

# Das Mandat

DIE KLIENTENSCHRIFT DES ST.GALLISCHEN ANWALTSVERBANDES SGAV



St.Gallischer Anwaltsverband  
SGAV

## THEMA

Ehescheidung:  
Die AHV bestimmt  
die Aufteilung .....Seite 3

## RECHT & UNTERNEHMUNG



Neuerungen im  
schweizerischen  
Kartellrecht.....Seite 7

Gerichtliches  
Nachlassverfahren... Seite 11

## RECHT & PRIVAT



Wann bekommen  
unmündige Kinder einen  
fremden Beistand.... Seite 15

Das Pfändungsverbot  
für Haustiere .....Seite 19

## «RECHT-ECK»

Eine unglaubliche  
Anwaltsgeschichte  
aus den USA.....Seite 26

## EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin  
Sehr geehrter Leser

Es ist wenig bekannt, dass Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zum Schutze ihrer Klientschaft strengen standesrechtlichen Regeln unterstehen. Dies unterscheidet sie von den anderen in der Rechtsberatung tätigen Berufsgruppen. Standesrechtliche Regeln erlassen einerseits der schweizerische und die kantonalen Anwaltsverbände. Andererseits hat der eidgenössische Gesetzgeber im Bundesgesetz über die Freizügigkeit der



lic. iur. Markus Joos  
Rechtsanwalt  
St.Gallen

## Strenge standesrechtliche Regeln

Anwältinnen und Anwälte verbindliche Berufsregeln aufgestellt. Darin werden Anwältinnen und Anwälte unter anderem verpflichtet, ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben. Sie haben unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung tätig zu sein. Konflikte zwischen den Interessen der Klientschaft und anderen Personen, mit denen die Anwältin oder der Anwalt geschäftlich oder privat in Beziehung stehen, sind in jedem Fall zu vermeiden. Zudem besteht die Pflicht, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen. Der Klientschaft bietet dieses Standesrecht einen besonderen Schutz: Wer der Meinung ist, der von ihr beauftragte Anwalt habe sich nicht korrekt verhalten, kann beim kantonalen Anwaltsverband oder bei der staatlichen Anwaltskammer Anzeige erstatten. Dies hat zur Folge, dass der Vorfall unabhängig untersucht wird. Sollte sich tatsächlich ein standesrechtliches Fehlverhalten einer Anwältin oder eines Anwaltes ergeben, kann dies je nach Schwere des Vorfalles und des Verschuldens entsprechende Sanktionen zur Folge haben, welche bis zum Entzug des Anwaltspatentes gehen können. Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte befindet sich zur Zeit in Revision. Ausgelöst wurde die Revision durch die Hochschulreform, welche aufgrund der Erklärung von Bo-

logna notwendig wurde. Neu wird das juristische Studium nicht mehr mit einem Lizentiat, sondern mit dem Titel eines «Masters» oder eines «Bachelor-Diploms» abgeschlossen. Inskünftig kann sich ins Register eintragen lassen, wer das juristische Studium mit dem Master abgeschlossen hat. Der Eintrag in das Anwaltsregister setzt zudem das Bestehen einer anspruchsvollen kantonalen Prüfung voraus, was im Interesse der künftigen Klientschaft ebenfalls sicher stellt, dass nur qualifizierte Juristinnen und Juristen zum Anwaltsberuf zugelassen werden. Die Revision des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte wird in einem weiteren, für die Klientinnen und Klienten wichtigen Punkt geändert: Die erwähnte Pflicht, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen, wird neu nicht nur Standesregel, sondern formelle Voraussetzung des Registereintrages und damit der Berufszulassung sein. Klientinnen und Klienten wissen damit, dass – sollte einmal ein Fehler in der Berufsausübung passieren –, auf jeden Fall Versicherungsschutz für den dadurch verursachten Schaden besteht. Auch diese Gewissheit können andere Berufsgruppen ihrer Klientschaft nicht im gleichem Masse bieten. ■



# Ehescheidung: Die AHV bestimmt die Aufteilung der Einkommen

*Hans Schwarzmaler ist seit 1986 geschieden. Auf Grund der Anmeldung seiner ehemaligen Ehefrau für den Bezug einer IV-Rente führte die zuständige Ausgleichskasse das Verfahren zum Splitting der Einkommen infolge Scheidung durch. Aus dieser Aufteilung resultierte für ihn in den Jahren 1982 bis 1985 ein um rund 60'000 Franken niedrigeres Erwerbseinkommen. Hans Schwarzmaler verstand das Vorgehen der Ausgleichskasse nicht, da dieses Vereinbarungen der güterrechtlichen Auseinandersetzung verletze und unterlaufe. Falls seine ehemalige Ehegattin in Bezug auf die entrichteten AHV-Beiträge nicht richtig behandelt worden sei, dann müsse sie dies auf dem zivilrechtlichen Weg anfechten. Der Staat habe da nichts zu suchen und schon gar nicht die AHV-Verwaltung im verwaltungsrechtlichen Verfahren.*

**Hans Schwarzmaler versuchte vergeblich, seinen Willen durchzusetzen**

Er forderte daher eine anfechtbare Verfügung. Die Ausgleichskasse wies die dagegen erhobene Einsprache ab. Auch beim kantonalen Versicherungsgericht war Hans Schwarzmaler kein

Erfolg beschieden. Das Gericht hielt fest, dass es sich beim entsprechenden Artikel im AHV-Gesetz um eine zwingende öffentlich-rechtliche Norm handle, welche nicht durch eine privatrechtliche Vereinbarung berührt und unterlaufen werden könne, selbst wenn diese Be-

standteil des Zivilurteils werde. Das rückwirkende Splitting sei in den Schlussbestimmungen zur 10. AHV-Revision ausdrücklich vorgesehen worden. Dies lasse sich dadurch erklären, dass bei einem Verzicht auf eine Rückwirkung für Ehen, die vor 1997 geschlossen oder aufgelöst

worden seien, die umfassende Anwendbarkeit der neuen Aufteilungsregeln auf unbestimmte Zeit verschoben worden wäre. Hans Schwarzmaler überzeugte die Ausführungen der kantonalen Instanz nicht. Er zog das Urteil an das Eidgenössische Versicherungsgericht weiter.

Dieses trat am 5. August 2005 auf die Vorbringen des Beschwerdeführers, das Splitting verstosse gegen eine ganze Reihe von Verfassungsgrundsätzen und es verletze unser Rechtssystem in Bezug auf Trennung von Staat und Privat, nicht weiter ein. Unter Verweis auf das Urteil der Vorinstanz wies es die Beschwerde ab.

## Was heisst Einkommensaufteilung zwischen Ehegatten?

Alle Personen, die nach dem 1. Januar 1997, also nach dem In-Kraft-Treten der 10. AHV-Revision, rentenberechtigt werden, haben ungeachtet ihres Zivilstandes einen eigenen Anspruch auf eine Alters- oder Invalidenrente. Die Ausgleichskassen tragen die Einkommen, für welche versicherte Personen Beiträge entrichtet haben, jeweils in die individuellen Konten ein. Für die Berechnung der Renten bei verheirateten, ver-

witweten oder geschiedenen Personen werden die Einkommen, welche von der Ehefrau und vom Ehemann während der Kalenderjahre der gemeinsamen Ehe erzielt worden sind, zusammengezählt und hälftig auf die beiden Ehegatten aufgeteilt. War nur einer der Ehegatten erwerbstätig, so wird nur dessen Erwerbseinkommen hälftig aufgeteilt. Für die Einkommensteilung fallen nur die Kalenderjahre in Betracht, während denen beide Ehegatten in der schweizerischen AHV/IV versichert gewesen sind. Ist ein Ehegatte beispielsweise im Fürstentum Liechtenstein erwerbstätig, so entfällt für diese Zeit ein Splitting, da er nicht in der Schweiz versichert ist. Die Einkommen, welche die Ehegatten im Jahr der Eheschliessung und im Jahr der Auflösung der Ehe erzielt haben, werden nicht geteilt. Eine Teilung ist somit nur durchzuführen, wenn die Ehe mindestens ein ganzes Kalenderjahr gedauert hat.

Beispiele:

- Heirat Mai 1985 – Scheidung November 2004:  
Die Einkommen der Jahre 1986 bis 2003 werden gesplittet.
- Heirat März 2003 – Scheidung Dezember 2004:  
Kein Splitting.

Für dieses Verfahren hat sich der Begriff «Splitting» durchgesetzt, obgleich dieser im AHV-Gesetz nicht zu finden ist.

## Zwingendes Recht auch bei ausländischen Urteilen

Die Teilung und gegenseitige je hälftige Anrechnung der Einkommen ist zwingendes Recht. Die Regelung der Nebenfolgen einer Scheidung ist somit für die Rentenberechnung ohne Bedeutung. Diese Ordnung gilt gemäss Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vorbehaltlich anders lautender Staatsverträge auch für

nicht in der Schweiz getroffene und nicht schweizerischem Recht unterliegende Scheidungsvereinbarungen. Ebenfalls kommt es nicht auf Wohnsitz und Staatszugehörigkeit der anspruchsberechtigten Person an.

