



St.Gallischer Anwaltsverband
SGAV

mandat

Nr. 2 / November 2012

Die Klientenschrift des St.Gallischen Anwaltsverbandes SGAV

THEMA



5

Kindes- und
Erwachsenenschutz

RECHT & UNTERNEHMUNG

Allgemeine Geschäfts-
bedingungen AGB

9



12

Das Unternehmer-
Testament

RECHT & PRIVAT



15

Der Vorsorgeauftrag

RECHT - ECK

Geständnis ohne
Anwalt –
Urteil aufgehoben

19

Die Anwalts-Kapitalgesellschaft
(auch) im Kanton St. Gallen

Liebe Leserin
Lieber Leser

In einem vielbeachteten Urteil hat das Bundesgericht in Lausanne Anfang September dieses Jahres entschieden, dass alle Schweizer Anwältinnen und Anwälte ihre berufliche Tätigkeit auch in einer Kapitalgesellschaft, also einer Aktiengesellschaft (AG) oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), ausüben dürfen.

Schon seit Jahren ist die Anwalts-Kapitalgesellschaft in vielen Kantonen Wirklichkeit und es haben sich bereits ca. 10% aller Anwältinnen und Anwälte des Schweizerischen Anwaltsverbands in Anwalts-Kapitalgesellschaften zusammengeschlossen. Weil die Anwaltskammer des Kantons St. Gallen (als Aufsichtsbehörde für Anwältinnen und Anwälte) und auch das Kantonsgericht St. Gallen (als Beschwerdeinstanz) die Zulässigkeit von Anwalts-Kapitalgesellschaften im Kanton St. Gallen jedoch verneinten, erhielt das Bundesgericht nun die Gelegenheit, höchstrichterlich über diese Frage zu entscheiden und damit eine schweizweit einheitliche Praxis zu gewährleisten.

Die Vorteile einer Kapitalgesellschaft für Anwältinnen und Anwälte sind vielfältig

So bietet die Anwalts-Kapitalgesellschaft bspw. Kontinuität bei Ausscheiden einzelner Personen und unterliegt der Finanz- und Risikokontrolle nach modernen Standards. Sie ermöglicht den unter ihrem Dach organisierten Anwältinnen und Anwälten aber auch einen weitge-

EDITORIAL

lic. iur.
Thomas Schönenberger,
LL.M.
Rechtsanwalt
St.Gallen
Vorstandsmitglied
St.Gallischer Anwalts-
verband



henden Ausschluss der persönlichen Haftung und sichert insbesondere auch deshalb die Konkurrenzfähigkeit mit Kanzleien aus dem (umliegenden) Ausland, welche sich schon lange als Anwalts-Kapitalgesellschaften organisieren können.

Was bedeutet es nun aber für Sie als Klientin und Klient, wenn die Anwältin oder der Anwalt Ihrer Wahl in einer Kapitalgesellschaft tätig ist?

Auch diesfalls bleiben die Anwältin und der Anwalt Ihrer Wahl weiterhin uneingeschränkt verpflichtet, das Mandat in *Unabhängigkeit in Ihrem Interesse* zu führen. Anwältinnen und Anwälte dürfen nicht in wirtschaftlichen oder sonstigen Abhängigkeiten zu staatlichen Behörden, zu Drittpersonen oder auch zu Klientinnen oder Klienten stehen. Die geforderte Unabhängigkeit von Anwältinnen und Anwälten, welche unter dem Dach einer Anwalts-Kapitalgesellschaft organisiert sind, ist immer dann gewahrt, wenn die Anwalts-Kapitalgesellschaft vollständig

VADIAN  BANK

Ihre bürgerliche
Privatbank in St. Gallen.
Seit 1811.

Kompetent. Unabhängig. Nachhaltig.

VADIAN  BANK
seit 1811

www.vadianbank.ch



und dauerhaft von in kantonalen Anwaltsregistern eingetragenen Anwältinnen und Anwälten beherrscht wird. Dies muss durch entsprechende vertragliche und statutarische Verpflichtungen sichergestellt sein, was von der Aufsichtsbehörde geprüft wird.

Das *Berufsgeheimnis* als zentraler Pfeiler des Vertrauensverhältnisses mit Ihrer Anwältin und Ihrem Anwalt bleibt auch in einer Anwalts-Kapitalgesellschaft gewahrt. Bereits seit der Einführung der Mehrwertsteuer sind Anwaltskanzleien verpflichtet, Geschäftsvorfälle unter gleichzeitiger Wahrung des Berufsgeheimnisses offenzulegen, was sich in der Praxis bewährt hat. Da auch die Revisoren von Kapitalgesellschaften einem Berufsgeheimnis unterstehen, das demjenigen der Anwaltschaft qualitativ gleichwertig ist, ergeben sich keine Nachteile für die Klientinnen und Klienten.

Auch bei *Sorgfaltspflichtverletzungen mit Haftungsfolge* stünde Ihnen als Klientin oder Klient ein in den meisten Fällen mindestens gleich hohes Haftungssubstrat wie bis anhin zur Verfügung. Zunächst ist das

zentrale Element der bundesrechtlichen (anwaltlichen) Haftungsregelung die gesetzliche Verpflichtung jeder Anwältin und jedes Anwalts, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen, welche vom Deckungsumfang her der Art der Tätigkeit und dem damit verbundenen Risiko angemessen sein muss. Gerade Anwalts-Kapitalgesellschaften dürften Versicherungen mit deutlich überdurchschnittlichen Deckungssummen abschliessen. Zudem haftet Ihnen das Vermögen der Kapitalgesellschaft. Deren Vermögensverhältnisse sind aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften für Aussenstehende transparenter als bei Einzelpersonen. Dass die einzelnen Anwältinnen und Anwälte – von einigen Ausnahmefällen abgesehen – nicht mehr mit ihrem privaten Vermögen haften, wenn sie unter dem Dach einer Anwalts-Kapitalgesellschaft organisiert sind, wirkt sich daher für Sie im Ergebnis nicht negativ aus.

In Zusammenfassung des Gesagten kann festgehalten werden, dass die Etablierung von Anwalts-Kapitalgesellschaften für Sie als Klientin oder Klient in Ihrer Mandatsbeziehung zu Ih-

rer Anwältin oder Ihrem Anwalt keine Nachteile mit sich bringt. Sie können sich daher auch in Zukunft vertrauensvoll an die Anwältin oder den Anwalt Ihrer Wahl wenden, ungeachtet ob die- oder derjenige nun Mitarbeitende/r einer Anwalts-Kapitalgesellschaft ist oder nicht. ■

Das Berufsgeheimnis als zentraler Pfeiler des Vertrauensverhältnisses mit Ihrer Anwältin und Ihrem Anwalt bleibt auch in einer Anwalts-Kapitalgesellschaft gewahrt.



ABACUS vi
version internet

Business Software für rationelle Leistungserfassung

- > Flexible Definition von Leistungsarten
- > Freies Customizing der Mandatsstammdaten
- > Erfassung von Stunden, Dritteleistungen, Spesen, Absenzen
- > Web-Erfassung
- > Stundenkontrolle nach verrechenbaren Stunden, Gleitzeit, Absenzen
- > Fristen- und Aktivitätenkontrolle
- > Projektübersichten mit Auftragseingängen und Projektabschlüssen
- > Automatische Fakturierung von Pauschalen, Vertragshonoraren
- > Produktivitätsauswertungen

www.abacus.ch



DAMPF- &
ERLEBNIS-
DUSCHEN
Da sind
wir stark!

BadelWelten
DIE BADARCHITEKTEN



**BADARCHITEKTUR UND
DIE WELT DES BADES**

Gossau | Herisau | St.Gallen
Telefon 071 388 87 88

www.schwizer-haustechnik.ch



Kindes- und Erwachsenenschutz

Die neue Organisation im Kanton St.Gallen

Zwischenetappe auf einem langen Weg

Höhere Selbstbestimmung, weniger Diskriminierung und Stigmatisierung sowie mehr Schutz für die betroffenen Personen – Das sind die inhaltlichen Eckpfeiler und Ziele des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzes. Wo sich die Auswirkungen auf die oder den Einzelnen erst ab 1. Januar 2013 allmählich abzeichnen werden, musste die Reorganisation der neuen Behördenstrukturen von langer Hand geplant werden. Die Kantone bleiben mit dem Bundesrecht in der Organisation der neuen Behörden weitgehend frei. Die höheren Anforderungen des Bundesrechts, aber auch die bestehenden Strukturen des Vormundschaftswesens, durften dabei jedoch nicht unbeachtet bleiben. Ein grundlegender Umbau war unumgänglich, an dem auch die politischen Gemeinden zu beteiligen waren. Die gesetzgeberischen Hürden sind mittlerweile überwunden, doch der Prozess ist noch nicht abgeschlossen.

Verwaltungs- statt
Gerichtsbehörden

Im Unterschied zu den heutigen Vormundschaftsbehörden sind die neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) interdisziplinär zusammengesetzte Fachbehörden. Heute sind die Vormundschaftsbehörden vorwiegend politisch gewählte

Laienbehörden (Gemeinde-/ Stadtrat). Die notwendigen Fachkompetenzen werden aus den unterstützenden Diensten (Vormundschaftssekretariate) geschöpft. Künftig muss das grundlegende Kernfachwissen jedoch in der Behörde selbst vorhanden sein.

