

Das Mandat

DIE KLIENTENSCHRIFT DES ST.GALLISCHEN ANWALTSVERBANDES SGAV



St.Gallischer Anwaltsverband
SGAV

EDITORIAL

Liebe Leserin
Lieber Leser

Die meisten Anwälte im Kanton St.Gallen sind Generalisten. Sie betreuen Mandate aus fast allen Rechtsgebieten. Bei vielen juristischen Fragestellungen ist allerdings je länger je mehr eine spezifische Rechtsberatung unverzichtbar. Deshalb hat der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) den Fachanwaltstitel ins Leben gerufen. Im Jahre 2007 wurden die ersten Fachanwaltstitel im Arbeitsrecht, im Erbrecht und im Bau- und Immobilienrecht verliehen. Seit



lic. iur. Jacqueline Honsell
Rechtsanwältin
St.Gallen
Mitglied SAV-Fachkommission Familienrecht

THEMA

Fallstricke beim Erwerb von Stockwerkeigentum. . . Seite 3

RECHT & UNTERNEHMUNG



Die Tücken mit den Sozialversicherungsbeiträgen Seite 9

RECHT & PRIVAT

Schleudertrauma auf Schleuderkurs? Seite 13



Regeln für eine gute Scheidung Seite 17

Bau-Immissionen – Kann man sich dagegen wehren? Seite 21

«RECHT-ECK»

Mobilfunkantennen: Gemeinden können Einfluss auf die Standortwahl nehmen. Seite 26

Fachanwälte SAV

diesem Jahr gibt es auch die Fachanwälte SAV im Haftpflicht- und Versicherungsrecht und im Familienrecht. Damit sind alle Fachgebiete abgedeckt, für welche der Schweizerische Anwaltsverband einstweilen die Vergabe von Spezialisten-Titeln vorgesehen hat.

Zur Ausbildung zum Fachanwalt werden nur Anwältinnen und Anwälte zugelassen, die eine mindestens fünfjährige Anwaltstätigkeit und Aktivmitgliedschaft im Schweizerischen Anwaltsverband vorweisen können, und die zudem eine überdurchschnittliche praktische Erfahrung im betreffenden Fachgebiet nachzuweisen vermögen. Die Ausbildung erfolgt berufsbegleitend. Voraussetzungen für den Erwerb und das Führen des Fachanwaltstitels sind das erfolgreiche Absolvieren einer 120-stündigen, vorgegebenen Fachausbildung samt schriftlicher Abschlussprüfung an einer Universität und eines Fachgespräches mit Mitgliedern der entsprechenden SAV-Fachkommission sowie das Fehlen von dauernden oder vorübergehenden Berufsverboten in den letzten fünf Jahren vor Titelerteilung. Die Titel werden für die Dauer von zehn Jahren verliehen. Für die Beibehaltung des Fachanwaltstitels ist alljährlich der Nachweis zu erbringen, dass die permanente Weiterbildungsverpflichtung erfüllt ist.

Mit den Fachanwaltstiteln soll längerfristig speziell für das breite Publikum die Anwaltsuche transparenter werden. Anders als

Geschäftskunden, die häufig den «Markt» kennen, sind Privatpersonen heute vielfach auf Empfehlungen aus dem Bekanntenkreis angewiesen. Diese Empfehlungen beziehen sich erfahrungsgemäss oft nur auf die Person eines Anwalts oder einer Anwältin, nicht aber auf das Fachgebiet und das spezielle Fachwissen. Mit dem Fachanwaltstitel wird fachliche Kompetenz objektiviert. Die Spezialisierung beruht damit nicht mehr auf Vermutungen oder auf blosser Selbstdeklaration. Die strengen Voraussetzungen für den Erwerb und das Führen des Fachanwaltstitels kommen dem selbstverständlichen Bedürfnis der Klienten entgegen, kompetent beraten oder vertreten zu sein. Der Fachanwaltstitel bietet dem Klienten Gewähr, dass er es tatsächlich mit einem qualifizierten Rechtsspezialisten zu tun hat. Im Kanton St.Gallen praktizieren zur Zeit insgesamt zwölf Fachanwälte beziehungsweise Fachanwältinnen. ■



Fallstricke beim Erwerb von Stockwerkeigentum

Stockwerkeigentum erfreut sich in der Schweiz zunehmender Beliebtheit. Erst 1965 ins ZGB aufgenommen, wurden bis ins Jahr 2000 rund 240'000 Eigentumswohnungen erstellt. Der Trend, auf diese Weise Wohneigentum zu erwerben, hält an. Allein im Jahr 2005 wurden rund 20'000 neue Stockwerkeigentumswohnungen erstellt, 2006 waren es etwa gleich viele Einheiten. Dies zeigt, dass das Stockwerkeigentum eine echte Alternative zum Einfamilienhaus darstellt. Allerdings bestehen beim Erwerb auch hier verschiedene Fallstricke.

Allgemeine Probleme beim Grundstückskauf

Stockwerkeigentum ist zwar eigentlich ein Miteigentumsanteil an einem Gesamtgrundstück. Da jede Stockwerkeigentumseinheit rechtlich als eigenes Grundstück mit einem eigenen Grundbuch-

blatt behandelt wird, kann jeder Stockwerkeigentümer über seinen Wertanteil auch wie ein Grundeigentümer verfügen. Er sieht sich beim Erwerb aber auch denselben Problemen ausgesetzt. Wird nicht eine bereits fertig erstellte Eigentumswoh-

nung, sondern eine Wohnung nach Plan gekauft, wird häufig ein Pauschalpreis vereinbart. Die Leistungen des Verkäufers werden im Baubeschrieb festgehalten. Ungenau erstellte Bau- und Ausführungsbeschriebe können sehr rasch zu Diskussio-

Der Käufer muss sich bei einem Grundstückkauf bereits vor der Handänderung um die erforderlichen Versicherungen kümmern.

nen zwischen Käufer und Verkäufer führen. Auch wenn der Baubeschrieb korrekt erstellt wurde, ergeben sich im Laufe der Bauarbeiten häufig Zusatz- und Änderungswünsche. Es empfiehlt sich, das Vorgehen für die Festlegung dieser Kosten im Vertrag klar zu regeln. Dies gilt insbesondere auch für die Honorarkosten für reine Zusatzarbeiten. Was die Kaufpreiszahlung betrifft, so sollte sich der Kaufwilige unbedingt über die finanzielle Situation des Verkäufers (Bauherrn) erkundigen. Ist der Kaufpreis nicht erst nach Erstellung des Objekts zu bezahlen, sondern wurde eine ratenweise Zahlung des Kaufpreises vereinbart, ist die Fälligkeit der Zahlungen dem effektiven Baufortschritt entsprechend zu regeln. Um sicherzustellen, dass die Mittel tatsächlich für die laufenden Bauarbeiten eingesetzt werden, ist darauf zu achten, dass die Zahlungsabwicklung über die Bank, welche den Baukredit gewährt, erfolgt. Der Wechsel in eine Eigentumswohnung erfolgt häufig aus einem Mietverhältnis heraus. Um eine finanzielle Doppelbelastung zu vermeiden, ist es wichtig, den Termin der Fertigstellung beziehungsweise den Bezugstermin der Wohnung vertraglich klar zu regeln. Wegen Einsparungen oder anderweitiger Verzögerungen im Bewilligungsverfahren ist der Verkäufer häufig nicht in der Lage, den Bezugstermin schon lange zum voraus garantieren zu können. Eine mögliche Lösung besteht darin, dass er dem Käufer den Baubeginn mitzuteilen hat und ab diesem Zeitpunkt den Fertigstellungstermin garantiert. Für den Fall der verspäteten Ablieferung ist eine Konventionalstrafe oder eine klare Schadenersatzregelung (Kostenübernahme für Möbeleinstellungen, Hotelübernachtungen usw.) zu

vereinbaren. Kommt der Verkäufer seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber den Unternehmern nicht nach, droht die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten auf den einzelnen Stockwerkeigentumsanteilen. Im Kaufvertrag ist zu regeln, dass sich der Verkäufer zur Ablösung allfälliger Bauhandwerkerpfandrechte verpflichtet. Wird der Verkäufer allerdings selbst zahlungsunfähig, nützt diese Verpflichtung nichts, sondern nur eine Bank- oder Versicherungsgarantie.

Eine völlig unnötige Erschwerung beim Grundstückkauf wurde vom Gesetzgeber bei der letzten Revision des Versicherungsvertragsgesetzes eingebaut. Gingen nach bisherigem Recht die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag bei einer Handänderung auf den Erwerber über, so endet neu der Vertrag zum Zeitpunkt der Handänderung. Der Käufer muss sich somit bei einem Grundstückkauf bereits vor der Handänderung, welche häufig mit der Unterzeichnung und Beurkundung des Grundstückkaufvertrages zusammenfällt, um die erforderlichen Versicherungen kümmern.

Vorvertrag

Vor allem beim Kauf ab Plan wird häufig vom Käufer verlangt, dass er zuerst einen Vorvertrag, auch Reservationsvereinbarung oder Reservations-

Ein Vorvertrag über ein Grundstück ist rechtlich nur gültig, wenn er öffentlich beurkundet wird.

vertrag genannt, abschliesst. Der Verkäufer benötigt eine bestimmte Anzahl solcher Vorverträge, um von der Bank die nötige Finanzierung für sein Projekt zu erhalten. Häufig werden diese Vorverträge lediglich mit einfacher Schriftlichkeit abgeschlossen. Ein Vorvertrag über ein Grundstück, wozu auch

eine Eigentumswohnung gehört, ist indessen rechtlich nur gültig und im Streitfall durchsetzbar, wenn er öffentlich beurkundet wird. Darauf wird häufig verzichtet. Dies führt zur Nichtigkeit des Vorvertrages. Tritt der Käufer von einem solchen Vertrag zurück, kann der Verkäufer nichts gegen den Rücktritt unternehmen, aber unter Umständen Schadenersatz für seine Aufwendungen verlangen. Umgekehrt hat der Käufer keine rechtliche Gewähr, dass der Kauf der Eigentumswohnung wirklich zu Stande kommt und er die gewünschte beziehungsweise reservierte Wohnung erhält.

In der Regel muss eine Anzahlung geleistet werden. Auch bei einem öffentlich beurkundeten Vorvertrag empfiehlt es sich, den Betrag nicht auf ein Konto des Verkäufers zu überweisen, sondern auf ein Sperrkonto. Andernfalls fällt die Anzahlung, wenn der Verkäufer Konkurs gehen sollte, in die Konkursmasse und ist mit grosser Wahrscheinlichkeit verloren.

Wertquoten

Jeder Eigentumswohnung beziehungsweise jedem Stockwerkanteil wird eine bestimmte Wertquote zugewiesen. Diese dient einerseits zur Verteilung der laufenden Kosten, für welche die Stockwerkeigentümergeinschaft aufzukommen hat. Aber auch ausserordentliche Kosten, wie zum Beispiel Investitionen, werden nach den Wertquoten verteilt, wenn nicht besondere Umstände vorliegen (beispielsweise nachträglicher Einbau eines Lifts). Dementsprechend kommt der korrekten Festlegung der Wertquoten erhebliche Bedeutung zu. Die Wertquote wirkt sich auch auf die Bemessung der Stimmkraft des einzelnen Eigentümers aus, soweit nicht das Kopfstimmprinzip im Reglement festgelegt



Dr. Christoph Bürgi
Fachanwalt SAV für
Bau- und Immobilienrecht
St. Gallen

worden ist. Das Gesetz enthält keine Bestimmungen darüber, wie die Wertquoten im Einzelnen festzulegen sind und welche Faktoren dabei beachtet werden sollen. In der Praxis haben sich verschiedene Vorgehensweisen zur Ermittlung der Wertquoten herausgebildet, ohne dass eine davon objektive Richtigkeit und ausschliesslich Geltung für sich beanspruchen könnte.

