

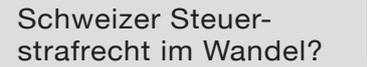
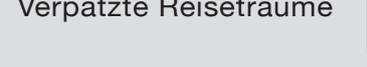
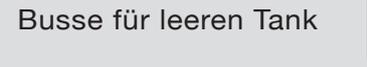


St.Gallischer Anwaltsverband
SGAV

mandat

Nr. 1 / April 2011

Die Klientenschrift des St.Gallischen Anwaltsverbandes SGAV

THEMA	
	3
Vermögensverwaltung im Online Banking	
RECHT & UNTERNEHMUNG	
	7
Schweizer Steuerstrafrecht im Wandel?	
	11
Rechtliche Perspektiven beim Personalverleih	
RECHT & PRIVAT	
	15
Verpatzte Reiseräume	
	19
Verwandtenunterstützungspflicht	
«RECHT- ECK»	
	22
Busse für leeren Tank	

Der Anwalt der ersten Stunde

In Art. 21 des (st.gallischen) Gesetzes über den Kriminalprozess aus dem Jahre 1865 hiess es noch wie folgt:

«Dem Angeklagten steht am Schlusse der Untersuchung das Recht zu, für die ferneren Verhandlungen einen Verteidiger beizuziehen.» Und folgerichtig, erhielt der Verteidiger erst «von dem Zeitpunkte an, wo ihm der an die Anklagekammer gerichtete Antrag des Staatsanwaltes mitgeteilt wird, die Befugnis, die Akten einzusehen, und mit dem Angeschuldigten ohne Zeugen Rücksprache zu nehmen.»

Mit der Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) auf Anfang dieses Jahres ist der Anwalt der ersten Stunde zur Realität geworden.

Seit dem 1. Januar 2011 steht jedem Beschuldigten schon bei der ersten Einvernahme durch die Polizei das Recht zu, einen Anwalt beizuziehen (Art. 159 StPO). Diese Institution wird «Anwalt der ersten Stunde» genannt und darf als rechtsstaatliche Errungenschaft im Dienste der sogenannten «Waffengleichheit» bezeichnet werden. Obwohl die Einführung dieser Regelung kontrovers diskutiert wurde, obsiegte schliesslich die Auffassung, der Anwalt der ersten Stunde sei Bestandteil eines fairen Verfahrens, indem die Verteidigung bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren einer beschuldigten Person mit Rat und Tat zur Seite stehen könne. Bei der praktischen Umsetzung bestehen jedoch noch einige Unschärfen: So stellt sich beispielsweise die Frage, ob beim Hinweis auf das Recht des Beizugs des Anwalts der ersten Stunde auf eine mögliche Kostenfolge hingewiesen werden soll. Dies wird in der Lehre mehrfach abgelehnt, zumal eine pauschale Belehrung unzutreffend ist. Sofern nämlich die

EDITORIAL

lic. iur. Hans Hofstetter
Rechtsanwalt
St.Gallen



beschuldigte Person freigesprochen wird, oder wenn die Strafverfolgungsbehörden das Verfahren einstellen, wird in der Regel eine Entschädigung für die angefallenen Aufwendungen zugesprochen. Dazu gehören konsequenterweise auch die Kosten für die erbetene Verteidigung. Ferner kann der beigezogene Anwalt häufig ein Gesuch um amtliche Verteidigung stellen. Dies ist bereits in mittelschweren Fällen möglich, sofern die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist (vgl. Art. 132 StPO).

Ein weiteres praktisches Problem bezieht sich auf die Frage des Beweisverwertungsverbotes, welches in Art. 131 Abs. 3 StPO statuiert ist. Fehlt beispielsweise bei einer polizeilichen Befragung nach einer vorläufigen Festnahme der Hinweis, dass unverzüglich ein Anwalt beigezogen werden könne, so kann die Verwertbarkeit der Aussagen im späteren Verfahren möglicherweise mit Erfolg angefochten werden.

Der Anwalt der ersten Stunde wird im Kanton St.Gallen durch einen neu eingeführten Pikettdienst organisiert und durch den SGAV sichergestellt. ■

Wir siedeln Sie an.



Geben Sie sich und Ihrem
Vermögen ein neues Zuhause.

Die bürgerliche Privatbank in St.Gallen.
Beratung & Expresstermin Tel. 071 228 84 84.
www.vadianbank.ch

VADIAN  BANK
seit 1811



Vermögensverwaltung 2.0

Herausforderungen im Vermögensverwaltungsgeschäft einer Online Privatbank

Eine Reise in ferne Länder buchen, ohne die eigenen vier Wände verlassen zu müssen. Einen virtuellen Warenkorb füllen und die erstandene Ware vor die Haustüre geliefert bekommen. Wir haben uns bereits daran gewöhnt, dass heute vieles bequem online von zu Hause aus erledigt werden kann, und zwar im 24-Stunden-Betrieb. Das enorme Angebot wird denn auch weltweit und täglich rege genutzt. Man ist geneigt zu vermuten, dass das klassische, eher konservativ ausgerichtete Private Banking dieser Entwicklung weitestgehend aus dem Weg geht. Dies ist aber ein Trugschluss.

Die neue Art der Vermögensverwaltung

Auch der Finanzbereich bleibt von dieser Entwicklung nicht unberührt. Online Banking als verlängerter Arm konventioneller Banken im Internet gehört schon zum guten Ton in der Branche. Mit dem Modell «Direkt Bank» gehen einige Institute sogar noch einen Schritt weiter, indem sie gar keine Kundenzonen mehr an-

bieten, sondern ausschliesslich im Internet besucht werden können. Hier werden vor allem konventionelle Bankdienstleistungen wie Sparkonti, Zahlungsverkehr, Kreditgeschäft, aber auch Hypotheken feilgeboten. Wie sieht es aber im Bereich der Vermögensverwaltung aus, das heisst im klassischen Private Banking?

Eine wachsende Zahl von In-

ternetnutzern erkundet seit kurzer Zeit auch diese Angebote. Diese Anleger sind stets online unterwegs, holen sich ihre Informationen aus dem Internet, sind gut informiert und wissen, was sie brauchen. Einen Berater wollen sie nicht – sie finden ihn, nur einen Mausklick entfernt auf Google, in Finanzforen, auf Online-Plattformen der Finanzdienstleister selbst. Für diese Anleger, die eine reine Vermögensverwal-

tung ohne Schnörkel und Verzerrungen wünschen, die rund um die Uhr verfügbar ist, gibt es das ePrivate Banking – klassische Vermögensverwaltung, ausschliesslich online angeboten.



Der Nutzen für diese Kunden manifestiert sich vor allem in den schlanken Prozessen und der permanenten Verfügbarkeit, die Online-Lösungen inhärent sind. Dazu kommen einfach verständliche Produkte, die kein Expertenwissen erfordern und über die sich der geneigte Internetuser im Internet umfassend informieren kann. Ermöglicht wird dem Anleger der Zugang zu Vermögensverwaltungslösungen bereits für tiefe Anlagebeträge. Dass ePrivate Banking unter dem Strich günstig ist, ist eine Folge dieser Umstände. Und trotzdem verzichtet der Kunde nicht grundsätzlich auf die Annehmlichkeiten und die Professionalität eines Vermögensverwaltungsmandates bei einer «klassischen» Bank.

«Für den Moment muss davon ausgegangen werden, dass eine elektronische Signatur den Formerfordernissen wohl nicht genügt oder zumindest nur mit äusserster Vorsicht zu geniessen ist.»

Herausforderungen entlang der Wertschöpfungskette

Zweifelsohne hat die reine Online-Präsenz viele Vorteile für den Kunden. Für die Bank gilt es im Gegenzug entlang

der eigenen Wertschöpfungskette einige Hürden der regulatorischen Realität zu überwinden, die eben gerade nicht für Direkt Banken ausgestaltet wurde. Zum einen möchte sich der Kunde auch bei der ePrivate Bank online so bewegen, wie er es sich im Internet gewohnt ist. Zum anderen sieht aber der Gesetzgeber an einigen neuralgischen Knoten Regelungen vor, die diesem Bedürfnis entgegenstehen.

Der Vermögensverwaltungsauftrag

Der Vermögensverwaltungsauftrag, den der Kunde der Bank erteilt, richtet sich zivilrechtlich nach den allgemeinen Bestimmungen des Auftragsrechts in Art. 394ff. OR sowie den jeweiligen vertraglichen Bestimmungen.

Hinzu treten zusätzlich Ständeregeln, namentlich die «Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge» der Schweizerischen Bankiervereinigung SBVg. Diese haben zwar keine direkten Auswirkungen auf das zivilrechtliche Verhältnis zwischen dem Kunden und der Bank. Für die Bank stellen sie aber verbindliche Regelungen dar, deren Einhaltung durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA über die Revisionsstelle geprüft und im Falle eines Verstosses sanktioniert werden. Das Ziel dieser Ständeregeln ist es, schweizweit einen hohen Qualitätsstandard im Bereich der Vermögensverwaltung durch die Banken sicherzustellen.

Schriftlichkeit

Diese Richtlinien schreiben nun in Ziff. 1.2 vor, dass «der Vermögensverwaltungsauftrag (...) in schriftlicher Form nach dem von der Bank festgelegten Text erteilt und vom Kunden unterzeichnet [wird]». Explizit nicht zulässig sind Besprechungsnotizen, welche die Absicht des Kunden

festhalten, oder gar mündliche Abmachungen. Dies im Gegensatz zum ganz allgemeinen Grundsatz der Formfreiheit des schweizerischen Vertragsrechts (Art. 11 OR) und im Speziellen zum Auftragsrecht, das grundsätzlich ebenso Formfreiheit vorsieht. Ein rein elektronischer Abschluss des Vermögensverwaltungsauftrages ist somit zunächst nicht möglich.

Elektronische Signatur?

Das Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES (SR 943.03) hat nun den Art. 14 Abs. 2 bis OR eingeführt. Dieser stellt der eigenhändigen Unterschrift die qualifizierte elektronische Signatur gleich. Gleichzeitig behält es aber eine abweichende gesetzliche oder vertragliche Regelung vor.

Wenn man in diesem Zusammenhang die Botschaft des Bundesrates zum ZertES im Bundesblatt konsultiert (BBl 2001 5679ff.), so wird deutlich, was es mit diesem Vorbehalt auf sich hat. Der Gesetzgeber wollte es unter anderem der aufsichtsrechtlichen Praxis überlassen «zu entscheiden, ob die analoge Heranziehung der privatrechtlichen Bestimmungen über die elektronische Signatur zulässig ist oder nicht.» Als Beispiel wird sogar explizit der Fall eines Finanzintermediärs erwähnt, der unter bestimmten Voraussetzungen vom Vertragspartner eine schriftliche Erklärung über den wirtschaftlich Berechtigten verlangen muss.