Im Kanton St.Gallen war dabei früh klar, dass die Aufgaben

des Kindes- und Erwachsenenschutzes auch in Zukunft von Verwaltungs- und nicht von Gerichtsbehörden wahrgenommen werden. Letztere sind insbesondere in den Westschweizer Kantonen üblich. Wenige Kantone der Deutschschweiz haben mit dem Umbau des Vormundschaftswesens gleichzeitig auch die Organisation grund-

legend verändert und in den bestehenden Familiengerichten neue KESB geschaffen (z.B. Aargau, Schaffhausen). Eine gewisse Annäherung an das Gerichtsmodell findet aber auch im Kanton St.Gallen statt: Die Behördemitglieder entscheiden künftig unabhängig, ähnlich wie Richterinnen und Richter. Ihr Amt in der Fachbehörde ist zudem unvereinbar mit einer Funktion im Rat oder der Verwaltung einer politischen Gemeinde, welche die KESB bestellt hat.

Beschwerdeinstanzen sind künftig durchwegs Gerichtsbehörden (Verwaltungsrekurskommission, Kantonsgericht),

was eine Anforderung des Bundesrechts ist. Die administrative Aufsicht der KESB ist indessen im kantonalen Amt für Soziales angesiedelt.

Mit der Professionalisierung zur Regionalisierung

Der Bundesgesetzgeber überträgt den künftigen KESB rund 110 fallbezogene Aufgaben. Da künftig im Einzelfall massgeschneiderte Massnahmen möglich sind, erweitert sich der Handlungsspielraum für die Behörden damit erheblich. Dafür ist Sachverstand aus den unterschiedlichsten Dis-

ziplinen erforderlich, welche von rechtlichen, über sozialarbeiterische bis hin zu psychologischen und pädagogischen Kompetenzen reichen müssen. Die Gemeinden können diese Aufgabe in aller Regel nicht mehr alleine bewältigen, weshalb die heute 77 Vormundschaftsbehörden im Kanton St.Gallen in neun regionale KESB überführt werden. Die Regionen entsprechen nicht zwingend den bestehenden Wahlkreisen (vgl. *Abbildung 1*). Aufgrund der regionalen Unterschiede und geografischen Gegebenheiten im Kanton verfügen die neuen KESB über unterschiedlich grosse Einzugsgebiete (vgl. *Abbildung 2*). Im Jahr 2010¹ bestanden im Kanton St.Gallen über 4'600 Erwachsenenschutzmassnahmen und rund 3'000 Kindesschutzmassnahmen. Es ist somit davon auszugehen, dass bis Jahresende allein im Kanton St.Gallen gegen 8'000 Dossiers in die Aktenchränke der neuen Behörden überführt werden.

Regionale Unterschiede

Mit dem neuen Einführungs-gesetz zur Bundesgesetzgebung über das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG-KES) wird den Gemeinden die Pflicht auferlegt, die KESB in regionaler Zusammenarbeit zu bestellen. Dabei stehen den Gemeinden drei verschiedene Trägerschaftsmodelle zur Verfügung. Einerseits kann eine Gemeinde als Sitz- oder Trägergemeinde ihre KESB anderen Gemeinden zur Verfügung stellen. Andererseits stehen zwei Modelle für die Schaffung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zur Erfüllung der Aufgabe offen: der Zweckverband sowie die öffentlich-rechtliche Kindes- und Er-

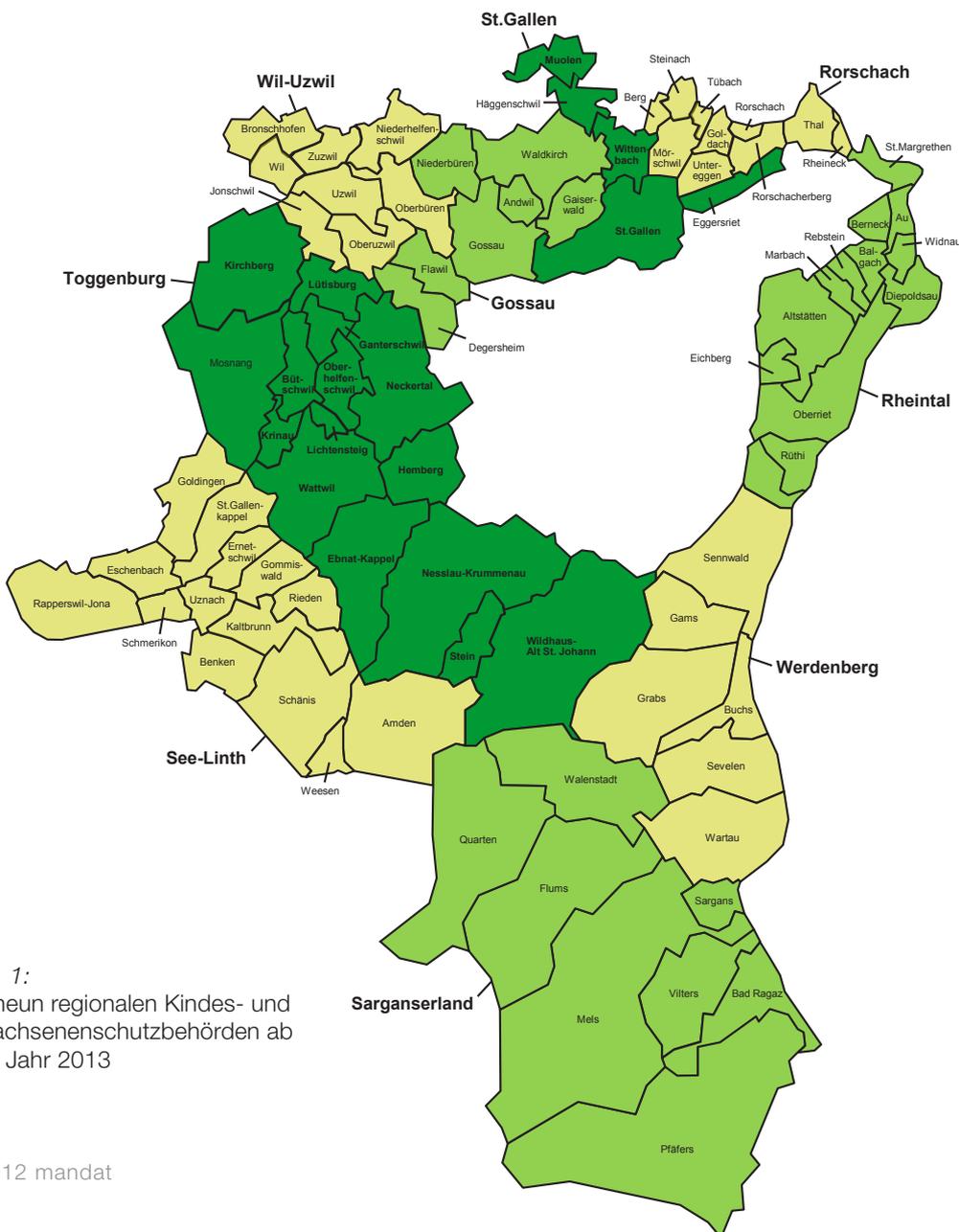


Abb. 1:
Die neun regionalen Kindes- und
Erwachsenenschutzbehörden ab
dem Jahr 2013

¹ Schweizerische Statistik der Massnahmen im Kindes- und Erwachsenenschutz 2010 (alle Kantone), in: Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE), Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES (Hrsg.), 5/2011, S. 414.

wachsenenschutzeinrichtung. Während der Zweckverband den Gemeinden bereits in der Erfüllung anderer Aufgaben bekannt ist, wurde mit der öffentlich-rechtlichen Einrichtung eine neue Trägerschaftsform eigens für den Kindes- und Erwachsenenschutz geschaffen. Kurz vor Vollzugsbeginn des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts zeigt sich nun, dass von den unterschiedlichen Trägerschaftsformen rege Gebrauch gemacht wird (vgl. Abbildung 2).

Aber auch in der Ausgestaltung der Aufgaben dieser neuen Trägerschaften zeigen sich deutliche regionale Unterschiede. Während die Region See-Linth schon vor Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts in regionaler Zusammenarbeit das Vormundchaftswesen organisierte, kommt es in anderen Regionen zu grundlegenden Anpassungen auf den 1. Januar 2013 hin. Einzelne Regionen beschränken den Umbau klar auf das Kerngeschäft der KESB, nämlich den Vollzug des neuen Rechts (z.B. Regionen Rheintal und Toggenburg). Damit verbleiben übrige Aufgaben im Sozialwesen bei den Gemeinden. Andernorts, beispielsweise in der Region Gossau, wird die Reorganisation zum Anlass genommen, die neue interkommunale Trägerschaft auch in Bezug auf andere Aufgaben einzusetzen. Der bestehende «Sozialdienst Region Gossau» wird strukturell der KESB angegliedert, womit die Abklärungs- und Betreuungsdienste in die Gesamtorganisation integriert werden. Ebenfalls soll der Bereich der (freiwilligen) Sozialberatung eingegliedert werden.

