



St. Galler Anwaltsverband  
SGAV

Das «mandat» ist unter  
[www.sgav.ch](http://www.sgav.ch)  
als E-Book verfügbar.

# mandat

Nr. 2 / Oktober 2020

Die Klientenschrift des St. Galler Anwaltsverbandes SGAV

## RECHT & PRIVAT



3

Die elektronische  
Beglaubigung

Optimale Nachlass-  
planung bei Nachkommen  
mit geistiger Behinderung

6



11

Scheidungsverein-  
barungen – was ist möglich,  
was nicht?

## RECHT & UNTERNEHMUNG



15

Revision OR betreffend  
Inhaberaktion

Mein Unternehmen zeigt  
Anzeichen einer Über-  
schuldung – was nun?

19

## RECHT-ECK

Beschwerde gegen  
Verurteilung aufgrund  
von Dashcam-Aufzeich-  
nungen geteilt

22

Standesrecht – das Qualitäts-  
siegel für Mitglieder des  
St. Galler Anwaltsverbandes

Liebe Leserin, lieber Leser

Vor etwas mehr als einem Jahr wurde ich am Anwaltstag in den Vorstand des St. Galler Anwaltsverband gewählt und ich übernahm dabei das Ressort «Standesrecht». Standesrecht, das tönt nach trockenem Juristenfutter, weswegen sollte dies eine Beachtung im «mandat» finden?

Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte enthält einen Katalog von Berufsregeln, der für alle in einem kantonalen Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte massgebend ist. Diese Regeln beinhalten unter anderem die Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung, das Gebot der Unabhängigkeit, das Verbot von Interessenkollisionen, das Verbot des reinen Erfolgshonorars, das Gebot der objektivierten Werbung sowie die Grundsätze über die Aufbewahrung anvertrauter Vermögenswerte und Rechnungsstellung. Die Anwaltskammer des Kantons St. Gallen wacht hierbei über die Einhaltung dieser Regeln und spricht bei Verletzungen der Berufsregeln Sanktionen aus, welche die Verwarnung, den Verweis, die Busse bis maximal CHF 20'000 sowie das befristete oder unbefristete Berufsausübungsverbot umfassen.

Für die Mitglieder des St. Galler Anwaltsverbandes gelten zusätzlich zu den Berufsregeln die Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes. Es besteht für Anwältinnen und Anwälte keine Pflicht, Mitglied im Anwaltsverband zu sein. Diese Standesregeln enthalten beispielsweise Pflichten der Mitglieder über das Verhalten im Prozess sowie gegenüber Behörden und anderen Anwältinnen und Anwälten, den Kontakt mit Zeugen, das Berufsgeheimnis und über das Honorar.

## EDITORIAL

Dr. Martin E. Looser  
Rechtsanwalt und öffent-  
licher Notar, Gossau SG  
Mitglied des Vorstandes  
des St. Galler Anwalts-  
verbandes



Auf begründete Klage eines Mitglieds, eines Klienten oder einer Behörde oder in schwerwiegenden Fällen von Amtes wegen beurteilt der Vorstand des St. Galler Anwaltsverbandes das Verhalten seiner Mitglieder. Ich führe dabei als Verantwortlicher des Ressorts «Standesrecht» das Verfahren. Falls der Vorstand zur Auffassung gelangt, dass ein Mitglied die Berufs- und Standesregeln verletzt hat, kann letzteres mittels Verweises, Auferlegung einer Busse bis maximal CHF 5'000 (im Wiederholungsfall bis CHF 10'000), Androhung des Ausschlusses oder mittels Ausschlusses aus dem Anwaltsverband diszipliniert werden.

Wenn Sie also ein Mandatsverhältnis mit einem Mitglied des St. Galler Anwaltsverbandes eingehen, besitzen Sie die Gewähr, dass diese Person einer doppelten Berufsaufsicht untersteht, nämlich der staatlichen über die Anwaltskammer sowie einer verbandsinternen über den St. Galler Anwaltsverband. Mit anderen Worten, das Standesrecht ist ein Qualitätssiegel für die Mitglieder im St. Galler Anwaltsverband, für dessen Wahrung ich mich konsequent einsetze. ■

Salim Rizvi | Benjamin Schindler | Urs Peter Cavelti (Hrsg.)

# Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRP)

## Praxiskommentar

Dieser Praxiskommentar stellt erstmals die Praxis zum St. Galler Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege systematisch und übersichtlich dar. Er ist ein unverzichtbares Arbeitsinstrument für alle, die detaillierte und praxisbezogene Antworten auf Fragen zum St. Galler Verwaltungsrecht suchen.

2020, 1285 Seiten, gebunden  
ISBN 978-3-03891-150-0  
CHF 285.-

[www.dike.ch/1500](http://www.dike.ch/1500)

Rizvi/Schindler/Cavelti (Hrsg.)

## Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRP)

Praxiskommentar

erstmals  
kommentiert

DIKE 

DIKE 

Bernhard Ehrenzeller | Walter Engeler (Hrsg.)

# Handbuch Heimatschutzrecht

## Internationales, nationales und kantonales Recht

Mit einer Kommentierung des Rechts der Bau- und archäologischen Denkmäler des Kantons St. Gallen

Dieses Handbuch führt die heimatschutzrelevanten Bestimmungen aus verschiedenen Erlassen des Kantons St. Gallen zusammen. Mit der Einbettung in den internationalen und nationalen Rechtsrahmen und den Ausführungen zu Enteignung, Gemeindeautonomie und -aufsicht sowie Subventionen hat es Relevanz für die ganze Schweiz.

2020, 687 Seiten, gebunden  
ISBN 978-3-03891-139-5  
CHF 128.-

[www.dike.ch/1395](http://www.dike.ch/1395)

Bernhard Ehrenzeller  
Walter Engeler  
(Hrsg.)

## Handbuch Heimatschutzrecht

Internationales, nationales  
und kantonales Recht

Mit einer Kommentierung des Rechts der Bau- und  
archäologischen Denkmäler des Kantons St. Gallen

DIKE 

DIKE 



# Die elektronische Beglaubigung

**Digitalisierung ist eines der meistgenutzten Schlagworte der letzten paar Jahre. Dies macht sich erfreulicherweise auch im Notariatswesen bemerkbar. Seit dem 1. Januar 2020 haben St.Galler Urkundspersonen die Möglichkeit, elektronische Beglaubigungen vorzunehmen. Was genau ist aber eine elektronische Beglaubigung und wofür ist sie gut? Was gibt es zudem aus Sicht der Urkundsperson zu beachten? Der vorliegende Artikel versucht einen kurzen Überblick zu geben.**

Bereits auf den 1. Januar 2012 hat der Bund den Kantonen die Kompetenz eingeräumt, ihre Urkundspersonen zu ermächtigen, «elektronische Ausfertigungen der von ihnen errichteten öffentlichen Urkunden zu erstellen» und «die Übereinstimmung der von ihnen erstellten elektronischen Kopien mit den Originaldokumenten auf Papier sowie die Echtheit von Unterschriften elektronisch zu beglaubigen».<sup>1</sup>

Der Kanton St.Gallen hat von der zweitgenannten Kompetenz Gebrauch gemacht und seine Urkundspersonen per

1. Januar 2017 grundsätzlich zur Vornahme elektronischer Beglaubigungen ermächtigt.<sup>2</sup> Urkundspersonen hätten sich dafür jedoch ins Schweizerische Register für Urkundspersonen (UPReg) eintragen müssen, wofür sie ein Gesuch an die zuständige kantonale Behörde hätten stellen müssen.<sup>3</sup> Leider hatte es der Kanton St. Gallen damals verpasst, diese Zuständigkeit zu regeln. Seit dem 1. Januar 2020 steht nun fest, dass das Amt für Handelsregister und Notariate die für den Eintrag ins UPReg erforderliche Ermächtigung erteilt.<sup>4</sup> Damit steht den

st.gallischen Urkundspersonen der Weg zur Vornahme elektronischer Beglaubigungen frei.

## Was ist eine elektronische Beglaubigung?

Eine Beglaubigung ist ein Vermerk (Verbal), den eine Urkundsperson nachträglich einem vorhandenen Fremdtex beifügt und der auf den besag-

<sup>1</sup> Art. 55a Abs. 1 und 2 SchIT ZGB.

<sup>2</sup> Art. 35ter Abs. 2 EG-ZGB.

<sup>3</sup> Art. 8 EÖBV.

<sup>4</sup> Art. 18b der st.gallischen Verordnung über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung.

ten Fremdtex Bezug nimmt.<sup>5</sup> In der Praxis am häufigsten sind die Beglaubigung einer Unterschrift oder einer Kopie; in diesen Fällen bescheinigt der Notar die Echtheit einer Unterschrift bzw. dass eine Kopie mit einem ihm vorgelegten Dokument übereinstimmt.

Elektronisch ist die Beglaubigung dann, wenn das resultierende (beglaubigte) Dokument nicht physisch auf Papier, sondern in digitaler Form vorliegt (s. aber einen später erwähnten Sonderfall). In der EÖBV (Verordnung über die Erstellung elektronischer öffentlicher und elektronischer Beglaubigungen) sind mehrere Arten solcher Beglaubigungen erwähnt. Sie können danach unterschieden werden, ob das Dokument mit dem zu beglaubigenden

**Vorausgesetzt ist zunächst, dass sie über eine SuisseID verfügen und sich mittels eines entsprechenden Gesuchs an das Amt für Handelsregister und Notariate ins UPRReg eintragen lassen.**

Fremdtex (noch) physisch oder (bereits) in elektronischer Form vorliegt.

Im erstgenannten Fall liest die Urkundsperson das ihr vorgelegte Dokument selbst ein, vollzieht mithin einen sog. Trägerwechsel (analog zu digital). Beglaubigt werden könnte dann entweder,

- a) dass das elektronische Dokument mit dem Papierdokument übereinstimmt (Art. 13 EÖBV); oder
- b) dass die auf dem Papierdokument angebrachte eigenhändige Unterschrift von der angegebenen (und identifizierten) Person geleistet oder anerkannt wurde (Art. 15 EÖBV).

Im zweitgenannten Fall liegt der Urkundsperson das Ursprungsdocument mit dem Fremdtex nicht auf Papier, sondern in elektronischer Form vor. In diesem Fall kann sie

- c) das elektronische Ursprungsdocument in ein anderes elektronisches Dokument überführen und dann bestätigen, dass dieses Do-

kument mit dem Ursprungsdocument übereinstimmt (Art. 14 Abs. 1 EÖBV), oder d) eine im elektronischen Ursprungsdocument enthaltene elektronische Signatur<sup>6</sup> elektronisch beglaubigen, indem sie bestätigt, dass die fragliche Signatur in ihrer Anwesenheit angebracht wurde oder durch die signierende Person anerkannt wurde (Art. 16 EÖBV).

Zusätzlich sieht die EÖBV einen Fall vor, bei dem ein Trägerwechsel von digital zu analog erfolgt, am Ende somit nicht ein elektronisches Dokument steht, sondern ein Papierdokument:

- e) Die Urkundsperson kann ein elektronisches Dokument<sup>7</sup> auf Papier ausdrucken und den Vermerk anbringen, dass dieses mit dem elektronischen Ursprungsdocument übereinstimmt und/oder dass die darauf angebrachte elektronische Signatur von der angegebenen und identifizierten Person angebracht wurde (Art. 17 EÖBV).

### Herausforderung für die Urkundsperson

Die EÖBV bringt viele Möglichkeiten mit sich. Für die Urkundspersonen, die davon Gebrauch machen möchten, sind aber einige Punkte zu beachten. Vorausgesetzt ist zunächst, dass sie über eine SuisseID verfügen und sich mittels eines entsprechenden Gesuchs an das Amt für Handelsregister und Notariate ins UPRReg eintragen lassen. (Nicht erforderlich ist dies immerhin für eine Beglaubigung der vor genannten Variante e.)

