



St. Galler Anwaltsverband
SGAV

Das «mandat» ist unter
www.sgav.ch
als E-Book verfügbar.

mandat

Nr. 2 / Oktober 2019

Die Klientenschrift des St. Galler Anwaltsverbandes SGAV

RECHT & PRIVAT



3

Verletzung von Dienstbarkeiten – was kann man tun, wie muss man vorgehen?

«Airbnb» im Mietrecht und Stockwerkeigentumsrecht

7



11

Grenzabstände – die Regeln am Marchstein

RECHT & UNTERNEHMUNG



14

Finanzinstitutsgesetz (FINIG) / Auswirkungen auf die unabhängigen Vermögensverwalter (UVV)

Verkauf eines Geschäftsbereichs – Welche Regelungsmöglichkeiten stehen zur Verfügung?

18

RECHT-ECK

Justizgeschichte

22

«Staubtrockenes Juristenfutter»

Liebe Leserin, lieber Leser

Vor Ihnen liegt die neuste Ausgabe des Klientenmagazins «mandat» des St. Galler Anwaltsverbandes. Vielleicht werden Sie sich fragen, warum Sie sich mit rechtlichen Themen beschäftigen sollen, wenn Sie nicht unbedingt müssen. Denn mit dem «staubtrockenen Juristenfutter» befasst man sich nur im unausweichlichen Notfall, so eine oft gehörte Meinung.

Über die Juristerei und den Beruf der Rechtsanwältin, des Rechtsanwalts kursieren mannigfaltige Vorurteile und Mutmassungen, wobei die «Staubtrockenheit» nur eines von vielen ist. Doch wie verhält es sich in Wirklichkeit?

Die bewährten Rubriken unseres Klientenmagazins zeigen auf, dass fast alle Lebensbereiche von rechtlichen Fragestellungen durchdrungen sind. In der Rubrik «Recht und Privat» werden von Kolleginnen und Kollegen Themen behandelt, welche den privaten Rechtsalltag betreffen. Unternehmerische Sachverhalte und Fragestellungen werden unter der Rubrik «Recht und Unternehmen» beleuchtet. Schaut man sich die Themenvielfalt in den «mandat»-Ausgaben der letzten Jahre an, relativiert sich die Aussage im Titel dieses Editorials. So wurden eine Vielzahl von konkreten Lebenssachverhalten aus dem Alltag unserer Klientinnen und Klienten besprochen. Denn bei jeder Rechtsfrage geht es um das tägliche Miteinander und die Menschen, welche hierbei involviert sind. Dies unabhängig davon, ob es sich um eine Frage aus dem privaten oder unternehmerischen Bereich handelt.

EDITORIAL

Christoph Peterer,
lic. iur. HSG,
Rechtsanwalt und
öffentlicher Notar,
St. Gallen



In der vorliegenden Ausgabe finden Sie wieder aktuelle Lebenssituationen und Fragestellungen aus dem privaten und unternehmerischen Alltag, welche rechtlich beleuchtet werden. Die Themenwahl bildet stets eine kleine Auswahl aus der beruflichen Tätigkeit unserer Verbandsmitglieder ab.

Sie sehen, bei der Unterstützung unserer Klientinnen und Klienten in rechtlichen Fragestellungen geht es immer um mehr als staubtrockene juristische Wortakrobatik. In diesem Sinn wünsche ich Ihnen – liebe Leserin, lieber Leser – eine spannende Lektüre und freue mich, die weiteren Ausgaben unserer Klientenzeitschrift als neues Mitglied der Weiterbildungs- und PR-Kommission des St. Galler Anwaltsverbandes zu betreuen. ■

Italienische Manufakturen

Wir vertreten sie meist schon seit Jahrzehnten: Die kleinen, feinen Weingüter, die oft erst in den letzten Jahren entdeckt und mit Auszeichnungen überhäuft worden sind. Sie konzentrieren sich auf höchste Qualität, produzieren nur kleinste Mengen, werden erkannt und gefeiert von einem kleinen Kreis von Kennern und Geniessern. Jahr für Jahr produzieren sie ihre Meisterweine für diejenigen, die ein gutes Essen lieben und wissen, wie sehr sich ein guter Wein und eine gepflegte Küche gegenseitig beflügeln können.

Piemonte



Azelia



Domenico Clerico



Aldo Conterno



Conterno Fantino


Monchiero Carbone
Lombardia


Ca' del Bosco

Veneto



Buglioni


Silvano Follador
Friuli

Venica & Venica
Toscana


Castellare



Fontodi



Monteverdine



Le Macchiole



Mastrojanni


Poggio Antico
Puglia


Castel di Salve



Santadi

Caratello Weine AG
Zürcher Strasse 204E, CH-9014 St.Gallen
T 071 244 88 55, F 071 244 63 80
info@caratello.ch, www.caratello.ch





Verletzung von Dienstbarkeiten – was kann man tun, wie muss man vorgehen?

Unter dem Wort «Dienstbarkeit» kann man sich schwerlich etwas vorstellen, doch sehen wir uns im Alltag vielfach mit Dienstbarkeiten konfrontiert. Die Begriffe wie «Nutzniessung», «Wohnrecht» oder «Fuss- und Fahrwegrecht» sind den meisten Personen geläufig. Dabei handelt es sich um Dienstbarkeiten.

A. Was ist eine Dienstbarkeit?

Die Dienstbarkeiten gehören zum Sachenrecht und sind deshalb im Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB) geregelt. Gemäss Gesetz werden die Dienstbarkeiten in Grunddienstbarkeiten, Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten sowie in Grundlasten unterschieden. Generell handelt es sich bei Dienstbarkeiten um Nutzungs- und Gebrauchsrechte an einer Sache.¹ Je nach dem, zu welchen Gunsten die Dienstbarkeit bestellt wird, handelt es sich um eine

Personal- oder Grunddienstbarkeit. Bei der Personaldienstbarkeit wird die Dienstbarkeit zu Gunsten einer Person bestellt. Bei der Grunddienstbarkeit sind immer zwei Grundstücke einbezogen und die Dienstbarkeit eines Grundstücks wird zu Gunsten eines anderen Grundstücks bestellt. Bei der Grunddienstbarkeit ist der Berechtigte immer der jeweilige Eigentümer des berechtigten Grundstücks.

B. Entstehung von Dienstbarkeiten

Personaldienstbarkeiten wie z.B. das Wohnrecht werden häufig in Ehe- und Erbverträgen bzw. Erbverträgen eingeräumt. Ansonsten setzen die Personaldienstbarkeiten einen öffentlich-beurkundeten Dienstbarkeitsvertrag sowie einen Grundbucheintrag voraus.²

¹ vgl. Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto, Sachenrecht, 5. Aufl., Bern 2017, Rz. 07.17.

² Vgl. für das Wohnrecht: Art. 776 Abs.

Beim Kauf einer Liegenschaft ist empfehlenswert, vorgängig einen Auszug aus dem Grundbuch zu bestellen.

Will man an Grundstücken eine Nutzniessung errichten, so ist ein Eintrag im Grundbuch erforderlich, ansonsten die Gefahr besteht, dass die *Nutzniessung* nicht gültig errichtet wurde.

Zu den *Grunddienstbarkeiten* gehört unter anderem das Wegrecht (z.B. Fusswegrecht oder Fahrwegrecht). Beim Kauf einer Liegenschaft ist empfehlenswert, vorgängig einen Auszug aus dem Grundbuch zu bestellen. Aus dem Grundbuchauszug ist ersichtlich, welche Dienstbarkeiten auf dem Grundstück lasten oder welche Rechte das Grundstück besitzt. Es empfiehlt sich ferner, die Dienstbarkeitsverträge, die hinter dem Grundbucheintrag stehen, auch einzusehen und diese sorgfältig zu prüfen. Darin sind die Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der eingetragenen Dienstbarkeit umschrieben. Eine Grunddienstbarkeit wird mittels Dienstbarkeitsvertrags errichtet und im Grundbuch eingetragen. Der Umfang der Dienstbarkeit wird im Dienstbarkeitsvertrag geregelt, der wie erwähnt beim Grundbuchamt hinterlegt ist. Im Kanton St. Gallen werden Eintragungen in das Grundbuch vom Grundbuchbeamten des Grundbuchkreises, in welchem die Liegenschaft liegt, vorgenommen.³ Auch von Gesetzes wegen kann eine Grunddienstbarkeit entstehen, z.B. das Durchleitungsrecht.⁴

C. Wen betrifft eine Dienstbarkeit?

Aufgrund der unterschiedlichen Dienstbarkeiten können sich neben Grundstückseigentümer auch Eigentümer einer Eigentumswohnung oder Stockwerkeigentum mit einer Dienstbarkeit konfrontiert sehen.

D. Arten von Dienstbarkeiten

Zu den wohl bekanntesten Dienstbarkeiten gehört neben der Nutzniessung das Wohnrecht. Die Nutzniessung und das Wohnrecht finden meist Eingang in Regelungen in Ehe- und Erbverträgen oder letztwilligen Verfügungen.⁵ Sie verfolgen das Ziel, dem überlebenden Ehegatten zu ermöglichen, nach dem Ableben des erstversterbenden Ehegatten in der Familienwohnung zu verbleiben.

1. Wohnrecht

Das Wohnrecht umfasst die Befugnis, in einem Gebäude oder einem Teil des Gebäudes (z.B. Wohnung) zu wohnen.⁶ Das Wohnrecht ist unübertragbar und unvererblich.⁷ Wird dem überlebenden Ehegatten ein Wohnrecht an der ehelichen Liegenschaft vom erstversterbenden Ehegatten eingeräumt, so ist der überlebende Ehegatte dazu berechtigt, das Wohnrecht ausüben.

2. Nutzniessung

Die Nutzniessung kann insbesondere an beweglichen Sachen (z.B. Aktien), an Grundstücken oder an einem Vermögen eingeräumt werden.⁸ Wie bereits ausgeführt, findet sich oft in Ehe- und Erbverträgen oder Erbverträgen eine Nutzniessungsregelung.

Wurde die Nutzniessung des überlebenden Ehegatten beispielsweise in einem Ehe- und Erbvertrag eingeräumt und tritt die vorstehend genannte Situation ein, so hat der überlebende Ehegatte das Recht, die Liegenschaft zu nutzen (z.B. darin zu wohnen) und zu gebrauchen (z.B. zu vermieten). Das Eigentum an der Liegenschaft steht dem überlebenden Ehegatten alleine aufgrund der Nutzniessung hingegen nicht zu.⁹ In der genannten Konstellation geht das Eigentum an der Liegenschaft beim Tod des erstversterbenden Ehegatten auf die Erbengemeinschaft über.

3. Wegrecht

Bei einem Wegrecht handelt es sich um eine Grunddienstbarkeit, da zwei Grundstücke involviert sind. Das eine Grundstück ist mit einem Wegrecht belastet (z.B. einem Fussweg) und das andere Grundstück ist berechtigt, den Zugang über den Weg zu erhalten. Ein Wegrecht wird mittels Dienstbarkeitsvertrag errichtet und im Grundbuch eingetragen. Im Vertrag wird festgelegt, welche Rechte und Pflichten das belastete Grundstück und das berechnigte Grundstück haben.¹⁰ Die neueren Dienstbarkeitsverträge, die ein Fuss- und/oder Fuss- und Fahrwegrecht enthalten, sind üblicherweise mit einem vermassten Situationsplan versehen, damit von vornherein klar ist, welches die dienstbarkeitsbelastete Fläche ist. Die älteren oder ganz alten Dienstbarkeitsverträge dagegen sind häufig sehr rudimentär formuliert, was dann auch erst Jahre oder gar Jahrzehnte später zu langwierigen Auseinandersetzungen führen kann.

Wird z.B. ein Fusswegrecht vereinbart, sollte im Dienstbarkeitsvertrag Folgendes klar festgelegt werden:

- dass es sich um einen Fussweg handelt
- allfällige Beschränkungen
- wie der Fussweg verläuft (mittels zum Dienstbarkeitsvertrag gehörigen Situationsplan)
- wer für den Unterhalt des Fusswegrechts verantwortlich ist und die Kosten dafür zu tragen hat.¹⁰

4. Baurecht als Dienstbarkeit

Meist wird unter Baurecht das Recht und die Regeln zur Er-

³ vgl. Art. 16 Abs. 1 GBV i.V.m.

