

REFERAT «CONTRACTING-VERTRÄGE. VERTRAGSMODELL DER ZUKUNFT ODER MOGELPACKUNG?»

anlässlich des KMU SWISS StammTreff vom 8. Oktober 2019

Klicken Sie hier um das Referat zu öffnen:

ÖFFENTLICHE VERGABEVERFAHREN / SUBMISSIONSRECHT – DER ANBIETER MUSS DIE VERLANGTEN EIGNUNGSKRITERIEN ZUM ZEITPUNKT DER OFFERTEINREICHUNG ERFÜLLEN



lic. iur. Christoph Schärli, Rechtsanwalt



Das Bundesgericht hat in einem kürzlich publizierten Entscheid (2D_25/2018, Entscheid vom 2. Juli 2019) seine bisherige Praxis zum Ausschluss wegen der Nichterfüllung eines von der Vergabestelle aufgestellten Eignungskriteriums bestätigt und insbesondere auch die entsprechenden Grundsätze und die strenge Praxis im Hinblick auf den Zeitpunkt, in welchem die Eignungskriterien erfüllt sein müssen, nochmals gefestigt.

Das Bundesgericht hat einen Vergabeentscheid im Bereich der Abfallentsorgung einer Gemeinde im Kanton Neuenburg als widerrechtlich beurteilt, der an eine Anbieterin ging, welche im Zeitpunkt des Zuschlages in ihrem Fahrzeugpark nicht über Fahrzeugtypen verfügte, die – wie von der Vergabestelle in der Ausschreibung als technisches Eignungskriterium vorausgesetzt – ein bestimmtes Hubsystem aufgewiesen haben. Die Vergabestelle erteilte trotzdem dieser Anbieterin den Zuschlag, da sie es als genügend erachtete, dass die Anbieterin der Vergabestelle nach der Zuschlagserteilung bestätigte, ein entsprechendes Fahrzeug mit dem verlangten Hubsystem im Hinblick auf die Auftragserfüllung anzuschaffen. Die kantonale Instanz schützte die Vergabe bzw. wies die Beschwerde der Zweitplatzierten ab, welche geltend machte, dass die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien nicht erfülle und vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei. Die Zweitplatzierte gelangte daraufhin mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht und rügte eine willkürliche Vergabe bzw. willkürliche Anwendung der Eignungskriterien und Ausschlussgründe. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und beurteilte die Vergabe als widerrechtlich.

«Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und beurteilte die Vergabe als widerrechtlich.»

Das Bundesgericht hielt unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung fest, dass eine Anbieterin, welche die von der Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien nicht erfülle, zwingend vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei. Massgebender Zeitpunkt, in welchem die entsprechenden Eignungskriterien zu erfüllen seien, sei der Zeitpunkt der Angebotseinreichung, so dass die Vergabestelle vor dem Zuschlagsentscheid überprüfen könne, ob die Eignungskriterien vom betreffenden Anbieter erfüllt werden. Nach Bundesgericht reicht es nicht aus, wenn eine Anbieterin bei technischen oder qualitativen Vorgaben wie etwa zum Maschinenpark, Schlüsselpersonen oder ähnlichem nur mit dem Angebot oder gar erst nach Zuschlagserteilung zusichere, sie werde die Kriterien nach erfolgter Auftragserteilung durch das Anschaffen der entsprechenden Geräte oder Know-How erfüllen. Wenn eine Anbieterin ein Eignungskriterium im Zeitpunkt der Offertprüfung nicht erfülle, müsse sie zwingend vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Mag diese strenge Praxis hart erscheinen, so ist sie doch konsequent und aus Sicht der Rechtssicherheit zu begrüessen. Für die Vergabestellen wie auch die Anbieter lassen sich aus dem Entscheid und den Erwägungen die folgenden Schlüsse ziehen:

«Anbieter, welche die Eignungskriterien nicht erfüllen, sind zwingend vom Verfahren auszuschliessen. «

Zum einen ist bei den Eignungskriterien für die Vergabestelle wenig Spielraum vorhanden. Anbieter, welche die Eignungskriterien nicht erfüllen, sind zwingend vom Verfahren auszuschliessen. Entsprechend müssen sich die Vergabestellen gut überlegen, welche Eignungskriterien sie aufstellen möchten und wie stark sie so den Anbieterkreis eingrenzen wollen. Anbieter sollten vor dem Entschluss, ein Angebot auszuarbeiten und einzureichen, ebenfalls gut prüfen, ob sie überhaupt in der Lage sind, die entsprechenden Kriterien zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung vollständig erfüllen zu können, ansonsten sie das Risiko eingehen, das Angebot vergebens auszuarbeiten und einzureichen.

Mag der Entscheid prima vista nicht viel Neues enthalten, verdient doch eine Bemerkung des Gerichtes eine besondere Beachtung. Denn das Bundesgericht stellte im Entscheid klar, dass es grundsätzlich denkbar sei, dass eine Vergabestelle als Eignungskriterium durchaus lediglich eine schriftliche Verpflichtung der Anbieter, entsprechende Maschinen, Fahrzeuge oder auch Personal im Falle der Zuschlagserteilung anzuschaffen bzw. einzustellen, als genügend gelten lassen können, wenn sie dies in der Ausschreibung entsprechend so festhalte.

Aus Sicht des Wettbewerbes und des Marktzuganges der Anbieter ist dies begrüssenswert. Gerade in Auftragsgebieten mit spezifischen Anforderungen kann es durchaus gerechtfertigt sein, gewisse Eignungskriterien nur als Verpflichtung auszuschreiben, was Anbietern ermöglicht, sich auf Aufträge zu bewerben, bei denen sie gewisse Anforderung aktuell zwar noch nicht erfüllen können, die entsprechenden Investitionen aber bei einer Zuschlagserteilung und damit eines gesicherten Auftrages tätigen würden.

Aus vergaberechtlicher Sicht wirft diese Variante aber doch einige Probleme aus. Papier ist geduldig und Anbieter werden die entsprechenden Verpflichtungen zum Beschaffen von Werkzeugen, Personal etc. für den Fall der Auftragserteilung wohl grösstenteils ohne grössere Überlegungen eingehen und die Eignungskriterien im Zeitpunkt der Angebotsprüfung damit jeweils problemlos erfüllen. Was aber ist, wenn nach rechtskräftiger Zuschlagserteilung die Zuschlagsempfängerin die Verpflichtung nicht wahrnimmt? Nach Lehre und Praxis ist das Vergabeverfahren nach einem rechtskräftigen Zuschlag abgeschlossen und andere Anbieter könnten gegen den Zuschlag nicht mehr gerichtlich vorgehen, auch wenn sich herausstellen sollte, dass der Konkurrent, der sie ausgestochen hat, die Eignungskriterien nicht erfüllen kann. Auch hinter die vertragsrechtliche Durchsetzbarkeit solcher Verpflichtungen durch die Vergabestelle ist ein Fragezeichen zu setzen, zumindest in praktischer Hinsicht. Wird eine Vergabestelle einem Anbieter, welcher seinen in Bezug auf die Eignungskriterien abgegebenen Versprechungen und Verpflichtungen nicht nachkommt, den Auftrag entziehen und nochmals neu ausschreiben? Wie die Praxis bei der ähnlich gelagerten Problematik der Schlüsselpersonen oder anderen Zusicherungen im Rahmen der Zuschlagskriterien zeigt, wird dies meist nicht der Fall sein, sondern die Vergabestelle wird – sei dies aus Zeit-, Geld- oder rechtlichen Gründen – die entsprechenden Abweichungen von den im Angebot abgegebenen Zusicherungen wohl oder übel akzeptieren (müssen).

Entsprechend müssen sich Vergabestellen gut überlegen, in wie weit sie Eignungskriterien verwässern wollen, indem sie den Anbietern die Möglichkeit geben, die Erfüllung gewisser Kriterien nur für den Fall der Auftragserteilung zu garantieren, anstatt mit der Angebotseinreichung nachzuweisen. Konsequent zu Ende gedacht wird der Anwendungsbereich, eine Erfüllung der Eignungskriterien nur für den Fall der Zuschlagserteilung zu garantieren, klein bleiben. Vergabestellen ist zu

empfehlen, bei relevanten Eignungskriterien diese so auszuschreiben, dass deren Erfüllung aus den vorgenannten Gründen zwingend im Zeitpunkt der Angebotseinreichung überprüfbar sind und die Erfüllung derselben nicht nur für den Fall der Zuschlagserteilung vertraglich zugesichert wird.

19. September 2019 / lic. iur. Christoph Schärli

ABSICHERUNG VON RECHTEN UND PFLICHTEN IM AKTIONÄRBINDUNGSVERTRAG



lic. iur. Patricia Geissmann, Rechtsanwältin



Der Abschluss eines Aktionärbindungsvertrages ist heute Standard, insbesondere in Gesellschaften mit einem überschaubaren Aktionariat. Entsprechend sind im Internet auch einige Vorlagen zu finden, welche – so scheint es zumindest – durch ein, zwei Änderungen und Ergänzungen den eigenen Bedürfnissen angepasst werden können. Häufig beinhalten diese zwar die gängigen Standardformulierungen, welche den Parteien durchaus auch einen gewissen Schutz bieten und den betreffenden Aktionären angemessen und sinnvoll erscheinen. Häufig zeigt sich den betroffenen Parteien allerdings erst im Nachhinein, nämlich dann, wenn eine Partei den Vertrag verletzt, dass die Rechte und Pflichten zusätzlich auch auf gesellschaftsrechtlicher Ebene hätten abgesichert werden sollen. Durch eine Abstimmung des Aktionärbindungsvertrages mit anderen, gesellschaftsrechtlichen Dokumenten, namentlich mit den Statuten, ist dies nämlich möglich. Nachstehend wird aufgezeigt, wie auf diese Weise ein optimaler Schutz von Aktionärsrechten und -pflichten erreicht werden kann.