Gewisse technische Fähigkeiten sind ebenfalls notwendig. Das beginnt bereits beim Scannen oder Umwandeln des Ursprungsdocuments. Denn zugelassen sind einzig die Dateiformate PDF/A-1 und PDF/A-2.<sup>8</sup> Dies bedingt, dass die Urkundsperson über die

entsprechende Software verfügt. Erfreulicherweise bieten viele der am meisten verbreiteten Computerprogramme zum Anzeigen und Bearbeiten von PDF-Dateien die benötigten Funktionen des Erstellens und Signierens. Für Letzteres könnte man zudem den kostenlosen LocalSigner<sup>9</sup> einsetzen.

Die grössere Herausforderung betrifft die notarielle Kernaufgabe bei einer Beglaubigung, nämlich das Prüfen der von der Urkundsperson zu vermerkenden Tatsachen. Keinesfalls sollte man sich auf das reibungslose Funktionieren der technischen Hilfsmittel verlassen. Fehler sind bekanntlich schnell geschehen, gerade in diesem Bereich. So erging es etwa einem bernischen Notar, der bei der Erstellung der elek-

<sup>5</sup> BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz 3214; RITTER/GEHRER, Beurkundungsrecht für Praktiker, S. 5.

<sup>6</sup> Der Begriff der «elektronischen Signatur» steht für «Daten in elektronischer Form, die anderen elektronischen Daten beigefügt sind und zu deren Authentifizierung dienen» (Art. 2 lit. a des BG über die elektronische Signatur [ZertES]). Vereinfacht gesagt wird bei einer elektronischen Signierung dem betreffenden Dokument ein Zertifikat «beigefügt».

<sup>7</sup> Nach der Ansicht von BERWEGER/MAHLER/BAUMGARTNER (Notarielle Beglaubigungen, AJP 2020, 1135 ff., 1139) ist der Begriff des elektronischen Dokuments «umfassend zu verstehen» und umfasst deshalb auch Screenshots oder E-Mails.

<sup>8</sup> Art. 6 der Verordnung des EJPD über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen.

<sup>9</sup> Verfügbar unter <<https://www.openegov.admin.ch/egov/de/home/produkte/signieren/localsigner.html>>.

<sup>10</sup> Es ging in diesem Fall um eine elektronische Beurkundung gemäss Art. 11 EÖBV. Das Vorgehen der Urkundsperson stimmt aber weitgehend mit jenem bei Erstellung einer beglaubigten elektronischen Kopie eines Papierdokuments gemäss Art. 13 EÖBV überein.

<sup>11</sup> Entscheid 2018.JGK.7482 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 26. Juni 2019.

tronischen Ausfertigung einer Urschrift in Papierform<sup>10</sup> nicht bemerkte, dass auf einer Seite die zwei untersten Zeilen nicht erfasst worden sind.<sup>11</sup>

Vor ein paar Jahren wurde zudem entdeckt, dass Xerox-Scankopierer die im gescannten Papierdokument enthaltenen Zahlen veränderten.<sup>12</sup>

Liegt das Ursprungsdokument in digitaler Form vor, kommen zudem weitere Punkte hinzu. So sehen bspw. mit Microsoft Word erstellte Dokumente je nach der zur Anzeige des Dokuments verwendeten Software anders aus. Muss die Urkundsperson also erwähnen, welches Programm in welcher Version sie für den Ausdruck oder die Umwandlung verwendet hat? Sind ferner gewisse Metadaten wie z.B. das Datum der letzten Änderung des Ursprungsdokuments festzuhalten? Nicht zuletzt wird die Urkundsperson gefordert, wenn sie eine im Ursprungsdokument enthaltene elektronische Signatur beglaubigen soll<sup>13</sup> (vgl. dazu Art. 14 Abs. 2 EÖBV).<sup>14</sup> All diese Punkte sind letztlich bei der Formulierung des Verbals zu berücksichtigen.<sup>15</sup>

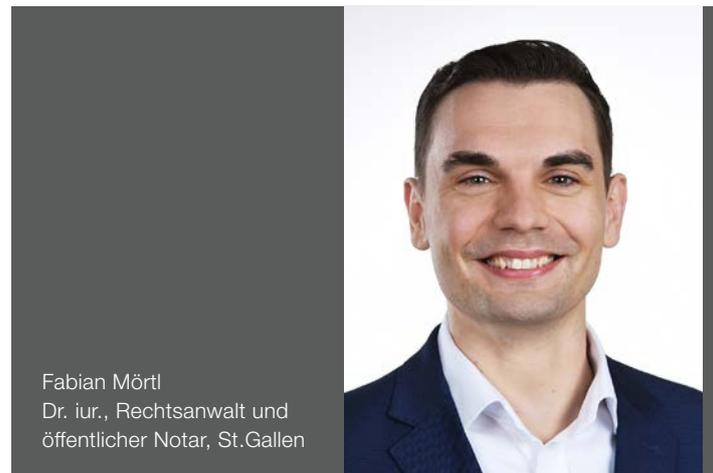
Auf Seiten einer Urkundsperson, die elektronische Beglaubigungen erstellen will, sind nach dem Gesagten einige technische und vor allem auch gedankliche Umstellungen erforderlich. Bereits aus diesem

Grund werden sich einige Überlegen, ob sie diesen Schritt gehen wollen. Nicht förderlich ist bei dieser Abwägung sicherlich, dass die für den Eintrag ins UPReg erforderliche Suisse-ID heute nicht mehr erhältlich und, falls sie bereits erworben wurden, längstens bis zum 15. Dezember 2021 gültig ist, jedoch noch kein Nachfolger feststeht.

### Ein grosser Schritt im Bereich der Digitalisierung?

Die eben geschilderten Möglichkeiten der elektronischen Beglaubigung sind für sich genommen positiv zu beurteilen. Ihre Einführung ist ein weiterer Schritt in die Richtung zunehmender Digitalisierung. In einer Gesamtbetrachtung bleiben sie allerdings hinter dem zurück, was man sich als Urkundsperson wünschen würde. Namentlich in zwei weiteren Bereichen wären Entwicklungen erforderlich.

So ist es mit der Erstellung elektronischer Dokumente alleine nicht getan. Denn diese können nur via eine zertifizierte Zustellplattform wie Inca-Mail oder PrivaSphere an die zuständige Behörde übermittelt werden. Bei diesen Plattformen besteht aber noch erheblicher Verbesserungsbedarf. So beträgt etwa die maximale Dateigrösse, die das



Fabian Mörtl  
Dr. iur., Rechtsanwalt und  
öffentlicher Notar, St. Gallen

Handelsregisteramt St. Gallen in seinem Onlineschalter zulässt, lediglich 5 MB, mithin ein Wert, der je nach Umfang des Dokuments und Scanqualität schnell erreicht ist.

Zudem hat die elektronische Beglaubigung (und Beurkundung) nicht zur Folge, dass die heute bestehenden technologischen Möglichkeiten wie insbesondere die Videotelefonie sinnvoll genutzt werden können. Die Urkundsperson ist weiterhin nicht davon befreit, bei einem Vorgang persönlich anwesend zu sein,<sup>16</sup> und sind auch Fernbeglaubigungen weiterhin zumindest umstritten. Erleichterungen in diesen beiden Bereichen könnten aber einiges vereinfachen, gerade auch zu Pandemiezeiten. ■

<sup>12</sup> Näheres dazu unter <[http://www.dkriesel.com/blog/2013/0802\\_xerox-workcentres\\_are\\_switching\\_writen\\_numbers\\_when\\_scanning](http://www.dkriesel.com/blog/2013/0802_xerox-workcentres_are_switching_writen_numbers_when_scanning)>.

<sup>13</sup> Auch eine qualifizierte elektronische Signatur, für deren Erhalt sich die betroffene Person bereits gegenüber dem Anbieter des Zertifizierungsdienstes identifizieren musste, scheint die Urkundsperson nicht davon zu befreien, die Identität erneut zu prüfen.

<sup>14</sup> Eingehend zu den Herausforderungen für Urkundspersonen SCHREIBER, Praktische Fragen des Notariats, in: Schweizerischer Notarenverband [Hrsg.], Wabern/Bern 2020, S. 112 ff., die in diesem Zusammenhang auch zurecht schreibt, dass «Augen und Ohren [...] keine Validatoren» mehr sind (S. 118).

<sup>15</sup> Hier gibt es erfreulicherweise bereits diverse Musterverbale, an denen man sich orientieren kann, z.B. die vom Kantonsgericht Schwyz veröffentlichten Musterverbale für die Urkundspersonen des Kantons Schwyz (abrufbar unter <<https://www.kgsz.ch/fileadmin/dateien/pdf/17.05.17.Verbale.pdf>>) oder STECK/SCHREIBER/MERZ, Elektronische Verbale (abrufbar unter <[https://www.bernernotar.ch/file/PDF/Dienstleistungen/ElektronischeVerbale\\_d\\_2018.pdf](https://www.bernernotar.ch/file/PDF/Dienstleistungen/ElektronischeVerbale_d_2018.pdf)>).

<sup>16</sup> Dies ist auch unter den besonderen COVID-Regelungen der Fall. Zwar wurde die Teilnahme an Versammlungen einer Gesellschaft per Video ermöglicht (Art. 27 Covid-19-Verordnung 3), doch ist noch immer die Durchführung einer Restversammlung, der auch die Urkundsperson persönlich beiwohnen muss,

zwingend (s. die FAQ des Bundesamts für Justiz zu Coronavirus und Generalversammlungen unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/ejpd/aktuell/news/2020/2020-03-06/faq-gv-d.pdf>> (Frage 3)).



# Optimale Nachlassplanung bei Nachkommen mit geistiger Behinderung

## 1. Ausgangslage

Für Eltern eines Kindes mit einer geistigen Behinderung, welches dauerhaft auf fremde Hilfe angewiesen ist, stellt die Nachlassplanung eine grosse Herausforderung dar. Dabei haben Eltern von behinderten Kindern oft dieselben Ziele. Sie wollen für das behinderte Kind vorsorgen und seine Lebensqualität sicherstellen, da das behinderte Kind die eigenen wirtschaftlichen Bedürfnisse in der Regel gar nicht bzw. nur beschränkt aus eigenen Kräften wird befriedigen können. Ein weiteres Anliegen ist häufig jedoch auch das Familienvermögen, insbesondere zugunsten weiterer Kinder, zu schützen. Der vorliegende Bei-

trag konzentriert sich auf die Nachlassplanung mit Kindern mit geistiger Behinderung, deren Urteilsfähigkeit und damit deren Geschäftsfähigkeit beeinträchtigt bzw. im Extremfall vollständig aufgehoben ist. Es sollen dabei die Herausforderungen und einige Lösungsansätze aufgezeigt werden.

## 2. Mögliche Herausforderungen bei der Nachlassplanung

Kinder mit einer geistigen Behinderung beerben ihre Eltern grundsätzlich genau gleich wie Nachkommen ohne Behinderung. Die aktive Erbfähigkeit setzt nämlich gemäss Art. 539 Abs. 1 ZGB bloss die Rechtsfä-

higkeit voraus. Bei der Planung haben die Eltern jedoch einige Besonderheiten zu berücksichtigen. Dazu gehören vor allem:

- Durch die geistige Behinderung ist grundsätzlich die Urteilsfähigkeit und damit die Geschäftsfähigkeit des Kindes eingeschränkt bzw. vollständig aufgehoben. Oft steht das behinderte Kind unter einer Beistandschaft, welche durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde errichtet worden ist.
- Des weiteren kommen Erbverträge, welche mit allen Erben abgeschlossen werden sollen und den Eltern eine grosse Flexibilität im Hinblick auf die Verteilung des Nachlasses bieten können, mit

dem behinderten Kind aufgrund seiner eingeschränkten bzw. fehlenden Urteilsfähigkeit nicht in Betracht.