Mangels einer anderen aufsichtsrechtlichen Praxis muss für den Moment daher davon ausgegangen werden, dass eine elektronische Signatur den Formerfordernissen, die in den Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge stipuliert werden, wohl nicht genügt oder zumindest nur mit äusserster Vorsicht zu geniessen ist. Mit anderen

Worten ist derzeit davon auszugehen, dass physische Verträge zwischen dem Kunden und der Bank ausgetauscht werden müssen. De lege ferenda gilt es allerdings, die weiteren Entwicklungen aufmerksam zu beobachten.

Die Risikoanalyse

Des Weiteren verpflichten die Richtlinien die Banken, den Vermögensverwaltungsauftrag unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Kunden auszuüben, soweit sie ihnen bekannt sein können, sowie die Anlageziele mit dem Kunden festzulegen.

In der Praxis führt die Bank mit dem Kunden zunächst eine Risikoanalyse durch, indem sie seine Risikobereitschaft und Risikofähigkeit ermittelt. Bei einer Online Privatbank werden die Ausprägungen dieser Faktoren durch einen Online-Fragebogen abgeklärt. Die Risikobereitschaft gibt darüber Auskunft, welchen subjektiven Risikoappetit der Kunde aufweist, wohingegen die Risikofähigkeit feststellt, welche Risiken ein Kunde objektiv überhaupt in der Lage zu tragen ist. Beides kann naturgemäss voneinander abweichen, und die Bank trägt beidem in ausgewogener Weise Rechnung, ohne allerdings den Kunden unnötigerweise zu bevormunden – schliesslich ist er der Auftraggeber.

Das Ziel ist nun, anhand entsprechender Fragen diese beiden Komponenten beim Kunden zu ermitteln. Typischerweise geht es bei den Fragen rund um die Risikobereitschaft um die Ermittlung des Typus des Investors. Ist er eher risikofreudig, risikovers? Wie geht er mit finanziellen Verlusten im Rahmen der Vermögensanlage um?

Im Gegensatz dazu drehen sich die Fragen der Risikofähigkeit um die finanziellen

Verhältnisse des künftigen Kunden. Welchen Teil seines Vermögens legt der Anleger im Vermögensverwaltungsmandat an? Deckt er seinen Lebensunterhalt aus seinem Erwerbseinkommen, seinem Vermögen oder beidem?

Typischerweise werden vor allem finanzielle Belange nur sehr ungern preisgegeben und bedürfen daher allerhöchster Diskretion. Eine ePrivate Bank muss hier, da sie sich gerade eben auch in diesem Bereich online bewegt, vor allem auch technisch ihre Hausaufgaben machen. Für den Austausch von Daten mittels elektronischer Formulare werden daher modernste Sicherheits- und Verschlüsselungstechniken eingesetzt, welche diese vor einem unberechtigten Zugriff sowie Manipulationen schützen.

Der Anlagevorschlag

Sobald sich der Kunde nun dazu entschlossen hat, seine Angaben elektronisch abzugeben, präsentiert sich unmittelbar der herausragende Vorteil der ePrivate Banking-Lösung: Die Entfernung zum individuellen Anlagevorschlag beträgt eben auch nur einen Mausklick.

In ihm enthalten sind detaillierte Zusammenstellungen zur vorgeschlagenen Anlagelösung sowie Angaben über die Risiken, welche mit dieser Anlage eingegangen würden. Letzteres stellt gleichzeitig, zusammen mit der Broschüre «Besondere Risiken im Effektenhandel» der SBVG, sicher, dass die Bank ihrer Informationspflicht gegenüber dem Kunden nachkommt wie sie in Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG) gefordert wird, nämlich dass sie den Kunden auf die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken hinweist. Die Broschüre wird elektronisch angeboten, dem Kunden aber auch physisch



Dr. Stefan Jaeger
CEO Nettobank AG
Gossau



Tihomir Katulic
Rechtsanwalt
Mitglied der Geschäftsleitung
Nettobank AG
Gossau

zugestellt. Selbstverständlich tritt dazu immer auch die Möglichkeit des Kunden, sich direkt mit der Bank in Verbindung zu setzen, um diesen Aspekt detailliert zu erörtern.

Wenn der Anlagevorschlag schliesslich Eingang findet in den Vermögensverwaltungsauftrag zwischen dem Kunden und der Bank, handelt es sich dabei zusammen mit dem Resultat der Risikoanalyse letztlich um nichts anderes als um das festgelegte Anlageziel und eine Weisung des Kunden, wie das Vermögen anzulegen sei, so wie dies in den Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge standesrechtlich stipuliert ist.

Zivilrechtlich ist er darüber hinaus Gradmesser dafür, ob

«Für den Austausch von Daten mittels elektronischer Formulare werden modernste Sicherheits- und Verschlüsselungstechniken eingesetzt, welche vor unberechtigtem Zugriff sowie Manipulationen schützen.»

der Beauftragte, d.h. die Bank, ihren Auftrag entsprechend Art. 394ff. OR gemäss den Vorschriften des Auftraggebers ausführt.

Die Konto- und Depot-eröffnung

Schreitet der Interessent schliesslich zur Konto- und Depoteröffnung, gelangt für die Bank ein sehr umfangreiches Regelwerk zur Anwendung, welches die Sorgfaltspflichten bei der Eröffnung von Geschäftsbeziehungen umschreibt. Hauptsächlich handelt es sich dabei um die sogenannte «Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken» der SBVg (oder kurz: VSB 08), das Geldwäschereigesetz (SR 955.0) sowie die dazugehörige Verordnung der FINMA.

In ihrer Gesamtheit regeln sie punkto Eröffnung der Geschäftsbeziehung wie die Kundenidentifikation zu erfolgen hat und in welchen Fällen und auf welche Weise der wirtschaftlich Berechtigte festzustellen ist.

Kundenidentifikation

Spricht der Kunde nicht persönlich bei der Bank vor, was bei einer Online Privatbank regelmässig der Fall sein wird, handelt es sich gemäss VSB 08 etwas technisch um eine sogenannte «Aufnahme der Geschäftsbeziehung auf dem Korrespondenzweg». Die VSB 08 spricht sogar in Rz 10 explizit von Fällen, in denen die Geschäftsbeziehung «über Internet aufgenommen [wird]».

Die korrekte Identifikation des Vertragspartners setzt in diesem Fall gemäss Rz. 10 VSB 08 das Vorliegen einer echtheitsbestätigten Kopie eines Identifikationsdokumentes (wie z.B. eines Passes oder einer ID) sowie die Überprüfung der Wohnsitzadresse des Vertragspartners durch Postzustellung voraus. Letzteres ist gegeben, da die Bank

dem Kunden die Verträge, wie oben ausgeführt, physisch zustellt.

Wer kann solche echtheitsbestätigten Kopien nun ausstellen? Die VSB 08 nennt als potenzielle Aussteller unter anderem Niederlassungen der Bank selbst, Korrespondenzbanken, Notare oder andere öffentliche Stellen, die solche Echtheitsbestätigungen üblicherweise ausstellen. Unter der allgemeinen Formulierung «andere öffentliche Stellen» verbirgt sich unter anderem die Schweizerische Post. Mit dem Zirkular 7264 hat die SBVg den Finanzinstituten mitgeteilt, dass die Post solche Echtheitsbestätigungen abgeben darf. Diese Bestätigung nennt sich denn auch sinnigerweise «die gelbe Identifikation» und hat den grossen Vorteil, dass sie mit den Postschaltern ein breites «Verteilernetz» hat, das der Kunde zudem ohnehin besuchen muss, sobald er seine unterzeichneten Konto- und Depoteröffnungsunterlagen der Bank retourniert. Beides lässt sich somit in einem Schritt sehr praktisch erledigen.

Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten

Grundsätzlich darf die Bank davon ausgehen, dass der Vertragspartner mit dem wirtschaftlich Berechtigten identisch ist. Die Aufnahme der Geschäftsbeziehung auf dem Korrespondenzweg stellt dabei eine der Ausnahmen dar, bei deren Vorliegen zwingend der wirtschaftlich Berechtigte festzustellen ist (Rz. 26 VSB 08). Diese Feststellung hat auf einem standardisierten Formular, dem sogenannten Formular A, zu erfolgen. Der Kunde muss darauf schriftlich die Erklärung abgeben, wer an den eingebrachten Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist.

Das Formular A kann zwar im Vertragsset der Bank integ-

riert werden, muss aber dennoch schriftlich vorliegen. Wie bereits unter den allgemeinen Ausführungen zur elektronischen Signatur erläutert, führt daran zur Zeit kein Weg vorbei. ■



Schweizer Steuerstrafrecht im Wandel?

Unvollständige Reflexionen im Hinblick auf die neuesten internationalen Entwicklungen

Einleitung

Der Wirtschaftsethiker

«Nicht die EU, sondern vielmehr die Schweiz missachtet seit Langem die (Steuer-)Souveränität anderer Staaten, indem sie mittels des Steuerhinterziehungsgeheimnisses, genannt Bankkundengeheimnis, ins legitime Steuersubstrat und damit in die politische Autonomie anderer Länder eingreift. Mit dem rechtstechnischen Trick der Unterscheidung zwischen «einfacher Steuerhinterziehung» und «Steuerbetrug» (z.B. mittels Urkundenfälschung) und die Verweigerung der Steueramtshilfe für Erstere hat sich der Schweizer Finanzplatz einen völkerrechtlich und wettbewerbspolitisch höchst fragwürdigen, nicht leistungsorientierten Standortvorteil verschafft, der auf eine Form unlauteren Wettbewerbs hinausläuft.

Dies immer wieder mit dem «Schutz der Privatsphäre des Kunden» gleichzusetzen, ist unredlich, denn es gibt kein Bürgerrecht auf Steuerhinterziehung. Gegenüber den zuständigen (und ihrerseits an den Datenschutz gebundenen!) Steuerbehörden sein gesamtes Einkommen offenzulegen, ist vielmehr eine ganz normale Bürgerpflicht, welche die schützenswerte Privatsphäre ehrlicher Bürger in keiner Weise tangiert. Der schweizerische Vorschlag einer Zahlstellensteuer für Kunden mit ausländischem Steuerdomizil ändert an der Vernebelung dieser Differenz nichts. Es wird daher gegenüber den wohlbegründeten Einwänden der EU und der OECD nicht lange durchzuhalten sein, sofern die Schweiz auf freundschaftliche internationale

Beziehungen Wert legt. Der Schweizerische Finanzplatz wäre gut beraten, sich in wahrhaftiger Weise dem Problem zu stellen und vermehrt auf professionelle Leistungsvorteile statt auf die Protektion ausländischer Steuerflüchtlinge zu setzen und damit einen unlauteren Vorteil im internationalen «Steuerwettbewerb» zu setzen.» (Peter Ulrich/Ulrich Thielemann, *Wahrhaftigkeit in Politik, Recht, Wirtschaft, Medien*, 2004)

Steuerhinterziehung und Betrug

Steuerhinterziehung im Sinne von Art. 56 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) bzw. Art. 175 des Bundesgesetzes über die direkte

«Es gibt kein Bürgerrecht auf Steuerhinterziehung.»