Art. 2 VGB-SG.

⁴ Art. 691 ZGB.

⁵ vgl. z.B. Art. 473 ZGB.

⁶ vgl. Art. 776 Abs. 1 ZGB.

⁷ Art. 776 Abs. 2 ZGB.

⁸ vgl. Art. 745 Abs. 1 ZGB.

⁹ vgl. dazu Art. 755 ZGB und Art. 759 ZGB.

¹⁰ Vgl. www.notariate.zh.ch, zuletzt besucht am 6. September 2019.

stellung eines Grundstücks und somit das öffentliche Baurecht verstanden. Das Baurecht als Dienstbarkeit ist jedoch nach wie vor gebräuchlich. Bei einem Baurecht als Dienstbarkeit fällt der Eigentümer des Grundstücks mit dem Eigentümer der darauf errichteten Liegenschaft auseinander. Im Baurechtsvertrag ist sodann Inhalt und Umfang des Baurechts zu regeln. Ein selbständiges Baurecht bedarf nebst dem Baurechtsvertrag einer Eintragung im Grundbuch. Besteht der Wunsch, beim Baurechtsinhaber die Dienstbarkeit zu belasten (z.B. mit einer Hypothek), ist dies nur möglich, wenn das Baurecht als selbständiges Grundstück im Grundbuch eingetragen ist.¹¹

E. Verletzung der Dienstbarkeit

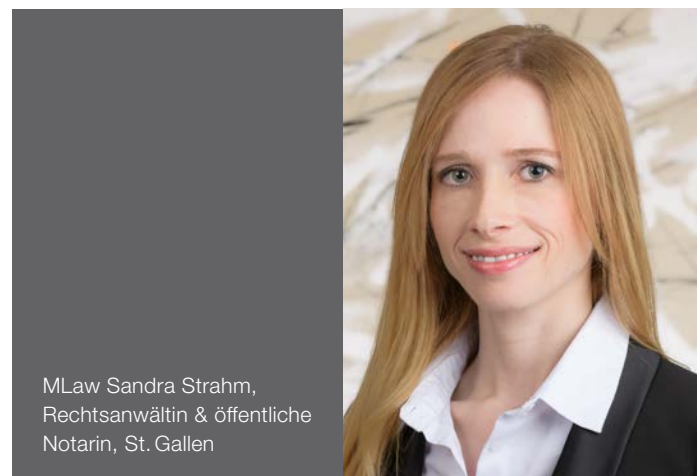
Probleme im Zusammenhang mit Dienstbarkeiten können in verschiedenen Formen in Erscheinung treten. So können z.B. bereits die Formvorschriften (z.B. öffentliche Beurkundung des Dienstbarkeitsvertrages und Eintrag im Grundbuch) nicht eingehalten sein oder der Berechtigte kann z.B. sein Recht aus der Dienstbarkeit gar nicht oder nicht mehr ausüben. Als konkretes Beispiel kann genannt werden, dass das Fusswegerecht vom belasteten Grundstückseigentümer verwehrt wird, indem z.B. Blumentöpfe auf die dienstbarkeitsbelastete Fläche gestellt oder der Durchgang durch einen Zaun verunmöglicht wird. Weiter kann z.B. das Wohnrecht nicht ausgeübt werden, weil ein anderes Familienmitglied die Wohnung nicht räumt. Ebenso ist eine Verletzung denkbar, indem der Eigentümer aussergewöhnliche Reparaturen der mit dem Wohnrecht belasteten Wohnung nicht vornimmt.¹²

Bei einer Verletzung von Dienstbarkeiten ist oft der Gang zum Gericht als letzte Möglichkeit unausweichlich. Hierzu stehen verschiedene Möglichkeiten of-

fen, die je nach Verletzung zur Verfügung stehen.

Dem Dienstbarkeitsberechtigten von Grunddienstbarkeiten stehen dieselben Rechte wie die des Eigentümers zur Verfügung. So sind dies z.B. die Selbsthilfe, die Klage aus Besitzesentziehung und die Klage aus Besitzesstörung. Meist steht auch die Klage aus dem Recht zur Verfügung.¹³ Bei der Selbsthilfe handelt es sich insbesondere um die Vertreibung von nicht berechtigten Personen. Die Anwendung von Gewalt ist durch die Selbsthilfe grundsätzlich nicht gedeckt. Zu beachten gelten hier die kurzen Fristen. Die Selbsthilfe ist nur möglich, sofern sie sofort erfolgt.¹⁴ Die Klagen aus Besitzesentziehung und Besitzesstörung sind nur zulässig, sofern der Besitzer sofort nach Kenntnis über den Eingriff und den Täter die Sache zurückfordert oder die Beseitigung der Störung verlangt. Die Verjährungsfrist beträgt ein Jahr und beginnt mit der Entziehung oder der Störung, auch wenn die Kenntnisnahme über den Eingriff und den Täter erst später erfolgt.¹⁵

Beim vorerwähnten Fall, in welchem der Eigentümer der mit einem Wohnrecht belasteten Wohnung die aussergewöhnlichen Reparaturen nicht vornehmen wollte, ging der Wohnrechtsberechtigte gegen den Eigentümer gerichtlich vor. Das Kantonsgericht St. Gallen hatte in seinem erwähnten Entscheid zu beurteilen, ob der Eigentümer dazu verpflichtet ist, Sanierungsmassnahmen an der Liegenschaft vorzunehmen. Das Kantonsgericht kam dabei zum Schluss, dass der Eigentümer berechtigt



aber nicht dazu verpflichtet sei, aussergewöhnliche Reparaturen vorzunehmen. Aus diesem Grunde konnte der Eigentümer nicht zur Leistung der Sanierungsmassnahmen gerichtlich verpflichtet werden. Dem Wohnrechtsberechtigten wurde im konkreten Fall jedoch das Selbsthilferecht auf Kosten des Eigentümers zugestanden (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, BO.2015.53 vom 25. Oktober 2016).

Doch nicht nur dem Dienstbarkeitsberechtigten kommen Rechte zu. So sieht das Gesetz für den Eigentümer einen Anspruch auf Ersatz für Schäden, den ihm der Nutzniesser zugefügt hat, vor.¹⁶ Zu berücksichtigen gilt hier die kurze Verjährungsfrist für die Geltendmachung des Eigentümers gegenüber dem Nutzniesser wegen Veränderung oder Wertverminderung der Sache. Sie beträgt nur ein Jahr.¹⁷

Bei einer Verletzung von Dienstbarkeiten ist oft der Gang zum Gericht als letzte Möglichkeit unausweichlich.

F. Empfehlung

Aufgrund der nicht zu unterschätzenden Komplexität und der kurzen Fristen ist es im konkreten Fall empfehlenswert, bei der Errichtung des Dienstbarkeitsvertrags als auch bei Streitigkeiten über eine Dienstbarkeit rechtzeitig eine Fachperson beizuziehen.

¹¹ vgl. www.notariate.zh.ch, zuletzt besucht am 6. September 2019.

¹² vgl. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, BO.2015.53 vom 25. Oktober 2016.

¹³ vgl. Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto, Sachenrecht, 5. Aufl., Bern 2017, Rz. 08.41.

¹⁴ vgl. Art. 926 ZGB.

¹⁵ vgl. Art. 929 ZGB.

¹⁶ vgl. Art. 752 ZGB.

¹⁷ vgl. Art. 754 ZGB.



Was Ihre Anwältin oder Ihr Anwalt alles für Sie beurkunden kann...

St.Galler Anwältinnen und Anwälte sind, sofern sie im Register der Notare eingetragen sind, ermächtigt, als Urkundsperson öffentliche Beurkundungen und Beglau-

bigungen sowohl im nationalen als auch internationalen Verhältnis vorzunehmen. Was von Ihrer Anwältin oder Ihrem Anwalt alles beurkundet und beglaubigt

werden kann und was für Vorteile damit für Sie verbunden sind, erfahren Sie von der Geschäftsstelle des St.Galler Anwaltsverbandes.



St.Galler Anwaltsverband SGAV

Postfach 1829
9001 St.Gallen
www.sgav.ch

Telefon 071 227 10 20
Telefax 071 227 10 21
info@sgav.ch

SUV PEUGEOT 3008

NOCH NIE IST EIN SUV SOWEIT GEGANGEN



AB 2020 AUCH ALS PLUG-IN HYBRID
UND MIT ALLRADANTRIEB ERHÄLTlich

MOTION & e-MOTION



PEUGEOT



**Auto
Zollikofer**

Rorschacherstrasse 284
9016 St. Gallen
Telefon 071 282 10 20
info@autozollikofer.ch

Sonnmatstrasse 10
9532 Rickenbach bei Wil
Telefon 071 929 70 30
www.autozollikofer.ch



«Airbnb» im Mietrecht und Stockwerkeigentumsrecht

Das kurzfristige Anbieten von Wohnungen, Häusern oder Zimmern über die Plattform «Airbnb» ist in den vergangenen Jahren immer wichtiger geworden. Neben «Airbnb» existieren noch weitere, ähnliche Plattformen. Der Einfachheit halber ist in der Folge nur von «Airbnb» die Rede. Die Ausführungen gelten jedoch auch für andere Vermittlungs- und Buchungsplattformen. Vielen Mietern oder Stockwerkeigentümern ist nicht bewusst, dass die Nutzung von «Airbnb» rechtlich heikel sein kann. Nachfolgend werden deshalb die wichtigsten Probleme und Stolpersteine im Mietrecht sowie im Stockwerkeigentumsrecht dargestellt. Nicht behandelt werden weitere rechtliche Probleme, welche sich im Zusammenhang mit «Airbnb» stellen können (z.B. Kurtaxen, Meldepflichten gemäss Ausländergesetz, Datenschutz etc.).

Untervermietung über «Airbnb» durch Mieter

Erfordernis der Zustimmung des Vermieters

Bietet der Mieter das Mietobjekt vorübergehend (z.B. während der Dauer eines Ferien- oder Auslandsaufenthalts) auf «Airbnb» an, handelt es sich rechtlich um eine Untermiete. Die Untermiete ist in Art. 262 des Obligationenrechts (OR) geregelt. Danach kann der Mieter das Mietobjekt (Wohnung oder Haus) nur mit Zustimmung des Vermieters ganz oder teilweise (einzelne Zimmer) untervermieten. Der Vermieter kann die Zu-

stimmung zur Untervermietung verweigern, wenn:

- a) der Mieter sich weigert, dem Vermieter die Bedingungen der Untermiete bekanntzugeben;
- b) die Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrags missbräuchlich sind;
- c) dem Vermieter aus der Untermiete wesentliche Nachteile entstehen.

Die gesetzliche Regelung in Art. 262 OR ist auf die längerfristige Untervermietung und nicht auf die kurzfristige Gebrauchsüberlassung über «Airbnb», welche häufig nur wenige Tage

dauert, zugeschnitten. Nichtsdestotrotz ist die dargestellte gesetzliche Regelung gemäss aktueller Rechtsprechung und Lehre auch auf die tageweise Gebrauchsüberlassung über «Airbnb» anwendbar.

Missbräuchlichkeit des Untermietzinses

Die Gründe, aus denen der Vermieter seine Zustimmung verweigern kann, sind in Art. 262 OR abschliessend aufgeführt. Im Zusammenhang mit «Airbnb» von besonderer Bedeutung ist der Verweigerungsgrund, wonach die Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denje-

Bei der Untervermietung über «Airbnb» ist zu berücksichtigen, dass einerseits die Möblierung mitvermietet wird und zudem in Zusammenhang mit der Abwicklung der Buchungen und der Reinigung dem Mieter Aufwand entsteht.

nigen des Hauptmietvertrags nicht missbräuchlich sein dürfen. Missbräuchlich sind die Bedingungen der Untermiete bereits dann, wenn der Untermietzins den Mietzins des Hauptmietverhältnisses übersteigt, ohne dass dies durch entsprechende Mehrleistungen des Mieters gerechtfertigt ist. Bei der Untervermietung über «Airbnb» ist zu berücksichtigen, dass einerseits die Möblierung mitvermietet wird und zudem in Zusammenhang mit der Abwicklung der Buchungen und der Reinigung dem Mieter Aufwand entsteht. Diese Mehrleistungen und Aufwände darf der Mieter bei der Untervermietung über «Airbnb»

selbstverständlich in Form eines Zuschlags auf den Hauptmietzins dem «Airbnb»-Gast belasten. Es ist dem Mieter jedoch nicht erlaubt, ohne Zustimmung des Vermieters mit der Untervermietung über «Airbnb» Gewinne zu erzielen. Erzielt der Mieter durch die Untervermietung über «Airbnb» ohne Zustimmung des Vermieters einen unrechtmässigen Gewinn, kann der Vermieter dessen Herausgabe verlangen.