- Die fehlende Urteilsfähigkeit führt zudem dazu, dass das behinderte Kind sodann über seinen eigenen Nachlass nicht frei verfügen kann. Aufgrund der Höchstpersönlichkeit der öffentlichen letztwilligen Verfügungen gilt bei urteilsunfähigen Erblassern zwingend die Intestaterbfolge, sprich die gesetzlich vorgesehene Erbfolge. Bei der Planung ist somit auch zu berücksichtigen, wohin das Vermögen nach dem Versterben des behinderten Kindes fliesst bzw. fliessen soll.
- Zudem erhält das behinderte Kind in der Regel Sozialversicherungsleistungen. Bei der Planung sind diese Leistungen miteinzubeziehen, da z.B. bei der Anspruchsberichtigung von Ergänzungsleistungen das Vermögen des Betroffenen eine grosse Rolle spielt.

### 3. Gestaltungsmöglichkeiten und Planungsziele

Zunächst ist es wichtig, dass sich die Eltern unter Berücksichtigung ihrer Familien- und Vermögenskonstellation überlegen, welche Ziele sie mit der Nachlassplanung verwirklichen wollen. Oft wünschen sich die Eltern das behinderte Kind, aufgrund seiner oft beschränkten Möglichkeiten selbst für sich sorgen zu können, maximal begünstigen zu können. Umgekehrt kann es auch ein berechtigtes Ziel der Eltern sein, die gesunden Kinder maximal zu begünstigen bzw. bestimmte Vermögenswerte den gesunden Kindern zu überlassen (z.B. Unternehmen etc.). Nachfolgend sollen einige Planungsziele, deren Gefahren sowie einige mögliche Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt werden.

#### a) Meistbegünstigung behindertes Kind

Wollen die Eltern z.B. das be-

hinderte Kind wirtschaftlich maximal begünstigen, laufen sie Gefahr, dass dieses gar nicht in den Genuss der Zuwendung kommt, da aufgrund des geerbten Vermögens allfällige Sozialversicherungsleistungen gekürzt werden könnten und das Kind somit die Kosten für seine Pflege und Betreuung unter Einsatz seines Vermögens zumindest teilweise selbst tragen müsste. Dies ist insbesondere beim Anspruch auf Ergänzungsleistungen der Fall. Das Vermögen des behinderten Kindes wird bei der Berechnung allfälliger Ergänzungsleistungen berücksichtigt und kann insbesondere bei grossen Vermögen dazu führen, dass der Anspruch verloren geht. Für das behinderte Kind das erbt, heisst dies, dass sein Vermögen für Leistungen aufgebraucht wird, welche ohne das Erbe durch Leistungen der Sozialversicherung übernommen würden und das Kind somit aus dem Erbe keine finanziellen Vorteile ziehen kann. Die Erbschaft ergänzt in diesem Fall die staatlichen Leistungen nicht, sondern substituiert diese. Für Wünsche und Bedürfnisse des behinderten Kindes, welche zu Lebzeiten von den Eltern getragen wurden, bleibt dann oft kein Platz mehr. Das Kind ist somit nach dem Tod der Eltern oft finanziell schlechter gestellt, obwohl es geerbt hat. Diese Ungerechtigkeit soll anhand einer frühzeitigen Nachlassplanung so gut wie möglich vermieden werden. Die Meistbegünstigung der gesunden Kinder hat somit meistens keine verwerflichen Gründe, sondern kann sogar Mittel dazu sein, die Lebensqualität des behinderten Kindes zu verbessern.

#### b) Zuteilung bestimmter Vermögenswerte

Die Eltern haben oft den Wunsch, bestimmte Vermögenswerte an die gesunden Kinder oder Dritte zu übertragen. Dies ist oft im Zusammenhang mit Unternehmensnachfolgen der Fall. Umgekehrt



Ivana Zeba  
MLaw, Rechtsanwältin  
und Notarin, St.Gallen

kann auch ein Wunsch der Eltern sein, das Familienhaus, welches den Bedürfnissen des behinderten Kindes entsprechend gebaut wurde, dem behinderten Kind zu überlassen. Um jedoch auch in diesem Fall den grösstmöglichen Nutzen für das behinderte Kind zu ziehen, insbesondere eine allfällige Kürzung von Sozialversicherungsleistungen zu verhindern, können erbrechtliche Planungsinstrumente wie z.B. die Nutzniessung zugunsten des behinderten Kindes am Familienhaus in Betracht gezogen werden. Das Familienhaus wird an die gesunden Nachkommen übertragen, belastet mit einer Nutzniessung zugunsten des behinderten Kindes. Dieses kann die Liegenschaft unbeschränkt nutzen, der Wert der Liegenschaft wird ihm jedoch nicht als Vermögen angerechnet. Bei der Übertragung von Unternehmen oder Liegenschaften, welche in der Regel einen grossen Teil des gesamten Vermögens bilden, ist die Pflichtteilsproblematik im Auge zu behalten. Der Pflichtteil für einen Nachkommen beträgt in der Schweiz drei Viertel des gesetzlichen Erbteils (Art. 471 ZGB). Dies dürfte sich jedoch mit der aktuellen Erbrechtsrevision, welche voraussichtlich 2022 in Kraft treten soll, ändern. Die

**Umgekehrt kann auch ein Wunsch der Eltern sein, das Familienhaus, welches den Bedürfnissen des behinderten Kindes entsprechend gebaut wurde, dem behinderten Kind zu überlassen.**



**Die Eltern haben die Möglichkeit, das behinderte Kind auf den Pflichtteil zu setzen und den übrigen Nachlass auf die gesunden Kinder zu verteilen.**

Pflichtteile der Kinder sollen neu einen Zweitel des gesetzlichen Erbteils betragen, was zu begrüssen ist, da dem Erblasser dadurch ein grösserer Handlungsspielraum betreffend seinen Nachlass gewährt wird. Eine Verletzung des Pflichtteils wird zwar nicht von Amtes wegen berücksichtigt, sondern muss mit der Herabsetzungsklage angefochten werden (Art. 522 ff. ZGB). Eine pflichtteilsverletzende Verfügung kann somit grundsätzlich Bestand haben. Vorliegend ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde für das behinderte Kind im Hinblick auf die Erbteilung eine Beistandschaft errichten wird, sofern noch kei-

ne solche besteht bzw. sofern der aktuelle Beistand selbst am Nachlass beteiligt ist. Dieser wird wohl in Vertretung des urteilsunfähigen, verbeiständeten Kindes nach Einholung der erforderlichen Genehmigung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gemäss Art. 416 Abs. 1 Ziff. 9 ZGB die Herabsetzungsklage ergreifen. Dies auch aus dem Grund, dass bereits der Verzicht auf die Anhebung der Herabsetzungsklage grundsätzlich einen Vermögensverzicht im Sinne des Sozialversicherungsrecht darstellt, was wiederum zur Kürzung der Sozialversicherungsleistungen führen könnte.

**c) Meistbegünstigung gesunder Kinder bzw. Zuteilung der freien Quote**

Die Eltern haben die Möglichkeit, das behinderte Kind auf den Pflichtteil zu setzen und

den übrigen Nachlass auf die gesunden Kinder zu verteilen. Das Kind wird aufgrund seiner fehlenden Urteilsfähigkeit das Vermögen wohl nicht selbst verwalten können, weshalb grundsätzlich ein Vermögensverwaltungsbeistand errichtet wird. Das Kind kann somit nicht frei entscheiden, was mit dem erhaltenen Vermögen geschehen soll, womit seine Bedürfnisse in vielen Fällen gar nicht berücksichtigt werden. Diesbezüglich lohnt es sich, in der letztwilligen Verfügung eine Person zu ernennen, welche die Vermögensverwaltung des behinderten Kindes übernehmen soll. Dieser können Auflagen erteilt werden, wie das Vermögen sodann zu verwenden ist. Dies kann z.B. auch dahingehend erfolgen, dass die Eltern das behinderte Kind auf den Pflichtteil setzen, gleichzeitig die freie Quote einer an-

deren Person, oft wohl, sofern vorhanden, einem weiteren Kind, zuwenden, mit der Auflage dieses Vermögen zugunsten des behinderten Kindes bzw. Geschwisters zu verwenden. Wird die freie Quote einer Drittperson, das heisst nicht einem Nachkommen zugewendet, sind die steuerrechtlichen Folgen zu berücksichtigen. Im Kanton St.Gallen beträgt die Erbschaftssteuer bis zu 30%, wenn Zuwendungen an Drittpersonen getätigt werden.

#### d) Enterbung des behinderten Kindes

Aufgrund der bereits vorstehend ausgeführten Tatsache, dass das behinderte Kind oft Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen hat, überlegen sich manche Eltern, das behinderte Kind zu enterben, um den Zugriff des Staates auf den Nachlass auszuschliessen. Da jedoch das behinderte Kind, wie bereits vorstehend ausgeführt, einen Anspruch auf seinen Pflichtteil hat, wird der Beistand diesen in Vertretung des behinderten Kindes auch geltend machen, womit eine Enterbung in den meisten Fällen keinen Bestand haben wird.

#### e) Nacherbeinsetzung gemäss Art. 492a ZGB

Eltern behinderter Kinder, deren Urteilsfähigkeit beschränkt bzw. vollkommen aufgehoben ist, sollen sich ebenfalls Überlegungen dazu machen, an wen das Vermögen nach dem Tod des behinderten Kindes gelangen soll. Das schweizerische Erbrecht sieht in Art. 492a ZGB das Instrument der Nacherbeinsetzung auf den Überrest vor, mit welchem die Eltern behinderter Kinder verhindern können, dass das Vermögen an eine von ihnen ungewünschte Person fällt. Im schweizerischen Erbrecht herrscht nämlich die Maxime der Höchstpersönlichkeit der Verfügungen von Todes wegen. Dies bedeutet, dass der Erblasser persönlich handeln muss und eine Vertretung in der Willensbildung und Willenserklärung im Rahmen der Errichtung

einer letztwilligen Verfügung ausgeschlossen ist. Dabei wird im Erbrecht der Nachlass eines Kindes mit geistiger Behinderung, dessen Urteilsfähigkeit im Hinblick auf die Errichtung einer letztwilligen Verfügung dauernd aufgehoben ist, wie bereits oben ausgeführt zwingend nach den Regeln über die Intestaterbfolge vererbt. Damit das Familienvermögen nach dem Tod des behinderten Kindes nicht an Personen gelangt, welche von dessen Eltern nicht bedacht werden möchten, können diese gemäss Art. 492a Abs. 1 ZGB, sofern das dauernd urteilsunfähige Kind weder Nachkommen noch einen Ehegatten hinterlässt, eine Nacherbeinsetzung auf den Überrest anordnen. Damit können die Eltern und Erblasser z.B. sicherstellen, dass das Vermögen in der Familie bleibt oder dieses auch einer Person bzw. einer Institution zuwenden, welche sich nach oder bereits vor dem Ableben der Eltern um das behinderte Kind kümmerte und dieses unter Umständen Jahre lang pflegte.