I. EINLEITUNG

Der Aktionärbindungsvertrag («ABV») ist ein Vertrag zwischen allen oder einzelnen Aktionären einer Gesellschaft. Er ist vorzugsweise schriftlich abzuschliessen, wäre grundsätzlich aber auch formfrei gültig. Allerdings gilt er lediglich inter partes, was bedeutet, dass er auf gesellschaftsrechtlicher Ebene keine Wirkung hat und ein Aktionär als Vertragspartei im Fall der Verletzung des ABV durch eine andere Vertragspartei vom Verwaltungsrat der Gesellschaft auch nicht verlangen kann, dass er der betreffenden Vertragsbestimmungen zum Durchbruch verhilft. Verletzt eine Partei den ABV, hat sich die dadurch in

ihren Rechten verletzte Vertragspartei selbständig zur Wehr zu setzen und einen daraus allfällig entstandenen Schaden oder die Realerfüllung der betreffenden Pflichten selber geltend zu machen und notfalls gerichtlich einzuklagen. Auf die Hilfe des Verwaltungsrates kann dabei nicht gezählt werden. Zumindest dann nicht, wenn bei Abschluss des ABV nicht gleichzeitig auch ein Instrumentarium geschaffen wurde, welches auch auf gesellschaftsrechtlicher Ebene Wirkung entfaltet und womit gezielt auch der Verwaltungsrat in die Pflicht gefasst werden kann.

II. VERTRAGLICHE ABSICHERUNG

Bevor auf die bereits angesprochene Möglichkeit der statutarischen Absicherung eingegangen wird, gilt es an dieser Stelle zu erwähnen, dass dem Aktionär durchaus auch vom OR und ZGB gewisse Sicherungsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden. So ist es beispielsweise möglich, die Verletzung einer Pflicht aus ABV durch eine Konventionalstrafe abzusichern. Dies erlaubt dem in seinen Rechten verletzten Aktionär, einen bestimmten Betrag als Schaden einzuklagen, ohne dass er den mühsamen und oftmals schwierigen Nachweis erbringen muss, dass ihm in diesem Umfang auch effektiv ein Schaden im Rechtssinne entstanden ist. Weiter besteht die Möglichkeit, gerade im Hinblick darauf, vertragliche Vorhand- und Vorkaufsrechte abzusichern, die Aktien (am besten blanko indossiert) bei einer unabhängigen Drittperson (beispielsweise der Treuhandstelle, zu welcher alle Aktionäre eine ähnliche Beziehung pflegen) zu hinterlegen. Auch eine fiduziarische Übertragung der Aktien auf eine unabhängige Drittperson kann sich als sinnvoll erweisen. Dadurch wird sichergestellt, dass ein einzelner Aktionär seine Aktien nicht einfach in Verletzung des ABV und damit in Umgehung des Vorhand- oder Vorkaufsrechts eines anderen Aktionärs auf einen Dritten überträgt.

III. STATUTARISCHE ABSICHERUNG

Die sinnvollste Art der Absicherung von aktionärbindungsvertraglichen Rechten und Pflichten besteht darin, Dokumente mit gesellschaftsrechtlicher Wirkung, die gegenüber allen Aktionären wirken und auch von den Organen der Gesellschaft (insbesondere dem Verwaltungsrat oder der Geschäftsführung) durchgesetzt werden können, mit dem ABV abzustimmen. Im Fokus stehen hier die Stauten der Gesellschaft. Durch Einführung einer sinnvollen Vinkulierungsordnung ist es möglich, die Übertragung von Aktien zu verhindern, indem für eine gültige Übertragung der Verwaltungsrat der Gesellschaft seine Zustimmung dazu erteilen muss. Aus welchen Gründen die Zustimmung verweigert werden darf, kann ebenfalls in den Stauten festgehalten werden. Der Grund der Ablehnung durch den Verwaltungsrat kann freilich nicht völlig willkürlich gewählt werden. Vielmehr muss er der Erhaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Unternehmens oder des Gesellschaftszwecks dienen. Unter Bezugnahme auf diese Gründe ist es aber beispielsweise möglich, sicherzustellen, dass eine Übertragung von Aktien nur innerhalb der Familie möglich ist. Ebenso ist es erlaubt, in den Stauten festzuhalten, dass der Verwaltungsrat den Verkauf an einen Dritten ablehnen kann, wenn dadurch eine Bestimmung des unter den Aktionären abgeschlossenen Aktionärbindungsvertrages verletzt würde. Verstösst ein Aktionär, der sich in einem ABV verpflichtet hat, seine Aktien vor einem allfälligen Verkauf an einen Dritten den anderen Aktionären (welche ebenfalls Partei des ABV sind) zum Kauf anzubieten, gegen diese Pflicht und verkauft er seine Aktien an einen beliebigen Dritten, hat der Verwaltungsrat die Möglichkeit (und je nach Statutenbestimmung sogar die Pflicht) diese Übertragung zu verhindern mit der Folge, dass der Dritte nicht Aktionär wird. Dieses im Rahmen der Vinkulierungsordnung statuierte Verhalten des Verwaltungsrates hat, wie erwähnt, gesellschaftsrechtliche Wirkung. Das bedeutet also, dass es grundsätzlich von jedem Aktionär oder Organ der Gesellschaft verlangt werden kann und nicht nur von jenen Parteien, die durch den ABV verletzt worden sind.

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, in den Statuten nicht nur die Möglichkeit der Ablehnung eines Dritterwerbers für den Fall, dass dadurch ein allfälliger ABV verletzt wird, vorzusehen, sondern darüber hinaus sogar die Pflicht des Verwaltungsrates, dass dieser alle Aktionäre über das Vorliegen eines neuen Gesuchs um Aufnahme eines Dritterwerbers ins Aktienbuch informieren muss. Der Verwaltungsrat kann namentlich verpflichtet werden, den anderen Aktionären Mitteilung eines solchen Gesuchs eines Dritten zu machen und ihnen Frist anzusetzen, innert welcher sie sich dazu äussern sollen, ob sie sich für einen Ablehnungsgrund aussprechen oder ob – sollte dem nicht so sein – sie von ihrem (gesetzlichen) Recht Gebrauch machen wollen, die Aktien anstelle des Dritterwerbers zum wirklichen Preis vom Veräusserer zu übernehmen.

Freilich ist es häufig so – gerade in Gesellschaften mit überschaubarem Aktionariat –, dass sich der Verwaltungsrat aus Personen zusammensetzt, die selber auch Aktionäre sind. Insofern kann die Unabhängigkeit des Verwaltungsrates natürlich fraglich sein. Nicht vergessen werden darf allerdings, dass der Verwaltungsrat immer, unabhängig davon, ob er selber Aktionär ist, Organ der Gesellschaft ist und in seinem Handeln den gesetzlichen und regulatorischen Bestimmungen untersteht. In seiner Funktion als Verwaltungsrat hat er immer zugunsten der Gesellschaft zu handeln und die Gleichbehandlung aller Aktionäre zu gewährleisten. Er ist damit in seiner Funktion als Verwaltungsrat nicht gleich frei, wie wenn er als Aktionär handelt.

IV. FAZIT

Aktionärbindungsverträge können bei richtiger und sinnvoller Abfassung den Vertragsparteien wesentliche Rechte einräumen, welche sie insbesondere davor schützen, dass sie sich nach Ausscheiden einer anderen Vertragspartei aus dem Vertrag oder aus dem Aktionariat mit einem unliebsamen Mitaktionär konfrontiert sehen. Aufgrund der inter-partes-Wirkung des ABV ist eine umfassende Absicherung dieser vertraglichen Rechte und Pflichten durch das Abfassen von zusätzlichen Dokumenten, welchen gesellschaftsrechtliche Wirkung zukommen, zu empfehlen. Es ist damit entscheidend, dass nicht nur ein Aktionärbindungsvertrag abgeschlossen, sondern ein sinnvolles und gezielt aufeinander abgestimmtes Gesamtkonstrukt an vertraglichen- und gesellschaftsrechtlichen Dokumenten entworfen wird.

10. September 2019 / lic. iur. Patricia Geissmann

NACHTRAG ZU: STRASSENVERKEHR - ZULÄSSIGKEIT UND VERWERTBARKEIT EINES DROGEN-SCHNELLTESTS



lic. iur. Stephan Hinz, Rechtsanwalt



In unserem Newsletter vom 11. August 2017 wurde der Verweigerungsfall eines von der Polizei angeordneten Drogenschnelltests thematisiert. Der Drogenschnelltest hat den Vorteil, dass er nicht in einem Spital durchgeführt werden, sondern schnell und unkompliziert direkt vor Ort vorgenommen werden kann. Dannzumal kamen wir aufgrund eines Urteils zum Schluss, dass es sich beim Drogenschnelltest infolge des dazu erforderlichen konkreten Anfangsverdachts um eine strafprozessuale Zwangsmassnahme im Sinne von Art. 251 StPO handle, die gemäss Art. 198 Abs. 1 lit. a StPO zwingend von der Staatsanwaltschaft anzuordnen sei. Läge demnach nur eine Aufforderung der Polizei zur Mitwirkung vor und fehlte es an einer entsprechenden Anordnung durch die Staatsanwaltschaft, bestünde für die betroffene Person keine Mitwirkungs- oder Duldungspflicht. Ohne das Bestehen einer solchen Pflicht fehlte es offensichtlich an einer Voraussetzung für die Erfüllung des Tatbestands von Art. 91a SVG. Ins Visier geratene Verkehrsteilnehmer hätten das Recht den von der Polizei angeordneten Drogenschnelltest aufgrund eines Anfangsverdachts zu verweigern. Nur wenn die Massnahme durch den Staatsanwalt angeordnet würde – was im Normalfall per Telefon erfolgt –, wären Betroffene gehalten, den Test durchzuführen.