## Zweck des Splittings

Der Gesetzgeber hat mit der 10. AHV-Revision einen Ausgleich zwischen den Ehegatten eingeführt, weil ohne dieses Splitting die vorwiegend oder ausschliesslich im Haushalt tätigen Ehegatten gegenüber den vorwiegend oder ausschliesslich im Erwerbsleben stehenden Ehegatten klar benachteiligt gewesen wären, indem sie alleine die Folgen einer niedrigeren AHV- oder IV-Rente zu tragen hätten. Das Familienrecht war bei der Einführung der AHV im Jahre 1948 von der traditionellen Aufgabenteilung geprägt. Der Ehemann sorgte für den Familienunterhalt, was zur Folge hatte, dass die Ansprüche der Ehefrau stark von jenen des Ehemannes abhängig waren. Ferner waren zu jener Zeit Scheidungen von geringer gesellschaftlicher Bedeutung. Die Häufigkeit der Scheidungen hat in den letzten Jahrzehnten stark zugenommen. Die ursprüngliche Regelung der AHV konnte nicht mehr befriedigen. Sie stand auch im krassen Widerspruch zum partnerschaftlichen Rollenverständnis des neuen Eherechtes. Dieses Ungenügen zeigte sich vor allem bei den Renten geschiedener Frauen.

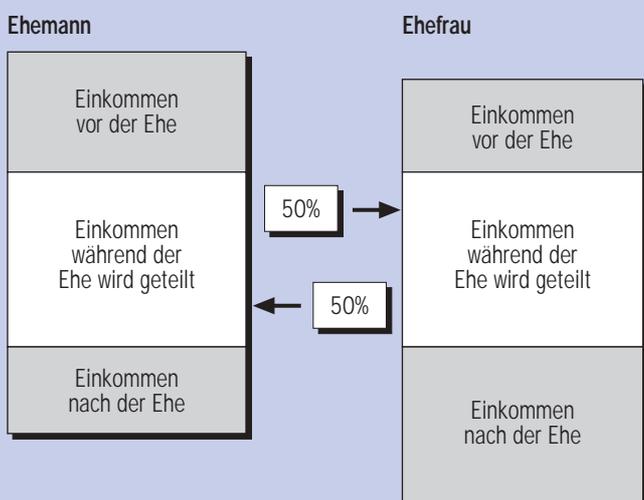
## Wann wird das Einkommen der Ehegatten gesplittet?

Die Einkommensteilung wird nur vorgenommen, wenn

- beide Ehegatten Anspruch auf eine Alters- oder Invalidenrente haben, oder
- die Ehe durch Scheidung aufgelöst wird, oder
- wenn eine verwitwete Person Anspruch auf eine Altersrente hat.

Eine Teilung ist nur durchzuführen, wenn die Ehe mindestens ein ganzes Kalenderjahr gedauert hat.

### So funktioniert das Splitting



### Welche Auswirkungen hat das Splitting auf die Rentenberechnung?

Die Berechnung der AHV- und IV-Renten richtet sich einerseits nach den anrechenbaren Beitragszeiten und andererseits nach den Erwerbseinkommen sowie den Erziehungs- und Betreuungsgutschriften. Damit beeinflussen die Einkommen, auf die AHV-Beiträge bezahlt worden sind, die Rentenberechnung massgebend. Es ist schwierig, generelle Aussagen zu den Auswirkungen des Splittings auf die Rentenberechnung zu machen. Diese sind sicher dann am grössten, wenn ein Ehegatte ein grosses Einkommen erzielte und der andere Ehegatte kein oder nur ein bescheidenes Einkommen hatte. So sind Konstellationen möglich, aufgrund derer die AHV- oder IV-Rente eines Ehegatten wegen des Splittings infolge Scheidung bedeutend tiefer ausfällt. Ein AHV-Rentner, dessen Ehefrau noch nicht im AHV-Rentalter steht, muss beispielsweise damit rechnen, dass seine Rente nach der Scheidung tiefer ist. Eine Besitzstandsgarantie gibt es nicht. Bei solchen Verhältnissen war indessen allermeist die Ehefrau als Hausfrau und Mutter tätig, während der Ehemann einem Erwerb nachging. In so gelagerten Fällen ist zu beachten, dass den Erziehungsgutschriften eine erhebliche Ausgleichsfunktion zukommt.

### Anrechnung von Erziehungsgutschriften

Versicherten kann bei der Berechnung einer AHV- oder IV-Rente für diejenigen Jahre eine Erziehungsgutschrift angerechnet werden, in welchen ihnen die elterliche Sorge für eines oder mehrere Kinder zusteht, die das 16. Altersjahr noch nicht erreicht haben. Dabei werden Eltern, die gemeinsam Inhaber der elterlichen Sorge sind, jedoch nicht zwei Gutschriften kumulativ gewährt. Ein An-

spruch auf Anrechnung von Erziehungsgutschriften besteht auch für Jahre, in denen die Eltern Kinder lediglich unter ihrer Obhut hatten, ohne dass ihnen die elterliche Sorge zustand. Die Gutschriften werden immer für ganze Kalenderjahre angerechnet. Während des Jahres, in dem der Anspruch entsteht, werden keine Gutschriften berücksichtigt. Im Jahr, in dem der Anspruch erlischt, werden indessen Gutschriften angerechnet. Die Gutschrift für das Jahr, in welchem die Ehe aufgelöst wurde oder ein Elternteil stirbt, wird dem Elternteil angerechnet, welchem das Kind zugesprochen wurde oder welcher hinterblieben ist. Steht die elterliche Sorge geschiedenen oder unverheirateten Eltern gemeinsam zu, so können diese schriftlich vereinbaren, welchem Elternteil die ganze Erziehungsgutschrift angerechnet werden soll. Ohne eine solche Vereinbarung wird die Gutschrift hälftig geteilt. Die Erziehungsgutschrift entspricht der dreifachen jährlichen Minimalrente, aktuell 38'700 Franken. Gleich wie das Erwerbseinkommen unterstehen auch die Erziehungsgutschriften den Regeln des Splittings.

### Wie ist nach einer Scheidung vorzugehen?

Nach der Scheidung können die ehemaligen Ehegatten wahlweise an eine Ausgleichskasse, bei der einer von ihnen AHV-Beiträge bezahlt hat, gelangen und um die Einkommensteilung nachsuchen. Die Nummern aller Ausgleichskassen, bei welchen für eine Person ein individuelles Konto geführt wird, sind auf dem AHV-Ausweis aufgeführt. Die Adressen der Ausgleichskassen sind auf der letzten Seite der Telefonbücher oder im Internet unter [www.ahv.ch](http://www.ahv.ch) zu finden.

Das Gesuch um Einkommenssteilung kann von beiden ehemaligen Ehegatten gemeinsam

oder von jedem individuell eingereicht werden. Den geschiedenen Ehegatten empfehlen die Ausgleichskassen jedoch, das Gesuch möglichst unmittelbar nach der Scheidung einzureichen. Dadurch kann das Verfahren rasch und zuverlässig durchgeführt werden. So können auch unliebsame Verzögerungen bei späteren Rentenberechnungen vermieden werden. Formulare können über den Online-Schalter der SVA St.Gallen bezogen und gleich auch am PC ausgefüllt werden ([www.svasg.ch](http://www.svasg.ch)).

### Hat es Folgen, wenn kein Splittingantrag gestellt wird?

Die Einkommensteilung muss nicht zwingend beantragt werden. Unterlassen es beide geschiedenen Ehegatten, so hat dies keine Folgen. Die Ausgleichskassen sind von Gesetzes wegen gehalten, die Einkommensteilung spätestens im Zeitpunkt der Rentenberechnung von sich aus vorzunehmen.