In vielen Fällen ist ebenfalls die Organisation der heutigen Amtsvormundschaften vom Umbau des Vormundchaftswesens betroffen. Künftig werden die Amtsvormundinnen und Amtsvormunde als Berufsbeiständinnen und Be-

rufsbeistände bezeichnet. Es bleibt in der Verantwortung der politischen Gemeinden, den KESB für die Mandatsführung ausreichend Berufsbeiständinnen und -beistände zur Verfügung zu stellen. Sie können dies allein oder in regionaler Zusammenarbeit bewerkstelligen. Verschiedene Regionen gliedern die Berufsbeistandschaften aber den KES-Organisationen an (z.B. Rorschach, Sarganserland, Werdenberg). Dabei bleiben die beiden Bereiche (KESB und Berufsbeistandschaften) personell getrennt. Dadurch können die KESB ihre Aufsichtsfunktion über die Mandatsträgerinnen und Mandatsträger angemessen wahrnehmen.

Alles bleibt anders

Die generellen organisatorischen Rahmenbedingungen für den Vollzug des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts sind somit geschaffen. Zentral für den Vollzug des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts sind aber nicht bloss die Organisationsstrukturen, sondern auch die interne Organisation der KESB. Dort entscheidet sich, ob namentlich die Stellvertretung ausreichend geregelt, die Fallbearbeitung richtig aufgelegt und die Mit-



Daniela Sieber, M.A. HSG
Leiterin Stab
Amt für Soziales des
Kantons St.Gallen

wirkung der im Einzelfall fachkompetenten Personen und der Betroffenen gewährleistet sind. In der Ausgestaltung der Geschäftsordnung bzw. der grundlegenden Reglemente sind die Träger der KESB im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben frei. Aufgrund der verschiedenen Trägerschaften werden voraussichtlich auch die Geschäftsordnungen unterschiedlich ausgestaltet sein. Es zeichnet sich aber bereits heute ab, dass die Regionen bestrebt sind, im Sinn eines möglichst einheitlichen Vollzugs auch gemeinsame Arbeitsinstrumente zu erarbeiten.

Nicht nur in Bezug auf die neuen Trägerschaften, auch für die verbleibenden Aufgaben der Gemeinden wird die Reduk-

² Bevölkerungsstand
31. Dezember 2011

Region	Sitz der KESB	Anzahl Einwohnerinnen und Einwohner ²	Trägerschaft
St.Gallen	St.Gallen	87'472	Sitz-/Trägergemeinde
Gossau	Gossau	46'653	Kindes- und Erwachsenenschutzeinrichtung
Rorschach	Goldach	44'578	Zweckverband
Rheintal	Lüdingen	64'935	Kindes- und Erwachsenenschutzeinrichtung
Werdenberg	Buchs	36'091	Zweckverband
Sarganserland	Sargans	38'421	Zweckverband
See-Linth	Rapperswil-Jona	63'106	Sitz-/Trägergemeinde
Toggenburg	Bütschwil	45'070	Kindes- und Erwachsenenschutzeinrichtung
Wil-Uzwil	Uzwil	56'830	Kindes- und Erwachsenenschutzeinrichtung

Abb. 2: Die regionale Umsetzung im Überblick

Die generellen organisatorischen Rahmenbedingungen für den Vollzug des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts sind geschaffen.

tion von 77 auf künftig neun regionale Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden kaum ohne Wirkung bleiben. Bisher waren in den Gemeinden die Sozialhilfe und das Vormundschaftswesen die zentralen Institutionen des öffentlichen Sozialwesens. Mit der Aufhebung der bisherigen Vormundschaftsbehörden infolge Professionalisierung und Regionalisierung des Kindes- und Erwachsenenschutzes verbleiben in kleinen Gemeinden lediglich kleine Sozialämter,

die vormals häufig zusammen mit den Vormundschaftsbehörden organisiert waren. Der Aufwand dieser kleinen Sozialämter für einen rechtmässigen Sozialhilfevollzug in dem immer komplexer werdenden Gebiet mit etlichen Schnittstellen wird unverhältnismässig gross werden. Die Frage der Regionalisierung muss sich deshalb auch in der Sozialhilfe stellen, damit die Erfüllung wirksam und wirtschaftlich erfolgt. Die Entwicklung zu regionalen Sozialhilfestellen ist umso wahrscheinlicher, weil beispielsweise auch die Beratung und Betreuung von Flüchtlingen teilweise durch professionelle

regionale Stellen wahrgenommen wird.

So kann zum aktuellen Zeitpunkt grundsätzlich nur eines mit Sicherheit festgestellt werden: Die kommunalen und kantonalen Umsetzungsverantwortlichen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts haben lange auf den 1. Januar 2013 hingearbeitet. Nun stehen wir an der Schwelle zum Inkrafttreten des neuen Rechts, welches das rund 100-jährige Vormundschaftsrecht definitiv ablösen wird. Der Umbruch, der damit eingeleitet wurde, wird aber noch lange nicht abgeschlossen sein. ■

TESTEN SIE DEN NEUEN RX 450h VOLLHYBRID.

12-140-ZN



**LEXUS
HYBRID
DRIVE**

10000.- PREMIUM OFFER*
3,9% PREMIUM LEASING*

NAVIGATIONS-PACKAGE RÜCKFAHRKAMERA 299 PS (220 kW) HEAD-UP DISPLAY 145 g/km CO₂-EMISSIONEN PARKSENSOREN VORNE/HINTEN ENERGIEEFFIZIENZ KATEGORIE B LEDERAUSSTATTUNG KOMPLETTESTE SERIENAUSSTATTUNG AB FR. 92500.-* (AB FR. 75200.- RX 450h impression) JETZT PROBE FAHREN.**

LEXUS



Emil Frey AG, Autopark Ruga St. Gallen
Molkenstrasse 3-7, 9006 St. Gallen, Telefon 071 228 64 64
www.emil-frey.ch/autopark

* Premium-Leasing- und Premium-Offen-Konditionen: gültig für Inverkehrsetzungen bis 31.12.2012. Unverbindlicher Basispreis RX 450h impression ab Fr. 85200.-, abzüglich Premium-Offen Fr. 10000.-, Nettopreis RX 450h impression ab Fr. 75200.-, Leasingrate monatlich ab Fr. 759.35 inkl. MwSt. Sonderzahlung 25% vom Nettopreis, 48 Monate, 10000 km/Jahr. Eff. Jahreszins: 3,97%. Kautions 5% des Finanzierungsbetrags. Restwert gemäss Richtlinien der Multilease AG. Volkasko obligatorisch. Eine Kreditvergabe ist verboten, falls diese zur Überschuldung des Konsumenten führt.
** Kraftstoffverbrauch gemessen nach den Vorschriften der EG-Richtlinie 715/2007/EWG. Durchschnittswert CO₂-Emission aller in der Schweiz immatrikulierten Fahrzeugmodelle: 159 g/km. Die Verbrauchsangaben in unseren Verkaufsunterlagen sind europäische Kraftstoff-Normverbrauchsangaben, die zum Vergleich der Fahrzeuge dienen. In der Praxis können diese je nach Fahrstil, Zuladung, Topographie und Jahreszeit teilweise deutlich abweichen. Wir empfehlen ausserdem den Eco-Drive-Fahrstil zur Schonung der Ressourcen.



Allgemeine Geschäftsbedingungen AGB

Im Blickwinkel des revidierten Artikels 8 UWG

Bisher kannte das Schweizer Recht kein wirksames gesetzliches Instrumentarium zur Inhaltskontrolle missbräuchlich verwendeter Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB). Am 1. Juli 2012 trat jedoch der revidierte Artikel 8 UWG (Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb) in Kraft. Aufgrund dieser revidierten Bestimmung handelt im Rahmen seiner AGB derjenige unlauter, der «allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten» vorsieht. Hierdurch wurde das griffigere Mittel der sogenannten offenen Inhaltskontrolle eingeführt.

Bisherige Regelung

Nach dem alten Artikel 8 UWG konnten die AGB lediglich dann als unlauter qualifiziert werden, wenn sie in «irreführender Weise» zum Nachteil der Vertragspartei entweder von der gesetzlichen Ordnung erheblich abwichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsahen. Der Begriff der Irreführung führte dazu, dass die Anwendung der Inhaltskontrolle in der Praxis quasi bedeutungslos blieb. Durch

besondere Hinweise auf allfällige nachteilige Bestimmungen konnte leicht sichergestellt werden, dass die AGB als nicht irreführend und folglich lauter qualifiziert wurden, dies zum Nachteil der Konsumenten.

Allgemeine Geschäftsbedingungen

Der revidierte Artikel 8 UWG bezieht sich auf AGB, ohne diese näher zu definieren. In Lehre und Rechtsprechung werden unter AGB allgemeine

Vertragsbestimmungen verstanden, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Vertragsabschlüssen im Voraus formuliert werden und so gewissermassen eine standardisierte Ordnung der Rechte und Pflichten für künftige Verträge schaffen. Irrelevant ist dabei, ob die Vertragsbestimmungen als AGB bezeichnet werden und ob die AGB von einer Partei oder einem Dritten (z.B. Kammer oder Verband) vorformuliert wurden. AGB stehe somit im Gegensatz zu Vertragsbestimmungen, welche durch die Parteien individuell ausgehandelt wurden.

Für wen gilt der Artikel 8 UWG?