In der Zwischenzeit äusserte sich das Bundesgericht zu diesem Thema und kam zu einem anderen Schluss, der sich zuungunsten der Fahrzeuglenker auswirken kann. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wird nachfolgend dargelegt.

I. VEREITELUNG VON MASSNAHMEN ZUR FESTSTELLUNG DER FAHRUN- FÄHIGKEIT (ART. 91A SVG)

Art. 91a SVG bedroht mit Strafe, wer sich als Motorfahrzeugführer vorsätzlich einer Blutprobe, einer Atemalkoholprobe oder einer anderen vom Bundesrat geregelten Voruntersuchung (Art. 10 SKV; Vortest im Urin, Speichel oder Schweiß), die angeordnet wurde oder mit deren Anordnung gerechnet werden musste, oder sich einer zusätzlichen ärztlichen Untersuchung widersetzt oder entzogen hat oder den Zweck dieser Massnahme vereitelt hat.

Die genannte Strafnorm setzt jedoch zunächst voraus, dass der Täter überhaupt verpflichtet war, sich einer solchen Massnahme zur Feststellung der Fahrunfähigkeit zu unterziehen bzw. bei der Durchführung einer solchen Massnahme mitzuwirken. Eine Mitwirkungs- bzw. Duldungspflicht bei der Durchführung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit besteht nur bei einer gültigen Anordnung durch die zuständige Behörde.

II. URTEIL DES BUNDESGERICHTS 6B_598/2018 VOM 7. NOVEMBER 2018

Das Bundesgericht äusserte sich im Entscheid 6B_598/2018 vom 7. November 2018 zur zuständigen Behörde. Es hält fest, dass die Polizei gemäss Art. 10 Abs. 2 SKV zum Nachweis von Betäubungs- und Arzneimitteln namentlich im Urin, Speichel oder Schweiß Vortests durchführen kann, wenn Hinweise bestehen, dass die kontrollierte Person wegen einer anderen Substanz als Alkohol fahrunfähig ist und in diesem Zustand ein Fahrzeug gelenkt hat. Das Bundesgericht wies bereits in einem früheren Entscheid darauf hin, dass der Art. 10 Abs. 2 SKV eine Anordnungscompetenz der Polizei enthält (Urteil des Bundesgerichts 6B_563/2017 vom 11. September 2017 E. 1.5).

Die Polizei ist im Bereich des Strassenverkehrsgesetzes Sicherheits- bzw. Verkehrspolizei sowie Strafverfolgungsbehörde im Sinne von Art. 15 StPO. Um die polizeiliche Tätigkeit einem dieser Bereiche zuzuordnen, ist der Einzelfall massgebend, wobei eine exakte Grenzziehung schwierig ist. Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang fest, dass polizeiliche Kontrollen, die nicht auf einem hinreichenden Tatverdacht im Sinne von Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO beruhen, Handlungen im Rahmen der sicherheitspolizeilichen Kontrolltätigkeit darstellen.

Für die Durchführung eines Vortests nach Art. 10 Abs. 2 SKV reichen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits geringe Anzeichen für eine durch Betäubungs- oder Arzneimittel begründete Fahrunfähigkeit, wie ein blasser Teint oder wässrige Augen (Urteil des Bundesgerichts 6B_244/2011 vom 20. Juni 2011 E. 1.4).

Die Kontrollmassnahmen nach Art. 55 SVG verfolgen auch generalpräventive Motive. Art. 55 Abs. 2 SVG spricht sodann ausdrücklich von Voruntersuchungen, während gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO für die Untersuchung ein hinreichender Tatverdacht erforderlich ist. Die nach Art. 10 Abs. 2 SKV erforderlichen Hinweise, dass eine Person wegen einer anderen Substanz als Alkohol fahrunfähig ist und in diesem Zustand ein Fahrzeug gelenkt hat, ist nicht mit dem hinreichenden Tatverdacht im Sinne von Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO gleichzusetzen. Das Bundesgericht kommt demgemäss zum Schluss, dass die Polizei im Rahmen der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit befugt ist, einen Vortest nach Art. 10 Abs. 2 SKV anzuordnen. Je nach den konkreten Umständen und dem Ergebnis des Vortests ergibt sich daraus ein hinreichender Tatverdacht im Sinne von Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO, der zu einer gemäss Art. 198 Abs. 1 lit. a StPO durch die Staatsanwaltschaft anzuordnenden Massnahme zur Feststellung der Fahrunfähigkeit aufgrund des Verdachts einer Widerhandlung gegen das SVG führen kann (z.B. Blutentnahme).

III. FAZIT

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Polizei befugt ist, einen Drogenschnelltest anzuordnen. Dies ist jedoch nur im Rahmen der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit zulässig. Liegt aufgrund der konkreten Umstände sowie des Ergebnisses des Vortests ein hinreichender Tatverdacht vor, kann dies zu einer nach Art. 198 Abs. 1 lit. a StPO durch die Staatsanwaltschaft anzuordnenden Massnahme zur Feststellung der Fahrunfähigkeit aufgrund des Verdachts einer Widerhandlung gegen das SVG führen. Ein Drogenschnelltest ist somit nicht wie im Newsletter vom 11. August 2017 festgehalten zwingend durch die Staatsanwaltschaft anzuordnen, sondern nur wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt.

UMSATZMIETE



MLaw Kim Attenhofer, Rechtsanwältin



Bei Geschäftsraummieten, vor allem in der Gastronomie/Hotellerie und im Detailhandel in Shoppingcentren ist die Umsatzmiete verbreitet. Sie erlaubt Vermietern und Mietern im Rahmen der Vertragsgestaltung auf die spezifischen Gegebenheiten einzugehen und kann für beide Seiten Vorteile mit sich bringen, was nachfolgend aufgezeigt werden soll.

I. EINLEITUNG

Umsatzmiete bedeutet, wenn die Höhe des Mietzinses vom Umsatz, den der Mieter aus seiner betrieblichen Tätigkeit erzielt, abhängt. Für den Vermieter ist die Umsatzmiete von Vorteil, weil er umgehend (und vor dem nächstmöglichen Kündigungstermin) von einer guten Konjunkturlage via Mietzinserhöhung profitiert und dieser so allenfalls über dem zulässigen Ertrag oder dem orts-/und quartierüblichen Mietzins liegt. Für den Mieter hat die Umsatzmiete den Vorteil, dass in der Startphase das Risiko tief gehalten werden kann und dass sich der Mietaufwand ohne Zeitverzug seiner Ertragslage anpasst.

II. MIETVERTRAGS/ -ZINSGESTALTUNG

Die Umsatzmiete ist im Gegensatz zur Indexmiete und zur Staffelmiete nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt und wird dennoch von Lehre und Rechtsprechung anerkannt (Vertragsfreiheit). Der Mietzins braucht nicht zwingend im Voraus bestimmt zu sein; es genügt die Bestimmbarkeit.

Bei der Vertragsgestaltung sind – abgesehen von den allgemeinen Gesetzesbestimmungen und namentlich von Art. 269 OR, der besagt, dass Mietzinse missbräuchlich sind, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird oder wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen, – keine spezifischen Voraussetzungen zu beachten. Mindest- oder Maximalsätze existieren ebenso wenig wie Mindestlaufzeiten. Vielmehr variiert die Höhe der Umsatzmiete je nach Branche, Standort und Verhandlungsgeschick der Parteien. Sie ist konsequenterweise ebenfalls abhängig von Grösse und vom Ausbaustandard.

Oftmals wird neben der Vertragsdauer eine fixe Basismiete vereinbart, die durch die variable Umsatzmiete ergänzt wird. In der Praxis verbreitet ist die Regelung, dass bei schlechtem Geschäftsgang lediglich die Basismiete und nur bei gutem Geschäftsgang zusätzlich die Umsatzmiete zu begleichen ist. Die reine Umsatzmiete ist selten.

Es ist zu empfehlen, vertraglich genau zu definieren, wie sich der Umsatz genau berechnet und wie sich die Beteiligung des

Vermieters am Umsatz bemisst (Prozentsatz, degressiv oder linear). Es sollte unbedingt definiert sein, mit welchen Belegen und in welchen zeitlichen Abständen der Umsatz zu dokumentieren ist und ob die Umsatzschwelle inkl. oder exkl. MwSt. zu berechnen ist. Ergänzend vereinbart werden kann, was passiert, wenn die Meldepflicht nicht eingehalten wird. Die Parteien können zudem übereinkommen, dass die Umsatzüberprüfung durch eine bestimmte, unabhängige Drittperson erfolgt oder aber dass dies für den Streitfall vorbehalten wird.

Obwohl gewisse Lehrmeinungen bei der Verabredung einer Umsatzmiete bereits von einer stillschweigend vereinbarten Gebrauchspflicht des Mietobjektes ausgehen, kann sich die explizite Erwähnung im Vertrag als sinnvoll erweisen und Konfliktpotenzial aus dem Weg räumen. Die Gebrauchspflicht garantiert dem Vermieter, dass im Mietobjekt gewirtschaftet wird und sich so die Chancen auf die bzw. sogar eine höhere Umsatzbeteiligung vergrössert.

Aus Mietersicht kann sich sodann ein vorzeitiges Kündigungsrecht bei Unterschreitung eines Minimalumsatzes (ev. über eine bestimmte Periode) als empfehlenswert erweisen. Auch für den Vermieter kann dies sinnvoll sein: Er bleibt nicht auf der Basismiete sitzen und kann das Objekt weitervermieten, in der Hoffnung durch höhere Umsätze an diesem beteiligt zu sein.

Der vom Umsatz abhängige Mietzins wie auch der verabredete Prozentsatz kann während der Vertragsdauer weder überprüft noch angefochten werden. Etwas Anderes gilt einzig im Rahmen einer Anfechtung des Anfangsmietzinses innert 30 Tagen nach Übernahme wegen Missbräuchlichkeit gemäss Art. 270 OR.