Wesentliche Nachteile für den Vermieter aus der Untervermietung über «Airbnb»

Der zweite im Zusammenhang mit «Airbnb» wichtige Verweigerungsgrund ist, dass dem Vermieter aus der Untervermietung keine wesentlichen Nachteile entstehen dürfen. Die wesentlichen Nachteile können insbesondere darin bestehen, dass die ständige Anwesenheit wechselnder Personen bei anderen Mietern ein Gefühl der Unsicherheit hervorrufen kann, weil niemand mehr weiss, ob die ständig wechselnden Bewohner etwas im Haus zu suchen haben. Bei ständig wechselnden Bewohnern, welche die Hausordnung und die Gepflogenheiten vor Ort nicht kennen, steigt zudem die Gefahr einer Störung der anderen Mieter durch Lärm, Falschparkieren etc. Dies kann

dazu führen, dass der Vermieter mit Forderungen anderer Mieter nach einer Mietzinsreduktion konfrontiert wird. Im schlimmsten Fall könnten andere Mieter aufgrund der Störungen sogar das Mietverhältnis kündigen und ausziehen. Auch die Gefahr einer stärkeren Abnutzung des Mietobjekts steigt bei häufig wechselnden Bewohnern an. Die Untervermietung über «Airbnb» kann somit für den Vermieter zu wesentlichen Nachteilen führen, welche ihn zur Verweigerung der Zustimmung zur Untervermietung berechtigen.

Risiken für den Mieter

Im Falle einer Untervermietung über «Airbnb» ohne Zustimmung des Vermieters drohen dem Mieter im schlimmsten Fall empfindliche Konsequenzen. Die Untervermietung ohne Zustimmung des Vermieters stellt eine Vertragsverletzung dar, welche den Vermieter unter gewissen Voraussetzungen zur ausserordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt. Vergisst der Mieter lediglich die Zustimmung des Vermieters einzuholen, berechtigt dies den Vermieter noch nicht zur ausserordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses. Vielmehr ist für eine ausserordentliche Kündigung zusätzlich vorausgesetzt, dass der Vermieter die Zustimmung zur Untervermietung hätte verweigern dürfen, wenn er gefragt worden wäre. Bei der Vermietung über «Airbnb» liegt wie dargelegt häufig ein zulässiger Verweigerungsgrund vor. Bevor der Vermieter ausserordentlich kündigen darf, muss er den Mieter schriftlich abmahnen. Setzt dieser trotz Abmahnung und Vorliegen eines Verweigerungsgrundes die Untervermietung über «Airbnb» fort, kann der Vermieter das Mietverhältnis unter Einhaltung einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats ausserordentlich kündigen (Art. 257f Abs. 3 OR).

Risikant für den Mieter ist zudem, dass er dem Vermieter gegenüber dafür haftet, dass der Untermieter die Sache nicht anders gebraucht, als es ihm selbst ge-

stattet ist. Der Mieter haftet gegenüber dem Vermieter somit für Schäden, welche die «Airbnb»-Gäste verursachen.

Notwendigkeit einer Vereinbarung

Um Streitigkeiten auszuschliessen, ist es jedem Mieter, der das Mietobjekt zeitweise über «Airbnb» vermieten möchte, dringend zu empfehlen, vorgängig die Zustimmung des Vermieters einzuholen. Die Zustimmung wird vorzugsweise schriftlich und in genereller Weise in einer Vereinbarung geregelt. Es ist nicht praktikabel, für jede Untervermietung über «Airbnb» eine separate Zustimmung einzuholen. Inhalt einer solchen generellen Zustimmungsvereinbarung sollten die Bedingungen der Untermiete (insbesondere die zulässige Höhe des Mietzinses), die zulässige Personenzahl, die zulässige Häufigkeit der Untervermietung sowie die von den Gästen zu beachtenden Regeln sein. Aus Sicht des Vermieters sollte festgehalten werden, dass die Zustimmung widerrufen werden kann, wenn sich der Mieter nicht an die Vereinbarungen hält oder sich die «Airbnb»-Gäste wiederholt nicht an die Hausordnung halten und andere Mieter stören.

Vermietung über «Airbnb» durch Stockwerkeigentümer

Nicht weniger problematisch ist die Vermietung von Stockwerkeigentumseinheiten auf «Airbnb» durch Stockwerkeigentümer. Anders als es der Begriff Stockwerkeigentümer vermuten lässt, sind Stockwerkeigentümer in der Nutzung ihrer Stockwerkeigentumseinheit nicht frei.

Vereinbarkeit mit dem Wohnzweck und dem Ruhebedürfnis der anderen Bewohner

Die zulässige Nutzungsart ergibt sich aus der Zweckbestimmung der Liegenschaft gemäss Begründungsakt oder Reglement der Stockwerkeigentümergemeinschaft. Viele Reglemente enthalten eine Regelung, wo-

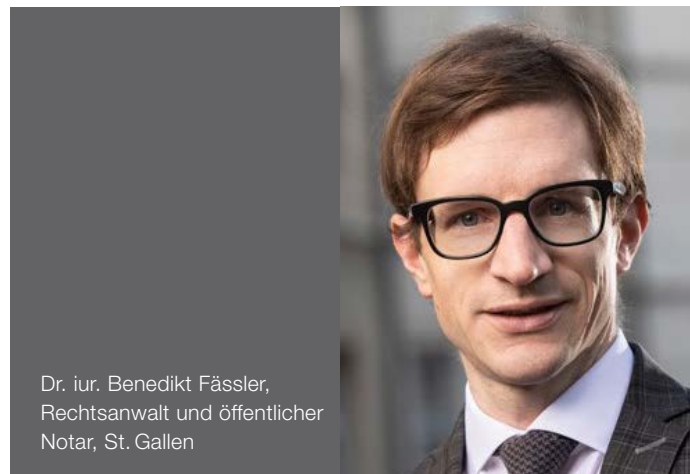
nach lediglich die Nutzung zu Wohnzwecken oder allenfalls zusätzlich für ein stilles Gewerbe zulässig ist. Gemäss einem aktuellen Urteil des Bundesgerichts (5A_436/2018) entspricht die regelmässige Vermietung einer Wohnung über «Airbnb» nicht mehr dem Wohnzweck. Der ständige Aufenthalt von Feriengästen, welche nur wenige Tage bleiben, sei mit dem Ruhebedürfnis der anderen Bewohner nicht zu vereinbaren.

Umstände des Einzelfalls sind entscheidend

Der Entscheid des Bundesgerichts darf jedoch nicht dahingehend verallgemeinert werden, dass die Vermietung von Stockwerkeigentumseinheiten über «Airbnb» generell unzulässig ist, wenn der Begründungsakt oder das Reglement vorsehen, dass die Stockwerkeigentumseinheiten nur zu Wohnzwecken oder für ein stilles Gewerbe genutzt werden dürfen. Vielmehr kommt es gemäss Bundesgericht auf die Umstände des Einzelfalls an. Im vom Bundesgericht beurteilten Fall war die Vermietung über «Airbnb» sehr intensiv und entsprach einer hotelähnlichen Bewirtschaftung (sog. Parahotellerie). Einzelne Vermietungen über «Airbnb» sprengen den Wohnzweck nicht. Problematisch und mit dem Wohnzweck nicht mehr vereinbar wird die Vermietung über «Airbnb» dann, wenn – wie im vom Bundesgericht beurteilten Fall – die Vermietung über «Airbnb» gewerbsmässig erfolgt und die Stockwerkeigentumseinheit praktisch ausschliesslich zwecks Vermietung über «Airbnb» genutzt wird. Wo genau die Grenze zwischen einer zulässigen nur hin und wieder vorkommenden Vermietung über «Airbnb» und einer unzulässigen gewerbsmässigen Vermietung liegt, ist auch nach dem Urteil des Bundesgerichts nicht restlos klar.

Eine Rolle spielen zudem auch der Standard und die Lage der Liegenschaft. In einer ausschliesslich oder weitestgehend aus Zweit- bzw. Ferienwohnungen bestehenden Liegenschaft in einem touristischen Gebiet entspricht die meist kurzfristige Nutzung als Ferienwohnung der Zweckbestimmung der Liegenschaft. In einer solchen Liegenschaft dürfte auch die häufige Vermietung über «Airbnb» nicht gegen die Zweckbestimmung verstossen. In einer primär als Erstwohnung dienenden Liegenschaft kommt demgegenüber dem Ruhebedürfnis der anderen Bewohner ein grösseres Gewicht zu.

Mit Bezug auf die Zulässigkeit der Vermietung über «Airbnb» im Stockwerkeigentumsrecht sind noch viele Fragen offen. Wann eine Vermietung über «Airbnb» der Zweckbestimmung der Liegenschaft widerspricht und unzulässig ist, hängt von der Regelung im Begründungsakt oder Reglement sowie den Umständen des Einzelfalls ab. Da die Vermietung über «Airbnb» immer bedeutender wird, empfiehlt es sich, diese Frage im Reglement der Stockwerkeigentümergemeinschaft ausdrücklich zu regeln. ■



Dr. iur. Benedikt Fässler,
Rechtsanwalt und öffentlicher
Notar, St. Gallen

Problematisch und mit dem Wohnzweck nicht mehr vereinbar wird die Vermietung über «Airbnb» dann, wenn – wie im vom Bundesgericht beurteilten Fall – die Vermietung über «Airbnb» gewerbsmässig erfolgt und die Stockwerkeigentumseinheit praktisch ausschliesslich zwecks Vermietung über «Airbnb» genutzt wird.

*Die neue, alte Adresse für
Uhren und Schmuck.*



1886

LABHART

CHRONOMETRIE & GOLDSCHMIEDE

Inhaber Romano Prader

Neugasse 48 | 9000 Sankt Gallen | chronometrie.ch



unterstützt Sie im Büroalltag und schafft Freiraum

**Wer nimmt Ihre Anrufe entgegen?
Wir bedienen Ihr Telefon persönlich.**

„Unser Premiumservice - Ihr Nutzen“

- Wir melden uns mit Ihrem Firmennamen und begrüßen Ihre Kunden

...in Schwizerdütsch
...in Deutsch
...in italiano
...en français
...in English

- Qualifizierte und freundliche Auskunft über Ihre Verfügbarkeit
- Wir halten Sie stets per Telefon, E-Mail, Fax oder SMS auf dem Laufenden
- Keine Hintergrundgeräusche, jede Mitarbeiterin hat ihr eigenes Büro
- 25 Jahre Erfahrung
- Ungestörtes arbeiten, mehr Zeit für Ihre Kunden
- Neukunden haben sofort eine Ansprechperson
- Imagegewinn für Sie
- Ferien entspannt geniessen



göttepromotions
Isabelle Götte
Falkensteinstrasse 25
CH-9000 St.Gallen

t +41 (0)71 242 10 10
f +41 (0)71 244 02 04
m info@gottepromotions.ch
w goettepromotions.ch



Grenzabstände – die Regeln am Marchstein

Um die Hecke an der Grundstücksgrenze lässt sich vortrefflich streiten. Wächst das einstige Bäumchen zum stattlichen Baum, vermag dies den Nachbarn zu stören. Ist eine Baute oder Anlage zu nah an der Grenze gebaut, steht Ärger ins Haus. Die Spielregeln am Marchstein sind nicht ganz ohne.

