



von Stefan Schalch

## Schweizer Elektrizitätsgesetzgebung: Quo vadis?

**DER SCHWEIZER ENERGIEMARKT IST IN BEWEGUNG UND MIT IHM SEINE RECHTSGRUNDLAGEN. EINE GANZE PALETTE NEUER GESETZGEBUNG STEHT VOR DER TÜR. DIESE UND IHRE AUSWIRKUNGEN WERDEN NACHSTEHEND KURZ VORGESTELLT.**

### Inhalt

	Seite
Schweizer Elektrizitätsgesetzgebung: Quo vadis?	1
Das neue Revisionsaufsichtsgesetz: Kontrolle der Kontrolleure	3
Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit – Grundlage für ethisches Handeln von Finanzintermediären?	5
Unterschätzte Aufklärungspflicht des Zahnarztes	7
Beitritt zum Haager Trust-Übereinkommen: Aufwertung des Trust-Standortes Schweiz	9

«Strom kommt aus der Steckdose»; so what? Dieses Bonmot steht exemplarisch für die bis vor Kurzem bestehende Gleichgültigkeit vieler Konsumenten gegenüber dem Thema elektrische Energie. Selbst die von Elektrizitätsversorgungsunternehmen («EVU») transparente gemachte Zusammensetzung des Strommixes (d.h. der im gelieferten Strom enthaltenen Anteile der Produktionsart bzw. Herkunft – z.B. 70% Atomstrom, 25% Strom aus Wasserkraft, 5% aus weiteren Quellen), löste noch wenig Echo aus. Einzig Themen wie der Bau neuer Atomkraftwerke oder die Erhöhung von Stauseekapazitäten fanden einen gewissen Widerhall beim Publikum.

Dies ändert sich zunehmend. Einerseits interessiert das Thema Energie – ausgelöst durch die CO<sub>2</sub> Debatte – generell vermehrt und andererseits steht mit der bevorstehenden Strommarktliberalisierung ein gewichtiges Thema an, das nicht bloss ein Mauerblümchendasein fristet.

#### Technische Ausgangslage: Eigenheiten des Produkts Strom

Strom zeichnet sich durch *technische* und *tatsächliche Eigenheiten* aus, die sich auch auf die rechtlichen Fragen auswirken:

a) Strom lässt sich nicht in grossen Mengen speichern. Wenn Strom gebraucht wird, muss er zeitgleich produziert werden. Umgekehrt muss der produzierte Strom auch sogleich gebraucht werden; die Energiebilanz von Produktion und Verbrauch muss auf Null aufgehen.

b) Strom ist nicht gegenständlich identifizierbar («mein» Strom; «dein» Strom); er ist lediglich quantifizierbar.

c) Strom lässt sich mit geringen Verlusten übertragen. Die Übertragung erfolgt mittels Leitungen; eine leitungsunabhängige Übertragung ist grundsätzlich nicht möglich.

d) Leitungsnetze können nicht in beliebiger Quantität erstellt werden. Meist begründet ein Leitungsnetz ein

Fortsetzung Seite 2

### Fortsetzung

«natürliches Monopol», was freien Wettbewerb für die Stromübertragung ausschliesst. Die Produktion von Strom dagegen unterliegt dem Wettbewerb.

Strom ist ein *Grundversorgungsgut*, das flächendeckend jederzeit in ausreichenden Mengen und zu angemessenen Preisen zur Verfügung stehen muss (Stichwort Versorgungssicherheit).

### Rechtliche Ausgangslage

Der schweizerische Elektrizitätsmarkt und die entsprechende Gesetzgebung sind in Bewegung. Der Anstoss dazu kam aus der EU. Nachdem das Volk 2002 noch einen ersten Anlauf (in Form des Elektrizitätsmarktgesetzes) ablehnte, zieht die Schweiz nun autonom nach, wo Brüssel schon den Weg bereitet hat. So besteht die Chance, aus den Fehlern anderer zu lernen.

Bereits in der definitiven Version liegen das ganz neue Stromversorgungsgesetz («StromVG») sowie die revidierten Fassungen des Elektrizitäts- («ElG») und Energiegesetzes («EnG») vor, während die neue Stromversorgungsverordnung («StromVV») und die revidierte Energieverordnung («EnV») bisher erst als Vernehmlassungsentwürfe vorliegen. Die definitiven Versionen dürften im Verlaufe des Dezembers 2007 folgen.

Der Schweizer Gesetzgeber will den hiesigen Strommarkt den geänderten Bedürfnissen anpassen und Rechtssicherheit für Investitionen in Netz und Stromproduktion schaffen. Zuzufolge des Subsidiaritätsprinzips hat er auf gewisse Punkte *fokussiert*.