III. MIETZINSERHÖHUNG

Die Vereinbarung einer Umsatzmiete schliesst grundsätzlich die Anrufung anderer Mietzinsanpassungsgründe aus. Dies gilt nicht, wenn die Miete in eine Basismiete und einen umsatzabhängigen Mietzinsanteil aufgeteilt ist.

Die Basismiete kann unter den jeweiligen allgemeinen Voraussetzungen beispielsweise gestaffelt oder indexiert werden. Im Übrigen kann die Basismiete unter den Voraussetzungen gemäss Art. 269d OR erhöht werden.

IV. MIETZINSHERABSETZUNG

Gemäss Art. 259a ff. OR ist ein Mieter berechtigt, bei vorhandenen und dem Vermieter bekannten und innert Frist nicht behobenen Mängeln eine Mietzinsherabsetzung zu verlangen. Dies verhält sich bei vereinbarter Umsatzmiete genau gleich, selbst wenn der Mangel nicht zu einem tieferen Umsatz führt. Eine Mietzinsherabsetzung setzt keinen Schaden voraus. Die Berechnung der Herabsetzung erfolgt auf dem gesamten Mietzins.

Abgesehen von der Mietzinsherabsetzung infolge Mängel bleibt bei der Umsatzmiete kein Platz für eine zusätzliche Mietzinsherabsetzung. Namentlich Art. 270a OR gelangt nicht zur Anwendung. Diese Bestimmung besagt, dass der Mieter den Mietzins als missbräuchlich anfechten und die Herabsetzung auf den nächstmöglichen Kündigungstermin verlangen kann, wenn er Grund zur Annahme hat, dass der Vermieter wegen einer wesentlichen Änderung der Berechnungsgrundlagen, vor allem wegen einer Kostensenkung, einen nach den Artikeln 269 und 269a (OR) übersetzten Ertrag aus der Mietsache erzielt.

7. August 2019 / MLaw Kim Attenhofer

DIE BEVORSTEHENDE REVISION DES BESCHAFFUNGSRECHTS. AUSWIRKUNGEN FÜR DIE BAUWIRTSCHAFT?

lic. iur. Christoph Schärli, Rechtsanwalt



Artikel von lic. iur. Christoph Schärli zum Thema «Die bevorstehende Revision des Beschaffungsrechts – Auswirkungen für die Bauwirtschaft?».

Erschienen im Newsletter Bau- und Immobilienrecht, Ausgabe 07/2019 – bestellbar unter folgendem Link.

DER AUSGLEICH VON WEF-VORBEZÜGEN BEI SCHEIDUNG



lic. iur. Stephan Hinz, Rechtsanwalt



Nicht selten führt ein Scheidungsverfahren im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung dazu, dass eine in der Ehe erworbene und gemeinsam bewohnte Liegenschaft von einem Ehepartner nach der Scheidung alleine nicht mehr weiter gehalten werden kann und deshalb dem Verkauf zugeführt werden muss. Dies kann, sofern die Finanzierung der Liegenschaft teilweise mit Pensionskassengeldern, einem Wohneigentumsförderungs-Bezug, gemacht worden ist, dann zu Problemen führen, wenn die Liegenschaft mit Verlust verkauft werden muss. Es stellt sich insbesondere die Frage, wie sich

der Verlust aus dem Verkauf der Liegenschaft auf diesen vorbezogenen Pensionskassenanteil bezüglich des Vorsorgeausgleichs auswirkt.

I. GRUNDSÄTZLICHE REGELUNG DES VORSORGEAUSGLEICHS

Art. 122 ZGB schreibt vor, dass die während der Ehe bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge bei der Scheidung ausgeglichen werden. Damit legt das Gesetz den Berechnungszeitpunkt, zu welchem das seit Eheschluss angesparte Guthaben berechnet wird, fest: Massgebend ist das Datum der Einleitung des Scheidungsverfahrens, damit das Datum der Scheidungsklage oder eines gemeinsamen Scheidungsgesuchs. Diese Bestimmung gilt vorbehaltlos für alle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmung, dem 1. Januar 2017, hängigen Gerichtsverfahren und selbstverständlich für alle später eingeleiteten Scheidungsverfahren.

Art. 22a Abs. 3 FZG sieht vor, dass Vorbezüge während der Ehe für die Berechnung der Vorsorgeteilung hinzugezählt werden müssen, jedoch derart, dass der Kapitalabfluss und der Zinsverlust anteilmässig dem vor der Eheschliessung und dem nach Eheschluss bis zum Bezug geäußneten Vorsorgeguthaben belastet werden. Mit anderen Worten: Der auf den Vorbezug fallende Verlust ist anteilmässig auf den vorehelichen Vorsorgeanteil und den während der Ehe angesparten Anteil aufzuteilen.

Zu unterscheiden ist der Vorbezug stets von der blossen Verpfändung des Vorsorgeguthabens. Dies, da die lediglich verpfändete, aber immer im Vermögen der Vorsorgeeinrichtung unverändert vorhandene Austrittsleistungen problemlos jederzeit ermittelt werden kann. Insofern ist bezüglich eines bloss verpfändeten Anteils auch kein Verlust möglich – ausser das Pfandrecht wird eingelöst und der Vorgang (Verkauf) führt zu einem Verlust. In diesem Fall ist analog vorzugehen, wie nachfolgend umschrieben (Vorbezug für Finanzierung einer Liegenschaft und Verlust bei der Veräusserung derselben).

II. VERLUST BEIM VERKAUF DER LIEGENSCHAFT

Trotz der gesetzlichen Rückzahlungsverpflichtung und deren grundbuchlichen Sicherstellung kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Wohneigentum, in das vorbezogene Mittel der beruflichen Vorsorge investiert (oder dafür verpfändet) wurden, an Wert verliert. Was geschieht nun mit dem investierten (verpfändeten) Vorsorgegeld, wenn die Liegenschaft mit Verlust verkauft werden muss und der Pensionskassenvorbezug nicht vollumfänglich an die betreffende Pensionskasseneinrichtung zurückgeführt werden kann (und damit die Rückzahlungspflicht in die Pensionskasse auch nicht mehr besteht)?

Das Bundesgericht hat sich bezüglich dieser Fragestellung dahingehend geäussert, dass damit einhergehend auch die Berücksichtigung dieses Vorbezugs, oder des nicht rückzahlbaren Teils des Vorbezugs, im Rahmen des Vorsorgeausgleichs entfallt (BGer 5A_407/2018). Im Umfang des eingetretenen Verlustes fallen die vorbezogenen (oder verpfändeten) Beträge aus dem System der beruflichen Vorsorge heraus. Sie sind für die Vorsorge verloren und bei der Ermittlung der zu teilenden Austrittsleistung nicht mehr zu berücksichtigen. Der Verlust ist von beiden Ehegatten gemeinsam (im Normalfall je hälftig) zu tragen, namentlich auch, weil das während der Ehe mithilfe des Vorbezugs (oder der Verpfändung) erworbene Wohneigentum in der Regel als gemeinsame Wohnung der Ehegatten gedient hat und diese Finanzierung nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten überhaupt möglich war und ist.

Auch für den Fall eines zum Berechnungszeitpunkt noch nicht realisierten, jedoch absehbaren Wertverlustes gelten diese Grundsätze (BGE 137 III 49 E. 3.3). Bei einem **absehbaren Wertverlust** des Wohneigentums ist nur derjenige Teil des Vorbezuges zur teilbaren Austrittsleistung hinzuzurechnen, der im Falle einer Veräusserung des Wohneigentums an die Vorsorgeeinrichtung zurückbezahlt werden müsste bzw. könnte. Der verlorene Teil des WEF-Vorbezugs wird nicht ausgeglichen. Dessen Höhe muss mit einer Schätzung des Verkehrswertes im Rahmen der Scheidung ermittelt und bewiesen werden. Diesbezüglich muss regelmässig eine Schätzung des Wohneigentums im Rahmen der Scheidung gemacht werden.

Dieses Prinzip gilt gemäss aktueller Entscheidung des Bundesgerichts auch dann, wenn der Verlust des Vorbezugs des Pensionskassenguthabens erst nach dem massgeblichen Stichtag, also erst während des Scheidungsverfahrens eintritt, weil die Liegenschaft erst nach dem Stichtag (mit Verlust) verkauft wird.

III. EXKURS: EIN EHEGATTE VERBLEIBT NACH DER SCHEIDUNG ALLEIN-EIGENTÜMER DER LIEGENSCHAFT - MÖGLICHKEITEN DES AUSGLEICHS (MIT ODER OHNE VERLUST)

Übernimmt ein Ehegatte nach der Scheidung die Liegenschaft, kann dies auch einhergehen mit der zuvor ausgeführten Problematik, nämlich dann, wenn der ermittelte Liegenschaftspreis (Anrechnungswert) unter demjenigen liegt, welchen die Eheleute einmal investiert hatten und es deshalb zu einem «Verlust» kommt. Für die Ausgleichung des dem anderen

Ehegatten dennoch in einem gewissen Umfang zustehenden Ansprüche bestehen folgende Möglichkeiten:

1.

Wurden nicht sämtliche Mittel der beruflichen Vorsorge vorbezogen, ist die Ausgleichsforderung des anderen Ehegatten durch die noch vorhandene Freizügigkeitsleistungen auf Seiten des übernehmenden Ehegatten zu tilgen. Dies setzt aber voraus, dass noch ausreichende Guthaben der beruflichen Vorsorge auf Seiten des übernehmenden Ehegatten vorhanden sind.

2.

Verfügt der ausgleichungspflichtige Ehegatte über genügend Vermögen (freies Vermögen, nicht Pensionskassenguthaben), kann er den geschuldeten Betrag an seine Vorsorgeeinrichtung zurückzahlen, welche danach den Anspruch des anderen Ehegatten durch Übertragung einer Freizügigkeitsleistung auf ein Freizügigkeitskonto desselben oder an dessen Pensionskasse erfüllt (damit ist der Vorsorgekreislauf geschlossen bzw. eingehalten).

