



St.Gallischer Anwaltsverband
SGAV

mandat

Nr. 1 / Mai 2010

Die Klientenschrift des St.Gallischen Anwaltsverbandes SGAV

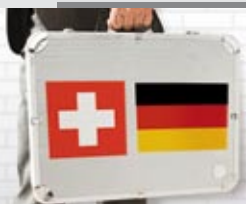
THEMA

Vermittlung im
Kanton St.Gallen 3

RECHT & UNTERNEHMUNG



Urheberrecht im Internet 7



Agent oder Handels-
vertreter? 11

Unternehmensnachfolge 17

RECHT & PRIVAT

Collaborative Law 23

«RECHT- ECK»

Reiche schneller im
Strafregister 26

Jugendgewalt im Spannungsfeld zwischen Schule und Elternhaus

Fällt ein Jugendlicher in der Öffentlichkeit unangenehm auf, sei es durch verbale Attacken oder bei Sachbeschädigungen, wird oft zuerst die Frage gestellt: «Wo geht er in die Schule?», nicht etwa: «Wer ist seine Familie?». Der Ruf nach mehr Autorität der Lehrpersonen wird laut. Man schiebt die Verantwortung gern der Schule zu und das vielfach lauthals auch von Eltern, die ihre Erziehungspflichten arg vernachlässigen.

Die Verantwortung der Lehrerinnen und Lehrer wird bei Gewalttaten und Drohungen in der Schule selber oder in deren Umfeld besonders hervorgehoben. Tatsächlich erfüllt die Schule auch eine Erziehungsaufgabe. Die primäre Verantwortung für die Erziehung liegt aber bei den Eltern. Die Schule *unterstützt* die Eltern in der Erziehung des Kindes; sie spielt also eine sekundäre Rolle. Leider sieht das in der Realität zu oft anders aus. Die Schule springt notgedrungen in die Lücke und riskiert dabei nicht selten, dass sie von den Erziehungsverantwortlichen nicht nur keine Unterstützung erhält, sondern dass diese ihnen bei disziplinarischen Anordnungen gar in den Rücken fallen.

Dr. Hermann Blöchliger ist als Direktor des Schulpsychologischen Dienstes für die Krisenintervention in den St.Galler Schulen verantwortlich. Er stellt fest, dass die Kinder in den heutigen Familien zuweilen als kleine «Prinzen und Prinzessinnen» gehalten wer-

EDITORIAL

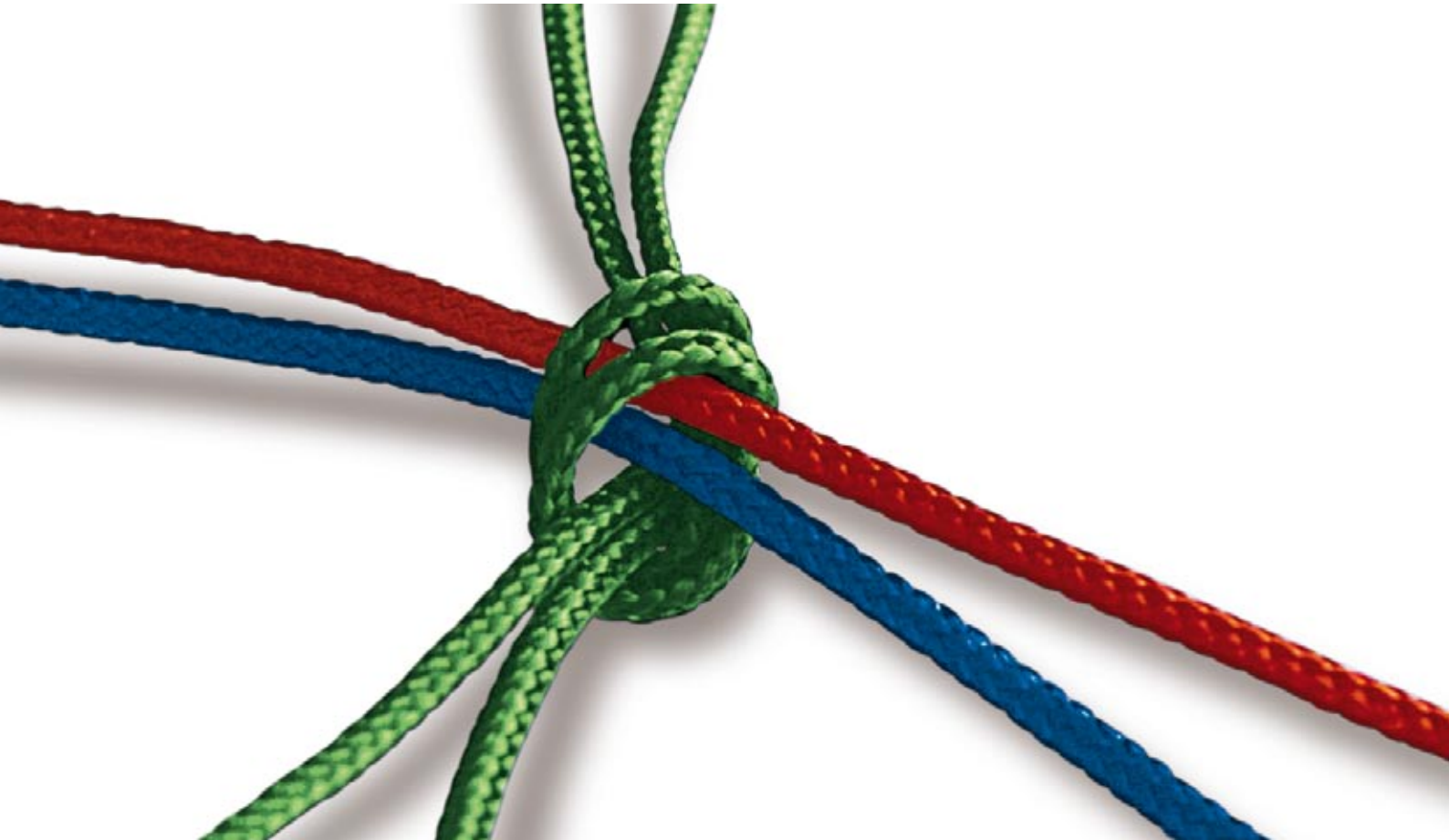
Werner Stauffacher
Generalsekretär BLD a.D.
Präsident des Schul-
psychologischen Dienstes
des Kantons St.Gallen



den. Lob und Anerkennung werden auf Vorrat verteilt, ohne dass eine Leistung vorausgesetzt wird. Und wenn das dann in der Schule nicht gleich läuft, fühlen sie sich unverstanden oder gar ausgegrenzt.

In solchen Situationen können Rachegefühle entstehen, die sich unkontrolliert zur Ausgangslage für Gewaltvorfälle oder gar Amokläufe entwickeln, glücklicherweise in den meisten Fällen *nur* in der Phantasie. In Gesprächen mit den Beteiligten kann die Gefährlichkeit einer Situation eingeschätzt werden. Genügen präventive Massnahmen nicht, sind die Polizei und die Justiz einzuschalten. Diese werden im Rahmen des Jugendstrafrechts tätig. Dazu bleibt allerdings kritisch anzumerken, dass die Jugendstrafrechtspflege weder dem heutigen Täterprofil entspricht, noch für die zu beurteilenden Straftaten ausreicht.

Kinder und Jugendliche loten Grenzen aus. Grenzen machen nur dann Sinn, wenn Überschreitungen sanktioniert werden. Das muss den Heranwachsenden erklärt werden. Blosses Autoritätsgebaren der Erwachsenen genügt nicht. ■



«Weniger ist mehr»

Neuorganisation der Vermittlung im Kanton St.Gallen

Justizreform: Neu seit Juni 2009

Auf den 1. Juni 2009 hat sich die gesamte Gerichtsorganisation im Kanton St.Gallen massgeblich verändert. Mit dem JA des St. Galler Stimmvolkes am 1. Juni 2008 zum IV. Nachtrag zum Gerichtsgesetz wurde der kantonalen Justizreform grünes Licht erteilt. Nicht unwesentlich davon betroffen war die Organisation der Schlichtungsbehörden, namentlich der Vermittlung. In- nert Jahresfrist musste organisiert, gewählt und gesetzliche Grundlagen erlassen werden.

Aus 76 Vermittlerämtern wurden 19 Vermittlungskreise

Die (neu) sieben Kreisgerichte teilten ihre Gerichtskreise in insgesamt 19 Vermittlungskreise ein und wählten dafür 19 Vermittlerinnen und Vermittler und 16 Stellvertreterinnen und Stellvertreter (siehe www.gerichte.sg.ch). Vorher waren im ganzen Kanton ein- hundert durch Volkswahl be- stimmte Personen für insge- samt 76 Vermittlerämter tätig,

die durch die politischen Ge- meinden organisiert und fi- nanziert wurden. Mit der Neu- organisation gingen die Vermittlerämter an den Kan- ton über. Vorbehalten bleibt weiterhin die Pflicht der Ge- meinden zur unentgeltlichen Überlassung von angemesse- nen Räumen für den Vermitt- lungsvorstand und für die Verhandlungen der Schlich- tungsstellen. Mit Ausnahme von sechs Neubewerbungen wurden die Vermittlungskreise mit bisherigen Vermittlerinnen

und Vermittlern besetzt. Ge- wählt wurden diese von den Kreisgerichten. Die Amtsdau- er beträgt neu - wie beim Ge- richt - sechs Jahre (bisher vier Jahre) und dauert aktuell von 2009 bis 2015. Die Aufsicht liegt bei den Kreisgerichten. Die Vermittlerin und der Ver- mittler führt, mit Ausnahme in der Stadt St.Gallen, im Ne- ben- oder Teilzeitamt Schlich- tungsverfahren durch, soweit nicht besondere Schlichtungs- stellen dafür zuständig sind.

Vermittlungsverfahren ist kostengünstig, volkssnah und effizient

Die Zusammenlegung der Ver- mittlerämter führt naturge- mäss zu mehr Praxiserfahrung des einzelnen Vermittlers oder der Vermittlerin. Als ihre Hauptaufgabe steht weiterhin

«Durchschnittlich werden 50 bis 60 Prozent aller Klagen auf Vermittlungsstufe erledigt. Die Arbeit der Vermittlerin und des Vermittlers ist sehr wirtschaftlich, volksthunlich und effizient.»

im Zentrum, mit den Parteien in möglichst vielen zivilrechtlichen und privatstrafrechtlichen Streitigkeiten eine vergleichsweise Lösung ihrer Probleme zu finden. Ganz im Sinne der über zweihundertjährigen, schweizerischen Tradition, zwischen zwei zerstrittenen Parteien Frieden zu stiften. Im Zuge der eidgenössischen Justizreform, zu der Volk und Stände im Jahre 2000 JA gesagt haben, wurde an der Institution des Vermittlers und der Vermittlerin ausdrücklich festgehalten. Sie wurde in die Schweizeri-

sche Zivilprozessordnung ZPO aufgenommen, die am 1. Januar 2011 in Kraft treten wird. Damit ist gewährleistet, dass auch weiterhin – im wahrsten Sinne des Wortes – Vermittelnde mit neutraler, unabhängiger Grundhaltung tätig sind und dass ein zügiges, kostengünstiges Verfahren ohne lange Wartefristen möglich ist. Dafür sind Einfühlungsvermögen und Fingerspitzengefühl gefragt. Nutzen davon haben neben den Parteien auch die Gerichte, die sich dank der Institution der Schlichtungsbehörden mit weniger Streitfällen auseinandersetzen müssen. Durchschnittlich werden nach wie vor 50 bis 60 Prozent aller Klagen auf Vermittlungsstufe erledigt. Kurz gesagt, die Arbeit der Vermittlerin und des Vermittlers ist sehr wirtschaftlich, volksthunlich und effizient. Die gefundene Lösung, so zum Beispiel ein Vergleich,

eine Klageanerkennung oder ein in Rechtskraft erwachsener Urteilsvorschlag (möglich bis CHF 5000.-), ist nachhaltig und hat die Wirkung eines rechtskräftigen Gerichtsurteils.