### Vorgesehene Neuerungen

Einmal geht es darum, den Standort *Schweiz als europäische Stromdreh-*

*scheibe* langfristig zu sichern, den Import in die, den Export aus der, die Durchleitung durch die Schweiz und den grenzüberschreitenden Stromhandel zu regeln. Beabsichtigt ist ferner, die EU-Kompatibilität des Schweizer Markts sicherzustellen und zugleich die Schweizer Interessen künftig besser in der EU und den benachbarten Staaten vertreten zu können. Primäres Mittel dazu ist die Zusammenlegung des Übertragungsnetzes (Eigentum und Betrieb) in eine gesamtschweizerische Struktur, nämlich eine unabhängige (entflochtene) nationale Netzgesellschaft (vgl. StromVG Art. 18 bis 20). Diese besteht bereits heute in Form der *Swissgrid*, einer Schweizer AG, deren Kapital mehrheitlich den Kantonen und Gemeinden gehört und für welche diverse gesetzliche Sonderbestimmungen gelten. Die noch im Jahre 2005 von der schweizerischen Wettbewerbskommission ausgesprochenen Auflagen und Bedingungen betreffend die *Swissgrid* hat das Bundesgericht im Februar 2007 aufgehoben.

*Zweitens* – und für den Endverbraucher von direkterer Bedeutung – geht es darum, spektakuläre Stromausfälle bzw. Netzzusammenbrüche zu vermeiden und ganz generell die *Versorgungssicherheit* zu gewährleisten. Dazu werden dem Bundesrat Anordnungs- (StromVG Art. 9) und den Kantonen Regelungskompetenzen eingeräumt (StromVG Art. 5). Ferner werden den Netzbetreibern Pflichten und dem neu eingeführten Regulator (Elektrizitätskommission [«ElCom»]) Überwachungsaufgaben auferlegt (StromVG Art. 5, 6, 8 und 22). Sollte der Schweiz eine Stromversorgungslücke drohen (ein Szenario, das leider für die Zeit ab ca. 2020 nicht unrealistisch ist), welche die Elektrizitätswirtschaft nicht füllen kann, sind

verschiedene Massnahmen vorgesehen (StromVG Art. 9), und dem Bund und den Kantonen wurden neue Instrumente gegeben, um die Versorgung der Schweiz mit Elektrizität langfristig zu sichern und die Abhängigkeit vom Ausland zu verringern (EnG Art. 6a). Geregelt wurde auch die bisher umstrittene Frage, ob und inwiefern Endverbraucher verlangen können, auf einer für sie günstigeren höheren Netzebene angeschlossen zu werden (vgl. dazu auch die Artikel des Autors in AJP 2005, S. 1491 ff., und im VSE Bulletin 24/25 2005, S. 25 ff.).

*Drittens* bringt die neue Gesetzgebung einen *Liberalisierungsschub*, auch wenn dieser in den eidgenössischen Räten teilweise auf der Strecke blieb. Vorgesehen ist nun eine schrittweise – vorerst nur teilweise – Öffnung des Marktes. Recht auf «freien» (innerhalb der gesetzlichen Rahmenbedingungen) Netzzugang haben ab voraussichtlich 1. Oktober 2008 Endverbraucher, die «Verbrauchsstätten» mit einem Stromkonsum von über 100 MWh pro Jahr haben. Der freie Zugang besteht nur für die entsprechenden Verbrauchsstätten (d.h. nicht für den Endverbraucher schlechthin). Das Pooling von Verbrauchstätten mit tieferem Verbrauch ist nicht zulässig. Endverbraucher, welche das erwähnte Kriterium erfüllen, dürfen (aber müssen nicht) künftig den Strom bei einem beliebigen Lieferanten beziehen. Der Netzbetreiber, in dessen Gebiet die Verbrauchsstätte liegt, muss den vom Dritten gelieferten Strom zu regulierten Bedingungen (z.B. betreffend Netznutzungsentgelt) durch sein Netz zur Verbrauchsstätte durchleiten. Im Markt für die Lieferung von elektrischer Energie wird somit Wettbewerb geschaffen. Neu besteht auch eine Pflicht der Netzbetreiber, auf allen Wertschöpfungsstufen

– insbesondere im Netzbereich – Transparenz zu schaffen (vgl. StromVG Art. 6 und 10 bis 17).

*Viertes Ziel* ist die Erhöhung der *Energieeffizienz* und die Förderung der *erneuerbaren Energien*. Letzterer Punkt wurde in der politischen Debatte in den Räten als Kompromiss zur Vermeidung eines Referendums massiv ausgebaut. So wurde die Strommenge, die bis zum Jahre 2030 aus erneuerbaren Energien bzw. aus Wasserkraftwerken zu stammen hat, deutlich erhöht und der maximale Endenergieverbrauch der privaten Haushalte (inkl. Gebäude) auf dem heutigen Niveau eingefroren (EnG Art. 1 Abs. 3 bis 5 und 9 Abs. 2 und 3). Last but not least gibt es neu eine kostendeckende Einspeisevergütung für erneuerbare Energien, die durch einen Zuschlag auf den Strompreis von maximal 0.6 Rappen pro kWh auf alle Strombezüger überwältigt wird (EnG Art. 7 bis 7b und 15b).

### Und was bringt die neue Regelung?

Ein Teil der neuen Regelung soll per 1. Januar 2008 und der Rest auf den 1. Oktober 2008 in Kraft treten. Obwohl von eminenter Bedeutung für uns alle, werden wir «normale Konsumenten» paradoxerweise anfänglich kaum etwas davon merken. Kurzfristig ist wohl mit einer leichten Erhöhung (!) des Strompreises zu rechnen und mit dem Verschwinden der herkömmlichen Glühlampe, da diese nicht effizient genug arbeitet. Was mittel- und längerfristig auf uns zukommt, bleibt abzuwarten. Für die Stromwirtschaft hat die Gesetzgebung jedoch enorme Auswirkungen; sie arbeitet denn auch bereits mit Volldampf an den erforderlichen Anpassungsarbeiten.