### Kann das Splitting überprüft werden?

Nach Abschluss des Verfahrens erhalten die ehemaligen Ehegatten einen neuen AHV-Ausweis und eine Kontenübersicht. Wer mit der Einkommensaufteilung nicht einverstanden ist, kann von der Ausgleichskasse, die das Splitting durchgeführt hat, eine anfechtbare Verfügung verlangen. Die betroffene Person hat dann die Möglichkeit, gegen die Verfügung innert 30 Tagen bei der Ausgleichskasse Einsprache zu erheben. Sollten die Differenzen auch im Einspracheverfahren nicht ausgeräumt werden können, steht den Betroffenen, wie wir eingangs gesehen haben, der Weiterzug an das kantonale und Eidgenössische Versicherungsgericht offen. ■



lic. iur.  
Gion Pieder Casaulta  
Rechtsanwalt  
Leiter Recht und Regress  
SVA St.Gallen



## Neuerungen im schweizerischen Kartellrecht

*Am 1. April 2004 sind die neuen Bestimmungen des schweizerischen Kartellgesetzes (KG) in Kraft getreten. Die vom KG vorgesehene einjährige «Schonfrist» ist am 31. März 2005 abgelaufen. Diese Revision stellt eine bedeutende und einschneidende Reform des KG dar. Die wichtigste Neuerung bildet die Einführung direkter Sanktionen bei Wettbewerbsverstössen in Form von Bussen. Hiermit hat der Gesetzgeber den Wettbewerbsbehörden nun ein griffiges Instrument zur Ahndung wettbewerbswidrigen Verhaltens in die Hand gegeben. Der nachfolgende Artikel stellt die wichtigsten Neuerungen des KG vor und zeigt auf, welche Massnahmen von den Unternehmen zu ergreifen sind, damit Sanktionen vermieden werden können.*

### Das bisherige Kartellrecht

1. Ein zahnloser Papiertiger  
Mit der letzten Reform von 1995 wurden die Bestimmungen des KG zwar verschärft, indem ihr Geltungsbereich ausgeweitet und strengere (dem EG-Wettbewerbsrecht angepasste) Beurteilungsregeln eingeführt wurden. Den-

noch erwies sich das Gesetz als zahnloser Papiertiger. Ein Unternehmen, dessen Verhalten von der Wettbewerbskommission (WEKO) als wettbewerbswidrig beurteilt wurde, hatte – mit Ausnahme von negativer Publizität – wenig zu befürchten. Die Verhängung von Bussen war ge-

mäss dem bisherigen Recht nur dann möglich, wenn das Unternehmen trotz einer formellen Unzulässigkeitsverfügung der WEKO mit seiner wettbewerbswidrigen Praxis fortfuhr, was während der Geltungsdauer des bisherigen KG nur ein einziges Mal vorkam.

# RECHT & UNTERNEHMUNG



## 2. Unzulässigkeitsvermutung nur bei gewissen horizontalen Abreden

Das bisherige KG stellte eine gesetzliche Unzulässigkeitsvermutung nur für Abreden zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen der gleichen Marktstufe (sogenannte horizontale Abreden) auf. Als vermutungsweise unzulässig galten demnach ausschliesslich horizontale Abreden betreffend Preise, Mengen sowie Gebiets- oder Kundenaufteilungen, sogenannte harte Horizontalabreden.

**Beispiel einer horizontalen Preisabrede: Die X AG und die Y GmbH, welche beide Stahlrohre herstellen und verkaufen, einigen sich, an Dritte keine Preisofferten ohne vorherige Konsultation des anderen zu machen.**

3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung  
Bereits das bisherige KG hat Unternehmen, welche in einem bestimmten Markt(bereich) über eine sogenannte marktbeherrschende Stellung verfügten, Verhaltensgebote beziehungsweise verbote auferlegt. Marktbeherrschung wird laut KG dann

angenommen, wenn sich ein Unternehmen (als Anbieter oder Nachfrager) in einem Markt (auch in einem engen Nischenmarkt) von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Je nach Marktstruktur reicht bereits ein Marktanteil von 25 bis 30 Prozent aus, um diese Unabhängigkeit zu begründen. Die verbotenen Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens werden im KG beispielhaft, aber nicht abschliessend, aufgelistet. Unzulässig sind etwa die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (sogenannter Boykott) oder die Diskriminierung bei Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen.

**Beispiel des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung: Die Z AG verfügt in der Ostschweiz in einem Nischenmarkt über einen Marktanteil von 35 Prozent. Mit der Drohung, die W GmbH sonst nicht mehr zu beliefern, zwingt sie diese zum Abschluss einer Abnahmevereinbarung zu völlig unangemessenen Bedingungen.**

## Die neuen Bestimmungen

1. Neuer Unzulässigkeitsvermutungstatbestand bei vertikalen Preis- und Gebietsabreden

Neu eingeführt wurde die gesetzliche Vermutung, wonach auch gewisse Abreden zwischen Unternehmen unterschiedlicher Marktstufen, also beispielsweise zwischen Lieferant und Vertriebshändler, als unzulässig gelten (sogenannte harte Vertikalabreden). Die Beseitigung dieser Vermutung ist zwar grundsätzlich möglich, dürfte jedoch in der Praxis schwierig sein.

Vermutungsweise unzulässig sind einerseits Absprachen über Mindestverkaufs- oder Festpreise beziehungsweise Preisbestandteile (beispielsweise Rabatte). Weiterhin zulässig ist lediglich

die Regelung der Höchstpreise. Um eine unzulässige Preisabrede zu begründen, bedarf es keiner ausdrücklichen vertraglichen Verpflichtung. Vielmehr genügen bereits Preisempfehlungen, sofern sie von der Gegenseite aufgrund von Druck oder besonderen Anreizen befolgt werden.

Vermutungsweise unzulässig sind andererseits auch harte Abreden über die Zuteilung von Vertragsgebieten. Dies ist der Fall, wenn ein Lieferant seinem Vertriebshändler verbietet, auf Anfrage hin an einen Abnehmer ausserhalb seines Vertragsgebiets zu liefern. Zulässig hingegen ist die Beschränkung der sog. aktiven Verkäufe. So kann der Lieferant seinem Vertriebshändler nach wie vor vorschreiben, ausserhalb seines Vertragsgebiets keine Werbung zu machen, keine Niederlassungen zu eröffnen und keine Auslieferungslager zu unterhalten.

**Beispiel einer vertikalen Gebietsabrede: Die Q AG, welche die von ihr hergestellten Produkte über Vertriebshändler mit fest zugeteilten Vertragsgebieten vertreibt, verbietet ihrem Vertriebshändler X, ihre Produkte in das Vertragsgebiet des Vertriebshändlers Y zu verkaufen.**

2. Neue Sanktionsordnung  
Mit der Revision wurden erstmals direkte Sanktionen in Form von Bussen eingeführt. Sie werden bei harten Horizontalabreden, bei harten Vertikalabreden sowie beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ausgesprochen. Ausgangspunkt für die Bemessung einer Busse ist der sogenannte Basisbetrag. Er entspricht je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem (die Wettbewerbsverletzung) betreffenden Markt in der Schweiz erzielten Umsatzes. Eine spezielle KG-Sanktionsver-

ordnung regelt sodann, ob dieser Basisbetrag aufgrund langer Dauer des Verstosses oder erschwerender Umstände erhöht oder aufgrund mildernder Umstände gesenkt werden kann. Die maximale Sanktion beträgt jedoch in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz gesamthaft erzielten Umsatzes des Unternehmens. Eine solche Sanktion dürfte für manches Unternehmen jedoch bereits hart an der Grenze zur Existenzgefährdung sein.

### 3. Melde- und Widerspruchsverfahren

Ist unsicher, ob eine Verhaltensweise eine unzulässige und damit sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkung darstellt, so besteht für das involvierte Unternehmen die Möglichkeit, der WEKO seine Verhaltensweise zu melden, diese aber bis auf weiteres fortzusetzen. Wird dem meldenden Unternehmen diesfalls innerhalb von fünf Monaten die Eröffnung eines Verfahrens zur Untersuchung von Wettbewerbsverletzungen mitgeteilt, so hat das Unternehmen die gemeldete und evtl. bereits vollzogene Verhaltensweise sofort einzustellen, will es keine Busse riskieren. Erfolgt keine Mitteilung der WEKO, so entfällt die Sanktionsmöglichkeit für die gemeldete Verhaltensweise.

### 4. Neue Bonusordnung/Kronzeugenregelung

Um die Entdeckungswahrscheinlichkeit von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen zu erhöhen, wurden mit der Revision spezielle Anreize zum Bruch der «Kartellsolidarität» geschaffen. So besteht je nach Ausmass der Kooperationswilligkeit einer Unternehmung beziehungsweise je nach Erfolg, den diese Kooperation für die WEKO bei der Aufdeckung solcher Wettbewerbsbeschränkungen zeitigt, die Möglichkeit des

vollständigen oder teilweisen Sanktionserlasses.

### Erfahrungen mit dem revidierten KG

Während der einjährigen Dauer der Übergangsfrist wurde den Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt, ihr Marktverhalten und ihre Verträge den revidierten KG-Bestimmungen anzupassen, ohne dabei sofort mit Sanktionen, insbesondere Bussen, rechnen zu müssen. Zudem bestand während der Übergangsfrist für die Unternehmen die Möglichkeit, bei Inkrafttreten des revidierten KG bereits bestehende Wettbewerbsbeschränkungen der WEKO zu melden, um Sanktionen zu vermeiden. Gemäss ihren eigenen Angaben erhielt die WEKO allein in der letzten Woche vor Ablauf der Übergangsfrist über 1000 solcher Meldungen. Aufgrund der relativ kurzen Periode seit Ablauf der Übergangsfrist am 31. März 2005 sind bis jetzt noch keine Sanktionen nach dem revidierten KG ausgesprochen, beziehungsweise publik gemacht worden. Dies könnte sich jedoch schon bald ändern.