Nach der gesetzlichen Regelung können Änderungen der Wertquoten einerseits mit Zustimmung aller unmittelbar Beteiligten und der Genehmigung der Versammlung der Stockwerkeigentümer vorgenommen werden. Daneben hat jeder Stockwerkeigentümer Anspruch auf Berichtigung, wenn seine Quote aus Irrtum unrichtig festgesetzt wurde oder infolge von baulichen Veränderungen des Gebäudes oder seiner Umgebung unrichtig geworden ist. Da es keine verbindliche Vorgehensweise für die Festlegung der Wertquoten gibt, setzt die Berufung auf eine irrtümliche Festlegung der Wertquoten regelmässig voraus, dass der bei der Quotenfestlegung verwendete Bewertungsstab versehentlich unzutreffend gehandhabt worden ist oder aber auf irrtümlichen Grundlagen beruht, beispielsweise falschen Plänen. Zudem muss es sich um einen wesentlichen Irrtum handeln, sodass ein Festhalten an der ursprünglichen Regelung gegen Treu und Glauben verstossen würde. Der Stockwerkeigentümer, der eine Berichtigung der Wertquoten verlangt, hat die bei der ursprünglichen Quotenfestlegung verwendeten Kriterien zwingend nachzuweisen. Dies stellt in der Praxis eine fast unüberwindbare Hürde dar. Nicht jede objektiv unrichtige Festlegung der Wertquoten erweist sich als irrtümlich. Dementsprechend empfiehlt es sich, vor dem Kauf einer Eigentumswohnung die Wertquoten sorg-

fältig zu überprüfen. Nach dem Kauf ist eine Anpassung nur äusserst schwierig zu erreichen.

Sondernutzungsrecht und ausschliessliches Benutzungsrecht

Mit dem Stockwerkeigentum ist zwingend das Sonderrecht verbunden, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen. Diese Räume oder Gebäudeteile müssen in sich abgeschlossen sein und über einen eigenen Zugang verfügen. Lediglich getrennte Nebenräume, zum Beispiel ein Bastelraum, können gleichzeitig Gegenstand des Sonderrechts bilden. Dies schliesst es beispielsweise aus, dass Autoabstellplätze in einer offenen Einstellhalle oder ein Gartensitzplatz, der einer Wohnung zur Verfügung stehen soll, direkt zum Stockwerkeigentumsanteil geschlagen werden können. Vielmehr muss hier ein ausschliessliches Benutzungsrecht, auch Sondernutzungsrecht genannt, begründet werden. Beim Abschluss des Kaufvertrages muss überprüft werden, ob solche Gebäude- und Grundstücksteile im Begründungsakt oder mit späterer Zustimmung aller Stockwerkeigentümer tatsächlich zu Sonderrecht ausgeschieden wurden. Zu prüfen ist letztlich auch, dass die ausschliesslichen Benutzungsrechte gemäss Reglement nur noch mit Zustimmung des Berechtigten beschränkt oder entzogen werden können.

Zu prüfende Unterlagen

Es wurde soeben erwähnt, dass das Nutzungs- und Verwaltungsreglement überprüft werden muss. Dies gilt nicht nur hinsichtlich allfälliger Sondernutzungsrechte. Zu prüfen ist auch, wie das Stimmrecht geregelt ist (nach Wertquoten, nach Köpfen) und welche Quoren bestehen. Solche Quoren können für den einzelnen Stockwerkeigentümer einen Schutz darstellen,

die Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft aber auch massiv einschränken.

Wird eine Eigentumswohnung in einem bereits seit einiger Zeit bestehenden Gebäude erworben, sind auch die Beschlüsse der Stockwerkeigentümersammlungen der letzten Jahre von Bedeutung. Zudem ist abzuklären, ob gegen die Gemeinschaft Gerichtsurteile oder Verfügungen ergangen sind. Um sich über die finanziellen Verpflichtungen Klarheit zu verschaffen, sind auch die Abrechnungen über die Gemeinschaftskosten der vergangenen Jahre sowie das Budget für das laufende Jahr herauszuverlangen.

Der Verkäufer hat zu bestätigen, dass er die Gemeinschaftskosten zumindest hinsichtlich der vergangenen drei Jahre vollumfänglich bezahlt hat, da der Gemeinschaft in diesem Umfang ein Pfandrecht am Stockwerkeigentumsanteil zusteht.

Erneuerungsfonds

Viele Stockwerkeigentümergeinschaften verfügen über einen Erneuerungsfonds. Grundlage für diesen Fonds bilden Bestimmungen in der Nutzungs- und Verwaltungsordnung oder in einem separaten Reglement. Der Erneuerungsfonds bezweckt, die Mittel auch für grössere, kostspielige Renovationen an der zur Stockwerkeigentum aufgeteilten Liegenschaft durchführen zu können. Das im Erneuerungsfonds enthaltene Kapital gehört zum Vermögen der Gemeinschaft. Der Verkäufer einer Eigentumswohnung kann sich deshalb den Anteil am Fonds nicht auszahlen lassen. Soll der Anteil am Erneuerungsfonds nicht im eigentlichen Kaufpreis der Stockwerkeigentumseinheit enthalten sein und muss separat darüber abgerechnet werden, ist dies im

Wird eine Eigentumswohnung in einem bereits seit einiger Zeit bestehenden Gebäude erworben, ist abzuklären, ob gegen die Gemeinschaft Gerichtsurteile oder Verfügungen ergangen sind.

Kaufvertrag ausdrücklich festzuhalten.

Gewährleistungsansprüche

Insbesondere beim Kauf einer neuen Eigentumswohnung nach Plan muss mit kleineren, zum Teil auch mit grösseren Werkmängeln gerechnet werden. Die Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche bietet nun in verschiedener Hinsicht Probleme. Zunächst muss betont werden, dass der Erwerber einer Eigentumswohnung diese auf Mängel zu überprüfen hat, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist. Dies ist bei der Wohnungsübergabe beziehungsweise -übernahme regelmässig der Fall. Entdeckte Mängel sind beim Verkäufer sofort zu rügen. Nach der Gerichtspraxis beträgt diese Frist zehn, allerhöchstens 14 Tage. Auch Baumängel, die erst im Laufe der Zeit zum Vorschein kommen (sogenannte versteckte Mängel), müssen sofort beim Verkäufer gerügt werden. Andernfalls sind sämtliche Gewährleistungsansprüche verwirkt!

Zu beachten ist, dass auch bei Mängeln, welche alle Stockwerkeigentümer betreffen (Beispielsweise ein rinnendes Dach) nicht die Stockwerkeigentümergeinschaft, sondern die einzelnen Miteigentümer ihre Mängelrechte gestützt auf die seinerzeitigen Kaufverträge geltend zu machen haben. Immerhin wirkt die Mängelrüge eines Stockwerkeigentümers auch für die

andern Miteigentümer, so dass nicht sämtliche Stockwerkeigentümer für den gleichen Mangel beim Verkäufer Mängelrüge erheben müssen.

Ein Grundstückkaufvertrag gibt nach Gesetz bei Mängeln nur Anspruch auf Wandelung (Aufhebung des Vertrages) oder Minderung (nachträgliche Reduktion des Kaufpreises) oder Schadenersatz. Kein Anspruch besteht auf Nachbesserung, also Behebung der Mängel durch den Unternehmer. Damit ist aber in aller Regel weder dem Verkäufer noch den Käufer gedient, da Ziel des Vertragschlusses grundsätzlich die Übergabe einer mängelfreien Wohnung bildet. In der Praxis kommt es nun oft vor, dass sämtliche Gewährleistungsansprüche nach Kaufvertragsrecht ausgeschlossen werden. Stattdessen werden die Garantieansprüche des Verkäufers gegenüber den von ihm beauftragten Unternehmern an die Käufer der Eigentumswohnungen abgetreten. Diese Lösung ist für den Käufer mit verschiedenen Problemen verbunden. Er verliert dadurch die Möglichkeit, sich für alle seine Ansprüche an den Verkäufer halten zu können und muss stattdessen bei jedem einzelnen Mangel zuerst abklären, welcher Handwerker dafür verantwortlich ist. Seine Mängelrechte werden aber auch inhaltlich eingeschränkt, da nicht alle Gewährleistungsrechte abtretbar sind. Gemäss

Rechtsprechung kann nur der Anspruch auf Nachbesserung abgetreten werden, nicht aber der Anspruch auf Kaufpreisminderung oder Wandlung des

Werkvertrages. Die Tragweite einer solchen Abtretung ist für den Käufer auch darum kaum überblickbar, weil er in der Regel die Verträge zwischen dem Verkäufer und dessen Handwerkern nicht kennt.

Wurden Verträge abgeschlossen, die auf der SIA-Norm 118 beruhen, können Mängel gegenüber dem Unternehmer während der ersten zwei Jahre jederzeit gerügt werden. Nach Ablauf dieser Frist entdeckte, verdeckte Mängel müssen indessen auch sofort gerügt werden. ■

Bei gemeinschaftlichen Teilen wirkt die Mängelrüge eines Stockwerkeigentümers auch für die andern Miteigentümer, so dass nicht sämtliche Stockwerkeigentümer für den gleichen Mangel beim Verkäufer Mängelrüge erheben müssen.



Selbständiger Freelancer oder Arbeitnehmer?

Die Tücken mit den Sozialversicherungsbeiträgen

Mehr und mehr vergeben Unternehmen Dienstleistungen an externe Freelancer. Vielfach unterscheiden sich diese Verträge auf Arbeitsleistung vom eigentlichen Arbeitsvertrag nur in Details. Stufen die Sozialversicherungen den Beschäftigten schliesslich als Arbeitnehmer ein, drohen dem Unternehmen unangenehme Folgen.

Gefahr eines vorschnell abgeschlossenen Freelancing-Vertrages

Im Zeitalter des Outsourcing ist der Trend hin zu flexiblen Arbeitsformen wie etwa das Free-

lancing ungebrochen. Das Bedürfnis nach Flexibilität und weit reichender Selbstbestimmung ist dabei sowohl bei den Unternehmen als auch bei den selbständigen Freelancern (auch

Freie Mitarbeiter genannt) erkennbar. Regelmässig wünschen beide Seiten, das Beschäftigungsverhältnis nach eigenen Vorstellungen und weitgehend losgelöst von rechtlichen Fesseln als selbständige Erwerbstätigkeit auszugestalten. Typischerweise handelt es sich beim Freelancing-Vertrag um einen Werkvertrag (Art. 363 ff OR) oder Auftrag (Art. 394 ff OR). Bestimmungen arbeitsvertraglicher Natur (Art. 319 ff OR) blenden die Vertragsparteien vielfach bewusst oder unbewusst aus, weil nebst dem Wunsch nach mehr

Flexibilität häufig auch verschiedene Arbeitgeberpflichten Grund dafür sind, einen Freien Mitarbeiter einzusetzen: Das Unternehmen möchte sich jener Pflichten entledigen, die sich mit der Einstellung eines Arbeitnehmers ergäben, namentlich der Pflicht, Sozialversicherungsbeiträge (AHV/IV/EO/ALV) zu bezahlen und die obligatorischen Versicherungen (Unfall, BVG, usw.) abzuschliessen.