Die von Artikel 8 UWG eingeführte Möglichkeit der Inhaltskontrolle von AGB gilt ausschliesslich für Konsumentenverträge (B2C). Was unter Konsumentenverträgen genau zu definieren ist, lässt das UWG offen. Eine Definition des Konsumentenvertrages findet man jedoch in Artikel 32 Abs. 2 ZPO:

«Als Konsumentenverträge gelten Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse der Konsumentin oder des Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden». Dies bedeutet, dass Artikel 8 UWG nun nicht mehr für Unternehmerverträge (B2B)

greift, sondern vielmehr nur auf die Geschäftsbeziehungen zwischen Privatpersonen und Geschäftsleuten Anwendung findet. Somit wird deutlich, dass die Vertragsbedingungen im Online-Handel praktisch immer in den Anwendungsbereich von Artikel 8 UWG fallen, wenn ein Konsumentengeschäft vorliegt. Denn eine individuelle Verhandlung von Klauseln findet beim Einkauf auf Online Shops regelmässig nicht statt.

Der Begriff des Missverhältnisses

Aufgrund des Wortlautes des revidierten Artikels 8 UWG muss gerade aufgrund der verwendeten AGB ein Missverhältnis zwischen Rechten und Pflichten zum Nachteil der Konsumenten vorliegen. Dies ist jedoch nicht die einzige Voraussetzung, denn vielmehr

muss das Missverhältnis weiterhin den Grundsatz von Treu und Glauben verletzen und es muss erheblich und ungerechtfertigt sein. Der revidierte Artikel 8 UWG enthält dazu selbst keine Anmerkungen, wann ein Missverhältnis diese Voraussetzungen erfüllt. Eine Möglichkeit wäre gewesen darauf abzustellen, welche Regelung das Gesetz vorgesehen hätte, für den Fall, dass die Parteien nichts anderes vereinbart hätten (sog. dispositives Recht). In der Schlussphase der parlamentarischen Debatte wurde der Wortlaut: «Abweichung von der gesetzlichen Ordnung» jedoch ausdrücklich gestrichen. Dies hat zur Folge, dass die gesetzliche Regelung nicht als Massstab dienen kann. Dasselbe gilt auch für den Begriff der Verletzung von Treu und Glauben, er ist gesetzlich nicht bestimmt und stellt somit eine gewisse Rechtsunsicherheit dar.

Die Möglichkeit der Inhaltskontrolle von AGB gilt ausschliesslich für Konsumentenverträge.



Für ein lebenswertes Leben spenden.

Die Stiftung Waldheim bietet Erwachsenen mit schwerer geistiger, körperlicher und psychischer Behinderung eine Heimat fürs Leben. Ihre Spende hilft uns, diese wichtige Aufgabe zu erfüllen: www.stiftung-waldheim.ch

Spendenkonto 90-18177-2



Eine Heimat für Behinderte.



Büro-Design
Printsystems
Papeterie
Druck + Copy Shop

vitra.



Pius Schäfler AG
Ringstrasse 5
CH-9201 Gossau
T 071 388 48 48
F 071 388 48 00
www.schaeflerag.ch

mehr als üblich ...

Pius Schäfler AG

EU-Recht und Schweizer Recht

Eine weitere Möglichkeit in der Bestimmung des Begriffs des Missverhältnisses besteht in der analogen Anwendung des EU-Rechtes. Der Artikel 8 UWG wurde fast identisch mit der Vorschrift des EU-Rechts in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 93/13/EWG erstellt. Auch die parlamentarischen Beratungen ergeben, dass eine Angleichung an das EU-Recht erfolgen sollte. Jedoch fehlt im Schweizer Recht die im Anhang der EU-Richtlinie enthaltene Liste mit den Klauseln, die als missbräuchlich bzw. unzulässig gelten. Aufgrund der parallelen Gesetzeslage wäre es naheliegend, wenn sich die Gerichte in der Praxis zur Konkretisierung des Missverhältnisbegriffs am EU-Recht orientiert würden. Von Meinungen aus der Literatur wird jedoch die Auffassung vertreten, dass es unzulässig sei, die Klausel der Liste im Anhang der EU-Richtlinie analog für die Schweiz anzuwenden. Aufgrund dieser noch bestehenden Unsicherheit ist jedoch Vorsicht geboten. Es besteht die Gefahr, dass bei der Benutzung der Klauseln des Anhangs der EU-Richtlinie und der Prüfung durch ein Gericht diese für unzulässig erklärt würden.

Bei den folgenden Beispielen handelt es sich um solche missbräuchlichen Klauseln aus dem Anhang zur Richtlinie 93/13/EWG, die nicht abschliessend ist:

- Wegbedingung der Haftung bei schwerem Verschulden.
- Einseitige Bindungswirkung des Vertrages.
- Automatische Verlängerung befristet geschlossener Abonnementsverträge.
- Verrechnungsverbot.
- Einseitiges Recht zur Vertragsänderung.

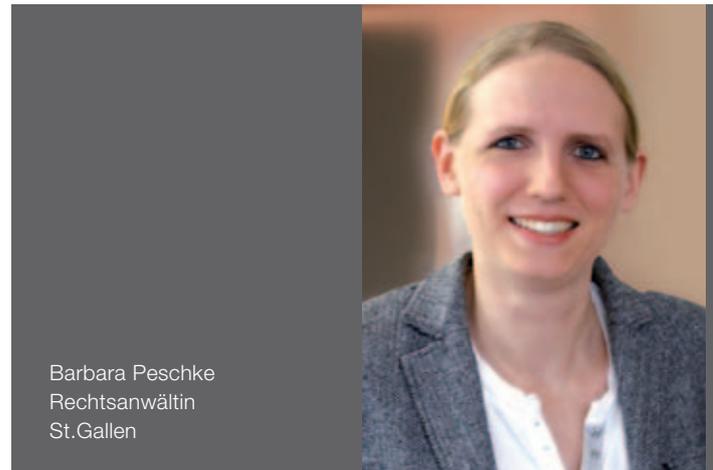
Was ist die Rechtsfolge einer Verletzung?

Auch über die Rechtsfolgen einer Verletzung macht der re-

vidierte Artikel 8 UWG selbst keine Angaben. Für die Rechtsfolge ist Artikel 20 Absatz 2 Obligationenrecht heranzuziehen, nach dem bei Verstoss einer einzelnen Klausel gegen Artikel 8 UWG die Klausel insgesamt unwirksam ist. Eine Reduktion der Klausel auf das erlaubte Mass wird mehrheitlich von Lehre und Rechtsprechung abgelehnt. Auch führt die Unwirksamkeit einer oder mehrerer Klauseln regelmässig nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages. Zudem soll es dem Verwender der AGB-Klausel ausdrücklich untersagt sein, sich darauf zu berufen, dass er den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn er von der Unwirksamkeit der missbräuchlichen Klausel gewusst hätte. Letztendlich bleibt es dem Konsumenten unbenommen, im Falle einer missbräuchlichen Klausel eine Schadensersatzforderung nach Artikel 9 Absatz 3 UWG gegenüber dem Unternehmer gelten zu machen.

Kritische Betrachtung des revidierten Artikels 8 UWG

Im Rahmen der Revision gab es grosse Meinungsverschiedenheiten, aufgrund derer die letztendlich verabschiedete Fassung eine Kompromisslösung darstellt. Durch die Revidierung ist nunmehr der hinderliche Tatbestand der Irreführung weggefallen, was nunmehr eine offene Inhaltskontrolle von AGB ermöglicht. Dies ist eine positive Wende. Leider wurde aufgrund der Beschränkung der Inhaltskontrolle auf Konsumentenverträge den kleineren und mittleren Unternehmen der gesetzliche Schutz versagt. Da gerade diese oft nicht in der Lage sind, sich gegen die auferlegten AGB grosser Lieferanten und Grossabnehmer durchzusetzen, ist ihre Interessenlage vergleichbar mit derjenigen von Konsumentinnen und Konsumenten. Ein Einbezug der klein- und



Barbara Peschke
Rechtsanwältin
St.Gallen

mittelständischen Unternehmen in die Gesetzesänderung wäre somit zu befürworten gewesen.

Konsumentenschutz

Aufgrund des Artikels 10 Absatz 2 lit. b UWG haben Berufs-, Wirtschaftsverbände und Konsumentenschutzorganisationen nunmehr das Recht, AGB-Klauseln einer gerichtlichen Inhaltskontrolle unterziehen zu lassen, und zwar unabhängig von der Klage eines einzelnen Konsumenten.

Vor diesem Hintergrund sollten Unternehmen, die Waren und Dienstleistungen an Konsumentinnen und Konsumenten verkaufen, überprüfen, ob ihre AGB den höheren Anforderungen des neuen Art. 8 UWG noch standhalten. Dies vor allen Dingen dann, wenn man seine Waren oder Dienstleistungen auch auf dem europäischen Markt anbietet.

Die Überarbeitung seiner AGB zugunsten der Konsumentinnen und Konsumenten sollte der Unternehmer jedoch nicht nur als Kostenfaktor ansehen, sondern als Chance nutzen. Lautere und transparente Geschäftspraktiken sind Voraussetzung für eine gut funktionierende Marktwirtschaft. ■

Wirtschaftsverbände und Konsumentenschutzorganisationen haben nunmehr das Recht, AGB-Klauseln einer gerichtlichen Inhaltskontrolle unterziehen zu lassen.