## Das neue Revisionsaufsichtsgesetz: Kontrolle der Kontrolleure

**DAS NEUE REVISIONSAUFSICHTSGESETZ («RAG») WURDE ZUM 1. SEPTEMBER 2007 IN KRAFT GESETZT. AB 2008 STEHEN DAMIT DAS GESAMTE REVISIONSWESEN SOWIE AUCH DIE TÄTIGKEITEN DER REVISOREN UND REVISIONSGESELLSCHAFTEN UNTER DER KONTROLLE DER VOM BUND NEU GESCHAFFENEN REVISIONSAUFSICHTSBEHÖRDE («RAB»), WELCHE ÜBER DIE IHR EINGERÄUMTEN ZULASSUNGS- UND KONTROLLBEFUGNISSE INSKÜNFTIG ERHEBLICHEN EINFLUSS AUF DIE GESAMTE REVISIONSBRANCHE NEHMEN WIRD. EIN ÜBERBLICK.**



von Thomas Reimann

Die Globalisierung der Wirtschaft macht bekanntlich nicht vor den Grenzen der Schweiz halt: Die von den USA im Anschluss an die Enron/Worldcom-Skandale im sog. Sarbanes-Oxley Act massiv verschärften Corporate-Governance-Vorschriften haben auch den Schweizer Gesetzgeber dazu gezwungen, eine u.a. auch von den USA anerkannte, unabhängige Aufsichtsbehörde über das Revisionswesen zu schaffen, andernfalls die international tätigen schweizerischen Revisionsgesellschaften früher oder später vom US-Markt ausgeschlossen worden wären. Mit der Inkraftsetzung des sehr detaillierten Revisionsaufsichtsgesetzes sowie mit der Aufnahme der Tätigkeit der Revisionsaufsichtsbehörde ist diese Gefahr im internationalen Verhältnis gebannt. Aber

auch im rein nationalen Verhältnis wird das RAG sowie die inskünftige Tätigkeit der RAB erhebliche Auswirkungen zeitigen.

### Revisionsdienstleistungen nur noch mit staatlicher Bewilligung

Wer ab dem 1. Januar 2008 die in zahlreichen Gesetzen vorgeschriebenen Prüfungshandlungen und Revisionstätigkeiten ausüben und durchführen will, braucht dazu neu eine staatliche Zulassung durch die Revisionsaufsichtsbehörde. Um dem Ansturm der von der RAB geschätzten 15'000 Zulassungsgesuche überhaupt gerecht werden zu können, gilt noch bis zum 31. Dezember 2007 die recht pragmatische Regelung,

Fortsetzung Seite 4

### Fortsetzung

dass Zulassungsgesuche, welche vor Ende 2007 gestellt werden, vorerst provisorisch erteilt werden, unter Nachprüfungs vorbehalt innerhalb der nächsten zwei (2) Jahre. Das Zulassungsgesuch kann elektronisch über das Portal der RAB eingereicht werden (vergl. [www.revisionsaufsichtsbehoerde.ch](http://www.revisionsaufsichtsbehoerde.ch)). Personen, welche das Zulassungsgesuch erst nach dem 31. Dezember 2007 stellen, erhalten keine provisorische Zulassung mehr und müssen wohl damit rechnen, dass ihr Gesuch materiell nicht vor Ende 2008 geprüft und genehmigt werden kann.

### Eintragung im zentralen Register

Die Revisionsaufsichtsbehörde führt ein über das Internet zugängliches, öffentliches und zentrales Register, in dem alle natürlichen Personen und Revisionsunternehmen registriert werden, die ab dem 1. Januar 2008 noch berechtigt sind, Prüfungshandlungen vorzunehmen und/oder Revisionsdienstleistungen zu erbringen. Die diesbezügliche Eintragung im Register umfasst insbesondere die Art der Zulassung und damit auch den Umfang der inskünftig von der eingetragenen Person noch möglichen Tätigkeiten im Bereich der Revisionsdienstleistungen.

### Wer darf inskünftig was bzw. bei wem revidieren?

Im Rahmen der vorgesehenen Neukonzeptionierung der Revisionspflicht für Schweizer Unternehmungen – die entsprechenden Änderungen im Gesellschaftsrecht treten auf den 1. Januar 2008 in Kraft – richtet sich die Revisionspflicht von Schweizer Unternehmen neu nicht mehr nach ihrer Rechtsform, sondern neu grundsätzlich nach der Unter-

nehmensgrösse (vergl. dazu LRA NewsLetter 02-2007).

