

Das Mandat

DIE KLIENTENSCHRIFT DES ST.GALLISCHEN ANWALTSVERBANDES SGAV



St.Gallischer Anwaltsverband
SGAV

THEMA

Neue Beurkundungskompetenzen für St.Galler Rechtsanwälte Seite 3

RECHT & UNTERNEHMUNG



Lohnfortzahlung ohne Arbeitsleistung Seite 7

Verdeckte Gewinnausschüttung bei Unternehmungen... Seite 11

RECHT & PRIVAT

Die Erziehungs- und Besuchsrechtbeistandschaft im Scheidungsverfahren Seite 15



Winterliche Gefahren Seite 21

«RECHT-ECK»

Der Gründungsschwindel als Urkundendelikt Seite 26

EDITORIAL

Seit dem 1. Mai 2004 wird im Kanton St.Gallen der VIII. Nachtrag zum Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch angewendet. Dies ist darum von besonderer Bedeutung, weil der Kantonsrat mit diesem Nachtrag die Beurkundungskompetenz der St.Galler Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte erheblich erweiterte. Mit Ausnahme von Grundbuchgeschäften und Inventaraufnahmen sind die St.Galler Anwälte seit Inkrafttreten des Nachtrags für alle Arten von Beurkundungen zuständig. Zu den wichtigsten Beurkundungsgeschäften, die



lic.iur. Daniel Perret
Rechtsanwalt, Sargans
Präsident PR-Kommission

Neue Beurkundungskompetenz für st.gallische Anwältinnen und Anwälte

in den Kompetenzbereich der St.Galler Anwälte fallen, zählen der Abschluss von Ehe-, Erb- und Verpfändungsverträgen, die Beurkundung von Testamenten und Bürgschaften, die Beurkundung von Gesellschaftsgründungen und Stiftungen sowie Beurkundungen aller Art in Handelsregistersachen, wie Statutenänderungen, Sitzverlegungen, Fusionen und Liquidationen. Ebenfalls in die Kompetenz der St.Galler Anwälte fallen die Beglaubigung von Unterschriften, die Beglaubigung von Kopien und Abschriften sowie die Beglaubigung der Echtheit von Kalenderdaten, Übersetzungen und anderen Dokumenten. Selbstverständlich sind die St.Galler Anwälte nicht nur für Beurkundungen in nationalen Angelegenheiten zuständig, sondern ebenso auch bei internationalen Sachverhalten. Die Inanspruchnahme eines St.Galler Anwaltes in Beurkundungsangelegenheiten ist insofern von Vorteil, als der Rechtsanwalt aufgrund der umfassenden Ausbildung sowohl im Beurkundungsrecht als auch im materiellen Recht bewandert und kompetent ist. Demzufolge beschränkt sich der Anwalt bei seiner Beratung nicht alleine auf die eigentliche Beurkundung. Vielmehr ist der Anwalt in der Lage, eine umfassende Betreuung des Rechtsuchenden zu garantieren. Den

rechtzeitigen Beizug des Rechtsanwaltes vorausgesetzt, ergeben sich für Klienten so individuelle Lösungen, die den Wünschen und Bedürfnissen entsprechen und in massgeschneiderten Urkunden umgesetzt werden. Aufgrund der Vertrauensstellung bietet der Anwalt zudem Gewähr, dass sämtliche Informationen der Klientschaft unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses stehen, welches den Anwalt zur strikten Verschwiegenheit gegenüber jedermann verpflichtet und ihm sogar das Recht gibt, Auskünfte gegenüber Behörden und Dritten zu verweigern. Fallweise erspart der Beizug eines Anwaltes zur Beurkundung lange Reisewege und bringt möglicherweise Zeitersparnisse mit sich, da die Beurkundung auch ausserhalb amtlicher Öffnungszeiten und reglementierter Schaltersunden stattfinden kann. Die finanziellen Aufwendungen für den Anwalt entsprechen dabei den allgemeinen Gebühren für öffentliche Beurkundungen. Einen umfassenden Überblick über die Zuständigkeit der St.Galler Anwältinnen und Anwälte vermittelt der beiliegende Flyer. Im Weiteren gewährt der Beitrag ab Seite 3 in diesem «Mandat» Einblicke in die Beurkundungsthematik. Beide sind Ihrer Aufmerksamkeit empfohlen. ■



Neue Beurkundungskompetenzen für St.Galler Rechtsanwälte

Am 17. Februar 2004 stimmte der Kantonsrat St.Gallen dem VIII. Nachtrag zum Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch zu. Der Nachtrag wird seit dem 1. Mai 2004 angewendet. In diesem Nachtrag erweiterte der Kantonsrat die Beurkundungskompetenzen der st.gallischen Rechtsanwälte nochmals erheblich und revidierte das Beurkundungsrecht in verschiedenen Punkten.

Neu dürfen Rechtsanwälte insbesondere auch Bürgschaften sowie sämtliche Handelsregistersachen beurkunden. Dazu kommt eine umfassende Zuständigkeit für Beurkundungen nach ausländischem Recht.

Begriff der öffentlichen Beurkundung

Im Rechtsleben sind verschiedene wichtige Rechtsvorgänge nur

gültig, wenn sie öffentlich beurkundet werden. Als Beispiele seien die Gründung einer Stiftung, der Abschluss eines Ehe- und/oder eines Erbvertrags, die Errichtung eines öffentlichen Testaments, die Übertragung von Grundstücken, die Gründung einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung genannt. Diese Reihe liesse sich durch

zahlreiche weitere Beispiele verlängern.

Gemäss der allgemeinen Definition, welche das Schweizerische Bundesgericht verwendet, ist unter einer öffentlichen Beurkundung das Aufzeichnen rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person (Urkundsperson), in der vom Staat geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren zu verstehen. Bei der Beurkundung werden von der Urkundsperson Erklärungen der Beteiligten schriftlich festgehalten (zum Beispiel ein Erbvertrag), Vorgänge unter dem Gesichtswinkel ihres rechtmässigen Ablaufs protokolliert (zum Beispiel die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft)

Im Rechtsleben sind verschiedene wichtige Rechtsvorgänge nur gültig, wenn sie öffentlich beurkundet werden.

sowie bestehende Tatsachen für Zwecke des nichtstreitigen Rechtsverkehrs belegt (zum Beispiel, dass zwei Personen miteinander verheiratet sind). Bei ihrer Tätigkeit hat die öffentliche Urkundsperson die für die notarielle Beurkundung geltenden Bestimmungen zu beachten.

Zweck der öffentlichen Beurkundung

Schreibt der Gesetzgeber die öffentliche Beurkundung vor, verfolgt er damit drei Zwecke. Zum einen will er einen schriftlichen Beleg schaffen, der erhöhten Anforderungen genügt, was durch die besonderen Vorschriften, welche für das Beurkundungsverfahren gelten, und die zwingende Mitwirkung der Urkundsperson sichergestellt werden soll. Wo das Gesetz die öffentliche Beurkundung für individuelle rechtsgeschäftliche Erklärungen verlangt, sollen die Beteiligten auch davor geschützt werden, unüberlegt rechtliche Handlungen vorzunehmen, mit denen sie Rechte oder Pflichten begründen, ändern oder aufheben. Schliesslich dient die öffentliche Beurkundung bei der Protokollierung von Veranstaltungen auch der Kontrolle, ob die betreffende Veranstaltung rechtmässig durchgeführt wurde.

gen verlangt, sollen die Beteiligten auch davor geschützt werden, unüberlegt rechtliche Handlungen vorzunehmen, mit denen sie Rechte oder Pflichten begründen, ändern oder aufheben. Schliesslich dient die öffentliche Beurkundung bei der Protokollierung von Veranstaltungen auch der Kontrolle, ob die betreffende Veranstaltung rechtmässig durchgeführt wurde.

Form und Inhalt einer öffentlichen Urkunde

Bei der Errichtung einer öffentlichen Urkunde ist es wichtig, dass die Formvorschriften peinlich genau eingehalten werden. Dabei ist unter Form die äussere Gestalt zu verstehen, die eine rechtlich relevante Erklärung oder Handlung aufweisen muss, damit sie wirksam ist.

Dass eine Urkunde formell korrekt ist, genügt aber nicht. Auch ihr Inhalt muss den gesetzlichen Bestimmungen sowie den Be-

dürfnissen der Beteiligten entsprechen. Gerade diesem letzten Aspekt kommt in der Praxis grosse Bedeutung zu. Es reicht nicht aus, dass irgendein Testament errichtet oder irgendeine Gesellschaft gegründet wird. Entscheidend ist vielmehr, dass auch der Inhalt von öffentlichen Urkunden den gesetzlichen Bestimmungen und – was mindestens ebenso wichtig ist – den Wünschen und Bedürfnissen der Parteien entspricht. Das ist aber nur möglich, wenn sich die Urkundsperson mit diesen Wünschen und Bedürfnissen intensiv auseinandersetzt, die Beteiligten eingehend berät und mit ihnen eine massgeschneiderte Lösung erarbeitet. Das setzt voraus, dass die Urkundsperson über die nötigen rechtlichen Kenntnisse verfügt und sie sachgerecht anwenden kann.

Revision des st.gallischen Beurkundungsrechts

Weil das bisherige st.gallische Beurkundungsrecht verschiedene Lücken und Mängel aufwies, wird es zur Zeit revidiert. Am

17. Februar 2004 stimmte der Kantonsrat St.Gallen einer entsprechenden Gesetzesänderung zu. Bei Drucklegung dieses Artikels wird auf Grund der revidierten gesetzlichen Bestimmungen eine neue Ausführungs- und Vollzugsverordnung erarbeitet.

Die wesentlichsten Neuerungen sind die Neuregelung der Zuständigkeiten der verschiedenen Urkundspersonen, die Anpassung des Verfahrens an die heutigen Bedürfnisse, das Schliessen von Lücken im Gesetz und die Beantwortung verschiedener offener Fragen.