Es gibt unterschiedlichste Arten von Grenzabständen, welche bei Überbauungen von Grundstücken zu beachten sind. Bestimmungen zu Grenzabständen finden sich in zahlreichen Erlassen der Kantone und Gemeinden, weshalb es schwierig ist, den Überblick zu behalten. Bei Unachtsamkeit kann es daher leicht zu Grenzabstandsverletzungen kommen, welche regelmässig mit gravierenden finanziellen Folgen (Rückbau, Abbruch, Verletzung etc.) verbunden sind.

Der Grenzabstand stellt die kürzeste im Grundriss gemessene Entfernung zwischen Grundstücksgrenze und Fassade eines Gebäudes dar. Dieser ist beidseits der Grenze zu beachten, wobei der einzuhaltende Abstand unterschiedlich gross sein kann. Der Grenzabstand dient feuerpolizeilichen und wohnhygienischen (u.a.

Licht, Besonnung, Lärmimmissionen) Bedürfnissen.

Im Weiteren sehen die kantonalen und kommunalen Bauordnungen Gebäudeabstände vor. Als Gebäudeabstand gilt dabei die kürzeste Entfernung zwischen zwei Gebäudefassaden. Er entspricht der Summe der für die beiden Gebäude vorgeschriebenen Grenzabstände. Man spricht daher in diesem Zusammenhang auch vom sog. doppelten Grenzabstand. Der Gebäudeabstand ist aber auch zwischen Gebäuden auf demselben Grundstück einzuhalten.

Bei den Grenzabständen sind die öffentlich-rechtlichen Abstände von den privatrechtlichen Abständen zu unterscheiden. Während die öffentlich-rechtlichen Grenzabstände für alle Grundstücke einer Gemeinde gelten, be-

stimmen die privatrechtlichen Grenzabstände ausschliesslich den Abstand zwischen den betreffenden benachbarten Grundstücken.

Öffentlich-rechtliche Grenzabstände

Vorschriften zu den öffentlich-rechtlichen Grenzabständen finden sich insbesondere in den Baureglementen der Gemeinden. Dabei ist zu beachten, dass die Abstandsvorschriften je nach Bauzone und nach Art der Baute oder Anlage stark variieren können. Dies lässt sich anhand des Beispiels der Stadt St. Gallen wie folgt illustrieren: Der Grenzabstand bei Bauten beträgt dort gemäss der noch nicht an das neue kantonale Planungs- und Baugesetz angepassten Bauordnung in der Wohnzone W2 10 m für den sog. gros-

sen Grenzabstand (bei der am stärksten nach Süden oder Westen gerichteten Längsfassade einzuhaltender Abstand) bzw. 5 m für den sog. kleinen Grenzabstand (bei den restlichen Fassaden einzuhaltender Abstand). In der Kernzone K3 ist demgegenüber bei Bauten ein einheitlicher Grenzabstand von 5 m einzuhalten. Bei kleineren An- und Nebenbauten, die nicht dem längeren Aufenthalt von Personen dienen, beträgt der einzuhaltende Grenzabstand 3 m, wobei mit Zustimmung des Nachbarn sogar bis auf die Grenze gebaut werden darf. Dabei ist aber stets ein Mindestabstand von 4 m zu kleineren An- und Nebenbauten des Nachbarn einzuhalten.

Darüber hinaus sind gegenüber Gewässern, Wäldern und Strassen weitere besondere Abstände zu beachten. Dabei können insbesondere bei

Wäldern und Gewässern die einzuhaltenden Abstände bis zu 15 m und sogar mehr betragen.

Privatrechtliche Grenzabstände

Mittels Vereinbarung können zwischen benachbarten Grundstücken grössere Grenzabstände als die öffentlich-rechtlichen Abstände abgemacht werden. Solche Verpflichtungen können wechselseitig sein, sodass beide Grundeigentümer verpflichtet sind, einen grösseren Grenzabstand als den gesetzlichen Abstand einzuhalten. Häufiger wird jedoch die Pflicht einseitig vereinbart, sodass dem einen Grundeigentümer das Recht eingeräumt wird, näher als die gesetzlichen Grenzabstandsvorschriften an die Grenze heranzubauen (sog. Näherbaurecht), während sein Nachbar

gleichzeitig verpflichtet wird, einen entsprechend grösseren Grenzabstand einzuhalten.

Diese privatrechtlichen Grenzabstandsvereinbarungen können formlos, grundsätzlich also auch mündlich, abgeschlossen werden. In diesem Fall gilt die getroffene Vereinbarung nur zwischen den Vertragsparteien und ist gegenüber einem Rechtsnachfolger (z.B. Käufer des Grundstücks einer der Parteien) nicht verbindlich.

Sofern eine solche Grenzabstandsvereinbarung auch gegenüber Rechtsnachfolgern gültig sein soll, muss diese in Form einer Grunddienstbarkeit errichtet werden, wozu es einer öffentlichen Beurkundung und einer entsprechenden Grundbucheintragung bedarf. Aufgrund der öffentlich-rechtlichen Natur der gesetzlich verankerten Grenzabstände ist dieses privatrechtlich ver-



Fährt mit Strom. Bleibt ein Mercedes. Der neue EQC.

Fahren Sie mit dem neuen EQC in die Zukunft. Melden Sie sich jetzt bei uns für eine VIP-Probefahrt an und entdecken Sie die Vorteile des faszinierenden Mercedes-Benz EQC.



Hirsch Automobile AG

Teslastrasse 3, 9015 St. Gallen,
Tel. +41 71 313 28 28,
www.mercedes-benz-stgallen.ch

EQC, 408 PS (300 kW), 21,4 kWh/100 km (Benzinäquivalent: 2,4 l/100 km), 0 g CO₂/km (Durchschnitt aller verkauften Neuwagen: 137 g CO₂/km), CO₂-Emissionen aus Treibstoff- und/oder Strombereitstellung: 30 g/km, Energieeffizienz-Kategorie: A

einbarte Näherbaurecht für die Baubehörde grundsätzlich nicht bindend. D.h. es besteht aufgrund der Vereinbarung noch keine Garantie für eine Baubewilligung. Die Bauvorschriften setzen bei einem Näherbaurecht voraus, dass der andere Nachbar sich gleichzeitig zur Einhaltung eines entsprechend grösseren Grenzabstandes verpflichtet (z.B. Art. 92 Abs. 2 PBG-SG). Kommt eine solche Vereinbarung zustande, wird erst durch die baubehördliche Verfügung der Grenzabstand ungleich auf die benachbarten Grundstücke verteilt. Die Verpflichtung zur Einhaltung eines grösseren Grenzabstandes wird dabei als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung verfügt und im Grundbuch angemerkt.

Hecken und Zäune

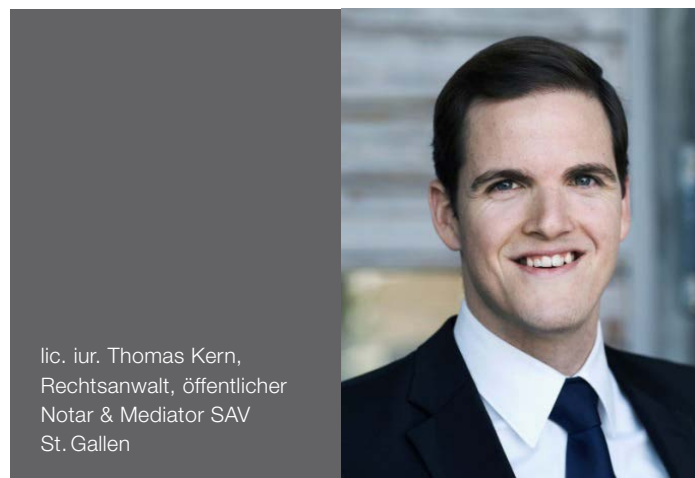
Wiederum andere Grenzabstände sind bei Pflanzen (Bäumen und Sträuchern) und toten Einfriedungen (z.B. Grenzzäune) zu beachten. Entsprechende Abstandsvorschriften finden sich vorwiegend in den kantonalen Einführungsgesetzen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG-ZGB). Im Kanton St. Gallen gilt zum Beispiel ein Grenzabstand von 6 m für hochstämmige Bäume, welche keine Obstbäume sind, sowie für Nuss- und Kastanienbäume. Für hochstämmige Obstbäume gilt demgegenüber ein Grenzabstand von 4 m. Bei den übrigen Bäumen und Sträuchern ist grundsätzlich ein Grenzabstand von der Hälfte der Höhe einzuhalten, wobei der Abstand auf höchstens 6 m beschränkt ist. Gegenüber Rebland betragen die vorgenannten Abstände jedoch das Anderthalbfache. Wird eine Pflanze künstlich unter 1.8 m gehalten, ist ein Grenzabstand von 1 m einzuhalten.

Die Grenzabstandsregelung von 6 m bzw. 4 m für hochstämmige Bäume gelten unter anderem auch in den Kantonen Graubünden und Appenzell Ausserrhoden. In diesen

Kantonen wird aber für Zwergobst-, Zwetschgen- und Pflaumenbäume ein Abstand von 2 m (Graubünden) bzw. 2.5 m (Appenzell Ausserrhoden) vorgeschrieben. Andere Abstände gelten auch für Kastanienbäume. Darüber hinaus sehen die beiden Kantone für kleinere Gartenbäume und Sträucher bis 3 m Höhe einen Grenzabstand von 0.5 m vor.

Eine besondere Regelung gilt für Lebhäge bzw. Hecken: Diesbezüglich ist im Kanton St. Gallen grundsätzlich ein Grenzabstand von 0.5 m einzuhalten. Ist der Lebhag höher als 1.8 m gilt ein Grenzabstand von 0.5 m zuzüglich der Mehrhöhe, wobei der Lebhag nicht höher als 3 m sein darf. Tote Einfriedungen (z.B. Grenzzäune) bis zu einer Höhe von 1.8 m können grundsätzlich an der Grenze errichtet werden. Wird die vorgenannte Höhe überschritten, ist ein Grenzabstand von 0.5 m zuzüglich der Mehrhöhe, jedoch höchstens zwei Meter bei licht- und luftdurchlässigen Einfriedungen und höchstens drei Meter bei massiven Einfriedungen einzuhalten. Im Kanton Appenzell Ausserrhoden gilt der Grenzabstand von 0.5 m demgegenüber nur für Lebhäge bzw. Grünhecken bis zu einer Höhe von 1.2 m. Wird die Höhe von 1.2 m überschritten, ist ein Abstand von 0.5 m zuzüglich der Mehrhöhe einzuhalten. Sodann dürfen tote Einfriedungen nur bis zu einer Höhe von 1.2 m an die Grenze gestellt werden. Sind sie höher, ist ein Abstand im Umfang der Mehrhöhe, jedoch höchstens das Mass des für Hochbauten vorgeschriebenen Abstandes einzuhalten.

Hinsichtlich der vorerwähnten Grenzabstände sind sodann unbedingt die kommunalen Baureglemente zu beachten, welche unter Umständen weitergehende Abstandsvorschriften enthalten. Zudem können sich trotz Einhaltung der Grenzabstände aus dem bundesrechtlichen Immissionsschutz (Art. 684 ff. ZGB) als Minimalgarantie im Einzel-



lic. iur. Thomas Kern,
Rechtsanwalt, öffentlicher
Notar & Mediator SAV
St. Gallen

fall (z.B. bei übermässigem Schattenwurf oder Lichtentzug) weitere Einschränkungen ergeben. Darüber hinaus ist stets zu beachten, dass gegenüber Strassen, Wäldern und Gewässern grössere Abstände gelten können.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen auf, dass die Grenzabstandsvorschriften zahlreich sind und zwischen Kantonen und sogar zwischen Gemeinden teilweise stark variieren. Aufgrund der weitreichenden Folgen einer Grenzabstandsverletzung ist eine vorgängige, genaue Abklärung der einzuhaltenden Grenzabstände unerlässlich. ■

Hinsichtlich der vorerwähnten Grenzabstände sind sodann unbedingt die kommunalen Baureglemente zu beachten, welche unter Umständen weitergehende Abstandsvorschriften enthalten.