### Wie können Sanktionen vermieden werden?

1. Vermeidung von Sanktionen infolge bestehender KG-Verletzungen

Um Sanktionen infolge bestehender KG-Verletzungen zu vermeiden, empfiehlt es sich, folgende Schritte zu unternehmen:

- Analyse der Marktstruktur und der eigenen Marktstellung.
- Prüfung eigener Vertriebssysteme und des sonstigen Marktverhaltens (Verträge, Absprachen und Aussenkontakte mit Kunden, Lieferanten und Wettbewerbern).
- Sofortige Eliminierung harter Abreden (Überarbeitung der Verträge).
- Evtl. Melde- und Widerspruchsverfahren.

2. Vermeidung von zukünftigen KG-Verletzungen durch ein Compliance-System

Um das Risiko von zukünftigen KG-Verletzungen und daraus entstehender Sanktionen zu vermeiden, empfiehlt sich die Implementierung eines Kartellrechts-Compliance-Systems. Ein solches könnte folgende Schritte beinhalten:

- Durchführung einer Informationsveranstaltung zur Sensibilisierung der Mitarbeiter.
- Aufbau eines systematischen Vertragsmanagements und Sicherstellung der Risikoerkennung.
- Schaffung einer unternehmensinternen Meldestelle und Erarbeitung eines Pflichtenheftes.
- Vorbereitung des Krisenmanagements (Verhaltensregeln für den Ernstfall).

### Fazit

Mit den neuen Bestimmungen hat der Gesetzgeber einerseits das Feld der vermutungsweise unzulässigen Wettbewerbsabreden entscheidend erweitert, indem nun auch harte Vertikalabreden dazugehören. Durch den auch im europäischen Vergleich hohen Bussenrahmen, verbunden mit einer grossen Entdeckungswahrscheinlichkeit infolge der neuen Bonusregelung sowie verschärfter Ermittlungsmethoden, ist zudem die Wirkung, insbesondere die präventive, des KG massiv erhöht worden. Der ehemals zahnlose Papiertiger hat Zähne bekommen, die er nicht nur furchteinflössend fletschen, sondern mit denen er auch kräftig zubeissen kann. Unternehmen, welche sich kartellrechtlich unzulässig verhalten, sei es im Verhältnis zu ihren Konkurrenten, sei es in der Beziehung zu ihren Lieferanten oder Vertriebshändlern, tun gut daran, sich darauf einzustellen und die nötigen Vorkehrungen zur Risikominimierung zu treffen. ■



lic. iur.  
Thomas Schönenberger  
Rechtsanwalt  
St. Gallen



## Gerichtliches Nachlass- verfahren

*Das gerichtliche Nachlassverfahren hat in den letzten Jahren des öfteren für Schlagzeilen gesorgt. Der prominenteste Fall ist wohl das Nachlassverfahren der Swissair und der mit der Swissair verbundenen Gesellschaften. Aber auch in unserer Region ist das Nachlassverfahren bekannt geworden. Man denke zum Beispiel an das Nachlassverfahren im Zusammenhang mit dem FC Wil. Neben dem hier zu besprechenden gerichtlichen Nachlassverfahren, welches im SchKG (Art. 293ff.) geregelt ist, gibt es auch noch das aussergerichtliche Nachlassverfahren. Dort versucht der Schuldner mittels eines aussergerichtlichen Nachlassvertrages mit jedem seiner Gläubiger einzeln übereinzukommen, dass er auf seine Forderung ganz oder zum Teil verzichtet. Dieses Verfahren beruht auf rein privaten Rechtsgeschäften; eine Mitwirkung des Gerichtes findet nicht statt.*

### Arten

Das gerichtliche Nachlassverfahren unterscheidet drei Grundtypen (wobei Kombinationen möglich sind) von Nachlassverträgen:

- Mit dem Stundungsvergleich verzichten die Gläubiger nicht auf ihre Forderungen (auch nicht teilweise), sondern dem Schuldner wird die vollständige Tilgung der Gläubigerforderungen gestundet. Der Schuldner unterbreitet mit dem Nachlassvertrag den Gläubigern einen Zeitplan, gemäss welchem er die Forderungen vollständig zu tilgen gedenkt.
- Im Gegensatz zum Stundungsvergleich verzichten die Gläubiger beim Prozent- beziehungsweise Dividendenvergleich gleichmässig auf einen Teil ihrer Forderungen. Der Schuldner offeriert seinen Gläubigern die Bezahlung eines Teils der Forderungen, der Rest der Forderungen wird ihm erlassen.
- Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich) wird den Gläubigern das Verfügungsrecht über das schuldnerische Vermögen oder über Teile hiervon eingeräumt oder dieses Vermögen wird einem Dritten ganz oder teilweise abgetreten. Dabei wird der Schuldner von seinen Verbindlichkeiten befreit. Die

# RECHT & UNTERNEHMUNG

Gläubiger befriedigen sich dann aus dem erzielten Erlös.

## Bewilligungsverfahren

Ein Schuldner, der einen Nachlassvertrag erlangen will, muss dem Nachlassrichter ein begründetes Gesuch und den Entwurf eines Nachlassvertrages einreichen. Er hat dem Nachlassrichter hierzu bestimmte Unterlagen vorzulegen, so zum Beispiel eine Bilanz- und eine Betriebsrechnung. Aus den dem Nachlassrichter einzureichenden Unterlagen muss die Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage ersichtlich sein. Ist der Schuldner zur Führung von

Geschäftsbüchern verpflichtet, so ist ein Verzeichnis dieser Geschäftsbücher einzureichen.

Mit der Revision des SchKG wurde das Institut der provisorischen Nachlassstundung eingeführt. Heute wird in den meisten Fällen vor der ordentlichen Nachlassstundung eine sogenannte provisorische Nachlassstundung beantragt, wobei eine solche höchstens für die Dauer von zwei Monaten bewilligt und ein provisorischer Sachwalter mit der Prüfung der Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage und der Aussicht des Schuldners auf Sanierung beauftragt wird. Nach Ablauf dieser zweimonatigen provisorischen Nachlassstundung hat der Sachwalter dem Nachlassrichter die Ergebnisse seiner Prüfung in einem Sachwalterbericht zu unterbreiten. Falls diese Prüfung positiv ist, das heisst Aussicht auf einen Nachlassvertrag beziehungsweise Sanierung besteht, gewährt der Nachlassrichter dem Schuldner eine Nachlassstundung für die Dauer von vier bis sechs Monaten. Die Dauer der Nachlassstundung kann auf Antrag des Sachwalters auf zwölf und in besonders komplexen Fällen auf höchstens 24 Monate verlängert werden. Im Gegensatz zur vorausgehenden provi-

sorischen zweimonatigen Nachlassstundung spricht man hier von der ordentlichen Nachlassstundung. Der in der provisorischen Nachlassstundung ernannte Sachwalter wird dann regelmässig auch Sachwalter der nachfolgenden ordentlichen Nachlassstundung. Der Nachlassschuldner hat für das Nachlassverfahren einen Kostenvorschuss zu leisten.

## Wirkungen der Nachlassstundung

Während der Nachlassstundung kann der Schuldner grundsätzlich nicht mehr betrieben werden; Verjährungs- und Verwirkungsfristen stehen still. Nur in Ausnahmefällen kann während der Nachlassstundung gegen den Schuldner eine Betreibung eingeleitet werden, nämlich Beteiligungen auf Pfändung für die Forderungen der ersten Klasse (zum Beispiel Arbeitnehmerforderungen) und Beteiligungen auf Pfandverwertung für Grundpfandgesicherte Forderungen. Die Verwertung des Grundpfandes während der Nachlassstundung bleibt dagegen ausgeschlossen. Mit der Bewilligung der Nachlassstundung hört gegenüber dem Schuldner auch der Zinsenlauf (ausgenommen für pfandgesicherte Forderungen) auf. Während der Nachlassstundung kann der Schuldner grundsätzlich seine Geschäftstätigkeit weiterführen, wobei er allerdings unter der Aufsicht des Sachwalters steht. Der Nachlassrichter kann jedoch (in seinem Bewilligungsentscheid) anordnen, dass der Schuldner gewisse Handlungen nur noch unter Mitwirkung des Sachwalters rechtsgültig vornehmen kann. Der Nachlassrichter kann sogar soweit gehen, dass er den Sachwalter mit der Geschäftsführung beauftragt. Bestimmte Handlungen können während der Nachlassstundung aber auch nicht unter Mitwirkung des Sachwalters vorgenommen werden, sondern

bedürfen in jedem Fall der Ermächtigung durch den Nachlassrichter. So können zum Beispiel ohne Ermächtigung des Nachlassrichters nicht rechtsgültig Teile des Anlagevermögens veräussert oder belastet werden, Pfänder bestellt, Bürgschaften eingegangen oder unentgeltliche Verfügungen getroffen werden.

Diese Wirkungen, also zum Beispiel Betreibungsverbot, Aufhören des Zinsenlaufes usw., gelten nicht nur während der ordentlichen Nachlassstundung, sondern bereits während der provisorischen Nachlassstundung.