Entsprechend dieser Neukonzeptionierung der Revisionspflicht unterscheidet das RAG ebenfalls zwischen verschiedenen Revisionsdienstleistungen, deren Erbringung ab dem 1. Januar 2008 von der durch die RAB erteilten Zulassung abhängig sein wird:

- Die erteilte Zulassung zum *Revisor* berechtigt die natürliche Person und/oder das Revisionsunternehmen nur noch zur Erbringungen von Revisionsdienstleistungen im Rahmen der sog. *eingeschränkten Revision* gemäss Art. 727a und Art. 727c OR;

- mit der Zulassung zum *Revisionsexperten* können alle Revisionsdienstleistungen im Rahmen der sog. *ordentlichen Revision* gemäss Art. 727 OR erbracht werden, sofern es sich beim Prüfobjekt nicht um Publikumsgesellschaften im Sinne von Art. 727 Abs. 1 OR handelt;

- die Prüfung von Publikumsgesellschaften im Sinne von Art. 727 Abs. 1 OR (sowie auch die Abgabe weiterer Bestätigungen und Prüfungen) dagegen erfordert die Zulassung durch das RAB als *staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen*. Diese Zulassung ist damit die Umfassendste und Weitestgehende und steht, wegen ihrer Bedeutung, auch unter staatlicher Aufsicht.

### Auswirkungen des RAG auf die Revisionsbranche

Das neu eingeführte Zulassungssystem wird zu einer Qualitätssteigerung bei der Erbringung von Revisionsdienstleistungen führen. Die unterschiedlichen Zulassungstypen werden aber mittelfristig auch zu Umsatzrückgängen bei den bisher im Revisionsbereich tätigen natürlichen Personen und kleineren Re-

visionsunternehmungen führen. Das Ausmass allfälliger Umsatzrückgänge in der Revisionsbranche dürfte dabei davon abhängig sein, wie viele der zahlenmässig grössten Gruppe der schweizerischen Unternehmungen, denen gemäss Art. 727a OR das Recht zusteht, inskünftig auf eine eingeschränkte Revision zu verzichten (sog. Opting-Out), tatsächlich von diesem Recht Gebrauch machen werden.

### Handlungsbedarf für Unternehmungen

Revisionen bis und mit dem Geschäftsjahr 2007 erfolgen noch nach altem Recht und können somit noch von Personen ohne Zulassung durch die RAB ausgeführt werden. Anders ist allerdings die Regelung für punktuelle, d.h. nicht wiederkehrende Prüfungstatbestände (u.a. Prüfung eines Kapitalerhöhungsberichtes, Kapitalherabsetzungsprüfung, vorzeitige Löschung der Gesellschaft im Rahmen der Liquidation, Fusionsprüfung und dergl. mehr) nach dem 1. Januar 2008: Diese Geschäfte dürfen ab dem 1. Januar 2008 nur noch von Personen mit Zulassung durch die RAB ausgeführt werden.

Für alle vor dem 1. Januar 2008 gegründeten Gesellschaften müssen die Statuten in Bezug auf die Bestimmungen betreffend Revision geprüft und den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend angepasst werden. Dazu steht den Gesellschaften eine Übergangsfrist von zwei (2) Jahren zur Verfügung. Für alle ab dem 1. Januar 2008 neu gegründeten Gesellschaften dagegen gelten die neuen Bestimmungen des Revisionsgesetzes sofort und müssen entsprechend berücksichtigt werden. ■

# Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit – Grundlage für ethisches Handeln von Finanzintermediären?



von Dr. Sabine Kilgus

## Generalklausel

Seit dem Erlass des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen («Bankengesetz») im Jahre 1934 ist als Bewilligungsvoraussetzung einer Bank neben den allgemeinen organisatorischen und kapitalmässigen Anforderungen verlangt, dass die Kaderleute, insbesondere Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, *Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit* bieten (Art. 3 Abs. 2 lit. c. BankG). Das bedeutet konkret, dass diese Personen fachlich kompetent sein und integer und fair handeln müssen. Bereits damals erachtete der Gesetzgeber eine anständige Oberleitung einer Bank als beste Garantie für deren ordnungsgemässe Tätigkeit und damit auch als besten Schutz für die Gläubiger, damals insbesondere die Eigentümer von Spareinlagen, vor einem Konkurs der Bank.

Die Prüfung der Einhaltung der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit obliegt der Eidgenössische Bankenkommision («EBK») als Aufsichtsbehörde über die Banken. Im Verlaufe der rund 80 Jahre ihrer Existenz und verstärkt in den letzten rund 10-15 Jahren hat sie ihre Kompetenz zur Beurteilung «anständigen Geschäftsgebarens» immer mehr bei der Beurteilung komplexer Geschäftsvorgänge herangezogen und in einer reichhaltigen Kasuistik dargelegt,

welches Verhalten aus aufsichtsrechtlicher Sicht als ordentliche Geschäftstätigkeit gilt und welches nicht.

Mittlerweile kennen sämtliche Finanzmarktaufsichtsgesetze das Anforderungsprofil der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit für die obersten Kaderleute. Das betrifft nun neben den Banken, Versicherungen, Effekthändlern, leitenden Organen von Organisationen der kollektiven Kapitalanlage auch die SWX Swiss Exchange und die übrigen Finanzintermediäre sowie die Selbstregulierungsorganisationen im Dienste der Bekämpfung der Geldwäscherei. Das wird auch unter dem am 1. Januar 2009 in Kraft tretenden Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) der Fall sein.