Zuständigkeit im Kanton St.Gallen

Im Kanton St.Gallen sind der Amtsnotar, der Rechtsanwalt, der Grundbuchverwalter in Grundbuchsachen, der Handelsregisterführer und in einem Fall auch der Gemeindepräsident öffentliche Urkundspersonen. Welche Arten von Beurkundungen die einzelnen Urkundspersonen vornehmen dürfen, ist in Art. 15 des Einführungs-

Entscheidend ist, dass der Inhalt von öffentlichen Urkunden den gesetzlichen Bestimmungen und den Wünschen und Bedürfnissen der Parteien entspricht.



gesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch geregelt.

Rechtsanwalt als Urkundsperson

Mit Ausnahme der Grundbuchsachen sowie von drei Arten von Inventaren, für welche der Amtsnotar zuständig ist, dürfen st.gallische Rechtsanwälte seit dem 1. Mai 2004 alle Arten von Beurkundungen vornehmen. Zu den wichtigsten Beurkundungen, für welche Rechtsanwälte zuständig sind, gehören der Abschluss von Ehe-, Erb- und Verpfändungsverträgen, die Beurkundung von Testamenten und Bürgschaften, die Gründung von Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und von Stiftungen, weitere gesellschaftsrechtliche Beurkundungen aller Art sowie die Beglaubigung von Unterschriften und Kopien. Dazu kommen Beurkundungen nach ausländischem Recht wie zum Beispiel eidesstattliche Erklärungen.

Aufgrund der immer grösseren internationalen Verflechtung nimmt die Bedeutung von Beurkundungen nach ausländischem Recht zu. Wichtig ist dabei, die Urkunden so abzufassen und auszugestalten, dass sie von denjenigen, für die sie bestimmt sind, als öffentliche Urkunden anerkannt werden und damit die beabsichtigten Rechtswirkungen entfalten können.

Ausbildung des Rechtsanwalts als Urkundsperson

Die Ausbildung zum Rechtsanwalt und damit auch seine Tätigkeit als Urkundsperson setzt ein abgeschlossenes juristisches Universitätsstudium, ein mindestens einjähriges Anwaltspraktikum sowie das Bestehen einer anspruchsvollen Prüfung voraus. Bestandteil sowohl des Anwaltspraktikums als auch der Anwaltsprüfung ist neben dem materiellen Recht und dem Prozessrecht auch das Beurkundungsrecht. Wie bereits darge-

legt, sind umfassende Kenntnisse sowohl des Beurkundungsrechts als auch des materiellen Rechts eine unabdingbare Voraussetzung, um massgeschneiderte Urkunden zu erstellen, welche den Wünschen und Bedürfnissen der Beteiligten möglichst optimal entsprechen.

Verfahren der öffentlichen Beurkundung

Eingeleitet wird das Beurkundungsverfahren, indem sich die Beteiligten an eine Urkundsperson wenden und sie ersuchen, eine Beurkundung vorzunehmen. Beispielsweise konsultiert jemand, der ein Testament errichten möchte, einen Rechtsanwalt mit der Bitte, eine entsprechende öffentliche Urkunde aufzunehmen. Darauf stellt die Urkundsperson fest, was die Beteiligten genau wollen. Kennt sie den Parteiwillen, klärt die Urkundsperson die Beteiligten über den rechtlichen Inhalt und die Bedeutung der Urkunde auf und weist sie auf Mängel, tatsächliche Unrichtigkeiten und Widersprüche zu den gesetzlichen Bestimmungen hin. Wichtig ist, dass es die Urkundsperson nicht bei dieser formellen Belehrung bewenden lässt, sondern dass sie die Beteiligten auch mit Bezug auf den Inhalt der Urkunde berät, denn häufig gibt es verschiedene Möglichkeiten, um ein juristisches Problem zu lösen. Das Ziel der Beratung muss sein, dass die Beteiligten die für sie beste Möglichkeit wählen. Eine weitere Aufgabe der Urkundsperson ist es, zu prüfen, ob die Angaben der Beteiligten über ihre Identität zutreffen, ob die erforderlichen Vollmachten und Zustimmungserklärungen vorliegen und ob die Beteiligten rechts- und urteilsfähig sind.

Aufgrund ihrer Abklärungen setzt die Urkundsperson die öffentliche Urkunde auf, soweit die Parteien ihr keinen Text vorlegen, den sie selbst erarbeitet haben.

Bei der eigentlichen Beurkundung ist es – von einigen Spezialfällen abgesehen – erforderlich, dass die Urkundsperson und die weiteren Beteiligten anwesend sind. Bei gewissen Beurkundungen können sich die Parteien mit schriftlicher Vollmacht vertreten lassen. Zwingend erforderlich ist in jedem Fall, dass die Urkundsperson anwesend ist. Sie darf sich nicht vertreten lassen.

Bevor die Urkundsperson die Beurkundung vornimmt, müssen die Parteien vom Inhalt der Urkunde entweder, indem sie sie selbst lesen oder indem sie sich die Urkunde vorlesen lassen, Kenntnis nehmen. Bei fremdsprachigen Urkundsparteien sind Dolmetscher, bei Urkundsparteien, welche in ihrer Wahrnehmung behindert sind, entsprechende Fachpersonen beizuziehen, welche der in ihrer Wahrnehmung behinderten Urkundspartei den Inhalt der Urkunde verständlich machen können.

Nachdem die Parteien den Inhalt der Urkunde zur Kenntnis genommen und der Urkundsperson erklärt haben, dass die Urkunde ihrem Willen entspricht, schliesst die Urkundsperson das Verfahren ab, indem sie bescheinigt, die Urkunde sei den Parteien vorgelesen oder sie sei von ihnen selber gelesen worden und enthalte ihren Parteiwillen. In der Regel haben die Urkundsparteien die Urkunde zu unterschreiben. Es gibt aber auch Beurkundungsverfahren, bei denen die Unterschrift der Urkundsparteien nicht erforderlich ist.

Nach Abschluss des Beurkundungsverfahrens erhalten die Beteiligten je eine Ausfertigung der Urkunde. Ein Exemplar der Urkunde bleibt bei der Urkundsperson. Bei Testamenten, Ehe- und Erbverträgen wird zudem ein Exemplar beim Amtsnotariat am Wohnort der Parteien



Dr. iur. Werner Ritter
Rechtsanwalt
Heerbrugg

Zwingend erforderlich ist in jedem Fall, dass die Urkundsperson anwesend ist. Sie darf sich nicht vertreten lassen.

THEMA

hinterlegt, wenn sie im Kanton St.Gallen wohnen, sonst bei der zuständigen Hinterlegungsbehörde ihres Wohnsitzkantons.

Bedeutung der öffentlichen Beurkundung

Rechtliche Handlungen, für welche die öffentliche Beurkundung gesetzlich vorgeschrieben ist, sind ohne Rechtswirkung (formnichtig), wenn sie ohne öffentliche Beurkundung vorgenommen werden. Deshalb liegt es im Interesse der Beteiligten, die Beurkundung gemäss den gesetzlichen Bestimmungen vorzunehmen.

Weil die öffentliche Beurkundung nur für wichtige rechtliche Handlungen erforderlich ist, empfiehlt sich eine gründliche Abklärung des Sachverhalts in Verbindung mit einer umfassenden Beratung. Nur so ist sichergestellt, dass die öffentliche Be-

urkundung die beabsichtigten Rechtswirkungen entfaltet. Dadurch kann, gerade in Erbangelegenheiten, langwierigen und teuren Streitigkeiten vorgebeugt werden.

Funktion der St.Galler Rechtsanwälte im Beurkundungsverfahren

Weil die Inhaber eines Anwaltspatents eines Kantons oder eines Staates, der Mitglied der Europäischen Union oder der Europäischen Freihandelsassoziation ist, mit Wohn- oder Geschäftssitz im Kanton St.Gallen öffentliche Beurkundungen vornehmen dürfen, verfügt der Kanton St.Gallen über ein sehr engmaschiges Netz von Urkundspersonen. Dank ihrer Beurkundungskompetenz können die st.gallischen Anwälte die Parteien nicht nur über beurkundungspflichtige Geschäfte

beraten, sondern die Beurkundungen – abgesehen von Grundstücksgeschäften und einigen wenigen weiteren Ausnahmen – selbst vornehmen. Durch die nochmalige Erweiterung ihrer Beurkundungskompetenz sind die st.gallischen Rechtsanwälte neu insbesondere auch für die Beurkundung von Bürgschaften sowie für alle handelsrechtlichen Beurkundungen zuständig. Aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer Berufserfahrung sind die st.gallischen Rechtsanwälte nicht nur in der Lage, die Beurkundung vorzunehmen, sondern auch, die Beteiligten umfassend zu beraten, was für die sachgerechte Ausgestaltung der entsprechenden Rechtsgeschäfte von grosser Bedeutung ist und wesentlich dazu beiträgt, Streitigkeit und als Folge davon aufwändige Prozesse zu vermeiden. ■



Lohnfortzahlung ohne Arbeitsleistung

Lohn ohne Arbeit? An sich undenkbar. In der heutigen schweizerischen Rechtsordnung gibt es jedoch eine Vielzahl von Situationen, in welchen der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ohne Gegenleistung in der Form von Arbeit Lohn schuldet. Der Autor stellt nachfolgend eine Übersicht der häufigsten Fälle vor, weist auf die zentralen diesbezüglichen Regelungen hin und gibt auch Empfehlungen für die Praxis.