#### 4. Fazit / Zusammenfassung

Es lässt sich somit grundsätzlich festhalten, dass die Eltern eines behinderten Kindes bei der Nachlassplanung in erster Linie das Ziel haben, das Vermögen fair auf alle Kinder zu verteilen. Wie diese faire Verteilung verwirklicht werden kann, hängt von der konkreten Situation und den vorhandenen erbrechtlichen Instrumenten ab. In jedem Fall sollte sichergestellt werden, dass das behinderte Kind bestmöglich von seinem Erbteil profitieren kann. Die Nachlassplanung sollte somit derart ausgestaltet werden, dass das Nachlassvermögen nicht für die Finanzierung des gewöhnlichen Lebensunterhalts des Kindes verzehrt wird, sondern diesem die sozialversicherungsrechtlichen Leistungen erhalten bleiben. Das Nachlassvermögen sollte somit dazu verwendet werden

können, besondere, nicht von der Sozialversicherung gedeckte Ausgaben zu finanzieren. In jedem Fall sollten Eltern mit behinderten Kindern ihre Nachlassplanung schon früh an die Hand nehmen und sich darüber Gedanken machen, welche Planungsziele für sie im Vordergrund stehen. Eine Regelung gibt Sicherheit, dass im Todesfall alles gemäss ihren Wünschen und Vorstellungen abläuft und die Bedürfnisse sowohl des behinderten Kindes als auch der gesunden Kinder optimal berücksichtigt werden. Zudem haben die Eltern auch die Möglichkeit, sicherzustellen, dass das Vermögen nach dem Tod des behinderten Kindes an Personen oder Institutionen gelangt, die die Eltern auch begünstigen möchten. ■

**Es lässt sich somit grundsätzlich festhalten, dass die Eltern eines behinderten Kindes bei der Nachlassplanung in erster Linie das Ziel haben, das Vermögen fair auf alle Kinder zu verteilen.**



**MARKUS F. SCHOEKLE,  
SANIERUNGSEXPERTE**

# **BENÖTIGT IHR UNTERNEHMEN DRINGEND EINE NEUAUSRICHTUNG?**

Wir helfen Ihnen aus der Krise!  
Rufen Sie uns an: 071 955 05 65

**BRENNER** Treuhand

Mitglied TREUHAND|SUISSE

Gewerbestrasse 6, CH-9242 Oberuzwil, T: +41 71 955 05 65



# Scheidungsvereinbarungen – was ist möglich, was nicht?

Viele Eheleute überlegen sich, die Folgen einer allfälligen späteren Scheidung der von ihnen geschlossenen oder in Kürze bevorstehenden Ehe bereits vertraglich zu regeln. Wenn die Ehe – überspitzt formuliert – als Vertrag mit zweijähriger Kündigungsklausel verstanden wird, was liegt näher, als schon frühzeitig die Folgen ebendieser Kündigung vertraglich zu regeln? Die Gerichtspraxis setzt solchen Scheidungsvereinbarungen jedoch Grenzen.

## A) Verträge zwischen Ehegatten

Grundsätzlich sind Ehegatten als handlungsfähige Personen frei, Verträge untereinander abzuschliessen (Art. 12 und Art. 168 ZGB), wobei es beim Vertragsabschluss die üblichen Grenzen der Rechtsordnung zu beachten gilt (Übervorteilung, Sittenwidrigkeit, usw.).

Aus diesem Grundsatz folgt, dass Ehegatten untereinander auch Verträge über die Schei-

dungsfolgen abschliessen können. Bekanntlich schliessen Ehegatten bei der Ehescheidung meist eine umfassende Vereinbarung über die Scheidungsfolgen ab, wobei diese Vereinbarung immer unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch das Gericht steht (Art. 279 Abs. 2 ZPO).

Das Bundesgericht hat sich in einem neueren Leitentscheid (BGE 145 III 477) damit befasst, inwieweit eine solche Vereinbarung über die Scheidungsfolgen

bereits frühzeitig und noch ohne eigentlichen Scheidungshorizont (Scheidungsvereinbarung) gültig abgeschlossen werden kann.

## B) Eheverträge, Scheidungsvorvereinbarungen, Scheidungskonvention

Die Scheidungsvorvereinbarung ist von zwei im Gesetz geregelten Verträgen zwischen Ehegatten abzugrenzen: Dem

Ehevertrag (Art. 182 ff. ZGB) und der Scheidungsvereinbarung (Art. 111 f. ZGB; Art. 279 ZPO), in der Praxis häufig Scheidungskonvention genannt.

Scheidungskonventionen werden von den Ehegatten dem Gericht eingereicht, wobei man zwischen Vereinbarungen mit vollständiger Einigung über alle Scheidungsfolgen oder solchen mit bloss teilweiser Einigung unterscheidet (Art. 111 bzw. Art. 112 ZGB). Im Gegensatz zur eigentlichen Scheidungskonvention handelt es sich bei der Scheidungsvorausvereinbarung um eine vertragliche Regelung von Scheidungsfolgen, die noch ohne konkreten Scheidungshorizont erfolgt. Bei der Scheidungsvorausvereinbarung fehlt also noch der eigentliche Scheidungswille.

Eheverträge bezwecken eine Veränderung beim ehelichen Güterrecht, indem etwa statt

**Eheverträge müssen in der Schweiz zwingend öffentlich beurkundet werden (Art. 184 ZGB).**

des gesetzlichen Güterstands der Errungenschaftsbeteiligung die Gütertrennung gewählt wird. Eheverträge müssen in der Schweiz zwingend öffentlich beurkundet werden (Art. 184 ZGB). Im Gegensatz dazu sind Vorausvereinbarungen formlos gültig und nicht auf das Güterrecht beschränkt. Da die Scheidung regelmässig auch die güterrechtliche Auseinandersetzung umfasst und für das Abweichen vom gesetzlichen Güterstand die öffentliche Beurkundung zwingend vorgeschrieben ist, dürfte für Scheidungsvorausvereinbarungen in der Praxis meist die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung gewählt werden.

### C) Gültigkeit von Scheidungsvorausvereinbarungen: «Drum prüfe wer sich bindet»

Dem Entscheid BGE 145 III 477 lag folgender Sachverhalt zugrunde. Die Ehegatten hatten einen Tag vor der Hochzeit vor einem Notar einen öffent-

lich beurkundeten Ehevertrag abgeschlossen, in dem neben der Gütertrennung auch eine Vertragsklausel für den Fall der Ehescheidung aufgenommen worden war. Gemäss dieser hatte sich der deutlich finanzkräftigere Ehemann zu nachehelichem Unterhalt in der Höhe von monatlich CHF 20'000.00 verpflichtet. Nach Scheitern der kinderlos gebliebenen Ehe stellte sich die Ehefrau auf den Standpunkt, dass die Scheidungsvorausvereinbarung gültig abgeschlossen sei und damit auch die vertragliche Pflicht zur Leistung von nachehelichem Unterhalt bestehe. Beide Vorinstanzen verneinten die Gültigkeit der Vorausvereinbarung.

Das Bundesgericht erinnert in BGE 145 III 477 daran, dass im Falle einseitiger Scheidungsklagen Vorausvereinbarungen bereits bisher als gültig erachtet werden. Diejenige Partei, die sich nicht mehr an die Vorausvereinbarung gehalten sehen wolle, müsse beim Gericht deren Nichtgenehmigung beantragen. Darüber hinaus seien Scheidungsvorausvereinbarungen allerdings laut der in der Lehre kontrovers diskutierten Auffassung unabhängig von der Art der Einleitung des Scheidungsverfahrens (Scheidungsvereinbarung oder Scheidungsklage) allgemein gültig und vom Gericht zu beachten, womit den Ehegatten jeweils nur noch die Option offensteht, die Nichtgenehmigung der gültig abgeschlossenen Vorausvereinbarung zu beantragen.

Da die Genehmigungsfähigkeit der Vorausvereinbarung gar nicht hinreichend geprüft worden war, wies das Bundesgericht den Fall an die Vorinstanz zurück. Dieses Ergebnis ist umso bemerkenswerter, als das Bundesgericht in den nicht amtlich publizierten Erwägungen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zusprechung für nachehelichem Unterhalt (Art. 125 ZGB) – wie die beiden Vorinstanzen vor ihr – als Folge der kurzen Ehedauer und der Kinderlosigkeit im konkreten Fall verneinte (Bger. 5A\_778/2018, E. 4.4).

### D) Verhandeln auf Augenhöhe zwischen Ehegatten?

Das Bundesgericht stärkt mit diesem Entscheid die Vertragsautonomie der Ehegatten und hält fest, dass Scheidungsvorausvereinbarungen nicht ohne weiteres ungültig sein müssen.

Es wäre indes weltfremd zu meinen, dass sämtliche Ehegatten jeweils in der Lage seien, auf Augenhöhe über die Folgen der von ihnen geschlossenen oder zu schliessenden Ehe zu verhandeln und gestützt auf diese Verhandlungen Verträge abzuschliessen, welche den unterschiedlich gelagerten Interessen beider Ehegatten gerecht würden. Häufig stehen Abhängigkeiten wirtschaftlicher, emotionaler, sozialer oder migrationsrechtlicher Natur einer Vertragsausgestaltung auf Augenhöhe entgegen. Zudem können sich im Verlauf der gelebten Ehe erhebliche Veränderungen in der Erwerbsbiografie ergeben, welche die seinerzeit geschlossene und damals ausgewogene Vorausvereinbarung nachträglich als unangemessen erscheinen lassen.

Allerdings wäre es auch nicht zutreffend, Scheidungsvorausvereinbarungen von vornherein als einseitig eine Partei benachteiligende Vereinbarungen anzusehen, die nur aus einer gewissen Naivität bzw. Abhängigkeit heraus abgeschlossen werden, ohne dass sich die Ehegatten den Konsequenzen eines solchen Vertragschlusses bewusst wären. Eine frühzeitige und insbesondere nach umfassender rechtlicher Beratung abgeschlossene Vorausvereinbarung kann nämlich besser durchgedacht sein als eine gerichtlich genehmigte Scheidungsvereinbarung. Es entspricht nämlich (leider) häufig der Realität, dass Ehegatten in der emotional aufgeladenen und für sie belastenden Situation nach der Trennung ihre eigenen Interessen und damit die Folgen eines Abschlusses einer umfassenden Scheidungsverein-

barung vor Gericht nicht richtig abzuschätzen vermögen. Es ist aus diesem Grund zu begrüssen, dass Vorausvereinbarungen grundsätzlich gültig abgeschlossen werden können.

#### E) Die Crux mit der gerichtlichen Genehmigung: Die Abklärungspflicht des Gerichts

Die Gültigkeit einer Vorausvereinbarung hat jedoch nicht ohne weiteres zur Folge, dass diese vom Gericht übernommen werden müsste. Das Gericht spricht die Scheidung gestützt auf eine Vereinbarung der Ehegatten (egal ob als Scheidungsvereinbarung oder als Scheidungsvorausvereinbarung) nur dann aus, wenn diese «aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen worden ist» und die Vereinbarung «klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist» (Art. 279 ZPO). Scheidungsvereinbarungen und Vorausvereinbarungen stehen somit immer unter dem Vorbehalt einer Inhalts- und Fairnesskontrolle durch das Gericht.

Laut Bundesgericht ist eine Vereinbarung über die Scheidungsfolgen offensichtlich unangemessen, wenn «sie in sofort erkennbarer und eklatanter Art und Weise von der gesetzlichen Regelung abweicht und sich diese Abweichung aus Billigkeitsüberlegungen nicht rechtfertigen lässt» (Bger. 5A\_980/2018, E. 4.1). Dahinter steht also immer eine Wertung. Je mehr sich die wirtschaftliche Situation zwischen Vertragsabschluss und Ehescheidung verändert hat und umso stärker die Vorausvereinbarung von der gesetzlichen Regelung der Scheidungsfolgen abweicht, desto eher dürfte das Gericht einer Vorausvereinbarung wegen offensichtlicher Unangemessenheit die Genehmigung verweigern.

Das Gericht ist gehalten, die Hintergründe des Vertragsabschlusses einer Scheidungsvorausvereinbarung in Erfahrung

zu bringen. Zudem wird dem Gericht verstärkt auch die Pflicht auferlegt, die wirtschaftliche Situation bei Vertragsabschluss mit derjenigen bei Ehescheidung zu vergleichen. Erst wenn sich nach Klärung dieser Fragen abzeichnet, dass die nach reiflicher Überlegung geschlossene Vorausvereinbarung inhaltlich nicht offensichtlich unangemessen und vollständig ist, wird das Gericht sie genehmigen. Selbstverständlich stehen die Parteien in der Pflicht, bei der Ermittlung des Sachverhalts mitzuarbeiten, ansonsten sie die Folgen der Beweislosigkeit nach den üblichen Beweisregeln zu tragen haben.