Das Unternehmer-Testament

Ein Unternehmer-Testament ist nicht als solches in einem Schweizerischen Rechtserlass geregelt; die Schweiz kennt kein eigentliches Unternehmenserbrecht. Vielmehr ist unter einem Unternehmer-Testament ein ganzer Katalog von unternehmerischen und rechtlichen Massnahmen zu verstehen, die ein Unternehmer zu ergreifen hat, um die Nachfolge seiner Unternehmung und das Schicksal des übrigen Nachlasses zu regeln. Denn während für die meisten Menschen bei einer Testamentserrichtung allein die finanzielle Versorgung ihrer Familienangehörigen im Vordergrund steht, ist ein Unternehmer zusätzlich seinem Unternehmen verpflichtet.

Auslegeordnung

Im Unterschied zu Kapital- und Immobilienvermögen, das die Erben lediglich verwalten müssen, bedarf ein durch Erbgang übertragenes Unternehmen weiterhin einer qualifizierten Führung. Es gehört daher zur wichtigsten Pflicht eines Unternehmers, die Nachfolgeplanung rechtzeitig anzugehen und diese komplexe Aufgabe zum Wohle der Unternehmung umzusetzen. Weil wir alle nicht wissen, wann unser letztes Stündchen schlägt, kann damit

nicht bis kurz vor der Pensionierung oder gar weit darüber hinaus zugewartet werden. Denn die gesetzliche Erbfolge nach Schweizer Recht ist für die Unternehmensnachfolge in den allermeisten Konstellationen nicht geeignet, den Bestand eines Unternehmens langfristig zu sichern. Dennoch ist sehr häufig festzustellen, dass Unternehmer ihre Nachfolgeregelung lange vor sich herschieben, nicht zuletzt deshalb, weil ein Unternehmer-Testament eine recht komplexe Angelegenheit darstellt.

Der verantwortungsbewusste Unternehmer zeichnet sich dadurch aus, dass er sowohl in der Unternehmung als auch privat die erforderlichen Massnahmen trifft, damit auch ein unverhofft früher Tod oder eine Handlungsunfähigkeit das Unternehmen nicht unnötig erschüttern oder gar gefährden.

Zum Unternehmer-Testament gehört **ein ganzer Strauss von Massnahmen**, die einen möglichst geregelten Übergang gewährleisten; dabei sind

je nach unternehmerischer und familiärer Konstellation einzelne der folgenden Vorkehrungen zu treffen:

Handlungsfähigkeit sicherstellen

Nicht nur im Todesfall, sondern auch bei Eintritt einer Handlungsunfähigkeit (z.B. der Unternehmer verunfallt und liegt im Koma) sind organisatorische Vorkehrungen zu treffen. Solche Massnahmen sollten unabhängig vom eigentlichen «Testament» ergriffen werden, zumal ja bei Handlungsunfähigkeit testamentarische Anordnungen noch gar keine Wirkung entfalten können, denn diese setzen den Eintritt des Todes voraus. Vorzusehen sind insbesondere eine geeignete Ausgestaltung des Organisationsreglements, operative Stellvertretungsregelungen, ausreichende Zeichnungs- bzw. Verwaltungsratsmitglieder (Kollektivunterschrift zu zweien), Zweitunterschriften auf Bankkonten, etc..

Vorsorgeauftrag (gemäss Art. 360 ff. revZGB)

Der im neuen Erwachsenenschutzrecht eingeführte Vorsorgeauftrag ermöglicht es dem Unternehmer, eine Vertrauensperson einzusetzen, die im Falle einer Urteilsunfähigkeit seine Vermögenssorge übernimmt oder ihn im Rechtsverkehr vertritt. Zu beachten sind die Wahl einer geeigneten Person, eine sorgfältige Formulierung des zu erfüllenden, konkret zu definierenden Auftrags und die Beachtung der Formvorschriften (eigenhändig oder öffentliche Beurkundung).

Ehevertrag/Güterrechtliche Regelungen

Verheiratete Unternehmer können durch Wahl des passenden Güterstandes und durch ge-

eignete ehevertragliche Vereinbarungen erheblichen Einfluss nehmen auf das Schicksal der Unternehmensanteile im Falle einer Scheidung, aber auch im Falle des Todes. Überraschende Bedeutung kommt insbesondere der Bestimmung von Art. 199 ZGB zu, wonach Vermögenswerte, die das Unternehmen verkörpern, zu Eigengut erklärt werden können. Zu beachten ist, dass Eheverträge der öffentlichen Beurkundung bedürfen.

Verfügung von Todes wegen

Ein zentrales Element (aber eben keineswegs das einzige) im Rahmen eines Unternehmer-Testamentes ist eine massgeschneiderte Verfügung von Todes wegen in Form eines Testamentes, einer öffentlichen letztwilligen Verfügung oder eines Erbvertrages. Unterlässt es der Unternehmer, rechtzeitig eine letztwillige Verfügung zu treffen, tritt die gesetzliche Erbfolge ein: Dies bedeutet, dass die Unternehmung ohne weiteres in die Hände einer Erbengemeinschaft fällt, die nur einstimmig handeln kann. Pattsituationen und Blockaden können so ein Unternehmen ernsthaft gefährden. Mit einer geeigneten letztwilligen Verfügung, in welcher konkrete Anordnungen über das Schicksal der Unternehmensanteile getroffen werden, kann dies wirksam verhindert werden. Der richtig gewählten Form der letztwilligen Verfügung kann entscheidende Bedeutung zukommen: Mit einem **Testament** kann der Unternehmer einseitige letztwillige Verfügungen treffen und diese auch jederzeit wieder ändern und aufheben. Gleiches gilt grundsätzlich auch für die **öffentliche letztwillige Verfügung**, welche überdies den Vorteil aufweist, dass die Anfechtungsgefahr wegen Formmangels oder wegen beeinträchtigter Urteilsfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung ge-

genüber dem eigenhändigen Testament massiv reduziert wird; die öffentliche letztwillige Verfügung bedarf der öffentlichen Beurkundung und wird



geschlossen beim Amtsnotariat hinterlegt, wodurch - im Unterschied zum eigenhändigen Testament - sichergestellt ist, dass die Verfügung im Todesfall eröffnet wird (während ein im Schreibtisch deponiertes Testament vielleicht gar nicht gefunden oder gar vorenthalten werden könnte, falls sich der Finder durch die getroffenen Anordnungen benachteiligt fühlt und das Testament deshalb verschwinden lassen könnte). Der **Erbvertrag** ermöglicht es dem Unternehmer, mit einem oder mehreren Vertragspartnern (Ehegatte, Nachkommen, etc.) verbindliche Vereinbarungen für den Todesfall zu treffen, die allenfalls mit einem (teilweisen) Erbverzicht eines Erben kombiniert werden können. Als zweiseitige Vereinbarung kann ein Erbvertrag allerdings nur mit Zustimmung der Vertragspartner aufgehoben oder abgeändert werden, bindet aber gleichzeitig auch die Vertragspartner. Der Erbvertrag ist ebenfalls öffentlich zu beurkunden und zu hinterlegen.

Vermögenswerte, die das Unternehmen verkörpern, können zu Eigengut erklärt werden.

Pflichtteile beachten

Die Verfügungsfreiheit jedes Erblassers ist durch die gesetzlichen Pflichtteile eingeschränkt. Diese sind in der Schweiz vergleichsweise gross



lic. iur.
Matthias Schmid
Rechtsanwalt
St.Gallen

(für Ehegatten die Hälfte, für Nachkommen drei Viertel des gesetzlichen Erbteils). Gerade bei Unternehmern stellt sich sehr oft das Problem, dass das Unternehmen den überwiegenden Vermögenswert ausmacht und eine ungeteilte Zuweisung an einen einzelnen Erben bewirken würde, dass die verbleibenden Vermögenswerte nicht ausreichen, um die Pflichtteile der übrigen Erben abzudecken. Das Pflichtteilsrecht lässt sich im Übrigen auch mit lebzeitigen Schenkungen nicht aushebeln! Dennoch existieren diverse Instrumente, die eine vernünftige Unternehmensnachfolge im Erbgang ermöglichen, ohne die Pflichtteilsrechte der Erben zu beschneiden.

Nachfolger festlegen

Eine der delikatesten Aufgaben eines Unternehmers ist es, einen geeigneten, fähigen Nachfolger zu suchen, sei es familienintern, oder aber in einer aussenstehenden natürlichen oder juristischen Person.

Zeichnet sich eine familieninterne Nachfolge nicht ab, und steht eine externe Nachfolge noch nicht fest, kann auch eine Anordnung getroffen werden, die Unternehmung an einen

geeigneten Erwerber zu veräussern, wodurch der (problemlos teilbare) Veräusserungserlös in die Erbmasse fällt. Die Übertragung der eigentlichen

Unternehmensleitung an einen konkreten Erben (im Sinne einer Auflage) ist ohne Verletzung von Pflichtteilen möglich, da eine Leitungsfunktion im Unternehmen nicht Bestandteil der Erbmasse bildet und deshalb einem Erben übertragen werden kann, ohne dadurch die Pflichtteile der übrigen Erben zu tangieren.