Finanzinstitutsgesetz (FINIG) / Auswirkungen auf die unabhängigen Vermögensverwalter (UUV)

Bis anhin bestand für die UUV keine umfassende gesetzliche Regelung, insbesondere unterstanden diese keiner prudentiellen Aufsicht. Um diese Mängel des aktuellen Rechts zu beheben, treten nun per 1. Januar 2020 neue Rechtsgrundlagen in Kraft, welche für die UUV von wesentlicher Bedeutung sind. Es handelt sich um das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und um das Finanzinstitutsgesetz (FINIG) sowie die entsprechenden Verordnungen zu diesen beiden Gesetzen (FIDLEV, FINIV und AOV).

Das FIDLEG bezweckt die sektorübergreifende Regulierung von Finanzprodukten und Finanzdienstleistungen sowie deren Betrieb und regelt neu umfassend das Prospektrecht. Es geht hier vor allem um die Koordinationsebene, also Verhältnis UUV/Kunde. Das FINIG vereinheitlicht im Wesentlichen die Bewilligungsregeln für die Finanzdienstleister. Hier geht es um Subordination, um Auf-

sichtsrecht. Die beiden Gesetze gelten neu auch für die UUV (und Trustees, die den UUV gleichgestellt sind), welche bisher keine Bewilligung benötigten. Dies ist die wesentlichste Neuerung für die UUV, welche bis anhin bewilligungsfrei unterwegs waren. Die beiden Gesetze sind Teil der neuen Finanzmarktarchitektur, zu welcher noch das Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) und das Finanzmarktinfrastruk-

turgesetz (FinfraG) gezählt werden. Im nachfolgenden Beitrag geht es um die Auswirkungen des FINIG auf die UUV.

1. Begriff

UUV gelten als Finanzinstitute nach Art. 2 Abs. 1 lit. a FINIG und werden so inskünftig einer umfassenden aufsichtsrechtlichen Regulierung unterstehen. Vermögensverwalter ist, wer

gewerbsmässig im Auftrag der Kundinnen und Kunden über deren Vermögenswerte verfügen kann. Eine gewerbsmässige Tätigkeit wird nach Art. 11 FINIV wie folgt definiert:

- Erzielung eines Bruttoerlöses von mehr als CHF 50'000.– pro Kalenderjahr;
- Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit mehr als 20 Vertragsparteien pro Kalenderjahr, die sich nicht auf eine einmalige Tätigkeit beschränken, oder Unterhalten von mindestens 20 solcher Beziehungen pro Kalenderjahr;
- unbefristete Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte, die zu einem beliebigen Zeitpunkt CHF 5'000'000.– überschreiten; oder
- Durchführen von Transaktionen im Gesamtvolumen von mehr als CHF 2'000'000.– pro Kalenderjahr.

Wird einer dieser Schwellenwerte überschritten, ist eine Bewilligung erforderlich.

Der UVV verwaltet – im Gegensatz zum Trustee, welcher Sondervermögen zweckgebunden verwaltet oder darüber verfügt – individuelle Portfolios. Er kann auch noch zusätzliche Dienstleistungen erbringen, z.B. Anlageberatung, Portfolioanalysen und Anbieten von Finanzinstrumenten.

2. Bewilligung der FINMA

UVV benötigen nach Art. 5 Abs. 1 FINIG inskünftig eine Bewilligung der FINMA (vgl. Ziff. 5). Diese ist als Polizeibewilligung ausgestaltet; sind deren Voraussetzungen erfüllt, besteht ein Rechtsanspruch auf die Erteilung (Art. 7 Abs. 1 FINIG). Das FINIG sieht in Art. 6 eine Bewilligungskaskade vor; eine höhere Bewilligungsform umfasst auch die tiefer gelegenen Formen von Bewilligungen. So sind Finanzinstitute, welche über eine Bewilligung zur Tätigkeit als Bank, Wertpapierhaus, Fondsleitung oder als Verwalter von Kolle-

tivvermögen verfügen, automatisch auch zur Tätigkeit als Vermögensverwalter befugt.

3. Übergangsrecht

Für bereits bestehende, neu nun aber bewilligungspflichtige UVV gelten Übergangsbestimmungen. Nach Inkrafttreten des FINIG müssen sie sich innert sechs Monaten bei der FINMA melden. Innert drei Jahren nach Inkrafttreten müssen sie die Anforderungen des FINIG erfüllen und ein Bewilligungsgesuch stellen.

Bis zur Erteilung der Bewilligung können sie ihre Tätigkeit fortführen, sofern sie einer Selbstregulierungsorganisation nach Art. 24 Geldwäschereigesetz (GwG) angeschlossen sind und von dieser in Bezug auf die Erfüllung ihrer Pflichten kontrolliert werden.

4. Neue UVV

UVV, welche ihre Tätigkeit innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten des FINIG neu aufnehmen, müssen die Bewilligungsanforderungen abgesehen von Art. 7 Abs. 2 FINIG (Nachweis Beaufsichtigung von einer Aufsichtsorganisation) von Anfang an erfüllen und sind gehalten, sich unverzüglich bei der FINMA zu melden. Spätestens ein Jahr nach der Bewilligung einer Aufsichtsorganisation (AO) nach Art. 43a FINMAG müssen sie sich einer solchen anschliessen und ein Bewilligungsgesuch stellen. Bis zur Entscheidung über dieses Gesuch dürfen sie als UVV tätig sein, müssen aber einer Selbstregulierungsorganisation nach Art. 24 GwG angeschlossen sein und durch diese in Bezug auf die Befolgung ihrer Pflichten kontrolliert werden.

Die gesetzlich festgesetzten Fristen können von der FINMA nur in besonderen Fällen erstreckt werden (Art. 74 Abs. 4 FINIG).

5. Bewilligungsvoraussetzungen

Für die Erteilung der Bewilligung sind Voraussetzungen zu erfüllen, welche für alle Finanzinstitute gelten (allgemeine Bewilligungsvoraussetzungen) und solche, welche nur vom jeweiligen Finanzinstitut erfüllt werden müssen (spezifische Bewilligungsvoraussetzungen).

5.1 Allgemeine Bewilligungsvoraussetzungen

Um eine Bewilligung nach Art. 5 Abs. 1 FINIG zu erhalten, müssen UVV folgende Bedingungen kumulativ erfüllen:

Organisation

Die UVV müssen über eine Organisationstruktur verfügen, welche gewährleistet, dass sie ihren gesetzlichen Pflichten nachkommen können (Art. 9 Abs. 1 FINIG).

Bei Gesuchseinreichung muss nachgewiesen werden, dass der UVV der Aufsicht einer AO nach Art. 43a FINMAG untersteht.

Die Leitung der UVV hat grundsätzlich in der Schweiz zu erfolgen. Dazu müssen die geschäftsführenden Personen ihren Wohnsitz an einem Ort haben, von welchem sie die Geschäftsführung tatsächlich ausüben können (Art. 10 FINIG).

Die Bezeichnung des UVV darf nicht zu Verwechslung oder Täuschung Anlass geben (Art. 13 FINIG).

Personelles

Die Geschäftsführer von UVV müssen einen guten Ruf genießen, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten und die für ihre Tätigkeit notwendigen Qualifikationen aufweisen (Art. 11 Abs. 1 und 2 FINIG). Diese Bestimmung erinnert an Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes (BankG).

Ombudsstelle

Die UVV müssen sich spätestens mit Aufnahme ihrer Tätigkeit (Art. 16 FINIG) einer Ombudsstelle anschliessen. Die Ombudsstelle ist dazu da, um Differenzen zwischen dem UVV und dem Kunden gütlich zu regeln.

5.2 Spezifische Bewilligungsvoraussetzungen

Zusätzlich zu den allgemeinen Bewilligungsvoraussetzungen gelten für die UVV speziell:

Organisation

Der UVV hat sich als Einzelunternehmer, Handelsgesellschaft oder in Form einer Genossenschaft zu organisieren. Der Handelsregistereintrag ist obligatorisch.

Es besteht die Pflicht zu angemessenem Risikomanagement und zur wirksamen internen

Kontrolle. Das Risikomanagement und die interne Kontrolle muss die Einhaltung der rechtlichen und unternehmensinternen Vorschriften sicherstellen (Art. 21 Abs. 1 FINIG). Die Aufgaben des Risikomanagements und der internen Kontrolle können entweder an eine qualifizierte externe Stelle delegiert, oder von einer qualifizierten Geschäftsführungsperson oder qualifizierten Mitarbeitenden wahrgenommen werden (Art. 21 Abs. 2 FINIG). Dabei ist darauf zu achten, dass diese Personen nicht in Tätigkeiten eingebunden werden, die sie überwachen sollen (Art. 21 Abs. 3 FINIG). Bei kleinen UVV ist dies allerdings nicht erforderlich (Art. 19 FINIV).

Personelles

Die Geschäftsführung eines UVV muss aus mindestens zwei qualifizierten Personen bestehen, ausser wenn nachgewiesen wird, dass ein ordnungsgemässer Geschäftsbetrieb auch

mit nur einem Geschäftsführer gewährleistet ist (Art. 20 Abs. 1 und 2 FINIG). Ausreichend qualifiziert für die Tätigkeit als Geschäftsführer ist dabei, wer über eine angemessene Ausbildung und über mindestens fünf Jahre Berufserfahrung in der Vermögensverwaltung verfügt (Art. 20 Abs. 3 FINIG und Art. 18 Abs. 1 lit. a und b FINIV). Geschäftsführer von UVV sind ausserdem verpflichtet, regelmässig Weiterbildungen zu absolvieren und müssen im Falle ihrer Verhinderung oder ihres Todes Vorkehrungen treffen, damit der Geschäftsbetrieb ordnungsgemäss fortgeführt werden kann (Art. 18 Abs. 3 und 4 FINIV).

Finanzen

Der Gesetzgeber legt Wert auf eine solide finanzielle Basis. Es muss dauernd ein bar einbezahltes Mindestkapital von CHF 100'000.– vorhanden sein (Art. 22 Abs. 1 FINIG); zudem müssen stets Eigenmittel von mindestens



Consultra

Consultra ist seit 1991 fokussiert auf:

**Interne und externe Nachfolgelösungen,
Unternehmensakquisitionen und
Interims Management**

Ich arbeite gerne mit Ihnen bei der Lösung der Herausforderungen Ihrer Mandanten professionell und diskret zusammen. Mein Ziel ist es, den grössten Nutzen für alle Beteiligten zu generieren.

Dr. Michael Kuipers

Consultra International GmbH

Lerchentalstrasse 27 • 9016 St. Gallen • Tel. 071/288.44.84

info@consultra-international.ch • www.consultra-international.ch

25 % der Fixkosten der letzten Jahresrechnung bis höchstens CHF 10 Millionen zur Verfügung stehen (Art. 23 Abs. 2 FINIG). Überdies müssen UUV überausreichende Sicherheiten oder eine Berufshaftpflichtversicherung verfügen (Art. 22 Abs. 2 FINIG).

6. Bewilligungsgesuch

Das Bewilligungsgesuch eines UUV hat somit insbesondere Anlagen und Unterlagen zu enthalten über:

- die Organisation, insbesondere über die Unternehmensführung und -kontrolle sowie über das Risikomanagement;
- den Ort der Leitung;
- die Gewähr;
- die Aufgaben und deren allfälliger Übertragung;
- das Mindestkapital und die Sicherheiten;
- die Eigenmittel;
- die Ombudsstelle;
- die Aufsichtsgesellschaft (AO) und die Prüfgesellschaft.

7. Prudentielle Aufsicht durch FINMA/AO

Mit Inkrafttreten des FINIG unterstehen die UUV nun also einer prudentiellen («umsichtig», «vorsichtig») Aufsicht. Diese wird von der FINMA in Zusammenarbeit mit einer AO wahrgenommen (Art. 61 Abs. 2 FINIG). Ohne Mitgliedschaft in einer AO gibt es keine Bewilligung (Art. 7 Abs. 2 FINIG). Die AO ihrerseits bedarf ebenfalls der Bewilligung durch die FINMA (Art. 61 Abs. 2 FINIG). Die Verfügungskompetenz ist allein der FINMA vorbehalten.

