8% vor. Ab 2005 soll der Satz 7,16%, ab 2006 7,12% usw. betragen. Laufende Renten sollen nicht geändert werden. Massgebend ist das Jahr, in welchem jemand in Pension geht. Für den überobligatorischen Bereich haben nun verschiedene Versicherer per 1.1.2004 Rentenumwandlungssätze von rund 5,83% (Männer Alter 65) bzw. 5,45% (Frauen Alter 62) angekündigt. Dies bedeutet eine plötzliche massive und unverhältnismässige Senkung der künftigen Renten in einem nicht akzeptablen Umfang, wogegen sich die KMU-Schutzgemeinschaft (www.kmuschutzgemeinschaft.ch), mit Politikern und Unternehmern aller Couleurs mittels Beschwerden und Rekursen zur Wehr setzt. Die Sozialkommission des Nationalrates (SGK) fordert nun den Bundesrat auf, die erfolgte Genehmigung dieser Tarife durch das Bundesamt für Privatversicherung (bekannt unter «Winterthurer Modell») zu widerrufen, bislang allerdings ohne Erfolg.

Was kann der KMU Unternehmer tun?

Insbesondere Kleinunternehmer stehen bezüglich ihrer Vorsorge vor einem Dilemma. Soll ich kündigen oder nicht, was erwartet mich bei der neuen Vorsorgeeinrichtung? Wie viel kostet mich der Ausstieg, was kostet der Einkauf der Rentner in der neuen Vorsorgeeinrichtung? Denn es ist keineswegs gesagt, dass das Geld, das von der bisherigen Pensionskasse für die Rentner mitgegeben wird, für den Einkauf bei der neuen Pensionskasse ausreicht. Es ist daher Vorsicht geboten. Kleine Unternehmung bis rund 100 Versicherte können kaum eine betriebseigene Vorsorgeeinrichtung führen und sich dadurch vor den Prämien erhöhungen der Versicherer retten.



RECHT & UNTERNEHMUNG

Auch Unternehmungen von über 100 Personen müssen sich ganz oder teilweise für die Risiken Tod und Invalidität rückversichern und können sich dadurch von der konzertierten Aktion der Versicherer nur teilweise lösen. Derzeit ist die Situation höchst unübersicht-

Insbesondere Kleinunternehmer stehen bezüglich ihrer Vorsorge vor einem Dilemma.

lich. Ein Wechsel der Vorsorgeeinrichtung muss daher sehr gut überlegt sein. Versicherer wissen zum Teil selbst noch nicht, welche Tarife ab 2004 gelten, erliessen einen generellen Offert-Stopp oder können die Bedingungen nur unter Vorbehalt der Tarifgenehmigung bekannt geben. Von den Prämienhöhlungen sind die «schlechten» Risiken (z.B. Baubranche) am meisten betroffen. Deren Risikoprämien werden um 30% und mehr ansteigen. Die Verwaltungskosten, früher in den Prämien eingerechnet und aus Überschüssen finanziert, steigen bis zu 80%. Die ASGA Pensionskasse in St.Gallen, in den Medien immer wieder als transparente genossenschaftliche Einrichtung für Klein- und Mittelbetriebe lobend erwähnt, wird mit Anfragen überhäuft. Neue Pensionskassen von Treuhandfirmen für KMU sind im Auf-

Ich rate generell den kleineren Unternehmungen, die Vorsorge vorläufig nicht zu wechseln.

bau begriffen, müssen sich aber zuerst noch bewähren. Ich rate generell den kleineren Unternehmungen, die Vorsorge vorläufig nicht zu wechseln, auf der Einhaltung des bisherigen Versicherungsvertrages zu den bisherigen Konditionen zu beharren, im ersten Halbjahr

2004 bei mehr Marktübersicht Offerten einzuholen und dann allenfalls zu wechseln.

Was sollen betriebseigene Vorsorgeeinrichtungen vorkehren?

Die meisten betriebseigenen Vorsorgeeinrichtungen haben ihre Reserven grösstenteils aufgebraucht oder befinden sich in einer leichten Unterdeckung (Deckungsgrad zwischen 100% bis 90%). Die Situation ist vom Stiftungsrat in Zusammenarbeit mit dem Pensionsversicherungsexperten und

Die verschlechterte Lage ist nicht immer ausschliesslich auf die vergangenen Börsenjahre zurückzuführen.

der Kontrollstelle zu analysieren. Es sind geeignete Massnahmen zu ergreifen und die Aufsichtsbehörde zu informieren. Die verschlechterte Lage ist nicht immer ausschliesslich auf die vergangenen Börsenjahre zurückzuführen, teilweise wurden auch Leistungen versprochen, die nicht genügend finanziert waren oder die sich in den guten 90er Jahren nur mit Überschüssen finanzieren liessen. Zu denken ist an folgende Massnahmen:

- Anpassung der Anlagestrategie unter Berücksichtigung der Risikofähigkeit der Kasse.
 - Anhebung der Risikobeiträge, Einführung von Verwaltungskostenbeiträgen oder eigentlichen befristeten Sanierungsbeiträgen.
- Reduktion der Verzinsung der Altersguthaben auf das gesetzliche Minimum oder Null-Verzinsung im obligatorischen Bereich. Bei BVG-umhüllenden Kassen in extremis Null-Verzinsung für 2003 und 2004 (die Ver-

zinsung erfolgt «nachsüssig», weshalb auch Ende 2003 noch eine tiefere Verzinsung für 2003 beschlossen werden kann). Achtung, evtl. Reglementsanpassung notwendig!

- Allfällige versicherungsmässig nicht ausfinanzierte Leistungen und Beiträge überprüfen (vorzeitige Pensionierung, Nachzahlungen, Überbrückungsrenten).
- Verwendungsverzicht von allfälligen Arbeitgeberbeitragsreserven, generell oder temporär bis zur erfolgten Sanierung.
 - Herabsetzung von künftigen Rentenversprechen mit angemessenen Übergangsregelungen.
 - Beiträge von Rentnern (nur bei rentnerlastigen Kassen mit erheblicher Unterdeckung und in Kombination mit oben erwähnten Massnahmen und in Absprache mit der Aufsichtsbehörde).

Von allen Massnahmen bringt bei den Beitragsprivatkassen die Reduktion der Verzinsung den wirksamsten Effekt. Kann die Verzinsung in besseren Zeiten und bei höherer Inflation wie-

Eine vorübergehende Unterdeckung ist nicht einer Zahlungsunfähigkeit gleichzusetzen.

der angehoben werden, ist diese Massnahme für die Versicherten derzeit tragbarer als eine Beitragserhöhung. Die Massnahmen sollen nicht übereilt eingeführt werden und müssen langfristig wirken. Von den Aufsichtsbehörden wird den Kassen bei griffigen Massnahmen genügend Zeit eingeräumt, um wieder auf Kurs zu kommen, denn eine vorübergehende Unterdeckung ist nicht einer Zahlungsunfähigkeit gleichzusetzen. ■



lic. iur. Martin Hubatka
Rechtsanwalt
dipl. Pensionsversicherungsexperte
Flawil und Zürich

RECHT & PRIVAT



Der Hund als Erbe! Die neue Stellung des Tiers im Recht

Seit dem 1. April 2003 werden Tiere nicht mehr gleich wie leblose Sachen behandelt. Damit wird dem gewandelten Empfinden breiter Bevölkerungskreise gegenüber Tieren Rechnung getragen und ihnen eine verbesserte Stellung zuerkannt. Dies hat Auswirkungen auf die «Zuteilung» von Tieren im Scheidungsfall, auf das Erbrecht, aber auch auf das Schadenersatzrecht und auch auf das Strafrecht.

Ein unverständlicher Richterentscheid

Als ich noch den Beruf eines Richters ausübte, hatte ich über den folgenden Fall zu entscheiden: Eine Katze wurde vom Eigentümer schlecht ernährt. Sie war bis auf die Knochen abgemagert und hat die Orientierung verloren, so dass sie ihren Heimweg nicht mehr fand. Eine tierliebende Frau hat die Katze dann aufgenommen und wieder gut ernährt, so dass sie nach Wochen wieder gesund wurde. Der frühere Eigentümer

hat dies mehr als ein halbes Jahr später realisiert und hat in der Folge die Katze heraus verlangt. Nachdem sie sich nicht einigen konnten, hat der frühere Eigentümer mich als Richter angerufen. Ich habe zuerst eine gütliche Lösung im Interesse des Tiers zu finden gesucht, doch war der frühere Besitzer mit dem Vorschlag nicht einverstanden. Im Entscheid, den ich zugegebenermassen «contre coeur» gefällt habe, habe ich ausgeführt, dass eine Katze eine Sache im Sinn des ZGB sei und dass der frühere Besitzer, dem die Sache wider seinen Willen abhanden gekommen sei, sie dem Empfänger während 5 Jahren abfordern könne (Art. 934 ZGB). Die Katze musste also zurückgegeben werden (immerhin habe ich auch den Tierschutzverein orientiert). Die damalige nüchterne formaljuristische Argumentation löste schon in den 80er Jahren einen Unmut in der Presse aus; ich musste den Entscheid auf der

Basis der damals gültigen Gesetze fällen und dies fand wenig Verständnis.