Passendes Rechtskleid der Unternehmung

Im Hinblick auf eine Nachfolgeregelung ist es ratsam, der Unternehmung ein passendes Rechtskleid zu verschaffen. Eine Einzelfirma wird allenfalls mit Vorteil in eine AG oder in eine GmbH überführt; Privat- und Geschäftsvermögen sind weitest möglich zu entflechten. Sodann kann es sinnvoll sein, eine Aufspaltung der Unternehmung vorzunehmen, damit mehrere fähige Erben je einen autonomen Teil des Unternehmens erben können.

Anpassung der Kapitalstruktur

Durch Schaffung von Stimmrechtsaktien oder Partizipationsscheinen in der Unternehmung, verbunden mit entsprechenden Teilungsvorschriften im Rahmen der letztwilligen Verfügung, kann erreicht werden, dass ein fähiger Erbe zwar die Stimmenmehrheit (und somit die wesentliche Kontrolle über die Unternehmung) übernehmen kann, ohne kapitalmässig gegenüber den übrigen Erben bevorteilt zu sein; auf diese Weise lassen sich Pflichtteilsverletzungen vermeiden.

Aktionärbindungsvertrag

Wenn Aktien im Rahmen einer Nachfolgeregelung an mehrere Parteien übergehen, ist es sinnvoll, einen massgeschneiderten Aktionärbindungsvertrag aufzusetzen, um eine Unternehmung langfristig in der

Familie halten zu können. Im Aktionärbindungsvertrag sind unter anderem Kaufs- und Vorkaufsrechte sowie weitere Übertragungsbeschränkungen, Preisfestlegungen, die Besetzung der Organe, Informationspflichten, die Gewinnverwendung, etc. zu regeln.

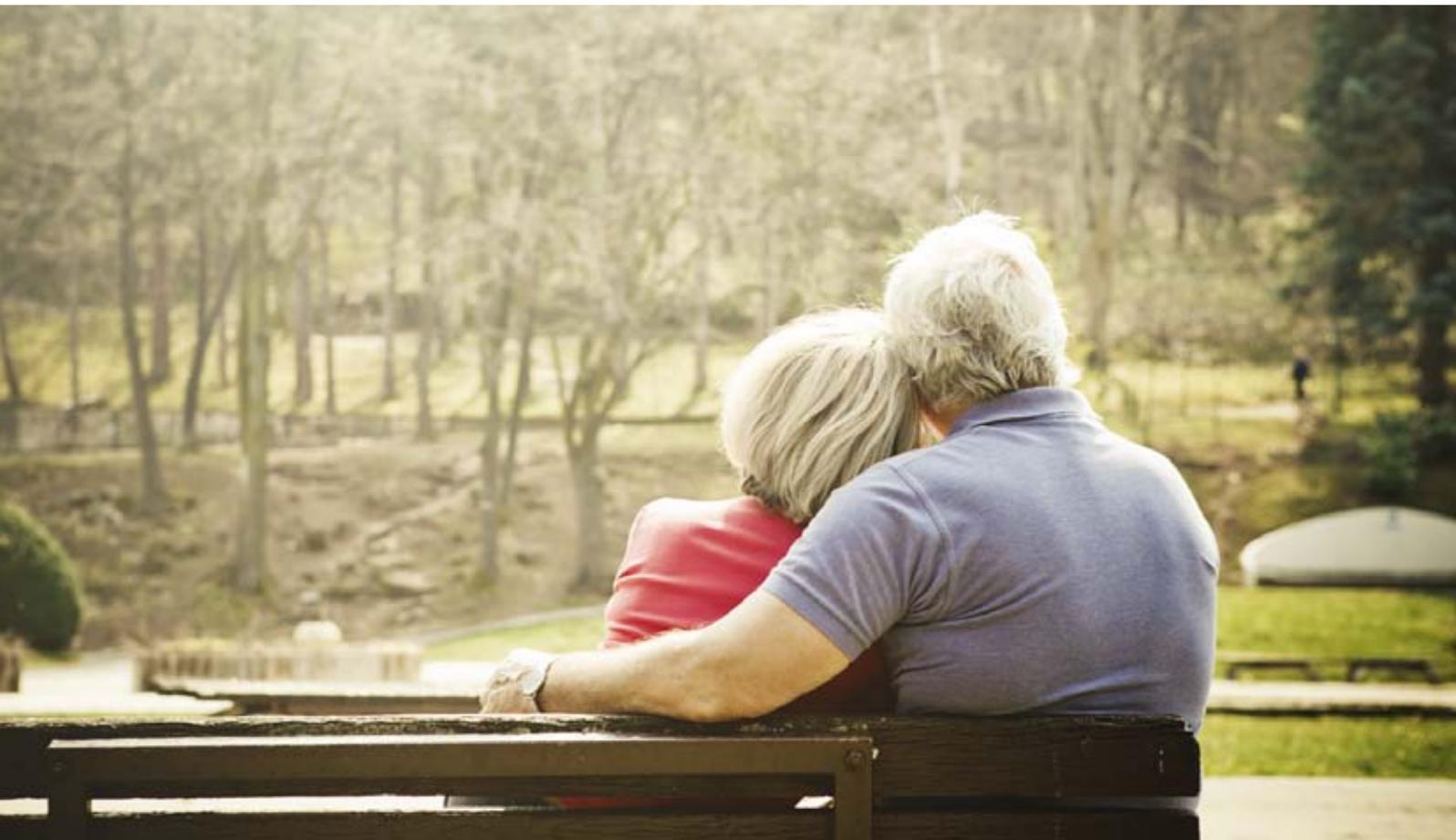
Willensvollstrecker einsetzen

Befindet sich eine Unternehmung in der Erbmasse, ist die Einsetzung eines Willensvollstreckers dringend zu empfehlen. Dieser kann nicht nur sicherstellen, dass der Nachlass gemäss den Anordnungen und Vorgaben des verstorbenen Unternehmers abgewickelt wird; er kann insbesondere auch dafür sorgen, dass viele dringende Entscheidungen gefällt werden können, während in einer Erbengemeinschaft wegen des Einstimmigkeitserfordernisses sehr häufig Pattsituationen und Blockaden eintreten, weil ein einziger Erbe mit abweichender Meinung erforderliche Entscheidungen verhindern kann. Der Willensvollstrecker soll nach Möglichkeit die Unternehmung kennen, ohne selbst daran beteiligt zu sein; darüber hinaus ist es von Vorteil, wenn er mit Nachlassabwicklungen vertraut ist.

Fazit

Das Errichten eines Unternehmer-Testamentes ist anspruchsvoll und umfasst diverse Massnahmen, die gut aufeinander abgestimmt sein müssen, weil sie gegenseitig voneinander abhängig sind. Ein Unternehmer-Testament sollte überdies kontinuierlich der aktuellen Situation in Familie und Unternehmung angepasst werden. Für den Fortbestand einer Unternehmung ist es allerdings unentbehrlich. Der verantwortungsbewusste Unternehmer nimmt diese zentrale Führungsaufgabe frühzeitig an die Hand. ■

Das Pflichtteilsrecht lässt sich auch mit lebzeitigen Schenkungen nicht aushebeln!



Der Vorsorgeauftrag

Der mit der Revision des Vormundschaftsrechts gesetzlich geregelte Vorsorgeauftrag dient der Selbstbestimmung. Mit einem rechtzeitig erteilten Vorsorgeauftrag können Menschen für den Fall der eigenen späteren Urteilsunfähigkeit ihren Willen festhalten und selber bestimmen, wer mit persönlichen Entscheiden betraut werden soll.

Ein Beispiel

Der 80-jährige Herr X. aus St.Gallen erleidet einen Schlaganfall. Nach dem Spitalaufenthalt hat sich der Alltag von Herrn X stark verändert. Er vergisst immer wieder Arzttermine, kann Situationen nicht mehr richtig einschätzen und den eigenen Willen nicht mehr adäquat ausdrücken. Dies hat Konsequenzen auf viele Fragen, wie die medizinische Behandlung und pflegerische Betreuung, aber auch die Finanzierung der Pflege und des Lebensunterhalts und die rechtliche Auseinandersetzung mit der Krankenkasse. Die Erwachsenenschutzbehörde beabsichtigt deshalb die Anordnung einer Vertretungsbeistandschaft. Zwischen den Verwandten von Herrn

X. kommt es zum Streit darüber, wer diese Beistandschaft übernehmen soll und wie das Vermögen im Einzelnen zu verwalten sei. Sie empfinden dies als «Familienangelegenheit» und lehnen Interventionen der Behörde ab. Diese ernannt gegen den Willen des urteilsunfähigen Herrn X einen Beistand.

Mit einem Vorsorgeauftrag hätte Herr X. eine geeignete Vertrauensperson ernennen und Streitigkeiten hätten vermieden werden können.

Weshalb ein Vorsorgeauftrag?

Der Anteil an betagten Personen nimmt jährlich zu und die Lebenserwartung steigt. Es erstaunt daher nicht, dass

dem Ableben vermehrt ein längerer Zeitraum vorausgeht, in welcher Personen nicht mehr in der Lage sind, ihre (persönlichen, finanziellen und rechtlichen) Angelegenheiten selbst zu erledigen, da sie vorübergehend oder dauernd nicht mehr urteilsfähig sind.