Bundessteuer (DBG) stellt eine Übertretung dar, d.h. eine mit Busse bedrohte Straftat (Art. 103 Strafgesetzbuch; StGB). Demgegenüber ist der Steuerbetrug im Sinne von Art. 59 StHG und Art. 186 DBG ein Vergehen, d.h. eine Tat, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht ist (Art. 10 Abs. 3 StGB). Bei der Steuerhinterziehung ist das geschützte Rechtsgut die Wahrheit und Vollständigkeit bei der Feststellung der zur Herbeiführung der gesetzmässigen Steuerbelastung



wesentlichen Tatsachen zur Wahrung des staatlichen Steueranspruchs. Es geht mit andern Worten darum, sicherzustellen, dass der Staat von jedem Steuerpflichtigen weiss, über welche Einkünfte oder Vermögen dieser verfügen kann und alsdann alle Steuerpflichtigen aufgrund der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung alle Steuerpflichtigen gleich belastet werden. Verkürzt also ein Steuerpflichtiger seine Bemessungsgrundlage für die Feststellung der Steuern, so vergeht er sich gegen die Gesellschaft insgesamt und verletzt die

«Es gibt keine Berufung auf das Bankkundengeheimnis in eigener Sache.»

Solidarität unter den Bürgern. Die Sanktion gegen einen derartigen Verstoss besteht, wie erwähnt, in einer Busse und beträgt in der Regel das Einfache der hinterzogenen Steuer. Bei leichtem Verschulden ist eine Ermässigung bis auf einen Drittel möglich, bei einem schweren Verschulden erhöht sich die Busse indessen auf das Dreifache des hinterzogenen Betrags. Entgegen den Ausführungen der Wirtschaftsethiker ist die Sanktion also wahrhaft einschneidend. Beim Steuerbetrug ist die Busse (nebst

der Androhung einer allfälligen Gefängnisstrafe, welche indessen höchst selten vollzogen wird) auf Fr. 30'000.-- beschränkt, während die Busse bei der Steuerhinterziehung, wie erwähnt, das Dreifache des hinterzogenen Betrages auslösen kann.

Das Bankkundengeheimnis

«Das schweizerische Bankgeheimnis» beruht einerseits auf der vom Bankier vertraglich gegenüber seinem Kunden übernommenen Pflicht, über die ihm bekannt gewordenen persönlichen Verhältnisse Verschwiegenheit zu bewahren. Andererseits besteht diese Pflicht auch ohne ausdrückliche Nennung im Vertrag. Die Vermögens- und Einkommensverhältnisse jedes Einzelnen gehören nach schweizerischer Auffassung in den Bereich der Persönlichkeits-sphäre, deren Schutz allgemein – auch ausserhalb vertraglicher Beziehungen – anerkannt wird (Art. 28 ZGB). Zum Dritten geniesst der Bankkunde einen strafrechtlichen Schutz, indem Art. 47 des Bankengesetzes dem Bankier Bestrafung androht für den Fall, dass er Geheimnisse des Kunden offenbart.

Die steuerpflichtige Person ist im Veranlagungsverfahren zur umfassenden Auskunftspflicht angehalten. Es gibt keine Berufung auf das Bankkundengeheimnis in eigener Sache. Die Bank hat eine Verpflichtung gegenüber der steuerpflichtigen Person zur Bescheinigung der von den Steuerbehörden einverlangten Informationen, d.h. die Bank kann sich nicht auf die Schweigepflicht gegenüber dem eigenen Kunden berufen. Bei Nichteinreichung trotz Mahnung kann die Veranlagungsbehörde die verlangten Unterlagen direkt beim bescheinigungspflichtigen Dritten einverlangen (Art. 127 Abs. 2 Satz 1 DBG und Art. 43 Abs. 1 Satz 1 StHG). Vorbehalten bleibt aber in jedem Fall das gesetzlich geschützte Berufsgeheimnis, wonach – zu

mindest nach bisheriger Leseart – auch das Bankgeheimnis zählt. Die Folge davon ist, dass die Veranlagungsbehörden nicht direkt über die Bescheinigungspflicht Auskünfte verlangen können, die unter das Berufsgeheimnis fallen.

Die internationale Amtshilfe

Wie bekannt, hat der Bundesrat am 13. März 2009 verkündet, dass er den Vorbehalt zu Art. 26 Abs. 5 MA-OECD zurückzieht (OECD-Musterabkommen 2008 zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen). Das OECD-Musterabkommen ist Basis für die von der Schweiz mit ausländischen Staaten abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen. Art. 26 MA-OECD enthält Bestimmungen über den Informationsaustausch zwischen den Vertragsstaaten. Das heisst in der Konsequenz, dass gegenüber dem Ausland auch Informationen weitergeleitet werden müssen, die nach innerstaatlichem Recht von den Steuerbehörden gar nicht auf dem Zwangsvollstreckungsweg erhoben werden können, da nach innerschweizerischer Regelung die Veranlagungsbehörden nur bei Steuerbetrug, nicht aber bei Steuerhinterziehung von den Banken Auskünfte verlangen können. Nun hat die Schweiz in verschiedenen Doppelbesteuerungsabkommen folgende Regelung vorgesehen: «Abs. 3 (von Art. 26 MA-OECD) ist in keinem Fall so auszulegen, als könne ein Vertragsstaat die Erteilung von Informationen nur deshalb ablehnen, weil sich die Informationen bei einer Bank, einem sonstigen Finanzinstitut, einem Bevollmächtigten, Beauftragten oder Treuhänder befinden, oder weil sie sich auf das Eigentum an einer Person bezieht. Ungeachtet von Abs. 3 oder entgegenstehenden Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts verfügen die Steuerbehörden des ersuchten Vertragsstaates über die Befugnis, die Offenlegung der in die-

sem Absatz genannten Informationen durchzusetzen.» Prof. Peter Locher nennt dies die «Helvetisierung» von Art. 26 MA-OECD, indem in den DBA's unmittelbar eine Grundlage für die Offenlegung von Bankinformationen festgeschrieben wird, welche nach innerstaatlichem Recht nicht beschafft werden könnten.

Die zurzeit noch geltende Verordnung über die Amtshilfe nach Doppelbesteuerungsabkommen (ADV) erklärt in Art. 6 Abs. 1, wenn die Vorprüfung zeige, dass das Amtshilfeverfahren eingeleitet werden könne, so verlange die eidgenössische Steuerverwaltung von der betreffenden Person, der Informationsinhaberin oder dem Informationsinhaber, die Herausgabe der ersuchten Information. Sie setze dazu eine Frist. Bedeutend an dieser Bestimmung ist, dass nicht die kantonalen Steuerbehörden, sondern nur die Bundessteuerbehörden diese internationale Amtshilfe vollziehen.

Dazu kommt, dass nach Art. 15 Abs. 3 ADV die kantonalen Steuerbehörden die für einen ausländischen Vertragsstaat beschafften Bankinformationen, sofern sie nicht selbst Kenntnis davon haben, für inländische Veranlagungszwecke nicht verwenden dürfen.

Einbahnstrasse

Nach der zurzeit geltenden ADV – und auch aufgrund des Entwurfs zum neuen Steueramtshilfegesetz – ist davon auszugehen, dass im Wesentlichen die Einbahnstrasse erhalten bleibt. Prof. Robert Waldburger vertritt dabei die Ansicht, dass einem ausländischen Vertragsstaat von Schweizer Seite betreffend Bankinformationen nur Fragen unterbreitet werden können, soweit diese Informationen auch nach schweizerischem Recht – also durch kantonale Steuerbehörden – beschafft werden könnten (so auch Art. 16 Abs. 5 ADV). Diese Rechtsauffassung hätte zur Fol-

ge, dass das in der Schweiz geltende Bankkundengeheimnis durch internationales Recht gegenüber dem Ausland aufgehoben würde, während die Schweiz gegenüber dem Ausland ihr Bankkundengeheimnis auf den ausländischen Finanzplatz überträgt, indem geradezu die bisher geltenden Einschränkungen dem ausländischen Staat «auf dem Tablett serviert» werden. Der ausländische Finanzplatz wird sich für diese Verschiebung des Wettbewerbsvorteils dankbar zeigen!

Aufgrund des Schengener Assoziierungsabkommens im Rahmen der Bilateralen II wurde Art. 57bis Abs. 2 StHG eingefügt. Danach sind Entscheide der Steuerbehörden bei Hinterziehungstatbeständen vor Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden anfechtbar. Gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide kann beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden. Die Strafergerichtsbarkeit ist ausgeschlossen. Aus dieser Bestimmung folgt, dass die Kantone nicht von sich aus strafprozessuale Verfahrensgrundsätze und Zwangsmassnahmen einführen können, um auch bei der Steuerhinterziehung eine schärfere Waffe in der Hand zu haben. Eine weitere Einbahnstrasse besteht nebst den eben erwähnten Bevorzugungen des Auslandes auch bei der Beurteilung der Möglichkeiten der Bundes- und kantonalen Steuerbehörden. Die Bundessteuerbehörden haben die Möglichkeit, besondere Untersuchungsmassnahmen durchzuführen, wenn schwere Steuerwiderhandlungen zur Diskussion stehen. Schwere Steuerwiderhandlungen bestehen beispielsweise in der fortgesetzten Hinterziehung grösserer Beträge. Bei den indirekten Steuern hatten die Bundessteuerbehörden ohnehin alle Möglichkeiten des Verwaltungsstrafrechts, was die Kantone, wie erwähnt, im Bereich der direkten Steuern des Kantons und der Gemeinden nicht besitzen.

Die ungleichen Spiesse zwischen in- und ausländischen

Prof. Dr. Ulrich Cavelti
Präsident des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen



Steuerbehörden, zwischen Bundes- und kantonalen Steuerbehörden, sind mehr als nur fraglich.

Neuinterpretation und Schlussfolgerungen

Prof. Peter Locher regt die Diskussion an, ob nicht das Bankgeheimnis näher beim Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 162 StGB liege und weniger beim Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB. Nach einer derartigen Neuinterpretation des Geschäftsgeheimnisses nach Art. 162 StGB fällt dann aber das Bankgeheimnis nicht unter die Geheimhaltungspflicht, die von der Steuerbehörde beim Geheimnis zu respektieren ist. Diese Überlegung erscheint weiter verfolgenswert, weil ohne ausufernde politische Debatten über Steuerhinterziehung und Steuerbetrug ein bestehendes Problem elegant umschiffen werden könnte.

Notwendig wäre zudem eine Änderung von Art. 43 StHG, und die Bescheinigungspflicht Dritter könnte, sofern es sich nicht mehr um den Schutz des Berufsgeheimnisses dreht, ohne Weiteres auf das Geschäftsgeheimnis ausgeweitet werden.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass noch einige Gedankenarbeit zu leisten ist, bis das schweizerische Steuerstrafrecht ein neues Gesicht erhält, das auch der neuen politischen Realität Rechnung trägt. ■

«Die ungleichen Spiesse zwischen in- und ausländischen Steuerbehörden, zwischen Bundes- und kantonalen Steuerbehörden, sind mehr als nur fraglich.»