## Inhalt

Die Gewährsbestimmung des Bankengesetzes wurde im Verlauf der Zeit nicht nur extensiv ausgelegt; auch der Inhalt erfuhr nach und nach eine andere Gewichtung. Während in den früheren Jahren mit dieser Bestimmung v.a. schwerwiegende Verfehlungen in strafrechtlicher Hinsicht, bspw. Veruntreuungen durch Bankkader, geahndet wurden, hat die EBK in den letzten Jahren sukzessive sämtliche Geschäfte und Verträge, die eine Bank oder ein Effekthändler ein-

geht, einer Analyse unter dem Gesichtspunkt der einwandfreien Gewähr unterzogen. Damit setzt die Behörde über die Auslegung der Anforderung an die Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit den Massstab dessen, was «Fairness» im Markt bzw. bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen bedeutet. Mit aufsichtsrechtlichen Mitteln wird mithin eine eigentliche «Lückenfüllung» betrieben, weil die geltenden zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen vielfach weder inhaltlich-materiell noch prozessrechtlich den komplexen Geschäftsvorgängen im Finanzmarktrecht gerecht werden und darum in der Praxis toter Buchstabe bleiben. Als Stichworte sei lediglich auf den Insiderstrafatbestand oder die vielfachen Interessenkonflikte innerhalb einer Universalbank zwischen dem Kredit-, Investment- oder Privatkundengeschäft hingewiesen. Das heisst nun, ein Verhalten kann gegen die Gewährsvorschrift verstossen, auch wenn weder ein strafbares Handeln noch eine klare Vertragsverletzung vorliegt oder nachgewiesen werden kann. Erfolgt aber eine Ahndung gewisser Verhaltensweisen aus aufsichtsrechtlicher Sicht, wird dadurch neben dem Aufsichts- auch das geltende Zivilrecht weiterent-

Fortsetzung Seite 6

### Fortsetzung

wickelt, weil die EBK mit ihrer Praxis die Richtung weist, innerhalb dessen sich anständiges Geschäftsgebaren bewegen darf.

In den konkret entschiedenen Fällen der letzten Jahre hat die EBK sodann nicht nur in inhaltlicher Hinsicht, sondern auch bezüglich der von ihr ausgesprochenen Sanktionen Neuland betreten, indem sie «flexible» Lösungen anordnete oder den Betroffenen nahelegte.

#### **Sanktionen der Verletzung der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit**

Die Einhaltung der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit durch die obersten Kaderleute einer Bank ist zwar eine Bewilligungsvoraussetzung der Bank; ermittelt wird aber gegen einzelne Personen. Wenn feststeht, dass diese gegen die Gewährbestimmung verstossen haben, dürfen sie nicht mehr in leitender Position bei einem Finanzintermediär tätig sein. Das hat nun in der Praxis zur Folge, dass die betroffenen Kaderleute entlassen werden müssen – ansonsten der Bank der Bewilligungs-

entzug droht – oder dass sie sogenannten «freiwillig» zurücktreten, zumeist bevor ein formeller Entscheid der EBK vorliegt.

Treten sie freiwillig zurück, wird die Untersuchung gegenstandslos, da sie nun nicht mehr in leitender Position bei einer Bank arbeiten. Verfahrenstechnisch wird die Untersuchung *ohne verwaltungsrechtliche Verfügung* als erledigt abgeschrieben. Die Betroffenen erhalten so weder eine sie belastende noch eine sie entlastende Verfügung, die infolgedessen auch nicht ordentlich beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann. Damit liesse es sich leben, würde das Verfahren nicht gewissermassen wieder «aufleben», sobald sich die betroffene Person bei einem anderen Finanzintermediär um eine Kaderstelle bewirbt. Da diesem bei einer allfälligen Anstellung ebenfalls ein Gewährsverfahren droht, wird sich dieser wohl im Zweifel für die Wahrung seiner Gewähr und nicht für die Anstellung eines in ein Verfahren verwickelten Mitarbeitenden entscheiden und eine Anstellung unterlassen. Die Folge davon ist, dass der Betroffene de facto mit ei-

nem Berufsverbot belegt ist, ohne dass hierüber ein rechtskräftiger Entscheid vorliegt – ein Zustand, der aus rechtsstaatlicher Optik höchst bedenklich ist. Zwar kann der Betroffene versuchen, von der EBK einen ihn entlastenden sogenannten «Gewährsbrief» zu erlangen. Darunter versteht man ein Schreiben, mit welchem die EBK die Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit zumindest für die neu in Aussicht stehende Position attestiert. Ganz generell ist die EBK äusserst zurückhaltend mit der Ausstellung eines solchen Schreibens.

Erst mit dem FINMAG wird dann die gesetzliche Grundlage gegeben sein, um Kaderleute, die gegen die Gewährbestimmung verstossen, mit einem Berufsverbot zu belegen.