Sozialversicherung: Indizien für und wider die Selbständigkeit

Die Unterscheidung des gewöhnlichen Arbeitsverhältnisses vom Freelancing-Vertrag (Werkvertrag beziehungsweise Auftrag) ist bei den Sozialversicherungen ein Dauerbrenner. Was die Vertragsparteien nämlich gegenseitig vereinbart haben, ist für die Frage, ob sozialversicherungsrechtlich eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, nicht entscheidend. Die Sozialversicherungen ermitteln die versicherungsrechtliche Stellung des Erwerbstitigen ungeachtet des Parteiwillens. Wie stellen sie nun aber fest, ob jemand Freier Mitarbeiter oder Arbeitnehmer ist?

Entscheidend bei der sozialversicherungsrechtlichen Abgrenzung des Arbeitnehmers vom selbständigen Freelancer sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Als unselbständig erwerbstätig ist im allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher beziehungsweise arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt. Die Vielfalt der im Wirtschaftsleben anzutreffenden Konstellationen führt dazu, dass die beitragsrechtliche Stellung eines Erwerbstitigen jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen ist. Die Praxis hat entsprechende Merk-

male einer selbständigen beziehungsweise unselbständigen Tätigkeit entwickelt. Folgende Indizien weisen beispielsweise auf eine unselbständige Erwerbstätigkeit hin:

- Weisungsgebundenheit und Unterordnungsverhältnis.
- Pflicht zur persönlichen Aufgabenerfüllung.
- Wirtschaftliche Abhängigkeit.
- Kontrolle.
- Keine für die auszuführenden Arbeiten erhebliche Investitionen.
- Keine eigenen Geschäftsräumlichkeiten und keine Beschäftigung von eigenem Personal.
- Fehlendes Delkredererisiko.

Bei vielen Beschäftigten treten dabei Merkmale beider Erwerbstätigkeiten zutage, so dass sich der Entscheid oft danach richtet, welche dieser Merkmale überwiegen. Gelangt die Sozialversicherung zum Ergebnis, dass der vermeintliche Freelancer als unselbständig erwerbend zu qualifizieren ist, fordert sie in aller Regel die Sozialversicherungsbeiträge beim Arbeitgeber nach. Eine Nachforderung stellen die Sozialversicherungen auch dem Architekturbüro A. AG für Arbeitsleistungen des als unselbständig erwerbend eingestuft Bauleiters B. Nach jahrelangem Rechtsstreit entschied schliesslich das Bundesgericht über den Beschäftigungsstatus von B. (Urteil H 12/04 vom 17. Februar 2005). Dem Urteil folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Fallbeispiel

B. übernahm als Inhaber der Einzelfirma «B. Bauleitungen» (mit eigener Mehrwertsteuer-Nummer) während knapp zwei Jahren in zahlreichen Bauprojekten des Architekturbüros A. AG die Bauleitung. Eigenes Personal beschäftigte er nicht. Seine Arbeit verrichtete er in seinen mit Telefonanschluss, Faxgerät und Computer samt Spezialsoftware ausgestatteten Büroräumlichkeiten zu Hause sowie

unterwegs im (firmen-)eigenen Auto. Gegenüber den Bauherrschaften trat der über eine eigene Bauleitungshaftpflichtversicherung verfügende Bauleiter B. nicht in eigenem, sondern unter dem Firmennamen des Architekturbüros A. AG auf, dementsprechend führte er auch seine Visitenkarte unter dem Namen der A. AG, ohne sich zusätzlich als Inhaber der Einzelfirma auszuweisen. Die von der A. AG für die Bauleitungen ausgerichteten Entgelte – in den auf Briefpapier der «B. Bauleitungen» erfolgten Rechnungsstellungen als «Honorar» bezeichnet – beliefen sich samt Spesen im ersten Jahr auf knapp 100'000 Franken und im zweiten Jahr auf 75'000 Franken, wobei in den einzelnen Rechnungen ein Mehrwertsteueranteil ausgeschieden wurde. Zusätzlich zur erwähnten Erwerbsquelle bei der A. AG waren einzig Einkünfte aus Tätigkeiten für die Firma X. ausgewiesen, die sich gemäss Lohnausweisen für die Steuererklärung der fraglichen Jahre auf brutto 20'000 beziehungsweise 40'000 Franken beliefen. Von der SUVA wurde B. im fraglichen Zeitraum als unselbständig erwerbend eingestuft. Das Bundesgericht führte, die oben dargelegten Indizien abwägend, in seinem Entscheid aus, ausschlaggebend sei die Tatsache, dass der zur persönlichen Aufgabenerfüllung verpflichtete Bauleiter B. gegenüber Dritten nur unter dem Namen der A. AG zu handeln und Rechnung zu stellen befugt war. Indem die – so bezeichnete – «A. Bauleitung» allein Bauleiter B. oblag, habe dieser im Betrieb der A. AG im Sinne einer hierarchischen Einbindung faktisch eine Linienfunktion mit direkter Führungsverantwortung ausgeführt. Ferner ging das Bundesgericht mit Blick auf die tatsächliche Auftragslage von einer erheblichen wirtschaftlichen Abhängigkeit des B. aus. Seine an-

Die Unterscheidung des gewöhnlichen Arbeitsverhältnisses vom Freelancing-Vertrag ist bei den Sozialversicherungen ein Dauerbrenner.

derweitigen Einkommen machen, einzig aus Aufträgen für die Firma X. herrührend, im ersten Jahr bloss $\frac{1}{5}$, im zweiten Jahr etwas mehr als die Hälfte der von der A. AG ausgerichteten Entgelte aus. Da die Entschädigung der A. AG zudem nicht nur pauschale Spesenvergütungen beinhaltet habe, sondern zugleich auch «sämtliche Nebenkosten» wie den prozentualen Mietanteil für das zu Hause eingerichtete Büro und die Ausgaben für Telefonanschluss usw. abgedeckt hätten, habe die A. AG in entscheidender Weise zur Aufrechterhaltung der Infrastruktur beigetragen. Auch habe B., der direkt der A. AG Rechnung stellte, weder ein Delkrederisiko noch sonst ein ins Gewicht fallendes Unternehmerrisiko getragen. So habe B. weder Angestelltenlöhne bezahlen noch zusätzlich zu den ohnehin anfallenden Wohnungskosten für die Miete externer Geschäftsräumlichkeiten aufkommen müssen. Die bestehende Abhängigkeit von der Entwicklung der Auftragslage und das damit zusammenhängende finanzielle Risiko stellten kein eigentliches Geschäftsrisiko dar, da alle Personen mit einem Lohnausfall rechnen müssten, die ihre berufliche Tätigkeit von Fall zu Fall ausüben und nicht in einem fest entlohnten Arbeitsverhältnis stehen. Dem Umstand, dass B. die Aufträge ohne Benutzung der Geschäftsräumlichkeiten der A. AG sowie ohne projektbezogene Weisungen weitestgehend in eigener Regie ausführte und in seinen Rechnungsstellungen an die A. AG Mehrwertsteuer abrechnete, mass das Bundesgericht keine entscheidende Bedeutung bei. Auch die Frage, ob B. erhebliche Investitionen (als Merkmal eines spezifischen Unternehmerrisikos) wie die Anschaffung eines Kopiergeräts und eines Autos tätigte, war vorliegend nicht ausschlaggebend. Angesichts dieser Gegebenheiten und

unter Mitberücksichtigung der in Grenzfällen beachtlichen unfallversicherungsrechtlichen Einstufung des B. als Unselbständigerwerbender erkannte das Bundesgericht auf unselbständige Erwerbstätigkeit. Damit hatte die A. AG die mit Nachzahlungsverfügung eingeforderten Sozialversicherungsbeiträge zu begleichen.

Unsichere Rückforderung

In der Folge forderte die A. AG von B. die zu dessen Gunsten einbezahlten Sozialversicherungsbeiträge zurück. Regelmässig ist dies jedoch mit erheblicher Unsicherheit verbunden. So trägt der Arbeitgeber die Beiträge insbesondere dann, wenn sein «neuer» Arbeitnehmer nicht zahlungsfähig ist. Aber auch bei Zahlungsfähigkeit des Arbeitnehmers ist keineswegs gesichert, dass der Arbeitgeber die von ihm beglichene Sozialversicherungsbeiträge vollumfänglich zurückerstattet erhält.

Wie die Sozialversicherung ist der Zivilrichter nicht an die Statuseinstufung des andern gebunden. Da in den beiden Rechtsgebieten von unterschiedlichen Begriffsbeschreibungen ausgegangen wird, hat der Zivilrichter eigenständig abzuklären, ob das Rechtsverhältnis der Parteien als Arbeitsvertrag oder als Auftrag beziehungsweise Werkvertrag zu qualifizieren ist. Bei dieser Abgrenzungsfrage ist primär der klare, während Jahren gelebte Parteiwille zu berücksichtigen. Gelangt der Richter anders als die Sozialversicherung zum Schluss, dass selbständige Tätigkeit vorliegt, kann der Auftraggeber die Sozialversicherungsbeiträge nach den Regeln der sogenannten ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 OR) vom Freelancer zurückverlangen.

Wird das Vertragsverhältnis hingegen auch zivilrechtlich als Arbeitsvertrag qualifiziert, ist die Sachlage weitaus unsicherer. Irr-

tümlich bezahlte Sozialversicherungsbeiträge sind zwar auch bei Vorliegen eines Arbeitsvertrages grundsätzlich nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung rückforderbar. Lehre und Rechtsprechung sind jedoch der Ansicht, dass der Arbeitgeber die Hälfte der Sozialversicherungsbeiträge in jedem Fall selber zu bezahlen hat, weil diese Verpflichtung zwingend sei. Zumindest für den Fall, da der Arbeitgeber seinem «Freien Mitarbeiter» ein über dem marktüblichen Lohn liegendes Honorar bezahlt hat, in der Meinung, er habe als vermeintlicher Selbständigerwerbender Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten, ist diese Ansicht mehr als stossend, weil der Arbeitgeber so faktisch zweimal Sozialversicherungsbeiträge bezahlt. Soll die Parteivereinbarung nicht ad absurdum geführt werden, sollte der Arbeitgeber die von ihm entrichteten Sozialversicherungsbeiträge vollumfänglich – und nicht nur zur Hälfte – vom Arbeitnehmer zurückfordern können. Dieser Meinung folgen die Gerichte aber soweit ersichtlich kaum.