Business Software für rationelle Leistungserfassung

- > Flexible Definition von Leistungsarten
- > Freies Customizing der Mandatsstammdaten
- > Erfassung von Stunden, Dittleistungen, 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



DIE SOFTWARE, BEI DER SICH IN IHREM URTEIL ALLE EINIG SIND.

Anwälte, Notare und Treuhänder sind einer Meinung: Mit PLATO reduziert sich der administrative Aufwand auf ein Minimum. Denn die moderne und einfache Software zur Erfassung der Leistungen sowie zur Verwaltung von Dokumenten, Terminen, Aufgaben und Fristen ist perfekt auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten. Wenn Sie noch mehr Beweise brauchen, verlangen Sie unsere Referenzliste.



Personalverleih

Ein kurzer Überblick aus rechtlicher Perspektive

«Temporärarbeit 2010 gemäss ersten Schätzungen um 15 Prozent gewachsen» so die Mitteilung von swissstaffing, dem Verband der Personaldienstleister der Schweiz, vom 15. Dezember vergangenen Jahres. Nach einem rezessionsbedingten Einbruch im Jahr 2009 liegen Temporärarbeit und Personalverleih wieder im Trend. Was sind mögliche Gründe für diese Entwicklung? Welche rechtlichen Besonderheiten kennt diese Arbeitsform? Und worauf sollte beim Abschluss eines Personalverleihs geachtet werden?

Die Arbeitsform des Personalverleihs erlaubt es Unternehmen, unmittelbar und flexibel auf Schwankungen im Personalbedarf zu reagieren. Ein grosser Vorteil insbesondere angesichts der ungewissen Konjunkturaussichten. Teilweise massiv verkürzte Kündigungsfristen ermöglichen es, personelle Engpässe kurzfristig zu überbrücken. Anders als bei Festanstellungen muss keine langfristige und im Falle eines konjunkturellen Abschwunges unerwünschte Bindung mit dem Arbeitnehmenden einge-

gangen werden. Ausserdem sind Fähigkeiten und Arbeitseinstellung der Arbeitnehmenden bereits bekannt, sollte es später zu einer Festanstellung kommen. Umgekehrt können auch die Arbeitnehmenden ihre Arbeitstätigkeit kurzfristig und zeitlich flexibel gestalten. Für weniger qualifizierte Arbeitskräfte bildet der Personalverleih überdies nicht selten den einzigen Zugang zum Arbeitsmarkt. (Quelle: swissstaffing – www.swissstaffing.ch)

Gesetzliche Grundlagen

Wie bei «gewöhnlichen» Einzelarbeitsverträgen sind auch beim Personalverleih das Obligationenrecht (insbesondere Art. 319 ff. OR) und das Arbeitsgesetz (ArG) zu beachten. Ausserdem hat der Gesetzgeber speziell zur Regelung dieser Arbeitsform das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) sowie die dazugehörigen Verordnungen über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVV) bzw. über die Gebühren,

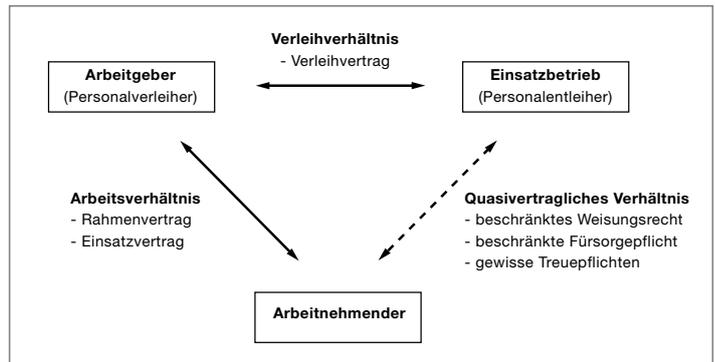
Provisionen und Kautionen im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes (GebV-AVG) erlassen. Die entsprechenden Gesetzes- und Verordnungstexte samt den dazu ergangenen Weisungen des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO sind unter http://www.treffpunkt-arbeit.ch/downloads/private_arbeitsvermittler/einsehbar. Je nach Branche, in welcher ein Arbeitnehmender eingesetzt wird, bestehen ausserdem allgemein verbindlich erklärte, d.h.

«Es ist unzulässig, vom Arbeitnehmenden Gebühren, finanzielle Vorleistungen oder Lohnrückbehalte zu verlangen.»

für alle Mitglieder dieser Branche zwingend anwendbare Gesamtarbeitsverträge (so genannte AVE GAV). Laut Gesetzgeber müssen zumindest die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen dieser Verträge auch von den Personalverleihern eingehalten werden, um so einen Konkurrenzvorteil dieser Betriebe zum Nachteil der beteiligten Arbeitnehmenden zu vermeiden. Da in der Schweiz eine Vielzahl allgemeinverbindlich erklärter GAV existiert (eine Liste der zurzeit geltenden AVE GAV stellt das SECO unter <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/index.html> bereit) und Arbeitnehmende in den unterschiedlichsten Bereichen eingesetzt werden, kann sich die Suche nach den anwendbaren Vertragsbestimmungen im Einzelfall aufwändig gestalten. Eine Vereinfachung könnte der von swissstaffing und den Arbeitnehmerverbänden ausgehandelte GAV Personalverleih bringen.

stimmungen dieser Verträge auch von den Personalverleihern eingehalten werden, um so einen Konkurrenzvorteil dieser Betriebe zum Nachteil der beteiligten Arbeitnehmenden zu vermeiden. Da in der Schweiz eine Vielzahl allgemeinverbindlich erklärter GAV existiert (eine Liste der zurzeit geltenden AVE GAV stellt das SECO unter <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/index.html> bereit) und Arbeitnehmende in den unterschiedlichsten Bereichen eingesetzt werden, kann sich die Suche nach den anwendbaren Vertragsbestimmungen im Einzelfall aufwändig gestalten. Eine Vereinfachung könnte der von swissstaffing und den Arbeitnehmerverbänden ausgehandelte GAV Personalverleih bringen.

Grafik 1: Dreiecksverhältnis



Quelle: Christoph Senti, in AJP 12/2008, S. 1498 ff.; S.1500

bindlich-Erklärung des GAV Personalverleih beim Bundesrat. Wann genau der Vertrag in Kraft treten wird, ist aktuell noch offen. (Quelle: swissstaffing, a.a.O.)

Begriff «Personalverleih»

Wann aber liegt ein Personalverleih vor, für welchen die Bestimmungen des AVG und der dazugehörigen Verordnungen sowie nach seinem Inkrafttreten des GAV Personalverleih gelten? Gemäss AVV ist erforderlich, dass ein Arbeitgeber (Personalverleiher) seine Arbeitnehmenden einem fremden Betrieb zur Arbeitsleistung überlässt und diesem so genannten Einsatzbetrieb zugleich wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber den Arbeitnehmenden abtritt. Erstes wesentliches Merkmal des Personalverleihs ist somit das Bestehen eines **Dreiecksverhältnisses** zwischen dem Arbeitgeber (Personalverleiher), dem Einsatzbetrieb (Personalentleiher) und dem überlassenen Arbeitnehmenden: (siehe obenstehende Grafik 1).

für die konkrete Tätigkeit beim fremden Betrieb. Anders als «gewöhnliche» Einzelarbeitsverträge nach Obligationenrecht müssen die Arbeitsverträge beim Personalverleih schriftlich geschlossen werden. Mündliche oder stillschweigende Vereinbarungen reichen nur bei zeitlicher Dringlichkeit aus und sind grundsätzlich bei erster Gelegenheit durch einen schriftlichen Vertrag zu ersetzen. Ausserdem schreibt das Gesetz einen Mindestinhalt vor. Zwingend im Arbeitsvertrag zu regeln sind die folgenden Punkte:

- die Art der zu leistenden Arbeit,
- der Arbeitsort sowie der Beginn des Einsatzes,
- die Dauer des Einsatzes oder die Kündigungsfrist,
- die Arbeitszeiten,
- der Lohn, allfällige Spesen und Zulagen sowie die Abzüge für Sozialversicherung,
- die Leistungen bei Überstunden, Krankheit, Mutterschaft, Unfall, Militärdienst und Ferien,
- die Termine für die Auszahlung des Lohnes, der Zulagen und übrigen Leistungen.

Das Arbeitsverhältnis

Zwischen dem Arbeitgeber (Personalverleiher) und dem Arbeitnehmenden besteht ein formeller Arbeitsvertrag. Oft wird es sich dabei eigentlich um zwei Verträge handeln: Den Rahmenvertrag, in welchem die allgemeinen Modalitäten des Arbeitsverhältnisses festgelegt werden, sowie den zeitlich befristeten Einsatzvertrag

Umgekehrt dürfen bestimmte Vereinbarungen im Arbeitsvertrag nicht enthalten sein. So ist es unzulässig, vom Arbeitnehmenden Gebühren, finanzielle Vorleistungen oder Lohnrückbehalte zu verlangen oder ihm zu verunmöglichen oder zu erschweren, nach beendetem Arbeitsverhältnis in den Einsatzbetrieb überzutreten. Eine Verletzung dieser Form- und/oder Inhaltsvorschriften kann für den Verleihbetrieb Sanktionen (wie



Dieser soll unabhängig vom konkreten Tätigkeitsbereich für alle Temporärarbeiter gelten. Zurzeit liegt ein Gesuch um Allgemeinver-

Entzug der Betriebsbewilligung oder Busse) nach sich ziehen. Wird der Arbeitnehmende zugleich bei mehreren Unternehmen eingesetzt oder arbeitet er auch für den Verleihbetrieb, empfiehlt es sich zudem, die verschiedenen Arbeitsverträge aufeinander abzustimmen. Koordinationsbedarf kann sich ergeben, wenn in den beteiligten Unternehmen unterschiedliche Vorschriften (z.B. über Arbeitszeiten, Ferienansprüche oder die Kompensation von Überstunden) gelten. Einer Abstimmung bedürfen vielfach auch Geheimhaltungs- und Treuepflichten des Arbeitnehmenden, insbesondere wenn sie sowohl gegenüber dem Personalverleiher als auch dem Einsatzbetrieb gelten. Bei Mehrfachbeschäftigungen speziell zu beachten sind schliesslich die Arbeitszeitschriften des Arbeitsgesetzes. Diese müssen jeweils unter Berücksichtigung sämtlicher Arbeitseinsätze eingehalten sein. (Quelle: Christoph Senti, a.a.O., S. 1506)