Gesetzliche Anpassungen

Verschiedene gesetzliche Vorgaben wurden im Zuge der Neuorganisation angepasst. So dürfen sich die Parteien gemäss Art. 141 ZPO seit Oktober 2008 am Vermittlungsvorstand verbeiständen, d.h. begleiten lassen. Dies macht sicher Sinn, ist aber im Gegenzug je nach Fall mit einigem Mehraufwand für die Vermittlerämter verbunden. Neu ist das Recht der beklagten Partei, eigenständig am Vorstand Klage zu erheben, was jedoch von kurzer Dauer sein wird, weil mit der schweizerischen ZPO davon wieder Abstand genommen wird. Weiter wurde der Gerichtskostentarif am 19. Mai 2009 angepasst, der die Vermittlergebühr auf CHF 100.- bis 300.- festlegt, was seinerseits Auswirkung auf die Gebühren der Vermittlerämter hat. Die Entschädigung der Vermittlerinnen und Vermittler mittels Fall- und Jahrespauschale (Festanstellung ausgenommen) wurde in der Entschädigungsverordnung vom 19. Mai 2009 geregelt. Das Vermittlerhandbuch wurde vom Kantonsgericht in Zusammenarbeit mit dem Dachverband der Vermittlervereinigungen überarbeitet.

Im Privatstrafklageverfahren ist gemäss Bundesrechtspraxis besonders darauf zu achten, dass bei Vergehen gegen die Ehre der Fall innert der Antragsfrist von drei Monaten beim Gericht eingeschrieben sein muss. Die blosser Einreichung des Vermittlungsbegehrens genügt also nicht. Bei anderen Antragsdelikten, die in das Privatstrafklageverfahren verwiesen werden, wird das Verfahren durch Einreichung des Strafantrags bei der Polizei oder der Staatsan-

walterschaft eingeleitet. Anschliessend stellt der Untersuchungsrichter die Verweisungsverfügung aus, die innert Frist beim Vermittleramt einzureichen ist. Obwohl solche Fälle in Kürze (Januar 2011) aus dem Aufgabenbereich der Vermittlerin und des Vermittlers wegfallen, führen die Fristen noch immer zu Verunsicherung und Problemen.

Neu nur noch ein Vermittlerverband auf kantonaler Ebene

Es liegt auf der Hand, dass die Neuorganisation und die markante Reduzierung der Zahl Vermittlerinnen und Vermittler auch Auswirkungen auf die Verbandsorganisation hatten. So haben in einem historischen Schritt am 14. November 2009 in Rapperswil-Jona die 78-jährige Vermittlervereinigung Toggenburg-Wil-Gossau, die 59-jährige Vermittlervereinigung Rheintal-Werdenberg, die Vermittlervereinigungen Sarganserland-Gaster-See und St.Gallen-Rorschach mit dem Dachverband der vier Vereinigungen fusioniert und einen neuen «*Verband der Vermittlerinnen und Vermittler des Kantons St.Gallen*» gegründet. 44 Mitglieder und Gäste haben den für die Vermittlerinnen und Vermittler denkwürdigen Akt begleitet und gefeiert. Der kantonale Vermittlerverband ist wie der ehemalige Dachverband seinerseits Mitglied beim Schweizerischen Verband der Friedensrichter und Vermittler (www.friedensrichter-vermittler.ch). Gerade auch im Hinblick auf die eidgenössische ZPO ist eine weitere Zusammenarbeit mit der schweizerischen Dachorganisation wertvoll und wichtig.

Weitere Änderungen auf 2011

Mit der Schweizerischen ZPO warten auf den 1. Januar 2011 weitere grössere Än-



derungen auf die Vermittlerinnen und Vermittler. Zum einen wird bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Streitwert, bei dem eine Vermittlung obligatorisch ist, von CHF 30'000.- auf CHF 100'000.- erhöht. Andererseits heisst es Abschied nehmen von verschiedenen lehrreichen Fällen, wie Scheidungen, Privatstrafklagen, Aberkennungsklagen und Klagen mit gerichtlich angesetzten Fristen (zum Beispiel Bauhandwerkerpfandrecht). Dadurch büsst die Aufgabe der Vermittler und Vermittlerinnen schon an Farbe ein. Im Gegenzug warten neue spannende Tätigkeitsbereiche, wie der Erlass von beschwerdefähigen Entscheiden bis CHF

2000.-, weiterhin von Urteilsvorschlägen bis CHF 5000.- und neu die Durchführung von Beweisverfahren. Auch für die klagende Partei bringt die ZPO einige Neuerungen. So wird mit der Einreichung des Vermittlungsbegehrens die Sache rechtshängig. Das Rechtsbegehren muss dafür bereits konkret formuliert und die Legitimation einer allfälligen Geschäftsvertretung muss bei Einreichung des Begehrens nachgewiesen werden. Die Einschreibefrist für die Klage beim Gericht wird neu drei Monate betragen. Der Weiterbildung muss unter dem Aspekt der zahlreichen Neuerungen weiterhin die nötige Sorgfalt zukommen. ■



Elisabeth Wüst-Böck
Präsidentin Verband der
Vermittlerinnen und Vermittler
des Kantons St.Gallen
Vermittlerin Vermittleramt
Unteres Rheintal



Urheberrecht im Internet

Das Internet als Netzwerk für den Informationsaustausch

Das Internet ist ein weltweites Netzwerk, das wiederum aus vielen untergeordneten Netzwerken besteht, über welche Daten digital ausgetauscht werden. Der Datenaustausch zwischen den einzelnen, am Internet angeschlossenen Rechnern erfolgt über die technisch normierten Internetprotokolle. Das Internet ermöglicht die Nutzung von Internetdiensten wie E-Mail, Dateiübertragung oder World Wide Web. In letzter Zeit werden zunehmend auch Telefonie, Radio und Fernsehen über das Internet übertragen. Im Prinzip kann dabei jeder Rechner weltweit mit jedem anderen Rechner verbunden werden.

Die grundlegende Feststellung, dass das Internet kein rechtsfreier Raum ist, dürfte heute kaum mehr Aufsehen erregen. Trotzdem sind widerrechtliches Herunterladen, Zugänglichmachen (Einräumen von Zugriffsmöglichkeiten, z.B. durch Upload auf einen Server oder durch File Sharing) oder Kopieren von urheberrechtlich geschützten Inhalten im Internet weit verbreitet. Im Rahmen der letzten Revision des Urheber-

rechtsgesetzes (URG), welche am 1. Juli 2008 in Kraft getreten ist, wurden zwar verschiedene Bestimmungen (auch Strafbestimmungen) eingeführt, welche die Verwendung von technischen Massnahmen zum Schutz von geschützten Werken und Leistungen (insbesondere DRM-Systeme zur digitale Rechteverwaltung) hätten fördern bzw. schützen sollen. Gerade aber im Bereich der Musik gilt DRM als gescheitert, weil sich

die Konsumenten dagegen sträubten, technische Schutzmassnahmen zur Zugangs- und Nutzungskontrolle zu akzeptieren.

Im Unterschied zur «analogen Welt» werden im Internet digitale oder digitalisierte (von analogen in digitale Formate umgewandelte) Inhalte ausgetauscht. Digitale (oder digitalisierte) Inhalte werden technisch betrachtet als Kombination von Binärzeichen (letztlich Folgen von Einsen und Nullen) dargestellt. Sie können (im Unterschied zur «analogen Welt») elektronisch (und damit leicht und günstig) und ohne Qualitätseinbussen beliebig oft kopiert und übermittelt werden. Kopieren war vermutlich noch nie so einfach wie seit Beginn der Massennutzung des Internets. Das Vervielfältigungs-

«Das Vervielfältigungsrecht gehört zu den wesentlichen Verwertungsrechten der Urheber.»

recht gehört nun aber zu den wesentlichen Verwertungsrechten der Urheber von solchen Inhalten.

Grundlagen des Urheberrechts

Gemäss Art. 2 ff. URG sind geistige (kreative) Schöpfungen, die individuellen Charakter haben (also sich vom allgemein Üblichen abheben und in diesem Sinne einmalig sind), als Werke im Sinne des Urheberrechts geschützt. Als Werke gelten Texte, Bilder, Musik, Filme, aber auch Software und vieles Andere mehr, und zwar unabhängig davon,



in welchem Format diese Werke vorliegen. Digitale oder digitalisierte Werke sind ebenso geschützt wie «analoge», also physisch verkörperte Werke. Als Urheber oder Urheberin gilt die natürliche Person, die das Werk geschaffen hat. Ihm oder ihr steht von Gesetzes wegen das ausschliessliche Recht zu, zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk veröffentlicht, verwendet, genutzt oder bearbeitet wird.

Daneben sind gemäss Art. 33 ff. URG aber auch die Leistungen von ausübenden Künstlerinnen und Künstlern geschützt; dazu gehören Schauspieler, Musiker, Tänzer und andere ausübende Künstler. Auch die Investitionen von Produzenten von CDs, DVDs, Blue-ray Discs oder anderen Ton- oder Tonbildträgern sind urheberrechtlich geschützte Leistun-

gen. Schliesslich verfügen auch die Sendeunternehmen mit Bezug auf die von ihnen produzierten Sendungen über einen gesetzlichen Leistungsschutz.

Grundsätzlich bedürfen also sämtliche Nutzungen von urheberrechtlich geschützten Inhalten, wie Kopieren, Weiterverbreiten oder über das Internet (oder andere Wege) Zugänglichmachen, der Zustimmung des Urhebers, oder, soweit er seine Rechte vertraglich an einen anderen (häufig etwa an ein Verlags- oder Medienunternehmen) übertragen hat, des entsprechenden Rechtsinhabers. Nur ganz bestimmte, ausdrücklich erwähnte (Massen-)Nutzungen, die faktisch auch kaum zu kontrollieren wären, wurden vom Gesetzgeber in Art. 19 ff. URG als zulässig erklärt, allerdings nur gegen entsprechende Vergütungen, welche von den Verwertungsgesellschaften eingezogen und an die Urheber weitergeleitet werden.

Zulässiger Eigengebrauch durch Private, Schulen und Unternehmen

Für den Privatgebrauch, also Nutzungen im engen privaten Kreis (insbesondere in der Familie) sind sämtliche Nutzungen (Kopieren, Herunterladen, Zugänglichmachen im Internet und weitere Nutzungen) ohne Beschränkung zulässig. Dies gilt jedoch nicht für Software: Software darf auch für den Eigengebrauch nicht kopiert, heruntergeladen oder zugänglich gemacht werden. Sodann werden häufig die Grenzen des zulässigen Privatgebrauchs überschritten, insbesondere wenn Inhalte über das Internet (z.B. über FTP oder File Sharing) auch fremden Personen, die nicht zum engen Kreis von Familien und Verwandten gehören, zugänglich gemacht werden.