Fazit: Rückversicherung bei Ausgleichskasse

Um unliebsame Überraschungen im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Freelancern zu vermeiden, empfiehlt es sich, Folgendes zu beachten:

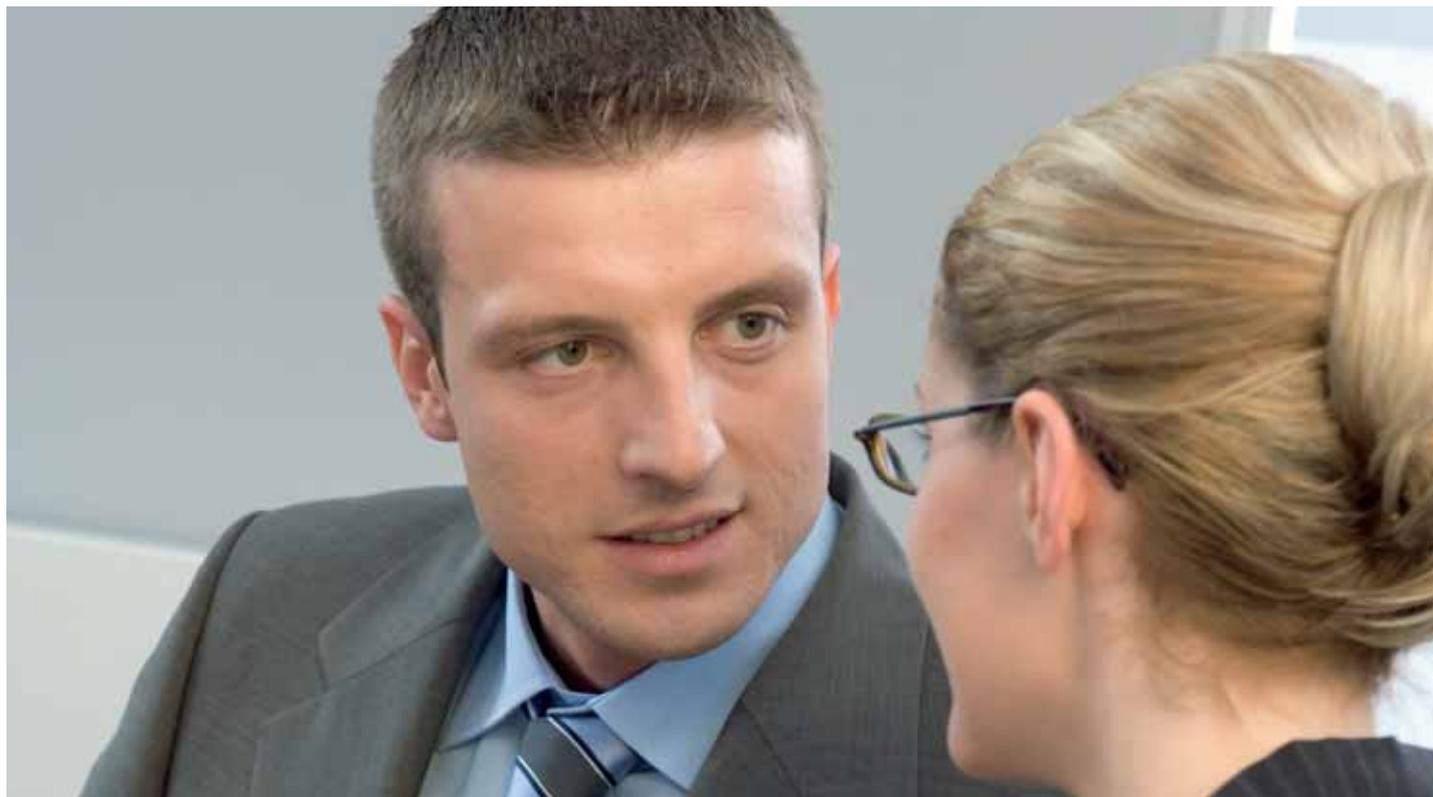
- 1. Das Unternehmen sollte vom Freelancer vor Auftragsausführung eine Bestätigung der zuständigen Ausgleichskasse beziehungsweise des Unfallversicherers über die Anerkennung als Selbständigerwerbender verlangen.
- 2. Unternehmen, die einen Freelancer beauftragen, sollten zudem vertraglich sicherstellen, dass der Freelancer von sich aus seinen sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflichten nachkommt und sämtliche Sozialabzüge selbst trägt. ■



Fürsprecher, LL.M.
Marco Büchel
Rechtsanwalt
Oberuzwil



lic. iur. HSG
Daniel Betschart
Rechtsanwalt
Oberuzwil



Regeln für eine gute Scheidung

Heute wird etwa jede zweite Ehe geschieden. Es ist aber ein Irrtum zu glauben, dass Scheiden deswegen weniger weh tut. Im besten Falle ist die Scheidung eine selbst erarbeitete Reorganisation der Familie. Im schlechtesten Falle ist sie das Ergebnis eines jahrelangen Rechtsstreits, der den Beziehungskonflikt nicht löst, sondern nur noch verschärft.

Darf ich mich vorstellen? Ich bin seit mehr als zwanzig Jahren Familienrichter und übe damit einen Beruf aus, den es in der Schweiz – ausgenommen im Kanton St.Gallen – sonst gar nicht gibt. Nun, kurz vor dem Ende meiner beruflichen Tätigkeit, werde ich gefragt, ob ich von meinen Erfahrungen etwas

an Ehepaare weitergeben könnte, die vor einer Scheidung stehen. Für solche Ratschläge bin ich im Grunde genommen die falsche Person. Eine Scheidung ist ja nicht in erster Linie ein juristisches Problem, sondern vor allem eine persönliche Krise. Man muss sich selbst entscheiden, was man aus der Situation

machen will – ob man sie nur als Katastrophe oder auch als Chance auffasst.

Sieben nützliche Verhaltensregeln

1. Einen neuen Anfang machen

Jede Ehe ist eine Kette von Trennungen und Wiederversöhnungen. Handeln Sie nicht aus der ersten Enttäuschung heraus, sondern prüfen Sie sorgfältig, ob es nicht noch einen anderen Weg gibt – etwa mit klaren Regeln für das weitere Zusammenleben in eine Art Partnerschaftsvertrag, einer Paarberatung oder einer Trennung auf Probe. Wenn Sie einen Anwalt beauftragen oder an das Gericht

Wenn Sie an das Gericht gelangen, ist der Schritt getan, von dem es gewöhnlich kein Zurück mehr gibt.

RECHT & PRIVAT

gelangen, ist der Schritt getan, von dem es gewöhnlich kein Zurück mehr gibt.

2. Die Scheidung ankündigen
Falls Sie sich zur Scheidung entschlossen haben, sollten Sie nicht einfach wortlos ausziehen. Teilen Sie dem Partner, der Partnerin Ihre Scheidungsabsicht ruhig, aber bestimmt mit. Seien Sie dabei gefasst auf ungewöhnliche heftige Reaktionen. Erklären Sie sich bereit, später über eine einvernehmliche Lösung zu reden, geben Sie jedoch keine voreiligen Versprechungen ab.

3. Die Gefühle bewältigen
Wenn Sie von einer Scheidungsmitteilung überrascht werden, fällt es Ihnen schwer, sich damit abzufinden. Man fühlt sich eine Zeit lang hin- und hergerissen – bald wütend, bald traurig. Es nützt freilich nichts, die Partnerin, den Partner immer wieder zu bestürmen, weil daraus doch nur neuer Streit entsteht. Sie sollten Ihre Gefühle aber auch nicht verdrängen, sondern eine Vertrauensperson suchen, die daran Anteil nimmt.

4. Die Kinder informieren
Versuchen Sie nicht, Ihre Kinder zu schonen. Kinder spüren ohnehin, was los ist, und fürchten, bei einer Trennung der Eltern allein gelassen zu werden. Sprechen Sie frühzeitig und möglichst gemeinsam mit ihnen. Wecken Sie keine falschen Hoffnungen. Erklären Sie den Kindern offen, was sich ändern wird, erzählen Sie aber auch, was gleich bleibt – die Zuneigung beider Eltern, das eigene Zimmer, die Schule, der Kameradenkreis.

5. Wieder ins Gespräch kommen

Nehmen Sie nach einer Ruhepause wieder Kontakt miteinander auf. Das klappt am besten, wenn man sich an einige Gesprächsregeln hält: Treffen Sie sich an einem neutralen Ort; beschäftigen Sie sich nicht mit der Vergangenheit, sondern mit der Zukunft; reden Sie von sich und nicht über den anderen; hören Sie dem Partner, der Partnerin gut zu und bestätigen Sie, was Sie davon verstanden haben.

6. Rat einholen

Wenn Sie lange verheiratet waren und eine ganze gemeinsame Welt aufgebaut haben, sollten Sie nicht einfach um des lieben Friedens willens nachgeben, sondern jemanden um Rat fragen. Glauben Sie den Leuten nicht, die bloss von ihren eigenen Scheidungserfahrungen berichten. Suchen Sie zusammen einen Anwalt auf, damit er Ihnen passende Vorschläge für eine Scheidungsvereinbarung unterbreitet, oder wenden Sie sich an eine Mediatorin, damit sie in Ihrem Gespräch Regie führt, verzichten Sie aber auch dann nicht auf jede Rechtsauskunft.

7. Miteinander verhandeln

So oder anders sollten Sie in einem geschützten Rahmen miteinander verhandeln. Das heisst

aber nicht, dass es dabei zugehen muss wie auf dem Bazar, wo jeder zuerst eine extreme Position bezieht und dann möglichst kleine Konzessionen macht. Daraus resultiert nur eine unvernünftige Lösung, die den einen zum Gewinner und den anderen zum Verlierer stempelt. Erheben Sie keine überzogenen Forderungen, machen Sie stattdessen sinnvolle Angebote. Sagen Sie, was Sie hergeben würden, um das zu bekommen, was Ihnen am Herzen liegt.

Sieben einfache Rechtsregeln

1. Gemeinsam scheiden

Ehegatten können so scheiden, wie sie geheiratet haben. Damals war es das übereinstimmende Ja-Wort und nun ist es das gemeinsame Nein-Wort, das freilich nicht mehr vor dem Standesamt abgegeben werden kann. Der Gang zum Gericht ist zwar unvermeidlich. Man führt aber keinen Prozess mehr gegeneinander, sondern braucht nur den Scheidungswillen und die Zustimmung zur Scheidungskonvention schriftlich zu erklären, in einer Anhörung mündlich auszudrücken und nach einer zweimonatigen Bedenkzeit zu bestätigen. Das ist zwar ein bisschen mühsam, aber wenigstens nicht peinlich: Man muss keine intimen Fragen beantworten, nicht in einem Gerichtssaal erscheinen und hinterher kein ärgerliches Urteil lesen.

2. Oder zwei Jahre warten

Wenn Eheleute sich über den Scheidungspunkt nicht einig werden, bleibt ihnen nichts anderes übrig, als zwei Jahre lang getrennt zu leben. Wer die Scheidung ablehnt, muss sich allerdings überlegen, was ihm das Zuwarten nützt – das lohnt sich in finanzieller Hinsicht kaum. Wer die Scheidung verlangt, kann nicht darauf hoffen, mit einer Klage wegen Unzu-

Versuchen Sie nicht, Ihre Kinder zu schonen. Sprechen Sie frühzeitig und möglichst gemeinsam mit ihnen.



mutbarkeit rascher ans Ziel zu kommen – das zerstört nur den letzten Rest einer persönlichen Beziehung.

