



von Irène Biber

Änderung der Verordnung zum Mietrecht (VMWG)

DER BUNDESRAT HAT PER 1. JANUAR 2008 EINE REVISION DER MIETRECHTSVERORDNUNG (VMWG) IN KRAFT GESETZT. FÜR DIE MIETZINSGESTALTUNG WIRD NICHT MEHR DER HYPOTHEKARZINSSATZ DER EINZELNEN KANTONALBANKEN, SONDERN EIN FÜR DIE GANZE SCHWEIZ GELTENDER REFERENZZINSSATZ MASSGEBEND SEIN. ENERGETISCHE SANIERUNGEN VON WOHN- UND GESCHÄFTSRÄUMEN WERDEN WIE WERTVERMEHRENDE INVESTITIONEN BEHANDELT UND BERECHTIGEN ZU MIETZINSERHÖHUNGEN.

Referenzzinssatz des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) statt Hypothekarzinssätze der Kantonalbanken, Art. 12 Abs. 1 und 12a revidierte VMWG

Nach bisherigem Recht kommt bei der Mietzinsgestaltung der Satz der einzelnen Kantonalbanken für variable Hypotheken im 1. Rang zur Anwendung. Mit der neuen Regelung werden nun die Kantonalbanken aus ihrer Verantwortung entlassen. Künftig gelten für Mietzinsanpassungen nicht mehr die Leitzinssätze der einzelnen Kantonalbanken, sondern es wird ein für die ganze Schweiz geltender Referenzzinssatz massgebend sein. Der Referenzzinssatz stützt sich auf den volumengewichteten Durchschnittszinssatz für inländische Hypothekarforderungen der Banken in der Schweiz. Er wird vierteljährlich von der Schweizerischen Nationalbank erhoben und dem EVD auf zwei Stellen nach dem Komma mitgeteilt. Die Nationalbank berechnet diesen Durchschnittssatz bereits jetzt, allerdings nur

einmal jährlich. Für das Jahr 2006 betrug der Durchschnittssatz 3.04 Prozent. Mit diesen von der Nationalbank erhobenen Daten wird das EVD am 31. August 2008 den für das 3. Quartal 2008 geltenden ersten, auf ein Viertelprozent gerundeten Referenzzinssatz bekanntgeben. Danach kann der Mietzins im Rahmen der heute üblichen Überwälzungssätze angepasst werden. Bei den derzeitigen Zinssätzen von weniger als 5 Prozent berechtigt eine Erhöhung des Referenzzinssatzes von einem Viertel Prozent zu einer Mietzinserrhöhung von 3 Prozent.

Gemäss Übergangsbestimmungen der Änderung der VMWG gilt bis zur erstmaligen Bekanntgabe des Referenzzinssatzes durch das EVD für Mietzinsanpassungen aufgrund von Veränderungen des Hypothekarzinssatzes das bisherige Recht. Mithin können bis dahin Mietzinsanpassungen weiterhin ge-

Fortsetzung Seite 2

Inhalt

	Seite
Änderung der Verordnung zum Mietrecht	1
Neues Schwarzarbeitsgesetz	3
Fragwürdige Revision des Geldwäschereigesetzes	4
Baurekurs: Guter Deal oder Erpressung?	6
Unbewilligte und unbewilligbare Banktätigkeit	8
In eigener Sache	10

Fortsetzung

stützt auf die Leitzinssätze der Kantonalbanken vorgenommen werden. Ansprüche auf Senkung oder Erhöhung des Mietzinses aufgrund von Hypothekenzinsänderungen, die vor der Veröffentlichung des Referenzzinssatzes erfolgt sind, können auch nach diesem Zeitpunkt geltend gemacht werden.

Gleichstellung von energetischen Verbesserungen bei Wohn- und Geschäftsräumen mit wertvermehrenden Investitionen, Art. 14 revidierte VMWG

Um für die Vermieter einen Anreiz für die Vornahme energetisch wirksamer Massnahmen zu schaffen, werden energetische Verbesserungen wertvermehrenden Investitionen gleichgestellt und berechtigen damit zu einer Mietzinserhöhung. Art. 14 der revidierten VMWG enthält eine Aufzählung energetisch wirksamer Massnahmen, die als Mehr-

leistungen gemäss Art. 269a lit. b OR gelten. Dazu gehören insbesondere Massnahmen zur Verminderung der Energieverluste der Gebäudehülle, Massnahmen zur Verhinderung der Emissionen bei haustechnischen Anlagen, Massnahmen zum Einsatz erneuerbarer Energien und der Ersatz von Haushaltgeräten mit grossem Energieverbrauch durch Geräte mit geringerem Verbrauch. Dabei kann gemäss Art. 14 Abs. 3 der revidierten VMWG nur der Teil der Kosten geltend gemacht werden, der die Kosten zur Wiederherstellung oder Erhaltung des ursprünglichen Zustandes übersteigt. Diese Änderung gilt für Mietzinsanpassungen, welche ab dem 1. Januar 2008 versandt werden.