#### F) Inhaltliche Grenzen von Scheidungsvorausvereinbarungen

Nicht nur die gerichtliche Genehmigung setzt einer Scheidungsvorausvereinbarung Grenzen. Ganz allgemein sind bestimmte Scheidungsfolgen der freien Vertragsgestaltung teilweise oder weitgehend entzogen.

Vorab schliesst der das Kindesrecht beherrschende Grundsatz des Kindeswohls Vorausvereinbarungen in Bezug auf die Kinderbelange weitgehend aus. Die Gerichte sind zur Wahrung des Kindeswohls gehalten, den Sachverhalt von sich aus abzuklären (Untersuchungsgrundsatz) und bei der Regelung von Kinderbelangen selbst an übereinstimmende Parteianträge nicht gebunden (Offizialmaxime). Diese Begrenzung der Vertragsautonomie gilt auch für den Kindesunterhalt (Bger. 5A\_169/2012, E. 3.3).

Mit der Gesetzesrevision im Jahr 2017 kam es zu einer Verschiebung von Teilen des nahehehlichen Unterhalts des hauptbetreuenden Elternteils in den Kindesunterhalt (BGE 144 III 377). Mit diesem sogenannten Betreuungsunterhalt sind der Kindesunterhalt und der Unterhalt des hauptbetreuenden Ehegatten wirtschaftlich und rechtlich so miteinander verknüpft, dass sich die Zulässigkeit von



lic. iur. Boris Züst  
Rechtsanwalt und Fachanwalt  
SAV Familienrecht, St.Gallen

Vorausvereinbarungen wegen der Offizialmaxime im Kindesrecht in engen Grenzen halten dürfte. Falls die Vertrags- der Familienplanung zeitlich vorausgegangen sein sollte, dürfte zudem wegen der in der Zwischenzeit eingetretenen Veränderungen bei der Kinderbetreuung wohl nur in sehr eingeschränkten Konstellationen eine gerichtliche Genehmigung überhaupt in Frage kommen.

Beim Vorsorgeausgleich der zweiten Säule (BVG) schränkt der Gesetzgeber, im Gegensatz etwa zur Rechtslage in Deutschland, die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten der Ehegatten bei der Teilung der während der Ehe erworbenen Guthaben der beruflichen Vorsorge ebenfalls deutlich ein. Immerhin sind hier Abweichungen denkbar, falls aufgrund der wirtschaftlichen Lage und der Vorsorgebedürfnisse die Altersvorsorge der Ehegatten anderweitig gewährleistet ist bzw. eine faire Gesamtlösung erzielt werden kann.

Damit beschränkt sich der Regelungsbereich von Scheidungsvorausvereinbarung in der Praxis weitgehend auf die rein finanziellen und von der Vertragsautonomie zwischen den Ehegatten umfassten Teilbereiche

**Die Gerichte sind zur Wahrung des Kindeswohls gehalten, den Sachverhalt von sich aus abzuklären (Untersuchungsgrundsatz) und bei der Regelung von Kinderbelangen selbst an übereinstimmende Parteianträge nicht gebunden (Offizialmaxime).**

des nahehelichen Unterhalts, allenfalls ergänzt durch Anpassungen beim Güterrecht und gewissen Anpassungen beim Vorsorgeausgleich.

### G) Fazit

Scheidungsvereinbarungen sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig. Der Genehmigungsvorbehalt und die richterliche Abklärungspflicht setzen der Vertragsgestaltung allerdings klare Grenzen. Inhaltlich dürfte es dabei in der Praxis weitgehend um den nahehelichen Unterhalt gehen. Ob sich unter diesen Umständen viele Ehegatten dazu veranlasst sehen werden, Vorausvereinbarungen abzuschliessen, bleibt offen. Schliesslich werden sich Ehegatten beim Abschluss

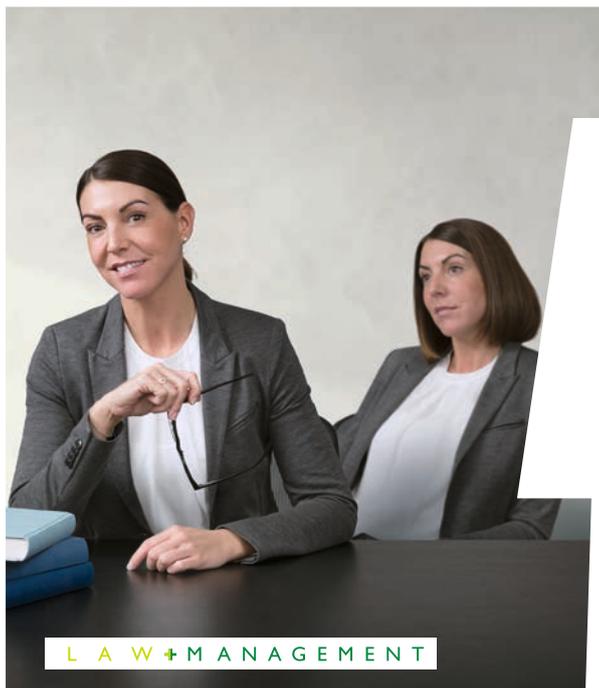


von solchen Scheidungsvereinbarungen wohl auch immer die Frage stellen müssen, ob frühzeitige Vorabregelungen über die Folgen des Scheiterns ihrer Ehe deren Scheitern nicht eher noch beschleunigen, insbesondere bei einer vom anderen Ehegatten im Nachhinein als nicht ausgewogen erachteten Regelung. ■

Executive School of Management,  
Technology and Law



Universität St.Gallen



L A W + M A N A G E M E N T



## Management-Kompetenz für Juristinnen und Juristen.

Starten Sie jetzt Ihre betriebswirtschaftliche Weiterbildung  
MANAGEMENT FOR THE LEGAL PROFESSION (MLP-HSG)  
mit dem Modul

**Persönlichkeit & Leadership**  
15.-19.02.2021

Diplom voll anrechenbar an den  
Executive MBA HSG

[www.lam.unisg.ch/mlp](http://www.lam.unisg.ch/mlp)

«Wissen schafft  
Wirkung»



# Revision OR betreffend Inhaberaktien

Seit dem 1. November 2019 ist das Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 zur Umsetzung des Global Forum über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke in Kraft. Das Global Forum-Gesetz ändert/ergänzt Bestimmungen aus dem Obligationen-, resp. Aktienrecht, Strafgesetzbuch, Steueramtshilfegesetz sowie Bucheffektengesetz. Daraus leitet sich sowohl für Verwaltungsräte der Gesellschaften als auch für Inhaberaktionäre ein Informations- und Handlungsbedarf ab. Aus der Änderung, resp. Ergänzung der Regelungen zu den Inhaberaktien ergeben sich verschiedene Problemstellungen. Einige davon sollen in diesem Beitrag dargestellt werden.

## A. Einleitung

Die Schweiz musste in den letzten Jahren einige Gesetzesrevisionen durchführen, um die internationalen Standards in Sachen Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung sowie der Bekämpfung von Steuerbetrug gerecht zu werden.<sup>1</sup> Sowohl die Groupe d'action financière («GAFI») als auch das Global Forum über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke («Global Forum») hatten die Inhaberaktien in der Vergangenheit kritisiert.<sup>2</sup> Das Schicksal der Inhaberakti-

en wurde dadurch massgeblich beeinflusst: Mit dem Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 zur Umsetzung des Global Forum über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke («Global Forum-Gesetz») wird ein mehrstufiges Verfahren zur Abschaffung der Inhaberaktien und zur Sicherstellung der Aktionärsidentifizierung vorgesehen.<sup>3</sup> Von der weitgehenden Abschaffung betroffen sind in der Schweiz insbesondere mehrere zehntausend Aktiengesellschaften.

<sup>1</sup> Vgl. auch Cartier Patricia, Inhaberaktien: Inkrafttreten des Bundesgesetzes zur Umsetzung von Empfehlungen des Global Forum, in: REPRAX 1/2020, S. 104.

<sup>2</sup> Um die GAFI-Empfehlungen umzusetzen wurden vom Parlament am 12. Dezember 2014 das Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI (in Kraft seit 1. Juli 2015) verabschiedet. Zudem trat als Reaktion darauf am 1. November 2019 schliesslich das Global Forum-Gesetz in Kraft.

<sup>3</sup> Vgl. auch Anleitung zum Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke (nachfolgend «Anleitung»), Fassung vom 1. November 2019.

## B. OR-Gesetzesrevision

Inhaberaktien sind seit dem 1. November 2019 nur noch erlaubt, wenn die Gesellschaft ihre Beteiligungspapiere an der Börse kotiert oder die Inhaberaktien als Bucheffekten im Sinne des Bucheffektengesetzes vom 3. Oktober 2008 (BEG) ausgestaltet hat (Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> OR). Letztere müssen bei einer von der Gesellschaft bezeichneten Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sein.<sup>4</sup> Neu gegründete Gesellschaften können seither nur noch mit Namenaktien im Handelsregister eingetragen werden. Das Verbot betrifft auch bestehende Gesellschaften, die bei Kapitalerhöhungen seither keine neuen Inhaberaktien mehr ausgeben können. Ferner wurde mit den neuen Regelungen ein Verfahren zur Identifikation von Aktionären in Kraft gesetzt, welche die Meldepflicht gegenüber der Gesellschaft nach dem bisherigen Recht nicht erfüllt haben.

Nebst neuen Strafbestimmungen in Fällen der Nichtmeldung der an den Anteilen wirtschaftlich berechtigten Personen sowie bei Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Pflichten zur Führung von Verzeichnissen (Art. 327 und 327a Strafgesetzbuch [StGB]), wurde auch die Meldepflicht bezüglich der an Anteilen wirtschaftlich berechtigten Personen präzisiert (Art. 697j und 790a OR<sup>5</sup>). Gegen Gesellschaften, welche ihre Bücher nicht vorschriftsgemäss führen oder welche Inhaberaktien geschaffen haben, ohne das neue Recht zu berücksichtigen, kann neu ein Verfahren wegen Organisationsmängel eingeleitet werden.

### I. Handlungsbedarf Gesellschaft: Umwandlung Anteile

Gesellschaften mit Inhaberaktien müssen beim Handelsregisteramt innerhalb von 18 Monaten ab Inkrafttreten des Global

Forum-Gesetzes, d.h. bis zum 30. April 2021, eine Eintragung nach Art. 622 Abs. 2<sup>bis</sup> OR verlangen (Art. 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Juni 2019 [UeB]).<sup>6</sup>

Verlangt eine Gesellschaft bis zum 30. April 2021 eine Eintragung, treten am 1. Mai 2021 **keine Rechtsfolgen** wegen Verstoß gegen das Verbot des Haltens von Inhaberaktien ein. Dies gilt auch dann, wenn das Handelsregisteramt die Eintragung i.S.v. Art. 622 Abs. 2<sup>bis</sup> OR abweist (unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots). Hat eine Gesellschaft Beteiligungspapiere an der Börse kotiert oder Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet und möchte sie diese behalten, so hat die Gesellschaft den Ausnahmetatbestand i.S.v. Art. 622 1<sup>bis</sup> OR bis zum 30. April 2021 dem Handelsregisteramt ebenso zu melden. Nach Prüfung der eingereichten Belege der Gesellschaft trägt das Handelsregisteramt den Ausnahmefall bei der Gesellschaft in der Rubrik «Bemerkungen» ein.