Gesetzlich zulässige Nutzun-

gen stehen auch im Bereich der Berufs- und Bildungswelt zur Verfügung, allerdings mit Einschränkungen. So darf etwa eine Lehrperson für die Zwecke des Unterrichts und für die am Unterricht teilnehmenden Personen urheberrechtlich geschützte Werke oder Leistungen nutzen (z.B. kopieren oder über geschützte e-Learning-Plattformen zugänglich machen); Einschränkungen bestehen unter anderem für im Handel erhältliche Werke oder Leistungen, die nur auszugsweise kopiert werden dürfen, oder für Musiknoten, die (ohne Zustimmung von Urheber oder Rechteinhaber) nicht kopiert werden dürfen. Im Unternehmen schliesslich ist gesetzlich nur das Kopieren (und anschliessende Verbreiten) von geschützten Werken und Leistungen zum Zweck der internen Dokumentation und Information zuhanden der Mitarbeitenden und für deren berufliche Tätigkeit zulässig.

Für gesetzlich zulässige Nutzungen ausserhalb des Privatgebrauchs ist eine Vergütung geschuldet, welche über die zugelassenen Verwertungsgesellschaften bezahlt werden muss. Vergütungspflichtig ist zudem auch die Herstellung oder der Import von Speichermedien (wie etwa magnetische Festplatten oder Flash-Speicher, aber auch MP3-Player), welche für die Speicherung von Kopien von geschützten Werken und Leistungen verwendet werden können. Diese Vergütung wird von den Herstellern und Importeuren in der Regel über den Preis auf die Konsumenten überwälzt.

Folgen von Urheberrechtsverletzungen

Ein Urheber oder Rechteinhaber, der eine Verletzung seiner Rechte feststellt, kann mit Hilfe von Gerichten und Vollzugsorganen durchset-

zen, dass die Verletzung beseitigt oder eine drohende Verletzung verboten wird. Ein Fotograf kann z.B. verlangen, dass seine Bilder, die ohne seine Zustimmung auf einer fremden Website verwendet werden, unverzüglich gelöscht werden. Zudem kann ein Urheber bzw. Rechteinhaber vom Verletzer Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe verlangen. Schliesslich stehen vorsätzliche Urheberrechtsverletzungen – auf Antrag des Urhebers oder Rechteinhabers – unter Strafe (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe); bei Gewerbmässigkeit ist kein Antrag nötig und Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren möglich.

Bilder

Wer Bilder (Zeichnungen, Grafiken, Fotos) aus dem Internet verwenden möchte, benötigt dafür (ausser im Rahmen des Eigengebrauchs) die Zustimmung des Urhebers bzw. Rechteinhabers (Grafiker, Fotograf, Verlag oder Bildagentur). Sind auf dem Bild zudem erkennbare Personen abgebildet, setzt eine Nutzung die Zustimmung der abgebildeten Person voraus. Die unberechtigte Nutzung von Bildern aus dem Internet kann rechtliche Schritte der Rechteinhaber bzw. der abgebildeten Person und namentlich Kosten (insbesondere Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen) nach sich ziehen. Für unberechtigte Nutzungen fordern die Rechteinhaber in der Regel mindestens den für eine rechtmässige Nutzung geschuldeten Lizenzpreis, inkl. allfällige Strafzuschläge.

Musik

Wer Musik aus dem Internet (z.B. über File Sharing) herunterlädt (Download), greift in die Urheberrechte des Komponisten und des Autors des Liedtextes ein, aber auch in die Leistungsschutzrechte

der Musiker und des Produzenten. Dies ist nur im Rahmen des gesetzlichen Eigengebrauchs ohne Zustimmung zulässig. Wer Musik über File Sharing auch für fremde bzw. sämtliche Nutzer zugänglich macht (Upload) kann sich jedoch auch nicht mehr auf Eigengebrauch berufen, wird zum Urheberrechtsverletzer und kann dafür zur Rechenschaft gezogen werden. Dabei ist zu beachten, dass viele File Sharing Netzwerke einen Download nur zulassen, wenn andere Nutzer gleichzeitig auf die auf dem Rechner des Nutzers gespeicherten Dateien zugreifen können.

Filme

Die rechtliche Situation bei Filmen ist mit derjenigen bei Musik vergleichbar, allerdings ist der Kreis der betroffenen Personen bei Filmen noch weiter als bei Musik, wenn Urheberrechte verletzt werden. Bei Filmen ist regelmässig eine grosse Gruppe von Beteiligten involviert (Drehbuchautoren, Regisseure, Schauspieler, Bühnenbildner, Komponisten, Musiker, Produzent etc.), deren Rechte betroffen sein können. Faktisch treten die Beteiligten bei Filmen ihre Verwertungsrechte in der Regel jedoch dem Produzenten ab, so dass dieser (bzw. der nationale Filmverleih) die Rechte stellvertretend für alle geltend macht bzw. verteidigt.

Texte

Im Internet sind unzählige Texte verfügbar, die in der Regel urheberrechtlich geschützt sind. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich dabei um Zeitungsartikel, literarische Werke oder Beiträge in Blogs handelt. Über den Eigengebrauch hinaus dürfen Texte ohne Zustimmung des Autors nur im Rahmen von Zitaten (zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung der eigenen Ausführungen) verwendet werden,



lic. iur.
Matthias Ebnetter, LL.M.
Rechtsanwalt
Zürich

wobei in diesem Fall die Quelle immer anzugeben ist. Die Pflicht zur Quellenangabe gilt etwa auch dann, wenn Textzitate aus dem beliebten Internet-Nachschlagewerk «Wikipedia» verwendet werden. In den Nutzungsbedingungen wird darauf hingewiesen, dass bei Verwendung von Texten entweder die Autoren einzeln genannt werden müssen oder die entsprechende Seite verlinkt werden muss.

Software

Bei Software sind die zulässigen Nutzungen streng beschränkt. Wer Software rechtmässig erworben hat, darf diese nur bestimmungsgemäss verwenden. Bestimmungsgemäss bedeutet, dass z.B. eine Einzelplatz-Lizenz in der Regel auch nur auf einem einzelnen Rechner installiert werden darf. Zur bestimmungsgemässen Verwendung gehören im Wesentlichen das Installieren und der anschliessende Betrieb der Software. In der Regel zulässig ist die Herstellung einer Sicherungskopie (als Backup). Die Herstellung weiterer Kopien und insbesondere deren Verbreitung ist jedoch nicht zulässig. Grundsätzlich zulässig ist hingegen die Weitergabe von Software (sofern die Software vom ursprünglichen Erwerber nicht weiter genutzt wird); der Handel mit gebrauchter Software ist jedoch umstritten. ■

Links:
www.copyright.ch – Informationsplattform zum Urheberrecht

www.ige.ch/urheberrecht/urheberrecht.html – Informationen des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum



Agent oder Handelsvertreter?

Die Qual der (Rechts-)Wahl

Das Schweizer Unternehmen kann auf dem deutschen Markt zwischen einem Schweizer Agenten oder einem deutschen Handelsvertreter wählen.

Um Waren oder Dienstleistungen auf dem jeweiligen Markt zu vertreiben, gibt es für Schweizer Unternehmen die Möglichkeit einen Agenten zu beschäftigen. Ein Agent ist ein selbständiger Unternehmer, der Geschäfte für seinen Auftraggeber vermittelt oder im Namen seines Auftraggebers abschliesst.

Will ein Schweizer Unternehmen neben dem lokalen Markt auch den deutschen Markt bedienen und für den Vertrieb einen Agenten anstellen, dann lohnt es sich, sich Gedanken über die Rechtswahl zu machen.

Nach dem internationalen Privatrecht steht es jedem Unternehmer frei, das Recht, welches auf den beauftragten Agenten anzuwenden ist, frei zu wählen. Wird dagegen keine ausdrückliche Rechtswahl im Vertrag getroffen, so ist das Recht des Landes an-

wendbar, in dem die charakteristische Leistung aus dem Vertrag erbracht wird. Die charakteristische Leistung läge hier in Deutschland, wo der Agent hauptsächlich tätig ist. Das deutsche Recht wäre somit anwendbar.

Bevor sich das Schweizer Unternehmen entscheidet, sollte es jedoch wissen, worin genau der Unterschied zwischen dem deutschen und dem schweizerischem Recht liegt. Der augenscheinlichste Unterschied besteht schon in der Bezeichnung. Der Agent

heisst im deutschen Recht Handelsvertreter und der im schweizerischen Obligationenrecht benannte Auftraggeber heisst im deutschen Handelsgesetzbuch einfach Unternehmer. Doch worin bestehen die Unterschiede im Detail? Ist es für die Schweizer Unternehmung vorteilhafter einen Handelsvertretervertrag anstatt einen Agenturvertrag abzuschliessen?

Grundsätzlich

In beiden Rechtssystemen beinhaltet der Vertrag eines Agenten/Handelsvertreters **die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften** im Namen und für Rechnung des Auftraggebers/Unternehmers durch einen selbständi-

gen Gewerbetreibenden. Der Abschluss des Agentur-/Handelsvertretervertrages ist **formfrei**. Allerdings müssen im schweizerischen Recht als auch im deutschen Recht einzelne Vereinbarungen, die vom Gesetz abweichen, schriftlich festgehalten werden (z.B. Verpflichtung zur Übernahme des Kundenrisikos – Delkredere).



Pflichten des Agenten/Handelsvertreters

Sowohl den Agenten als auch den Handelsvertreter trifft die **ständige Pflicht**, die Interessen des Auftraggebers bzw. des Unternehmers nach aussen hin gut zu vertreten und zu wahren. Dabei haben beide bei der Ausübung ihrer Tätigkeit die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anzuwenden und stets den Anweisungen des Auftraggebers/Unternehmers Folge zu leisten.

Beide Rechtsfiguren dürfen trotz der Treuepflicht gegenüber dem Auftraggeber/Unternehmer **für mehrere Auftraggeber/Unternehmen tätig sein**. Allerdings ist es ihnen während der Vertragsdauer verboten, dem Auftraggeber/Unternehmer auf dessen Geschäftsgebiet (sachlich/räumlich) Konkurrenz zu machen.

Dem Agenten ist es nach schweizerischem Recht möglich, dem Auftraggeber eine

schriftliche Garantie abzugeben, dass er für sämtliche Verbindlichkeiten einschliesslich Inkassokosten, die im Rahmen seiner vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte entstehen, einsteht (Übernahme eines **Delkredere-Risikos**). Eine solche Garantie kann der Handelsvertreter dagegen lediglich nur für ein bestimmtes Geschäft oder für Geschäfte mit einem bestimmten Dritten gegenüber dem Unternehmer abgeben. Die Übernahme eines solches Delkredere-Risikos muss in beiden Rechtssystemen entschädigt werden. Im deutschen Recht besteht die Entschädigungspflicht nicht, wenn der Handelsvertreter für den Abschluss und die Ausführung bestimmter Geschäfte unbeschränkt bevollmächtigt ist.

Pflichten des Auftraggebers/Unternehmers

Die Pflichten des Auftraggebers/Unternehmers gegenüber dem Agenten/Handelsvertreter sind ähnlich geregelt. Der Auftraggeber/Unternehmer muss dem Agenten/Handelsvertreter die erforderlichen und nötigen Unterlagen, die für die Anpreisung der Waren oder Dienstleistung nötig sind, zur Verfügung stellen.

Des Weiteren muss der Auftraggeber/Unternehmer den Agenten/Handelsvertreter informieren, wenn die Geschäfte erheblich geringer ausfallen werden als der Agent/Handelsvertreter erwarten durfte.

Der Provisionsanspruch

Der Agent sowie der Handelsvertreter haben grundsätzlich einen Anspruch auf die vereinbarte oder die übliche Vermittlungs- oder Abschlussprovision. Die Höhe kann frei festgesetzt werden.

In beiden Rechtssystemen entsteht der Provisionsanspruch, wenn (a) der Geschäftsabschluss auf die

Tätigkeit des Agenten/Handelsvertreters zurückzuführen ist oder (b) ein Geschäft mit einem von ihm früher gewonnenen Kunden zustande kam oder (c) das Geschäft in einem Gebiet oder Kundenkreis abgeschlossen wird, das bzw. der ihm zugewiesen wurde.