Indexierte Mietzinse, Art. 17 revidierte VMWG

Bislang war gesetzlich nicht geregelt, unter Einhaltung welcher Frist auf welchen Zeitpunkt hin in Indexverträgen,

welche während Jahren unkündbar sind, eine Mietzinsanpassung erfolgen darf. Neu legt die revidierte VMWG ausdrücklich fest, dass die Mietzinserhöhungen gestützt auf den Landesindex der Konsumentenpreise unter Einhaltung einer Frist von mindestens 30 Tagen auf ein Monatsende hin angekündigt werden können. Damit wird Rechtssicherheit in jenen Fällen geschaffen, in denen eine vertragliche Regelung bezüglich Frist und/oder Termin für eine Indexanpassung fehlt.

Schliesslich hat der Bundesrat in der revidierten VMWG den Abschluss einer Indexklausel ausdrücklich als zulässig erklärt, wenn nur der Vermieter den Vertrag für die Dauer von mindestens fünf Jahren nicht kündigen darf und dem Mieter dagegen weitergehende Kündigungsmöglichkeiten eingeräumt werden. ■

Neues Schwarzarbeitsgesetz (BGSA)

AM 1. JANUAR 2008 IST DAS BUNDESGESETZ ÜBER MASSNAHMEN ZUR BEKÄMPFUNG DER SCHWARZARBEIT IN KRAFT GETRETEN (SOG. SCHWARZARBEITSGESETZ; BGSA). ES SIEHT FÜR KLEINERE ARBEITGEBER EIN VEREINFACHTES ABRECHNUNGSVERFAHREN DER SOZIALVERSICHERUNGS-BEITRÄGE VOR UND FÜHRT EINE ENDGÜLTIGE QUELLENSTEUER EIN. IM UNTERSCHIED ZUM BISHERIGEN RECHT ENTFÄLLT DER FREIBETRAG FÜR HAUSDienstARBEIT IM NEBENERWERB. EINE IM PRIVAT-HAUSHALT BESCHÄFTIGTE PUTZ- ODER HAUSHALTSHILFE IST DEMZUFOLGE UNGEACHTET DER HÖHE IHRES LOHNES BEITRAGSPFLICHTIG.



von Flavio Lardelli

Schwarzarbeit liegt vor, wenn gegen die geltenden sozialversicherungs-, ausländer- oder steuerrechtlichen Vorschriften verstossen wird. In der Schweiz werden pro Jahr rund 39 Milliarden Franken schwarz verdient (ca. 9% des Bruttoinlandproduktes). Dies hat nicht nur einen beträchtlichen Einnahmeausfall für den Fiskus und die Sozialversicherungen zur Folge, sondern gefährdet auch den Arbeitnehmerschutz. Schwarzarbeitende werden vom Sozialversicherungssystem nicht erfasst. Sie verzerren darüber hinaus den Wettbewerb, indem sie Teil einer Schattenwirtschaft bilden. Mit dem neuen Schwarzarbeitsgesetz sollen diese negativen Auswirkungen bekämpft werden.

Anreiz: Vereinfachtes Abrechnungsverfahren mit endgültiger Quellensteuer

Das neue Gesetz schafft Anreize, indem es kleineren Arbeitgebern ermöglicht, die Sozialversicherungsbeiträge (AHV, IV, EO und ALV) in einem vereinfachten Verfahren abzurechnen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Lohn pro Arbeitnehmer CHF 19'890 jährlich nicht übersteigt und die Gesamtlohnsumme des Unter-

nehmens pro Jahr nicht mehr als CHF 53'040 beträgt. Sodann müssen die Löhne des gesamten Personals im vereinfachten Verfahren abgerechnet werden.

Zuständig ist die Ausgleichskasse des Kantons, wo der Arbeitgeber seinen Wohn- bzw. Geschäftssitz hat. Die Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge und der Bezug der Quellensteuer von 5% (0,5% direkte Bundessteuer und 4,5% Kantons- und Gemeindesteuer) erfolgen direkt beim Arbeitgeber. Dieser zieht die Sozialversicherungsbeiträge sowie die Quellensteuer seinerseits bei jeder Lohnzahlung an den Arbeitnehmer ab. Der Arbeitnehmer erhält eine Bescheinigung über die abgelieferte Steuer und braucht dieses Einkommen nicht mehr zu versteuern. Es fällt daher auch nicht in die Progression.