## Sachwalter

Dem Sachwalter kommt im Nachlassverfahren eine wichtige Rolle zu. Er hat dabei die Interessen des Schuldners sowie diejenigen der Gläubiger unparteiisch zu wahren. Insbesondere hat er die Handlungen des Schuldners zu überwachen, unverzüglich nach seiner Ernennung ein Inventar über sämtliche Vermögensbestandteile des Schuldners zu erstellen und die Vermögensbestandteile zu schätzen. Er hat die Gläubiger aufzufordern, ihre Forderungen einzugeben sowie eine Gläubigerversammlung einzuberufen. Eine wesentliche Aufgabe des Sachwalters besteht auch darin, die Gläubiger über den Verlauf der Stundung zu orientieren. Der Sachwalter hat vor Ablauf der Stundung dem Nachlassrichter sämtliche Aktenstücke zu unterbreiten, einen Bericht zu erstellen und dem Nachlassrichter die Bestätigung oder Ablehnung des Nachlassvertrages zu empfehlen.

## Bestätigung des Nachlassvertrages

Der Nachlassvertrag kann vom Nachlassrichter nur dann bestätigt werden, wenn die Gläubiger den Nachlassvertrag angenommen beziehungsweise diesem zugestimmt haben. Dies ist dann der Fall, wenn bis zum Entscheid des Nachlassrichters ent-

Während der Nachlassstundung kann der Schuldner grundsätzlich nicht mehr betrieben werden.

weder die Mehrheit der Gläubiger, die zugleich mindestens zwei Drittel des Gesamtbetrages der Forderungen vertreten, oder ein Viertel der Gläubiger, welche aber mindestens drei Viertel des Gesamtbetrages der Forderungen vertreten, zugestimmt haben. Bei den dem Nachlassvertrag zustimmenden Gläubigern kann es sich nur um die Gläubiger der dritten Klasse handeln. Die privilegierten Gläubiger können einem Nachlassvertrag nicht zustimmen, da ein Nachlassvertrag nur dann zustande kommen kann, wenn ihre Forderungen gänzlich erfüllt werden. Falls somit zu wenig Vermögen vorhanden ist, um die privilegierten Forderungen (zum Beispiel alle Arbeitnehmerforderungen) zu befriedigen, kommt ein Nachlassvertrag nicht zustande. Bei pfandgesicherten Forderungen ist nur derjenige Betrag zu berücksichtigen, welcher nach Schätzung des Sachwalters ungedeckt bleibt. Falls die erwähnten Quorums zustande kommen, wird der Nachlassrichter den Nachlassvertrag bestätigen, wenn zusätzlich folgende Voraussetzungen gegeben sind:

- Die angebotene Summe muss im richtigen Verhältnis zu den Möglichkeiten des Schuldners stehen;
- Bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung muss das Verwertungsergebnis oder die vom Dritten angebotene Summe höher erscheinen als der Erlös, der im Konkurs voraussichtlich erzielt würde;
- Der Vollzug des Nachlassvertrages, die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger sowie die Erfüllung der während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten müssen hinlänglich sichergestellt sein, soweit nicht einzelne Gläubiger ausdrücklich auf die Sicherstellung ihrer Forderungen verzichten.

Falls der Nachlassrichter den Nachlassvertrag bestätigt, ist dieser grundsätzlich für alle Gläubiger verbindlich. Dies bedeutet somit, dass zum Beispiel bei einem Prozent- beziehungsweise Dividendenvergleich, gemäss welchem der Schuldner den Gläubigern die Befriedigung der Hälfte der Forderung in Aussicht stellt, ein nichtzustimmender Gläubiger sich hiegegen nicht zur Wehr setzen kann. Auch er hat sich in diesem Fall damit abzufinden, dass er nur die Hälfte seiner Forderung bezahlt erhält.

### Nichzustandekommen des Nachlassvertrages

Falls der Nachlassvertrag durch die Gläubiger abgelehnt wird oder die Voraussetzungen hiezu nicht erfüllt sind – zum Beispiel nicht hinlängliche Sicherstellung für die Forderungen der privilegierten Gläubiger, – so steht es jedem Gläubiger offen, innert 20 Tagen seit der Bekanntmachung über jeden Schuldner die sofortige Konkurseröffnung zu verlangen. Es kann somit auch Konkurseröffnung über denjenigen Schuldner verlangt werden, welcher sonst nicht der Konkursbetrieung unterliegt.

### Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

Insbesondere diese Art von Nachlassvertrag ist in den letzten Jahren in die Schlagzeilen geraten. Sehr oft wird sogar schon während der provisorischen oder dann während der ordentlichen Nachlassstundung das schuldnerische Vermögen, zum Beispiel der gesamte Betrieb, verkauft. In der Nachlassmasse verbleibt dann der aus diesem Verkauf resultierende Erlös, welcher den Gläubigern zur Verfügung gestellt wird. Die Gläubiger üben ihre Rechte durch einen Liquidator (oder mehrere Liquidatoren) aus, welcher unter Aufsicht und Kontrolle des Gläubigeraus-

schusses steht. Üblicherweise ist es so, dass der im vorausgehenden Nachlassverfahren tätige Sachwalter in der Liquidationsphase die Funktion des Liquidators übernimmt. Der Liquidator hat alle zur Erhaltung und Verwertung der Masse sowie zur allfälligen Übertragung des abgetretenen Vermögens gehörenden Geschäfte vorzunehmen und die Masse vor Gericht zu vertreten. Eine wesentliche Aufgabe des Liquidators ist es, den Kollokationsplan zu erstellen. Die Verwertung der Aktiven erfolgt in der Regel durch Eintreibung oder Verkauf der Forderungen, durch freihändigen Verkauf oder öffentliche Versteigerung.

Nach Verwertung der Aktiven ist das Verteilungsergebnis zu bestimmen und es sind die Gläubiger zu befriedigen. Dabei besteht auch die Möglichkeit, Abschlagszahlungen vorzunehmen. Voraussetzung hiezu ist allerdings, dass zumindest der Kollokationsplan in Rechtskraft erwachsen ist und durch die Abschlagszahlungen das Verfahrensergebnis nicht beeinträchtigt wird. Schliesslich hat der Liquidator gleichzeitig mit der endgültigen Verteilungsliste eine Schlussrechnung sowie den Schlussbericht zu erstellen und diesen dem Gläubigerausschuss zur Genehmigung zu unterbreiten. Der Schlussbericht ist nach Genehmigung durch den Gläubigerausschuss dem Nachlassrichter einzureichen. Handelt es sich beim Schuldner um eine juristische Person, zum Beispiel eine AG oder eine GmbH, so wird diese anschliessend im Handelsregister gelöscht. Mit diesem Verfahren wird der Schuldner somit nicht saniert, wie dies beim Stundungs- und Prozent- beziehungsweise Dividendenvergleich der Fall ist, sondern liquidiert (ähnlich wie im Konkurs). ■



Dr. Hans Henzen  
Rechtsanwalt  
Rorschach

Falls der Nachlassrichter den Nachlassvertrag bestätigt, ist dieser grundsätzlich für alle Gläubiger verbindlich.



## Wann bekommen unmündige Kinder einen fremden Beistand?

*Manch verwitwete Mutter oder verwitweter Vater reagiert zunächst mit Unverständnis oder Empörung, wenn ihren Kindern von Amtes wegen ein «Vormund» bestellt wird. Zweifelt man an ihren Fähigkeiten, ohne Ehepartner ordentlich für die Kinder sorgen zu können?*

### Rechtsfähigkeit

Jedermann ist vom Augenblick seiner Geburt an rechtsfähig, kann ohne eigenes Zutun Rechte und Pflichten erwerben.

Unter der Voraussetzung, dass es lebend zur Welt kommt, ist sogar das ungeborene Kind in einem Fall rechtsfähig, nämlich erbfähig.

### Urteilsfähigkeit

Jeder Mensch, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge Geisteskrankheit, Geistesschwäche oder Zuständen wie Trunkenheit und dergleichen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln, ist urteilsfähig.

### Handlungsfähigkeit

Handlungsfähig ist jede Person, die mündig (18 Jahre) und urteilsfähig ist. Innerhalb der Schranken der Rechtsordnung kann der handlungsfähige

# RECHT & PRIVAT



Mensch selbstständig Rechte und Pflichten begründen.

Unmündige stehen unter elterlicher Sorge, das heisst, dass ihre Eltern als gesetzliche Vertreter für sie handeln. Ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters können sie sich nur im Rahmen ihres Taschengeldes oder eigener bescheidener Einkünfte verpflichten. Die Eltern haben das Recht und die Pflicht, das Vermögen des Kindes zu verwalten. Wenn die Kinder dem Mündigkeitsalter näher rücken,

erwerben sie immer mehr, aber noch beschränkte Handlungsfähigkeit und die gesetzliche Vertretung der Eltern reicht nicht mehr in gar alle Bereiche ihrer Kinder. Die Vertretungsmacht der Eltern hängt mit der elterlichen Pflicht zusammen, im Blick auf das Wohl

des Kindes seine Pflege und Erziehung zu leiten und die dafür nötigen Entscheidungen zu treffen (Art. 301 ZGB).

des Kindes seine Pflege und Erziehung zu leiten und die dafür nötigen Entscheidungen zu treffen (Art. 301 ZGB).