Laut des schweizerischen Rechts bestimmt sich der **Zeitpunkt der Entstehung** des Provisionsanspruchs nach dem Vertragsabschluss. Das deutsche Recht stellt auf einen späteren Zeitpunkt ab, und zwar auf den Zeitpunkt, wenn das Geschäft ausgeführt wurde. Massgeblich ist der Beginn der Leistungshandlung. Sowohl im deutschen als auch im schweizerischen Recht kann vertraglich ein späterer Zeitpunkt für die Entstehung der Provision (z.B. Zahlung des geschuldeten Kaufpreises) vereinbart werden.

Der **Zeitpunkt für die Auszahlung des Provisionsanspruchs** wurde im deutschen Recht auf das Ende der Leistungserbringung festgelegt. Das schweizerische Obligationenrecht bestimmt den Zeitpunkt etwas genauer auf das Ende des Kalenderhalbjahres, in welchem das Geschäft abgeschlossen wurde, wobei auch hier ein späterer Zeitpunkt vereinbart werden kann. Im deutschen Recht hat allerdings dann der Handelsvertreter einen gesetzlichen Anspruch auf einen Vorschuss, welche im schweizerischen Recht nicht besteht.

Der Agent/Handelsvertreter hat **keinen Provisionsanspruch**, wenn die Ausführung eines Geschäftes aus einem vom Auftraggeber/Unternehmer nicht zu vertretenden Grund unterbleibt oder der Kunde nicht oder in einem erheblichen Umfang nicht bezahlt. Im Gegensatz zum schweizerischen Recht ist im deutschen Recht der Wegfall eines Provisionsanspruchs abschliessend geregelt. Im

schweizerischen Recht können weitere Gründe vertraglich vereinbart werden, bei deren Eintritt der Provisionsanspruch nicht entsteht (z.B. der Auftraggeber stellt die Produktion ein).

Die **Provisionsabrechnung** muss im deutschen Recht vom Unternehmer erstellen werden. Im schweizerischen Recht kann die Pflicht zur Abrechnung schriftlich dem Agenten aufgebürdet werden. Der Agent hat dafür ein umfassendes Einsichtsrecht in die für den Provisionsanspruch massgebenden Bücher und Belege. Dem Handelsvertreter steht das Einsichtsrecht erst zu, wenn der Unternehmer die Erteilung eines Buchauszuges verweigert oder berechnete Zweifel an der Richtigkeit des Buchauszuges bestehen.

Aufwendungsersatz

Der Handelsvertreter kann im deutschen Recht für seine Tätigkeit Aufwendungsersatz verlangen, wenn es handelsüblich ist oder vereinbart wurde. Andernfalls ist der Aufwendungsersatz in der Provision inbegriffen. Das schweizerische Recht sieht keinen separaten Aufwendungsersatz vor. Der Agent kann lediglich ausserordentliche Kosten (z.B. Frachten und Zölle) gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.

Entschädigung bei schuldhafter Verhinderung an der Tätigkeit und Erwerbsausfallentschädigung

Das Obligationenrecht sieht zwingend vor, dass der Agent, wenn er durch den Auftraggeber an der Ausübung seiner Tätigkeit schuldhaft gehindert wird (z.B. keine Leistungserbringung gegenüber dem Kunden), einen Anspruch auf Schadenersatz hat (z.B. vereinbarte oder zu erwartenden

Provision). Arbeitet der Agent bereits seit einem Jahr ausschliesslich für seinen Auftraggeber, hat er einen Anspruch auf Erwerbsausfallentschädigung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung (z.B. Krankheit, Militär). Auf diesen Anspruch kann der Agent im Voraus nicht verzichten. Eine solche Regelung existiert im deutschen Recht hingegen nicht.

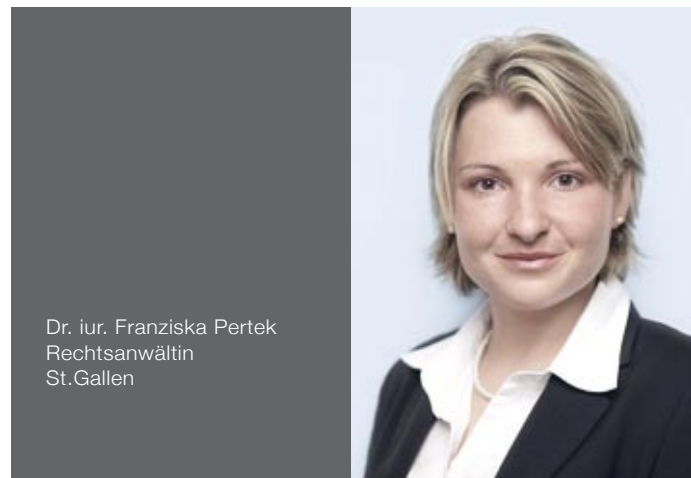
Beendigung des Vertragsverhältnisses

Ist der Agentur-/Handelsvertretervertrag nicht für eine bestimmte Zeit abgeschlossen, dann kann er ordentlich (mit der gesetzlich vorgesehenen Kündigungsfrist) oder ausserordentlich (bei Vorliegen eines wichtigen Grundes) gekündigt werden.

Das deutsche Recht sieht ab dem dritten Auftragsjahr eine längere **ordentliche Kündigungsfrist** vor als das schweizerische Recht. Im deutschen Recht können die gesetzlichen Kündigungsfristen nicht zum Nachteil des Handelsvertreters gekürzt werden. Im schweizerischen Recht ist eine solche Kürzung auch zum Nachteil des Agenten im ersten Jahr möglich.

Ein wichtiger Grund für eine **ausserordentliche Kündigung** ist im Agentur- als auch im Handelsvertreterrecht gegeben, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für die die Auflösung erklärende Partei als unzumutbar erscheinen lässt.

Der Agentur-/Handelsvertretervertrag endet ferner, wenn der Agent/Handelsvertreter stirbt oder der Auftraggeber/Unternehmer Konkurs geht. Der Tod des Auftraggebers/Unternehmers führt in der Regel nicht zum Ende des Vertragsverhältnisses, ausser der Vertrag ist mit Rücksicht auf diese Person eingegangen.



Dr. iur. Franziska Pertek
Rechtsanwältin
St.Gallen

Kundschaftsentschädigung

Sowohl im deutschen als auch im schweizerischen Recht steht dem Agenten/Handelsvertreter nach dem Ende des Vertrages eine so genannte Kundschaftsentschädigung zu, auf die im Voraus nicht verzichtet werden kann. Diese Zahlung soll den Agenten/Handelsvertreter für den aufgebauten Kundenstamm entschädigen, den der Agent/Handelsvertreter nach Ende des Vertrages beim Auftraggeber/Unternehmer belässt.

Der Anspruch entsteht mit dem Ende des Vertrages. Die Höhe der Kundschaftsentschädigung kann im Vertrag geregelt werden, muss jedoch angemessen sein. **Der Anspruch beträgt** in der Schweiz höchstens ein Nettojahresverdienst, in Deutschland ist der Bruttojahresverdienst dafür ausschlaggebend.

Der **Anspruch entfällt** in beiden Rechtssystemen bei Eigenkündigung durch den Agenten/Handelsvertreter oder durch eine fristlose Kündigung durch den Auftraggeber/Unternehmer aufgrund eines wichtigen Grundes, der vom Agenten/Handelsvertreter verschuldet worden ist.

Konkurrenzverbot und Geheimhaltungspflichten nach Beendigung des Auftragsverhältnisses

Nach dem Ende des Vertragsverhältnisses besteht für den Auftraggeber/Unternehmer ein nachhaltiges Interesse, dass der Agent/Handelsvertreter das erworbene Knowhow nicht zum Nachteil des Auftraggebers/Unternehmer einsetzt. Dies kann der Auftraggeber nur mit einem vertraglich vereinbarten **Konkurrenzverbot** verhindern.

Dem Agenten/Handelsvertreter steht eine Entschädigung für die Dauer des Konkurrenzverbotes zu. Der Entschädigungsanspruch kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Die Höhe wird bestimmt aus dem Verlust, den der Agent/Handelsvertreter durch die Wettbewerbsenthaltung erleidet, dem Vorteil, dem der Auftraggeber/Unternehmer zuwächst sowie Art und Umfang der aufgelegten Beschränkung.

Nach deutschem Recht kann das Konkurrenzverbot höchstens für zwei Jahr vereinbart werden, im schweizerischen Recht unter besonderen Umständen sogar für drei Jahre.

Neben dem vertraglich vereinbarten Konkurrenzverbot trifft den Agenten als auch den Handelsvertreter ohne

eine ausdrückliche Vereinbarung eine allgemeine **Verschwiegenheitspflicht** über Geschäftsgeheimnisse während und nach dem Ende des Vertrages.

Zusammenfassung

Die ersten deutlichen Unterschiede zwischen einem Agenten und einem Handelsvertreter sind bei den Regeln über den Provisionsanspruch erkennbar. Während der Agent bereits einen Provisionsanspruch mit Abschluss des Kundenvertrages hat, muss der Handelsvertreter auf den Zeitpunkt der Ausführung des Kundengeschäfts warten. Im Gegensatz dazu hat der Handelsvertreter einen Anspruch auf einen Vorschuss, wenn ein späterer Auszahlungstermin des Provisionsanspruchs vertraglich vereinbart wird. Dafür können beim Agent vertraglich Gründe festgelegt werden, die einen Wegfall des Provisionsanspruchs begründen. Während dem Unternehmer nach deutschem Recht die Abrechnung des Provisionsanspruchs obliegt, kann der Agent im schweizerischen Recht dies selbst übernehmen.

Der deutsche Handelsvertreter kann, wenn es vereinbart ist, zwar Aufwendungsersatz für zusätzlich entstandene Kosten verlangen, aber einen

Entschädigungsanspruch wegen schuldhafter Verhinderung der Tätigkeit oder sogar als Einfirmenvertreter ein Anspruch auf Erwerbsausfall hat er im Gegensatz zum Agenten nicht.

Bei der Beendigung des Vertrages erscheinen für ein schweizerisches Unternehmen aufgrund der kurzen Kündigungsfristen die gesetzlichen Regeln günstiger.

Insgesamt weist das deutsche Recht mehr Normen auf, die zwingenden Charakter haben. Dies bedeutet, dass ein Schweizer Unternehmen weniger Handlungsspielraum bei der Vertragsgestaltung hat. Abgesehen von dem Entschädigungsanspruch bei verschuldeter Verhinderung und des Erwerbsausfallsanspruchs ist der Handelsvertreter stärker gegenüber dem Unternehmer geschützt als der Agent gegenüber dem Auftraggeber. Dies bedeutet für ein Schweizer Unternehmen zwar, dass es durchaus besser sein kann, den Agenturvertrag nach schweizerischem Recht auszugestalten – dies könnte jedoch auf verständlichen Widerstand beim deutschen Handelsvertreter stossen. ■

«Die deutlichen Unterschiede zwischen einem Agenten und einem Handelsvertreter sind bei den Regeln über den Provisionsanspruch erkennbar.»



Unternehmensnachfolge

Familieninterne Unternehmensnachfolge zu Lebzeiten
mittels einer sogenannten Erbenholding-Lösung

Diverse Studien belegen die überaus grosse volkswirtschaftliche Bedeutung von Unternehmensnachfolgen bei Schweizer KMU. Über die Hälfte dieser Unternehmensnachfolgen erfolgt innerhalb der Familie¹, wiederum ein Grossteil davon in der Form einer Nachfolgeregelung zu Lebzeiten².