Lohnfortzahlung bei Annahmeverzug des Arbeitgebers

Gemäss Art. 324 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR) bleibt der Arbeitgeber, wenn die Arbeit infolge seines Verschuldens nicht geleistet werden kann oder wenn er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug kommt, zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung (von Arbeit) verpflichtet ist. Damit der Arbeitgeber in einem solchen Fall zur Leistung von Lohn verpflichtet wird, müssen je-

doch verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein:

Zunächst muss der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung gehörig anbieten. Dies zu beweisen, ist Sache des Arbeitnehmers. Damit schliesslich ein lohnfortzahlungspflichtiger Annahmeverzug vorliegt, muss die gehörig angebotene Arbeitsleistung letztlich nicht angenommen werden. Der Annahmeverzug ist dabei verschuldensunabhängig, weshalb hiezu nicht nur die Zutrittsverweigerung, sondern auch Nicht- oder Unterbeschäftigung, Betriebsstörungen technischer, wirtschaftlicher oder

behördlicher Art und gar Betriebsschliessungen zu zählen sind. Ebenfalls lohnfortzahlungspflichtig wird der Arbeitgeber, wenn er es unterlässt, die ihm obliegenden Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen vorzunehmen (z.B. fehlende Arbeitsgeräte und -materialien, Energie, Weisungen usw.).

Lohnfortzahlung bei Verhinderung des Arbeitnehmers

Weit häufiger anzutreffen ist der Fall, in dem der Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung ohne Arbeitsleistung verpflichtet wird, die

Arbeitsleistung aber aus Gründen ausbleibt, die in der Person des Arbeitnehmers liegen.

Regelung und Voraussetzungen der Lohnfortzahlungspflicht

Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm

der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, (...), sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde (OR 324a Abs. 1 OR).

Die allgemeinen Voraussetzungen des Lohnfortzahlungsanspruchs bei Verhinderung des Arbeitnehmers sind somit:

1. Persönliche begründete Verhinderung an der Arbeitsleistung: Verhinderung im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR verlangt, dass die Arbeitsleistung dem betroffenen Arbeitnehmer unmöglich oder unzumutbar ist. Subjektive Leistungshindernisse wie

Familienereignisse (Heirat, Krankheit oder Tod naher Verwandter), Arztbesuche, Behördengänge usw. begründen hingegen i.d.R. keine Lohnfortzahlungspflicht, da sie meist in die Freizeit verlegt werden können. Die Beweislast für die Verhinderung trägt der Arbeitnehmer.

2. Fehlendes Verschulden des Arbeitnehmers: Die Arbeitsverhinderung muss unverschuldet sein, wobei ein leichtes Verschulden dem Arbeitnehmer nicht schadet.
3. Zeitliche Grenzen (sog. Karenzfrist): Das Arbeitsverhältnis muss mindestens drei Monate gedauert haben oder für mehr als drei Monate eingegangen worden sein.

Höhe und Dauer der Lohnfortzahlung

In Bezug auf die Höhe ist derjenige Lohn zu bezahlen, den der Arbeitnehmer normalerweise erhalten würde, weshalb auch Zulagen, Provisionen wie auch eine angemessene Vergütung für den ausfallenden Naturallohn (etwa Kost und Logis) miteinzubeziehen sind. Hinsichtlich der Dauer legt Art. 324a Abs. 2 OR als Mindestleistung fest, dass im ersten Dienstjahr bis zu drei Wochen und in den nachfolgenden Dienstjahren eine angemessene längere Zeit Lohn bezahlt werden muss, je nach Dauer des Arbeitsverhältnisses und den Umständen des Einzelfalls. Im Interesse der Rechtssicherheit haben die Gerichte verschiedene Richtsätze (sog. Skalen) entwickelt, die die Dauer der Lohnfortzahlung nach Anzahl Dienstjahre staffeln und somit die vorgenannte «angemessene längere Zeit» präzisieren (Grafik).

Im Kanton St.Gallen wird – auch wenn zuweilen Kritik daran geübt wird – nach konstanter Rechtsprechung des Kantonsgerichtes die sog. «Berner Skala» angewendet.

Vom Gesetz abweichende Vereinbarungen

Art. 324a Abs. 1 bis 3 OR stellt lediglich eine Minimalregel dar. Die Bestimmung ist relativ zwingend, was bedeutet, dass sie zugunsten des Arbeitnehmers abgeändert oder durch eine für ihn gleichwertige Regelung ersetzt werden kann, Letzteres indessen nur durch schriftliche Vereinbarung im Arbeitsvertrag, im Gesamtarbeits- oder Normalarbeitsvertrag.

...durch Versicherungen insbesondere

Die Möglichkeit abweichender Regelungen ermöglicht es, den Lohnfortzahlungsanspruch durch eine freiwillige Versicherung abzudecken. Bei Gleichwertigkeit der Versicherungsdeckung ist der Arbeitgeber von der Lohnfortzahlungspflicht befreit.

In der Praxis erfolgt die Regelung häufig über private Taggeldversicherungen, die dem Arbeitnehmer einen direkten Leistungsanspruch auf 80% des Lohnausfalls während 720 Tagen gewähren; in der Regel werden die entsprechenden Beiträge hälftig durch Arbeitnehmer und Arbeitgeber finanziert.

Verhältnis zu obligatorischen Versicherungen

Der Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR ist nach Art. 324b Abs. 1 OR insoweit ausgeschlossen, als der Arbeitnehmer gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsverhinderung obligatorisch versichert ist (nach Unfallversicherungs- oder Militärversicherungsgesetz etwa) und die Versicherungsleistungen mindestens 80% des Lohnes erreichen.

Zur krankheitsbedingten Verhinderung insbesondere

Häufiger Streitpunkt stellt in diesem Zusammenhang das Arzzeugnis dar, dies insbesondere, wenn Beginn der Arbeitsun-

In Bezug auf die Höhe ist derjenige Lohn zu bezahlen, den der Arbeitnehmer normalerweise erhalten würde.

	Dauer des Arbeitsverhältnisses	Lohnanspruch
Basler Skala	4. bis 12. Monat	3 Wochen
	2. und 3. Jahr	2 Monate
	4. bis 10. Jahr	3 Monate
	11. bis 15. Jahr	4 Monate
	16. bis 20. Jahr	6 Monate
Berner Skala	4. bis 12. Monat	3 Wochen
	2. Jahr	1 Monat
	3. und 4. Jahr	2 Monate
	5. bis 9. Jahr	3 Monate
	10. bis 14. Jahr	4 Monate
	15. bis 19. Jahr	5 Monate
20. bis 25. Jahr	6 Monate	
Zürcher Skala	4. bis 12. Monat	3 Wochen
	2. Jahr	8 Wochen
	3. Jahr	9 Wochen
	4. Jahr	10 Wochen
	Pro weiteres Jahr	plus 1 Woche

fähigkeit und Datum des Arztbesuches auseinander liegen, dieses selbst fragwürdig ist, usw. Kommt es deswegen zu Streitigkeiten, unterliegt das Arztzeugnis der freien richterlichen Beweiswürdigung, weshalb aus ihm hervorgehen sollte, inwiefern ihm nicht überprüfbare Angaben des Patienten zugrunde liegen und seit wann der Arzt das Krankheitsgeschehen aus eigener Betrachtung kennt. Erst wenn objektiv gesehen Anlass zu ernsthaften Zweifeln an der Richtigkeit des Arztzeugnisses besteht, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, sich von einem zweiten Arzt untersuchen zu lassen.

Zur unfallbedingten Verhinderung insbesondere

Bei Unfällen und Berufskrankheiten ist die Rechtslage insofern anders als bei einer Krankheit, als hier wie erwähnt eine obligatorische Taggeldversicherung besteht (vgl. dazu auch vorstehend die Ausführungen zu den obligatorischen Versicherungen).

Da die Lohnfortzahlungspflicht auch hier verschuldensabhängig ausgestaltet ist, bezahlt die Unfallversicherung nicht oder kürzt die Taggelder, wenn der Arbeitnehmer den Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass Sportunfälle bei normaler sportlicher Betätigung, selbst bei riskanten Sportarten (Skifahren, Bergsteigen, Tauchen, Reiten, usw.), im Zweifel als unverschuldet zu betrachten sind.

Zur schwangerschaftsbedingten Verhinderung insbesondere

Bei Schwangerschaft und Niederkunft der Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber den Lohn im gleichen Umfang wie bei Krankheit zu entrichten (Art. 324a Abs. 3 OR). Dauer und Höhe – und insbesondere der Ausrichter – der Lohnfortzah-

lungspflicht bestimmen sich somit nach jetzigem Recht nach den vorstehenden Ausführungen.

Mit der Annahme der Mutterschaftsversicherung am 26. September 2004 durch das Schweizer Volk hat die Arbeitnehmerin bei Niederkunft Anspruch auf einen Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen (neu vorgeschlagener Art. 329f OR), die damit einher gehende – von der bisherigen Dauer des Arbeitsverhältnisses unabhängige – Lohnfortzahlung wird im Rahmen der bestehenden Erwerbsersatzordnung geregelt.

Weitere Fälle der Lohnfortzahlung ohne Arbeitsleistung

Nebst den vorstehend dargelegten Regelungen bestehen in der schweizerischen Rechtsordnung noch weitere Fälle, in welchen der Arbeitgeber ohne Arbeitsleistung des Arbeitnehmers Lohn zu bezahlen hat. So etwa:

Lohnzahlung bei Ferien

Der Arbeitgeber hat für die Ferienzeit zwingend (Art. 362 OR) den Lohn samt einer angemessenen Entschädigung für den ausfallenden Naturallohn zu bezahlen (Art. 329d Abs. 1 OR). Um den Erholungszweck der Ferien zu gewährleisten, ist eine Abgeltung der Ferien durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht gestattet (Art. 329d Abs. 2 OR).

Lohnfortzahlung bei der sog. Freistellung des Arbeitnehmers

Bei der sog. Freistellung verzichtet der Arbeitgeber bei gekündigtem Arbeitsverhältnis auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Da sie damit einen Fall des Annahmeverzugs durch den Arbeitgeber darstellt, ist ebenfalls Lohn geschuldet, wobei auch hier – entsprechend dem Annahmeverzug des Ar-

beitgebers – eine Anrechnungspflicht des Arbeitnehmers für Einsparungen und anderweitigen Verdienst besteht.