3.

Möglich ist auch, durch ein Gestaltungsurteil zu erwirken, dass der Vorsorgeeinrichtung des ausgleichungsberechtigten Ehegatten die bedingte Forderung auf Rückzahlung des Vorbezugs der Pensionskasse gegenüber dem übernehmenden Ehegatten übertragen wird.

4.

Im Falle einer Scheidungskonvention bestünden die Möglichkeit, den Zeitpunkt der Fälligkeit der Ausgleichsforderung für eine bestimmte Zeit aufzuschieben und mittels Grundpfand auf dem übertragenen Wohneigentum zu sichern. In bescheidenem Umfang und als Ausnahme kann wohl auch die Abgeltung des nicht gedeckten/zahlbaren Teils des Ausgleichsbetrages mit Gegenansprüchen güterrechtlicher Natur vereinbart werden, wobei gegenüber dem Gericht mit Vorteil nachgewiesen wird, dass im Alter die Gefahr, von Sozialleistungen abhängig zu werden, nicht gegeben ist.

Bei den vorgenannten Lösungsansätzen gilt es bei verpfändeten Guthaben der beruflichen Vorsorge zu beachten, dass der Pfandinhaber (in der Regel die Vorsorgeeinrichtung) je nach Situation sein Einverständnis zu solchen Vereinbarungen erteilen muss.

12. Juni 2019 / lic. iur. Stephan Hinz

BRANDING UND WAS ES AUS RECHTLICHER SICHT ZU BEACHTEN GILT



MLaw Simone Küng, Rechtsanwältin



In der Entwicklung von Marken (sog. Branding) steckt viel Zeit, Innovation und in der Regel auch viel Geld. Schliesslich ist die Marke das Aushängeschild des Unternehmens für deren Produkte und Dienstleistungen. Sie steht für Qualität und dient der Abgrenzung zur Konkurrenz. Bei der Registrierung einer Marke sollte man sich nicht zu viel Zeit lassen, denn es gilt das Motto «First come first served». Ist die Marke einmal eingetragen, hat der Inhaber das ausschliessliche Recht, Waren und Dienstleistungen mit seiner Marke zu kennzeichnen. Aus einer – aus marketingtechnischer Sicht – genialen Marke kann aber ohne Weiteres ein juristischer Dauerbrenner werden, wenn vorgängig keine sorgfältige Recherche durchgeführt wird und die wichtigsten markenrechtlichen Grundsätze unbeachtet bleiben.

I. KEIN BESCHREIBENDER INHALT

Um in der Schweiz Markenschutz zu erlangen, muss die gewählte Marke im schweizerischen Markenregister eingetragen werden. Es handelt sich also um ein Registerrecht. Die Anmeldung erfolgt über das Institut für Geistiges Eigentum (kurz IGE). Das IGE verweigert aber die Eintragung von Marken, die unmittelbar beschreibend sind. D.h. die Marke darf nicht direkt die Beschaffenheit, Qualität, Art oder den Herstellungsort der Produkte oder Dienstleistungen, die mit der Marke geschützt werden sollen, beinhalten (z.B. kann «Banane» nicht für Bananen oder Obst eingetragen werden). Zulässig wären solch beschreibende Angaben nur, wenn die Marke noch einen zweiten – einen nicht-beschreibenden – Bestandteil hat. Marken, die lediglich mittelbar beschreibende Angaben enthalten, können zwar eingetragen werden, aber auch hier gilt es Vorsicht walten zu lassen. Denn je eher die Marke beschreibend in Bezug auf die zu schützenden Produkte und Dienstleistungen ist, desto geringer ist deren Kennzeichnungskraft und damit deren Schutzzumfang. Dies bedeutet, dass sich eine schwache Marke nicht im gleichen Umfang gegen eine ähnliche Marke wehren kann wie eine starke Marke, die beispielsweise aus einem reinen Fantasiewort besteht.

Darüber hinaus darf die Marke aber auch keine täuschenden Angaben über Eigenschaften (z.B. Qualität, Beschaffenheit oder Herkunft) der Ware oder Dienstleistung enthalten. So soll das Publikum vor Irreführungen geschützt werden. Beispielsweise darf das Schweizerkreuz zur Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen nur verwendet werden, wenn die betroffenen Waren oder Dienstleistungen auch tatsächlich aus der Schweiz stammen. Schlussendlich darf die Marke nicht gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder gegen geltendes Recht verstossen. Praxisrelevant sind hier insbesondere religiöse Namen oder Symbole. Das Bundesgericht entschied, dass das Zeichen «Madonna» nicht in das schweizerische Markenregister eingetragen werden darf, weil es die religiösen Gefühle verletzen könne und damit sittenwidrig sei (BGE 136 III 474).

II. VORGÄNGIGE RECHERCHE

Bevor man eine Marke beim IGE zur Registrierung anmeldet, sollte eine gründliche Markenrecherche durchgeführt werden. Die Recherche sollte zumindest die Überprüfung von identischen oder ähnlichen Marken, Domain- und Firmennamen beinhalten. Unterlässt man eine ausgiebige Recherche, so kann dies später zu Konflikten mit anderen Kennzeichen führen. Denn Schutz genießt stets der Inhaber älterer Rechte. Dabei genügt es nicht, lediglich das schweizerische Markenregister zu durchforsten, zumal eine Marke als Internationale Marke eingetragen und über eine Schutzausdehnung auch in der Schweiz Schutz erlangen kann. Solche sog. IR-Marken sind im schweizerischen Markenregister i.d.R. nicht ersichtlich. Darüber hinaus sollte man sich von Beginn an überlegen, ob die Marke lediglich in der Schweiz oder auch im Ausland

geschützt werden soll. Entsprechend wären vorgängig auch ausländische Register auf verwechselbare Zeichen zu überprüfen.

Zu beachten gilt es zudem, dass das IGE bei der Markeneintragung nicht prüft, ob allenfalls eine Verwechslungsgefahr mit einer anderen – bereits eingetragenen – Marke (geschweige dann mit anderen Schutzrechten) besteht. So kann es durchaus sein, dass im Markenregister zwei identische Marken eingetragen sind. Nur weil die Marke eingetragen wird, bedeutet dies also nicht, dass keine anderen Schutzrechte verletzt werden. Es liegt jeweils am Inhaber der älteren Schutzrechte, seine Prioritätsansprüche gegen jüngere Marken geltend zu machen und durchzusetzen.

III. WAREN- UND DIENSTLEISTUNGSVERZEICHNIS

Bevor die Marke im schweizerischen Markenregister eingetragen werden kann, muss ein sogenanntes «Waren- und Dienstleistungsverzeichnis» erstellt werden. Darin sind die Waren und / oder Dienstleistungen zu bezeichnen, für welche unter der einzutragenden Marke Schutz erlangt werden soll. Hierbei können allerdings nicht wahllos Begriffe aufgezählt werden, sondern die Eintragung erfolgt nach der sogenannten «Nizza-Klassifikation». Diese sieht unterschiedliche Klassen zur Einteilung sämtlicher Waren und Dienstleistungen vor. Der Minimalist mag nun versucht sein, lediglich eine oder mehrere ganze Klassifikationsgruppen zu nennen, in welcher sich die gewünschten Waren und / oder Dienstleistungen befinden. Dies genügt aber den Anforderungen des IGE nicht. Vielmehr sind die Waren und Dienstleistungen nicht nur der richtigen Klasse zuzuordnen, sondern auch präzise zu bezeichnen (die Angabe «sämtliche Waren / Dienstleistungen dieser Klasse» genügt also nicht).

Ist die Marke einmal eingetragen, kann das Waren- und Dienstleistungsverzeichnis nicht einfach weiter ausgedehnt werden (wenn man z.B. seine Produktpalette weiter ausbauen möchte), sondern die Marke müsste erneut – mit einem erweiterten Waren- und Dienstleistungsverzeichnis – zur Eintragung angemeldet werden – selbstverständlich unter erneuter Gebührenauflegung durch das IGE. Die zukünftige Entwicklung des Unternehmens und dessen Marktausrichtung ist also bereits bei der Markeneintragung zu berücksichtigen. Aber auch ein von Beginn weg sehr breit aufgestelltes Waren- und Dienstleistungsverzeichnis birgt seine Tücken: Je umfassender das Verzeichnis gefasst ist, desto eher besteht die Gefahr, dass ein anderer Markeninhaber mit einer älteren ähnlichen Marke für dieselben Waren und / oder Dienstleistungen Schutz beansprucht hat und damit entsteht das Risiko eines Angriffs durch den Inhaber dieser älteren Marke. Darüber hinaus steigen auch die Gebühren für die Markenhinterlegung (drei Waren- und Dienstleistungsklassen sind in der Grundgebühr von derzeit CHF 550.00 für die Hinterlegung enthalten; jede weitere Klasse kostet den Anmelder CHF 100.00). Hingegen ist eine Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses nach erfolgter Eintragung der Marke jederzeit möglich.

Die Erstellung eines Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses mag sich also vorerst banal anhören, längerfristig betrachtet ist es aber Ausfluss einer durchdachten Markenstrategie, bei welcher insbesondere auch zukünftige Entwicklungen der eigenen Marke zu berücksichtigen sind.

IV. VERWECHSLUNGSGEFAHR

Ist die Marke einmal eingetragen, kann sich der Markeninhaber – schweizweit – gegen ähnliche oder identische Zeichen für gleiche oder gleichartige Waren und Dienstleistungen zur Wehr setzen und deren Gebrauch verbieten, sofern für die relevanten Verkehrskreise eine Verwechslungsgefahr besteht. Es wird zwischen unmittelbarer und mittelbarer Verwechslungsgefahr unterschieden. Von mittelbarer Verwechselbarkeit spricht man, wenn der betroffene Verkehrskreis die Zeichen zwar unterscheiden kann, aber aufgrund der Ähnlichkeit der Zeichen der Eindruck entsteht, dass zwischen den betroffenen Unternehmen eine Verbindung besteht (bspw. carpe diem / carpe noctem). Eine unmittelbare Verwechselbarkeit liegt vor, wenn die kollidierenden Zeichen für die Abnehmer der betroffenen Waren und Dienstleistungen schlichtweg kaum zu unterscheiden sind.