## Interessenkollisionen

Von Amtes wegen ernennt die Vormundschaftsbehörde einen Beistand, wenn der gesetzliche Vertreter einer unmündigen Person in einer Angelegenheit Interessen hat, die denen des Vertretenen widersprechen (Art. 392 Ziffer 2 ZGB).

Wenn unmündige Kinder oder Jugendliche Vater oder Mutter durch Tod verlieren, bilden sie mit dem überlebenden Elternteil, ohne ihr Zutun, eine Erbengemeinschaft. Vorbehalten bleibt die Ausschlagung der Erbschaft innert drei Monaten nach dem Todestag, eventuell nach Kenntnisnahme vom Tod. Bereits bei der Entscheidung, ob die Erbschaft auszuschlagen ist, kann der überlebende Elternteil zwischen rationalen wirtschaftlichen Überlegungen im Interesse der unmündigen Nachkommen und dem emotionalen Respekt dem verstorbenen Ehegatten gegenüber hin- und hergerissen sein.

Die Interessen des überlebenden Elternteils können diejenigen der erbberechtigten Kinder gegenüberstehen. Der überlebende Elternteil als gesetzlicher Vormund gefährdet die Kindesinteressen, weil er sie nicht neutral beurteilen und wahrnehmen kann. Widersprüchliche Interessen können den testamentarischen oder gesetzlichen Erbteil betreffen. Ebenso können sie sich um die Ausgleichspflicht oder um die Bewertung von Nachlassvermögen drehen. Die Teilungsvorschriften, an welche die Erben nicht gebunden sind, können zu weiteren Interessenkonflikten führen. Weitreichender und schwerwiegender sind oft die unterschiedlichen Interessen zwischen überlebendem Ehegatten und Kindern bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung, welche der erbrechtlichen

Teilung vorangeht. Je höher die Ansprüche des überlebenden Ehegatten aus Güterrecht sind, desto kleiner wird die Erbmasse, an der die Nachkommen als Erben teilhaben.

Die Interessenkollision beseitigt die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters.

Niemand unterstellt Eltern, dass sie a priori ihre eigenen Vorteile denjenigen ihrer Nachkommen voranstellen. Niemand zweifelt daran, dass ihre Sorge unabhängig von güterrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüchen zu allererst dem Wohl ihrer Kinder gilt. Widersprüchliche Interessen können jedoch auch bei bester Absicht zu Fehlentscheidungen führen. Man halte sich die Konflikte vor Augen, wenn eine Mutter nicht nur ihre eigenen Interessen, sondern auch die eines unmündigen Kindes gegen die Interessen von drei mündigen Kindern durchsetzen müsste. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass Eltern regelmässig überfordert sind, widersprüchliche Interessen zu erkennen, sachlich auseinander zu halten und ihnen gerecht zu werden. Sie hätten nicht nur zwischen materiellen Interessen einen Ausgleich zu finden, sondern auch zwischen emotionalen, moralischen Verpflichtungen gegenüber verschiedenen ihnen nahe stehenden Menschen zu entscheiden, zu denen ihnen die notwendige sachliche Distanz fehlt. Man stelle sich die Situation einer schwangeren Witwe vor, welche nebst ihrem eigenen Interesse die Interessen eines ungeborenen Kindes gegen die Interessen ihrer anderen Kinder wahrnehmen sollte. Interessenkonflikte werden häufig von Solidaritätskonflikten überlagert. In solchen Fällen haben Eltern einen Teil der elterlichen Sorge abzugeben und in den «Ausstand» zu treten.

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass Eltern regelmässig überfordert sind, widersprüchliche Interessen zu erkennen.

## Vertretungsbeistandschaft

Nicht nur der Tod eines Elternteils verlangt eine Vertretungsbeistandschaft (Art. 392 ZGB), sondern jede Angelegenheit, in der Eltern Interessen haben, die denen des Kindes widersprechen (Art. 306 Abs. 2 ZGB). Oft werden Verwandte zu Vormündern oder Beiständen von handlungsunfähigen oder beschränkt handlungsfähigen Erwachsenen ernannt. Werden beide Mitglied derselben Erbengemeinschaft, ist für diese Erbangelegenheit eine Vertretungsbeistandschaft zu errichten. Dies trifft auch dann zu, wenn beide an einem Geschäft beteiligt sind, welches die Interessen sowohl des Vormunds als auch des Mündels berührt. Die Interessenkollision beseitigt die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters. Der Stellvertretungsbeistand vertritt aber entgegen dem Wortlaut nicht den wegen Interessenkollision verhinderten gesetzlichen Vertreter, sondern die schutzbedürftige Person.

## Die Vormundschaftsbehörde ernannt den Vertretungsbeistand.

In der Regel müssen die am Geschäft beteiligten Vertragspartner bei der Vormundschaftsbehörde um die Errichtung einer Vertretungsbeistandschaft nachsuchen, wenn sie eine Interessenkollision annehmen. Eine unmündige oder in ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkte Person kann auch selbst an die Vormundschaftsbehörde gelangen und einen Stellvertretungsbeistand verlangen, wenn sie einen Konflikt zwischen ihren Interessen und denjenigen ihres gesetzlichen oder ernannten Vertreters geltend macht. Wenn ein Geschäft beurkundet wird, hat die Urkundsperson die Mitwirkung zu verweigern, falls sie annehmen muss, es könnte eine Interessenkollision vorliegen.

Verlieren Unmündige durch Tod einen Elternteil, wird ihnen von Amtes wegen ein Stellvertretungsbeistand gegeben, der ihre Interessen als Erben des verstorbenen Elternteils vertritt. Ansonsten bleibt die elterliche Sorge bei den überlebenden Müttern oder Vätern. Unmündigen, die beide Eltern verloren haben und somit keinen gesetzlichen Vertreter mehr haben, wird ein Vormund ernannt. Dafür kann sich ohne Weiteres ein naher Verwandter zur Verfügung stellen und ernannt werden. Hat der Vormund keine eigenen Interessen als Miterbe, kann er seine Mündel auch in Erbangelegenheiten vertreten. Ansonsten wird das Vormundschaftsamt von Amtes wegen tätig und wird das Verfahren für eine Vertretungsbeistandschaft einleiten.

## Vormundschaftsbehörde

Die Vormundschaftsbehörde ernannt den Vertretungsbeistand. Der überlebende Ehegatte hat gestützt auf das Grundrecht des rechtlichen Gehörs einerseits ein Vorschlagsrecht und andererseits ein Recht, sich zu einem Vorschlag der Behörde vernehmen zu lassen. Der unmündige, aber urteilsfähige Jugendliche ist zur Person des Stellvertretungsbeistandes anzuhören. Es gehört zu den Grundrechten, dass Unmündige in allen Angelegenheiten, die sie persönlich betreffen, anzuhören sind, soweit sie für die Angelegenheit über die entsprechende Urteilsfähigkeit verfügen.

Die Erbengemeinschaft kann nur mit Zustimmung aller Erben handeln. Der Beistand vertritt den handlungsunfähigen Erben in der Erbengemeinschaft. Für eine Reihe von Rechtsgeschäften der Erbengemeinschaft vor der Erbteilung (Kauf, Verkauf oder Verpfändung von Grundstücken, Bauten, Darlehensverträge oder Pachtverträge, Prozessführung oder Vergleiche, Schieds- und Nachlassverträge)

bedarf es nicht nur der Mitwirkung des Beistandes, sondern auch noch der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde (Art. 421 ZGB). Die Erbteilung, an welcher der Stellvertretungsbeistand mitgewirkt hat, wird erst mit der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde verbindlich (Art. 421 Ziff. 9 ZGB). Sie hat zu überprüfen, ob die gesetzlichen oder testamentarischen Bestimmungen des Erbrechts sowie die gesetzlichen Vorschriften des Vormundschaftsrechts eingehalten sind. Unter Umständen kann sie die Zustimmung zur Zuweisung von Vermögenswerten an Unmündige oder Entmündigte verweigern, wenn sich um Vermögenswerte handelt, welche die Vorschriften der Mündelsicherheit (Art. 400ff ZGB) nicht erfüllen. Die Vormundschaftsbehörde kann ferner Anordnungen erlassen, die zum Schutz der durch die Erbteilung erworbenen Vermögenswerte und Rechte notwendig werden. Wenn sie es nach Art und Grösse des Vermögens des Kindes und nach den persönlichen Verhältnissen des überlebenden Elternteils für angezeigt erachtet, kann sie die periodische Rechenschaftspflicht anordnen. Ist die Erbteilung abgeschlossen, wird der Vertretungsbeistand von der Vormundschaftsbehörde entlastet und entlassen. Der überlebende Elternteil vertritt in allen Angelegenheiten, in denen er keine eigenen widersprechenden Interessen hat, seine Kinder selbst. Für die Verwaltung und Verwendung des Kindesvermögens und dessen Erträge setzt ihm das Gesetz jedoch enge Schranken (Art. 318 ff ZGB). ■