Erfolgt keine Meldung, werden auch solche Inhaberaktien von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt.<sup>7</sup> Die Anpassung der Handelsregistereinträge erfolgt ab dem 1. Mai 2021 von Amtes wegen (Zwangsumwandlung; vgl. nachfolgend Ziffer 3).<sup>8</sup>

### 1. Statutenänderung

Im Zentrum der Umwandlung der Inhaberaktien in Namenaktien steht die Statutenänderung: Gesellschaften, **welche Inhaberaktien ausgegeben haben und keinen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> OR erfüllen**, müssen die Bestimmungen über das Aktienkapital und allfällige weitere Statutenbestimmungen (via Generalversammlung) anpassen. Der Beschluss zur Änderung der Statuten ist öffentlich zu beurkunden und die Änderung in das Handelsregister einzutragen (Art. 647 OR). Nach Anmeldung beim Handelsregisteramt erfolgt eine

Veröffentlichung der Mutation im Schweizerischen Handelsblattamt (SHAB).

### 2. Aktienbuch

Nach der Umwandlung der Inhaber- in Namenaktien werden die Inhaberaktionäre, **welche ihrer Meldepflicht nachgekommen sind**, durch die Gesellschaft in das Aktienbuch eingetragen. Gibt es ehemalige Inhaberaktionäre, die ihrer Meldepflicht nicht nachgekommen sind, vermerkt der Verwaltungsrat im Aktienbuch bei den Nummern der Aktien, dass die mit den Aktien verbundenen Rechte nicht ausgeübt werden können.<sup>9</sup> Der Verwaltungsrat ist dafür verantwortlich, dass kein Aktionär, welcher seine Meldepflichten verletzt hat, die bisherigen Rechte ausüben kann (Art. 6 UeB).

Fehlen der Gesellschaft Informationen zu einzelnen Inhaberaktionären, hat der Verwaltungsrat die Inhaberaktionäre aufzufordern, sich bei der Gesellschaft zu melden (Art. 697i OR, Art. 4 Abs. 2 UeB). Sind Inhaberaktionäre weder im Verzeichnis der Inhaberaktionäre noch im Verzeichnis über die wirtschaftlich berechtigten Personen gelistet, hat der Verwaltungsrat durch die statutarisch vorgesehene Form und im SHAB eine Aufforderung zur Meldung zu veröffentlichen. Der Verwaltungsrat hat zu prüfen, ob das bestehende Aktienbuch, resp. das Verzeichnis

<sup>4</sup> Das anwendbare Börsenrecht bestimmt, was unter Beteiligungsrchten zu verstehen ist (vgl. auch Vischer Markus/Galli Dario, Erste Annäherung an das Global Forum-Gesetz, in: AJP 2019, S. 1292 f.).

<sup>5</sup> Mit Art. 790a OR besteht im GmbH-Recht eine analoge Bestimmung zu Art. 697j OR. Die in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen zu den Aktiengesellschaften, gelten deshalb analog auch für das GmbH-Recht.

<sup>6</sup> Die Eintragung in das Handelsregister muss nicht innert dieser Frist erfolgen (vgl. auch Vischer/Galli (Fn 4), S. 1295).

<sup>7</sup> Ceresola Sergio, Abschaffung der Inhaberaktien: Worauf ist zu achten?, in: EF 3/20, S. 89.

<sup>8</sup> Art. 4 Abs. 1 UeB.

<sup>9</sup> Ceresola (Fn 7), S. 89.

über die wirtschaftlich berechtigten Personen den aktuellen gesetzlichen Anforderungen entspricht (Art. 6–8 UeB). Ist dies nicht der Fall, so ist das Aktienbuch auf den neusten Stand zu bringen, um Sanktionen gegen den Verwaltungsrat (Art. 327a StGB) und/oder die Gesellschaft (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR) zu vermeiden.

Ab dem 1. November 2024, d.h. zum Zeitpunkt, zu dem alle Aktien von nicht gemeldeten Inhaberaktionären nichtig werden, muss der Verwaltungsrat das Aktienbuch und die Bücher der Gesellschaft anpassen und über die Verwendung der eigenen Aktien entscheiden. Ergreift der Verwaltungsrat nicht die erforderlichen Massnahmen zur Anpassung von Aktienbuch etc. verletzt dieser seine Sorgfaltspflicht (Art. 717 OR) und muss mit einer Busse wegen Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Pflicht zur Führung des Aktienbuchs oder Verzeichnisses und wegen Unterlassung der Buchführung rechnen (Art. 327a und Art. 166 StGB).

### 3. Zwangsumwandlung

Bei **Untätigkeit des Verwaltungsrats** (unabhängig davon ob ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> OR vorliegt oder nicht) werden Inhaberaktien am 1. Mai 2021 von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt. Das Handelsregisteramt nimmt diese Änderung von Amtes wegen vor (Art. 4 Abs. 2 UeB). Der Verwaltungsrat hat die Statuten dann in der nächsten Generalversammlung anzupassen (Art. 5 Abs. 1 UeB).

Nach der Zwangsumwandlung am 1. Mai 2021 können ehemalige Inhaberaktionäre, welche ihrer Meldepflicht bisher nicht nachgekommen sind, nur noch auf dem Gerichtsweg (unter Nachweis der Aktionärs-eigenschaft sowie mit Zustimmung der Gesellschaft) die Eintragung im Aktienbuch verlangen.<sup>10</sup> Die Frist für die Beantragung der Eintragung im

Aktienbuch läuft am 31. Oktober 2024 ab.<sup>11</sup>

Am 1. November 2024 werden **(ehemalige) Inhaberaktien von nicht gemeldeten Aktionären von Gesetzes wegen nichtig**. Über diese kann die Gesellschaft dann frei verfügen.<sup>12</sup> Eine Handlung von Seiten der Gesellschaft ist dafür nicht erforderlich. Die Nichtigkeit kann nicht verhindert werden. Diese Aktien werden durch eigene Aktien der Gesellschaft ersetzt (Art. 8 Abs. 1 UeB). In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsrat vom Nichtigwerden der Aktien nichtgemeldeter Aktionäre Kenntnis zu nehmen. Er hat das Aktienbuch und die Bücher der Gesellschaft anzupassen und über die Verwendung der eigenen Aktien zu entscheiden.<sup>13</sup> Die Entstehung von eigenen Aktien löst für die Gesellschaft keine Verrechnungssteuer, Stempelabgaben oder direkte Steuern aus. Die Steuerfolgen für die Verwendung (Behalten, Kapitalherabsetzung oder Veräusserung) richtet sich nach dem geltenden Recht. Überschreitet der Nennwert der eigenen Aktien die Schwelle von 10 Prozent des Aktienkapitals (Art. 659 Abs. 1 OR), muss der den Schwellenwert überschreitende Anteil der Aktien veräussert oder durch ein Herabsetzungsverfahren vernichtet werden.<sup>14</sup>

Aktionäre, deren Inhaberpapire **ohne eigenes Verschulden nichtig geworden sind** (z.B. im Rahmen einer Erbschaft), haben einen Anspruch auf **Entschädigung**. Die Schuldlosigkeit und die Aktionärs-eigenschaft zum Zeitpunkt des Nichtigwerdens der Aktien (z.B. Zeichnungsschein oder Zessionsvertrag) muss durch die Aktionäre nachgewiesen werden können.<sup>15</sup> Die Entschädigung entspricht dem wirklichen Wert der Aktie zum Umwandlungszeitpunkt.<sup>16</sup> Eine solche Entschädigung kann bis zum 31. Oktober 2034 gegenüber der Gesellschaft geltend gemacht werden.<sup>17</sup>



Matthias Hüberli  
M.A. HSG Rechtsanwalt  
und Notar, Wattwil

## II. Problemstellungen im Rahmen der Umwandlung

### 1. Vinkulierung

Gesellschaften können statutarisch die Übertragbarkeit von Namenaktien mittels Vinkulierung beschränken (Art. 685a Abs. 1 OR). Eine Vinkulierung war für Inhaberaktien nicht möglich. Gemäss Art. 4 Abs. 3 UeB wird die Übertragbarkeit automatisch umgewandelter Namenaktien «nicht beschränkt». Der Charakter der Inhaberaktie soll also weitgehend bewahrt werden. Statutarische Vinkulierungsbestimmungen, welche bereits bestehende Namenaktien betreffen, sind nicht automatisch auf die im Rahmen der Umwandlung betroffenen Inhaberaktien (neu Namenaktien) zu übertragen. Will die Gesellschaft die Vinkulierung auf alle Namenaktien der Gesellschaft ausdehnen, muss dies mit ei-

<sup>10</sup> Ceresola (Fn 7), S. 89.

<sup>11</sup> Anleitung, Ziff. 4.3 «Handlungsmöglichkeit» und «Handlungsfrist».

<sup>12</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 UeB.

<sup>13</sup> Anleitung, Ziff. 4.4 «Handlungspflicht».

<sup>14</sup> Anleitung, Ziff. 4.4 «Weitere Bemerkungen».

<sup>15</sup> Anleitung, Ziff. 4.5 «Handlungsmöglichkeit».

<sup>16</sup> ist der wirkliche Wert der Aktien zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs tiefer als zum Zeitpunkt der Umwandlung, schuldet die Gesellschaft den tieferen Wert (vgl. Anleitung, Ziff. 4.5 «Weitere Bemerkungen»).

<sup>17</sup> Art. 8 Abs. 2 UeB

ner zeitlich nachher folgenden Statutenänderung erfolgen (vgl. auch Art. 5 Abs. 1 UeB). Mit Ausnahme der gesetzlichen Vinkulierung bei Teilliberierung (Art. 685 OR) fallen die umgewandelten Namenaktien auch nicht unter die gesetzlichen Vinkulierungsbestimmungen.<sup>18</sup> Besitzen Gesellschaften also zum Zeitpunkt der Umwandlung der Inhaberaktien in Namenaktien bereits bestehende vinkulierte Namenaktien, entstehen nach der automatischen Umwandlung zwei Kategorien von Namenaktien: die bisherigen (vinkulierten) Namenaktien und die neuen, frei übertragbaren Namenaktien.<sup>19</sup>

## 2. Strittiges Eigentum

Wird einer Gesellschaft eine Übertragung von Aktien gemeldet, hat sie die Pflicht, die Übertragung in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen.<sup>20</sup> So muss sie sich im Normalfall den mit dem Indossament versehenen Titel, resp. die schriftliche Abtretungserklärung vorlegen lassen (Art. 686 Abs. 2 OR). Die Gesellschaft hat das

Aktienbuch innert nützlicher Frist zu aktualisieren («vorschriftsgemässe Führung»). Sie muss *gebotene Sorgfalt* aufwenden. Ein Versäumnis des Aktionärs zur Meldung allfälliger Übertragungen, stellt **kein Organisationsmangel** der Gesellschaft dar. Es ist vielmehr Aufgabe des Aktionärs, Aktienübertragungen und Nutzniessung zu melden. Das Aktienbuch kann also trotz Abweichung zum tatsächlichen Aktionärskreis vorschriftsgemäss geführt sein.<sup>21</sup>

Ist das Eigentum an den Aktien im Rahmen der Umwandlung in Namenaktien strittig, sind die streitenden Personen aufzufordern, die Eintragung des Aktionärs im Aktienregister gemeinsam zu verlangen oder ein entsprechendes Urteil vorzulegen.<sup>22</sup>

## 3. Verlust Aktientitel und -zertifikat

Wurde eine Inhaberaktie als Wertpapier verbrieft, erfolgte dies in einem Aktientitel. Wurden mehrere Inhaberaktien zusammen verbrieft, geschah dies mittels einem Aktienzertifikat, resp. einer Globalurkunde.<sup>23</sup> Im Rahmen der Umwandlung haben die Inhaberaktionäre ihr Wertpapier der Gesellschaft einzureichen. Ist das Wertpapier nicht mehr auffindbar oder wurde es zerstört, muss es gerichtlich für kraftlos erklärt werden. Gehen einzelne Aktientitel oder -zertifikate verloren, muss also ein langwieriges und aufwendiges gerichtliches Amortisationsverfahren durchgeführt werden (Art. 917 f. und 981 ff. OR).<sup>24</sup> Erst nach Abschluss des Verfahrens kann der betroffene Eigentümer seine Rechte gegenüber der Gesellschaft (wieder) geltend machen.