Das Verleihverhältnis

Der Arbeitgeber schliesst in seiner Funktion als Personalverleiher einen so genannten Verleihvertrag mit dem Einsatzbetrieb. Darin werden die Bedingungen vereinbart, zu welchen der Personalverleiher seine Arbeitskräfte zur Verfügung stellt. Ausserdem – und darin zeigt sich ein weiteres Merkmal des Personalverleihs – tritt der Arbeitgeber **wesentliche Weisungsbefugnisse** gegenüber dem Arbeitnehmenden an den Einsatzbetrieb ab. Dies führt dazu, dass dem Einsatzbetrieb gewisse Arbeitgeberfunktionen zukommen, obwohl er – formell betrachtet – gar nicht Arbeitgeber des verliehenen Arbeitnehmenden ist. Oder anders ausgedrückt: Die Arbeitgeberbefugnisse und -pflichten werden faktisch zwischen dem Personalverleiher und dem Einsatzbetrieb aufgeteilt. Für den Arbeitnehmenden bedeutet dies, dass er wie ein «regulär» Angestellter den Weisungen des Vorgesetzten im Einsatzbe-

trieb untersteht, währenddem z.B. der Lohn vom Personalverleiher ausbezahlt wird. Mit Blick auf den Arbeitsalltag empfiehlt es sich, eine klare Zuständigkeitsordnung (z.B. in Bezug auf Weisungsrechte, Kündigungsrecht oder Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsverhinderung) zu treffen. Wo eine Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen fehlt bzw. wo ein Arbeitgeber Arbeitskräfte verleiht, ohne dem Einsatzbetrieb zugleich wesentliche Weisungsrechte zu übertragen, liegt kein Personalverleih vor. Wie der Arbeitsvertrag muss auch der Verleihvertrag schriftlich geschlossen werden. Ausserdem sind die folgenden Punkte zwingend zu regeln:

- die Adresse des Verleihers,
- die Adresse der Bewilligungsbehörde (sofern bewilligungspflichtig),
- die beruflichen Qualifikationen des Arbeitnehmers und die Art der Arbeit,
- der Arbeitsort und der Beginn des Einsatzes,
- die Dauer des Einsatzes oder die Kündigungsfristen,
- die für den Arbeitnehmer geltenden Arbeitszeiten,
- die Kosten des Verleihs, einschliesslich aller Sozialleistungen, Zulagen, Spesen und Nebenleistungen.

Vereinbarungen, die es dem Einsatzbetrieb erschweren oder verunmöglichen nach Ende des Einsatzes mit dem Arbeitnehmenden einen Arbeitsvertrag zu schliessen, sind grundsätzlich unzulässig.

Quasivertragliches Verhältnis

Im Verhältnis zwischen dem Einsatzbetrieb und dem Arbeitnehmenden besteht kein Vertrag. Dennoch kommen auch diesen Parteien gegenseitige Rechte und Pflichten zu, weshalb von einem quasivertraglichen Verhältnis gesprochen wird. Wie erwähnt tritt der Personalverleiher einen Teil seiner Weisungsrechte als Arbeitgeber an den Einsatzbetrieb ab. Umgekehrt ist der Arbeitneh-



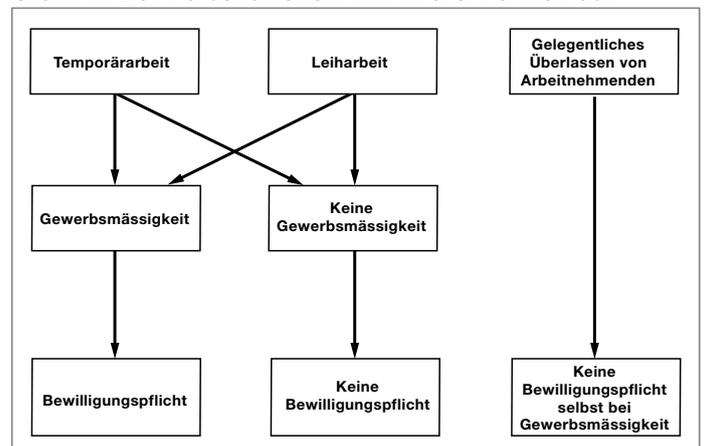
mende verpflichtet, diesen Weisungen nachzukommen, was sich aus dem formellen Arbeitsvertrag mit dem Personalverleiher ergibt. Darin verpflichtet sich der Arbeitnehmende, für den Einsatzbetrieb tätig zu sein und damit verbunden auch dessen Weisungen zu befolgen. (Quelle: Hubert Stöckli, in: recht 2010, S. 137 ff., S. 139) Weiter bestehen gewisse Fürsorgepflichten des Einsatzbetriebes bzw. als Pendant dazu gewisse Treuepflichten des Arbeitnehmenden.

Formen

Der Personalverleih tritt in drei Formen auf: der Temporärarbeit, der Leiharbeit und dem so genannten gelegentlichen Überlassen von Arbeitnehmenden an Einsatzbetriebe.

(Siehe untenstehende Grafik 2)

Grafik 2: Der Personalverleih tritt in drei Formen auf



(Quelle: Christian Drechsler, in AJP 3/2010, S. 314 ff., S. 317)

Temporärarbeit

Bei dieser Kategorie stellt der Arbeitgeber den Arbeitnehmenden einzig zum Zweck des Verleihs an fremde Unternehmen an. Der Personalverleiher selber verfügt über keinen eigenen Produktions- oder Dienstleistungsbetrieb, in welchem er den Arbeitnehmenden beschäftigen könnte. Der Arbeitsvertrag wird einzig für die Dauer eines konkreten Arbeitseinsatzes geschlossen. Endet dieser Einsatz, endet zugleich auch das Arbeitsverhältnis. (Quelle: SECO, Merkblatt zu den Bestimmungen über den Personalverleih gemäss Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) vom 6. Oktober 1989). Eine Besonderheit der Temporärarbeit sind ausserdem die Kündigungsfristen, welche durch das AVG und die AVV zum Teil bis auf wenige Tage verkürzt werden.

Leiharbeit

Auch bei der Leiharbeit besteht der Zweck des Arbeitsverhältnisses darin, den Arbeitnehmenden fremden Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Anders als bei der Temporärarbeit wird der Arbeitsvertrag allerdings unabhängig von den einzelnen Arbeitseinsätzen geschlossen. Ist ein Einsatz beendet, wird der Arbeitnehmende an das nächste Unternehmen verliehen. Ausserdem verfügt der Personalverleiher meist über einen eigenen Betrieb, in welchem er den Arbeitnehmenden einsetzen kann. (Quelle: SECO, a.a.O.)

Gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmenden

Demgegenüber wird der Arbeitnehmende beim nur gelegentlichen Überlassen von Arbeitskräften eigens für die Tätigkeit im Arbeitgeberbetrieb eingestellt. Einsätze bei fremden Unternehmen bilden bei Vertragsschluss nicht Zweck des Arbeitsverhältnisses. Der Verleih von Arbeitskräften erfolgt nur ausnahmsweise (z.B. wenn ein Arbeitgeber aufgrund von Umsatzeinbussen nicht mehr alle Arbeitnehmenden beschäftigen kann und durch den Einsatz bei anderen Unternehmen Entlassungen vermieden werden). (Quelle: SECO, a.a.O.)

Personal bei Drittbetrieben einsetzt, wobei eine Verleihtätigkeit als regelmässig gilt, wenn innerhalb von zwölf Monaten zehn oder mehr Verleihverträge mit einzelnen oder einer Gruppe von Arbeitnehmenden geschlossen werden. Eine Gewinnabsicht besteht, wenn die Rechnungsstellung gegenüber dem Einsatzbetrieb den Betrag für Lohnkosten, Lohnnebenkosten sowie für den Verwaltungskostenanteil übersteigt. Schliesslich wird Gewerbsmässigkeit auch angenommen, wenn mit der Verleihtätigkeit ein **jährlicher Mindestumsatz** von CHF 100'000.- erzielt wird. (Quelle: SECO, a.a.O.)

Zusammenfassend bietet der Personalverleih den Unternehmen ein nützliches Instrument, um rasch und flexibel auf einen veränderten Personalbedarf zu reagieren. Angesichts der aktuellen Konjunkturaussichten sicher mit ein Grund für den gegenwärtigen Trend zu dieser Arbeitsform. Kommt ein Personalverleih in Betracht, müssen besondere rechtliche Grundlagen, insbesondere auch vom Obligationenrecht abweichende Form- und Inhaltsvorschriften, beachtet werden. Ausserdem gilt es die Entwicklungen des geplanten GAV Personalverleih zu verfolgen. Im Arbeitsalltag wird es sich schliesslich auszahlen, wenn die Zuständigkeiten von Personalverleiher und Einsatzbetrieb bereits im Verleihvertrag abgegrenzt und bei Mehrfachbeschäftigungen die einzelnen Arbeitsverhältnisse bereits im Arbeitsvertrag koordiniert werden, auch wenn der Gesetzgeber dies nicht zwingend verlangt. ■



Bronze Award

Das Projekt **Pikettdienst Strafverteidigung** – entwickelt für den **St. Gallischen Anwaltsverband**, ist in der Kategorie **business efficiency** mit dem **Bronze Award best of swiss web 2011** ausgezeichnet worden.

Wir bedanken uns beim St. Gallischen Anwaltsverband für den spannenden Auftrag.

Bewilligungspflicht

Zentral ist die Kategorisierung des Personalverleihs für das Erfordernis der Betriebsbewilligung. Während das nur gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmenden immer bewilligungsfrei möglich ist, unterliegen Personalverleiher bei der Temporär- und Leiharbeit einer Bewilligungspflicht, sofern die Verleihtätigkeit gewerbsmässig erfolgt. Ein gewerbsmässiger Personalverleih liegt laut Gesetzgeber vor, wenn ein Arbeitgeber **regelmässig und mit Gewinnabsicht**



Verpatzte Reiseträume

«Wenn einer eine Reise tut, dann kann er was erleben ...!»

Flugzeugverspätungen, Baulärm, dreckige Zimmer im Fünf-Sterne-Hotel, ein Strand voller Abfall, drei trockene Palmen anstelle eines gepflegten Gartens etc. Die Liste möglicher Reismängel lässt sich beliebig erweitern. Wenn eine Pauschalreise nicht dem entspricht, was mit dem Reisebüro vereinbart wurde, können die Kunden einen Teil des Arrangementpreises zurückfordern. Grundlage ist das Pauschalreisegesetz, welches den Reiseveranstalter oder den Reisevermittler haftbar für die versprochenen Leistungen macht. Auch bei aller Vorsicht lassen sich Reismängel nicht immer ausschliessen. Nachfolgend wird aufgezeigt, wann eine Reise unter das Pauschalreisegesetz fällt und was beachtet werden muss, um einen Teil des Arrangementpreises zurückzufordern.

Pauschalreise?

Damit der Reiseveranstalter oder Reisevermittler überhaupt haftbar gemacht werden kann, gilt es zuerst zu prüfen, ob das gebuchte Arrangement unter das Pauschalreisegesetz fällt. Eine Pauschalreise nach Pauschalreisegesetz liegt dann vor, wenn mindestens zwei der folgenden Leistungen zu einem Gesamtpreis angeboten werden und die Reise mindestens 24 Stunden dauert oder eine

Übernachtung einschliesst:

- Beförderung
- Unterbringung
- Andere touristische Dienstleistungen, die nicht Nebenleistung von Beförderung oder Unterbringung sind und einen beträchtlichen Teil der Gesamtleistung ausmachen.