Einleitend wurde bereits ausgeführt, dass je eher die Marke beschreibend in Bezug auf die zu schützenden Produkte und Dienstleistungen ist, desto geringer deren Kennzeichenkraft ist und damit deren Schutzzumfang. Und im Umkehrschluss: Je origineller und je bekannter eine Marke ist, desto eher wird eine Verletzung anderer Markenrechte angenommen. Um sich vor Angriffen Dritter zu schützen, lohnt es sich also, eine möglichst originelle und insbesondere nicht beschreibende Marke zu kreieren.

V. GRENZEN DES MARKENSCHUTZES

Wird die Marke im schweizerischen Markenregister eingetragen, so ist sie vom Anmeldedatum an für zehn Jahre geschützt. Die Eintragung kann beliebig oft um weitere zehn Jahre verlängert werden. Zu bedenken ist, dass die Marke – sobald sie einmal eingetragen ist – nicht mehr abgeändert werden kann. Demzufolge muss man sich vorgängig gut überlegen, ob in

der einzutragenden Marke tatsächlich Slogans, Hinweise auf ein Jubiläum oder andere kurzweilige Hinweise integriert werden sollen. Dabei gilt es nicht ausser Acht zu lassen, dass die Marke nach den ersten fünf Jahren, nachdem sie in das Markenregister eingetragen worden ist, auch in dieser Form für die eingetragenen Waren und Dienstleistungen benutzt werden muss. D.h., die Marke muss im Wesentlichen genau so gewerblich genutzt werden, wie sie auch eingetragen ist. Wird sie es nicht, so kann ein Dritter beim IGE oder beim zuständigen Zivilgericht die Löschung der Marke verlangen. Darüber hinaus geniesst die Marke selbstverständlich nur für diejenigen Waren und Dienstleistungen Schutz, für welche sie auch registriert worden ist (einzige Ausnahme bilden hier die sog. «berühmten Marken» wie bspw. Coca-Cola oder Nike).

Nach dem Territorialitätsprinzip ist eine Schweizer Marke nur innerhalb der Schweiz geschützt. Soll sie auch im Ausland Schutz erlangen, ist deren Schutz auf die anderen Länder auszudehnen. Hierfür stehen dem Markenmelder mehrere Wege offen, welche vorgängig mit einem Markenberater besprochen werden sollten. Jede Strategie hat seine Vor- und Nachteile.

Eine Marke kann inzwischen bequem von zu Hause aus online angemeldet werden. Hierzu braucht es keinen Spezialisten. Um eine Marke längerfristig und erfolgreich etablieren zu können, gilt es hingegen bereits in der Vorbereitung zur Markenmeldung diverse Fragen und Besonderheiten zu klären, wobei sich die Konsultation eines Markenberaters empfiehlt.

5. Juni 2019 / MLaw Simone Küng

AIRBNB – GRENZEN IM STOCKWERKEIGENTUM



MLaw Kim Attenhofer, Rechtsanwältin



Eine Eigentumswohnung im Stockwerkeigentum über Airbnb anzubieten, birgt mehr Probleme, als man im ersten Moment denken könnte. Im Gegensatz zum Einfamilienhauseigentümer können von einer permanenten, kurzfristigen und allenfalls gewerbsmässigen Vermietung im Stockwerkeigentum weitere Personen betroffen sein, die sich dies je nach Einzelfall nicht bieten lassen müssen. Infolge wachsender Beliebtheit von Airbnb kann eine konkrete Regelung in der Gemeinschaftsordnung durchaus nützlich sein und das Streitpotenzial zwischen den Parteien minimieren.

I. EINLEITUNG

Bereits in einem früheren Newsletter (3. März 2017) wurde über die Möglichkeiten und Grenzen von Airbnb – damals jedoch in mietrechtlicher Hinsicht – berichtet. Infolge eines jüngst ergangenen Bundesgerichtsurteils (BGer 5A_436/2018 vom 4. April 2019), das sich mit dem Verbot von Airbnb-Vermietung im Stockwerkeigentum befasst, soll dieser Newsletter ein kurzer Überblick betreffend mögliche Einschränkung von Airbnb im Stockwerkeigentum geben.

II. EINSCHRÄNKUNGEN IM STOCKWERKEIGENTUM

Stockwerkeigentum ist nach der gesetzlichen Definition ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück, der dem Miteigentümer das Sonderrecht gibt, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen. Der Stockwerkeigentümer ist in der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung seiner Räume frei, darf jedoch keinem anderen Stockwerkeigentümer die Ausübung des gleichen Rechts erschweren und die gemeinschaftlichen Bauteile, Anlagen und Einrichtungen in keiner Weise beschädigen oder in ihrer Funktion und äusseren Erscheinung beeinträchtigen.

Der Grundsatz der freien Ausübung des Benutzungsrechts an den im Sonderrecht stehenden Räumen ist folglich eines der Hauptmerkmale des Stockwerkeigentums und unentziehbar. Diese Freiheit kann jedoch durch das Gesetz, die Gemeinschaftsordnung oder durch Vereinbarungen mit Dritten eingeschränkt werden.

III. EINSCHRÄNKUNGEN DURCH GEMEINSCHAFTSORDNUNG

Vorliegend interessiert insb. die Einschränkung durch die Gemeinschaftsordnung (Reglement, Hausordnung und Beschlüsse). Die Möglichkeit das Sonderrecht einzuschränken, ist nicht unbegrenzt. Einerseits sind allgemeine Grundsätze der Rechtsordnung wie Verbot des Rechtsmissbrauchs, Schutz der Persönlichkeit, rechts- und sittenwidrige Einschränkungen etc. zu beachten. Andererseits sind Einschränkungen oder Verbote widerrechtlich, wenn eine Nutzung verboten wird, welche die Interessen der Stockwerkeigentümergeinschaft oder der einzelnen Stockwerkeigentümer nicht tangiert, da diese den Kerngehalt des Sonderrechts verletzen würden. Somit sind generelle und unbestimmte Verbote nicht zulässig.

Je nach Formulierung hat die Zweckbestimmung einer Liegenschaft oder einzelner Stockwerke eine mehr oder weniger einschränkende Wirkung auf die Ausübung des Sonderrechts durch den Einzelnen. Über die Zweckbestimmung einer Liegenschaft und die Regelung von deren Nutzung bestimmen die Stockwerkeigentümer. Die Bestimmungen finden sich grundsätzlich im Begründungsakt oder im Reglement. Spätere Änderungen bedürfen eines Beschlusses der Stockwerkeigentümer, je nach Art und Intensität mit unterschiedlichen Quoren.

Der Benutzungszweck einer Liegenschaft kann beispielsweise in einem Wohnzweck oder einem gewerblichen Zweck, in beidem oder in weiteren Zwecken bestehen. Es sind auch Fälle denkbar, wo kein Benutzungszweck festgelegt wird. Diesfalls ist in den gesetzlichen Grenzen jede Verwendungsart möglich. Es ist sodann denkbar, dass bestimmte Nutzungen, welche Immissionen verursachen und sie die Rechte anderer Stockwerkeigentümer einschränken, untersagt werden. Ebenfalls kann die Gemeinschaftsordnung vorsehen, dass z.B. das Recht zur Gebrauchsüberlassung an Dritte eingeschränkt wird, indem sie ein Einspracherecht zugunsten der Gemeinschaft vorsehen. Es sind eine Vielzahl weiterer Einschränkungen vorstellbar. Die Stockwerkeigentümer haben sich bei der Ausübung ihrer Eigentumsrechte an die Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung zu halten.

Wird durch eine Änderung der Nutzung einer Stockwerkeinheit der Gesamtcharakter der Liegenschaft beeinflusst, ist eine Zweckänderung erforderlich, welcher die Zustimmung aller Stockwerkeigentümer bedarf. Gemäss Praxis liegt diese beispielsweise vor, wenn Wohnräume in Hotelzimmer oder in betreute Alterswohnungen umfunktionierte werden.

Ist die Änderung der Benutzungsweise einer Stockwerkeinheit weniger stark zu gewichten und führt somit nicht unmittelbar zur Änderung des Gesamtcharakters der Liegenschaft, beeinträchtigt aber trotzdem die Benutzung anderer Stockwerkeinheiten, so bedarf sie der Zustimmung der Mehrheit der Stockwerkeigentümer, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertreten.

Die Vermietung einer Stockwerkeigentumswohnung über Airbnb kann (muss nicht) je nach Umständen des Einzelfalles eine Nutzungsänderung oder aber auch eine Zweckänderung des Grundstückes insgesamt bewirken. Ersteres ist denkbar, wenn bei einem für Wohnzwecke bestimmten Grundstück eine Eigentumswohnung für einen regelmässigen, immissionsreichen Zweck (professionelles Angebot über Airbnb) vermietet wird, so dass dies einer gewerblichen Tätigkeit nahekommt. Die Vermietung über Airbnb kann aber auch lediglich eine blosser Nutzungsänderung sein, sofern sie im Einzelfall zwar den Gesamtcharakter des Grundstückes nicht beeinflusst, aber trotzdem die Benutzung anderer Stockwerkeinheiten beeinträchtigt. Generelle Einordnungen sind schwierig und es kommt auf die konkreten Umstände im Einzelfall an.