Der neue sachenrechtliche Grundsatz

Seit dem 1. April 2003 sind Tiere keine Sachen mehr (Art. 641 a ZGB). Der obgenannte Fall müsste heute anders entschieden werden. Der Finder hätte die gefundene Katze als Fund anzeigen müssen und hätte, wenn sich der Eigentümer innert einer zwei monatigen Frist nicht gemeldet hätte, das Eigentum daran erworben (Art. 722 Abs. 1 bis ZGB).

Aber auch, wenn sich der Eigentümer schon vor Ablauf der zwei monatigen Frist gemeldet hätte, so könnte die Person, der das Tier zugelaufen ist und die es gepflegt hat, geltend machen, dass das Tier zuvor schlecht gehalten worden sei, dass es bei ihr in tierschützerischer Hinsicht besser untergebracht sei. Der Richter müsste diesfalls den Sachver-

RECHT & PRIVAT

halt untersuchen und eine Entscheidung im Interesse des Tieres fällen; er könnte es somit der Person zusprechen, die die

Wem ein Tier zuläuft, der darf es nicht bei sich aufnehmen, ohne «den Fund» zu melden.

bessere Unterbringung gewährleistet.

Wem ein Tier zuläuft, der darf es aber nicht bei sich aufnehmen, ohne «den Fund» zu melden. Eine Verletzung dieser Meldepflicht zieht eine Busse nach sich. Die Meldung soll aber auch im Interesse des «Finders» gemacht werden, denn für diesen läuft eine Frist: er wird, wie schon oben ausgeführt, nach zwei Monaten Eigentümer des Tieres. Der frühere Besitzer kann das Tier nur

Die neuen Bestimmungen geben den Tieren eine schon lange fällige Verbesserung ihrer Stellung in unserer Gesellschaft.

dann zurückverlangen, wenn er belegen kann, dass es bei ihm unter tierschützerischen Aspekten besser aufgehoben ist.

Mit der Gesetzesrevision wurde dem gewandelten Empfinden weiter Bevölkerungskreise gegenüber Tieren Rechnung getragen. Die neuen erb- und sachenrechtlichen Bestimmungen geben den Tieren eine schon lange fällige Verbesserung ihrer Stellung in unserer Gesellschaft.

Die Zuteilung von Tieren in Ehescheidungsverfahren

Auch in Ehescheidungsverfahren wird etwa darüber gestritten, welcher Ehegatte Anspruch auf ein Tier hat. Dafür galten bisher rein sachenrechtliche Grundsätze, wobei die Höhe des Ablösungspreises entscheidend sein konnte. Gestützt auf Art.

651a wird künftig der Richter ein Haustier derjenigen Partei zu Alleineigentum zusprechen, die in tierschützerischer Hinsicht dem Tier die bessere Unterbringung gewährleistet. Der Richter wird somit prüfen, wer von den beiden Ehegatten bisher das Tier gepflegt und betreut hat und wird, wenn dies nicht zu beanstanden war, dem bisherigen Halter das Tier weiter zusprechen. Haben beide Ehegatten das Tier gehalten und gepflegt, so muss der Richter die bessere Eignung eines Ehegatten für das Wohl des Tieres prüfen.

Erbrechtliche Bestimmung bezüglich Tieren

Im Rahmen einer Erbteilung kann Streit darüber entstehen, wem ein Tier zuzusprechen ist. Das bisherige Recht sah keine Berücksichtigung des Interesses des Tieres vor. Wer sich für das Tier im Rahmen der Erbteilung den höheren Wert anrechnen liess, konnte mit der Zuteilung rechnen. Neu wird der Richter

bei der Zuteilung darauf achten, bei wem in tierschützerischer Hinsicht die bessere Unterbringung gewährleistet ist. Der Erblasser kann in seinem Testament das Tier einer bestimmten Person zusprechen. Zwischen dem Zeitpunkt, in welchem das Testament geschrieben wird und der Eröffnung des Testamentes ändern sich aber vielfach die Bedürfnisse fundamental. Der eine zieht vom Land in die Stadt, die andere vom Haus in eine Wohnung. Wenn bei der Eröffnung des Testamentes sich die Umstände gewandelt haben, die Person, der das Tier testamentarisch zugesprochen wurde, vielleicht schon alt geworden, weggezogen ist oder in anderen Verhältnissen lebt, so kann eine Zuteilung, wie der Erblasser dies wollte, problematisch werden.