Werden einzelne Leistungen wie Flug, Hotel, Mietwagen durch ein Reisebüro individuell zusammengestellt und gebucht, so gilt dieses Arrangement ebenfalls

als Pauschalreise. Hingegen liegt keine Pauschalreise vor, wenn nur die Unterbringung im Hotel am Reiseziel im Reisebüro gebucht wird und der Kunde die Reise ans Reiseziel selbst organisiert (z.B. Buchen eines Flugs im Internet), da die beiden Leistungen Beförderung und Unterbringung nicht zu einem Gesamtpreis angeboten worden sind.

Sofortige Reklamation vor Ort

Untersteht das gebuchte Arrangement dem Pauschalreisegesetz, dann muss umgehend reklamiert werden, wenn ein Mangel festgestellt wird.

«Wird der beanstandete Mangel nicht innert der Frist behoben, dann muss der Mangel so gut und so weit wie möglich dokumentiert werden.»

«Nach dem Gesetz gilt, dass der Kunde den Mangel zu beweisen hat.»

Durch Zuwarten können allfällige Rückforderungsansprüche verlustig gehen. Zudem gilt auch, dass nicht jede Abweichung von den gebuchten Leistungen zu den tatsächlich vorhandenen Leistungen als Mangel zu werten ist. Damit die Abweichung als Mangel gilt, muss sie eine gewisse Schwere aufweisen und es muss eine tatsächliche Betroffenheit vorliegen. In einer Beschwerde, welche dem Ombudsman der Schweizer Reisebranche, Beat Dannenberger, unterbreitet worden ist, hat der Kunde sich daran gestört, dass der hoteleigene Tennisplatz nicht benutzbar war. Es stellte sich dann aber heraus, dass der Kunde gar nicht Tennis spielte – er war von dem Mangel also nicht tatsächlich betroffen. Der Ombudsman erklärte dem Kunden die für ihn ungünstige Rechtslage und ein gerichtliches Verfahren konnte abgewendet werden.

In einer Beschwerde, welche dem Ombudsman der Schweizer Reisebranche, Beat Dannenberger, unterbreitet worden ist, hat der Kunde sich daran gestört, dass der hoteleigene Tennisplatz nicht benutzbar war. Es stellte sich dann aber heraus, dass der Kunde gar nicht Tennis spielte – er war von dem Mangel also nicht tatsächlich betroffen. Der Ombudsman erklärte dem Kunden die für ihn ungünstige Rechtslage und ein gerichtliches Verfahren konnte abgewendet werden.



Wie bereits gesagt, muss ein Mangel nach seiner Entdeckung der Reiseleitung oder dem entsprechenden Leistungsträger (Hotel, Buschauffeur etc.) gemeldet und Abhilfe oder Ersatz verlangt werden.

Je nach Beeinträchtigung durch den Mangel ist es auch empfohlen, den Reiseveranstalter in der Schweiz zu benachrichtigen. Zudem kann darauf hingewiesen werden, dass man selbst für Abhilfe sorgen wird, wenn vom Reiseveranstalter / Leistungsträger keine Lösung angeboten wird. Wichtig ist auch, dass zur Behebung des Mangels eine angemessene Zeit eingeräumt wird. Dies kann je nach den konkreten Umständen und Reisedauer auch ein bis zwei Tage betragen.

Beweise sammeln

Wird der beanstandete Mangel nicht innert der Frist behoben, dann muss der Mangel so gut und so weit wie möglich dokumentiert werden (Fotos, Video, Tonaufnahmen). Sind auch andere Urlauber von dem Mangel betroffen (z.B. Lärm wegen Bauarbeiten), dann können ebenfalls auch deren Adressen/ Telefonnummern notiert werden, um diese allenfalls als Zeugen aufzurufen. Auch sollte der Mangel schriftlich festgehalten werden und das entsprechende Papier sollte man vom Leistungsträger vor Ort unterzeichnen lassen. Mit diesem Vorgehen werden Beweise gesichert, welche mit der Beschwerde zuhause dann eingereicht werden können. Denn nach dem Gesetz gilt, dass der Kunde den Mangel zu beweisen hat.

Da die Pauschalreise im Gesetz auch nicht bis ins kleinste Detail geregelt ist, steht es dem Reisebüro frei, in den Reisebedingungen eine bestimmte Vorgehensweise bei Mängeln vorzuschreiben. Es empfiehlt sich daher, eine Kopie des Arrangements inkl. Reisebedingungen mitzunehmen. Sollte dann ein Mangel auftauchen, kann nochmals nachgelesen werden, wie im konkreten Fall vorzugehen ist.

Selbsthilfe und Preisminderung

Sollte der Mangel nicht innert angemessener Frist behoben

werden, dann stehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten zur Verfügung. 1. Der Kunde kann sich mit dem Mangel abfinden und nach der Rückkehr einen Teil des Arrangementpreises vom Reisebüro zurückverlangen. 2. Der Kunde kann selbst für Abhilfe sorgen und den Mangel beseitigen, aber nur, wenn dies vorher angedroht worden ist. Für die entstandenen Mehrkosten kann der Kunde vom Reisebüro eine Rückerstattung verlangen. Wichtig hierbei ist, dass die Quittungen für die Mehrauslagen entsprechend aufbewahrt worden sind und der Mangel mit Beweisen gegenüber dem Reisebüro dokumentiert werden kann.

Beschwerde beim Reisebüro

Nach der Rückkehr gilt es, sich zusätzlich umgehend beim Reisebüro zu beschweren. Der Mangel muss so detailliert wie möglich beschrieben werden und entsprechende Kopien der gesammelten Beweise sollten der Beschwerde ebenfalls beigelegt werden. Die meisten Reisebedingungen enthalten auch Fristen, bis wann ein Mangel dem Reisebüro gemeldet werden muss.

Sollte der Mangel durch Selbsthilfe beseitigt worden sein, so kann Schadenersatz für die Mehrauslagen verlangt werden. Dafür sind die entsprechenden Quittungskopien beizulegen. Schwieriger zu beurteilen ist jedoch der Minderwert des Arrangements aufgrund des Mangels. Anhaltspunkte dazu liefert die sogenannte «Frankfurter Tabelle zur Preisminderung». Diese Tabelle wurde vom Landgericht Frankfurt entwickelt und gibt in Prozentsätzen an, wie gross der Minderungsanspruch aufgrund des Mangels ist. Die Frankfurter Tabelle ist in Deutschland nicht unumstritten und für die Schweiz entfaltet sie keine rechtlich bindende Wirkung. Sie bietet jedoch einen guten Anhaltspunkt, womit man als Rückerstattung rechnen kann und die Tabelle ist leicht übers Internet zu finden.

Ombudsman der Schweizer Reisebranche

Während sich deutsche Gerichte regelmässig mit unzufriedenen Urlaubern beschäftigen und dabei auch bizarre Fälle beurteilen müssen, ist dies in der Schweiz viel seltener der Fall. So forderte ein Deutscher Tunesien-Tourist eine Preisermässigung von 35 Prozent, weil im Fünf-Sterne-Hotel auch «einfach strukturierte Gäste» aus dem benachbarten überbuchten Drei-Sterne-Hotel untergebracht waren. Diese seien zum Abendessen in Badekleidung erschienen, hätten Körpergeruch ausgestrahlt und gerülpst. Das Amtsgericht Hamburg sah darin keine erhebliche Beeinträchtigung des Ferienenusses und wies die Klage ab.

Mehr Glück hatte ein deutscher Teilnehmer einer Karibik-Kreuzfahrt. Das Landgericht Frankfurt stimmte einer Rückerstattung von 25 Prozent des Arrangementpreises zu, weil an Bord des Schiffes vorwiegend Schweizer Folkloregruppen auftraten. Den «Veranstaltungen mit schweizerischem Volkscharakter (Jodeln, Alphornblasen, Trachtentänze, Chörli-Singen, Blasmusik etc.)» habe der deutsche Teilnehmer nicht ausweichen können, befand das Gericht.

Der Grund dafür, dass Schweizer Gerichte sich viel seltener mit unerfüllten Urlaubsträumen auseinandersetzen müssen liegt darin, dass es in der Schweiz seit 1990 einen Ombudsman der Schweizer Reisebranche (<http://www.ombudsman-touristik.ch>) gibt. Er dient als Vermittler bei Unstimmigkeiten zwischen dem Kunden und Schweizer Reiseunternehmen. Ziel des Ombudsman ist es, eine einvernehmliche, aussergerichtliche Lösung für den Reiseveranstalter und den unzufriedenen Urlauber zu finden. Er ist dabei absoluter Neutralität verpflichtet. Besonders hervorzuheben ist, dass die Vermittlung durch den Ombudsman für den unzufriedenen Urlauber kostenlos ist.

Eine Vermittlung durch den Ombudsman soll erst dann anbegehrt werden, wenn eine Beschwerde des Reisenden vom Reiseveranstalter nicht oder nicht befriedigend erledigt werden konnte. Der Ombudsman selbst hat keine Weisungsbefugnis. Er erarbeitet aber Empfehlungen mit dem Ziel, dass diese von beiden Parteien akzeptiert werden.

Gerichtlicher Weg

Anstelle des Ombudsman kann auch der gerichtliche Weg beschritten werden. Allerdings ist auch hierbei in aller Regel zuerst ein Schlichtungsverfahren zu durchschreiten, bevor man tatsächlich ans Gericht gelangt. Das ganze Verfahren ist auch entsprechend mit Kosten verbunden. Selbst wenn der unzufriedene Kunde glaubt, im Recht zu sein, muss das nicht unbedingt der Fall sein.

Wenn keine Pauschalreise vorliegt – Vorsicht bei Einzelbuchungen

Vor allem durch das Internet ist es für jeden Urlauber einfach geworden, Einzelleistungen kostengünstig zu buchen. Dies kann gegenüber dem Gang ins Reisebüro erhebliche Einsparungen bringen, jedoch muss man sich auch der jeweiligen Gefahren bewusst sein. Wird zum Beispiel eine Flugreise für verschiedene Reiseabschnitte über verschiedene Fluggesellschaften gebucht, dann besteht die Gefahr, dass bei Verspätung oder Annullation eines Fluges sehr grosse Folgekosten für die nachfolgenden, individuell gebuchten Leistungen zu bezahlen sind. Der Grund liegt darin, dass bei jeder selbstgebuchten Leistung nur ein Vertrag bezüglich der individuellen Leistungen abgeschlossen wird. Der Leistungsträger ist sodann nur für diese Leistung haftbar und er muss keine Rücksicht darauf nehmen, ob es sich bei seinem Teil um einen Anschlussflug handelt und ob der Kunde durch Verspätung eines anderen Fluges den Anschluss verpasst.