Lohnfortzahlung bei Tod des Arbeitnehmers

Auch wenn das Arbeitsverhältnis mit dem Tod des Arbeitnehmers erlischt (Art. 338 Abs. 1 OR), hat der Gesetzgeber dennoch in gewissen Konstellationen eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers über den Tod des Arbeitnehmers hinaus statuiert: Der Arbeitgeber hat den Lohn für einen weiteren Monat und nach fünfjähriger Dienstdauer für zwei weitere Monate, gerechnet vom Todestag an, zu entrichten, sofern der Arbeitnehmer den Ehegatten oder minderjährige Kinder oder bei Fehlen dieser Erben andere Personen hinterlässt, denen gegenüber er eine Unterstützungspflicht hat (Art. 338 Abs. 2 OR).

Lohnzahlungen bei Arbeit auf Abruf

An Aktualität gewonnen hat in neuerer Zeit die Frage, ob bei Arbeit auf Abruf Lohnzahlungen selbst für den Fall geschuldet sind, in dem dem Arbeitnehmer keine Arbeit zugewiesen wurde und Letzterer lediglich seine Arbeitsbereitschaft zur Verfügung gestellt hat. Das Bundesgericht hat entschieden, dass – sofern keine andere vertragliche Abrede besteht – nicht nur die Wartezeit im Betrieb zu entlohnen ist, sondern auch der ausserhalb des Betriebs geleistete Bereitschaftsdienst (sog. Rufbereitschaft). Dabei muss die Rufbereitschaft aber nicht wie die Haupttätigkeit entlohnt werden. Geht aus dem Arbeitsvertrag nicht hervor, wie hoch die Entschädigung sein soll, schuldet der Arbeitgeber, was üblich ist. Lässt sich dies nicht feststellen, ist nach Billigkeit zu entscheiden.



Dr. Stephan Thurnherr
Rechtsanwalt
St.Gallen

Auch für Kleinunternehmen ist es ein Muss, sich den Abschluss einer (Kollektiv-) Taggeldversicherung für die Belegschaft zu überlegen.

RECHT & UNTERNEHMUNG

Würdigung und Empfehlungen

Die verschiedenen Fälle, in welchen Lohn zu bezahlen ist, obwohl der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung erbracht hat, sind in weiten Teilen und grösstenteils auch (teil-)zwingend im Gesetz geregelt. Dies ist Folge des sozialstaatlichen Prinzips, welches auch Eingang im Obligationenrecht gefunden hat. Trotz der hohen Regelungsdichte kann es jedoch nicht nur für den Arbeitnehmer, sondern auch für den Arbeitgeber von Vorteil sein, in denjenigen Bereichen, in welchen das Gesetz abweichende oder weitergehende Regelungen zulässt, solche auch zu prüfen.

So ist es etwa nicht nur für mittlere und grössere Unternehmen, sondern auch für Kleinstunternehmen ein Muss, sich den Abschluss einer (Kollektiv-)Tag-

geldversicherung für die Belegschaft zu überlegen. Zwar sind mit dem Abschluss einer solchen (teilweise auf den Arbeitnehmer überwälzbare) Prämienzahlungen verbunden, welche aber allenfalls durch eine sog. Risikoprüfung des Betriebes reduziert werden können. Weitere Gestaltungsmöglichkeiten bieten sich beispielsweise auch in der betriebsinternen Abwicklung der Krankheitsfälle. So kann in Arbeitsverträgen vorgesehen werden, dass der Arbeitnehmer nach einer bestimmten Anzahl Tage krankheitsbedingter Absenz ein Arztzeugnis einzureichen hat. Das ist zulässig und sinnvoll, soweit damit das administrative Verfahren geregelt und vereinfacht werden soll. Unzulässig sind solche Regelungen jedoch, wenn daran als Sanktion der Verlust des Lohnanspruches geknüpft würde. Zu

beachten bleibt, dass, auch wenn der Arbeitnehmer seinen entsprechenden vertraglichen Pflichten nicht nachkommt, sein Lohnfortzahlungsanspruch trotzdem besteht, sofern er auf andere Weise – oder auch später – beweisen kann, dass er tatsächlich krankheitsbedingt arbeitsunfähig war.

Wenn man von der gesetzlichen Ordnung abweichende oder diese ergänzende Regelungen ins Auge fasst, bleibt nebst deren rechtlichen Zulässigkeit letztlich stets zu prüfen, ob in Reglementen und Arbeitsverträgen das «Rad nochmals neu erfunden» werden muss, oder ob ein Verweis auf das Gesetz mit wenigen speziellen Ergänzungen den Vertragsparteien nicht auch dient. ■



Verdeckte Gewinnausschüttungen bei Unternehmungen

Verdeckte Gewinnausschüttungen sind nach der Praxis des Bundesgerichtes Zuwendungen an Anteilsinhaber oder diesen nahe stehenden Dritten, die ihren Rechtsgrund ausschliesslich im Beteiligungsverhältnis haben. Im Zentrum steht die Bemessung des steuerbaren Ertrages einer Kapitalgesellschaft bzw. des steuerbaren Einkommens ihrer Anteilsinhaber. Im nachfolgenden Aufsatz sollen nun der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung, die Motivationsgründe der verdeckten Gewinnausschüttung sowie Abgrenzungsfragen anhand praktischer Beispiele erklärt werden.

Zum Begriff der verdeckten Gewinnausschüttungen

Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt vor, wenn ein Kapitalunternehmen einem Beteiligten (Anteilsinhaber oder diesem nahe stehende Person) ohne entsprechende Gegenleistung eine als Aufwand verbuchte Leistung erbringt, die sie im normalen Geschäftsverkehr einem unbeteiligten Dritten nicht erbringen würde. Im Zentrum der verdeckten Gewinnausschüttung steht also die Frage der Angemessenheit von Leis-

tung und Gegenleistung. Grundsätzlich wird zwischen Gewinnvorwegnahme und verdeckter Gewinnausschüttung im engeren Sinne unterschieden, wobei es sich bei beiden Begriffen um Tatbestände verdeckter, geldwerter Vorteile handelt.

Gewinnvorwegnahme

Dem Unternehmen zustehender Ertrag wird diesem nicht oder nicht angemessen, sondern direkt dem Gewinnempfänger zugeführt. Die Gewinnvorwegnahme ist insbesondere durch

das nicht Verbuchen von Geschäftsvorgängen charakterisiert.

Verdeckte Gewinnausschüttung im engeren Sinne

Die von der Unternehmung erbrachte Leistung wird nicht oder nicht mit einer gleichwertigen Gegenleistung entschädigt. Im Gegensatz zur Gewinnvorwegnahme werden die entsprechenden Geschäftsvorgänge wohl verbucht, jedoch dergestalt, dass die Erfolgsrechnung der Unternehmung eine Erfolgsschmälerung erleidet.

RECHT & UNTERNEHMUNG

Motive verdeckter Gewinnausschüttungen

Die Ursache der verdeckten Gewinnausschüttung liegt wohl hauptsächlich im Umstand der steuerlichen Doppelbelastung einer Kapitalunternehmung (AG, GmbH usw.) und deren Anteilshaber. Demnach ist zuerst die Unternehmung für ihren Gewinn selbst steuerpflichtig, bei der anschliessenden Ausschüttung dieses bereits versteuerten Gewinnes an die Anteilshaber werden diese hierfür selbst steuerpflichtig.

Weil es sich formell nicht um identische Steuersubjekte handelt, verstösst diese Besteuerungspraxis allerdings nicht gegen das Verbot der Doppelbesteuerung.

Es liegt nun auf der Hand, dass Anteilshaber ihre Bezüge aus Kapitalgesellschaften nach Möglichkeit in der Form von Lohn, Kapital- und Mietzins usw. beziehen, anstatt sich einen Beteiligungsertrag (Dividende) vom bereits bei der Gesellschaft besteuerten Gewinn auszahlen zu lassen, stellt doch das Erstere bei der Kapitalgesellschaft vollumfänglich steuerlich absetzbaren Aufwand dar.

Danebst sind weitere Motive zur Vornahme einer verdeckten Gewinnausschüttung denkbar:

- Steueroptimierung wegen unterschiedlicher Steuersätze.
- Milderung der Verlustverrechnungsbeschränkung.
- Stille Stärkung eines verbundenen Unternehmens (verkappte Sanierung).
- Stille Verschiebung von Haftungssubstrat.

Diesem steuerminimierenden Bestreben sind jedoch durch die Steuergesetze und die Praxis der Steuerbehörden Grenzen gesetzt. Die gesetzlich gewollte wirtschaftliche Doppelbelastung von Kapitalgesellschaft und Anteilshaber bedingt steuerrechtliche Korrekturmassnahmen für Fälle, in denen geldwerte Vorteile verdeckt über die Erfolgsrechnung statt über offene Reserven geleistet werden.

Abgrenzung

Ausgangspunkt der Gewinnberechnung einer Kapitalgesellschaft ist stets die handelsrechtskonform erstellte Erfolgsrechnung. Bereits Art. 678 OR verlangt die Rückerstattung un gerechtfertigter und bösgläubiger Bezüge von Aktionären, Verwaltungsräten und diesen nahe stehenden Personen. Im Unterschied zur steuerlichen Korrektur verdeckter Gewinnausschüttungen stellt die Rückerstattungspflicht nach Art. 678 OR

jedoch eine erfolgsneutrale und allenfalls emissionsabgabepflichtige Kapitaleinlage dar.