Bietet die bedachte Person nämlich keine Gewähr für eine tiergerechte Haltung, so kann im Streitfall der Richter anders entscheiden, als der Erblasser dies im Testament geschrieben hat, er kann sich über eine solche erbrechtliche Bestimmung hinwegsetzen und das Tier demjenigen Erben zusprechen, der die bessere Unterbringung gewährleistet. Im weiteren regelt die neue Bestimmung von Art. 482 Abs. 4 ZGB, dass, wenn ein Tier mit einer Zuwendung von Todes

Der Erblasser kann in seinem Testament das Tier einer bestimmten Person zusprechen.

wegen bedacht werde, die entsprechende Bestimmung als Auflage gelte, für das Tier tiergerecht zu sorgen. Das Tier ist somit zwar weder Erbe, noch Vermächtnisnehmer. Hingegen kann aufgrund dieser Bestimmung erreicht werden, dass eine gewisse Geldsumme einem Tier für Pflege, Nahrung und Betreuung zugute kommen soll. So kann beispielsweise verhindert werden, dass ein alt gewordenes, aber noch gesundes Pferd



lic. iur. Peter Bürki
Rechtsanwalt
Heerbrugg



RECHT & PRIVAT

geschlachtet werden darf. Jedermann, der diesbezüglich ein Interesse hat, insbesondere ein Tierschutzverein, könnte die Durchsetzung dieser Auflage erwirken und damit erreichen, dass das Pferd in ein Pferdeheim kommt, bis dessen Ableben altershalber naht.

Aus der fraglichen Bestimmung ergibt sich aber auch, dass zugunsten eines Tieres nicht unsinnig hohe Geldsummen vermacht werden können. Würde z.B. jemand für ein Pferd eine Million Franken vermachen, so müsste die Auflage in dieser Höhe nicht befolgt werden. Im Streitfall würde der Richter die voraussichtliche Lebenserwartung des Pferdes abschätzen, prüfen, wieviel die Pension in einem guten Pferdeheim pro Jahr kostet und den entsprechenden Betrag, mit einer gewissen Sicherheitsmarge, für die künftige Betreuung des Tieres festlegen. Das könnten vielleicht zwischen Fr. 20'000.- und Fr. 100'000.-, niemals aber Fr. 1'000'000.- sein. Die Differenz zwischen dem so festgesetzten Betrag von Fr. 1'000'000.- müsste als Auflage nicht befolgt werden, könnte also den Erben frei ausbezahlt werden. Somit kann von einzelnen Erben, die sich dem Willen des Erblassers nicht beugen wollen, nach wie vor verhindert werden, dass dem Tier ein «goldener Käfig» zu verschaffen sei.

Neue obligationenrechtliche Regelung

Nach bisherigem Recht konnte, wer einem Tier Schaden zugefügt hatte, vom Eigentümer zwar zur Bezahlung der Heilungskosten verlangt werden, doch durften solche Heilungskosten den «Wert» des Tieres nicht übersteigen, weil nach einem obligationenrechtlichen Grundsatz niemals mehr zu bezahlen ist als im Falle eines «Totalschadens». Im nunmehr revidierten Obligationenrecht

wird festgehalten, dass bei Haustieren die Heilungskosten auch dann angemessen als Schaden

Wer ein Tier bei einem Unfall oder sonstwie widerrechtlich tötet, muss neu nicht nur den Schaden ersetzen.

geltend gemacht werden können, wenn sie den Wert des Tieres übersteigen. Es kann also durchaus möglich sein, dass, wer eine Katze mit dem Auto anfährt, eine Tierarztrechnung über Fr. 1'000.- zu begleichen hat.

Wer ein Tier bei einem Unfall oder sonstwie widerrechtlich tötet, muss neu nicht nur den Schaden ersetzen. Vielmehr ist bei der Schadenersatzbemessung von Haustieren auch dem Affektionswert, den dieses für seinen Halter oder dessen Angehörige hatte, angemessen Rechnung zu tragen. Daraus ergibt sich, dass sich der Schaden nicht nur am «Wiederbeschaffungswert» misst, sondern dass für den Verlust des Tieres auch ein immaterieller Schaden geltend gemacht werden kann, ähnlich einer Genugtuung.

Im Kanton St.Gallen gibt es keinen Tieranwalt

Nicht in die Revision aufgenommen wurde das Postulat zur Schaffung von Tieranwälten, die ausschliesslich für das Recht der Tiere kämpfen. Diese Regelung sollte den Kantonen überlassen werden. Der Kanton Zürich kennt das Institut des Tieranwaltes – jedoch nur für Strafsachen – schon seit 1992. Die Kantone St.Gallen und Thurgau haben sich gegen die Einführung eines Tieranwaltes ausgesprochen.