3. Für die Kinder sorgen

Die Ehe lässt sich beenden, die Familie ist unauflöslich. Das Verhältnis zu seinen Kindern kann man nicht kündigen. Auch geschiedene Eltern bleiben gemeinsame Eltern. Das spricht dafür, dass sie die elterliche Sorge, also die Verantwortung für die grossen Entscheidungen, nach der Scheidung miteinander ausüben sollten. Voraussetzung dafür ist, dass man sich über die Aufteilung der Kinderbetreuung und die Aufschlüsselung der Kinderkosten verständigt. Die gemeinsame elterliche Sorge bildet wohl ein Symbol dafür, dass beide Eltern gleichwertig sind. Im Leben der Kinder wirkt sich das aber kaum aus. Für sie ist es viel wichtiger, dass die Eltern ihren Konflikt definitiv beenden und im Alltag präsent bleiben. Kinder brauchen nicht bloss eine «Werktagmutter» und einen «Sonntagsvater», sie wollen in der Regel einen engen und unbeschwerten Umgang mit beiden pflegen.

4. Die Familienwohnung zuweisen

Die Familienwohnung soll demjenigen überlassen werden, der dringend darauf angewiesen ist. Das trifft in erster Linie für die Partnerin zu, die mit den Kindern zusammenlebt, und gilt allenfalls auch für den Partner, der in der Wohnung seinen Beruf ausübt oder sein Geschäft betreibt. Wer bisher Mieter war, haftet zwar für den Mietzins bis zum nächsten Kündigungstermin mit, kann seine Zahlungen aber auf den Unterhalt anrechnen. Wer Alleineigentümer ist, muss nur eine befristete Benützung hinnehmen und kann dafür eine angemessene Entschädigung beanspruchen.

5. Das Vermögen aufteilen

Die meisten Ehepaare leben – oft ohne es zu wissen – im Vermögenszustand der Errungenschaftsbeteiligung. Jeder Ehegatte bleibt während der Ehe Eigentümer seines Vermögens und hat an ihrem Ende den anderen am wirtschaftlichen Erfolg zu beteiligen. Seinen Rückschlag, also den Verlust, trägt er hingegen allein. Das ist wohl eine einigermaßen gerechte, aber leider auch ziemlich komplizierte Regelung. Aufwändig wird es vor allem dann, wenn Gegenstände vorhanden sind, in die Mittel beider Ehegatten investiert wurden und die in ihrem Wert beträchtlich schwanken – namentlich Liegenschaften, Wertpapiere oder Kunstwerke. Dann lohnt es sich, die güterrechtliche Auseinandersetzung genauer zu betrachten. Sonst darf man getrost annehmen, dass alles, was in die Ehe eingebracht, geschenkt oder geerbt wurde, auszuscheiden und der Rest hälftig zu teilen ist.

6. Die Vorsorge ausgleichen

Aufgeteilt werden muss auch die mit gemeinsamen Anstrengungen geäußerte Vorsorge. Das Ziel ist in allen drei Säulen das gleiche, nur das Vorgehen ist unterschiedlich: In der ersten Säule findet ein sozialversicherungsrechtlicher Ausgleich statt, in der zweiten Säule ein scheidungsrechtlicher und in der Säule 3a ein güterrechtlicher. In der AHV/IV werden alle Beiträge aus der Ehezeit den Ehegatten je zur Hälfte gutgeschrieben. Dieses Beitragsplitting wird zwar automatisch durchgeführt, sobald der erste der geschiedenen Ehepartner eine Rente bezieht, kann und soll aber nach der Scheidung sogleich verlangt werden. Auch die berufliche Vorsorge ist grundsätzlich hälftig zu teilen, soweit sie während der Ehe durch Arbeit erworben wurde. Ein Verzicht wäre nur zulässig, wenn es um Bagatellbeträge geht oder wenn eine

gleich hohe Leistung in anderer Form ausgerichtet wird, und eine gerichtliche Verweigerung wäre nur möglich, wenn die an sich ausgleichsberechtigte Person insgesamt finanziell weit besser dasteht. Ehegatten sollten deshalb den Vorsorgeausgleich als selbstverständliche Scheidungsfolge akzeptieren. Ein Streit darüber würde nur zusätzlichen Aufwand – mit einem zweiten Verfahren vor Versicherungsgericht – verursachen und am Ergebnis nichts ändern.

7. Solidarität üben

Jeder Ehegatte soll nach der Scheidung so gut und so rasch wie möglich für seinen eigenen Lebensunterhalt aufkommen. Das gelingt aber nicht immer: Wer nach der Scheidung die Kinder allein erzieht, braucht in der Regel bis zu ihrem vollendeten 16. Altersjahr einen Betreuungsunterhalt. Wer geraume Zeit nicht oder nur teilweise erwerbstätig war, benötigt bis zum vollen beruflichen Wiedereinstieg einen Umstellungsunterhalt. So betrachtet ist der naheheliche Unterhalt kein Geschenk, sondern eine Kompensation für die in der Ehe erbrachten Opfer. Wer invalid geworden ist, kann eine Bedürftigkeitsrente beanspruchen, um nicht in Armut zu geraten, und wer nach langer Ehe deutlich weniger verdient als der andere, kann eine befristete Aufstockungsrente erwarten, um den sozialen Abstieg zu mildern. So gesehen ist der naheheliche Unterhalt kein Almosen, sondern Ausfluss der ehelichen Beistandspflicht, die mit der Scheidung nicht sogleich erlischt. ■

Jeder Ehegatte soll nach der Scheidung so gut und so rasch wie möglich für seinen eigenen Lebensunterhalt aufkommen.



Rolf Vetterli
Präsident der
II. Zivilkammer
Kantonsgesicht St. Gallen



Schleudertrauma

In der Rechtsprechung weiterhin auf Schleuderkurs?

Verletzungen der Halswirbelsäule haben im Durchschnitt einen zehn Mal höheren Aufwand zur Folge als sonstige Unfälle mit Personenschäden. Das Bundesgericht hat am 19. Februar 2008 einen neuen Leitentscheid gefällt. Es präzisiert die Voraussetzungen, die es für eine Anerkennung eines «Schleudertraumas» im Rahmen der Unfallversicherung benötigt. Diese Präzisierung gilt nur im UVG-Verfahren, da im Haftpflichtrecht ein anderer Adäquanzbegriff gilt.

Der Anteil an «leichten Halswirbelsäulenverletzungen» an der Gesamtzahl aller gemeldeten Unfallereignisse (im Jahr 2007 waren dies in der Schweiz 734'132 registrierte Unfallmeldungen, davon 458'036 «Nicht-berufsunfälle») ist hoch. Im Jahr 2006 erhielten fast 12'000 Ver-

unfälle die Diagnose: «Schleudertrauma». Durchschnittlich lag im Jahr 2006 der Aufwand pro «Schleudertrauma-Schaden» bei ungefähr CHF 56'000.-, während die übrigen bei der SUVA (Marktanteil der SUVA: knapp 60 Prozent) eingegangenen Personenschäden im Jahr

2006 im Durchschnitt einen Aufwand von CHF 5'300.- ausmachten. Es zeigt sich somit, dass der Aufwand bei Halswirbelsäulenverletzungen im Schnitt zehn Mal höher ist als der durchschnittliche Aufwand bei einem Personenschaden. Ein Grund dafür könnte

Etwa 10 Prozent aller (Auffahr-)Unfallopfer mit Schleudertrauma werden dauerhaft arbeitsunfähig.

Es ist anerkannt, dass Schleudertraumata auch schon bei relativ geringen Einwirkungen auftreten können.

sein, dass Halswirbelsäulenverletzungen einen hohen Chronifizierungsgrad haben, welcher die Kosten in die Höhe schiesSEN lässt. So zeigen verschiedene Studien, dass etwa 10 Prozent aller (Auffahr-)Unfallopfer mit Schleudertrauma dauerhaft arbeitsunfähig werden. Jede neunte im Jahr 2006 festgesetzte Neurente der SUVA erging aufgrund eines «Schleudertraumas».

«Das Schleudertrauma» ist in der Schweiz mit einem SchADVolumen von über 670 Millionen Franken im Jahr ein volkswirtschaftlicher Faktor geworden, wobei sich der Schleudertrauma-Verband entschieden gegen den Begriff «neue Volkskrankheit» wehrt, auch wenn nicht wegdiskutiert werden kann, dass das Verletzungsbild «Schleudertrauma» mit zunehmender Mobilität und damit verbundenen Verkehrsunfällen häufiger wird.

Die Klärung der Frage, ob ein «Schleudertrauma» vorliegt und wer für die entsprechenden Kosten aufkommen muss, hat alle zu interessieren. Dies zeigt sich zum Beispiel darin, dass die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates am 9. Januar 2007 ein Hearing zu diesem Thema durchführte.

Was ist ein «Schleudertrauma»?

Dazu vereinfacht was folgt: Beim Schleudertrauma handelt es sich um eine Verletzung (Beschleunigungstrauma) der Halswirbelsäule (HWS). Dabei können sowohl Knochen wie auch Weichteile verletzt sein. Ein Schleudertrauma wird meist durch einen Unfall ausgelöst.

Durch einen von hinten auf die HWS einwirkenden Schlag oder durch einen starken Abbremsmechanismus (zum Beispiel bei einem Auto-Auffahrunfall) kann die HWS verletzt werden.

Es ist anerkannt, dass Schleudertraumata auch schon bei relativ geringen Einwirkungen auftreten können. So kann eine leichte Auffahrkollision, die zu einer kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung von 10 bis 15 km/h führt, ausreichen (es gibt auch Meinungen, die von 30 km/h als «Voraussetzung» sprechen). Das Problem, das sich hierbei zeigt, ist, dass die heutige Medizinaltechnik (Röntgenbilder, Kernspintomographie usw.) nicht in der Lage ist, «leichte» Verletzungen zweifelsfrei nachzuweisen. Für die Gerichte stellt sich die Frage, ob überhaupt ein Schleudertrauma vorliegt und ob der Unfall adäquat kausal war, das heisst ob der Unfall als Ursache für die Beschwerden des Verunfallten zu gelten hat und ob der Unfall als Ursache auch die nötige rechtliche Relevanz hat, um die Haftung und Leistungspflicht des Versicherers zu bejahen.

Bundesgericht modifiziert und präzisiert «Schleudertrauma-Praxis»

Zur Abklärung dieser Fragen wendet das Bundesgericht bei Unfällen, die organisch nicht objektiv ausgewiesene Beschwerden mit sich tragen, die «Schleudertrauma-Praxis» an, um die Fragen der Kausalität und Adäquanz beurteilen zu können. Im Urteil U 394/06 (BGE 134 V 109) vom 19. Februar 2008 hat sich das Bundesgericht erneut mit diversen Fragen zum «Schleudertrauma» auseinander gesetzt und seine «Schleudertrauma-Praxis» modifiziert und präzisiert.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich somit nur auf die rechtliche Beurteilung der «kritischen» Schleudertraumata ohne organisch objektiv ausgewiesene Unfallfolgen.