Der Vorsorgeauftrag gibt einem die Möglichkeit, eine im Voraus bestimmte Vertrauensperson beizuziehen und/oder heute selber zu entscheiden, was später im Falle seiner eigenen Urteilsunfähigkeit geschehen soll. Damit können unter anderem behördliche Eingriffe in die eigene «Privatsphäre», wie z.B. eine Beistandschaft, vermieden werden. Ein eigener Vorsorgeauftrag geht behördlichen Anordnungen vor bzw. kann diese ersetzen.

Der Vorsorgeauftrag ist von der sogenannten «gewillkürten Vollmacht» zu unterscheiden, welche ausdrücklich bestimmen kann, dass sie auch nach Verlust der Handlungsfähigkeit



wirksam bleiben soll. Entsprechende Formulierungen finden sich regelmässig in Formularvollmachten zur Verfügung über Bank- und Postkonti. Im Gegensatz zu einer solchen «gewillkürten Stellvertretung»

Es empfiehlt sich, den Vorsorgeauftrag beispielsweise alle fünf Jahre zu prüfen und nötigenfalls zu überarbeiten.

bietet der Vorsorgeauftrag aber einige entscheidende Vorteile. Zum einen tritt die Wirkung des Vorsorgeauftrages erst mit der Urteilsunfähigkeit ein. Zum anderen hilft eine «gewillkürte Stellvertretung» dort nicht weiter, wo es um die Vertretung in sogenannt «höchstpersönlichen Rechten» geht. «Höchstpersönliche Rechte» sind beispielsweise die Zustimmung zu medizinischen Eingriffen oder zur Unterbringung in einem Pflegeheim. Es empfiehlt sich daher, bereits bestehende «gewillkürte Vollmachten», die z.B. aufgrund der erwähnten

Formularklauseln über die eigene Urteilsunfähigkeit hinaus gelten, regelmässig zu überprüfen. Dies sollte spätestens geschehen, bevor ein Vorsorgeauftrag erstellt wird.

Was kann Inhalt eines Vorsorgeauftrages sein?

Die Aufgaben, die mit einem Vorsorgeauftrag übertragen

werden können, lassen sich in drei Kategorien unterteilen:

a) *Personensorge:*

Die Aufgabe des Vorsorgebeauftragten besteht darin, sich dafür einzusetzen, dass der Schwächezustand des Auftraggebers gelindert und gegebenenfalls eine weitere Verschlechterung vermieden wird. Es geht also vor allem um Aufgaben in Bezug auf die alltägliche Betreuung und Begleitung. Hierzu zählen auch Entschiede über die Unterbringung in einem Pflegeheim sowie über medizinische Massnahmen. Hier kann der Vorsorgeauftrag auch Elemente einer Patientenverfügung aufnehmen. Das Gesetz lässt dies allerdings nur dann zu, wenn es sich bei der beauftragten Person um eine natürliche handelt.

b) *Vermögenssorge:*

Die Aufgabe zielt auf die sachgerechte Verwaltung des Vermögens ab.

c) *Vertretung im Rechtsverkehr:*

Die Aufgabe des Vorsorgeberechtigten zielt auf die Vertretung des Auftraggebers im Rechtsverkehr, also namentlich gegenüber Behörden und Gerichten, ab.

Die genannten Kategorien können in einem Vorsorgeauftrag beliebig miteinander kombiniert sowie mit Weisungen, Auflagen oder Verboten verbunden werden.

In jedem Fall muss im Vorsorgeauftrag aber zum Ausdruck kommen, dass er für den Fall und mit Wirkung ab Eintritt der eigenen Urteilsunfähigkeit erteilt wird. Ausserdem müssen der oder die Aufgabenbereiche zumindest in genereller Weise genannt werden.

Verschiedentlich wird empfohlen, die übertragenen Aufgaben möglichst genau zu umschreiben und konkrete

Weisungen, Auflagen oder Verbote zu erteilen, um damit eine für sich selber massgeschneiderte Vorsorge zu treffen, die den eigenen Vorstellungen grösstmöglich entspricht.

Eine allzu genaue Umschreibung birgt allerdings auch Risiken. Häufig dürfte schwer vorhersehbar sein, wann ein Vorsorgeauftrag überhaupt zum Tragen kommt. Möglicherweise haben sich die persönlichen Verhältnisse oder die wissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse bis dahin verändert. Ein allzu detailliert umschriebener Vorsorgeauftrag passt auf eine solch veränderte Situation allenfalls nicht mehr. Es empfiehlt sich daher, den Vorsorgeauftrag beispielsweise alle fünf Jahre zu prüfen und nötigenfalls zu überarbeiten.

Ein zu wenig klar formulierter Vorsorgeauftrag kann durch die Erwachsenenschutzbehörde durch Auslegung präzisiert werden. In Nebenpunkten ist gar eine Ergänzung durch die Erwachsenenschutzbehörde möglich.

Wer kann einen Vorsorgeauftrag errichten?

Einen Vorsorgeauftrag kann jedermann errichten, der handlungsfähig ist. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber im Zeitpunkt der Errichtung des Vorsorgeauftrages volljährig und urteilsfähig sein muss. Er darf nicht bereits unter einer umfassenden Beistandschaft stehen.

Wen kann man beauftragen?

Mit dem Vorsorgeauftrag kann jedermann beauftragt werden, und zwar sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person. Um später die notwendigen Handlungen vornehmen zu können, muss die Person ihrerseits voll handlungsfähig sein. In der Praxis dürften regelmässig Vertrauensperso-

nen wie Familienmitglieder, nahestehende Freunde, gegebenenfalls auch Treuhänder oder Rechtsanwälte als Beauftragte eingesetzt werden.

Ein Ehegatte hat bei Urteilsunfähigkeit des anderen auch ohne Vorsorgeauftrag von Gesetzes wegen eine Vertretungsbefugnis. Diese kann mittels Vorsorgeauftrag eingeschränkt oder erweitert werden.

Es ist auch möglich, mehrere Personen mit der Vorsorge zu betrauen. So ist es beispielsweise denkbar, eine persönliche Vertrauensperson mit der Personensorge zu betrauen, während eine professionelle natürliche oder juristische Person mit der Vermögenssorge und Rechtsvertretung beauftragt wird.

Die vorsorgebeauftragte Person kann einen Auftrag ohne Angabe von Gründen ablehnen. Für diesen Fall können Ersatzpersonen eingesetzt werden. Dennoch empfiehlt es sich, den Vorsorgeauftrag mit dem Beauftragen vorgängig abzusprechen.

Die Regelung von Spesen und die Entschädigung der beauftragten Person kann bereits im Vorsorgeauftrag festgelegt werden. Enthält der Vorsorgeauftrag keine entsprechenden Anordnungen, kann die Erwachsenenschutzbehörde eine angemessene Entschädigung festlegen.

Wie wird ein Vorsorgeauftrag errichtet?

Der Vorsorgeauftrag ist entweder eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden.

Soll der Vorsorgeauftrag eigenhändig errichtet werden, so ist er von der auftraggebenden Person von Anfang bis Ende von Hand niederzuschreiben, zu datieren und zu unterzeichnen. Die öffentliche Beurkundung erfolgt vor einem Notar gemäss dem jeweiligen kantonalen Beurkundungsverfahren.

Sodann kann der Vorsorgeauftrag beim Zivilstandsamt registriert werden. Dies dürfte vor allem dann bedeutsam sein, wenn die als Vorsorgeauftrag erstellte Urkunde nicht vom Vorsorgebeauftragten zur Auf-

bewahrung entgegen genommen wird.

Für Personen, welche ihren Vorsorgeauftrag mit integrierter Patientenverfügung registrieren lassen wollen, empfiehlt es sich, das Vorhandensein eigener Anordnungen bezüglich medizinischer Massnahmen zusätzlich zur zivilstandsamtlichen Registrierung auch auf der Versichertenkarte der Krankenkasse eintragen zu lassen. Auf diese Weise erhalten Ärztinnen und Ärzte von der Patientenverfügung rascher Kenntnis, selbst wenn die Patientenverfügung (formell) in einen Vorsorgeauftrag integriert wird. Dies verhilft der Verfügung letztlich zu einer besseren Durchsetzung.

Ist ein Vorsorgeauftrag widerrufbar bzw. kündbar?

Die auftraggebende Person kann ihren Vorsorgeauftrag jederzeit widerrufen, solange sie urteilsfähig ist. Für den Widerruf

Ein Vorsorgeauftrag eignet sich für jede Person, die selber festlegen möchte, was im Fall ihrer eigenen späteren Urteilsunfähigkeit geschehen soll.





MLaw Denise Wüst
Rechtsanwältin
St. Gallen



Dr. iur. Mattias Dolder
Rechtsanwalt
St. Gallen

gelten grundsätzlich dieselben Formvorschriften wie für die Errichtung des Vorsorgeauftrages. Am einfachsten kann ein Vorsorgeauftrag aber durch die Vernichtung der entsprechenden Urkunde widerrufen werden. Es ist allerdings darauf zu achten, dass sämtliche Exemplare vernichtet werden.

Ein Vorsorgeauftrag kann nicht nur vom Auftraggeber widerrufen werden. Auch der Beauftragte kann diesen beenden. Dies geschieht durch eine Kündigung. Diese kann jederzeit unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist erfolgen und ist schriftlich an die Erwachsenenschutzbehörde zu richten. Aus wichtigen Gründen kann der Auftrag fristlos gekündigt werden.