Neu hat die Schweiz eine ähnliche Regelung wie Deutschland und Österreich

Schaut man auf das benachbarte Ausland, sieht man, dass die

Schweiz nicht das erste Land ist, das den Tieren mehr Beachtung schenkt. Während im französischen und italienischen Privatrecht die Tiere nach wie vor zu den Sachen gezählt werden, haben Österreich und Deutschland in den letzten Jahren ebenfalls Gesetzesänderungen mit dem Ziel, die Rechtstellung des Tieres zu verbessern, vorgenommen. Auf EU Ebene besteht jedoch noch keine Bestimmung, die sich mit der Frage befasst, welchen Schutz Tiere, bzw. deren Eigentümer, im Privatrecht geniessen. ■



RECHT & PRIVAT



Was, wenn ein SVG-Delikt mit unbedingt endet?

Ein Spätheimkehrer verursacht einen schweren Verkehrsunfall mit gravierenden Folgen:

Ein Gerichtsverfahren, eine mehrmonatige unbedingte Freiheitsstrafe, Verlust der Fahrberechtigung, Verlust der Arbeitsstelle, Kosten, Schadenersatz, Genugtuung. Wegen groben Verschuldens übernimmt seine Haftpflichtversicherung nur einen Teil des Schadens.

Ein verhängnisvoller, früher Samstagmorgen

Der 23-jährige, ledige und im Zürcher Oberland wohnhafte K. verlässt morgens um 03.00 Uhr irgendwo im Toggenburg, wo er bei seinen Eltern das Wochenende verbringt, eine Bar. Leicht angeheitert – die Blutanalyse ergibt einen Blutalkoholgehalt von 0,6 Promillen – besteigt er

RECHT & PRIVAT

seinen Golf, um zügig nach Hause zu gelangen. Während des Beschleunigungsvorgangs innerorts übersieht K. den Fussgänger B., der im Begriff ist, auf dem Fussgängerstreifen die um diese Uhrzeit unbeleuchtete Strasse zu überqueren und vom Fahrzeug erfasst wird. Ohne anzuhalten, fährt K. heim zu seinen Eltern, die ihn zur Unfallstelle zurückbringen. Dort erfahren sie von der mittlerweile eingetroffenen Polizei, dass B. noch auf der Unfallstelle verstorben ist.

Strafverfahren und Strafurteil

Das Strafuntersuchungsverfahren wird zügig durchgeführt. K. wird wegen fahrlässiger Tötung, pflichtwidrigen Verhaltens nach Unfall und übersetzter Geschwindigkeit innerorts zur Anklage gebracht. Das für den Fall zuständige Kreisgericht verurteilt K. zu 12 Monaten Gefängnis unbedingt. Der bedingte Strafvollzug kann nicht gewährt werden, weil K. vor knapp 2 Jahren schon einmal Verursacher eines schweren Verkehrsunfalls mit Verletzten gewesen ist.

Die Probezeit für die 4-monatige Gefängnisstrafe aus dem Ersturteil wird um 3 Jahre verlängert. K.'s Anwalt rät von

einem Weiterzug des Urteils dringend ab, weil die Staatsanwaltschaft 14 Monate und den Widerruf der Probezeit aus der ersten Verurteilung verlangt hat. Nachdem die Anklage wider Erwarten auf eine Berufung verzichtet, wird das Urteil rechtskräftig.

Das Aufgebot

K. wird kurz danach von der Abteilung Strafvollzug des Kantons St.Gallen aufgefordert, die einjährige Gefängnisstrafe in Gmünden anzutreten.

K. befürchtet nicht zu Unrecht, durch die absehbar längere Abwesenheit vom Arbeitsplatz seine Stelle zu verlieren. Kollegen machen ihn auf die Möglichkeit aufmerksam, die Strafe mit einer sogenannten «elektronischen Fessel» zu verbüssen und dabei ganz normal weiter zu arbeiten.

Auf Anfrage wird ihm von der Abteilung Strafvollzug erklärt, dass es sich bei diesem sogenannten «Electronic Monitoring» (elektronisch überwachter Hausarrest) um einen Modellversuch handelt, dem sich die ostschweizerischen Konkordatskantone nicht angeschlossen haben. Immerhin wird er pflichtgemäss darauf aufmerksam gemacht, dass es in seinem Fall die Möglichkeit

gibt, die 12-monatige Freiheitsstrafe in Form der Halbgefängnisstrafe zu verbüssen. Auf Frage wird K. erklärt, dass die Möglichkeit der Halbgefängnisstrafe für Freiheitsstrafen bis maximal 12 Monate in Frage kommt. Dabei könne der Verurteilte seine bisherige Arbeit oder seine begonnene Ausbildung während des Vollzugs fortsetzen. Seine gesamte Freizeit (Nächte, Wochenenden und Ferien) müsse er hingegen im Gefängnis verbringen.