Einleitung

Die Regelung der Nachfolge im Familienunternehmen zu Lebzeiten ist für alle beteiligten Personen sehr anspruchsvoll. Für die abtretende Unternehmergeneration und die designierten Nachfolger und Nachfolgerinnen, aber auch für deren jeweilige Lebenspartnerinnen und -partner ist die Nachfolgeregelung in erster Linie eine emotionale, mitunter auch eine finanzielle Herausforderung. In zeitlicher Hinsicht kann die Nachfolgeregelung ebenfalls zur Belastung werden, muss

sie doch meist neben dem ordentlichen Tagesgeschäft erfolgen. Zudem sollte sie (sinnvollerweise) über einen längeren Zeitraum vollzogen werden. Schliesslich fordert eine Unternehmensnachfolge aber auch in mehrerlei Hinsicht diejenigen Personen, welche die Unternehmerfamilie beraten, d.h. Rechtsanwältinnen, Treuhänderinnen, Bankenvertreter, etc. Sie verlangt eine sehr sorgfältige Analyse der jeweiligen Situation bzw. Konstellation, eine gut durchdachte, auf den Einzelfall zugeschnittene Planung sowie eine mitunter hartnäckige,

¹ Die familieninterne Nachfolgeregelung ist von der familienexternen abzugrenzen. Letztere vollzieht sich in der Praxis meist entweder in der Form des Verkaufs des Unternehmens an eine ausserhalb stehende Drittperson (Verkauf an Dritte) oder aber in derjenigen der Übernahme des Unternehmens durch das im Unternehmen vorhandene Management (sog. Management-Buy-Out, oder kurz MBO). Über Vor- und Nachteile einer familienexternen gegenüber einer familieninternen Nachfolgeregelung kann keine allgemein gültige Aussage gemacht werden. Sie hängt stark von der subjektiven Interessenlage und von der Konstellation im Einzelfall ab. Erfahrungsgemäss lässt sich bei familienexternen Nachfolgeregelungen meist ein höherer Verkaufspreis realisieren. Naturgemäss fallen bei der familienexternen Nachfolge auch viele emotionale Aspekte und (meist) alle erbrechtlichen Hindernisse der familieninternen Nachfolge weg.

² Die Nachfolgeregelung zu Lebzeiten ist zudem von der Nachfolgeregelung von Todes wegen zu unterscheiden. Letztere vollzieht sich nach den Bestimmungen des Ehegüterrechts bzw. des Erbrechts. Zwar hat der Unternehmer oder die Unternehmerin auch hier die Möglichkeit, die Unternehmensnachfolge mittels der ehe- und/oder erbrechtlichen Institute, insbesondere des Ehevertrags und des Erbvertrags, zu gestalten. Die Handlungsfreiheit bzw. Einflussmöglichkeit aller Beteiligten ist allerdings wesentlich begrenzter und die nachhaltige Wahrung der Handlungsfähigkeit der Unternehmung bzw. die Streitvermeidung unter den (hinterbliebenen) Familienmitgliedern gestaltet sich schwieriger als bei Nachfolgeregelung zu Lebzeiten. Je nach Familien- und Vermögenskonstellation könnte eine Nachfolgeregelung mittels Ehevertrag, Erbvertrag oder letztwilliger Verfügung (Testament) zudem bereits am gesetzlichen Pflichtteilsschutz scheitern.

aber stets vom nötigen psychologischen Gespür getragene Durchsetzung des beschlossenen Nachfolgekonzstrukts.



Dieser Beitrag gibt nach einigen Ausführungen über die Zielsetzungen und Interessenpositionen einen Überblick über die wichtigsten rechtlichen Elemente einer familieninternen Nachfolgeregelung zu Lebzeiten. Das Schwergewicht wird dabei auf die sogenannte Erbenholding-Lösung gelegt, welche eine steueroptimale Ausgestaltung der Unternehmensnachfolge ermöglicht³. Die in der Praxis zentralen Elemente nichtrechtlicher Natur, nämlich die Finanzierung, der Zeithorizont sowie das emotionale/psychologische Element, können nur gestreift werden.

Zielsetzungen und Interessenpositionen bei der familieninternen Unternehmensnachfolge zu Lebzeiten

Bei einer familieninternen Unternehmensnachfolgeregelung zu Lebzeiten werden von den beteiligten Personen verschiedene Ziele verfolgt und unterschiedliche Interessenpositionen vertreten. Diese Zielsetzungen und Interessenpositionen sind teils kongruent, stehen aber teils auch im Widerspruch zueinander. Gelingt es nicht, einen

Ausgleich bei der Zielerreichung unter angemessener Berücksichtigung der Interessenpositionen aller Beteiligten zu finden, ist das Risiko des Scheiterns gross.

Mit Blick auf die *Unternehmung* stehen die langfristige Sicherung des Fortbestands, der Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Unternehmung sowie die Erhaltung der Arbeitsplätze im Vordergrund. Der Konsens über diese Zielsetzung sowie die Überzeugung sowohl der abtretenden als auch der nachfolgenden Unternehmergeneration, dass diese Ziele am besten durch den Verbleib des Unternehmens in der Familie erreicht werden können, bildet unabdingbare Grundvoraussetzung für jede familieninterne Unternehmensnachfolge zu Lebzeiten.

Daneben verfolgen sowohl die abtretende als auch die nachfolgende Unternehmergeneration – und oft auch deren Lebenspartnerinnen und Lebenspartner – handfeste und durchaus berechnete *eigene* Interessen. Für die *abtretende Unternehmergeneration*, welche ausserhalb der Unternehmung oft über keine ausreichende Altersvorsorge verfügt, bildet eine Hauptzielsetzung, ohne finanzielle Sorgen und unter (weitgehender) Wahrung des bisherigen Lebensstandards alt werden zu können. Daneben strebt die abtretende Unternehmergeneration meist auch eine (finanzielle) Gleichbehandlung ihrer Nachkommen und die Vermeidung familieninterner Streitigkeiten an. Schliesslich wird auch das Ziel verfolgt, negative Steuerfolgen der Unternehmensnachfolge zu vermeiden oder zumindest gering zu halten. Demgegenüber ist naturgemäss Ziel der *nachfolgenden Unternehmergeneration*, die finanzielle Belastung durch die Unternehmensübernahme in einem erträglichen Mass zu halten. Darüber hinaus bestehen vie-

le weitere Eigeninteressen⁴.

Rechtliche Elemente der familieninternen Nachfolgeregelung zu Lebzeiten

A. 1. Element: Die Übertragung des Eigentums⁵ an der Unternehmung

1. Mögliche Arten der Übertragung

Für die Übertragung des Eigentums an der Unternehmung auf die nachfolgende Unternehmergeneration stehen mehrere Möglichkeiten offen. Im Vordergrund stehen Schenkung und Verkauf.

a) Schenkung (Erbvorbezug)

Mittels *Schenkungen* bzw. gemischter Schenkung (Verkauf zu einem günstigen Preis, zu welchem nicht an einen ausserstehenden Dritten verkauft würde) kann die Unternehmung ganz bzw. teilweise unentgeltlich auf die nachfolgende Unternehmergeneration übertragen werden. Dieser Vorgang zieht zudem in den allermeisten Kantonen, darunter auch St. Gallen, zumindest für den unentgeltlichen Teil keine Steuerfolgen nach sich, da die Schenkungssteuer für direkte Nachkommen abgeschafft wurde. Das oben erwähnte Ziel, die nachfolgende Unternehmergeneration finanziell nicht übermässig zu belasten, liess sich hierdurch bestens erreichen. Allerdings hat die Übertragung der Unternehmung mittels (gemischter) Schenkung auch erhebliche Nachteile. So erhält die abtretende Unternehmergeneration dabei für die Veräusserung des Unternehmens keinen (ausreichenden) Gegenwert, mit welchem sie ihre Altersvorsorge bestreiten könnte. Besteht also für die abtretende Unternehmergeneration ausserhalb der Unternehmung keine ausreichende Al-

³ Vor fünf Jahren hat Kollege Thomas Eisenring, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, an gleicher Stelle über die Auswirkungen eines Entscheids des Bundesgerichts vom 11. Juni 2004 (2A.331/2003) auf die Unternehmensnachfolgeform der Erbenholding berichtet. Im erwähnten damaligen Entscheid dehnte das Bundesgericht den steuerlichen Tatbestand der sog. indirekten Teilliquidation in einer Weise aus, welche die attraktive Nachfolgeregelung mittels Erbenholding praktisch verunmöglichte, zumindest aber erheblich erschwerte (vgl. zum Ganzen THOMAS EISENRING, Erbenholding-Indirekte Teilliquidation-Steuerfolgen, in: «Das Mandat» 1-2005, S. 7 ff.). Diese massive Beschränkung wurde durch den Gesetzgeber zwischenzeitlich wieder erheblich vermindert.

⁴ Erfahrungsgemäss decken sich auch die Vorstellungen der abtretenden Generation über den «richtigen» Zeitpunkt der Unternehmensübernahme nicht unbedingt mit denjenigen der nachfolgenden Unternehmergeneration. Während es den einen – in der Tendenz eher der abtretenden Unternehmergeneration – zu schnell geht, bevorzugen die anderen – tendenziell eher die nachfolgende Generation – den rascheren Vollzug der Unternehmensnachfolge. Auch gehen oft die Meinungen darüber auseinander, ob die Unternehmensübernahme in Raten oder aber «in einem Wurf» erfolgen soll. Was für die Unternehmung vorteilhafter ist, hängt vom konkreten Einzelfall ab.

⁵ Auf mögliche Arten der Unternehmensnachfolge ohne Eigentumsübertragung, insbesondere die Pacht, wird in diesem Beitrag nicht eingegangen.

tersvorsorge, so dürfte die (teilweise) unentgeltliche Ver- äusserung kaum je in Frage kommen. Überdies lassen die Vermögensverhältnisse der Unternehmerfamilien in den seltensten Fällen eine weitgehende Gleichbehandlung aller Nachkommen – eine weitere Zielsetzung – zu, wenn ein so wesentlicher (in KMU-Verhältnissen meist der mit Abstand grösste!) Vermögenswert wie das Unternehmen unentgeltlich auf einen Nachkommen übertragen wird. Der erbrechtliche Pflicht- teilsschutz der Ehegatten und Nachkommen setzt der (teil- weise) unentgeltlichen Über- tragung überdies klare rechtliche Grenzen. Mit Blick auf eine bestmögliche Erreichung der erwähnten Zielsetzungen erweist sich die Übertragung des Eigentums an der Unter- nehmung mittels (gemischter) Schenkung in den meisten Fällen als ungeeignet.

b) Verkauf

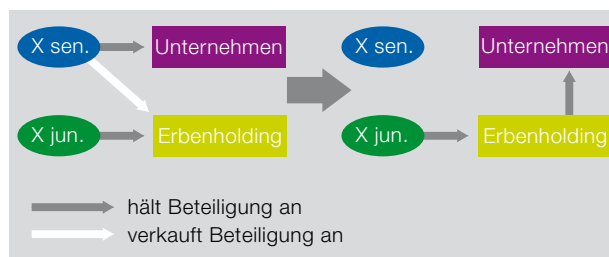
Gerade umgekehrt erfolgt die Zielerreichung beim *Verkauf*, d.h. bei der entgeltlichen Ver- äusserung des Unternehmens an die nachfolgende Unter- nehmergeneration zu einem Preis, zu welchem auch an einen aussenstehenden Dritten verkauft worden wäre. Die abtretende Unternehmerge- neration erhält als Gegenlei- stung für die Veräusserung der Unternehmung den Kaufpreis, welchen sie zur Bildung bzw. Gewährleistung der Altersvor- sorge verwenden kann. Ein Verkauf der Unternehmung führt überdies zu keiner finan- ziellen Ungleichbehandlung und auch zu keiner Pflicht- teilungsverletzung. Andererseits wird dadurch ein Hauptziel bzw. eine wesentliche Inter- essenposition der nachfol- genden Unternehmerge- neration, nämlich die massvolle finanzielle Belastung durch die Unternehmensübernahme, in Frage gestellt. Diesem Problem kann jedoch auf ver- schiedene Weise begegnet werden, bspw. durch eine

(teilweise) Stundung mit ratenweiser Abzahlung des Kaufpreises, oder mittels einer Konstruktion, bei welcher die nachfolgende Unterneh- mergeneration den Kaufpreis nicht aus Eigenmitteln, son- dern aus in der Unterneh- mung erwirtschafteten Mitteln bezahlt, oder – noch besser – durch eine Kombination von beidem. Dies lässt sich am besten durch den Verkauf der Unternehmung an eine sogeannte Erbenholding errei- chen. Darauf wird im Folgen- den eingegangen.