Die Gewährbestimmung wird angesichts der Komplexität im Finanzmarktrecht wohl auch inskünftig nichts von ihrer Relevanz und Brisanz einbüssen, das sie als flexibles Instrument eingesetzt werden kann. Je nach Optik schwebt sie als Damoklesschwert oder Richtschnur über sämtlichen Geschäften im Finanzmarktrecht. ■



## Unterschätzte Aufklärungspflicht des Zahnarztes

**MITTLERWEILE DÜRFTE ES BIS ZU DEN ZAHNÄRZTEN DURCHGEDRUGEN SEIN, DASS EINE GENÜGENDE AUFKLÄRUNG DES PATIENTEN ÜBER DIE MIT EINEM EINGRIFF VERBUNDENEN RISIKEN UND DER NACHTRÄGLICHE BEWEIS DIESER AUFKLÄRUNG GRUNDVORAUSETZUNGEN FÜR EINE ERFOLGREICHE ABWEHR VON SCHADENERSATZ- ODER GENUGTUUNGSANSPRÜCHEN DARSTELLEN, WENN BEIM EINGRIFF ETWAS SCHIEF LÄUFT. NICHTSDESTOTROTZ SCHENKEN ZAHNÄRZTE DER PATIENTEN-AUFKLÄRUNG OFT NICHT JENE BEACHTUNG, WIE SIE VOM BUNDESGERICHT GEFORDERT WIRD.**



von Christian Christen

«Wo tut's denn weh?» Nicht selten bildet dieser Satz des Zahnarztes die einzige verbale Kommunikation zwischen ihm und seinem Patienten, bevor er sich, zuerst mit dem Mundspiegel und als bald schon mit Spritze, Bohrer und Zange, ans Werk macht. Dabei wäre auch der Zahnarzt gut beraten, sich für das Patientengespräch genügend Zeit zu nehmen, den Patienten über die Risiken, welche mit dem vorzunehmenden Eingriff einhergehen, aufzuklären und den Inhalt des Aufklärungsgesprächs in der Patientenakte aussagekräftig festzuhalten. Verwirklicht sich bei einem Eingriff ein Risiko und erleidet der Patient hierbei einen Schaden, kann er sich im Prozess gegen den Zahnarzt nämlich darauf berufen, von diesem vorgängig nicht oder nicht genügend über die der Prozedur immanenten Gefahren aufgeklärt worden zu sein. Gegebenenfalls wird

der Eingriff des Zahnarztes in die körperliche Integrität des Patienten dann mangels Einwilligung desselben als rechtswidrig betrachtet und der Zahnarzt haftet für den gesamten Schaden, der infolge Misslingens der Operation entstanden ist, unabhängig davon, ob ihm ein Kunstfehler unterlaufen ist oder ob er alle gebotene Sorgfalt angewendet hat (BGE 117 Ib 197 ff; BGE 133 III 121 ff). Dies jedenfalls dann, wenn dem Zahnarzt der schwierige Beweis seines Einwandes nicht gelingt, der Patient hätte auch bei voller Aufklärung dem Eingriff zugestimmt.

Ein Risikogebiet für sich stellt etwa bereits der vielen Behandlungen vorausgehende erste Eingriff in die physische Integrität des Patienten, die Verabreichung der **Injektion**, dar. Neben dem selteneren Bruch der Injektionsnadel – Ursachen für den Nadelbruch sind u.a. fehlerhafte Injektionstechnik, plötzliche Abwehrbewegungen des Patienten oder die Verwendung von ungeeignetem Spritzenmaterial – ist der sog. Spritzen-schaden berüchtigt: Auf ihrem Weg durch die Weichteile – so muss etwa zur Betäubung der hinteren Backenzähne die Kanülenspitze ca. 4 cm ins Gewebe geschoben werden – kann die Nadel einen Nerv direkt treffen und ihn so verletzen. Möglich ist auch, dass der Zahnarzt zu schnell ein zu grosses Flüssigkeitsvolumen einspritzt und dadurch

Nerven im Bereich des so verursachten Überdrucks geschädigt werden, oder dass die Nadelspitze zu stark auf einen Knochen aufgedrückt wird, sich verbiegt und in diesem Zustand Nerven schädigt. Beim Patienten macht sich der Spritzen-schaden in der Regel mit einem elektrisierenden Sofortschmerz und augenblicklich eintretender, in der Folgezeit andauernder Gefühllosigkeit bemerkbar. Häufigster versehentlich getroffener Nerv ist dabei der Zungennerv (*nervus lingualis*), der die vordere Zunge hinsichtlich Berührung, Schmerz, Temperatur und Geschmack versorgt. Als Symptome können sich beim Patienten Gefühls- und Geschmacksbeeinträchtigungen in den verschiedensten Varianten, begleitet von Kribbeln, Ameisenlaufen oder Reissen, einstellen.

Beim **Ziehen von Weisheitszähnen** gesellt sich zur Gefahr eines Spritzen-schadens jene einer Nervenschädigung durch die eigentliche chirurgische Zahnbehandlung. Wiederum ist es der Zungennerv, der hier in Mitleidenschaft gezogen werden kann, jedoch auch der Unterkieferinnerv (*nervus mandibularis*), welcher die untere Gesichtsregion und die Zunge versorgt und mit motorischen Fasern Kau- und Teile der Mundbodenmuskulatur steuert, oder der Kinnerv (*nervus mentalis*), der die Haut des Kinns

Fortsetzung Seite 8

### Fortsetzung

und die Unterlippe versorgt, können beeinträchtigt werden. Ursachen für Verletzungen sind etwa ungenügendes Lösen des Zahnfleisches, Einreissen beim Heraushebeln oder ein Abrutschen des Bohrers. Sind Weisheitszähne verlagert oder zurückgeblieben, ist die Gefahr einer Nervenschädigung bei ihrer operativen Entfernung noch erhöht. Zwar soll bei solchen Verhältnissen durch die Zerlegung des Weisheitszahnes in mehrere Teile vor seiner Extraktion der Gefahr vorgebeugt werden, dass bei einem zahnahmen Verlauf des Nervenkanals die Nervenstrukturen beim Heraushebeln des Weisheitszahnes zerrissen oder durch die Entfaltung von Druck auf das den Nerv umgebende Gewebe durch Verkanten des Zahnes dauerhaft geschädigt werden. Nichtsdestotrotz kommt es auch bei einer Zerlegung des Weisheitszahnes immer wieder zu Nervenschädigungen.