Gemäss Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG und der ähnlich lautenden Bestimmung des st.gallischen Steuergesetzes (Art. 82 StGSG), setzt sich bei juristischen Personen der steuerbare Reingewinn zusammen aus dem Saldo der Erfolgsrechnung unter Aufrechnung der vor der Berechnung dieses Saldos ausgeschiedenen Teile des Geschäftsergebnisses, die nicht zur Deckung geschäftsmässig begründeter Unkosten verwendet werden. Als Beispiele solcher geschäftsmässig nicht begründeter Unkosten sind in Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG unter anderem offene und verdeckte Gewinnausschüttungen sowie geschäftsmässig nicht begründete Zuwendungen an Dritte erwähnt. Wie so oft konkretisiert dieser allgemein gehaltene Gesetzestext aber noch nicht, wo sich die steuerrechtliche Schmerzgrenze nun genau befindet. Vom Bundesgericht sind deshalb drei Kriterien entwickelt worden, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit von einer verdeckten Gewinnausschüttung gesprochen werden kann:

1. Die Gesellschaft hat eine geldwerte Leistung erbracht, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, wodurch das ausgewiesene Geschäftsergebnis gemindert wird;
2. Mit der Leistung wird ein Teilnehmer oder eine diesem nahe stehende Person oder Unternehmung begünstigt; ein der Gesellschaft fern stehender Dritter hätte sie unter gleichen Bedingungen nicht erhalten; die Leistung ist also ungewöhnlich und mit einem sachgemässen Geschäftsgebaren nicht vereinbar;
3. Der Charakter der Leistung bzw. das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist für die handelnden Gesellschaftsorgane erkennbar.

Wie so oft konkretisiert der allgemein gehaltene Gesetzestext aber noch nicht, wo sich die steuerrechtliche Schmerzgrenze nun genau befindet.



Typische Erscheinungsformen

- Die Kapitalgesellschaft erwirbt vom Anteilhaber Vermögenswerte über deren Verkehrswert und nimmt in den folgenden Geschäftsjahren die dazu notwendigen Abschreibungen oder Rückstellungen vor.
- Die Kapitalgesellschaft verkauft dem Anteilhaber Vermögenswerte unter dem Verkehrswert oder kauft von diesem Vermögenswerte über dem marktüblichen Preis.
- Der Anteilhaber erhält für ein der Kapitalgesellschaft zur Verfügung gestelltes Mietobjekt einen über dem marktüblichen Ansatz liegenden Mietzins.
- Der Anteilhaber erhält von der Kapitalgesellschaft ein ungesichertes Darlehen, das einem unabhängigen Dritten nicht gewährt würde und für das kein Rückzahlungswille vorhanden ist (simuliertes Darlehen).
- Der Anteilhaber vergibt seiner Kapitalgesellschaft ein Darlehen mit einem über dem marktüblichen Satz liegenden Darlehenszins oder erhält von ihr ein unverzinsliches Darlehen.
- Die Kapitalgesellschaft vergütet dem mitarbeitenden Anteilhaber ein übersetztes Gehalt/übersetzte pauschale Spesenentschädigungen.
- Die Kapitalgesellschaft stellt dem Anteilhaber Geschäftsinfrastruktur für die private Verwendung unentgeltlich zur Verfügung.
- Veräusserung von Beteiligungsrechten durch eine Privatperson an eine von ihr beherrschte Gesellschaft (Transponierung oder Vermögensumschichtung).
- Veräusserung von Beteiligungsrechten, wobei der Erwerber den Kaufpreis dieser Beteiligungsrechte ganz oder teilweise mit Mitteln der er-

worbenen Gesellschaft finanziert (indirekte Teilliquidation).

Steuerrechtliche Korrekturen und weitere Auswirkungen

Rechtsgeschäfte zwischen Kapitalgesellschaft und Anteilhaber sowie diesen nahe stehenden Personen haben steuerrechtlich, wie vorstehend gezeigt, nach dem Prinzip des marktconformen Handelns (auch «dealing at arm's length» genannt) zu erfolgen. Es ist somit erforderlich, dass sämtliche Geschäfte zwischen der Kapitalgesellschaft und ihren Anteilhabern zum wirklichen Wert abgewickelt und in der Jahresrechnung entsprechend ausgewiesen werden, ansonsten die Differenz bei der Gesellschaft als bereits ausgeschütteter Gewinn und beim Empfänger als Ertrag aus Kapitalbeteiligung aufgerechnet wird. Erbringt die Kapitalgesellschaft eine geldwerte Leistung an eine dem Anteilhaber nahe stehende Person, wird dieser Vorteil steuerlich zuerst direkt beim Anteilhaber erfasst. Die Begünstigung des nahe stehenden Dritten stellt in der Folge je nach Steuersubjekt unter Umständen eine Schenkung oder eine verdeckte Kapitaleinlage dar. Regelmässig verlangt die Steuerbehörde bereits mit dem Einreichen der Steuererklärung einer Kapitalgesellschaft die Offenlegung von Geschäftsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Anteilhabern, Verwaltungsräten und Organen der Geschäftsführung sowie diesen nahe stehenden Personen. Für die Steuerbehörde von Interesse sind Angaben über Bezüge wie Gehälter, Spesen, Kapitalzinsen, aber auch die unternehmensfremde Nutzung der Geschäftsinfrastruktur wie Telefon, Fahrzeuge usw. Nachfolgend nun einige Beispiele abgaberechtlicher Korrekturen bei verdeckten Gewinnausschüttungen.

Überhöhter Ausweis von Gewinnungskosten

Beispiel I: Alleinaktionär A lässt sich für Geschäftsreisen von seiner Kapitalgesellschaft K überhöhte Reisespesen im Umfang von CHF 10'000.– auszahlen. Der steuerpflichtige Gewinn der Gesellschaft wird im betreffenden Geschäftsjahr um die überhöhten Reisespesen korrigiert (+ CHF 10'000.–). Es findet keine Korrektur im Kapital der Gesellschaft statt, weil die Entreichung der Gesellschaft bereits definitiv stattgefunden hat. Beim Aktionär, welcher die verdeckte Gewinnausschüttung erhalten hat, bedeutet die Auszahlung der ungerechtfertigten Spesenauszahlung steuerpflichtigen Beteiligungsertrag im Umfang von CHF 15'385.–, wovon CHF 5'385.– als Verrechnungssteuer wieder zurückgefordert werden können. Eine nachträgliche Umdeutung der Reisespesen als Lohn ist wegen des Massgeblichkeitsprinzipes (Verbindlichkeit der eingereichten Bilanz) unzulässig.

Ungenügend fakturierte Leistung

Beispiel II: G ist Geschäftsführer und Mehrheitsaktionär der Kapitalgesellschaft K. Ihm steht sowohl für geschäftliche als auch für private Fahrten ein Geschäftsfahrzeug zur Verfügung, dessen Aufwand vollumfänglich der Erfolgsrechnung der K belastet wurde. Auch in diesem Beispiel erfolgt zuerst bei der Gesellschaft eine Aufrechnung des Ertrages im Wertumfang der unberücksichtigten privaten Verwendung des Fahrzeuges. Weil die private Benützung des Geschäftsfahrzeuges einen Lohnbestandteil für G darstellt, gleicht sich die Aufrechnung des Privatanteiles durch den erhöhten Lohnaufwand bei der K wieder aus, es handelt sich somit



lic. iur. HSG Markus Heer
Rechtsanwalt
Wil

Es ist erforderlich, dass sämtliche Geschäfte zwischen der Kapitalgesellschaft und ihren Anteilhabern zum wirklichen Wert abgewickelt und in der Jahresrechnung entsprechend ausgewiesen werden.

RECHT & UNTERNEHMUNG

um eine steuerneutrale Korrektur. Hingegen sind auf diesem Lohnbestandteil Sozialversicherungsbeiträge geschuldet. Bei G erfolgt eine steuerliche Lohnaufrechnung im Wertumfang der unberücksichtigten, privaten Verwendung des Geschäftsfahrzeuges.

Gewinnvorwegnahme durch Einnahmeumleitung oder Veräusserung von Bilanzobjekten

Beispiel III: Alleinaktionär A erwirbt von seiner Kapitalgesellschaft K ein Automobil zum Preis von CHF 10'000.-; der Verkehrswert des Fahrzeuges beträgt CHF 30'000.-.

Veräussert die Gesellschaft ein Bilanzobjekt an den Aktionär unter dessen Verkehrswert, wird der entgangene Gewinn bei der Gesellschaft dem steuerbaren Gewinn hinzugerechnet. Der

damit verdeckt ausgeschüttete Gewinn wird bei A als Beteiligungsertrag im Umfang von CHF 20'000.-, zuzüglich Verrechnungssteuer wie in Beispiel I, aufgerechnet.

Möglichkeiten zur Vermeidung verdeckter Gewinnausschüttung

Zusammenfassung

Es zeigt sich immer wieder, dass verdeckte Gewinnausschüttungen häufig ungewollt entstehen und, wie oben gezeigt, weitreichende finanzielle Konsequenzen auslösen können. Wichtig im Hinblick problematischer Geschäftsfälle ist somit deren frühzeitige Erkennung. Das Erscheinungsbild verdeckter Gewinnausschüttungen ist vielfältig und ebenso vielfältig sind die Vermeidungsmassnahmen. So ist beispielsweise für die steuerlich

korrekte Spesenentschädigung mit Vorteil eine Regelung direkt mit der Steuerbehörde zu vereinbaren. Für die private Nutzung der geschäftlichen Infrastruktur (Fahrzeuge, Wohnräume, Versicherungen und dergleichen) müssen realistische Privatanteile zu Gunsten der Gesellschaftsrechnung bereits mit dem Einreichen der Jahresrechnung an die Steuerbehörde ausgewiesen werden.