2. Insbesondere der Verkauf an eine sogenannte Erbenholding

a) Übersicht über die Erben- holding-Lösung

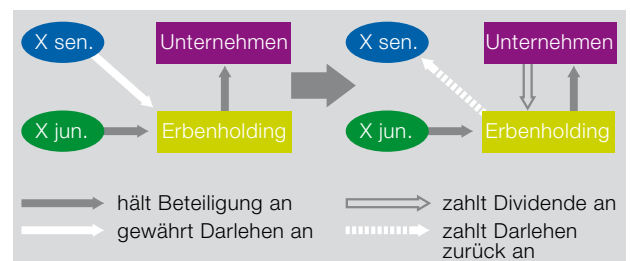
Bei der sogenannten Erben- holding-Lösung wird die Be- teiligung an der Unterneh- mung (Aktien oder Stamm- anteile) nicht direkt an die nachfolgende Generation (d.h. in deren Privatvermö- gen), sondern an eine von ihr gehaltene Gesellschaft, eine sogenannte Erbenholding, verkauft.



Der von der Erbenholding zu bezahlende Kaufpreis für die Unternehmung wird ganz oder teilweise als Darlehen stehen gelassen und in den folgenden Jahren an die ab- tretende Unternehmerge- neration zurückbezahlt. Die Dar- lehensrückzahlung erfolgt aus von der Unternehmung erwirtschafteten Mitteln, welche der Erbenholding in der Form von (jährlichen) Dividendener- trägen aus der Unternehmung zufließen.



lic. iur.
Thomas Schönenberger, LL.M.
Rechtsanwalt
St.Gallen



Bei der Erbenholding-Lösung wird die nachfolgende Unter- nehmergeneration durch die Kaufpreiszahlung somit we- niger belastet. Überdies bringt sie erhebliche Steuer- vorteile (siehe dazu nach- stehende lit. e).

b) Die Gründung der Erben- holding

Die Erbenholding kann in der Form einer Aktiengesellschaft (AG) oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gegründet werden und sollte einen reinen Holdingzweck (Halten von Betei- ligungen) haben. Als minima- les Gesellschaftskapital bedarf es bei der AG eines Aktienkapitals von CHF 100'000.–, bei der GmbH eines Stammkapitals von CHF 20'000.–. Es ist stets im Ein- zelfall zu prüfen, ob sich eine Erbenholding-Lösung lohnt

und, falls ja, welche Rechtsform sich hierfür am besten eignet. Oft werden der nachfolgenden Unternehmergeneration die Mittel für das Gesellschaftskapital durch Schenkung von der abtretenden Unternehmergeneration zugewendet. Da die Erbenholding schon bei ihrer Gründung beabsichtigt, Beteiligungen (an der Unternehmung) zu erwerben, muss sie als *Sachübernahmegründung* (Gründungsbericht und Prüfungsbestätigung eines zugelassenen Revisors erforderlich) erfolgen. Möglich ist statt der Sachübernahmegründung auch eine sogenannte *Sacheinlagegründung*, bei welcher die Liberierung des Gesellschaftskapitals durch Einlage der Beteiligungen an der

«Bei der Erbenholding-Lösung muss das Verkäuferdarlehen nicht aus bereits versteuertem Einkommen (oder Vermögen) zurückbezahlt werden.»

⁶ Je grösser der gestundete und als Darlehen rückzahlbare Teil des Kaufpreises ist, umso mehr kann von den Vorzügen der Erbenholding-Lösung profitiert werden. Sofern es die finanziellen Verhältnisse der abtretenden Unternehmergeneration und die wirtschaftliche Situation der Unternehmung zulassen, sollte ein möglichst grosser Teil des Kaufpreises als Darlehen zurückbezahlt werden.

Unternehmung in die Erbenholding erfolgt. Auf die Wahl einer Revisionsstelle kann bei der Erbenholding in den allermeisten Fällen verzichtet werden (sog. Opting-out).

^c) Der Verkauf der Unternehmung an die Erbenholding

Es werden nicht etwa einzelne Unternehmensteile, sondern die Beteiligung an der Unternehmung, also Aktien oder Stammanteile, verkauft. Wie erwähnt soll der Verkauf der Beteiligung an der Unternehmung zu einem Wert erfolgen, der auch einem Drittvergleich standhält. Es ist von Vorteil, wenn die abtretende und die nachfolgende Unternehmergeneration gemeinsam einen unabhängigen Dritten mit der Unternehmensbewertung beauftragen und sich mit dieser auch über die Bewertungsmethode einigen. Schliesslich müssen sich die abtretende und die nachfolgende Unternehmergeneration über den Kaufpreis einig werden. Der Kaufvertrag gestaltet sich bei familieninternen Un-

ternehmensübernahmen meist recht einfach, eine ausgedehnte Unternehmensprüfung (sogenannte *due diligence*-Prüfung) bleibt in den allermeisten Fällen aus. Je nach finanziellen Verhältnissen der Beteiligten wird der Kaufpreis ganz oder teilweise⁶ stehen gelassen bzw. als Darlehen zurückbezahlt (siehe nachfolgende Ausführungen). Der nicht stehen gelassene Teil des Kaufpreises kann entweder aus Eigenmitteln (falls vorhanden) oder durch Drittfinanzierung (bspw. durch Bankkredit) beglichen werden.

^d) Umwandlung (eines Teils) des Kaufpreises in eine Darlehensforderung gegen die Erbenholding

Der stehen gelassene Teil des Kaufpreises wird in ein Darlehen der abtretenden Unternehmergeneration an die Erbenholding umgewandelt und von Letzterer über die Jahre zurückbezahlt. Im Darlehensvertrag werden die Konditionen (Amortisation, Verzinsung, Sicherheit) festgelegt. Da es sich um familieninterne Regelungen handelt, werden die vertraglichen Bestimmungen über Amortisation und Verzinsung jedoch öfters offen formuliert, um die Handlungs- und Gestaltungsfreiheit der beteiligten Vertragsparteien über die Jahre nicht zu beschränken. Was hier angemessen ist, entscheiden die Beteiligten im Einzelfall. Dabei sind jedoch die anwendbaren Zinssätze für die Berechnung der geldwerten Leistungen gemäss dem entsprechenden Rundschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung ESTV zu berücksichtigen.

^e) Steuerliche Aspekte

Der grosse steuerliche Vorteil gegenüber einem Verkauf (mit Darlehensgewährung) in das Privatvermögen der nachfolgenden Unternehmergeneration liegt darin, dass bei der Erbenholding-Lösung das

Verkäuferdarlehen nicht aus bereits versteuertem Einkommen (oder Vermögen) zurückbezahlt werden muss. Die Dividendenerträge aus dem von der Unternehmung erwirtschafteten Gewinn fliessen nämlich nicht direkt der nachfolgenden Unternehmergeneration zu, wo sie als Einkommen zu versteuern wären, bevor sie (geschmälert um die entsprechenden Einkommenssteuerbeträge) an die Verkäufer zurückbezahlt werden. Vielmehr fliessen die Dividendenerträge an die Erbenholding, wo sie aufgrund des Holdingprivilegs bzw. der Möglichkeit des Beteiligungsabzugs (fast) keine Steuerfolgen zeitigen und somit praktisch ungeschmälert an die Verkäufer weitergeleitet werden können. Aus Sicht der abtretenden Unternehmergeneration spielt es steuerlich keine Rolle, ob an die Erbenholding oder direkt an die nachfolgende Unternehmergeneration verkauft wird, realisiert sie doch durch die Veräusserung ihrer Beteiligung am Unternehmen im einen wie im anderen Fall einen steuerfreien Kapitalgewinn.

Damit die Erbenholding-Lösung in der beschriebenen Form von den Steuerbehörden akzeptiert wird und die Beteiligten (insbesondere die abtretende Unternehmergeneration!) keine unangenehmen (Nachsteuer-)Überraschungen erleben, sind alle Handlungen zu unterlassen, welche zu einer Besteuerung aufgrund des Steueratbestands der sogenannten indirekten Teilliquidation führen. Dazu gehört insbesondere auch, dass in den ersten fünf Jahren nach dem Eigentumsübergang nur Dividenden aus nach dem Verkauf effektiv erwirtschafteten Gewinnen der Unternehmung an die Erbenholding ausgeschüttet werden dürfen, keinesfalls aber aus der Substanz der Unternehmung (sogenannte Substanzdividende). Wird bei der Durchführung der Erben-

holding-Lösung der Tatbestand der indirekten Teilliquidation gesetzt, werden die zur Darlehensrückzahlung verwendeten Dividenden bei der abtretenden Unternehmergeneration voll als Einkommen besteuert. Vor der Durchführung der Unternehmensnachfolge mittels Erbenholding-Lösung ist in jedem Fall von den Steuerbehörden ein sogenanntes Steuerruling einzuholen, in welchem bestätigt wird, dass die vorgesehene Lösung keine negativen Steuerfolgen zeitigt. Selbstverständlich darf von der vom Steuerruling erfassten Lösung (ohne erneutes Steuerruling) nicht mehr abgewichen werden, will man keine unangenehmen Überraschungen erleben.

f) Würdigung

Die Erbenholding-Lösung ist im Vergleich zu anderen Lösungen bei der familieninternen Unternehmensnachfolge zwar komplexer und bringt für die Beteiligten einen erhöhten Beratungsbedarf. Mit ihr lassen sich jedoch die unterschiedlichen Zielsetzungen und Interessenpositionen in einer familieninternen Nachfolgeregelung oft am besten berücksichtigen. Dazu bringt die Erbenholding-Lösung der nachfolgenden Unternehmergeneration erhebliche Steuervorteile.

B. 2. Element: Nachhaltige Gewährleistung des Fortbestands und der Handlungsfähigkeit der Unternehmung

1. Übersicht

Die Übertragung des Eigentums an der Unternehmung von der abtretenden auf die nachfolgende Generation bzw. deren Erbenholding ist der erste, nicht jedoch der einzige Schritt zu einer nachhaltigen familieninternen Unternehmensnachfolge zu Lebzeiten. Damit der Fortbestand und die Handlungsfähigkeit

der Unternehmung, also das wohl vordringlichste Ziel jeder Unternehmensnachfolge, nachhaltig gewährleistet werden können, bedarf es zusätzlicher Verträge.