IV. ZULÄSSIGKEIT EINES AIRBNB-VERBOTES IM STOCKWERKEIGENTUM

Im eingangs erwähnten Urteil des Bundesgerichts vom 4. April 2019 (BGer 5A_436/2018) hat dieses bestätigt, dass die Prüfung der Zulässigkeit von Airbnb im Rahmen einer Stockwerkeigentümergeinschaft im Einzelfall erfolgt. Ob eine Stockwerkeigentümergeinschaft ihren Mitgliedern verbieten darf, die Wohnung kurzzeitig über Plattformen wie Airbnb anzubieten, hängt von den konkreten Verhältnissen ab. Zu beachten gilt es diesbezüglich beispielsweise, wo die Liegenschaft sich befindet (Tourismusregion oder nicht), wie sie ausgestaltet ist (Anzahl Parteien, gemeinsame Infrastruktur, Standard), Nutzungsart, Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung etc.

Im betroffenen Streitfall wurde (erstmalig) festgestellt, dass ein von der Versammlung der Stockwerkeigentümer beschlossenes Verbot zur Vermietung der Eigentumswohnung über Airbnb (und vergleichbaren Plattformen) zulässig ist.

Die fragliche Liegenschaft im Kanton Nidwalden verfügt über 26 Wohnungen. Es handelt sich um eine gehobene Wohnliegenschaft und gemeinschaftlichen Einrichtungen wie Schwimmbad und Sauna. Gemäss Begründungsakt sind die Stockwerkeinheiten zum Wohnen zu nutzen, allenfalls für ein stilles Gewerbe (z.B. Büros).

Die Versammlung der Stockwerkeigentümer beschloss, das Benutzungs- und Verwaltungsreglement für die Wohnungen wie folgt zu ergänzen: «Nicht gestattet ist zudem die unregelmässige, tage-, wochen-, oder monatsweise Vermietung von Wohnungen. Gestattet ist nur die dauerhafte Vermietung». Anstoss dieses Beschlusses war die regelmässige Vermietung einer Wohnung auf Airbnb und die damit verbundene Nutzung der gemeinschaftlichen Infrastrukturen durch fremde Personen.

V. FAZIT

Bei der Begründung von Stockwerkeigentum ist bei der Ausformulierung des Reglements oder der Hausordnung besondere Sorgfalt geboten, wenn die Liegenschaft nur einem bestimmten Zweck dienen oder die Nutzung der Liegenschaft eingeschränkt werden soll.

Sollen der Vermietung von Eigentumswohnungen über Airbnb (oder anderen unpersönlichen Plattformen) Grenzen gesetzt werden, so ist zu empfehlen, dass der Nutzungszweck klar und relativ detailliert umschrieben wird. Dies schafft Rechtsicherheit und Rechtsgleichheit und vermindert das Streitpotenzial. Es sollte festgehalten werden, ob und wie oft eine Eigentumswohnung jährlich oder monatlich unter welchen Bedingungen vermietet werden darf. Denkbar ist auch das Festsetzen der Erstwohnungspflicht. Absolute Vermietungsverbote widersprechen dem Kerngehalt von Stockwerkeigentum und sind unzulässig. Gebrauchsüberlassungen an Dritte können aber einer Meldepflicht unterliegen und es kann ein Einspracherecht zugunsten der Gemeinschaft ausbedungen werden. Bei Verstoss gegen das Reglement oder die Hausordnung können z.B. Bussen vorgesehen werden, um den Einschränkungen auch Wirkung zu verleihen.

29. Mai 2019 / MLaw Kim Attenhofer

LEX KOLLER UND ZIVILRECHT (TEIL I)



Dr. iur. Hanspeter Geissmann, Rechtsanwalt



I. AUSGANGSLAGE

Das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG, «Lex Koller») stellt grundsätzlich bezüglich der Frage, welche Erwerbsgeschäfte unter die Bewilligungspflicht des BewG fallen, öffentliches Verwaltungsrecht dar. Es enthält aber auch einige strafrechtliche Artikel sowie insbesondere auch, was vorliegend interessiert, zwei Artikel zum Zivilrecht. In Art. 26 BewG wird vorab festgehalten, dass Rechtsgeschäfte über einen der Bewilligungspflicht unterliegenden Erwerb ohne entsprechende rechtskräftige Bewilligung unwirksam bleiben und unter gewissen einzeln aufgezählten Umständen nichtig werden. Zudem wird festgehalten, dass Unwirksamkeit und Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten sind. In Art. 26 Abs. 4 lit. a und b BewG wird zudem festgehalten, dass die Folgen von Unwirksamkeit und Nichtigkeit diejenigen sind, dass versprochene Leistungen nicht gefordert werden dürfen, und dass erbrachte Leistungen innerhalb einer bestimmten und hier festgelegten Frist zurückgefordert werden können. Mit anderen Worten wird im Einzelnen festgelegt, welches die Konsequenzen für die Parteien sind, die an einem solchen unwirksamen bzw. nichtigen Rechtsgeschäft beteiligt sind. In Art. 26 Abs. 4 lit. c BewG wird dann noch auf die Behördenklage zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes hingewiesen; in Art. 27 BewG wird im Einzelnen das behördliche Verfahren zwecks Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes bzw. der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes geregelt.

Im Folgenden interessieren die zivilrechtlichen Bestimmungen, welche sich an die Parteien wenden, welche an einem unwirksamen bzw. nichtigen Rechtsgeschäft beteiligt sind.

II. GRUNDSATZ

Bewilligungspflichtige Erwerbsgeschäfte, bei welchen (noch) keine Bewilligung vorliegt, sind unwirksam und geben keinen Anspruch auf irgendwelche Forderungen, seien dies Forderungen auf Übertragung von Grundstücken oder Beteiligungen, Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten, Geldzahlungen etc. Dies stellt vorab keine riesigen Probleme dar. Bewilligungspflichtige Geschäfte, die bereits vollzogen wurden, ohne dass um eine Bewilligung nachgesucht wurde oder bevor die Bewilligung in Rechtskraft tritt, werden ebenfalls nichtig. Zudem tritt die Nichtigkeit ein, wenn die Bewilligungsbehörde eine Bewilligung rechtskräftig verweigert oder widerrufen hat, wenn der Grundbuchverwalter oder der Handelsregisterführer die Anmeldung abweist (dies in dem Fall, dass die Bewilligungsbehörde nicht bereits vorher die Bewilligung verweigert hat) oder wenn die Steuerbehörde den Zuschlag aufhebt (wiederum in denjenigen Fällen, bei denen nicht vorher schon eine Bewilligungsbehörde die Bewilligung verweigert hat). Solche Geschäfte werden nichtig und haben zur Folge, dass innert bestimmten Fristen (relative Frist von einem Jahr seit Kenntnis des Rückforderungsanspruchs, relative Frist von einem Jahr seit Abschluss eines Strafverfahrens, absolute Frist von 10 Jahren seit Erbringung der Leistung) diese Leistungen zurückgefordert werden können. Es geht bei dieser Bestimmung um Leistungen, die mit der Kondiktionsklage bzw. einer Klage obligatorischer Art auf Rückforderung von Leistungen, insbesondere von Geldzahlungen, eingefordert werden müssen. Grundsätzlich kommen hier die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zur Anwendung, wobei klar ist, dass für diese Kondiktionsforderungen die in Art. 26 Abs. 4 lit. b BewG genannten Fristen *lex specialis* sind und dem allgemeinen Zivilrecht bzw. den Bestimmungen im OR über die ungerechtfertigte Bereicherung vorgehen (BGE 110 II 335 E. 2b / Pra74 (1985) Nr. 6).

Auf der «anderen Parteiseite», also auf der Seite dessen, der als Partei ein Grundstück übertragen hat, ein beschränktes

dingliches Recht eingeräumt hat, eine Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft übertragen hat oder dergleichen, stehen andere Ansprüche zur Diskussion, die der Rückabwicklung des eben nichtigen Rechtsgeschäftes dienen. Es geht z. B. um die Rückübertragung eines Grundstücks, die Rückübertragung einer Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft, die Beseitigung bzw. Löschung eines beschränkten dinglichen Rechts (z. B. Baurecht, Wohnrecht, Nutznießung etc.). Hier stellt sich immer die Frage, ob solche Ansprüche bzw. Klagen im Zusammenhang mit der Rückabwicklung von nichtigen Geschäften zeitlichen Fristen unterliegen bzw. zeitlich beschränkt sind oder nicht; insbesondere ist auch die Frage aufgetaucht, ob für solche Klagen ebenfalls die in Art. 26 Abs. 4 lit. b BewG genannten Fristen als *lex specialis* gelten. Die Antwort ist klar: Nein. Lehre und Rechtsprechung wiederholen geradezu wie ein Mantra, dass die «Vindikationsklage» auch hier selbstverständlich jederzeit und insbesondere zeitlich unbefristet erhoben werden kann, und dass entsprechende Ansprüche aus eingetretener Nichtigkeit sogar von Amtes wegen zu beachten sind. Etwas präziser ausgedrückt heisst dies, dass z. B. bei einem nichtigen Grundstückserwerb die Grundbuchberichtigungsklage ohne Fristbegrenzung zur Verfügung steht, dass dies für die Vindikationsklage (denkbar etwa bei in Wertpapieren verbrieften Beteiligungen an Immobiliengesellschaften, in Wertpapieren verbrieften Pfandrechten etc.) genau gleich gilt. Ebenfalls dürfte die Grundbuchberichtigungsklage zur Verfügung stehen bei nichtigen beschränkten dinglichen Rechten (die im Grundbuch ebenfalls eingetragen wurden). Etwas komplizierter wird es dann bei anderen Rechten, die nicht so ganz eindeutig oder überhaupt nicht als dingliche Rechte bezeichnet werden können, sondern wobei es sich um Rechte handelt, die als «eigentümerähnliche» Rechte im Zusammenhang mit dem BewG bezeichnet werden, wo also einer Person ein eigentümerähnliches Recht übertragen wird, das zwar wirtschaftlich relativ klar definiert werden kann, juristisch aber relativ schwierig zu umschreiben ist. Unter diese Kategorie dürften Rechte fallen, bei denen es genügen dürfte, dass deren Nichtigkeit festgestellt wird (etwa bei sehr langfristiger Miete oder Pacht eines Grundstücks mit speziellen Abreden, bei der Begründung von Bauverbots- und ähnlichen Eigentumsbeschränkungen, die z. B. nur obligatorische Wirkung haben, welche ein Nachbargrundstück betreffen). Dies dürfte auch gelten bei der Begründung von Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechten, die bloss obligatorisch eingeräumt werden bzw. – man denke an solche Rechte an Anteilen einer Immobiliengesellschaft – gar nirgends eingetragen werden können: Dort dürfte es ebenfalls genügen, dass festgestellt wird, dass die entsprechende Rechtseinräumung nichtig ist. Zurückzuübertragen oder zu beseitigen gibt es dann auf Seiten dieser Rechte nicht viel.