Das Bundesgericht prüft zuerst, ob es sich beim Unfall um einen schweren, mittleren oder leichten Unfall handelt. Bei schwe-

ren Unfällen wird der adäquate Kausalzusammenhang in der Regel bejaht, bei leichten Unfällen in der Regel verneint. Schwierigkeiten bieten folglich Unfälle mittlerer Schwere. Die erwähnte kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung von 10 km/h ist im Bereich der mittleren bis leichten Unfallschwere anzusiedeln. Liegt solch ein Fall vor, sind nun die nachfolgenden Kriterien zu prüfen:

- Besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalls.
- Die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen.
- Fortgesetzt spezifische, belastende ärztliche Behandlung.
- Erhebliche Beschwerden.
- Ärztliche Fehlbehandlung, welche die Unfallfolgen erheblich verschlimmert.
- Schwieriger Heilungsverlauf und erhebliche Komplikationen.
- Erhebliche Arbeitsunfähigkeit trotz ausgewiesener Anstrengungen.

Der Einbezug sämtlicher Kriterien in einer Gesamtwürdigung ist nicht in jedem Fall erforderlich. Ein einzelnes Kriterium kann genügen, wenn es in besonders ausgeprägter Weise erfüllt ist. Kommt keinem Einzelkriterium besonderes beziehungsweise ausschlaggebendes Gewicht zu, so müssen mehrere Kriterien herangezogen werden und «insgesamt in gehäufte oder auffallender Weise erfüllt» sein. Die gilt umso mehr, je leichter der Unfall ist.

Das Kriterium der *besonders dramatischen Begleitumstände oder der besonderen Eindrücklichkeit des Unfalls* galt auch schon unter der alten Praxis. Das Bundesgericht sagt im Leitentscheid vom Februar 2008, dass die Prüfung dieses Kriteriums keine nennenswerten Probleme bietet und somit hier auch keine Änderung angezeigt ist.

Neue Kriterien zur Beurteilung eines Schleudertraumas

Beim Kriterium *der schweren oder besonderen Art der erlittenen Verletzungen* reicht es nicht aus, ein Schleudertrauma zu diagnostizieren. Es braucht hierfür qualifizierte Umstände. Die «typischen» Beschwerden haben besonders schwer zu sein, beim Unfallereignis wurde eine besondere Körperhaltung eingenommen oder die verletzte Person weist erhebliche weitere Verletzungen auf.

Beim Kriterium *der fortgesetzt spezifischen, belastenden ärztlichen Behandlung* ist die Frage zu stellen, ob die fortgesetzt spezifische und (die versicherte Person) belastende ärztliche Behandlung bis zum Fallabschluss notwendig war. Dieses Kriterium ersetzt nun das bisherige Kriterium *der ungewöhnlich langen Dauer der ärztlichen Behandlung*. Das «alte» Kriterium bot verschiedene Probleme, doch wollte das Bundesgericht die ärztliche Behandlung als eigenständiges Kriterium nicht fallen lassen. Das «neue» Kriterium *der fortgesetzt spezifischen, belastenden ärztlichen Behandlung* hat das Bundesgericht als erfüllt angesehen, wenn die versicherte Person kumulativ folgende Behandlung über sich ergehen lassen muss: sporadische Hausarztbesuche, ein Mal monatlich einen Neurologen aufsuchen, zwei bis drei Mal monatlich einen Psychiater aufsuchen, drei bis vier Mal wöchentlich Physiotherapie und dazu noch Medikamente einnehmen. Verneint hat das Bundesgericht dieses Kriterium bei einer versicherten Person, die im wöchentlichen Rhythmus in die Physiotherapie geht und sich unregelmässigen hausärztlichen Kontrollen unterzieht. Auch die Unterziehung unter eine regelmässige Physio- und Farbtherapie wird das Kriterium als «nicht erfüllend» bezeichnet. Es zeichnet sich also ab, dass nicht schon jede fort-

gesetzte ärztliche Behandlung das «neue» Kriterium erfüllt. Es muss eine gewisse Intensität aufweisen.

Das zweite «neue» Kriterium *der erheblichen Beschwerden* ist erfüllt, wenn in der Zeit zwischen dem Unfallereignis und dem Fallabschluss (im Sinne von Art. 19 Abs. 1 UVG) ohne wesentlichen Unterbruch erhebliche Beschwerden vorhanden sind und die verunfallte Person durch die Beschwerden im Lebensalltag eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung erfährt. Das Bundesgericht hat das zweite «neue» Kriterium als erfüllt betrachtet, wenn die versicherte Person an andauernden Beschwerden wie parazervikaler Hartspann, schmerzhaften Bewegungseinschränkungen und leichten Bewegungseinschränkungen im Schultergelenk leidet oder wenn die versicherte Person ihren angestammten Beruf und die beabsichtigte Weiterbildung aufgeben muss, vormalis ausgeübten Sportarten (Tanzen, Schwimmen, Snowboarden usw.) nicht mehr nachgehen kann oder im Haushalt und bei der Kinderbetreuung eingeschränkt ist. Ebenfalls hat das Bundesgericht das Kriterium *der erheblichen Beschwerden* grundsätzlich bei andauernden Kopfschmerzen bejaht, dann aber im konkreten verneint, weil der Versicherte immer noch in der Lage war, gewisse Freizeitaktivitäten auszuüben (Schwimmen, Spaziergänge in den Bergen usw.).

Das Kriterium *der ärztlichen Fehlbehandlung*, also wenn die Behandlung die Unfallfolgen erheblich verschlimmert haben, hat zu keinen wesentlichen Problemen geführt. Das Bundesgericht behält dieses Kriterium auch weiterhin bei der Beurteilung bei. Das gleiche gilt für das Kriterium *des schwierigen Heilungsverlaufs und erheblicher Komplikationen*.

Das letzte Kriterium bei der Prüfung, die das Bundesgericht vor-

nimmt, ist das Kriterium *der erheblichen Arbeitsunfähigkeit trotz ausgewiesener Anstrengungen*. Es ist vom Bundesgericht neu formuliert worden. Zu prüfen ist nun, ob eine erhebliche Arbeitsunfähigkeit vorliegt und ob die versicherte Person sich ernsthaft anstrengt, ihre Arbeitsunfähigkeit zu überwinden. Konkret muss der Wille erkennbar sein, dass die versicherte Person sich möglichst schnell in den Arbeitsprozess einzugliedern versucht. Nur wenn die versicherte Person bei Fallabschluss immer noch in erheblichem Masse arbeitsunfähig ist und «Anstrengungen» vorweisen kann, kann dieses letzte «neue» Kriterium erfüllt werden. Es ist nicht erfüllt, wenn die versicherte Person trotz vollständiger Arbeitsunfähigkeit das Angebot zur Hospitalisierung ablehnt, eine ungenügende Kooperation/Leistungsbereitschaft bei der Therapie zeigt und Behandlungstermine verpasst. Es ist nicht erfüllt, wenn eine angepasste Tätigkeit vollzeitig zumutbar ist oder wenn zwar einmal im Monat Arbeitsversuche durchgeführt werden, aber immer erst eine Aufforderung seitens des Unfallversicherers oder Ärzte erfolgen muss.

Das Bundesgericht hat Kriterien, bei welchen es regelmässig Probleme gab, neu umschrieben. Es bleibt abzuwarten, wie sich die neuen Kriterien in Zukunft bewähren werden und sich aus dem Schleuderkurs der Beurteilungskriterien eine klare, gut messbare und somit für alle Betroffenen erfassbare Leitlinie erkennen lässt. ■



Bruno A. Hubatka
Rechtsanwalt
Wil

Mit einem speziellen Dank für die wertvollen Vorarbeiten von M.A. HSG Stephan Jau

Zu prüfen ist, ob eine erhebliche Arbeitsunfähigkeit vorliegt und ob die versicherte Person sich ernsthaft anstrengt, ihre Arbeitsunfähigkeit zu überwinden.



Bau-Immissionen – Kann man sich dagegen wehren?

Baustellen in der Nachbarschaft verursachen oft beträchtliche Immissionen. Die Möglichkeiten, sich dagegen zur Wehr zu setzen, hängen stark von der rechtlichen Beziehung zwischen dem Bauherrn und dem immissionsgeplagten Nachbarn ab. Die mietrechtlichen Behelfe unterscheiden sich von den nachbarrechtlichen.

Wenn in der Nachbarschaft (oder gar im eigenen Gebäude) gebaut oder umgebaut wird, entstehen oft beträchtliche Immissionen wie Staub, Lärm, Erschütterungen, üble Gerüche. Für das Opfer solcher Immissionen stellen sich daher Fragen wie *Muss ich mir das gefallen lassen?* und *Welche finanziellen Ansprüche kann ich stellen?* Antworten auf diese Fragen finden sich

– je nach der gegebenen Rechtsbeziehung zwischen dem Bauherrn und dem belästigten Nachbarn – an verschiedenen Stellen in unserer Rechtsordnung. Stehen Bauherr und Nachbar in einem Mietverhältnis, sind zunächst die mietrechtlichen Bestimmungen heranzuziehen. Ist kein Mietvertrag gegeben, kommen die Bestimmungen des Nachbarrechts zum

Tragen. Dort wo es öffentlich-rechtliche Immissionsvorschriften gibt (etwa im Umweltrecht) spielen auch diese in die privatrechtliche Beziehung zwischen Bauherr und geplagtem Nachbarn hinein.

Allgemeine Grundsätze

Zwischen der mietrechtlichen (geregelt im Obligationenrecht, OR) und der nachbarrechtlichen

RECHT & PRIVAT

Betrachtung (geregelt im Zivilgesetzbuch, ZGB) gibt es Unterschiede, aber auch Gemeinsamkeiten, und es sollen diese beiden Rechtskreise nicht ohne Not unterschiedlich interpretiert werden. **Zwei Grundsätze** gelten in beiden Rechtskreisen:

Bau- und Renovationsarbeiten sind oft mit **unvermeidbaren** Immissionen verbunden. Diese können durchaus sehr intensiv sein. Sie werden aber gleichwohl als zulässig betrachtet, weil sonst nicht mehr gebaut und renoviert werden könnte. Das heisst, **der betroffene Nachbar hat solche unvermeidbaren Bau-Immissionen** (Staub, Lärm, Erschütterungen, schlechter Zugang usw.) **zu dulden**, auch wenn sie übermässig sind. Es steht ihm insoweit kein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch zu. Mit diesem Grundsatz, der durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts geprägt wurde und nicht im Gesetz steht, werden Bau-Immissionen gegenüber anderen Immissionen privilegiert.

Diese Duldungspflicht besteht nur bei **unvermeidbaren** Immissionen. Das heisst, *der Bauherr hat sich sowohl bei der Wahl der Baumethode wie auch bei der Arbeitsausführung um die Vermeidung vermeidbarer und die Minimierung unvermeidbarer Einwirkungen zu bemühen. Unvermeidbar ist eine Einwirkung dann, wenn ihre Verhinderung dem Bauherrn nicht zuzumuten ist, das heisst wenn die zur Vermeidung aufzuwendenden Mittel in keinem vernünftigen Verhältnis zur Intensität der Einwirkung und zu den beeinträchtigten Gütern stehen* (Thomas Ender, Die Verantwortlichkeit des Bauherrn für unvermeidbare übermässige Bauimmissionen, Freiburg 1995, S. 157). Hinweise zur Vermeidung von Lärm finden sich zum Beispiel in der Baulärm-Richtlinie des BUWAL. Wäre nachzuweisen, dass es für eine bestimmte

Aufgabe (zum Beispiel den Ausbruch einer Betondecke mittels Kompressoren) eine vergleichbare Methode gibt, die weniger Lärm, Staub usw. produziert oder dass ein gutes Baumanagement den Zeitraum der Immissionen reduzieren könnte, so hätte der betroffene Nachbar einen Anspruch auf Änderung der Methode oder Optimierung des Bauablaufes. Er könnte dann sogar einen Baustopp verhängen lassen.