Sämtliche Geschäftsbeziehungen zwischen Kapitalgesellschaft und Anteilsinhaber sowie diesen nahe stehenden Personen sollen grundsätzlich zu Bedingungen wie mit unabhängigen Dritten ausgestaltet werden. Mit der konsequenten Berücksichtigung dieses allgemeinen Grundsatzes dürfte in den meisten Fällen die Frage verdeckter Gewinnausschüttungen gar nicht erst auftauchen. ■



Die Erziehungs- und Besuchsrechtbeistandschaft im Scheidungsverfahren

Möglichkeiten und Grenzen

Die Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 bis 3 ZGB wurde erst im Jahre 1978 mit der Revision des ZGB eingeführt. Zuvor wurde mit Sanktionen gegen die Eltern, Erziehungsaufsichten und Ermahnungen versucht, die Kindesinteressen zu wahren. Eigentliche, gesetzlich verankerte Kindesschutzmassnahmen kannte man nicht. Mit der Einführung dieses Gesetzesartikels wurde erstmals dem Kindeswohl ein zentraler Platz eingeräumt.

Die gesetzlichen Bestimmungen

Die Erziehungsbeistandschaft soll die mangelnden erzieherischen Ressourcen der Eltern ergänzen. Eine Zusammenarbeit der Beiständin mit den Eltern ist dabei unerlässlich. Während eine eigentliche Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 ZGB, Aufgaben allgemeiner Natur –

wie der Gefährdung des Kindeswohls entgegenzuwirken, die Eltern in ihrer Erziehungsaufgabe zu unterstützen und zu beraten, die notwendigen Hilfen zu vermitteln usw. –, umfasst, werden einer Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB besondere Aufgaben und Befugnisse zugewiesen. Da Letztere vor allem in Scheidungs- und

Eheschutzmassnahmen immer wieder zur Anwendung kommt, betreffen die folgenden Ausführungen schwerpunktmässig die «Besuchsrechtbeistandschaft». Die Besuchsrechtbeistandschaft ist im Gegensatz zur Erziehungsbeistandschaft sehr viel bestimmter, aber auch beschränkter bezüglich einer allgemeinen erzieherischen Unter-



Die Kindesschutzmassnahmen werden von der Vormundschaftsbehörde oder im Scheidungsverfahren vom zuständigen Gericht erlassen.

stützung. Die eingesetzte Beiständin ist gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB mit besonderen Befugnissen ausgestattet. Sie hat deshalb, im Gegensatz zur Kindesschutzmassnahme gemäss Art. 308 Abs. 1 ZGB, regelmässig eine Vertretungskompetenz des Kindes, die mit derjenigen der Eltern konkurrenzieren kann. Praxisgemäss finden dabei Aufgaben, wie die Vertretung des Kindes zur Wahrung von finanziellen Ansprüchen sowie dessen Recht auf Kontakt zu beiden Elternteilen bei Getrenntleben, die meiste Anwendung. Die Beiständin hat jedoch von der ihr zugestandenen Kompetenz zur Vertretung des Kindes

nur Gebrauch zu machen, wenn die Inhaber der elterlichen Sorge nicht selber zum Wohl des Kindes handeln. Jede Kindesschutzmassnahme ist prinzipiell nicht verdrängend, sondern im Interesse des Kindes in jedem Fall nur soweit als nötig ergänzend. Trotzdem das Kind neben seinen Eltern einen zweiten Vertreter erhält, behalten die Eltern ihre volle Zuständigkeit und Vertretungsbefugnis; faktisch besteht aber dennoch eine einschränkende Wirkung. Im Rahmen des Art. 308 Abs. 3 ZGB hat die Behörde zusätzlich die Möglichkeit, die elterliche Sorge punktuell zu begrenzen. Wird eine Beiständin nach Art. 308 Abs. 2 ZGB ernannt, ist die Bezeichnung Erziehungsbistandschaft deshalb nicht mehr ganz zutreffend, da sich diese nur um einen Teilbereich kümmert und die Massnahme genau genommen keine Erziehungs-, sondern eine Vertretungsfunktion hat. Je nach Blickwinkel, ob eher als Eingriff oder als Hilfeleistung, hat sie einen anderen Adressaten. Einerseits soll jemand geschützt werden – ihm soll die Massnahme zugute kommen –, andererseits muss dazu jemand in seiner Freiheit, die er allenfalls zu Ungunsten des zu Schützenden nutzt –, eingeschränkt werden. Die Kindesschutzmassnahmen werden von der Vormundschaftsbehörde oder im Scheidungsverfahren vom zuständigen Gericht erlassen. Ersterer obliegt die Einsetzung einer Beiständin. Eine möglichst klare, konkrete, aber dennoch offene Formulierung des Auftrages an die Beiständin im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen erleichtert die konkrete Ausführung. Die Beiständin ist in der Interpretation bezüglich der konkreten Arbeitsweise im Rahmen des genau definierten gesetzlichen Auftrages frei. Sie hat der Vormundschaftsbehörde alle zwei Jahre Bericht und Antrag zu erstatten.

Indikationen in Eheschutz- und Scheidungsverfahren zur Errichtung einer Erziehungs- oder Besuchsrechtsbeistandschaft

Eltern in Scheidung und deren Kinder befinden sich in einer Lebenskrise mit meist existenziellen Unsicherheiten. Sie sind unstabil, «dünnhäutig» und emotional aufgewühlt. Scheidungs- und Eheschutzverfahren mit unmündigen Kindern stellen deshalb an Familienrichterrinnen hohe Anforderungen; ein verantwortungsvolles, sorgfältiges Vorgehen ist unerlässlich. Selbst in einvernehmlichen Anträgen der Eltern ist es von grösster Wichtigkeit, den Blick auf das Wohl der Kinder zu richten. Neueste Erhebungen belegen einmal mehr eindrücklich, wie einschneidend und nachhaltig sich die Scheidung der Eltern auf die Entwicklung der Kinder auswirken kann. Die im neuen Scheidungsrecht vorgeschriebene Anhörung der Kinder ist eine willkommene und nicht mehr wegzudenkende Möglichkeit, den Anliegen der Kinder gerecht zu werden und deren Stimme ernst zu nehmen. Vor allem bei unterschiedlichen Meinungen der Eltern bezüglich der Ausgestaltung der Eltern-Kind-Kontakte sind die Gespräche mit den Kindern oft richtungsweisend und äusserst hilfreich. Die Familienrichterin hat neu die Möglichkeit erhalten, die Meinung und Befindlichkeit der Kinder den Eltern im Rahmen einer gemeinsamen Anhörung darzulegen. Es gelingt dabei vielen Eltern, ihre Sicht auf das Wohl der Kinder zu verlagern und persönliche Verletzungen zu Gunsten einer konkreten und guten Lösung für die Kinder hinten anzustellen. Durch die Möglichkeit der Kinderanhörung kann heute deshalb oft auf die Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft verzichtet werden. Die Indikation zur Errichtung einer Erziehungs-

oder Besuchsrechtbeistandschaft ist ausschliesslich das Wohl des Kindes bzw. dessen Gefährdung. Alle vormundschaftlichen Massnahmen richten sich nach der geltenden Maxime der Verhältnismässigkeit. Daher soll die zu errichtende Massnahme nicht stärker sein als nötig, zudem muss sie ein taugliches Mittel zur Lösung der Situation darstellen.

Es ist deshalb unbedingt zu berücksichtigen, dass sich die Eltern im Zeitpunkt ihrer Trennung meist in einem emotionalen Ausnahmezustand befinden und die effektiven Familienressourcen oft schlecht auszumachen sind. Die Ressourcen bezüglich Erziehungsfähigkeit sind oft überdeckt von der aktuellen, persönlichen Not. Für Familienrichterinnen ist es deshalb in der kurzen Zeit der Begleitung oft äusserst schwierig, die Fähigkeiten der Eltern möglichst objektiv und zukunftsorientiert einzuschätzen. Weniger einschneidende Möglichkeiten, wie Verwandtenhilfe, freiwillige Beratung und Begleitung usw. sind in jedem Fall abzuklären.

Jedoch gibt es in Scheidungs- und Eheschutzverfahren untrügliche Indikationen, die eine ernsthafte Prüfung von Kinderschutzmassnahmen nötig machen. Die folgende Aufzählung ist dabei nicht als abschliessend zu betrachten:

1. Die geistige Behinderung oder psychische Erkrankung eines Elternteils. In der Partnerschaft konnten die Erziehungsressourcen sicher gestellt werden, was in der Ein-elternsituation oft nicht mehr der Fall ist.
2. Andauernde soziale Problematik des obhutberechtigten Elternteils.
3. Andauernde mangelhafte Erziehungsressourcen des obhutberechtigten Elternteils.
4. Hochstrittige Besuchsrechtsfrage trotz Vermittlung und Kinderabklärungen. Es muss auch längerfristig von der Er-

schwerung/Verweigerung des Besuchsrechtes der Obhutsinhaberin/des Obhutsinhabers ausgegangen werden. Es sind starke Indizien der Ausgrenzung eines Elternteils vorhanden.

5. Objektive Entführungsgefahr des Besuchsberechtigten.
6. Gefahr von physischer, psychischer oder sexueller Gewalt des Besuchsberechtigten.
7. Verwahrlosung, Suchtkrankheit des Besuchsberechtigten.

Möglichkeiten und Grenzen der Beiständin/des Beistandes in der konkreten Ausübung des Mandates

Die Familienrichterin kann bei der Anordnung von Kinderschutzmassnahmen wertvolle Vorarbeit leisten, indem sie über die Möglichkeiten und Grenzen korrekt und transparent informiert.