Während die Rechtsprechung in der Schweiz zur Thematik äusserst spärlich, wenn nicht gar inexistent ist – was überwiegend mit der verhältnismässig geringen Klagefreudigkeit von Zahnarztpatienten in der Schweiz resp. mit dem Umstand zu tun haben dürfte, dass

hier die Mehrheit der Streitfälle aussergerichtlich und mit Hilfe spezieller, meist der Zahnärzteschaft nahestehender Schlichtungsinstitutionen geregelt werden –, besteht im Nachbarland Deutschland umfangreiche Judikatur zum Thema Spritzenschaden und Nervenschädigung bei Weisheitszahnextraktionen. Die Gerichte haben abhängig von der Art des vorzunehmenden Eingriffs katalogartige Leitlinien dafür entwickelt, in welchem Umfang der Zahnarzt den Patienten über Risiken aufzuklären hat. So wird bei einer vorzunehmenden Weisheitszahnextraktion die Pflicht des Zahnarztes bejaht, den Patienten explizite über die Gefahr einer Verletzung des Unterkiefer nervs oder des Kinnnervs aufzuklären, während dies bezüglich einer Verletzung des Zungennervs – anders als nach der in der zahnärztlichen Literatur vertretenen Ansicht – nicht der Fall sein soll. Kann der Zahnarzt die Aufklärung nicht beweisen, haftet er grundsätzlich für verursachte Nervenschädigungen (wobei dem Zahnarzt wiederum der nicht leicht zu erbringende Beweis offen steht, dass sich der Patient der Behandlung jedenfalls unterzogen hätte). Aus diesem Grunde werden in deutschen Praxen dem Patienten oftmals Merkblätter mit

typischen Eingriffsrisiken ausgehändigt, die er zu unterzeichnen und abzugeben hat.

Das nach wie vor gültige *obiter dictum* in BGE 117 Ib 197 ff, wonach nur ein ausführlicher Vermerk über das Aufklärungsgespräch in der Krankengeschichte mit Angabe von Ort und Zeit der Aufklärung und stichwortartiger Zusammenfassung des Gesprächsgegenstandes Beweis für eine genügende Aufklärung des Patienten verschafft, gilt auch für Zahnärzte. Mit dem in der Praxis anzutreffenden Kürzesteintrag «Info» ist es nicht getan. Bei Standardeingriffen ist womöglich – wie dies in anderen Bereichen der Medizin üblich ist – die Verwendung eines entsprechenden **Aufklärungsformulars** angezeigt, will der Zahnarzt nicht Gefahr laufen, bei einem Misslingen des Eingriffs den einfachen Einwand mangelnder Aufklärung nicht entkräften zu können. Dem grösseren Aufklärungsaufwand des Zahnarztes stünde dann dessen erhöhte Sicherheit gegenüber, bei Beachtung der Regeln der Kunst nicht wegen unterlassener Aufklärung zur Rechenschaft gezogen zu werden. Dies mit dem positiven Nebeneffekt, dass sich der Patient der Tragweite des Eingriffs, dem er sich unterzieht, bewusst wird. ■



# Beitritt zum Haager Trust-Übereinkommen: Aufwertung des Trust-Standortes Schweiz

**DAS HAAGER TRUST-ÜBEREINKOMMEN IST AM 1. JULI 2007 FÜR DIE SCHWEIZ IN KRAFT GETRETEN. DAMIT IST SICHERGESTELLT, DASS DIE RECHTSFIGUR DES TRUSTS IN DER SCHWEIZ ANERKANNT WIRD. DIE BISHERIGEN UNSICHERHEITEN SIND BESEITIGT UND WERTVOLLE GRUNDLAGEN FÜR DAS WACHSENDE GESCHÄFT MIT TRUSTS AUCH HIERZULANDE GESCHAFFEN WORDEN.**



von Dr. Peter Lutz

## Das Institut des Trusts

Der Trust ist insbesondere in Staaten angelsächsischer Rechtstradition verbreitet. Der Trust ist ein Rechtsverhältnis, bei dem bestimmte Vermögenswerte treuhänderisch auf eine Person (Trustee) übertragen werden, welche diese verwaltet und für einen vom Treugeber (Settlor) vorgegebenen Zweck verwendet. Die in den Trust verbrachten Vermögenswerte bilden ein verselbständigtes Sondervermögen. Oft wird neben dem Trustee noch ein Protektor (Protector) ernannt, dem im Rahmen des Trusts weitere Befugnisse oder Pflichten, namentlich Überwachungsaufgaben zukommt. Der Protector ist nicht Eigentümer des Trustvermögens. Für Kontinentaleuropa aussergewöhnlich ist die Aufspaltung der Eigentumsrechte in die dem Trustee zustehende «legal ownership» und die dem Begünstigten (Beneficiary)

zustehende «equitable ownership». Damit ist der Trustee zwar zivilrechtlich Eigentümer der in den Trust eingebrachten Vermögenswerte, darf und muss sie aber ausschliesslich im Interesse des Begünstigten halten und verwalten.