Die AO ist verpflichtet, laufend zu überwachen, ob der UUV die Anforderungen des FINIG erfüllt und insbesondere auch den Sorgfaltspflichten des Geldwäschereigesetzes (GwG) und des FIDLEG nachkommt (Art. 77 Abs. 1 FINIV). Dabei erlässt die FINMA den Aufsichtsorganisationen Vorgaben über die Prüfung und Aufsicht der UUV, darunter insbesondere über ein Risikobeurteilungssystem sowie Mindestanforderungen an das Aufsichtskonzept (Art. 77

Ab. 2 FINIV). Während also das Bewilligungsverfahren für einen UUV direkt über die FINMA läuft, bildet die AO bei der Aufsicht eine Zwischenebene im Subordinationsverhältnis von UUV und FINMA. Wer sind denn nun diese Aufsichtsorganisationen? Soweit bisher bekannt, gründen Selbstregulierungsorganisationen Gesellschaften, welche sie für diese Tätigkeit vorsehen. Es handelt sich dabei also nicht um eine Behörde, sondern um private Unternehmen, welche von der FINMA anerkannt sind, um die Aufgaben gemäss FINIG wahrzunehmen. Bis heute ist noch keine AO durch die FINMA anerkannt.

Die Häufigkeit und Intensität der Überprüfungen durch die AO ist vom Risikoprofil der Tätigkeit und der Organisation des UUV abhängig (Art. 81 Abs. 1 FINIV), wobei aber mindestens alle vier Jahre eine Prüfung stattfinden muss (Art. 62 Abs. 2 FINIG). In den Jahren, in denen keine Überprüfung stattfindet, müssen die UUV ihrer Aufsichtsorganisation in einem Bericht Rechenschaft über die Gesetzeskonformität ihrer Geschäftstätigkeiten abgeben.

8. Kosten

Die Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW) hat im Jahre 2014 eine Regulierungskostenanalyse zum FINIG verfasst. Dabei wurde zwischen den Initialkosten und den jährlich wiederkehrenden Kosten unterschieden. Die Initialkosten (Bewilligungsprozess) schätzt ZHAW je nach Betriebsgrösse und -Komplexität des UUV zwischen CHF 70'000.– und 128'000.–. Bei den jährlichen wiederkehrenden Kosten ist gemäss ZHAW mit solchen zwischen CHF 19'000.– für kleine und CHF 56'000.– für grössere UUV zu rechnen.

9. Zukunft der UUV?

Verschiedentlich wird darüber diskutiert, ob die neuen Bestimmungen, welche sowohl in organisatorischer, personeller



Dr. Hans Henzen,
Rechtsanwalt und
öffentlicher Notar, Gossau

und vor allem auch finanzieller Hinsicht von den UUV viel abverlangen, gar zu einem Ende der UUV führen könnten. Es ist sicher nicht auszuschliessen, dass es zu Fusionen oder anderen Arten von Kooperationen unter den UUV kommen wird. Auch ist es denkbar, dass vor allem kleinere UUV sich inskünftig auf nicht bewilligungspflichtige Dienstleistungen, wie Anlageberatung oder Portfolioanalysen beschränken werden. Die neuen regulatorischen Bestimmungen des FINIG können wohl auch zum Ende von einigen UUV führen. Angesichts der doch bisherigen wirtschaftlichen Bedeutung der UUV (gemäss Schätzungen verwalten UUV in der Schweiz ca. CHF 600 bis 700 Milliarden) bin ich aber der Auffassung, dass viele UUV sich diesen neuen Herausforderungen stellen und um entsprechende Bewilligung bei der FINMA nachsuchen werden. In ein paar Jahren wissen wir dann mehr. ■

Die AO ist verpflichtet, laufend zu überwachen, ob der UUV die Anforderungen des FINIG erfüllt und insbesondere auch den Sorgfaltspflichten des Geldwäschereigesetzes (GwG) und des FIDLEG nachkommt (Art. 77 Abs. 1 FINIV).



Verkauf eines Geschäftsbereichs – Welche Regelungsmöglichkeiten stehen zur Verfügung?

In der Praxis wird oft ein Geschäftsbereich mit den dazugehörigen Aktiven und Passiven veräußert (Asset Deal). Für die rechtliche Umsetzung stehen unterschiedliche Varianten zur Verfügung. Je nach Ausgestaltung der Transaktion gehen die zu übertragenden Aktiven und Passiven des Geschäftsbereichs einzeln mittels Singularsukzession oder gesamthaft kraft gesetzlicher Universalsukzession auf den Erwerber über. In diesem Artikel erfolgt ein Überblick über die zur Auswahl stehenden rechtlichen Möglichkeiten, deren Voraussetzungen sowie die damit verbundenen Vor- und Nachteile.

Die Gründe, weshalb ein Unternehmen sich von einem Geschäftsbereich trennen und diesen an einen Dritten verkaufen will, sind vielfältig. Mögliche Auslöser sind etwa die Fokussierung auf das Kerngeschäft, die Aufteilung des Unternehmens im Hinblick auf eine Nachfolgeregelung, benötigte Eigenmittel für geplante Investitionen oder die Neuausrichtung der Geschäftsstrategie.

Der Verkauf des Geschäftsbereichs kann entweder nach den Bestimmungen des Obligationenrechts in einem Geschäftsübernahmevertrag (nachfolgend Ziffer 1) oder nach den Bestimmungen des Fusionsgesetzes¹ (nachfolgend abgekürzt FusG) erfolgen. Bei den Regelungsoptionen nach FusG stehen die Vermögensübertragung (nachfolgend Ziffer 2) sowie die Abspaltung mit anschliessendem Verkauf der Beteiligungs-

rechte am zu veräussernden Betriebsteil (nachfolgend Ziffer 3) zur Auswahl.

Die formellen Anforderungen der Transaktionsformen sind teils sehr komplex und viele Fragen hängen von den konkreten Verhältnissen ab. In der nachfolgenden Übersicht kön-

¹ Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, SR 221.301.

nen nur die wichtigsten Grundsätze behandelt werden ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

1. Geschäftsübernahmevertrag nach OR (Singularsukzession)

a) Voraussetzungen

Im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit besteht die Möglichkeit, die Aktiven und Passiven eines Geschäftsbereiches mittels eines Geschäftsübernahmevertrages nach Obligationenrecht (OR)² zu veräußern. Die zu übertragenden Aktiven und Passiven werden bei diesem Transaktionstyp einzeln übertragen. Dies wird daher als Einzelrechtsnachfolge oder Singularsukzession bezeichnet. Der Geschäftsübernahmevertrag wird im OR nicht als eigener Vertragstyp speziell geregelt; meist dürfte beim Geschäftsübernahmevertrag der kaufvertragliche Charakter im Vordergrund stehen, weshalb grundsätzlich die gesetzlichen Bestimmungen zum Kaufvertrag³ anwendbar sind. Aus Beweisgründen sollte der Geschäftsübernahmevertrag schriftlich und nicht nur mündlich abgeschlossen werden. Falls mit dem Vertrag auch Grundstücke übertragen werden, so bedarf der entsprechende Teil des Vertrages zwingend der öffentlichen Beurkundung⁴. Im Vertrag sollten alle Aktiven und Passiven des zu veräußernden Geschäftsbereichs möglichst detailliert und präzise bezeichnet werden; die Auflistung der Assets kann beispielsweise in einem Inventar erfolgen.

Der Geschäftsübernahmevertrag nach OR steht Unternehmen aller Rechtstypen offen, also insbesondere auch den nicht im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmen, denen eine Umstrukturierung nach den Bestimmungen des FusG (Vermögensübertragung oder Abspaltung) verwehrt bleibt. Umgekehrt dürfen sich aber auch all jene Unterneh-

men dieser Regelungsvariante bedienen, welche im Handelsregister eingetragen sind und die Übergabe auch mittels Vermögensübertragung oder Abspaltung nach FusG regeln könnten⁵.

b) Rechtswirksamkeit

Mit dem Abschluss des Vertrages gehen die zu veräußernden Aktiven und Passiven des Geschäftsbereiches nicht automatisch auf den Erwerber über. Vielmehr müssen diese einzeln nach den entsprechenden Vorschriften auf den Erwerber übertragen werden (Prinzip der Singularsukzession)⁶. Konkret bedeutet dies, dass für die Übertragung beweglicher Sachen die Übergabe des Besitzes (Art. 714 ZGB) und für die Übertragung von Grundstücken die Eintragung in das Grundbuch (Art. 656 ZGB) nötig sind. Wertpapiere sind einzeln mit Indossament oder allenfalls durch Abschluss eines schriftlichen Zessionsvertrages⁷ zu übertragen. Forderungen sind ebenso mittels eines schriftlichen Zessionsvertrages (Art. 164ff. OR) zu übertragen. Auch die Schulden können nur einzeln und mittels Zustimmung der jeweiligen Gläubiger nach den Bestimmungen der externen Schuldübernahme (Art. 176ff. OR) übertragen werden. Schliesslich können die mit dem Geschäftsbereich verbundenen Verträge nur einzeln und mit dem jeweiligen Einverständnis der anderen Vertragspartei auf den Erwerber übertragen werden⁸. Die rechtsgültige Umsetzung des Verkaufs kann demnach vor allem bei einer sehr grossen Anzahl von verschiedenartigen Aktiven und Passiven aufwändig sein. Falls und soweit die Formvorschriften zur Übertragung nicht eingehalten werden, verbleibt das Eigentum an den Assets bzw. die Schuld beim Veräußerer.

c) Vor- und Nachteile

Der Geschäftsübernahmevertrag nach OR hat den Vorteil, dass dieser nicht beim

Handelsregister eingereicht werden muss und somit keine Publizität besteht. Dritte erhalten keine Information zur vorgenommenen Transaktion, was vor allem bei sensiblen vertraulichen Informationen im Vertrag wichtig sein kann. Das Zustimmungserfordernis der Gläubiger und Vertragspartner zur Übertragung kann ein Nachteil sein, die Einholung dieser Zustimmungen schafft andererseits klare Verhältnisse. Die fehlende solidarische Weiterhaftung des übertragenden Unternehmens für Schulden ist ein weiterer Vorteil dieses Regelungstypus. Nachteilig kann bei sehr umfangreichen Assets das Erfordernis der Singularsukzession sein.

d) Exkurs: Spezialfall

Art. 181 OR

Unternehmen, welche nicht im Handelsregister eingetragen sind, also beispielsweise Einzelunternehmen oder Kollektivgesellschaften, können den Geschäftsbereich nach den speziellen Bestimmungen von Art. 181 OR übertragen⁹. Danach können die Schulden bzw. die Passiven unter erleichterten Bedingungen gesamthaft auf den Erwerber übertragen werden. Für den Schuldnerwechsel genügt es, dass die Übernahme den Gläubigern mitgeteilt wird oder in öffentlichen Blättern ausgekündigt worden ist¹⁰.

² Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220.

³ Vgl. Art. 184 ff. OR.

⁴ Art. 216 Abs. 1 OR.

⁵ BSK-FusG-Malacrida, Art. 69 N 13 (Der Wortlaut von Art. 181 Abs. 4 OR ist diesbezüglich missverständlich und zu eng); BSK-OR-Tschäni, Art. 181 N 6.

⁶ Vgl. BSK-OR-Tschäni, Art. 181 N 1.

⁷ Die Übergabe mittels Zession ist dann geboten, falls für das Wertpapier (z.B. Aktie) keine physische Urkunde ausgegeben ist.

⁸ Für Miet- und Arbeitsverträge gelten gesetzliche Spezialbestimmungen, vgl. Art. 261 OR, Art. 263 OR sowie Art. 333 OR.

⁹ Art. 181 Abs. 4 OR e contrario.

¹⁰ Art. 181 Abs. 1 OR.

Entsprechend müssen keine Schuldübernahmeverträge mit den Gläubigern einzeln abgeschlossen werden. Der Verzicht auf das Zustimmungserfordernis der Gläubiger zur Schuldübernahme ist verbunden mit einer solidarischen Weiterhaftung des bisherigen Schuldners während dreier Jahre¹¹. Keine Erleichterung besteht für die Übertragung der Aktiven; diese müssen auch im Anwendungsfall von Art. 181 OR einzeln übertragen werden.