M.A. HSG in Law
Stephan Jau
Rechtsanwalt
Wil

Auch wenn das Buchen via Internet einfach geworden ist, so birgt es gegenüber einem Reisebüro noch weitere Tücken. Dies musste ein Deutscher erfahren, der für sich und seine Familie einen Flug nach San Jose, Kalifornien, buchen wollte. Irrtümlicherweise buchte der Mann aber Tickets nach San Jose, Costa Rica. Den Aufpreis für das Umbuchen wollte er vom Internet-Fluganbieter zurückerhalten, doch beim Landgericht München blitzte er ab. «Wer über das Internet bucht», so die Richter, «nutzt Vorteile, lässt sich dabei aber auch auf bestimmte Risiken ein.» Dazu gehöre, dass sich der Kunde «verkllicken» könne. ■

Kernpunkte

Vor der Reise:	<ul style="list-style-type: none"> ■ Reisebedingungen im Gepäck mitführen.
Nach Entdeckung des Mangels:	<ul style="list-style-type: none"> ■ Reisebedingungen konsultieren. ■ Umgehend Reiseleitung vor Ort informieren und auf Behebung des Mangels pochen und gegebenenfalls auch Selbsthilfe androhen. ■ Eventuell auch Reisebüro in der Schweiz in Kenntnis setzen.
Falls Mangel nicht behoben wird:	<ul style="list-style-type: none"> ■ Beweise sammeln. ■ Mangel schriftlich von Reiseleitung vor Ort bestätigen lassen. ■ Eventuell Mangel selbst beseitigen (für Mehrkosten Quittungen aufbewahren).
Nach Rückkehr:	<ul style="list-style-type: none"> ■ Beschwerde beim Reisebüro einreichen und Rückerstattung von Mehrkosten und Preisminderung fordern. ■ Fristen gemäss Reisebedingungen beachten.
Rechtsweg beschreiten:	<ul style="list-style-type: none"> ■ Sollte auch beim Ombudsman keine Lösung gefunden werden können, dann kann der Rechtsweg beschritten werden. ■ Der Weg über den Ombudsman ist nicht zwingend.



XJ

EIN KOMPROMISSLOSES STATEMENT ZU ELEGANZ UND SPORTLICHEM LUXUS.

Elegante Sportlichkeit in einem revolutionären Design, ausgestattet mit der stärksten und effizientesten Motorengeneration von JAGUAR aller Zeiten: Erleben Sie die faszinierende Neuauflage des Klassikers, die alle Erwartungen übertrifft – jetzt bei uns auf einer Probefahrt. Wir freuen uns auf Sie!

- Hocheffizienter 3.0-V6-Diesel mit 7.0-l-Verbrauch/100 km
- Sportlicher 5.0-V8-Benziner mit oder ohne Kompressor
- Revolutionäres und selbstbewusstes Design
- Modernes Luxus-Interieur mit edlem Leder und feinsten Hölzern
- Aluminium-Leichtbauweise aus der Luft- und Raumfahrttechnik

THIS IS THE NEW **JAGUAR**



Ihr Fachmann
seit 1924.

Emil Frey AG Autopark Ruga St. Gallen

Molkenstrasse 3-7, 9006 St. Gallen, Telefon 071 228 64 64
www.emil-frey.ch/autopark

11-109-SG

Abgebildetes Modell: XJ 3.0-V6-Diesel Luxury ab CHF 115 000.–, Normverbrauch 7.0 l/100 km, CO₂-Emissionen: 184 g/km (Durchschnitt aller Neuwagen in der Schweiz: 204 g/km), Energieeffizienzklasse B.

BadeWelten

DIE BADARCHITEKTEN

BADARCHITEKTUR UND DIE WELT DES BADES

BERATUNG & DESIGN
Da sind wir stark!

9200 Gossau | Andwilerstrasse 32
9100 Herisau | Poststrasse 1
9000 St.Gallen | St.Jakobstrasse 64

Telefon 071 388 87 88 | info@schwizer-haustechnik.ch
www.schwizer-haustechnik.ch



Zeitgemässe Verwandtenunterstützungspflicht

Bis ins 19. Jahrhundert waren in erster Linie die Verwandten für die Unterstützung armer Personen zuständig. Die familiäre Unterstützungspflicht beschränkte sich dabei nicht nur auf den engsten Familienkreis. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurden in das neu geschaffene Zivilgesetzbuch erstmals zwei Artikel zur Verwandtenunterstützung aufgenommen und diese damit einheitlich geregelt. Seit der Nachkriegszeit verlor die Verwandtenunterstützung an Bedeutung, einerseits durch den Ausbau der Sozialversicherungen, andererseits aufgrund der sozialen Entwicklung, welche die Familienbande zusehends lockerer werden liess. Diesen Entwicklungen hat der Bundesgesetzgeber auf den 1. Januar 2000 Rechnung getragen, indem er die Unterstützungspflicht der Geschwister abschaffte und die Leistungspflicht der Verwandten in gerader Linie an das Kriterium der «günstigen Verhältnisse» knüpfte. Was unter günstigen Verhältnissen zu verstehen sei, blieb jedoch vorerst offen. Nachdem das Bundesgericht mit Entscheid 5C.186/2006 im Jahr 2007 diese «günstigen Verhältnisse» näher definiert hatte, erachtete die Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) den Zeitpunkt für richtig, um ihre Richtlinien, die für die Sozialhilfe in allen Kantonen wegleitend sind, entsprechend anzupassen.

Grossverdienende und Wohlhabende in der Pflicht

In der früheren Praxis wurden nicht nur gutverdienende Verwandte, sondern oft auch Verwandte des unteren Mittelstandes in die Pflicht genommen, ungeachtet deren ohnehin

schon grossen Belastung. Das Bundesgericht hielt in seiner jüngeren Rechtsprechung fest, dass die Praxis mancher Behörden zu restriktiv sei und setzte in einzelnen Fällen ein Mindesteinkommen als Mindestvoraussetzung für die Verwandtenunterstützungspflicht fest. Die neuen SKOS-Richtlinien orien-

tieren sich an der aktuellen Rechtsprechung und bestimmen als Voraussetzung für die Geltendmachung der Verwandtenunterstützungspflicht Einkommensgrenzen, die deutlich höher als bisher sind. Damit wird die Verwandtenunterstützung faktisch auf Gutverdienende und Wohlhabende einge-



schränkt. Allerdings bleibt zu betonen, dass die SKOS-Richtlinien zur Verwandtenunterstützung nur in jenen Kantonen verbindlich sind, die dies ausdrücklich vorsehen. Dennoch sind sie in der Praxis als Richtschnur auch in den übrigen Kantonen von erheblicher Bedeutung und werden auch von Gerichten in Urteilsbegründungen oft herangezogen.

Voraussetzung zur Pflicht

Unterstützungspflichtig sind nach Art. 328 f. ZGB Verwandte in auf- und absteigender Linie, also Kinder, Eltern oder Grosseltern. Für Geschwister, Stiefeltern und Stiefkinder besteht keine Unterstützungspflicht. Von den Verwandten in auf- und absteigender Linie sind wiederum nur diejenigen Personen unterstützungspflichtig, die in «günstigen Verhältnissen leben». Die SKOS-Richtlinien sehen seit 1. Januar 2009 als Richtschnur für die Prüfung der Beitragspflicht ein steuerbares Einkommen von 120'000 Franken für Alleinstehende und für Verheiratete von 180'000 Franken vor. Für jedes minderjährige oder sich in Ausbildung befindende Kind ist ein Zuschlag von 20'000 Franken vorgesehen.

Vom Vermögen werden 250'000 Franken für Alleinstehende und 500'000 Franken für Verheiratete abgezogen, zuzüglich eines Zuschlages von 40'000 Franken je minderjährigem oder sich in Ausbildung befindlichem Kind. Der verblei-

bende Betrag wird aufgrund der durchschnittlichen Lebenserwartung auf Jahresbeträge umgerechnet und zum Einkommen gezählt. Mit dieser Regelung wird dem Grundsatz Rechnung getragen, dass die eigene Altersvorsorge der Verwandtenunterstützung vorgeht. Auf Seiten der unterstützungsbedürftigen Person ist eine Notlage Voraussetzung. In einer solchen befindet sich, wer das zum Lebensunterhalt Notwendige nicht mehr aus eigener Kraft beschaffen kann. Dabei spielen die Gründe für die Notlage keine Rolle. Hingegen muss die Unterstützung für die pflichtige Person zumutbar sein (Billigkeit im Sinne von Art. 329 Abs. 2 ZGB), was unter Umständen nicht gegeben ist, wenn beispielsweise jahrelang schon kein Kontakt mehr bestand.

Umfang und Dauer der Unterstützungspflicht

Der Unterstützungsanspruch bemisst sich nach dem sozialen Existenzminimum und umfasst in der Regel Nahrung, Kleidung, Wohnung sowie ärztliche Betreuung, kann aber je nach den gegebenen Umständen weitere Mittel beinhalten. Das soziale Existenzminimum bildet zugleich die obere Grenze der Unterstützungspflicht. Mehr kann unabhängig von Einkommen und Vermögen der pflichtigen Person nicht eingefordert werden. In zeitlicher Hinsicht besteht die Unterstützungspflicht, bis die unterstützte Person ihren Lebensunterhalt wieder selber bestreiten kann. Bei einer teilweisen Verbesserung der finanziellen Situation der bedürftigen Person ist eine Herabsetzung der Unterstützung möglich.

Geltendmachung

Bedürftige Personen können grundsätzlich direkt an ihre gutverdienenden oder wohlhabenden Verwandten gelangen. Dies geschieht jedoch nur selten. In der Praxis erfolgt die Geltendmachung meistens durch das Gemeinwesen, das Sozialhilfeleistungen ausgerichtet hat.