Hiobsbotschaften

K. schöpft Hoffnung und lässt sich von seinem Anwalt weiter beraten. Dieser teilt ihm anlässlich einer Konsultation mit, das Strassenverkehrsamt prüfe einen Führerausweisenzug auf unbestimmte Dauer wegen seiner charakterlichen Nichteignung zum Führen eines Motorfahrzeuges. Ferner habe seine Autohaftpflichtversicherung die Police gekündigt und er werde – weil er schon ein grösseres Risiko darstelle – Mühe haben, bei einer andern Versicherungsgesellschaft unterzukommen. Tatsächlich lässt die Versicherung bald darauf die Schilder einziehen.

K. sieht sich nun einer ganzen Reihe von Problemen gegenüber: Er soll 12 Monate ins Gefängnis. Die Möglichkeit, diese Strafe in Halbgefängnisstrafe zu verbüssen, interessiert ihn, doch hat er ohne Auto keine Möglichkeit, während der Woche morgens um 07.00 Uhr seinen



lic.iur.
Markus Storchenegger
Rechtsanwalt
St.Gallen

Sozialverträglicher Vollzug von Kurzstrafen im Kanton St.Gallen

Gemeinnützige Arbeit

Freiheitsstrafen bis zu 3 Monaten können in Form der gemeinnützigen Arbeit vollzogen werden, ausgenommen sind Reststrafen und in Haft umgewandelte Bussen. Der Verurteilte erbringt in seiner Freizeit eine unentgeltliche Arbeitsleistung zugunsten einer Einrichtung, die einen sozialen oder im öffentlichen Interesse liegenden Zweck erfüllt. Dabei entspricht ein Tag Freiheitsentzug vier Stunden gemeinnütziger Arbeit. Pro Woche müssen in der Regel mindestens zehn Stunden gemeinnützige Arbeit geleistet werden. Die maximal 3-monatige Freiheitsstrafe muss innerhalb von 9 Monaten abgearbeitet sein. Auf das tägliche

und wöchentliche Ruhebedürfnis des Verurteilten ist Rücksicht zu nehmen. Persönliche Aufwendungen zur Erbringung der gemeinnützigen Arbeit (Arbeitsweg und Verpflegung) werden nicht vergütet. Die Bewilligung wird von der Vollzugsbehörde widerrufen, wenn die Voraussetzungen entfallen sind, wenn dem Verurteilten oder der gemeinnützigen Institution die Fortsetzung der Arbeitsleistung nicht mehr zugemutet werden kann, der Verurteilte auf die Weiterführung der Arbeit verzichtet. Der Strafreist wird, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, in Halbgefängnisstrafe oder im Normalvollzug verbüsst.

Halbgefängnisstrafe

Freiheitsstrafen bis zu 12 Monaten können in Form der Halbgefängnisstrafe verbüsst werden. Der Verurteilte kann seine bisherige Arbeit oder seine begonnene Ausbildung während des Vollzugs fortsetzen. Er hat nur seine Freizeit (insbesondere die Nächte, die Wochenenden und die Ferien) im Gefängnis zu verbringen. Halbgefängnisstrafe ist nur möglich, wenn sich die Arbeitszeiten mit den für die jeweilige Anstalt gültigen Ein- und Ausrückungszeiten in Einklang bringen lassen. Strafen von 6 bis 12 Monaten

können grundsätzlich nur in den Strafanstalten Saxerriet und Gmünden, ausnahmsweise im Bezirksgefängnis Uznach, vollzogen werden. Die Bewilligung wird widerrufen, wenn sie missbraucht wird oder wenn die Voraussetzungen dahinfallen, z.B. wenn der Verurteilte die Stelle verliert, die Ausbildung abbricht, wenn die betrieblichen Kapazitäten der Vollzugsanstalt eine Betreuung des Verurteilten nicht mehr zulassen. In den Fällen eines leichten Missbrauchs ergeht eine förmliche Verwarnung.