Kommt sie zum Schluss, dass die Errichtung einer Beistandschaft für die Kinder unerlässlich ist, sind die Erwartungen und Hoffnungen aller involvierten Personen an die Beiständin bezüglich Kompetenzen und zeitlichen Möglichkeiten meist sehr hoch. Es zählt zweifellos zu den schwierigsten, zeitintensivsten und belastendsten Aufgaben einer Beiständin, als Troubleshooterin und Vermittlerin in der Rolle der Vertreterin des Kindes in einen konfliktbeladenen Paarkonflikt einzusteigen. Es ist jedoch auch möglich, dass damit bei den Eltern der Wille zu einem neuen Anfang ausgelöst werden kann und damit eine erhöhte Bereitschaft zur Beilegung des Konfliktes besteht. Die Kontinuität in der Begleitung gibt vielen verunsicherten, verletzten Paaren neue Sicherheit. Der «Erfolg» einer Kinderschutzmassnahme hängt weitgehend von einem gelungenen Beziehungsaufbau zwischen dem Paar und der Beiständin ab. Diesem Umstand ist höchste Beachtung zu schenken. Eine Vertrauensebene ist

das Fundament, auf dem der gewünschte beidseitige Elternkontakt des Kindes Wurzeln fassen kann.

Je nach Intensität der Auseinandersetzung ist die Wahrung der Neutralität eine grosse Herausforderung, da bereits die erste Kontaktnahme mit dem Streitpartner das Vertrauen des andern erschüttert und Misstrauen wecken kann. Die Beiständin versucht, eine Entflechtung und Beruhigung herbeizuführen. Dabei ist es Ziel, Paargespräche mit ihrer Mitwirkung zu initiieren. Ist dies möglich, kann Schritt für Schritt nach gangbaren Wegen gesucht werden. Mediatives Vorgehen trägt dabei wesentlich zum Gelingen bei. In kleinen, überprüfbaren Schritten kann konkret am Aufbau einer neuen, verantwortungsvollen Elternschaft gearbeitet werden, Themen wie Übergabe, Inhalt und Form der Kinderkontakte können ausprobiert, begleitet und angepasst werden.

Damit die Begleitung der Eltern gelingt, ist der Beziehungsarbeit mit der Inhaberin/dem Inhaber der elterlichen Sorge oder Obhut grösste Beachtung zu schenken. Es ist unumgänglich, ein tragendes, vertrauensvolles Arbeitsbündnis anzustreben. Gelingt dies nicht, oder steht die Beiständin dem/der Besuchsberechtigten näher, ist die Regelung der Kinderkontakte meist erschwert, da die Obhutsinhaberin/der Obhutsinhaber über ein starkes Machtpotenzial verfügt, welches zum Nachteil des Kontaktes der/des Besuchsberechtigten eingesetzt werden kann. Die Obhutsinhaberin/der Obhutsinhaber braucht ein grosses Mass an Zuwendung, Sicherheit und Vertrauen, die Kinder unter erschwerten, belastenden Bedingungen loszulassen.

Gelingt die Zusammenarbeit mangels Bereitschaft zur Zusammenarbeit schlecht, ist die



Doris Hoby
Familienrichterin
vormals Amtsvormundin
Flawil

Der «Erfolg» einer Kinderschutzmassnahme hängt weitgehend von einem gelungenen Beziehungsaufbau zwischen dem Paar und der Beiständin ab.

Gefahr äusserst gross, dass die Beiständin zum Spielball des Paares degradiert und innerhalb kürzester Zeit der Parteinahme bezichtigt werden kann. Viele Eltern sind versucht, die Eigenverantwortung an Dritte abzugeben. Es besteht dann die Gefahr, dass die Beiständin zum neuen Streitpartner im Familiensystem wird. Sie muss sich damit begnügen, gegenseitige Forderungen, Wünsche und Anliegen bezüglich der Kinder zu neutralisieren und möglichst «gefiltert» zum Wohl der Kinder weiterzuleiten. Die Abgrenzung zum ehelichen Konflikt kann nur mit viel Anstrengung aufrecht erhalten werden. Oft kommt es dabei zu «Verschleisserscheinungen» in Form von Erschöpfung, Gleichgültigkeit usw., was eine weitere sinnvolle Ausübung des Auftrages mindestens in Frage stellt.

Dies gilt selbstverständlich auch im Falle einer Erziehungsbeistandschaft. Während eine Besuchsrechtbeistandschaft oft von beiden Elternteilen gewünscht ist, auch wenn dies nur zur vermeintlichen «Schützenhilfe» geschieht, hat die Inhaberin/der Inhaber der elterlichen Sorge oder Obhut meist Vorbehalte gegen die Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft. Das Eingeständnis fehlender Erziehungsressourcen und die damit verbundenen Ängste einer «Überwachung» sind gross. Ohne ein stabiles Arbeitsbündnis werden diese Mütter/Väter deshalb immer wieder versuchen, die Beiständin auszugrenzen, was ihre Arbeit erschwert oder gar verunmöglicht. Eine Verbesserung der Situation ist wiederum von der guten Zusammenarbeit mit der Beiständin abhängig.

Leider verfügt die Beiständin oft über ungenügende zeitliche Ressourcen, oder es sind vertiefte Sachhilfen notwendig. Persönliche Begleitungen der Besuchskontakte durch die Beiständin sind nur punktuell und zeitlich begrenzt möglich. In diesem Fall liegt es in ihrer Kompetenz, weitere geeignete Fachstellen oder Personen einzubeziehen. Sie übernimmt in diesem Fall die Koordination eines allfälligen Helfersystems. Die gesetzliche Kindesschutzmassnahme im Rahmen von Art. 308 Abs. 1 bis 3 ZGB ist ein nicht mehr weg zu denkendes, wertvolles Instrument zur Wahrung des Kindeswohls. Dabei bilden Kontinuität und Verbindlichkeit des Auftrages die wertvollen Grundpfeiler, auf denen wirkungsvolle Arbeit geleistet werden kann. ■



Winterliche Gefahren

Der nächste Winter kommt bestimmt. Schnee und Eis erfreuen zwar Sportbegeisterte, bergen aber auch Gefahren. Die winterlichen Gefahren lauern nicht nur auf vereisten Strassen, Trottoirs und Treppen, sondern auch auf Dächern, Bäumen und Skipisten. Nach einem uralten haftpflichtrechtlichen Grundsatz hat jede Person den Schaden selbst zu tragen, den sie erleidet. Die Rechtsordnung kennt aber zahlreiche Ausnahmen von diesem Grundsatz, weil es unbillig schiene, dass der Geschädigte seinen Schaden selbst tragen muss. Im Winter kommt der so genannten Haftung des Werkeigentümers besondere Bedeutung zu. Der nachfolgende kurze Überblick beschränkt sich auf die wichtigsten winterlichen Gefahren und zeigt ihre rechtliche Beurteilung unter dem engen Blickwinkel der Werkeigentümerhaftpflicht auf.

Haftung des Werkeigentümers

Nach Art. 58 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) hat der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes den Schaden zu ersetzen, den diese in Folge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung verursachen. Vorbehalten bleibt ihm der Rückgriff auf Andere, die ihm für das mangelhafte Werk verantwortlich sind (Art. 58 Abs. 2 OR). Die Haftung des Werkeigentümers setzt demnach voraus, dass das Werk mangelhaft unterhalten ist, dass ein Dritter geschädigt wurde und dass der mangelhafte

Unterhalt die Ursache des Schadens ist. Haftungsrechtlich ist nicht vorausgesetzt, dass der Werkeigentümer ein Verschulden trägt. Ob eine Haftung des Werkeigentümers gegeben ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. In der Praxis haben sich Kriterien herausgebildet, welche nachfolgend dargestellt werden. Von grosser praktischer Bedeutung ist die Beweislast. Der Geschädigte muss sowohl die Mangelhaftigkeit des Werkes und seinen Schaden als auch den Zusammenhang zwischen Werkmangel und Schaden belegen. In Bezug auf die Werkeigentümerhaftung ist unerheblich,

ob der Eigentümer auch direkter Besitzer des Werks ist oder ob er dieses beispielsweise weitervermietet oder den Unterhalt Dritten überbunden hat. Stets haftet der Eigentümer des Werks. Er kann aber allenfalls auf den unterhaltspflichtigen Mieter Rückgriff nehmen, wenn er von einem Geschädigten belangt wird. Überdies kann der Mieter dem Geschädigten aus anderen Rechtsgründen (solidarisch zum Werkeigentümer) haften.

Als Werk im Sinne von Art. 58 OR gelten Bauten und Anlagen, die künstlich erstellt und mit dem Boden verbunden sind. Typische Werke sind Strassen und Wege, Häuser und Gärten, aber

auch Parkanlagen und Skipisten. Zum Werk gehören auch Teile und Zugehör, wenn sie nach ihrer Zweckbestimmung zum Werk gehören, selbst wenn sie im Eigentum Dritter stehen.

Der Eigentümer muss dafür sorgen, dass das Werk entsprechend seiner Zweckbestimmung sicher genutzt werden kann. Er hat eine entsprechende Überwachungspflicht. Ein Werk ist dann mangelhaft, wenn es nicht die für seinen bestimmungsgemässen Gebrauch erforderliche Sicherheit bietet. Der Werkeigentümer darf mit einem vernünftigen und dem allgemeinen Durchschnitt entsprechenden Verhalten der Benutzer rechnen. Er muss aber auf ältere Personen, Behinderte und Kinder Rücksicht nehmen. Wenn Anhaltspunkte für ein unvernünftiges Verhalten der Benutzer bestehen, muss er dies mit geeigneten Massnahmen verhindern. Zudem ist er nicht verpflichtet, einen Mangel zu beseitigen, wenn dies technisch nicht möglich oder finanziell nicht zumutbar ist. Er muss diesfalls aber auf die Gefahr hinweisen.

Die Unterhaltspflicht des Werkeigentümers findet ihr Gegenstück in der Sorgfaltspflicht des Benutzers. Wer ein Werk nicht entsprechend der Zweckbestimmung nutzt, kann für sein Fehlverhalten nicht den Eigentümer zur Verantwortung ziehen. Der Benutzer muss bei der Nutzung des Werks zudem ein Mindestmass an Vorsicht beachten, sonst muss er sich ein Selbstverschulden vorwerfen lassen, welches die Haftung des Werkeigentümers ganz ausschliesst oder zu einer Reduktion des Schadenersatzes führt.