Kommt die Sozialhilfe für den Lebensbedarf der bedürftigen Person auf, geht der Anspruch auf Verwandtenunterstützung auf diese über. Die Unterstützungsleistung ist in der Reihenfolge der Erbberechtigung geltend zu machen (Art. 329 Abs. 1 ZGB). Grundsätzlich wird der Anspruch auf dem Verhandlungsweg geltend gemacht. Kommt keine Einigung zustande, kann der Anspruch auf dem Weg der Klage beim Zivilgericht, im Kanton St. Gallen beim Kreisgericht, geltend gemacht werden. Dieses Urteil kann wiederum beim Kantonsgericht, dasjenige zweiter Instanz beim Bundesgericht angefochten werden. Der Richter hat bei seinem Entscheid sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen und eine den besonderen Verhältnissen angepasste Lösung zu finden. Die Gerichtsentscheide zeigen die Vielfalt der Fragestellungen und Schwierigkeiten konkreter Fälle auf. Im Jahre 2005 beispielsweise (BGE 132 III 97) befasste sich das Bundesgericht mit dem Umfang der Verwandtenunterstützung. Es hielt fest, die Verwandtenunterstützung dürfe nicht weiter gehen als die Sozialhilfe, müsse aber mindestens den etwas tieferen, betriebsrechtlichen Notbedarf gewährleisten. Mit Bezug auf die Zumutbarkeit in persönlicher Hinsicht befand das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2002 (5C.298/2001), bei einer ohne Verschulden des Vaters über 20 Jahre nicht gelebten Vater-Sohn-Beziehung erscheine eine Heranziehung des Vaters zur Unterstützung des Sohnes als unbillig. In einem neueren Entscheid (BGE 136 III 1) hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob bei einer einmaligen Leistung die Verwandtenunterstützungspflicht anders zu berechnen sei als bei Dauerleistungen. Es kam zum Schluss, die einmaligen Kosten für eine Entwöhnungstherapie seien anders zu beurteilen als beispielsweise dauerhafte Unterstützungsleistungen für Langzeitpflege, weshalb eine Umrechnung des Vermögens in ein Dauereinkommen

«Von den Verwandten in auf- und absteigender Linie sind nur diejenigen Personen unterstützungspflichtig, die in günstigen Verhältnissen leben.»

nicht sachgerecht sei. Der Fall wurde zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

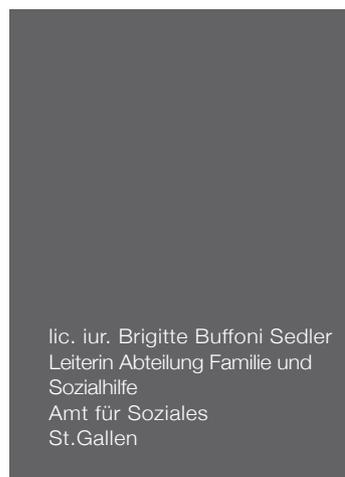
Bedeutung im Kanton St.Gallen

In wie vielen Fällen gestützt auf die Art. 328 und 329 ZGB die Verwandtenunterstützung direkt bei Verwandten geltend gemacht wird, ist nicht bekannt. Es ist anzunehmen, dass dies nur wenige sind. Hingegen liegen mehr Informationen vor, soweit die Verwandtenunterstützung durch die Sozialhilfe geltend gemacht wird. Wie in mehreren anderen Kantonen sind die SKOS-Richtlinien im Kanton St.Gallen nicht rechtsverbindlich. Die Anwendung der SKOS-Richtlinien wird allerdings sowohl von der St.Gallischen Konferenz für Sozialhilfe (KOS) wie auch vom Kanton empfohlen und hat eine grosse Bedeutung in der Praxis. Die Sozialämter und Sozialen Dienste, die für die Sozialhilfe und deshalb auch für die Geltendmachung der Verwandtenunterstützung zuständig sind, berücksichtigen die Richtlinien im Sinne einer Richtschnur, wobei sie frei sind, im Einzelfall davon abzuweichen. Im Jahr 2009 wurden gemäss Sozialhilfestatistik im Kanton St.Gallen insgesamt 17 Dossiers mit Verwandtenunterstützungen registriert. Die Spannweite der monatlichen Unterstützung durch Verwandte reichte von

100 Franken bis 2'785 Franken. Nüchtern betrachtet ist festzuhalten, dass die Bedeutung der Verwandtenunterstützung gering ist, kam sie doch 2009 in nur 0.4 % aller finanzielle Sozialhilfe beziehenden Haushalte zur Anwendung. Sie wird auch nicht von allen Sozialämtern und Sozialdiensten systematisch geprüft, denn der Aufwand für die Abklärung und die Geltendmachung von Verwandtenunterstützung ist erheblich, weshalb diesen zu betreiben sich für die Sozialhilfe nur in wenigen Fällen rechnet. Die finanzielle Entlastung für das Gemeinwesen ist zudem bescheiden.

Ausblick

Die Berechtigung der Verwandtenunterstützung wird mehr und mehr in Frage gestellt. Haupterwände sind die höhere Lebenserwartung mit entsprechendem Pflegefallrisiko im Alter, aber auch Veränderungen in den familiären Verhältnissen, insbesondere der Lockerung des familiären Zusammenhalts in der modernen Gesellschaft. Eine erzwungene Familiensolidarität wird zunehmend als problematisch angesehen, zumal bei intakten Familienverhältnissen davon ausgegangen werden darf, dass die Verwandtenunterstützung in vielen Fällen auch ohne gesetzlichen Zwang funktioniert. Schliesslich trägt auch die unterschiedliche Handha-



lic. iur. Brigitte Buffoni Sedler
Leiterin Abteilung Familie und
Sozialhilfe
Amt für Soziales
St. Gallen



bung in den Kantonen weiter zur Kritik bei. Dennoch hat die Verwandtenunterstützung im Zusammenhang mit den knapper gewordenen Finanzhaushalten wieder an Bedeutung gewonnen. Auch der Entscheid des Gesetzgebers vor etwas mehr als zehn Jahren, an der Unterstützungspflicht wenigstens für Verwandte in auf- und absteigender Linie festzuhalten, ist zu beachten. Es liegt letztlich in der Hand der rechtsanwendenden Behörden, welche Bedeutung der Verwandtenunterstützung in Zukunft beigemessen wird, beispielsweise durch die Festsetzung der Grenzwerte für die Prüfung der Beitragsfähigkeit oder der Auslegung des Begriffs der Unbilligkeit nach Art. 329 Abs. 2 ZGB im Rahmen ihres Ermessens. ■



Golf Gonten AG · 9108 Gonten · T 071 795 40 60 · www.golfplatz.ch

Spielend erholen...

Die traumhafte 18-Loch-Anlage des Golfplatzes Gonten in idyllischer Moorlandschaft mit Ausblick in den Alpstein bietet auch für Einsteiger idealste Bedingungen. Egal, ob Sie Club-Mitglied sind oder nicht, ob Sie regelmässig oder selten spielen, ob Sie Anfänger oder Profi sind: Auf dem Golfplatz Gonten interessiert einzig Ihre Faszination für diesen wunderbaren Sport – **Schwingen Sie sich frei vom Alltag!**



- › Golf-Einsteigerpaket mit Möglichkeit zur Platzreise! Ab Fr. 780.- pro Person
- › attraktive Greenfees
- › Gäste sind auch am Wochenende herzlich willkommen

IMPRESSUM

Herausgeber
St.Gallischer Anwaltsverband SGAV
Postfach 1829
9001 St.Gallen
tel. 071 227 10 20
fax. 071 227 10 21
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
fax. 071 844 12 92
info@hapr.ch

Layout
masterline grafik & design
Lukasstrasse 18
9008 St.Gallen
tel. 071 310 13 33
fax. 071 310 13 31
info@masterline.ch
www.masterline.ch

Inserateverwaltung
MetroComm AG
Zürcherstrasse 170
9014 St.Gallen
tel. 071 272 80 50
fax. 071 272 80 51
info@metrocomm.ch
www.metrocomm.ch

Erscheinungsweise
3x pro Jahr

Auflage
5'100 Exemplare

Druck
Schmid-Fehr AG
9403 Goldach

Aus dem Bundesgericht

Busse für leeren Tank

Der Automobilist war mit seinem Wagen an einem Novemberabend 2008 auf der Autobahn von Basel Richtung Zürich gefahren. Bei Ebikon AG blieb sein Fahrzeug mit leerem Tank auf der Fahrbahn stehen, da an dieser Stelle wegen Bauarbeiten kein Pannestreifen vorhanden war.

Das Aargauer Obergericht büsste den Autolenker ein Jahr später wegen «Führens eines nicht betriebssicheren Fahrzeugs» mit 300 Franken Busse. Das Bundesgericht hat diesen Entscheid nun bestätigt und die Beschwerde des Betroffenen abgewiesen.

Laut dem Urteil ist genügend Treibstoff von grosser Bedeutung für die Verkehrssicherheit. Fehlendes Benzin schränke nicht nur den ordnungsgemässen Betrieb des Fahrzeuges ein, sondern bringe es in aller Regel auch innert kurzer Zeit zum Erliegen.

Es seien ohne Weiteres Situationen denkbar, in denen mangels Benzin die Verkehrsregeln nicht mehr befolgt werden könnten. Die Sorge um genügend Treibstoff gehöre zur Unterhaltspflicht.



Diese Aufgabe könne mit einem Blick auf die Treibstoffanzeige erfüllt werden.

Wer dies nicht tue und mit einem nur ungenügend befüllten Wagen unterwegs sei, schaffe eine zumindest abstrakte Gefahr. Dies sei als Übertretung strafbar, unabhängig davon, ob tatsächlich eine Verkehrsregel verletzt worden sei.

Keine Rolle spielt es laut Bundesgericht im Übrigen, dass das Gesetz keine explizite Vorschrift zum Betanken enthält. Regeln zum Befestigen der Räder würden ebenso fehlen, trotzdem müssen sie so angeschraubt sein, dass sie während der Fahrt nicht abfallen würden. ■

Urteil 6B_1099/2009 vom 16. Februar 2010

«ALLES WAS RECHT IST»

gesammelt von RA Bruno A. Hubatka

■ «Angeklagter», wettete der Richter, «Sie haben dem Opfer einen Bierkrug auf den Kopf gehauen! Wissen Sie was darauf steht?» - «Ja, Euer Ehren: Zur Erinnerung an schöne Stunden!»

■ Der Gerichtsvorsitzende ermahnt den Angeklagten: «Sie dürfen nur sagen, was Sie selbst gesehen haben und nicht das, was Sie nur vom Hörensagen kennen!» Der Angeklagte: «Jawohl!» Der Richter: «Gut, wann

sind Sie geboren?» Der Angeklagte schweigt. Fragt der Richter wieder: «Wann sind Sie geboren, Angeklagter?» Der Angeklagte: «Das darf ich doch nicht sagen, ich kenne es nur vom Hörensagen!»

■ Der Richter fragt: «Herr Verteidiger, haben Sie noch etwas zugunsten des Angeklagten vorzubringen?» - «Ja, Euer Ehren, mein Mandant ist schwerhörig und kann daher auch nicht die Stimme seines Gewissens hören!»

■ Der Richter zornig: «Angeklagter, warum erzählen Sie heute einen ganz anderen Sachverhalt als gestern?» Der Angeklagte: «Sie haben mir gestern ja schon nicht geglaubt!»

■ Der Richter zum Angeklagten: «Sie sollten langsam versuchen, ein anderer Mensch zu werden!» - «Aber das habe ich doch versucht. Es hat mir sechs Monate wegen Urkundenfälschung und Amtsanmassung gebracht!»

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

Von Anfang an klar: Küche und Bad von Sanitas Troesch.



Besuchen Sie unsere Ausstellung an der Simonstrasse 5 in 9016 St. Gallen, Telefon 071 282 55 55. www.sanitasstroesch.ch

**SANITAS
TROESCH**

Das führende Haus für Küche und Bad



Service



Nutzfahrzeuge



PORSCHE

Mein Auto habe ich
schon öfters gewechselt.

Meine Garage nie.



City-Garage AG
Zürcher Str. 162
9001 St.Gallen
Tel. 071 274 80 74

Porsche Zentrum
Zürcher Str. 160

Occasions-Zentrum
Zürcher Str. 505

Parkgarage + Europcar
St.Leonhard-Str. 35

weitere Filialen in:

Goldach
St.Galler Str. 76

Heiden
Gerbestr. 8

Wil
Rainstr. 7

Rickenbach
Breitestr. 3

www.city-garage.ch