Nach der herrschenden Lehre ist für die im Handelsregister eingetragenen Unternehmen die erleichterte Ausgliederung der Passiven gestützt auf Art. 181 OR seit dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes (FusG) nicht mehr anwendbar und unzulässig¹². Einschlägige Gerichtsurteile zu dieser Frage sind soweit ersichtlich nicht vorhanden.

2. Vermögensübertragungsvertrag nach FusG

a) Voraussetzungen

Die formalen und inhaltlichen (Mindest-)Anforderungen einer Vermögensübertragung nach FusG sind im Gegensatz zum vorne dargestellten Geschäftsübernahmevertrag gesetzlich detailliert geregelt¹³. So muss der Übertragungsvertrag schriftlich und von den obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen¹⁴ der Beteiligten abgeschlossen werden¹⁵. Inhaltlich muss der Vertrag unter anderem ein Inventar mit der eindeutigen Bezeichnung der zu übertragenden Ak-

tiven und Passiven enthalten, wobei Grundstücke¹⁶, Wertpapiere und immaterielle Werte¹⁷ einzeln aufgeführt werden müssen¹⁸. Die Vermögensübertragung ist nur zulässig, wenn das Inventar einen Aktivenüberschuss ausweist¹⁹. Gegenstände des Aktivvermögens, welche sich auf Grund des Inventars nicht eindeutig zuord-

nen lassen, verbleiben beim übertragenden Rechtsträger²⁰. Die Vermögensübertragung steht nur den im Handelsregister eingetragenen Unternehmen zur Verfügung²¹.

b) Rechtswirksamkeit

Das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan des übertragenden Unternehmens muss dem Handelsregisteramt die Vermögensübertragung zur Eintragung im Handelsregister anmelden²². Die Vermögensübertragung wird immer beim übertragenden bzw. veräussernden Unternehmen im Handelsregister eingetragen und erlangt mit dieser Eintragung Publizität²³. Damit verbunden ist die Möglichkeit, dass Dritte in alle beim Handelsregister eingereichten Belege, namentlich in den Vermögensübertragungsvertrag, Einsicht nehmen können. Rechtswirksam wird die Vermögensübertragung nach FusG mit der Eintragung im Handelsregister. In diesem Zeitpunkt gehen alle im Inventar des Übertragungsvertrages aufgeführten Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen auf das übernehmende Unternehmen über (Universalsukzession bzw. Gesamtrechtsnachfolge)²⁴.

c) Vor- und Nachteile

Die Vermögensübertragung ist ein praktisches Instrument, mit welchem die Übergabe eines Geschäftsbereichs relativ einfach geregelt werden kann. Weiterer Vorteil ist die automatische gesetzliche Universalsukzession mit dem Handelsregistereintrag, wodurch sich eine unter Umständen aufwändige Einzelübertragung der Assets bzw. Passiven erübrigt. Vor allem in Fällen, wo eine grosse Anzahl von Aktiven und Passiven in einem Akt übertragen werden sollen, bietet sich die Vermögensübertragung als zweckmässiges und rechtssicheres Instrument an.

Als nachteilig erweisen kann sich im Einzelfall die mit der Eintragung im Handelsregister einhergehende Publizität der

Transaktion und insbesondere des vollständigen Vertragsinhaltes²⁵. Nachteilig sind ferner die im Gesetz vorgesehene solidarische Weiterhaftung des übertragenden Unternehmens für die übertragenen Schulden während dreier Jahre²⁶, sowie die Ungewissheit, ob auch Verträge automatisch übergehen, ohne dass es der Zustimmung der Gegenpartei bedarf²⁷.

3. Abspaltung nach FusG mit anschliessendem Share-Deal

a) Voraussetzungen

Auch die Voraussetzungen zur Durchführung einer Abspaltung sind gesetzlich detailliert geregelt²⁸. Von den drei hier dargestellten Typen ist die Durchführung einer Abspaltung formell und inhaltlich mit Abstand am anspruchsvollsten. Die Abspaltung eines Geschäftsbereichs kann entweder auf eine neu zu gründende Gesellschaft oder auf eine bereits bestehende Gesellschaft erfolgen. Bei der Abspaltung müssen die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter des übertragenden Unternehmens zwingend gewahrt werden²⁹.

¹¹ Art. 181 Abs. 2 OR.

¹² Vgl. BSK-OR-Tschäni, Art. 181 N 7.

¹³ Art. 69ff. FusG.

¹⁴ Z.B. Verwaltungsrat bei der AG, Geschäftsführung bei der GmbH usw.

¹⁵ Art. 70 Abs. 1 FusG.

¹⁶ Falls Grundstücke übertragen werden, bedarf der entsprechenden Teil des Vertrages der öffentlichen Beurkundung (Art. 70 Abs. 2 erster Satz FusG).

¹⁷ z.B. Marken, Patente, Urheberrechte, Designrechte usw.

¹⁸ Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG.

¹⁹ Art. 71 Abs. 2 FusG.

²⁰ Art. 72 FusG.

²¹ Art. 69 Abs. 1 FusG.

²² Art. 73 Abs. 1 FusG.

²³ Vgl. Art. 139 HRegV.

²⁴ Art. 73 Abs. 2 FusG.

²⁵ Der Übertragungsvertrag muss dem Handelsregisteramt als Beleg eingereicht werden (Art. 138 lit. a HRegV). Alle Handelsregisterbelege sind öffentlich einsehbar, ohne dass es eines besonderen Interessennachweises bedarf (vgl. Art. 10 HRegV).

²⁶ Art. 75 Abs. 1 FusG.

²⁷ BSK-FusG-Malacrida, Art. 69 N13b.

²⁸ Art. 29ff. FusG.

²⁹ Art. 31 i.V.m. Art. 7 FusG.

Die Vermögensübertragung ist ein praktisches Instrument, mit welchem die Übergabe eines Geschäftsbereichs relativ einfach geregelt werden kann.

Das bedeutet, dass die Gesellschafter des übertragenden Unternehmens Anteils- und Mitgliedschaftsrechte (also z.B. Aktien oder Stammanteile) am übernehmenden Unternehmen erhalten müssen. Bei dieser Voraussetzung handelt es sich um das Abgrenzungs- und Unterscheidungsmerkmal zur Vermögensübertragung³⁰. Die notwendige Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte hat zur Folge, dass ein Geschäftsbereich nicht direkt an eine Drittperson abgespalten werden kann, welche bisher am Unternehmen nicht beteiligt war.

Für die Spaltung sind ein Spaltungsplan³¹ oder ein Spaltungsvertrag³² zu erstellen, welcher unter anderem das Inventar mit den zu übertragenden Aktiven und Passiven beinhalten muss³³. Für das Inventar der Abspaltung gelten die gleichen Anforderungen wie für das Inventar bei der Vermögensübertragung³⁴. Bereits vorgängig zur Durchführung der Abspaltung muss zum Schutz der Gläubiger zwingend eine dreimalige Ankündigung im Schweizerischen Handelsamtsblatt erfolgen, worauf die Gläubiger ihre Forderungen anmelden und Sicherstellung verlangen können³⁵. Sodann müssen der Spaltungsplan oder der Spaltungsvertrag und ein spezieller Spaltungsbericht³⁶ von einer zugelassenen Revisionsexpertin geprüft werden, sofern nicht sämtliche Gesellschafter eines KMU's³⁷ darauf verzichten³⁸. Schliesslich müssen der Spaltungsvertrag oder der Spaltungsplan den Generalversammlungen der beteiligten Gesellschaften zur Beschlussfassung vorgelegt werden, und die entsprechenden Beschlüsse bedürfen der öffentlichen Beurkundung durch einen Notar³⁹.

Nach dem Vollzug der Abspaltung können die Beteiligungsrechte an der übernehmenden Gesellschaft (z.B. Aktien oder Stammanteile) als Share-Deal (d.h. mit einem Verkauf der Aktien bzw. Stammanteile) an

einen Dritten bzw. an den Erwerber veräussert werden.

b) Rechtswirksamkeit

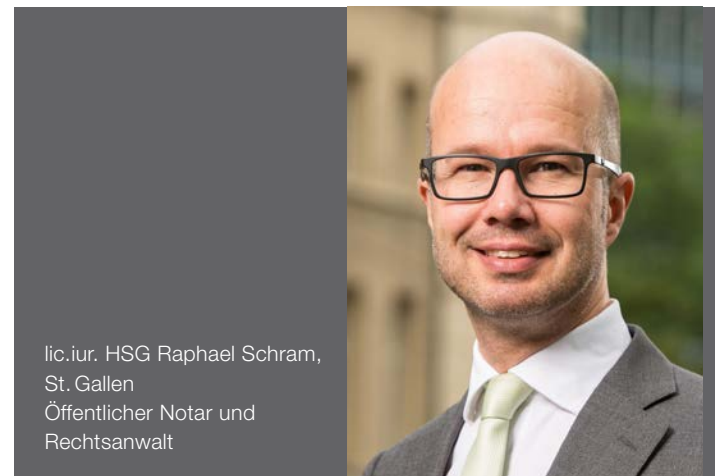
Sobald der Spaltungsbeschluss vorliegt, muss das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan die Spaltung zur Eintragung in das Handelsregister anmelden⁴⁰. Gleich wie bei der Vermögensübertragung wird auch die Abspaltung mit der Eintragung im Handelsregister rechtswirksam. In diesem Zeitpunkt gehen alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über (Universalsukzession bzw. Gesamtrechtsnachfolge)⁴¹.

c) Vor- und Nachteile

Vorteile sind die mit der Abspaltung verbundene Universalsukzession des Geschäftsbereichs sowie die Möglichkeit, dass nach dem Vollzug der Spaltung die Beteiligungsrechte der übernehmenden Gesellschaft relativ einfach mittels eines Share-Deals⁴² an den Erwerber veräussert werden können. Bei der Abspaltung wird das Eigenkapital der Gesellschaft aufgeteilt, weshalb für die neue Gesellschaft kein Kapital einbezahlt werden muss⁴³.

Nachteile einer Abspaltung sind deren komplexe und zeitintensive Umsetzung, die bereits einige Monate im Voraus durchzuführende Publikation des Vorhabens zum Schutz der Gläubiger, die mit dem Handelsregistereintrag verbundene Publizität, sowie die zeitlich unbefristete, subsidiäre solidarische Weiterhaftung des Verkäufers für die im Inventar aufgeführten Schulden⁴⁴. Schliesslich besteht auch bei der Spaltung die Ungewissheit, ob auch Verträge automatisch übergehen, ohne dass es der Zustimmung der Gegenpartei bedarf⁴⁵.

In der Praxis wird anstelle der Abspaltung nach FusG häufig eine neue Gesellschaft nach den Bestimmungen des OR gegründet⁴⁶ und dabei die Aktiven



lic.iur. HSG Raphael Schram,
St. Gallen
Öffentlicher Notar und
Rechtsanwalt

und Passiven des zu veräussernden Betriebsteils als Sacheinlage⁴⁷ in die zu gründende Gesellschaft eingebracht.

4. Hinweis zum Steuerrecht

Bei der Planung der Transaktion sind auch die steuerrechtlichen Folgen von grosser Bedeutung. Die Variante Abspaltung nach FusG mit anschliessendem Share Deal kann steuerliche Vorteile bringen, wenn die Spaltung steuerneutral vollzogen werden kann und auch der Share Deal keine Steuerfolgen hat.

5. Fazit

Für den Verkauf eines Geschäftsbereichs stehen verschiedene Regelungstypen zur Verfügung, welche sich in Bezug auf die formalen und inhaltlichen Anforderungen, aber auch hinsichtlich der Vor- und Nachteile stark unterscheiden. Welche Regelungsvariante optimal ist, muss anhand der konkreten Verhältnisse und Bedürfnisse im Einzelfall abgeklärt werden. Bei dieser Abklärung sind zivilrechtliche, steuerrechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte zu berücksichtigen. In jedem Fall sollte genügend Zeit für die sorgfältige Vorbereitung und Umsetzung der Transaktion eingeplant werden. ■

³⁰ Art. 69 Abs. 1 letzter Satz FusG.