Was passiert, wenn jemand urteilsunfähig wird?

Die Person, welche die Originalurkunde des Vorsorgeauftrages aufbewahrt, hat diese der Erwachsenenschutzbehörde vorzulegen, sobald sie die auftraggebende Person für urteilsunfähig hält.

Erfährt die Erwachsenenschutzbehörde davon, dass jemand urteilsunfähig geworden ist, und ist ihr nicht bekannt, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt, so erkundigt sie sich beim Zivilstandsamt.

Liegt ein Vorsorgeauftrag vor, dann prüft die Erwachsenenschutzbehörde, ob der Auftrag gültig errichtet worden ist, ob die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind (also namentlich, ob die auftraggebende Person urteilsunfähig geworden ist), ob die beauftragte Person für ihre Aufgabe geeignet ist und ob weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes erforderlich sind. Ist der Vorsorgeauftrag gültig und wirksam, so erlässt die Erwachsenenschutzbehörde einen sogenannten Validierungsentscheid. Der Entscheid kann dem Beauftragten gegenüber Dritten als Urkunde zum Nachweis seiner Befugnisse dienen.

Schliesslich gehört es auch zur Aufgabe der Erwachsenenschutzbehörde, einzuschreiten, wenn die Interessen der auftraggebenden Person gefährdet sind. Die Erwachsenenschutzbehörde kann der beauftragten Person namentlich Weisungen erteilen und ihr Befugnisse teilweise oder ganz entziehen.

Fazit

Ein Vorsorgeauftrag eignet sich für jede Person, die selber festlegen möchte, was im Falle ihrer eigenen späteren Urteilsunfähigkeit geschehen soll.

Besondere Beachtung sollte man in jedem Fall folgenden Punkten schenken:

a) *Frühzeitig vorsorgen:*

Vorsorgeaufträge sind zu errichten, solange man dazu in der Lage ist.

b) *Sorgfältig vorsorgen:*

Die beauftragte Person ist sorgfältig auszuwählen. Wer soll die Verwaltung des Vermögens übernehmen? Wer soll für einen über medizinische Massnahmen entscheiden? Um Missverständnissen vorzubeugen, empfiehlt es sich sodann, vorgängig die Entschädigung des Beauftragten mit diesem abzusprechen. Welche Anweisungen und Aufgaben sollen im Vorsorgeauftrag geregelt werden? Wie detailliert sind beispielsweise Anlagestrategien bei der Vermögensverwaltung zu umschreiben? Welche Ersatzanordnungen sind zu treffen, für den Fall, dass der Vorsorgebeauftragte den Auftrag aus welchen Gründen auch immer nicht annimmt oder annehmen kann?

Auch wenn der Vorsorgeauftrag verhältnismässig einfach errichtet werden kann, empfiehlt sich eine vorgängige fachkundige Beratung, damit verschiedenen Möglichkeiten, die das Gesetz einem bietet, optimal ausgeschöpft werden können. ■

IMPRESSUM

Herausgeber

St.Gallischer Anwaltsverband SGAV
Postfach 1829, 9001 St.Gallen
tel. 071 227 10 20
info@anwaltsverbandsg.ch
www.anwaltsverbandsg.ch

Redaktion

PR-Kommission
St.Gallischer Anwaltsverband SGAV

Redaktionelle Betreuung

Ueli Habersaat
Habersaat Public Relations H.P.R.
Pestalozzistrasse 5, 9400 Rorschach
tel. 071 845 59 90
info@hapr.ch

Inserateverwaltung

MetroComm AG
Zürcherstrasse 170, 9014 St.Gallen
tel. 071 272 80 50
info@metrocomm.ch
www.metrocomm.ch

Layout/Druck

Schmid-Fehr AG
9403 Goldach

Erscheinungsweise

2x pro Jahr

Auflage

3'100 Exemplare

Haftungsausschluss

Der St.Gallische Anwaltsverband übernimmt keinerlei Gewähr für Aktualität, Korrektheit, Vollständigkeit und Qualität der bereitgestellten Informationen.

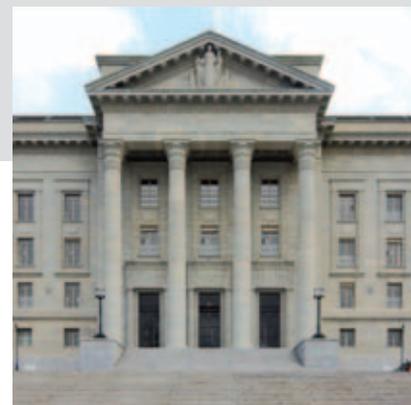
Aus dem Bundesgericht

Geständnis ohne Anwalt – Urteil aufgehoben

Das Luzerner Obergericht hatte den Mann im Juli 2011 wegen versuchter Erpressung und Ausweissfälschung zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 16 Monaten verurteilt. Seinen Schuldspruch stützte das Gericht unter anderem auf ein Geständnis, das er 2008 gegenüber der Polizei gemacht, später aber widerrufen hatte.

Der Betroffene war im Januar 2008 verhaftet worden. Beim Haftprüfungstermin wurde er auf sein Recht hingewiesen, einen Anwalt beiziehen zu dürfen. Er ersuchte in der Folge um einen amtlichen Verteidiger und im Protokoll wurde vermerkt, dass ein Rechtsanwalt aufzubieten sei. An den folgenden zwei Tagen wurde er von der Polizei einvernommen, ohne dass ihm bereits ein Verteidiger zur Seite gestellt worden wäre. Bei der Befragung gestand er die versuchte Erpressung ein.

Das Bundesgericht hat die Beschwerde des Mannes nun gutgeheissen



und die Sache zu neuem Entscheid ans Obergericht zurückgeschickt. Gemäss dem Urteil ist sein Recht auf ein faires Verfahren verletzt worden, wie es von der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) garantiert wird. Dass sich der Mann auf die polizeiliche Befragung eingelassen hat, bedeutet laut Bundesgericht nicht, dass er auch auf seine Verteidigungsrechte verzichtet hätte. Davon könnte laut Gericht gemäss der Rechtsprechung zur EMRK nur ausgegangen werden, wenn eine beschuldigte Person die polizeiliche Einvernahme trotz fehlendem Anwalt aus eigener Initiative weiter führt. Das sei hier nicht der Fall. Der Betroffene habe nach entsprechender Belehrung klarerweise um rechtlichen Beistand ersucht. Die Bestellung eines amtlichen Verteidigers sei ihm auch zugesichert worden. Es könne nicht die Rede davon sein, dass er die Folgen seines Verhaltens vorausgesehen hätte.

BGE 6B_725/2011 vom 26. Juni 2012

«ALLES WAS RECHT IST»

gesammelt von RA Bruno A. Hubatka

■ Schreiben eines Rechtsanwalts an das Kreisgericht: «Zunächst bedanke ich mich für die freundlicher Weise zubilligte Fristerstreckung bis zum 25. August 2012. Leider komme ich aufgrund enormer Pendenzenlast und einer unverhofften, mehrtägigen Reise zu einem Klienten ins Ausland nicht umhin, mir die Frist zur Einreichung der Klageantwort letztmals um 30 Tage zu erstrecken.»

- Richter zum Angeklagten: «Sie können gegen das Urteil Einspruch erheben oder darauf verzichten.» – «Dann verzichte ich lieber, Herr Richter!»
- Richter zum Angeklagten: «Sie sind ja schon mehr als einmal vorbestraft!» – «Ja, aber auch schon mehr als einmal freigesprochen worden!»
- Richter zum Landstreicher: «Der Kläger behauptet, Sie hätten ihn auf offener Strasse überfallen.» – «Mo-

ment, ich habe ihn lediglich um ein Darlehen gebeten.» – «Mit vorgehaltener Pistole?» – «Die wollte ich ihm als Sicherheit anbieten!»

- Richter zum Zeugen: «Wie weit waren Sie von der Unfallstelle entfernt?» – «17,37 Meter.» – «Wieso können Sie das so exakt angeben?» – «Ich habe sofort nachgemessen, weil ich dachte, irgend so ein Idiot wird mich sicher danach fragen!»

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

Der neue Audi RS 4 Avant.



Die Performance des Audi RS 4 Avant ist unmissverständlich. Ein Druck auf das Gaspedal genügt, um die unwiderstehliche Kraft von 450 PS des 4,2-Liter-V8-Aggregats zu spüren. In nur 4,7 Sekunden beschleunigt der Audi RS 4 Avant von 0 auf 100 km/h – dank serienmässiger 7-Gang S tronic nahezu ohne Zugkraftunterbrechung. Erleben Sie den Spitzensportler jetzt bei uns.

Audi RS 4 Avant 4.2 V8 FSI quattro, 331 kW (450 PS), Normverbrauch gesamt: 10,7 l/100 km, 249 g CO₂/km (Durchschnitt aller verkauften Neuwagen: 159 g/km), Energieeffizienz-Kategorie: G.

Kompromisslos sportlich

City-Garage AG

Zürcher Strasse 162, 9001 St. Gallen
Tel. +41 71 274 80 74, www.city-garage.ch

Verkaufsstelle

City-Garage AG, Breitestrasse 3, 9532 Rickenbach b. Wil, Tel. +41 71 929 80 30

Audi 
Vorsprung durch Technik