Vermeidbare übermässige Immissionen ziehen in jedem Fall und unabhängig vom Verschulden des Bauherrn einen Anspruch auf vollen Schadenersatz nach sich.

Die Duldungspflicht besteht aber nur solange, als keine Personen- oder Sachschäden entstehen. Wenn also zum Beispiel durch Vibrationen Nachbargebäude Risse bekommen oder sich verkippen, kann der betroffene Eigentümer die Einstellung dieser Vibrationen verlangen, auch wenn sie unvermeidbar sind.

Mietrechtliche Behelfe gegen Bau-Immissionen

Der Vermieter baut und stört seine eigenen Mieter

Im ersten Fall, ist **der Bauherr der Vermieter und der belästigte Nachbar dessen Mieter** (Beispiel: Der Eigentümer eines Geschäftshauses baut Teile des Gebäudes um, ohne dass zunächst allen Mietern gekündigt wird).

Der Vermieter schuldet dem Mieter ein Mietobjekt, das zum vertragsgemässen Gebrauch tauglich ist (Art. 256 OR). Das

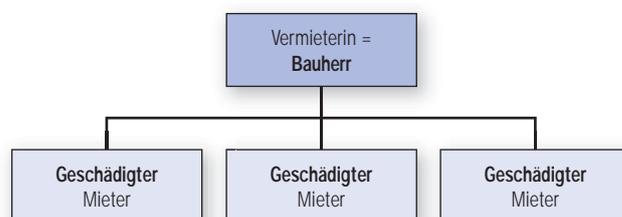
trifft nicht zu, wenn zum Beispiel der Mieter durch den Vermieter oder durch Dritte in der vertragsgemässen Benützung seines Mietobjektes gestört wird (Art. 259a Abs. 1 OR).

Ob eine solche Störung in der vertragsgemässen Benützung des Mietobjektes gegeben ist, hängt vom Zweck ab, zu dem das Objekt gemietet worden ist. Eine Immission wirkt sich nicht auf jedes Objekt gleich störend aus (Lagerraum oder Verkaufsgeschäft). Die gegebenen Immissionen (Staub, Lärm, Erschütterung, Verdeckung usw.) sind daher auf ihre Auswirkungen **für das konkrete Mietobjekt** zu untersuchen.

Im öffentlichen Recht, namentlich im Umweltrecht, gibt es eine Reihe von Bestimmungen, die sich mit übermässigen Immissionen befassen und dafür Grenzwerte definieren (zum Beispiel für bestimmte Arten von Lärm). Damit stellt sich die Frage nach der Bedeutung solcher öffentlich-rechtlicher Immissionsvorschriften für eine privatrechtliche Auseinandersetzung. An sich bestehen das öffentliche und das private Recht unabhängig voneinander. Keine der beiden Rechtsordnungen hat den Vorrang gegenüber der anderen. Allerdings gibt es das Gebot der widerspruchsfreien und koordinierten Anwendung der Rechtsordnung. Im Regelfall wird sich daher der Zivilrichter dort, wo es öffentlich-rechtliche Immissionsvorschriften gibt, von diesen leiten lassen. Das öffentliche Recht konsumiert daher in diesen Bereichen das Privatrecht. Das Umweltrecht regelt aber

Unvermeidbare Bau-Immissionen sind zu dulden, auch wenn sie übermässig sind.

Der Vermieter baut und stört seine eigenen Mieter



nicht alle Arten von Immissionen. In den öffentlichrechtlich nicht geregelten Bereichen muss der Richter dann sein Ermessen gebrauchen.

Liegt im konkreten Fall ein Mangel vor, so hat der Mieter folgende Ansprüche (Art. 259a Abs. 2 OR):

- Beseitigung des Mangels
- Mietzinsreduktion
- Schadenersatz
- Übernahme des Rechtsstreits mit einem Dritten
- Hinterlegung des Mietzinses

Dieser Grundsatz wird bei unvermeidbaren übermässigen Bau-Immissionen abgeändert. So entfällt der Anspruch auf Beseitigung des Mangels (der Störung).

Der Anspruch auf **Mietzinsreduktion** ist auch bei Bau-Immissionen gegeben. Wenn der vertragsgemässe Gebrauch der Mietsache wegen der Immissionen gar nicht mehr möglich ist, so gibt es eine Mietzinsreduktion auf Null. Einmal abgesehen von diesen Fällen massivster Beeinträchtigungen bewegt sich eine Vielzahl gewährter Mietzinsreduktionen im Bereich zwischen 10 und 30 Prozent. Individuellen Gegebenheiten ist Rechnung zu tragen. Die Mietzinsreduktion ist für die Dauer der Beeinträchtigung zu gewähren, wobei eine gewisse Mindestdauer der Immissionen gegeben sein muss. Zudem kann das Mass der Reduktion auch variieren, wenn die Immissionen nicht dauernd gleich intensiv sind.

Ein Anspruch auf **Schadenersatz** steht dem Mieter nur zu, wenn den Vermieter ein Verschulden trifft. Dieses kann sich auf die Entstehung oder auf die Beseitigung des Mangels beziehen. Nun wird bei unvermeidbaren übermässigen Bau-Immissionen im Regelfall den Vermieter weder mit Bezug auf die Entstehung dieser Immissionen noch mit Bezug auf deren Beseitigung ein Verschulden treffen. Diese Rechtslage wurde in der

Rechtsprechung und Lehre als unbillig angesehen, weil dem Mieter allein mit der Mietzinsreduktion v.a. bei der Geschäftsmiete kaum geholfen ist. Sein Schaden kann x-fach höher sein als der Mietzins. Daher wurde vom Bundesgericht festgestellt, dass bei unvermeidbaren übermässigen Immissionen kein Schadenersatz geschuldet ist, es sei denn, dass ein beträchtlicher Schaden entstanden ist und wenn eine Interessenabwägung zwischen Störer und Geschädigtem dazu führt, dass eine Entschädigung angezeigt ist (BGE 114 II 230).

Die Mietzins hinterlegung ist ein Druckmittel, mit dem der Mieter die Beseitigung des Mangels erzwingen kann. Da bei unvermeidbaren Bau-Immissionen kein Beseitigungsanspruch gegeben ist, darf auch der Mietzins nicht hinterlegt werden.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass vom Bauherrn und Vermieter, wenn er Bau-Immissionen verursacht, Folgendes verlangt werden kann:

- Durch die Wahl der Bauphase und der Ausführung das Mass der Immissionen auf ein technisch machbares Minimum zu reduzieren.
- Frühzeitige und möglichst umfassende Information des Mieters.
- Angemessene Reduktion des Mietzinses während der Dauer der Beeinträchtigung.
- Anspruch des Mieters auf Schadenersatz ist nur gegeben, wenn ein beträchtlicher Schaden entsteht und wenn aus Billigkeitserwägungen ein Ersatz angezeigt ist.

Ein Mieter baut und stört seine Nebenmieter

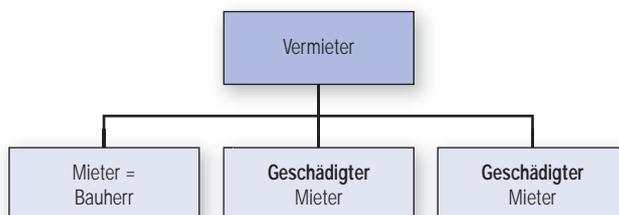
Denkbar ist sodann der Fall, wo nicht der Vermieter baut, sondern ein Mieter, und durch diese Bauarbeiten Nebenmieter gestört werden. Das ist zum Beispiel der Fall in einem Einkaufszentrum, wo ein Mieter seinen Laden umbaut und dabei die Läden in der Umgebung stört. In diesem Falle treffen die Verpflichtungen, die soeben dargelegt worden sind, den gemeinsamen Vermieter (das heisst den Eigentümer des Grundstückes, der die Ladenflächen sowohl des bauenden Mieters als auch des betroffenen Nebenmieters vermietet) sinngemäss. Dieser wird also dem betroffenen Mieter eine Mietzinsreduktion gewähren und in Ausnahmefällen Schadenersatz leisten müssen. Die rein mietrechtlichen Ansprüche muss der betroffene Nebenmieter aber gegenüber seinem Vermieter geltend machen – mit ihm hat er den Mietvertrag und nicht mit dem bauenden Mieter. In dieser Konstellation kann der betroffene Nebenmieter nicht aus Nachbarrecht direkt gegen den bauenden Mieter vorgehen (Mietrechtspraxis 1987, S. 78ff). Diese Möglichkeit steht dem Mieter nur gegen Störer **in einer anderen Liegenschaft** offen.

Natürlich wird der Vermieter versuchen, diese finanzielle Belastung (v.a. die Mietzinsreduktion) dem Störer, das heisst dem bauenden Mieter, weiter zu belasten. Damit stellt sich die Frage, inwiefern der Vermieter auf den bauenden Mieter zurückgreifen kann.



Christoph Locher
Rechtsanwalt
Fachanwalt SAV
Bau- und Immobilienrecht
St. Gallen

Ein Mieter baut und stört seine Nebenmieter



Den Vermieter trifft die Pflicht, zum Schutze seiner Mieter Störungen Dritter abzuwenden, auch wenn der Mieter selber Rechtsbehelfe gegen den Störer hätte. Das heisst der Vermieter muss in unserem Falle auf seinen bauenden Mieter einwirken, damit dieser die Nebenmieter nicht stört. Diese Pflicht des Vermieters ist aber nur gegeben, wenn er rechtlich etwas gegen den Störer unternehmen kann. Andererseits trifft den bauenden Mieter eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Mitmieter (Art. 257f Abs. 2 OR). Schliesslich darf ein Mieter das Mietobjekt ohne Zustimmung des Vermieters nicht verändern (Art. 260a OR). Diese Zustimmung gibt der Vermieter aber bisweilen schon im Mietvertrag, v.a. wenn der Mieter den Rohbau mietet.

Falls der Vermieter die Zustimmung zum Umbau durch einen Mieter nicht im Mietvertrag blanko gegeben hat, wird er seine Zustimmung davon abhängig machen, dass der bauende Mieter ihn mit Bezug auf allfällige finanzielle Leistungen gegenüber den Mitmietern schadlos hält. Hat der Vermieter einem Mieter die Zustimmung zum Umbau blanko oder ohne entsprechende Vorbehalte erteilt, so dürfte es für den Vermieter schwierig werden, gegen den bauenden Mieter zu regressieren. Mit der Zustimmung hat sich der Vermieter den Rückgriff auf den bauenden Mieter weitgehend verbaut.