Ist die Erbteilung abgeschlossen, wird der Vertretungsbeistand von der Vormundschaftsbehörde entlastet und entlassen.



lic. iur.  
Suzanne Bühler-Aebi  
Rechtsanwältin  
St. Gallen



## Das Pfändungsverbot für Haustiere

*Wenn ein Betreibungsverfahren ein gewisses Stadium erreicht hat, stellt sich die Frage, welche Vermögenswerte des Schuldners gepfändet und gegebenenfalls verwertet, das heisst «zu Geld gemacht» werden können. Gehören dazu auch sein Hund, seine Katze oder sein Pferd?*

Es versteht sich von selbst, dass in einer Betreibung nicht das gesamte Hab und Gut des Schuldners «weggepfändet» und verwertet wird. Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) statuiert denn auch für bestimmte Vermögenswerte ein Pfändungsverbot, beispielsweise für Möbel, Hausgeräte oder Kleider. Allerdings

ist es möglich, einen an sich unpfändbaren, aber besonders wertvollen Gegenstand gegen einen weniger wertvollen auszutauschen – also beispielsweise den teuren Mahagoni-Tisch des Schuldners gegen einen «normalen», preisgünstigen Tisch aus dem Warenhaus. Ein derartiges Vorgehen stellt indes eine nicht zu unterschätzende Härte

dar, weshalb die Verwertung des ausgetauschten Gegenstandes stets einen erheblichen Erlös abwerfen muss, andernfalls im Interesse des Schuldners darauf zu verzichten ist.

Die vom SchKG als unpfändbar bezeichneten Vermögenswerte fallen auch bei einem Konkurs nicht in die der Befriedigung der Gläubiger dienende «Konkursmasse». Der Einfachheit halber konzentrieren sich die folgenden Ausführungen allerdings einzig auf die Pfändung.

### Die Rechtslage vor dem 1. April 2003

Was die Pfändbarkeit von Tieren betrifft, so präsentierte sich die Rechtslage aus dem Blickwinkel

des betriebenen Schuldners bis vor kurzem ungünstig. Lediglich eine, auch heute noch unverändert in Kraft stehende Gesetzesnorm befasste sich mit dem Problem. Aufgrund dieser Bestimmung sind nach Wahl des Schuldners entweder zwei Milchkühe oder Rinder, vier Ziegen oder Schafe sowie Kleintiere – nebst dem zum Unterhalt und zur Streu auf vier Monate erforderlichen Futter und Stroh – unpfändbar, allerdings nur, soweit besagte Tiere für die Ernährung des Schuldners und seiner Familie oder zur Aufrechterhaltung seines Betriebes unentbehrlich sind. Die Vorschrift zielt somit eindeutig auf bäuerliche Verhältnisse ab, erfasst eigentliche Nutztiere, nicht aber die üblichen Haustiere wie Hund oder Katze, welche denn auch bis zum 1. April 2003 grundsätzlich gepfändet wurden, allerdings – aufgrund der damit verbundenen «persönlichen Härte» – nur auf ausdrückliches Verlangen des Gläubigers.

In Anbetracht dieser Rechtslage verwundert es nicht, dass Schuldner hin und wieder versuchten, ihre Haustiere vor einer Pfändung zu bewahren, indem sie diese als Berufswerkzeuge deklarierten. Durch ein gesetzliches Pfändungsverbot geschützt sind nämlich auch Gegenstände, die ein Schuldner für die Ausübung seines Berufs benötigt.

Das Bundesgericht hat allerdings im Jahre 1950 dem Zuchtrüden «Fero von Feurig-Blut» (Schätzungswert CHF 500.–) die Eigenschaft als Berufswerkzeug abgesprochen und damit die Pfändbarkeit des Hundes bestätigt. In anderen (noch älteren) Fällen wurde indes auch gegenteilig entschieden, mithin die Unpfändbarkeit von Tieren aufgrund ihrer Eigenschaft als Berufswerkzeug bejaht, insbesondere bei sogenannten Zughunden, welche zum Teil noch heute als Lasttiere eingesetzt werden und dabei kleinere oder auch grössere Karren zu ziehen haben.

## Die neue Rechtslage durch den «Grundsatzartikel Tiere»

Am 1. April 2003 hat sich die eben dargelegte Rechtslage teilweise geändert. Auf dieses Datum ist der sogenannte «Grundsatzartikel Tiere» in Kraft getreten. Dabei handelt es sich um ein eigentliches Paket von Gesetzesänderungen, welche alle das Ziel verfolgen, die Stellung der Tiere in der schweizerischen Rechtsordnung zu verbessern und dem gewandelten «Volksempfinden» denselben gegenüber Rechnung zu tragen. Dies wird vor allem dadurch zum Ausdruck gebracht, dass Tiere in der Schweiz juristisch nicht mehr als Sachen gelten, was als Konsequenz die Neuformulierung einiger Bestimmungen im Zivilgesetzbuch, im Obligationenrecht und im Strafgesetzbuch nach sich gezogen hat.

## Für welche Tiere gilt das neue Pfändungsverbot?

Durch den «Grundsatzartikel Tiere» hat auch das SchKG eine Änderung erfahren. Art. 92 legt neuerdings fest, dass zusätzlich zu den bereits erwähnten Nutztieren all jene unpfändbar sind, «die im häuslichen Bereich und nicht zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten werden.» Zunächst ist klarzustellen, dass von diesem neuen Pfändungsverbot nicht nur Wirbeltiere, sondern grundsätzlich sämtliche Gattungen erfasst werden. Die Frage nach der Unpfändbarkeit stellt sich allerdings weniger bei einer als Haustier gehaltenen Vogelspinne, als vielmehr bei einem Hund oder einem Pferd. Dies aufgrund der einfachen Überlegung, dass ein Gegenstand nur dann gepfändet wird, wenn bei der abschliessenden Verwertung auch



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



ein gewisser Erlös zu erwarten ist, der unter den Gläubigern verteilt werden kann.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind aufgrund der neuen Rechtslage all jene Tiere unpfändbar, zu denen der Schuldner eine besonders enge Beziehung hat, und zwar unabhängig davon, wo sich das fragliche Tier befindet. Der im Gesetz erwähnte «häusliche Bereich» kann folglich im Einzelfall ein beliebiger Ort sein. Es ist gleichgültig, ob beispielsweise das Pferd eines Hobby-Reiters im Stall unmittelbar neben seinem Wohnhaus oder in einem Stall im einige Kilometer entfernten Nachbardorf lebt. Sofern die geforderte besonders enge Beziehung zum Tier besteht, ist von einem «häuslichen Bereich» auszugehen.

Die eben dargelegte erste Bedingung für die Unpfändbarkeit eines Tieres dürfte in der Praxis relativ häufig erfüllt sein. Als zweites Kriterium ist aber zusätzlich verlangt, dass dieses nicht Vermögens- oder Erwerbszwecken dient. Die neue Bestimmung erfasst demzufolge nur Tiere, welche ein Schuldner aus persönlichen Gründen besitzt. Kaum Probleme ergeben sich bei Hunden, Katzen, Papageien, Zierfischen und ähnlichen Lebewesen, die in der Regel nicht zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten werden. Schwieriger ist es, wenn der Haltungsgrund eines Tieres nicht rein persönlichen Motiven entspringt. Ein Beispiel soll dies verdeutlichen: Ein Nachtwächter benötigt seinen Hund einerseits für die Arbeit, hält ihn darüber hinaus aber auch aus Freude am Tier. Wie verhält es sich hier mit dessen Unpfändbarkeit? Als Lösung drängt sich auf, abzuwägen, welcher Haltungsgrund im Einzelfall überwiegt. Je nachdem, ob das berufliche, oder aber das persönliche Motiv für die Tierhaltung im Vordergrund steht, ist eine Pfändung möglich oder nicht.

Dem jeweiligen Betreibungsbeamten kommt bei derartigen Entscheidungen auf jeden Fall ein gewisser Ermessensspielraum zu. Im Beispiel mit dem Nachtwächter dürfte überdies die Frage auftauchen, ob besagter Hund nicht auch als sein Berufswerkzeug zu betrachten wäre, und eine Unpfändbarkeit allenfalls aus diesem Grund bejaht werden könnte – unabhängig von den hier zu behandelnden Voraussetzungen.

## Kritik

Problematisch ist die vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung zwischen Tieren im häuslichen Bereich, die zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten werden, und solchen, die anderen Zwecken dienen. Die nach wie vor zulässige Pfändung von Tieren der erstgenannten Kategorie kann nämlich für den Schuldner äusserst einschneidend sein, da oft gerade zu solchen Lebewesen eine besonders enge Beziehung besteht, welche die neue Bestimmung im Prinzip schützen soll(te).