III. PROBLEMATIK

In diesem Zusammenhang wird relativ schnell offensichtlich, wo das Problem liegt: Nämlich dort, wo auf der einen Seite nicht verjährbare Ansprüche auf Rückabwicklung (wie zum Beispiel bei der Grundbuchberichtigungsklage, bei einer Vindikationsklage, aber wohl auch bei einer Feststellungsklage auf Nichtbestehen eines Rechts) bestehen, auf der andern Seite derjenige, der dann sein «Recht verliert» (weil es eben nichtig ist), dafür viel Geld bezahlt hat und nun grundsätzlich das Bezahlte, weil die andere Partei ungerechtfertigt bereichert ist, zurückfordern möchte, aber sich mit der Situation konfrontiert sieht, dass ihm Art. 26 Abs. 4 lit. b BewG sagt, dass sein Anspruch verjährt ist. Es stellt sich die Frage, ob diejenige Partei, gegen die eine fristlich unbeschränkte Klage (Vindikationsklage, Grundbuchberichtigungsklage etc.) eingereicht wird, währenddem ihre eigene Gegenforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung bereits verjährt ist, schutzlos dasteht oder nicht bzw. was diese Partei dagegen tun kann.

IV. NEUER ENTSCHEID DES BUNDESGERICHTS

Am 24. September 2018, Entscheid Nr. 4A_235/2018, hat das Bundesgericht einige hier zur Diskussion gestellte Fragen aufgegriffen, zum Teil entschieden, zum grossen Teil aber leider offengelassen. Aus diesem Grund muss nach wie vor davon ausgegangen werden, dass diverse sich hier stellende Fragen nach wie vor höchstrichterlich nicht entschieden sind. Das Bundesgericht hatte einen Fall zu beurteilen, bei welchem zwei Parteien über ein bewilligungspflichtiges Grundstück in der Schweiz einen nicht öffentlich beurkundeten Kaufvertrag abgeschlossen hatten, der gegen das BewG verstossen hätte, von Anfang an aber formnichtig war. Der bewilligungspflichtige Ausländer hatte in diesem Zusammenhang einen Betrag von CHF 220'000.00 offenbar in bar dem «Verkäufer» übergeben. Anstelle des beabsichtigten aber nicht formrichtig beurkundeten (und ohnehin gegen das BewG verstossenden) Kaufvertrages schlossen die Parteien einen Mietvertrag, der aber als simuliert zu betrachten war, und nach welchem in der Folge während der meisten Zeit auch nicht gelebt wurde. Zudem gab es weitere klare Indizien dafür, dass die der Bewilligungspflicht unterliegende Person sich wie ein Eigentümer dieser Wohnung verhielt, und nicht etwa wie ein Mieter.

Grundbuchlich war nichts eingetragen worden, entsprechend war grundbuchlich auch nichts zu berichtigen. Es war bloss festzustellen, dass der Kaufvertrag nichtig war, und es blieb die Feststellung, dass der Mietvertrag simuliert und entsprechend ebenfalls nichtig war. Und trotzdem sass der Ausländer noch in der Wohnung und wollte nicht raus bzw. wollte Eigentum beanspruchen. Der eingetragene Eigentümer kündigte dann den «Mietvertrag» – der Ausländer widersetzte sich der Kündigung und machte geltend, es sei tatsächlich ein Kaufvertrag gewollt worden und nicht ein Mietvertrag, weshalb die

Kündigung nichtig sei. Zudem weigerte er sich, den vom bisherigen Eigentümer gemäss simuliertem Vertrag eingeforderten Mietzins zu bezahlen.

Als der Fall ans Bundesgericht kam, war vom Sachverhalt her klar, dass kein formrichtig beurkundeter Kaufvertrag vorlag. Klar war auch, dass kein Mietvertrag gewollt war, sondern dass beide Parteien eigentlich den Erwerb des Grundstückes beabsichtigt hatten. Dieser Grundstückserwerb war nichtig, er hätte auch gegen das BewG verstossen, war aber auch formnichtig. Nachdem auch klar war, dass der Mietvertrag nicht gewollt war, hatte die «Kündigung» zumindest die Folge, dass mit Ablauf der Kündigungsfrist der Ausländer kein Recht mehr hatte, sich in der Wohnung aufzuhalten oder sonstwie irgendwelche Ansprüche bezüglich dieser Wohnung zu erheben. Entsprechend führte das Bundesgericht aus: «Ist der Beschwerdegegner nicht mehr berechtigt, die Wohnung zu besitzen, kann der Eigentümer gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB die Herausgabe des Eigentums verlangen.» – Dies ist eben die Vindikationsklage, die unverjährbar ist. Klar war auch, dass die Bereicherungsklage im Zusammenhang mit dem bezahlten «Kaufpreis» (es wurde offenbar immer nur eine Rückzahlung von CHF 200'000.00 in den Raum gestellt) gemäss Art. 26 Abs. 4 lit. b BewG absolut verjährt war. Unbestritten war sodann für das Bundesgericht, «dass der Verknüpfung der gegenseitigen Leistungen beim zweiseitigen Rechtsgeschäft auch im Falle der Rückabwicklung zufolge Unverbindlichkeit Rechnung zu tragen ist, mit anderen Worten gilt die Rückerstattung der empfangenen Leistungen «Zug um Zug» im Sinne von Art. 82 OR». Klar war und ist auch gemäss diesem Entscheid grundsätzlich, dass einer Vindikationsklage (im weiteren Sinn) die Gegenforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung entgegengehalten werden kann, und dass die Rückerstattung der empfangenen Leistungen «Zug um Zug» im Sinne von Art. 82 OR zu erfolgen hat. Noch offen war für das Bundesgericht in diesem Entscheid – und dies war auch in einem früheren Entscheid (BGE 111 II 195 E. 4d) nicht entschieden worden –, ob in einem solchen Fall und unter Anwendung von Art. 82 OR auch bereits verjährte Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung einredeweise geltend gemacht werden können. Diese Frage stellte sich nun dem Bundesgericht. Leider liess es die Frage erneut offen, da es feststellen musste, dass die entsprechende Einrede des Entreicherten, dass nämlich eine Verpflichtung zur Leistung nur «Zug um Zug» bestand, prozessual rechtzeitig und formrichtig gegenüber dem Herausgabeanspruch der Gegenpartei hätte erhoben werden müssen, was nicht getan wurde. Entsprechend konnte vom Bundesgericht diese Frage gar nicht geprüft werden bzw. konnte einer (eben nicht existierenden) Einrede gar nicht Folge gegeben werden. Entsprechend wurde die Vindikationsklage gutgeheissen, und zwar ohne dass «Zug um Zug» die Bereicherung zurückgegeben werden musste. Und weil eben dieser prozessual notwendige Antrag fehlte, konnte und musste das Bundesgericht (leider) auch die Frage offenlassen, ob auch eine verjährte Forderung gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung in diesem Zusammenhang einredeweise geltend gemacht werden kann oder nicht. Entsprechend wurde das vorinstanzliche Urteil, welches noch die verjährte Forderung berücksichtigt hatte (aus den genannten prozessualen Gründen zu Unrecht gemäss Ansicht des Bundesgerichts) korrigiert, und die Verpflichtung zur Rückgabe der Wohnung konnte nicht von einer Rückzahlung des Betrages von CHF 200'000.00 abhängig gemacht werden.

Es ist schwierig, diesen Entscheid richtig einzuordnen und es ist schade, ist diese Frage auch dieses Mal nicht entschieden worden. Somit ist nur zu hoffen, dass irgendeinmal diese Frage entschieden wird. Es ist eigentlich nicht einzusehen, warum Art. 67 Abs. 2 OR gerade in solchen hier vorliegenden Fällen keine Anwendung finden sollte und warum auch verjährte Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung in solchen Fällen nicht einredeweise geltend gemacht werden könnten. Nicht verschwiegen werden soll, dass das Bundesgericht in diesem genannten Entscheid am Schluss, aus welchen Gründen auch immer, noch festhielt, dass das Ergebnis dieses Prozesses nicht stossend sei, indem der Ausländer immerhin während rund 20 Jahren eine Wohnung als Quasi-Eigentümer genutzt und weitervermietet habe, und dass das Ergebnis, dass er dafür den Betrag von CHF 200'000.00 (mehr oder weniger dem bezahlten «Kaufpreis» entsprechend) nicht zurückerhalte, nicht stossend sei.

22. Mai 2019 / Dr. H.P. Geissmann (unter Mitarbeit von MLaw Andrea Meier)

Der Autor ist Verfasser bzw. Mitverfasser verschiedener Kommentare zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (Lex Friedrich/Lex Koller) sowie diverser Publikationen in Zeitschriften und Zeitungen. Er beschäftigt sich intensiv seit mehr als 30 Jahren mit Fragen im Zusammenhang mit dem Erwerb von Grundstücken durch Ausländer, und er berät und vertritt Ausländer wie auch Schweizer und daselbst vor allem auch Investoren und institutionelle Anleger.