RECHT & PRIVAT

Arbeitsplatz im Zürcher Oberland anzutreten und abends Gmünden rechtzeitig wieder zu erreichen. Es ist unmöglich, den Weg von der Strafanstalt zum Arbeitsplatz mit öffentlichen Verkehrsmitteln zurückzulegen. Ein privater Taxidienst für eine so lange Zeit lässt sich auch nicht einrichten und zudem benötigt K. für seine Arbeitsverrichtungen tagsüber ebenfalls ein Fahrzeug. Seinen Arbeitgeber muss K. über diese Situation aufklären. Dieser sieht keine Möglichkeit, ihn unter diesen Umständen weiter zu beschäftigen oder die Stelle mindestens für 8 Monate offenzuhalten. K. verliert seine Arbeitsstelle und kann den Antritt des Strafvollzugs gerade

Kontakte

Für den Vollzug von im Kanton St.Gallen ausgesprochenen Strafen ist das Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St.Gallen, Abteilung Strafen und Massnahmen, Oberer Graben 32, 9001 St.Gallen (Telefon 071 229 36 06 oder 071 229 40 75) zuständig.

Weiterführende Informationen zum Strafvollzug unter www.justizvollzug.ch (Homepage des Amtes für Justizvollzug Zürich) und www.admin.ch > EJPD > Bundesamt für Justiz > Strafen und Massnahmen > Vollzug > Information und Dokumentation > Der Strafvollzug in der Schweiz.

noch bis zum ordentlichen Ablauf der Kündigungsfrist hinausschieben. Er muss nun wohl oder übel in Gmünden zum Vollzug antreten, ohne dass für ihn die Möglichkeit bestanden hätte, eine der sozialverträglichen Vollzugsvarianten in Anspruch zu nehmen. Dieser verhängnisvolle frühe Samstagmorgen wird das junge Leben von K. prägen. Während

des Vollzugs wird er sich eine neue Stelle und eine neue Wohnung in der Nähe des neuen Arbeitsplatzes suchen müssen. Solange er keine Fahrzeughaftpflichtversicherung findet, wird er sich auch nicht um den ihm wegen charakterlicher Nichteignung auf unbestimmte Zeit entzogenen Führerausweis kümmern können. Dazu kommen finanzielle Sorgen, weil K. von seiner Haftpflichtversicherung für einen Teil des Schadens belangt wird und er auch die Kosten der Strafuntersuchung, des Gerichtsverfahrens und des Strafvollzugs, alles in Höhe von einigen zehntausend Franken, übernehmen muss. K. wünscht sich, an jenem frühen Samstagmorgen nicht im Toggenburg unterwegs gewesen zu sein. Das Rad lässt sich nicht zurückdrehen; sein junges Leben hat eine radikale Wende erfahren! ■

Allgemeines

Die Bewilligung einer besonderen Vollzugsform auf Gesuch eines ausländischen Verurteilten setzt eine fremdenpolizeiliche Bewilligung voraus. Dem Verurteilten, der gemeinnützige Arbeit leistet, entstehen mit Ausnahme einer Bewilligungsgebühr von derzeit Fr. 120.– keine weiteren Kosten. Halbgefangene erzielen weiterhin ein Erwerbseinkommen. Sie beteiligen sich an den Vollzugskosten mit Fr. 40.– pro Tag, abzüglich nicht in der Anstalt eingenommene Mahlzeiten. Die Vollzugskosten sind wöchentlich vorzuschüssen. Bei Halbgefangenschaft kann die Anstalt je nach Arbeitszeit zwischen 06.00 Uhr und 22.00 Uhr während höchstens 13 Stunden verlassen werden. Pro Woche müssen wenigstens 1 1/2 Tage in der Anstalt verbracht werden. Besuche dürfen nicht empfangen werden. Zur Pflege der familiären

Beziehungen kann der Verurteilte frühestens nach 2 Monaten monatlich an einem Wochenende für längstens 32 Stunden beurlaubt werden. Monatlich kann ferner ein Ausgang von maximal 5 Stunden bewilligt werden. Übersteigt die Dauer der Halbgefangenschaft 6 Monate, hat sich der Verurteilte an einem Wiedergutmachungsprogramm zu beteiligen (Schuldenregulierung, Zahlungen an Geschädigte oder gemeinnützige Institutionen, Aufarbeiten der Opferproblematik). Besitz und Konsum von Drogen sind während des gesamten Vollzugs verboten; Widerhandlungen können zum Abbruch der Halbgefangenschaft führen. Wie im Normalvollzug kann der Verurteilte auch bei Halbgefangenschaft nach Verbüsung von 2/3 der Strafe bedingt entlassen werden wenn zu erwarten ist, dass er sich in der Freiheit bewährt.

«RECHT-ECK»

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 SGAV

Redaktionelle Betreuung

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

Layout

Publica-Press Heiden

Inserateverwaltung

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

Erscheinungsweise

3 x pro Jahr: März, Juli, November

Auflage

4'100 Exemplare

Nachdruck

Der Nachdruck von Beiträgen ist mit Genehmigung der Redaktion gestattet.