## C. Fazit

Das Global Forum-Gesetz und die damit verbundene OR-Gesetzesrevision hat einschneidende Auswirkungen auf tausend Gesellschaften und Anteilhaber. Im Rahmen dessen werden den Verwaltungsräten von Gesellschaften mit Inhaberaktien eine Vielzahl von Pflichten auferlegt. Zudem wurden neue Sanktionsbestimmungen in Kraft gesetzt.

Per 1. Mai 2021 wandelt das Handelsregisteramt sämtliche Inhaberaktien, für welche kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 622 Abs. 2<sup>bis</sup> OR gemeldet wurde, in Namenaktien um. Inhaberaktionäre, die ihrer Meldepflicht nach dem bisherigen Recht (Art. 697i OR) nachgekommen sind und bei denen die Inhaberaktien ex lege in Namenaktien umgewandelt werden, haben keine Nachteile mit Blick auf ihre Mitgliedschafts- und Vermögensrechte<sup>25</sup> zu befürchten. Inhaberaktionäre, welche ihren Meldepflichten bis zur Zwangsumwandlung vom 1. Mai 2021 nicht nachgekommen sind, können nur noch auf

dem Gerichtsweg eine Eintragung ins Aktienbuch verlangen. Am 1. November 2024 werden (ehemalige) Inhaberaktien, von nicht gemeldeten Aktionären, von Gesetzes wegen nichtig.

Das Global Forum-Gesetz und die gestützt darauf durchgeführte OR-Gesetzesrevision führt zu einem akuten Handlungsbedarf sowohl für die Verwaltungsräte von Gesellschaften mit Inhaberaktien als auch für noch nicht im Aktienbuch der Gesellschaft eingetragene Inhaberaktionäre. ■

Wird einer Gesellschaft eine Übertragung von Aktien gemeldet, hat sie die Pflicht, die Übertragung in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen.

<sup>18</sup> Gericke Dieter/Kuhn Daniel, Radikultur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, in: AJP 2019, S. 1276; Glanzmann Lukas, Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für Verwaltungsrat und Aktionäre, in: SJZ 2019, S. 612 f.; Spoerlé Philipp, Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, in: GesKR 2019, S. 346.

<sup>19</sup> Spoerlé (Fn 18), S. 346.

<sup>20</sup> Vgl. BSK OR II-du Pasquier/Wolf/Oertle (Fn 58), Art. 686 N 7.

<sup>21</sup> Gericke/Kuhn (Fn 18), S. 1285.

<sup>22</sup> Vgl. auch Glanzmann Lukas/Spoerlé Philipp, Das neue Global-Forum-Gesetz, Die geplante Enteignung von Inhaberaktionären und andere Unzulänglichkeiten (Institut für Rechtswissenschaft und Praxis, Universität St.Gallen), S. 27.

<sup>23</sup> Bergweger Martin, Fallgrube Aktienkauf, Aktienübertragungen als Herausforderung für den Käufer und die Revisionsstelle, in: Expert Focus 2019 6–7, S. 470.

<sup>24</sup> Spoerlé Philipp, Die Inhaberaktie, Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision, in: SSHW 2015, S. 34 mit Verweis auf Druey Jean Nicolas, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 27 N 61–72 für eine allgemeine Darstellung des Kraftloserklärungsverfahrens.

<sup>25</sup> So auch Gericke/Kuhn (Fn 18), S. 1277.



# Mein Unternehmen zeigt Anzeichen einer Überschuldung – was nun?

**Hohe Investitionen, ausbleibende Debitorenzahlungen oder eine länger andauernde tiefe Nachfrage im Markt. Schnell kann eine Unternehmung in finanzielle Schwierigkeiten geraten. Als Geschäftsführer einer GmbH oder als Verwaltungsrat einer AG haben Sie für den Schutz des Vermögens der Gesellschaft zu sorgen. Doch was beinhaltet diese Verpflichtung konkret?**

Auch etablierte und langjährige Unternehmen sind nicht vor zeitweisen finanziellen Schief-lagen oder kritischen Situationen gefeit. Ernstzunehmende Anzeichen sind fehlende Liquidität, Unterbilanz oder gar Überschuldung. Die Ursachen können interner (wegfallende Märkte, tiefe Reserven, zu hohe Fremdfinanzierung, mangelhafte Geschäftsführung, verpasste Produktchancen etc.) oder aber – wie aktuell – externer Natur sein (politische Ereignisse, höhere Gewalt, staatliche Interventionen etc.).

Unabhängig von den Gründen darf in einer solchen Situation nicht zugewartet werden. Je nach Faktenlage sind unter anderem nachfolgende Massnahmen umgehend einzuleiten:

- A-fonds-perdu Beiträge;
- Erfolgswirksame Auflösung stiller Reserven oder Aufwertung von Aktiven;
- Rangrücktritte oder Forderungsverzichte von Gläubigern;
- Sanierungsfusion mit gut kapitalisierter Gesellschaft oder
- Kapitalerhöhung, allfällig als Herabsetzung des Kapitals mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung (sog. Kapitalschnitt).

Das sind erste mögliche Schritte. Es darf aber nicht vergessen werden, dass auch andere Auswirkungen wie beispielsweise allfällige Steuerfolgen separat zu prüfen sind.

Aber wann ist welche Massnahme angezeigt? Wann liegt ein hälftiger Kapitalverlust, wann eine Überschuldung vor?

## Kapitalverlust

Wenn das Vermögen Ihrer Gesellschaft nicht mehr mindestens die Hälfte des Eigenkapitals (Aktienkapital und gesetzliche Reserven) decken kann, liegt ein Kapitalverlust vor.

Für den Verwaltungsrat ist für die Einhaltung der Sorgfaltspflicht in einer solchen Situation entscheidend, umgehend zu handeln und sämtliche Sanierungsmassnahmen zu dokumentieren. Nur so kann eine persönliche Haftung vermieden werden. So hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725 OR unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und die vorgesehenen Sanierungsmassnahmen sind zu traktandieren. Diese sind an der GV zu behandeln und im Protokoll genau zu dokumentieren. Auch über allfällige Sanierungsmass-

nahmen, die vom Verwaltungsrat bereits beschlossen und eingeleitet wurden, muss die GV informiert werden.

Soweit in derartigen Situationen eine mangelnde Liquidität das Hauptproblem darstellt, ist die Erstellung eines Liquiditätsplans, der die geplanten zukünftigen Ein- und Ausgaben darstellt, angezeigt. Zentral ist die Sicherstellung der Zahlungsbereitschaft des Unternehmens, wobei betreffend die Haftung des Verwaltungsrates das Augenmerk auf die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge, für welche der Verwaltungsrat persönlich und solidarisch mit dem Privatvermögen haftet, gelegt werden sollte.

### Überschuldung

Decken die vorhandenen Aktiven das Fremdkapital nicht mehr, liegt eine Überschuldung vor.

Auch in einem solchen Fall ist ein umgehendes Handeln unabdingbar: Der Verwaltungsrat hat eine Bilanz zu Fortführungs- und zu Liquidationswerten zu erstellen und diese von einem zugelassenen Revisor prüfen zu lassen. Zeigen beide Bilanzen eine Überschuldung, hat der VR gemäss Art. 725 Abs. 2 OR das Gericht zu benachrichtigen.

Es gibt aber einen Ausweg: Die Benachrichtigung kann unterbleiben, wenn Gläubiger mit ihren Forderungen mindes-

tens in der Höhe der festgestellten Überschuldung hinter die anderen Gläubiger zurücktreten. Der sogenannte Rangrücktritt behebt zwar nicht die Überschuldung, sondern entbindet den Verwaltungsrat lediglich von der Benachrichtigung des Gerichts. Dabei ist ein Rangrücktritt nur dann gültig, wenn er unbedingt und zeitlich unbeschränkt eingeräumt wurde und die Bonität des Rangrücktrittsgebers ge-

geben ist. Das Unternehmen hat etwas Zeit gewonnen. Wie kann das Unternehmen nun saniert werden, um finanziell wieder auf die Beine zu kommen?

Der Erfolg einer Sanierung hängt in erster Linie von der langfristigen Überlebensfähigkeit des Geschäfts ab. Nur in einem solchen Fall macht es Sinn überhaupt Sanierungsmassnahmen zu ergreifen. Im optimalen Fall erhält das Unternehmen zusätzliche finanzielle Mittel. Dies kann in Form von à fonds perdu Beiträgen von Aktionären sein, also einem Zuschuss von Kapital in die Reserven. Ein Zufluss von neuem Kapital kann zudem in Form einer Kapitalerhöhung stattfinden, allfällig nach zuvor vorgenommener Kapitalherabsetzung. Resultat sollte eine wiedererstarke Kapitalbasis sein.

Lediglich bilanztechnische Massnahmen stellen eine Umwandlung von Fremdkapital in Aktienkapital, etwa indem ein Aktionär sein Darlehen umwandelt, dar. Alternativ kann eine Wertberichtigung von Aktiven oder Passiven, also zum Beispiel eine Aufwertung von Liegenschaften oder eine Auflösung von Rückstellungen, wie auch ein Verzicht eines Fremdkapitalgebers auf einen Teil seines Guthabens Erleichterung bringen. Auch diese Massnahmen sind von der Führung des Unternehmens eng zu begleiten, nachdem diese Massnahmen einerseits nur verbunden mit Veränderungen im operativen Bereich Wirkung entfalten und dies andererseits oft erst mit zeitlicher Verzögerung.

Besteht trotz eingeleiteter Massnahmen keine Aussicht auf Beseitigung der Überschuldung, muss das Gericht benachrichtigt werden. Dies hat nach geltender Praxis innert 60 Tagen ab Kenntnis der offensichtlichen Überschuldung zu geschehen. Die Überschuldungsanzeige liegt in der Verantwortung des VR und setzt einen Verwaltungsratsbeschluss voraus. Das entsprechende Protokoll ist zusammen mit der geprüften Zwischenbilanz dem Gericht einzureichen.

### Rücktritt VR | Forderungen von Nahestehenden

Abzuraten ist vom Versuch, als Verwaltungsrat das Schiff mittels sofortigen Rücktritts kurz vor dem Sinken zu verlassen, sich in der Folge unverzüglich aus dem Handelsregister löschen zu lassen, in der Annahme, man könnte sich auf diese Weise der Verantwortung entziehen. Ein VR-Mitglied bleibt für alle Vorkommnisse vor dem Rücktritt verantwortlich und hat bei einem Rücktritt keinen Einfluss mehr auf das fristgerechte Ergreifen von nötigen Massnahmen. Zudem kann eine Haftung infolge Rücktritts zur Unzeit entstehen.

Für Aktionäre oder verbundene Personen und Gesellschaften scheint es allfällig verlockend, sich kurz vor der Benachrichtigung des Gerichts – mit dem letzten Geld des Unternehmens – ein Guthaben zurückzubezahlen. Derartige Rückzahlungen sind nach einer Konkurseröffnung anfechtbar und können die Einleitung eines Strafverfahrens wegen Gläubigerbevorzugung nach sich ziehen.

### Aktueller Exkurs: Verordnung über insolvenzrechtliche Massnahmen zur Bewältigung der Corona-Krise (COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht)

Der Bundesrat hat am Freitag, 16. April 2020, eine Verordnung zum Schutz von Unternehmen vor einem drohenden Konkurs, die allein aufgrund der Coronakrise in Liquiditätsschwierigkeiten geraten sind oder noch geraten werden, erlassen. Damit sollen corona-bedingte Konkurse verhindert sowie Arbeitsplätze und Löhne gesichert werden. Die Verordnung trat am Montag, 20. April 2020, in Kraft und gilt für sechs Monate. Sie umfasst drei wesentliche vorübergehende Regelungen:

- befristete Entbindung von der Pflicht zur Überschuldungsanzeige;
- Einführung einer befristeten COVID-19-Stundung; sowie

**Es gibt aber einen Ausweg: Die Benachrichtigung kann unterbleiben, wenn Gläubiger mit ihren Forderungen mindestens in der Höhe der festgestellten Überschuldung hinter die anderen Gläubiger zurücktreten.**

– Anpassungen im Nachlassvertragsrecht.

### Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts bei Verdacht auf Überschuldung

Wie erwähnt, sind Unternehmen verpflichtet, bei einer drohenden Überschuldung unverzüglich das Gericht zu benachrichtigen. Mit der COVID-19-Verordnung werden Unternehmen von dieser Pflicht entbunden, wenn sie per Ende 2019 finanziell gesund waren und die Aussicht besteht, dass die Überschuldung nach der Corona-Krise bis zum 31.12.2020 überwunden werden kann. Die übrigen Pflichten gemäss Art. 725 OR bestehen nach wie vor unverändert. Der Entscheid, auf die Benachrichtigung des Gerichts zu verzichten, ist vom Verwaltungsrat schriftlich zu begründen und zu dokumentieren.

Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass Unternehmen, die per Ende 2019 eine Überschuldung ausgewiesen haben, ebenso wenig auf die Benachrichtigung des Gerichts verzichten können wie diejenigen, die Ende 2019 nur aufgrund von Rangrücktritten darauf verzichten konnten. Sie gelten als überschuldet, da Rangrücktritte keine Sanierungsmassnahme darstellen. Auf den 31.12.2020 ist ein Abschluss zu erstellen und es hat eine erneute Lagebeurteilung zu erfolgen. Für die Bewertung der Aktiven und Passiven gelten die Bestimmungen betreffend die Annahme der Fortführung des Unternehmens gemäss Art. 958a OR unverändert weiter.

### Anpassungen im Nachlassvertragsrecht

In Abweichung von den Bestimmungen des Schuldbeitrags- und Konkursrechts (SchKG) erleichtert die COVID-19-Verordnung in den Art. 3 ff. den Zugang zum Nachlassverfahren, indem mit dem Gesuch

um Nachlassstundung kein provisorischer Sanierungsplan beiliegen muss und die provisorische Nachlassstundung nicht auf vier Monate begrenzt ist, sondern in Angleichung an die Maximaldauer der sogenannte COVID-19-Stundung (siehe nachfolgend) bis sechs Monate verfügt werden kann. Während der Stundung aller Forderungen verfügt die Unternehmung über ausreichend Zeit zum Abschluss eines Nachlassvertrages mit den Gläubigern.

### Die COVID-19-Stundung

Die sogenannte COVID-19-Stundung kann für höchstens drei Monate beantragt werden, wenn das Unternehmen per 31.12.2019 nicht überschuldet war oder Rangrücktritte mindestens im Umfange der Überschuldung vorliegen. Sie steht auch nicht im Handelsregister eingetragenen Unternehmen offen, nicht aber Publikums- und Gesellschaften, welche die Kriterien für die ordentliche Revision erfüllen (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR).

Mit dem Gesuch um COVID-19-Stundung muss der Schuldner die Vermögenslage glaubhaft darstellen. Das Gericht entscheidet unverzüglich und erlässt die erforderlichen Massnahmen. Mit dem Gesuch gelten die gesetzlichen Anzeigepflichten einer Überschuldung als erfüllt. Auf Gesuch hin kann das Gericht die Stundung einmalig um maximal drei Monate verlängern. Die Bewilligung und Verlängerung einer COVID-19-Stundung wird durch das Gericht publiziert und den Betreibungs-, Handelsregister- und Grundbuchämtern mitgeteilt.

Wie im Nachlassverfahren sind alle vor der Bewilligung entstandenen Forderungen der Stundung unterstellt und können für die Dauer der Stundung nicht betrieben werden. Spätere, im Rahmen der Fortführung des Geschäftes entstandene Verbindlichkeiten sind zu bezahlen und unterliegen der Beitreibung.



lic. iur. HSG  
Alexander Bartl  
Rechtsanwalt und öffentlicher  
Notar, dipl. Steuerexperte  
Au SG

Die Wirkungen der COVID-19-Stundung auf die Verfügungsbefugnis des Schuldners gleichen denjenigen der Nachlassstundung. Der Schuldner darf das Geschäft weiter betreiben, dabei aber nicht gegen berechnete Interessen der Gläubiger verstossen oder einzelne Gläubiger bevorzugen. Zudem kann er ohne Zustimmung des Gerichts nicht mehr rechtsgültig Anlagevermögen veräussern, belasten oder verpfänden. Handelt der Schuldner dieser Bestimmung zuwider, kann das Gericht einen Sachwalter einsetzen oder von Amtes wegen den Konkurs eröffnen.

### Fazit

Gelangt Ihr Unternehmen in schwierige Gewässer, sind Sie als Führung gefordert, umgehend Handlungen vorzunehmen und diese ausnahmslos zu dokumentieren. Basis der Sanierungsmassnahmen ist eine Analyse der Fortführungschance des Unternehmens inkl. Liquiditätsplanung, der neben dem Rangrücktritt durch bestehende Anteilhaber oftmals eine Suche nach neuem Kapital zu folgen hat. Ist diese erfolgreich, ist der Grundstein einer prosperierenden Zukunft gelegt. ■



## Justizgeschichte

### Beschwerde gegen Verurteilung aufgrund von Dashcam-Aufzeichnungen gutgeheissen

*Das Bundesgericht hob die Verurteilung einer Autofahrerin wegen mehrfacher, teilweise grober Verkehrsregelverletzungen, welche auf Basis von Dashcam-Aufzeichnungen eines weiteren Autofahrers erfolgte, auf.*

Im Kanton Zürich wurde eine Autofahrerin wegen mehrfachen, teilweise groben Verletzungen der Verkehrsregeln für schuldig erklärt. Die Identifikation der Autofahrerin konnte nur deshalb erfolgen, weil sie ein Berufschaffeur überholte, welcher über eine private Dashcam verfügte und so ihr Autokennzeichen aufzeichnete. Ohne die Aufnahme wären keine ausreichenden Anhaltspunkte zur Täterschaft und somit für die Einleitung eines Strafverfahrens gegeben gewesen. Aufgrund der von der Autofahrerin ausgehenden Gefährdung erstattete der Berufschaffeur Anzeige gegen diese und übergab seine Dashcam-Aufzeichnungen der Polizei.

Das Bezirksgericht Bülach verurteilte die Autofahrerin wegen vorsätzlicher einfacher und grober Verletzung der Verkehrsregeln zu einer bedingten Geldstrafe von 110 Tagessätzen zu CHF 150.00 sowie zu einer Busse von CHF 4'000.00. Die Autofahrerin erhob gegen das Urteil Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich. Dieses bestätigte jedoch das Urteil des Bezirksgerichtes. Das Bundesgericht hat nun die Beschwerde der Autofahrerin gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich gutgeheissen und die Verurteilung aufgehoben, da die privaten Dashcam-Aufzeich-

nungen datenschutzrechtliche Bestimmungen missachteten und somit rechtswidrig erlangt wurden. Die Erstellung von Aufzeichnung aus einem Auto heraus ist als Bearbeitung von Personendaten zu qualifizieren. Zu deren Rechtmässigkeit muss die Beschaffung und der Zweck der Beschaffung für die betroffenen Personen erkennbar sein. Da die Aufnahme mit einer Dashcam für die aufgezeichneten Verkehrsteilnehmer nicht ohne Weiteres ersichtlich ist, stellt dies eine heimliche Datenbearbeitung und somit eine Persönlichkeitsverletzung dar, wenn kein Rechtfertigungsgrund – namentlich ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse – vorliegt. Die Aufzeichnungen wurden aus diesem Grund rechtswidrig erstellt.

Das Bundesgericht bejahte die Verwertbarkeit von rechtswidrig erlangten Beweismitteln durch Private, wenn diese durch die Strafverfolgungsbehörden rechtmässig hätten erlangt werden können und kumulativ dazu eine Interessenabwägung zwischen öffentlichem Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse der angeklagten Person für deren Verwertung spricht. Für die durch den Staat rechtswidrig erhobenen Beweise nimmt die Strafprozessordnung direkt eine Abwägung vor. Diese lässt solche rechtswidrig erhobenen Beweise nur zu, wenn sie für die Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich sind. Es fehlt jedoch in der Strafprozessordnung an einer Bestimmung über rechtswidrig erhobene Beweise durch Private. Das Bundesgericht wandte nun vorliegend dieselbe Abwägung auf rechtswidrig erhobene Beweise durch Private an. Da sich die vorliegenden Verkehrsverletzungen als Übertretungen und Vergehen, jedoch nicht als

schwere Straftaten qualifizierten, ergab die Interessenabwägung des Bundesgerichts, dass die rechtswidrig vom Berufschaffeur erlangten Aufnahmen nicht als Beweismittel gegen die Autofahrerin verwertet werden konnten. ■

*Evelyne Hunziker,  
M.A. HSG in Law & Economics*

#### IMPRESSUM

Herausgeber  
St.Galler Anwaltsverband SGAV  
Postfach 1829, 9001 St. Gallen  
Tel. 071 227 10 20  
info@sgav.ch  
www.sgav.ch

Redaktion  
PR-Kommission  
St.Galler Anwaltsverband SGAV

Inserateverwaltung  
PHMedia GmbH  
Peter Heer  
Neuensteigstrasse 3  
9424 Rheineck  
Tel. 071 888 77 09  
heer@phmedia.ch

Layout / Druck  
Schmid-Fehr AG  
Hauptstrasse 20  
9403 Goldach  
Tel. 071 844 03 03  
info@schmid-fehr.ch  
www.schmid-fehr.ch

Erscheinungsweise  
2x pro Jahr

AUSGEZEICHNET!  
TOP-TAGUNGSLOKAL  
DER SCHWEIZ  
BY EVENTLOKALE.CH

# Ausgezeichnet



Fern von allem, fern vom Alltag. Durchatmen in angenehmer Atmosphäre. Das ist die optimale Situation, für erfolgreiche Seminare, Workshops und Weiterbildungen. Und der ideale Ort dazu ist Schloss Wartegg. Ausgezeichnet als Top-Tagungsort mit dem SwissLocationAward.

Sie finden sowohl den persönlichen Rahmen für kleine Gruppen in den Seminarräumen, als auch die grosse Bühne für Tagungen im Vortrags- und Konzertsaal. Die helle Raumgestaltung, naturbelassene Materialien und die Sicht auf Park und Bodensee, all dies leistet einen Beitrag zu einer inspirierenden Atmosphäre.

Auch in den Pausen oder nach Seminarschluss bereichern wir Ihren Anlass. Vielleicht ist es ein geführter Spaziergang durch die Naturgeheimnisse des Schlossparks, eine GPS-Schatzsuche oder ein besonderer kulinarischer Höhepunkt, mit dem unser Küchenchef Ihre Kollegen überrascht. Im öffentlichen 13-Punkte Gault Millau-Restaurant geniessen Sie eine exquisite, saisonale Slow-food-Küche mit vielen frischen Produkten aus dem eigenen biologischen Garten.

Rufen Sie an für Ihren erfolgreichen Anlass in einer ausgezeichneten Tagungsort: 071 858 62 62.



## schlosswartegg

Das Bio-Schlosshotel am Bodensee

CH-9404 Rorschacherberg | Tel. +41 71 858 62 62 | wartegg.ch



# Ekone.

**Der neue Taycan 4S. Soul, electrified.**

Der erste vollelektrische Porsche.  
Jetzt bei uns Probe fahren.

**Porsche Zentrum St. Gallen**  
City Sportscar St. Gallen AG  
Zürcher Strasse 511  
9015 St. Gallen  
Tel. +41 71 244 54 40  
[www.porsche-stgallen.ch](http://www.porsche-stgallen.ch)



**PORSCHE**