2. Ehe- und Erbverträge der nachfolgenden Unternehmergeneration

Mittels ehe- und erbvertraglicher Regelungen soll sichergestellt werden, dass das Unternehmen auch im Falle der Scheidung, der Trennung, des Eintritts der Gütertrennung oder des Todes in der nachfolgenden Unternehmergeneration handlungsfähig und im Familienbesitz bleibt. Was im Ehe- und Erbvertrag alles geregelt werden soll, bestimmt sich nach dem konkreten Einzelfall. In der Praxis bewähren sich bei familieninternen Unternehmensnachfolgen u.a. folgende Regelungen:

- Beim (ordentlichen) Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung: ehevertragliche Zuweisung der Beteiligung am Unternehmen bzw. an der Erbenholding ins Eigentum der nachfolgenden Unternehmergeneration, samt allen industriellen und konjunkturellen Mehrwerten, damit diese Beteiligungen im Falle einer Scheidung gar nicht erst zur Disposition stehen;
- Flankierende Massnahmen im Ehevertrag zum finanziellen Ausgleich der Eigengutzuzuweisung für den Ehepartner (bspw. Zuweisung eines grösseren Teils an der Errungenschaft im Scheidungsfall);
- Erbvertragliche Regelung zur Sicherung des Fortbestands des Unternehmens.

3. Erbvertrag zwischen der abtretenden Unternehmergeneration und ihren Nachkommen

Durch Abschluss eines Erbvertrags zwischen der abtretenden Unternehmergeneration und ihren Nachkommen, darunter auch der nachfol-

genden Unternehmergegeneration, sollen spätere Erbstreitigkeiten mit Bezug auf die familieninterne Unternehmensnachfolge vermieden werden.

Was darin geregelt werden soll, ergibt sich aus den Bedürfnissen des konkreten Falls. Es haben sich aber u.a. folgende Regelungen bewährt:

- Regelungen über die Ausgleichspflicht;
- Erbverzicht zugunsten des überlebenden Elternteils oder unter den Geschwistern;
- Zuweisung einer allfälligen Darlehensforderung des Nachlasses gegenüber der nachfolgenden Unternehmergeneration (bzw. der Erbenholding) an diese.

4. Gesellschaftervertrag (bei Bedarf)

Für den Fall, dass mehrere Nachkommen die Unternehmensnachfolge antreten, sollte ein Gesellschaftervertrag die Grundlage für ein gedeihliches Zusammenwirken dieser Nachkommen im Unternehmen legen, die jederzeitige Handlungsfähigkeit der Unternehmung in schwierigeren Zeiten garantieren und den Verbleib des Unternehmens im Familienbesitz sichern.

Auch hier bestimmt der konkrete Fall, was geregelt werden und wie dies geschehen soll. Erfahrungsgemäss bewähren sich jedoch folgende Regelungen:

- Schiedsklausel zur (präventiven) Verhinderung von Pattsituationen;
- Verschiedene Erwerbs- und Veräusserungsrechte der Gesellschafter (Vorhand- und Vorkaufsrechte, Kaufsrechte, Mitverkaufs- und Verkaufsrechte, etc.);
- Regelung der Vertretung der Gesellschafter im

obersten Führungsgremium des Unternehmens (evtl. mit Turnus für den Vorsitz);

- Regelung der gegenseitigen Vertretung bei Eintritt eines (vorübergehenden) Verlusts der Handlungsfähigkeit eines Gesellschafters.

Fazit

Familieninterne Nachfolgeregelungen zu Lebzeiten, wie sie bei Schweizer KMU sehr häufig vorkommen, stellen für alle beteiligten Personen in vielerlei Hinsicht eine besondere Herausforderung dar. Dies gilt in erster Linie für die Mitglieder der Unternehmerfamilien und deren jeweilige Lebenspartnerinnen und Lebenspartner. Familieninterne Nachfolgeregelungen zu Lebzeiten sind jedoch auch für die damit befassten externen Berater sehr anspruchsvoll. Da die Verhältnisse, in denen sich Unternehmensnachfolgen vollziehen, stark variieren können, existieren bezüglich Ausgestaltung und Umsetzung der Nachfolgeregelung keine allgemein gültigen Regelungen oder gar Pa-

tentrezepte. Vielmehr ist eine auf den Einzelfall zugeschnittene Lösung anzustreben.

Sofern es die konkreten Verhältnisse jedoch zulassen, sollte eine Nachfolgeregelung mittels *Erbenholding*-Lösung, d.h. in Form eines Verkaufs der Beteiligung am Unternehmen an eine von den Nachfolgern gegründete Holding-Gesellschaft, in Betracht gezogen werden. Zwar ist deren Ausgestaltung und Umsetzung mit einem erhöhten Aufwand (für Holdinggründung, Verträge, Steuerruling, etc.) verbunden, doch trägt eine Erbenholding-Lösung in vielen Fällen den unterschiedlichen Zielen und Interessenpositionen bei einer Nachfolgeregelung am besten Rechnung. So sichert ein Verkauf im Vergleich zur Übertragungsform der (gemischten) Schenkung der abtretenden Unternehmergeneration ein (angemessenes) Entgelt in Form des Kaufpreises, mit welchem sie ihren verdienten Lebensabend ohne finanzielle Sorgen bestreiten kann. Überdies lässt sich dadurch eine finanzielle Gleichbehandlung der

Nachkommen in der Regel besser bewerkstelligen. Im Vergleich zum direkten Verkauf der Unternehmung an den designierten Nachfolger bzw. die designierte Nachfolgerin, ermöglicht der Verkauf an die Erbenholding der nachfolgenden Unternehmergeneration, den Kaufpreis auf steueroptimale Weise (ganz oder teilweise) aus Mitteln, welche von der übernommenen Unternehmung über die Folgejahre erwirtschaftet werden, zu bezahlen. Dadurch kann die aus der Unternehmensübernahme resultierende finanzielle Belastung der nachfolgenden Unternehmergeneration stark reduziert werden.

Welche Lösung für die familieninterne Nachfolgeregelung auch immer gewählt wird: die beteiligten Personen tun gut daran, nicht nur der geordneten Regelung der Eigentumsverhältnisse am Unternehmen, sondern auch der nachhaltigen Gewährleistung des Fortbestands und der Handlungsfähigkeit der Unternehmung besondere Beachtung zu schenken. ■



Collaborative Law

Ein neues, alternatives Konfliktregelungsmodell

Sie suchen eine Anwältin/einen Anwalt, aber keinen Streit. Dann finden Sie hier eine neue, andere Art, Ehekonflikte zu lösen.

Einleitung

Haben Sie sich auch schon darüber geärgert, dass es in Scheidungs-/Trennungsverfahren oft nur Verlierer gibt und dass Kinder geschiedener Eltern auch Jahre nach der Scheidung nur mit je einem Elternteil Feste feiern können?

Was bringt Anwältinnen und Anwälte dazu, eine weitere Ausbildung im Konfliktmanagement zu absolvieren, um einen ganz neuen Weg im Familienrecht zu begehen?

Collaborative Law ist ein neues Konfliktregelungsmodell, das seit den 90er Jahren in Kanada und in den USA prak-

tiziert wird und sich nun auch in Europa und in der Schweiz verbreitet.

Seit ich als Scheidungsanwältin Collaborative Law praktiziere, hat sich meine Arbeit verändert. Ich staune über die Wirkung dieses Modells für meine Mandantinnen und Mandanten. Die scheidenden Ehegatten beenden ihre Beziehung trotz teils heftiger Konflikte, die gelöst werden müssen, psychisch unversehrt, mit Befriedigung über ausgehandelte Lösungen, sei es für die Kinder, sei es für die «Nachscheidungs-Familie», sei es für den Fortbestand des Unternehmens und sie blicken positiv in die Zukunft. Meine Mandantinnen und

Mandanten sind ihrerseits erstaunt über die Fähigkeiten der Collaborative Lawyer, kreativ, unkonventionell und offen gute Lösungen für beide Ehegatten zu suchen und gemeinsam zu finden. Mit der Wahl des CL-Verfahrens eröffnet sich die Chance, einen Lebensabschnitt in Würde und Respekt abzuschliessen – der Versuch lohnt sich, zu verlieren gibt es nichts.

«Collaborative Law ist ein neues Konfliktregelungsmodell, das seit den 90er Jahren in Kanada und in den USA praktiziert wird und sich nun auch in Europa und in der Schweiz verbreitet.»

Warum Collaborative Law, warum nicht Mediation?

In der Mediation werden die Konfliktparteien aussergerichtlich von einer neutralen und

unparteiischen Drittperson ohne Konfliktentscheidungskompetenz (Mediator/Mediatorin) unterstützt, um strittige Punkte zu identifizieren, Optionen zu entwickeln und über die Konfliktpunkte verhandelnd Lösungen zu



suchen. Mediation hat im Familienrecht aber offensichtliche Nachteile für viele Scheidungspaare:

- fehlende juristische Unterstützung einer Partei während der Mediationsverhandlung;
- emotionale und ökonomische Ungleichheiten und ungleiche Machtverhältnisse zwischen den Parteien, die ohne individuelle Unterstützung eine Vereinbarung aushandeln;
- die Logik des Verhandeln, die der Mediation zugrunde liegt, basiert auf der Fiktion von Freiheit und Autonomie jedes Individuums; ökonomische Ungleichheit und ungleiche Machtverhältnisse sind Frauenrealitäten; das Konzept der «Gleichheit» zwischen Frau und Mann im Rahmen des Paares und der Familie ist real nicht existent;
- unabhängige Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte beraten die Klienten ausserhalb der Mediation, was zu Spannungen führt, weil die Sichtweise eine ganz andere ist;
- Mediation eignet sich nur für Paare, die über alle und die gleichen Infor-

mationen zu den Finanzen in der Vergangenheit, in der Gegenwart und in der Zukunft verfügen, Paare, die eine sehr hohe Kommunikationskompetenz in der Beziehung pflegten und nach wie vor pflegen können und deren Beziehungskonflikt auf der Paarebene bereits gelöst ist;

Aus dieser Erkenntnis entstand in den USA das Collaborative Law als ADR-Modell (Alternative Dispute Resolution). Dieses Verfahren hat sich rasch verbreitet, weil es offenbar besser den Bedürfnissen von Scheidungsfamilien entspricht als andere Verfahren.

Das Collaborative-Law-Verfahren im Einzelnen

Verhandlungsregeln

Im Collaborative-Law-Verfahren verpflichten sich die beiden Ehegatten, je zusammen mit ihrer Anwältin/ihrer Anwalt, in einem CL-Vertrag die Grundregeln dieses Modells einzuhalten.

Es sind dies:

- Die Verhandlungen basieren auf Fairness, gegenseitigem Respekt und auf Treu und Glauben.
- Die Ehepartner sind bereit, zu Gunsten von gemeinsamen Lösungen Kompromisse einzugehen; sie verpflichten sich gegenseitig, alle entscheidungserheblichen Tatsachen offen zu legen.
- Versehen der Gegenseite nutzen alle Parteien nicht aus, sondern weisen darauf hin, damit sie korrigiert werden können.
- Während der Verhandlungen verändert kein Ehepartner die tatsächlichen Verhältnisse, wenn die Gefahr besteht, dass dadurch das CL-Verfahren gestört oder einvernehmliche Lösungen vereitelt werden.
- Solange verhandelt wird, trifft kein Ehepartner Ver-

mögensdispositionen, welche für den anderen von Nachteil sein können.

- Alle Beteiligten respektieren gegenseitig Persönlichkeit und Privatsphäre.
- Eine CL-Anwältin/ein CL-Anwalt muss ihr/sein Mandat niederlegen, wenn die aussergerichtlichen Verhandlungen scheitern; das Androhen gerichtlicher Schritte ist verboten.
- Bei Verletzung des Vertretungsverbotes schuldet die Anwältin dem verletzten Ehepartner eine Konventionalstrafe.
- Verletzt die eigene Mandantin das Gebot fairen Verhandeln, muss die CL-Anwältin ihr Mandat niederlegen.