Nachbarrechtliche Behelfe gegen Immissionen

Wenn zwischen dem Bauherrn und dem belästigten Nachbarn keine mietvertragliche Beziehung besteht, finden sich die Regeln über die Duldung beziehungsweise Abwehr von Immissionen im Nachbarrecht des Zivilgesetzbuches. Nach Art. 684 ZGB ist jedermann verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums sich aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn zu enthalten. Ver-

boten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung. Art. 679 ZGB bestimmt, dass wenn jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht wird, er auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen kann. Die Rechtsprechung gesteht dieses Recht auch dem Mieter des Nachbarn zu. Das heisst, sowohl die Grundeigentümer in der Nachbarschaft als auch deren Mieter können nachbarrechtliche Ansprüche gegen den Bauherrn geltend machen.

Wie dargelegt, entfällt bei **unvermeidbaren** Bau-Immissionen der Anspruch auf Beseitigung.

Die Rechtsprechung lässt nachbarrechtlich einen Entschädigungsanspruch des betroffenen Nachbarn nur zu, wenn die Immissionen, von denen er betroffen ist, widerrechtlich sind. Damit gibt es bei unvermeidbaren übermässigen Bau-Immissionen im Regelfall keine Entschädigung. Dies wird wie im Mietrecht auch nachbarrechtlich als unbillig angesehen. Daher lässt die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Fällen, wo dem Nachbarn ein beträchtlicher Schaden entsteht und eine Entschädigung aus Billigkeitserwägungen nötig erscheint, eine angemessene Entschädigung zu. Die Latte für den betroffenen Nachbarn liegt allerdings relativ hoch.

Das heisst im Ergebnis, dass im rein nachbarrechtlichen Verhältnis die Rechtslage für den Bauherrn eher komfortabler ist als im mietrechtlichen Verhältnis. Umgekehrt heisst das für den belästigten Nachbarn, dass er weniger Rechtsbehelfe hat, wenn der Bauherr nicht sein Vermieter oder Nebenmieter ist.

Wie geht der geplagte Nachbar vor, wenn er Bau-Immissionen ausgesetzt ist?

Wer sich durch Bau-Immissionen in der Nachbarschaft übermässig gestört fühlt, kann versuchen, zunächst öffentlich-rechtlich vorzugehen, indem die Verletzung von öffentlich-rechtlichen Vorschriften (Lärmschutzreglement der Gemeinde, Umweltrecht usw.) und Vermeidbarkeit der Immissionen geltend gemacht wird. Der Vorteil dieses Vorgehens liegt darin, dass eine formlose Anzeige bei der zuständigen Behörde genügt. Diese muss den Sachverhalt von Amtes wegen abklären und gegebenenfalls Massnahmen treffen. In diesem Verfahren gibt es keine Beweislast für die eine oder andere Partei. Allerdings muss der Antragsteller zumindest mit einigem Detaillierungsgrad darlegen, inwiefern hier öffentliches Recht verletzt sein könnte und dass die Immissionen vermeidbar sind. Sehr weit geht diese Mitwirkungsobliegenheit aber nicht. Die entsprechende Behörde könnte danach, wenn sie eine Verletzung von öffentlichem Recht und Vermeidbarkeit der Immissionen bejaht, eine Verfügung gegen den Bauherrn erlassen (zum Beispiel ein Verbot, bestimmte Arbeiten voranzutreiben).

Macht der belästigte Nachbar aber eine Verletzung von Privatrecht (Ansprüche aus dem Mietvertrag oder aus Nachbarrecht) geltend, so muss er den zivilprozessualen Weg beschreiten. Im Zivilprozessrecht gilt die Beweislastregel von Art. 8 ZGB. Danach hat derjenige das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen, der aus ihr ein Recht ableitet. Vorliegend heisst dies, dass der Betroffene beweisen muss, (i) dass es **Immissionen** gibt, (ii) dass diese **übermässig** sind und (iii) dass sie **vermeidbar** sind. Der Betroffene müsste also nachweisen, dass es möglich wäre, mit vertretbarem wirtschaftlichem Aufwand eine

immissionsärmere Ausführungsart zu wählen. Dem Bauherrn stünde selbstverständlich der Gegenbeweis offen. Will er zudem Schadenersatz verlangen, muss er auch den erheblichen Schaden beweisen. Das dürfte nicht immer einfach sein.

Ein ordentlicher Zivilprozess dauert in der Regel Jahre. Damit ist dem belästigten Nachbarn nicht geholfen. Er kann daher versuchen, auf dem Wege des **einstweiligen Rechtsschutzes** in einem summarischen Verfahren eine einstweilige Verfügung zu erwirken. Der Ablauf sieht dann etwa wie folgt aus:

- Der Kläger muss glaubhaft machen (nicht voll beweisen), dass eine übermässige und vermeidbare Immission vorliegt und dass ihm daraus ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.
- Der Richter kann, wenn ihm die Darstellung des Klägers

plausibel scheint und die Zeit drängt, ohne Anhören der Gegenpartei eine superprovisorische Verfügung erlassen (zum Beispiel bestimmte Arbeiten verbieten). Das wird der Richter nicht ohne weiteres tun, denn Immissionen und v.a. deren Vermeidbarkeit können mit Dokumenten nicht so einfach glaubhaft gemacht werden.

- Im Normalfall wird der Richter vor Erlass einer Verfügung die Gegenpartei anhören, evtl. sogar einen Augenschein nehmen.
- Die Verfügung geht im Regelfall auf einen Befehl, bestimmte Arbeiten zu unterlassen. Der Richter kann mit diesem Befehl Ungehorsamsstrafe verbinden.
- Der Richter kann indessen die Massnahme davon abhängig machen, dass der Gesuchsteller eine Kautio-

hinterlegt. Dies wird er auf Antrag des Bauherrn tun, wenn dieser darlegt, dass ihm (dem Bauherrn) durch die Massnahme erheblicher Schaden entstehen könnte.

- Schliesslich setzt der Richter dem Gesuchsteller eine Frist an, um die ordentliche Klage einzuleiten. Lässt der Gesuchsteller diese Frist verstreichen, so fällt die vorsorgliche Massnahme dahin.
- Der Richter kann zudem die Massnahme jederzeit wieder aufheben oder ändern.

Bevor der Gang zur Behörde oder zum Zivilrichter angetreten wird, sollte das Gespräch mit dem bauenden Nachbarn gesucht werden. Im Gespräch lassen sich oft differenziertere Lösungen finden, als dies der Richter oder die Behörde anordnen kann. ■

«RECHT-ECK»

Impressum

Herausgeber

St.Gallischer Anwaltsverband SGAV
Vadianstrasse 44, Postfach 262
9001 St.Gallen
Telefon 071 492 03 20
Telefax 071 492 03 21
info@anwaltsverbandsg.ch
www.anwaltsverbandsg.ch

Redaktion

Weiterbildungs- und PR-Kommission
St.Gallischer Anwaltsverband SGAV

Redaktionelle Betreuung

Ueli Habersaat
Habersaat Public Relations H.P.R.
Pestalozzistrasse 5
9400 Rorschach
Telefon 071 845 59 90
Telefax 071 844 12 92
info@hapr.ch

Layout

Thomas Brosch
Publica-Press Heiden

Inserateverwaltung

Peter Heer Media
Neuensteigstrasse 3
9424 Rheineck
Telefon 071 888 77 09
Telefax 071 888 77 10

Erscheinungsweise

3 x pro Jahr

Auflage

3'100 Exemplare

Nachdruck

Der Nachdruck von Beiträgen ist mit Genehmigung der Redaktion gestattet.



Aus dem Bundesgericht

Mobilfunkantennen

Gemeinden können Einfluss auf die Standortwahl nehmen

Im Fall einer Swisscom-Antenne im Kirchturm von Zermatt äusserte sich das Bundesgericht zum Spielraum der Gemeinden bei der Bewilligung von Mobilfunkantennen. Es präzisierte die Rechtsprechung zur planerischen Steuerung der Antennenstandorte.

Die Schweizerische Vereinigung für Landesplanung hat die Einflussmöglichkeiten der Gemeinden ausgelotet und festgestellt, dass sowohl eine Negativplanung als auch eine Positivplanung zulässig sein kann.

Das Bundesgericht erwähnt nun erstmals ausdrücklich diese beiden planerischen Regelungsansätze als mögliche Lösungen.

Gleichzeitig weist es aber auf den eng begrenzten Spielraum hin. Die Gemeinden müssen die abschliessenden Regelungen des Bundes zum Umweltschutz und zum Fernmeldewesen beachten. Ausgeschlossen sind deshalb kommunale Vorschriften zum Schutz der Bevölkerung vor nichtionisierender Strahlung oder Bestimmungen, die den Interessen an einer qualitativ guten Mobilfunkversorgung und an einem funktionierenden Wettbewerb zwischen den Mobilfunkanbietern zuwiderlaufen. Die Gemeinden sind aber grundsätzlich befugt, ortsplannerische Bestimmungen zu erlassen, die anderen als umweltschutzrecht-

lichen Interessen dienen, wie zum Beispiel der Wahrung des Charakters oder der Wohnqualität eines Quartiers.

Nach Ansicht des Bundesgerichts sind dabei sowohl Zonenvorschriften, die Mobilfunkanlagen in bestimmten Zonen grundsätzlich ausschliessen (Negativplanung), als auch Planungen, die besondere Gebiete für Mobilfunksendeanlagen ausweisen (Positivplanung), denkbar. Letztere dürfen allerdings nur geeignete Standorte umfassen, die eine genügende Versorgung durch alle Mobilfunkanbieter ermöglichen.

Urteil 1A.129/2006 vom 10.2007

«Alles was
«Alles was
Recht ist»
Recht ist»

Gesammelt von RA Bruno A. Hubatka

■ Ein Brief an einen Untersuchungsrichter: «... Soeben habe ich Geld vom Sozialamt bekommen. Darüber freue ich mich und sage es Ihnen, damit Sie sich keine Gedanken machen müssen. Falls Sie Geld benötigen sollten, zögern Sie nicht: Ich kann Ihnen etwas leihen, ich vertraue Ihnen.»

■ Aus einer Anklagebegründung: «Der Angeeschuldigte X kennt keine Grenzen. Er ver-

kauft dem Bergbauer Y eine Melkmaschine mit der Leistung für 30 Kühe und nimmt als Anzahlung dafür von den 10 Kühen, die der Bergbauer Y besitzt, gleich 3 mit!»

■ Aus einem Polizeibericht: «Herbert Müller ist am 14. Oktober 1974 in der Autobahnraststätte Y von zwei Banditen in seinem Auto überfallen und erschossen worden. Als Glück ist es anzusehen, dass Müller all sein Geld und seine Wertsachen vorher zur Bank gebracht hatte, so dass er vor grösserem finanziellen Schaden bewahrt blieb.»

■ Ungewöhnliche Beglaubigung: «Der nachunterzeichnende Notar bestätigt hiermit, dass

Frau Mathilde Kesselring von Ratten befallen ist. Da dieselbe einen anständigen Lebenswandel führt, kann man ihr Gift geben!»

■ Hinweistafel im freien Felde: «Das Fortschreiten in der Kultur ist verboten! Die Verwaltung.»

■ Arbeitsrechtliche Massnahme? «Dem Hilfsbetriebsassistenten Ludwig Huber wird eine Geldstrafe von CHF 2.00 abgenommen, weil er statt um 06.00 Uhr um 08.00 Uhr betrunken zum Dienst erschienen ist.»

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