## Die Problematik «Ersatztier»

Wie bereits eingangs ausgeführt, kann der Betreibungsbeamte einen vom Gesetz als unpfändbar bezeichneten Gegenstand doch pfänden, wenn er von hohem Wert ist, und dem Schuldner dafür ein preiswertes Ersatzstück zur Verfügung gestellt wird. Es fragt sich, ob diese Regelung auch für unpfändbare Haustiere gilt. Wäre es möglich, einen reinrassigen Schäferhund zu pfänden, wenn der Gläubiger dem Schuldner dafür einen Mischlingshund aus dem Tierheim besorgt und überlässt? Das eben geschilderte Vorgehen ist von Gesetzes wegen zwar nicht explizit ausgeschlossen, entspricht aber keineswegs Sinn und Zweck der neuen Bestimmung, welcher nur darin liegen kann, dem Schuldner sein Haustier zu belassen, und nicht

irgendeines. Die Möglichkeit des Austausches ist im Zusammenhang mit der Pfändung von Haustieren somit abzulehnen. Zu wünschen wäre überdies, wenn der Gesetzgeber eine dahingehende Regelung erlassen würde.

## Zur Finanzierung unpfändbarer Tiere

Im Zuge einer Pfändung muss der Schuldner sehr oft einen Teil seines Lohnes zugunsten der Gläubiger abgeben. Selbstverständlich kann ihm nicht das gesamte Einkommen gepfändet werden, das individuell zu berechnende Existenzminimum ist stets zu respektieren.

Es fragt sich nun, ob die Unkosten für den Unterhalt eines als unpfändbar eingestuften Haustieres bei der Berechnung des erwähnten Existenzminimums zu berücksichtigen sind oder nicht.

Die erste Möglichkeit besteht darin, dass der Schuldner derartige Kosten aus dem monatlichen Grundbetrag bestreiten muss, der ihm unter anderem auch für die Ausübung seiner Freizeitbeschäftigungen verbleibt. Bejaht man diese Lösung, so ist es dem von einer Lohnpfändung Betroffenen im Extremfall nicht möglich, das an sich unpfändbare Tier zu behalten, da ihm schlichtweg das Geld für Futter, Hundesteuer oder Tierarztrechnungen fehlt.

Eine zweite Möglichkeit besteht darin, die Unterhaltskosten für ein Haustier, das aufgrund des neuen Pfändungsverbotes beim Schuldner verbleibt, bei der Berechnung des Existenzminimums zu berücksichtigen und zum monatlichen Grundbetrag dazuzuschlagen. Damit kann die

Kaum Probleme ergeben sich bei Hunden, Katzen, Papageien, Zierfischen und ähnlichen Lebewesen, die in der Regel nicht zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten werden.



bereits erwähnte, unbefriedigende Situation vermieden werden, dass zwar ein Haustier dem Schuldner nicht «weggepfändet» wird, er dieses aber in der Folge doch nicht behalten kann, weil ihm die Mittel zum Unterhalt fehlen.

Die zuletzt präsentierte Lösung ist zu favorisieren und dürfte sich in der Praxis durchsetzen. Zweck des «Grundsatzartikels Tiere» ist es, dem gewandelten «Volksempfinden» gegenüber Tieren Rechnung zu tragen. Der überwiegende Teil der Bevölkerung in der Schweiz setzt Tiere aber kaum mit übrigen Hobby-Gegenständen, zum Beispiel mit einer Modelleisenbahn oder einem Segelboot, gleich.

Damit kann als Konsequenz auch nicht geltend gemacht werden, der Schuldner müsse den Unterhalt für unpfändbare

Tiere aus dem unter anderem für Hobbies verbleibenden Grundbetrag bestreiten.

## Zusammenfassung

Zum Schluss sei auf das Wichtigste noch einmal kurz hingewiesen. Erst seit dem 1. April 2003 gelten Haustiere als unpfändbar, allerdings nur, sofern die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Der Schuldner muss zu seinem Tier eine besonders enge Beziehung haben. Dies ergibt die hier vertretene Auslegung des Kriteriums «im häuslichen Bereich».
2. Das Tier darf nicht überwiegend zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten werden.

Dem mit der Pfändung betrauten Betreibungsbeamten kommt im Einzelfall bei der Beurtei-

lung, ob die dargelegten Kriterien erfüllt sind, ein recht weiter Ermessensspielraum zu. Der von ihm gefällte Entscheid ist indes nicht unmittelbar definitiv. Wird im Einzelfall ein Haustier gepfändet, und hat der davon betroffene Schuldner den Eindruck, der Betreibungsbeamte habe die eben dargelegten Voraussetzungen nicht richtig beurteilt, so kann er innert 10 Tagen seit der Pfändung Beschwerde erheben. Im Kanton St.Gallen ist es der Präsident des jeweils zuständigen Kreisgerichtes, welcher in der Folge darüber zu befinden hat. Gegen diesen Entscheid stehen unter Umständen noch weitere Rechtsmittel zur Verfügung, je nachdem, aus welchem Grund der Schuldner diesen weiterziehen möchte. ■

Zweck des «Grundsatzartikels Tiere» ist es, dem gewandelten «Volksempfinden» gegenüber Tieren Rechnung zu tragen.

# «RECHT-ECK»

## Impressum

### Herausgeber

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

### Redaktion

PR-Kommission  
St.Gallischer Anwaltsverband SGAV

### Redaktionelle Betreuung

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

### Layout

Publica-Press Heiden

### Inseratverwaltung

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

### Erscheinungsweise

3 x pro Jahr: März, Juli, November

### Auflage

3'400 Exemplare

### Nachdruck

Der Nachdruck von Beiträgen ist  
mit Genehmigung der Redaktion  
gestattet.

## Eine unglaubliche Anwaltsgeschichte aus den USA\*

# 24 Monate Freiheitsstrafe wegen Zigarrenrauchens

In Charlotte, Bundesstaat North Carolina, kaufte ein Rechtsanwalt eine Kiste mit ebenso seltenen wie teuren Zigarren und versicherte diese dann unter anderem gegen Feuerschaden. Über die nächsten Monate rauchte er die Zigarren. Und obwohl die erste Prämienzahlung noch nicht einmal erfolgt war, forderte er die Versicherung auf, den Schaden zu ersetzen. In seinem Anspruchs schreiben führte der Anwalt aus, dass die Zigarren «durch eine Serie kleiner Feuerschäden» vernichtet worden seien. Die Versicherung dagegen weigerte sich, den Schaden zu bezahlen, mit der einleuchtenden Argumentation, dass er die Zigarren bestimmungsgemäss verbraucht habe. Der Rechtsanwalt wiederum klagte ... und gewann! Das Gericht stimmte mit der Versicherung überein, dass der Anspruch unverschämmt sei, doch ergab sich aus der Versicherungspolice, dass die Zigarren gegen jede Art von Feuer versichert seien und Haftungsausschlüsse nicht bestünden. Folglich müsse



die Versicherung bezahlen, was sie selbst vereinbart und unterschrieben habe. Statt ein langes und kostspieliges Berufungsverfahren anzustrengen, akzeptierte die Versicherung das Urteil und bezahlte 15'000 Dollar an den Rechtsanwalt, der seine Zigarren in den zahlreichen «Feuerschäden» verloren hatte.

### Aber jetzt kommt der beste Teil der Geschichte

Nachdem der Anwalt den Check der Versicherung eingelöst hat-

te, wurde er auf deren Antrag wegen 24 Fällen von «Brandstiftung» verhaftet. Unter Hinweis auf seine zivilrechtliche Klage und seine Angaben vor Gericht wurde er wegen vorsätzlicher Inbrandsetzung seines versicherten Eigentums zu 24 Monaten Freiheitsstrafe (ohne Bewährung) und 24'000 Dollar Geldstrafe verurteilt...!

\* Se non è vero è ben trovato...

## «Alles was Recht ist»

Gesammelt von RA Bruno A. Hubatka

■ Da fragt der Richter den Beklagten: «Herr Müller, was verstehen Sie unter Ratenzahlung?» – «Darunter verstehe ich, dass meine Gläubiger raten müssen, wann ich zahle».

■ Der Richter versucht, dem Angeklagten ein Geständnis abzurufen. Er redet ihm gut zu: «Angeklagter, erleichtern Sie doch Ihr

Gewissen!» – «Ach, Herr Richter, das raten Sie mir jedesmal und immer bin ich wieder darauf reingefallen.»

■ Angeklagter: «Ich kann beschwören, Herr Richter, dass der Kläger sich wie ein Rindvieh benommen hat.» Kläger: «Das kann wirklich nur ein Esel behaupten.» Richter: «Nachdem die Personalien der Parteien feststehen, erkläre ich die Verhandlung für eröffnet.»

■ Frage des Richters an den Rechtsanwalt: «Herr Verteidiger, haben Sie noch etwas zur

Entlastung des Angeklagten vorzubringen?» «Ja, hohes Gericht: Sie sollten bei Ihrer Urteilsfindung berücksichtigen, dass mein Mandant schwerhörig ist und die Stimme seines Gewissens nicht hören kann.»

■ Definition eines Kindes für einen Dieb: Ein Dieb ist ein Mann, der etwas findet, was ein anderer nicht verloren hat.

■ Früher litten wir an Verbrechen, heute an Gesetzen. *Tacitus*

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