³¹ Bei einer Neugründung infolge Abspaltung.

³² Bei der Abspaltung auf eine andere, bereits bestehende Gesellschaft.

³³ Art. 37 lit. b FusG.

³⁴ Vgl. vorne Ziffer 2.a.

³⁵ Art. 45f. FusG.

³⁶ Vgl. Art. 39 FusG.

³⁷ Die Definition für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) findet sich in Art. 2 lit. e FusG: Gesellschaften, die keine Anleiheobligationen ausstehend haben, deren Anteile nicht an der Börse kotiert sind und die überdies zwei der nachfolgenden Grössen in den letzten zwei dem Spaltungsbeschluss vorangegangenen Geschäftsjahre überschreiten: (1) Bilanzsumme von CHF 20 Mio.; (2) Umsatzerlös von CHF 40 Mio.; (3) 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

³⁸ Art. 40 i.V.m. Art. 15 FusG. Falls bei einer Abspaltung zur Neugründung von den KMU-Erleichterungen Gebrauch gemacht wird, so muss anstelle des Spaltungsberichts und des Prüfungsberichts gemäss Handelsregisterpraxis entsprechend den Gründungsbestimmungen ein «Gründungsbericht» analog Art. 635 OR erstellt werden, und dieser Bericht muss analog Art. 635a OR von einem zugelassenen Revisor geprüft werden.

³⁹ Art. 43 und Art. 44 FusG.

⁴⁰ Art. 51 Abs. 1 FusG.

⁴¹ Art. 52 FusG.

⁴² Z.B. Aktienkaufvertrag bei einer Aktiengesellschaft.

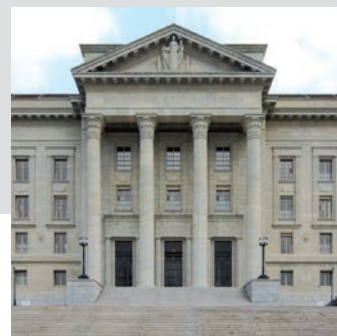
⁴³ Das Kapital der infolge Abspaltung gegründeten Gesellschaft wird aus dem Aktivenüberschuss gemäss Inventar zu Abspaltung liberiert.

⁴⁴ Art. 47 FusG.

⁴⁵ CHK-U. Hengartner/N. Neuhaus FusG 37 N 9.

⁴⁶ z.B. eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR; vgl. Gründungsbestimmungen zur AG in Art. 629 ff. OR.

⁴⁷ Vgl. Art. 628 OR und Art. 634 OR.



IMPRESSUM

Herausgeber

St.Galler Anwaltsverband SGAV
Postfach 1829, 9001 St. Gallen
Tel. 071 227 10 20
info@sgav.ch
www.sgav.ch

Redaktion

PR-Kommission
St.Galler Anwaltsverband SGAV

Inserateverwaltung

PHMedia GmbH
Peter Heer
Neuensteigstrasse 3
9424 Rheineck
Tel. 071 888 77 09
heer@phmedia.ch

Layout / Druck

Schmid-Fehr AG
Hauptstrasse 20
9403 Goldach
Tel. 071 844 03 03
info@schmid-fehr.ch
www.schmid-fehr.ch

Erscheinungsweise

2x pro Jahr

Am 13. Juni 2019 erhielt der St.Galler Alt Kantonsrichter Dr. h.c. Rolf Vetterli für seine über 70 Justizgeschichten, die seit 2012 regelmässig im St.Galler Tagblatt abgedruckt wurden, den Anerkennungspreis des Schweizerischen Anwaltsverbands. Hierzu möchte der St.Galler Anwaltsverband Herrn Kollege Vetterli ganz herzlich gratulieren und dankt ihm für sein journalistisches Engagement. Zu seinen Ehren entschied sich der St.Galler Anwaltsverband, eine seiner liebsten Justizgeschichten nochmals zu veröffentlichen. Die nachfolgende Justizgeschichte erschien im St.Galler Tagblatt vom 17. Februar 2017.

Mit Pappschildern auf grosser Fahrt

An einem Freitagabend, mitten in der Stosszeit, reiste ein älteres Ehepaar mit einem Wohnmobil beim Grenzübergang St.Margrethen in die Schweiz ein und wurde am Zoll herausgewinkt. Schmuggelware fand der Zöllner keine. Stattdessen entdeckte er, dass am Campingwagen Nummernschilder aus Karton angebracht waren. Der hinzugezogenen Polizei erzählten die Eheleute eine kuriose Geschichte: Sie wollten einen alten Traum verwirklichen und planten nach der Pensionierung eine Reise im eigenen Wohnwagen auf der berühmten «Panamericana» durch ganz Südamerika – von Kolumbien bis nach Feuerland. Dafür mussten sie viele Fragen klären und unter anderem auch überlegen, wie das Fahrzeug zu versichern sei. Eine schweizerische Autoversicherung mit der grünen Karte gilt nur für die europäischen Länder und die Anrainerstaaten des Mittelmeers, aber nicht in Amerika. Kündigen lässt sie sich jedoch nicht ohne weiteres, weil dann auch die Kontrollschilder abgegeben werden müssen.

Clevere Weltenbummler erteilen in dieser verfahrenen Situation folgenden Rat: Am besten sei

es, «Duplikate» anzufertigen und die Originalschilder zu hinterlegen. In Europa dürften solche Nachahmungen freilich nicht benützt werden, sonst gebe es grossen Ärger. In Südamerika sei das aber überhaupt kein Problem. Dort interessiere sich niemand dafür, ob das Auto am Herkunftsort korrekt gemeldet sei. Es genüge, einem lokalen Versicherungsagenten den Fahrzeugausweis vorzulegen und sich eine Haftpflichtpolice ausstellen zu lassen. Dabei könne eine beträchtliche Summe an Prämien und Abgaben gespart werden. Eine solche Entlastung der Reisekasse war dem Ehepaar willkommen. Es blieb nur noch die Frage, wie man sich neue Autokennzeichen beschafft. Dafür gibt es heute Online-Shops, die auch ausgefallene Wünsche erfüllen: Man kann Schilder aus Blech stanzen lassen oder sie gleich selbst ausdrucken und auf einen Karton kleben. Die beiden Rentner entschieden sich offenbar für eine billige Variante, die dem amtlichen Muster nur von weitem ähnlich sah.

Alle Anbieter weisen darauf hin, dass die nachgemachten Schilder nicht in Verkehr gebracht werden dürften – das sei eine Urkundenfälschung und die werde streng bestraft. Die Warnung wirkt allerdings ziemlich scheinheilig und auch etwas oberflächlich. Der Missbrauch von Kontrollschildern ist hierzulande ein Strassenverkehrsdelikt: Wer ein Schild fälscht oder ein gefälschtes Schild verwendet, muss mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder mit einer Geldstrafe rechnen. Die Eheleute liessen grosse Vorsicht walten. Ein Bekannter begleitete sie nach Hamburg, nahm die Nummernschilder mit und deponierte sie beim Strassenverkehrsamt. Dann setzte das Paar mit dem Schiff nach Südamerika über. Hernach war es fast drei Jahre lang auf dem Kontinent unterwegs. Es reiste durch das Hochland der Anden und das Tiefland des Amazonas, durch

die trockenste aller Wüsten und die endlos weite Pampa bis zu den blauen Gletschern Patagoniens. Dabei fiel nie auf, dass ihr Wohnwagen bloss mit Papptafeln geschmückt war.

Das machte die Reisenden leichtsinnig. Bei der Rückkehr beauftragten sie zwar ihren Bekannten, die Versicherungsprämie rechtzeitig zu bezahlen und die Kontrollschilder wieder einzulösen. Sie verzichteten aber darauf, sich die richtigen Kennzeichen in die Hafenstadt bringen oder schicken zu lassen und fuhren mit den gewohnten Kartonschildern ungehindert quer durch Deutschland. Im letzten Moment begegneten sie einem aufmerksamen Zollbeamten, der sie aus dem unaufhörlichen Pendlerstrom herausfischte und ihr Gefährt ganz genau anschaute. So erfuhren sie, was schweizerische Gründlichkeit bedeutet, und fühlten sich wohl gleich wieder zu Hause.

Die Zollkontrolle hat zur Folge, dass die Staatsanwaltschaft die Ehefrau als Lenkerin des Wohnwagens in einem Strafbefehl zu einer bedingten Geldstrafe von vierzig Tagessätzen und einer zusätzlichen Busse von 500 Franken verurteilt. Gehandelt wird damit nur die auf Schweizer Boden begangene Tat. Nachdem das Paar auf seiner Reise viele Tausend Kilometer anstandslos zurücklegte, hat die Frau das unglaubliche Pech, dass sie für eine Fahrt von wenigen Metern ab der Grenzlinie bis zur Zollbarriere bestraft wird. Unverdientes Glück widerfährt hingegen dem Mann, der zufällig auf dem Beifahrersitz sass, und weder als Mittäter noch als Teilnehmer belangt wird. Es bleibt zu hoffen, dass er wenigstens die Hälfte der Busse übernimmt.

Rolf Vetterli, Dr. h.c.,
ehemaliger Kantonsrichter

AUSGEZEICHNET!
TOP-TAGUNGSLOKAL
DER SCHWEIZ
BY EVENTLOKALE.CH

Ausgezeichnet



Fern von allem, fern vom Alltag. Durchatmen in angenehmer Atmosphäre. Das ist die optimale Situation, für erfolgreiche Seminare, Workshops und Weiterbildungen. Und der ideale Ort dazu ist Schloss Wartegg. Ausgezeichnet als Top-Tagungsort mit dem SwissLocationAward.

Sie finden sowohl den persönlichen Rahmen für kleine Gruppen in den Seminarräumen, als auch die grosse Bühne für Tagungen im Vortrags- und Konzertsaal.

Die helle Raumgestaltung, naturbelassene Materialien und die Sicht auf Park und Bodensee, all dies leistet einen Beitrag zu einer inspirierenden Atmosphäre.

Auch in den Pausen oder nach Seminarschluss bereichern wir Ihren Anlass. Vielleicht ist es ein geführter Spaziergang durch die Naturgeheimnisse des Schlossparks, eine GPS-Schatzsuche oder ein besonderer kulinarischer Höhepunkt, mit dem unser Küchenchef Ihre Kollegen überrascht. Im öffentlichen 13-Punkte Gault Millau-Restaurant geniessen Sie eine exquisite, saisonale Slow-food-Küche mit vielen frischen Produkten aus dem eigenen biologischen Garten.

Rufen Sie an für Ihren erfolgreichen Anlass in einer ausgezeichneten Tagungsort: 071 858 62 62.



swiss
historic
hotels



BIO SUISSE

schlosswartegg

Das Bio-Schlosshotel am Bodensee

CH-9404 Rorschacherberg | Tel. +41 71 858 62 62 | wartegg.ch



RENAULT
Passion for life

Renault **KOLEOS**

SUV by Renault



Jetzt den kraftvollen 4x4 bei uns Probe fahren!

St. Gallen, **CITY-GARAGE AG**, 071 274 80 74 — St. Gallen, Bach-Garage Gschwend AG, 071 223 12 12 — Oberbüren, BUGA Buchental-Garage AG, 071 955 05 05 — Schwarzenbach, Daniel Grob AG, 071 925 25 50 — Näfels, Freihof-Garage AG, 055 618 44 88 — Chur, Garage Bayer AG, 081 257 19 20 Goldach, Garage Bräm AG, 071 844 00 30 — Altnau, Garage Hofer AG, 071 695 11 14 — Amriswil, Garage Hofer AG, 071 410 24 14 — Balgach, Hirn Balgach AG, 071 722 27 88 — Weinfelden, Kreuzgarage AG, 071 622 65 44 Marbach, Kurt Köppel AG, 071 755 63 63 — Vaduz, Mühleholz- Garage AG, 00423 239 80 90 — Oberriet, Schachengarage AG, 071 761 11 42 — Wil, **WOLGENSINGER AG**, 071 911 11 12 — Herisau, **WOLGENSINGER AG**, 071 351 51 56