Aus dem Bundesgericht

Präzisierte Rechtsprechung zum Schadenersatz



Des Nachbarn Bäume gestutzt

Wer widerrechtlich auf dem Grundstück des Nachbarn Bäume fällt oder zurückstutzt, muss für den an den Pflanzen selbst angerichteten Schaden aufkommen, auch wenn sich der Wert des Grundstücks durch den Eingriff nicht vermindert oder sogar erhöht hat. Diese Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung zeichnete sich im Verlaufe einer öffentlichen Urteilsberatung des Bundesgerichtes ab.

In einem vor zwei Jahren publizierten Leitentscheid findet sich eine Erwägung, wonach sich die Beschädigung oder Zerstörung eines Baumes grundsätzlich auf den Wert des Grundstücks auswirkt, dessen Bestandteil er rechtlich besehen ist. Im Falle einer gepflegten Parkanlage etwa kann der Wert des Grundstücks sich vermin-

dern. Wo der Baum einer zusätzlichen Überbauung im Weg stand, wird der mögliche Verkaufspreis der Parzelle sich dagegen verteuern.

In sehr vielen Fällen dürfte der Verkehrswert einer Liegenschaft – gemessen am Preis, den ein potenzieller Käufer dafür zu zahlen bereit ist – sich allerdings nicht verändern, wenn darauf einige Bäume gestutzt oder gefällt werden. Und in diesen Fällen könnte aus der erwähnten Rechtsprechung der Schluss gezogen werden, ein allfälliger Baumfrevler habe überhaupt nicht für Schaden aufzukommen. Dem soll indes aus heutiger Sicht der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts nicht so sein. Bei der Ermittlung des Schadens ist in der Regel nicht (mehr) vom Wert des Grundstücks auszugehen, sondern vom

Wert des Baumes selber. Wird dieser beschädigt, muss er ersetzt oder besonders gepflegt werden, und die dadurch entstehenden Kosten hat der Schädiger dem Eigentümer zu vergüten. Daran ändert nichts, dass sich der Wert des Grundstücks durch die Beseitigung eines Baumes sogar erhöhen kann. Es gebe keinen aufgezwungenen Mehrwert, meinte einer der Richter und ergänzte in Anspielung an die Sprayer-Problematik, sein Haus dürfe gegen seinen Willen auch von einem van Gogh nicht bemalt werden. Konkret zu beurteilen war der Fall einer Frau, die zu einer Schadenersatzzahlung von über Fr.21'000.– verurteilt worden war, weil sie einem Gärtner den Auftrag erteilt hatte, auf einem Nachbargrundstück zwei Buchen zu stutzen und eine Fichte zu fällen. Die bernische Justiz kam zum Schluss, dass das widerrechtliche Sägen auf der fremden Parzelle sich nicht nachteilig auf deren Verkehrswert ausgewirkt habe, weshalb es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen Schaden zu ersetzen gäbe. Dieses Ergebnis wurde indes als unbefriedigend erachtet und dem Eigentümer trotzdem Schadenersatz zugesprochen. Das Urteil ist jetzt vom Bundesgericht bestätigt worden.

Aus:
Neue Zürcher Zeitung, Urteil 4C.347/2002 vom 25.3.03.

«Alles was Recht ist»

Gesammelt von RA Bruno A. Hubatka

■ Aus einem Polizeiprotokoll: «Das andere Fahrzeug fuhr direkt auf mich zu und es 'chlöpft'. Darauf hin sagte ich dem anderen Idioten meine Meinung.»

■ Aus einer Antragschrift im Fürsorgewesen: «Ich habe eine Tochter und zwei

Söhne. Wir sind alle so beschränkt, dass wir nur 2 Bettstellen aufstellen können.»

■ Aus einer Rekurschrift eines Fürsorgeunterstützten: «Die Gemeinde zahlt mir Fr.500.00 im Monat, was noch nicht einmal genug ist, um meine Notdurft zu verrichten.»

■ Aus einem Plädoyer, festgehalten in einem Gerichtsprotokoll: «Die von der Staatsanwaltschaft mehrfach angezogenen

Damenstrümpfe kann man dem Angeklagten nicht in die Schuhe schieben, da er aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse berechtigt war, die Strümpfe als Herrenlos anzusehen.»

■ Übervorteilung? «X verkaufte dem Bauer Y eine Melkmaschine und nahm dabei die einzige Kuh, die der Bauer besass, in Zahlung.»

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