Ablauf des Collaborative-Law-Verfahrens

In einem oder mehreren Einzelgesprächen orientiert die CL-Anwältin ihre Mandantin/ihren Mandanten über das CL-Verfahren und bespricht mit ihr/ihm den CL-Vertrag. Im Einzelgespräch sollen das Vertrauensverhältnis aufgebaut und erste Informationen ausgetauscht werden. Die Einzelgespräche dienen der Vorbereitung der Vierer-Sitzungen. Inhaltlich wird erst in diesen Vierer-Sitzungen verhandelt.

Zur Vorbereitung der ersten Vierer-Sitzung treffen sich die beiden Anwältinnen/Anwälte zum Austausch von Sachinformationen, zur Zusammenstellung der Traktanden und um den Verlauf der ersten Sitzung konstruktiv vorzubereiten. Es herrscht eine vertrauensvolle Atmosphäre auch zwischen den beiden CL-AnwältInnen.

Die CL-AnwältInnen tragen gemeinsam die Verantwortung für den Verlauf der Verhandlungen. Hierzu gehört auch ein bewusster und sorgfältiger Umgang mit den Emotionen der Mandantinnen und Mandanten.

Grundsätzlicher Wandel der Rolle der als Scheidungsanwältin/Paradigmawechsel

Als CL-Anwältin habe ich einen Doppelauftrag: Ich setze mich einerseits für die Interessen meiner Klienten umfassend ein. Gleichzeitig trage ich die Verantwortung für ein konstruktives Verfahren, das nach Möglichkeit mit einem Konsens endet.

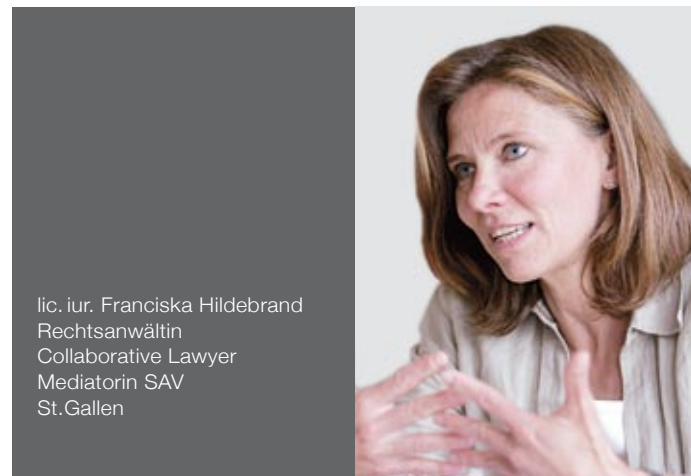
CL-Anwältinnen müssen umdenken, denn sie arbeiten nicht im kontradiktorischen Verfahren, in dem jederzeit die Möglichkeit besteht, die Verhandlungen abubrechen und zu prozessieren. Ein CL-Verfahren führt zu einem Paradigmawechsel. Die CL-Anwältin unterstützt ihre eigene Mandantin darin, die wirklichen Interessen, Bedürfnisse und Wünsche aufzuspüren. Sie wird ihre Mandantin aber auch ermutigen, die eigenen Interessen und Wünsche unter dem Aspekt des Verständnisses für den anderen Ehegatten zu prüfen und neu zu definieren. Denn die CL-Anwältin wird durch die eigene Mandantin beauftragt, ihre eigenen Interessen unter Berücksichtigung der Interessen der Nachscheidungs-Familie und des anderen Ehegatten zu vertreten. Wer das CL-Verfahren wählt, muss sich also öffnen für diese Sichtweise und den Unterschied zu den herkömmlichen Verfahren verstehen.

Im CL-Verfahren werden die Ziele und Prioritäten der Mandantin hinterfragt. Weshalb möchte sie ein bestimmtes Resultat? Welcher Gewinn wird damit erreicht? Gibt es u.U. andere Wege und Möglichkeiten, das gleiche oder ein besseres Ergebnis für sich und den Ex-Partner/die Ex-Partnerin zu erreichen? Im Fokus bleibt immer das getrennte Familienleben nach der Scheidung.

Mandantinnen und Mandanten, die sich für das CL-Verfahren eignen, müssen ernsthaft daran interessiert sein, auch längerfristig mit dem Ex-Partner/der Ex-Partnerin eine gute Beziehung aufrecht erhalten zu wollen. Die CL-Anwältin weiss um die intensiven Gefühle ihrer Mandantin/ihrer Mandanten, um die Verletzungen, die eine Trennung begleiten. Mit dieser Empathie kann sie die Mandantin/den Mandanten besser verstehen und unterstützen, wenn es darum geht, sich in den Verhandlungen nicht von solchen Gefühlen leiten zu lassen. Die CL-Anwältin zeigt der Mandantin/dem Mandanten die Chancen und Vorteile auf, welche eine faire und vernünftige Vereinbarung mit sich bringen. Sie ermutigt die Mandantin/den Mandanten, die Qualität der Vereinbarung nicht bloss an den finanziellen Aspekten zu messen, sondern auch als Basis zu sehen für einen respektvollen nachehelichen Umgang der Ex-Gatten miteinander.

Collaborative Law in der Ostschweiz

Die Gruppe «Pool-Anwältinnen und Anwälte Zürich/Ostschweiz» besteht aus rund 30 Anwältinnen und Anwälten, die die Collaborative Ausbildung absolviert haben und Collaborative Law anbieten (www.cl-pool.ch). In einem strengen Selektionsverfahren werden Anwältinnen und Anwälte in den Pool aufgenommen. Sie haben alle langjährige Erfahrung im Familienrecht, haben ihre Konsens- und Kooperationsfähigkeiten bereits unter Beweis gestellt und die CL-Ausbildung absolviert. Die Mitglieder des Pools verpflichten sich zu regelmässigen Treffen, die der Weiterbildung, vor allem aber auch dem Auf- und Ausbau des Vertrauensverhältnisses untereinander dienen sollen. Eine vertrauensvolle



lic. iur. Franciska Hildebrand
Rechtsanwältin
Collaborative Lawyer
Mediatorin SAV
St. Gallen

und respektvolle Atmosphäre zwischen den CL-AnwältInnen stärkt das Vertrauen der Ehegatten in das laufende Verfahren und öffnet den Weg für Lösungen, die vorher undenkbar erschienen.

Zusammenfassung

Sie suchen eine Anwältin/einen Anwalt, aber keinen Streit.

Dann liegen Sie bei der Wahl des CL-Verfahrens richtig. Collaborative Law entstand aus der Erkenntnis, dass kontradiktorisch geführte Gerichtsverfahren den Scheidungsparteien die nacheheliche Beziehung erschweren bis verunmöglichen und dass sich die Familienmediation nicht für alle Ehegatten eignet. Collaborative Law ermöglicht es auch Parteien mit hohem Konfliktpotenzial, eine nachhaltige aussergerichtliche Lösung mit Fachpersonen zu finden, die sich für das Wohl aller Beteiligten einsetzen. Und schliesslich eröffnet das CL-Verfahren der Scheidungsanwältin die Möglichkeit, in einer neuen Verhandlungskultur konstruktive, kreative und befriedigende Lösungen zu suchen und zu finden, was sich auf die Qualität des eigenen Berufslebens positiv auswirkt. ■

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

Inserateverwaltung

Peter Heer Media
Neuensteigstrasse 3
9424 Rheineck
tel. 071 888 77 09
heer@phmedia.ch

Erscheinungsweise

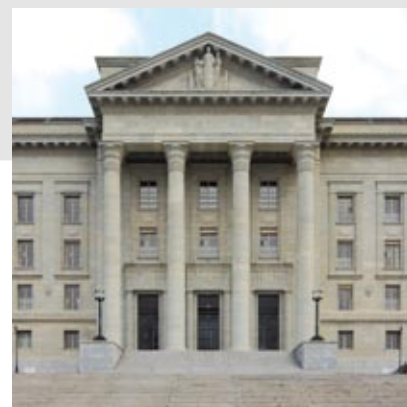
3x pro Jahr

Auflage

3'100 Exemplare

Druck

Schmid-Fehr AG
9403 Goldach



Aus dem Bundesgericht

Reiche schneller im Strafregister

Zu beurteilen hatten die Richter den Fall eines vermögenden Verkehrsüblers, der wegen Rechtsüberholens und Überfahrens einer Sicherheitslinie mit 7500 Franken gebüsst worden war. Das Aargauer Obergericht verzichtete jedoch darauf, das Urteil ins Strafregister-Informationssystem VOSTRA eintragen zu lassen. Von Gesetzes wegen ist die Eintragung von Übertretungen vorgesehen, wenn die verhängte Strafe mehr als 5000 Franken Busse oder 180 Stunden gemeinnützige Arbeit beträgt. Das Obergericht hatte die Ansicht vertreten, dass die Höhe der einkommensabhängigen Busse allein für die Eintragung nicht entscheidend sein dürfe.

Die Bussenhöhe sage nichts über das individuelle Verschulden des Täters aus. Ausschlaggebend für einen Eintrag müsse deshalb die Ersatzfreiheitsstrafe sein, die bei Nichtbezahlung der Busse an deren Stelle treten würde. Diese erreiche hier mit drei Tagen die Grenze für einen Eintrag aber nicht.

Das Bundesgericht hat die Beschwerde der Staatsanwaltschaft nun gutgeheissen. Laut dem Urteil muss es bei einer strikten Anwendung der gesetzlichen Kriterien bleiben. Eine gewisse Ungleichbehandlung reicher und armer Täter sei zwar tatsächlich nicht zu umgehen. Das sei im Interesse einer schlanken Regelung aber hinzunehmen. Im Übrigen werde neben der Busse auch die Ersatzfreiheitsstrafe eingetragen, womit das konkrete Verschulden des Betroffenen ja ersichtlich sei. Schliesslich seien Strafregistereinträge zu Übertretungen nur für Behörden ersichtlich, in Auszügen zu Händen von Privaten würden sie indessen gar nicht erscheinen. ■

Urteil des Bundesgerichts 6B_1040/2008 vom 31. März 2009

«ALLES WAS RECHT IST»

gesammelt von RA Bruno A. Hubatka

- Ein Strafrichter ist Vater von Vierlingen geworden. Er stöhnt verzweifelt: «Ich glaube, ich werden das Verfahren einstellen müssen.»
- Silvia will sich scheiden lassen. Der Anwalt fragt: «Trinkt ihr Mann?» - «Nein.» - «Schlägt er Sie?» - «Nein.» - «Und wie steht es mit der ehelichen Treue?» - «Damit kriegen wir ihn! Zwei von unseren Kindern sind nicht von ihm!»

- Fragt ein Anwalt den anderen: «Na, wie geht's?» Sagt der andere: «Kann nicht klagen!»
- Zwei Ballonfahrer haben im dichten Nebel völlig die Orientierung verloren. Plötzlich reisst der Nebel auf, und sie sehen unter sich auf einer Hochfläche einen einsamen Spaziergänger. Einer der Männer im Fesselballon formt die Hände zu einem Trichter und ruft nach unten: «Wo sind wir hier?» Der Spaziergänger wirft einen kurzen Blick nach oben und antwortet dann wie aus der

Pistole geschossen: «In einem Fesselballon, 30 Meter über der Erde.» Dann schliesst sich der dichte Nebel wieder. Da meint der eine Ballonfahrer zum anderen: «Der Mann muss Jurist gewesen sein. Seine Antwort war völlig korrekt, aber trotzdem zu nichts zu gebrauchen.»

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