Der Zweck eines Trusts kann allgemeiner Natur sein (purpose trust) oder die Begünstigung der Beneficiaries beinhalten (private trust). In der Trusturkunde gibt der Settlor oft genaue Anweisungen, wie das Trust-Vermögen zu verwalten und zu verwenden ist. Je nach Art der Begünstigung kann weiter zwischen dem Fixed Interest Trust, bei welchem die Leistungen zum voraus festgelegt werden, oder dem Discretionary Trust, bei welchem der Trustee bei der Verwaltung und Ausschüttung einen grossen Spielraum hat, unterschieden werden. Verletzt der Trustee die durch die Trusturkunde oder das Gesetz auferlegten Pflichten, kommt es zu einem «breach of trust» mit den entsprechenden Haftungs- und Schadenersatzfolgen für den Trustee.

## Situation in der Schweiz

Auch in der Schweiz liegen zahlreiche zu Trusts gehörende, beziehungsweise im Namen von Trusts verwaltete Vermögenswerte. Zwar wurde der Trust nach dem bisherigen schweizerischen Recht bereits weitgehend anerkannt, doch war

die bestehende Rechtslage mit etlichen Unsicherheiten behaftet.

## Auswirkungen des Beitritts in der Schweiz

Die Schweiz ist dem Haager Trust-Übereinkommens am 1. Juli 2007 beigetreten. Auf den gleichen Zeitpunkt sind die flankierenden Anpassungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) und des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) in Kraft gesetzt worden. Das IPRG wird um Vorschriften über die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte sowie über die Anerkennung ausländischer Entscheidungen ergänzt. Das SchKG legt neu unter anderem fest, dass im Konkurs des Trustee nach Abzug seiner Ansprüche gegen das Trustvermögen dieses aus der Konkursmasse ausgeschlossen und damit dem Zugriff der Gläubiger entzogen wird. Neu geregelt wird auch das Verfahren für eine Vollstreckung in ein Trustvermögen.

Mit Hinweis auf ein paar ausgewählte Bestimmungen des Übereinkommens soll die obige Übersicht ergänzt werden:

- Das Übereinkommen ist nur auf freiwillig errichtete und schriftlich nachgewiesene Trusts anzuwenden (Art. 3).
- Der Trust untersteht dem vom Be-

Fortsetzung Seite 10

**Fortsetzung**

gründer gewählten Recht (Art. 6 Abs. 1 Satz 1).

- Der Trustee kann in seiner Eigenschaft als Trustee klagen oder verklagt werden und in dieser Eigenschaft vor einem Notar oder jeder Person auftreten, die in amtlicher Eigenschaft tätig wird (Art. 11 Abs. 2).

- Die persönlichen Gläubiger des Trustees können keinen Zugriff auf das Vermögen des Trusts nehmen; das Vermögen des Trusts ist weder Bestandteil des ehelichen Vermögens noch des Nachlasses des Trustees; das Vermögen des Trust kann herausverlangt werden, wenn der Trustee unter breach of trust

Vermögen des Trusts mit seinem persönlichen Vermögen vermischt oder veräussert hat (Art. 11 Abs. 3).

**Fazit**

Mit der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens wird Rechtssicherheit für das wachsende Trust-Geschäft in der Schweiz geschaffen, welche für die Einrichtung und Verwaltung von Trusts in der Schweiz und somit für die Attraktivität des Standorts Schweiz unentbehrlich ist. Zu beachten bleibt, dass für die Errichtung und die Verwaltung eines Trusts kompetenter Rat beizuziehen ist, da neben der privatrechtlichen Komponente auch internationale und steuerliche Aspekte zu beachten sind. ■

Dr. Peter Lutz LL.M.

Lic.iur. Romeo Da Rugna

Dr. Stefan H. Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann

Dr. Jörg Witmer LL.M.

Lic.iur. Rolf Kuhn LL.M.

Lic.iur. Irène Biber

Lic.iur.  
Christopher Tillman LL.M.

PD Dr. Sabine Kilgus LL.M.

Lic.iur. Michael Bopp

Dr. Christian Christen LL.M.

## Humor

Nach gewonnenem Prozess ruft der Anwalt noch im Gericht seinen Klienten an und teilt diesem mit stolz geschwellter Brust mit: «Die Wahrheit ist an den Tag gekommen, die gerechte Sache hat gesiegt..!» Antwort des Klienten: «Sofort Berufung einlegen..!»

Forchstrasse 2 · Kreuzplatz

Postfach

8032 Zürich

Switzerland

Phone +41-44-560 80 80

Fax +41-44-560 80 90

lawyer@lawyerlutz.ch

Eingetragen  
im AnwaltsregisterZertifiziert nach  
EN ISO 9001 : 2000