Für den Eigentümer eines Werks stellt sich die Frage, wie er dieses im Winter unterhalten muss, um einer Haftung zu entgehen. Auf der anderen Seite stellt sich für den Benutzer des Werkes die Frage, wie weit er sich auf ein mangelfreies Werk verlassen kann. Dies lässt sich am besten

an nachfolgenden Fallgruppen aufzeigen.

Öffentliche Strassen

Öffentliche Strassen stehen mehrheitlich im Eigentum öffentlicher Körperschaften, namentlich des Kantons oder der Politischen Gemeinden. Diese besorgen den Unterhalt, insbesondere auch den Winterdienst. Ausnahmsweise stehen Strassen im Eigentum Privater. In Abweichung vom Wortlaut von Art. 58 OR hat das Bundesgericht auch schon entschieden, dass nicht der private «Eigentümer» der öffentlichen Strassen haftet, sondern die Politische Gemeinde, welche die Herrschaft über die Strasse ausübt und zum Unterhalt verpflichtet war.

Wie weit Strassen zu unterhalten sind, bestimmt sich in erster Linie nach öffentlichem Recht. Die öffentlich-rechtliche Unterhaltspflicht kann als Indiz für den erforderlichen Strassenunterhalt nach Art. 58 OR dienen, vermag aber den Umfang der Sicherungspflicht des Werkeigentümers nicht zu beschränken. Der Strassenunterhalt richtet sich nach Bedeutung und Zweckbestimmung der Strasse. Gerade bei überraschend eintretendem Schneefall oder Glatteis ist es dem Gemeinwesen nicht möglich, auf allen Strassen gleichzeitig für eine hinreichende Sicherheit zu sorgen. Diesem Aspekt wird bei der Werkeigentümerhaftung Rechnung getragen, da der Unterhalt des Werkes nur verlangt wird, wenn dies technisch möglich und nach den gegebenen Umständen zumutbar ist. Grundsätzlich besteht ausserorts keine Salz- und Sandstreupflicht, ausser auf Autobahnen.

Das Strassenverkehrsgesetz verpflichtet die Strassenbenutzer, ihre Geschwindigkeit stets den Umständen anzupassen, namentlich den Strassenverhältnissen. Wo die Strasse verschneit oder vereist ist, muss

langsam gefahren werden. Bei Nebel und Minustemperaturen muss der Strassenbenutzer mit Glatteisbildung rechnen und seine Geschwindigkeit entsprechend anpassen. Notfalls muss im Schritttempo gefahren werden. Als einleuchtender Grundsatz gilt, dass sich der Fahrer der Strasse anzupassen hat, nicht umgekehrt. Falls sich der Strassenbenutzer nicht an diese Vorschriften hält, wird ihm ein Selbstverschulden zur Last gelegt, welches den Strasseneigentümer von einer Haftung entbinden kann.

Liegenschaften mit Publikumsverkehr

Der Eigentümer eines Wohn- oder Geschäftshauses hat dafür zu sorgen, dass der Zugang möglichst gefahrlos ist. Die Gerichtspraxis ist reichhaltig an Fällen, bei denen Geschäftskunden vor dem Ladenlokal oder Mieter vor ihrem Haus auf Eis ausglitten und Schaden nahmen. Entsprechend der Zweckbestimmung werden bei öffentlichen Gebäuden oder privaten Gebäuden mit Publikumsverkehr höhere Anforderungen an den Unterhalt gestellt. Es reicht demnach nicht aus, Eis weg zu pickeln, zu salzen oder Sand zu streuen. Der Eigentümer muss sich regelmässig vergewissern,

dass nicht neues Eis entstanden ist. Notfalls muss er ein Warnschild anbringen. Dabei ist zu beachten, dass die Kundschaft durch die Auslage im Schaufenster abgelenkt sein kann oder dass Personen mit verminderter Sehfähigkeit das Lokal besuchen könnten. Die Unterhaltspflicht kann sich dabei je nach örtlichen Gegebenheiten auch auf das anschliessende Trottoir erstrecken, selbst wenn dieses im Eigentum der Politischen Gemeinde steht.

Der Eigentümer darf sich nicht darauf beschränken, den Zu-



Michael B. Graf
Rechtsanwalt
St. Gallen

Das Bundesgericht hat auch schon entschieden, dass nicht der private «Eigentümer» der öffentlichen Strassen haftet, sondern die Politische Gemeinde.

gang zum Ladenlokal erst zu Beginn der Öffnungszeiten sicherzustellen. Er muss beachten, dass das Verkaufspersonal früher mit der Arbeit beginnt. Das Gleiche gilt für Eigentümer von Mietwohnungen. Auch in der Nacht muss grundsätzlich ein gefahrloser Zugang gewährleistet sein.

Dachlawinen und Ähnliches

Nicht alles, was von oben kommt, ist auch wirklich gut. Gerade im Winter fallen trotz Rückhaltesystemen oft Lawinen oder schwere Eiszapfen von den Dächern. Sofern dadurch eine Gefahr für Dritte besteht, muss der Hauseigentümer das Notwendige veranlassen, um diese Gefahr zu beseitigen. Selbstredend gelten auch diesbezüglich höhere Anforderungen, wenn die Gefahr über einem häufig

begangenen Trottoir oder einer viel befahrenen Strasse schwebt. Auch schneebedeckte Bäume können eine erhebliche Gefahr darstellen. Gerade bei Tauwetter oder einsetzendem Regen wird der Schnee schwer. Grosse Äste können abbrechen, schlimmstenfalls stürzt der ganze Baum um. Die Werkeigentümerhaftung findet nur auf gepflanzte oder zu einer Anlage gehörende Bäume Anwendung. Durch geeignete Massnahmen muss sichergestellt werden, dass Dritte nicht zu Schaden kommen.

Skipisten

Nicht der Grundeigentümer, sondern der Eigentümer bzw. Betreiber von Anlagen zur Beförderung von Wintersportlern haftet nach Art. 58 OR, wenn er nicht die notwendigen Sicherheitsvorkehrungen trifft. Er muss sowohl die technischen

Anlagen als auch die Piste soweit sichern, dass ein bestimmungsgemässer Gebrauch möglich ist. Dazu gehört das Polstern von Skiliftmasten im Pistenbereich, das Kennzeichnen und Sichern gefährlicher Stellen und auch die Hangsicherung oder das Absperren von Pisten bei Lawinengefahr.

Auf der anderen Seite haben sich auch die Wintersportler vorsichtig zu verhalten und die möglichen Gefahren genügend zu beachten. Die FIS-Regeln gelten als Richtschnur.

Versicherungsmöglichkeit

Werkeigentümer können das Risiko versichern. Sinnvollerweise geschieht dies vor Winteranbruch. Die Versicherung entbindet den Werkeigentümer aber nicht von seiner Sorgfaltspflicht. ■

Nicht alles, was von oben kommt, ist auch wirklich gut.

Impressum

Herausgeber

St.Gallischer Anwaltsverband SGAV
Vadianstrasse 44, Postfach 262
9001 St.Gallen
Telefon 071 492 03 20
Telefax 071 492 03 21
info@anwaelte-sgav.ch
www.anwaelte-sgav.ch

Redaktion

PR-Kommission
St.Gallischer Anwaltsverband SGAV

Redaktionelle Betreuung

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

Layout

Publica-Press Heiden

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

Der Gründungsswindel als Urkundendelikt

Wer eine Aktiengesellschaft gründet und das Aktienkapital mit kurzfristig geliehenem Geld liberiert, das nach der Eintragung der Gesellschaft sogleich wieder abgezogen und dem Geldgeber zurückerstattet wird, kann laut einem Urteil des Bundesgerichts wegen Urkundenfälschung und Erschleichung einer Falschbeurkundung bestraft werden (Art. 251 und 253 Strafgesetzbuch).

Die Zeichnung des Aktienkapitals bedarf zu ihrer Gültigkeit «einer bedingungslosen Verpflichtung, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten» (Art. 630 OR). Und diese Leistung muss die Gesellschaft in die Lage versetzen, über die eingebrachten Mittel frei zu verfügen. Im beurteilten Fall hatte die kantonale Vorinstanz für das

Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass das von einem Dritten kurzfristig zur Verfügung gestellte Gründungskapital nur zum Schein einbezahlt und nach der Gründung sofort wieder zurückbezahlt worden war. Damit handelt es sich laut dem Urteil des Kassationshofs in Strafsachen «um einen klassischen Gründungsswindel, weil das 'Geld zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft' wirtschaftlich gar nie vorhanden war». Die Liberierung erfolgte nur formell, «in Wahrheit wurde das Aktienkapital jedoch nicht liberiert».

Auf Grund dieser Täuschung waren die Angaben in der Einzahlungsbescheinigung der Depositenstelle, in der notariellen Gründungsurkunde sowie im Handelsregister, wonach das

Aktienkapital der Gesellschaft nach deren Gründung zur freien Verfügung stehe, inhaltlich unwahr. Der Notar und das Handelsregisteramt sind über die beabsichtigte rechtswidrige Verwendung des Geldes getäuscht worden, weshalb aus Sicht des Bundesgerichts die Verurteilung des Gründers wegen Urkundenfälschung und Erschleichung einer Falschbeurkundung nicht zu beanstanden ist.

Anzumerken bleibt, dass das der NZZ auf Umwegen zugekommene Urteil aus unverständlichen Gründen der Presse nicht abgegeben wurde, auf Internet nicht zur Verfügung steht und auch auf Anfrage hin nicht herausgegeben werden soll...

Aus: Neue Zürcher Zeitung
Urteil 6S.96/2002 vom 19.6.02