Hausdienstarbeit

Gemäss dem früheren Art. 8^{bis} aAHVV konnten die von einem Arbeitgeber ausgerichteten Entgelte, welche für den Arbeitnehmer einen Nebenerwerb gebildet und CHF 2'000 im Kalenderjahr nicht überschritten haben, von der Beitragspflicht ausgenommen werden. Die

neue Regelung unterscheidet nicht mehr zwischen Nebenerwerb und Haupterwerb. Die Beitragspflicht besteht bis zu einem Jahreslohn von CHF 2'200 nur auf Verlangen des Versicherten. Dies gilt aber nicht für Hausdienstarbeitende (Art. 14 Abs. 5 AHVG i.V.m. Art. 34d Abs. 2 AHVV). Unter Hausdienst fallen sämtliche Tätigkeiten rund um den Haushalt (Putz- und Gartenhilfe, Au-pair, Babysitter usw.). Hausdienstarbeitende sind ab Vollendung des 17. Altersjahres, ungeachtet der Höhe ihres Lohnes, beitragspflichtig. Dies gilt sowohl für Geld- wie für Naturallohn. Für im Hausdienst tätige AHV-Rentenberechtigte gilt ein Freibetrag von CHF 16'800 pro Jahr bzw. CHF 1'400 pro Monat. Keinen Freibetrag gibt es jedoch für Frührentenrentierte (Frauen ab 62 und Männer ab 63).

Obligatorische Unfallversicherung

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, für seinen Arbeitnehmer auf eigene Kosten eine Berufsunfallversicherung abzuschliessen. Arbeitet z.B. eine Putz- oder

Fortsetzung Seite 4

Fortsetzung

Haushaltshilfe bei mehreren Arbeitgebern, so muss jeder Arbeitgeber eine Versicherung abschliessen. Die frühere Bestimmung, wonach auf die Unfallversicherung verzichtet werden konnte, wenn dies dem Versicherer im Voraus schriftlich mitgeteilt worden ist, ist aufgehoben worden (Art. 2 Abs. 2 aUVG). Die meisten Unfallversicherer stellen bis zu einem jährlichen Einkommen von CHF 10'000 eine Pauschalprämie von rund CHF 100 in Rechnung. Arbeitet der Arbeitnehmer regelmässig mehr als 8 Stunden pro Woche, so ist er zudem gegen Nichtbetriebsunfall zu versichern. Die Ausgleichskasse fordert den Arbeitgeber zur Mitteilung der gewählten Versicherung und der Versicherungspolice auf.

Strafen

Wer schwarz arbeitet oder schwarz arbeiten lässt, macht sich strafbar. Die einzelnen Strafbestimmungen finden sich in den einschlägigen Sozialversicherungs-, Ausländer- und Steuergesetzen. Das neue Gesetz führt darüber hinaus weitere Sanktionsmöglichkeiten ein. So können Arbeitgebende vom öffentlichen Beschaffungswesen ausgeschlossen werden oder es können ihnen Finanzhilfen gekürzt werden. Auf dem Internet wird alsdann eine Liste der rechtskräftig sanktionierten Arbeitgeber publiziert (www.seco.admin.ch). ■

Fragwürdige Revision des Geldwäschereigesetzes

IM JAHRE 2003 REVIDIERTE DIE FINANCIAL ACTION TASK FORCE ON MONEY LAUNDERING («FATF») DIE EMPFEHLUNGEN ZUR VERHINDERUNG DER GELDWÄSCHEREI. IM KERN UMFASSTE DIESE REVISION DREI BEREICHE: 1. AUSDEHNUNG DER EMPFEHLUNGEN AUF DIE BEKÄMPFUNG DER TERRORISMUSFINANZIERUNG, 2. AUSDEHNUNG DER MÖGLICHEN VORTATEN DER GELDWÄSCHEREI UND 3. AUSDEHNUNG DER SORGFALTS- UND DER MELDEPFLICHTEN AUF BERUFE AUSSERHALB DES FINANZSEKTORS. DIE SCHWEIZ HAT DIESE REVIDIERTEN EMPFEHLUNGEN NUNMEHR IN DER NATIONALEN GESETZGEBUNG UMZUSETZEN:



von Rolf Kuhn

Umsetzung in der Schweiz

Zwecks Umsetzung der revidierten Empfehlungen wurde ein Gesetzesentwurf verabschiedet, der hernach in die Vernehmlassung geschickt wurde. Der Entwurf wurde aber derart heftig kritisiert, dass sich der Bundesrat entschied, die ganze Angelegenheit erneut zu überarbeiten. Seit Mitte 2007 liegt nun der neue Entwurf vor, der wohl in dieser Form auch in Kraft treten wird.

Die Anpassung der Empfehlungen soll in der schweizerischen Gesetzgebung wie folgt umgesetzt werden:

Neue Vortaten der Geldwäscherei

Der im schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB) verankerte Geldwäscherei-Tatbestand erfasst Vermögenswerte, welche aus Verbrechen herrühren. Ein Verbrechen im Sinne des StGB liegt vor, wenn die Straftat mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren sanktioniert werden kann.

Damit die von der FATF neu definierten Vortaten (Menschenschmuggel, Warenfälschung, Produktpiraterie,

schwere Schmuggeldelikte, Insiderdelikte und Kursmanipulation) auch in der Schweiz als Vortaten der Geldwäscherei qualifizieren, hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, die Strafandrohung für die entsprechenden Delikte «einfach» zu erhöhen – ob dies rechtspolitisch richtig ist, ist fraglich. Die neue Regelung führt bspw. dazu, dass der bandenmässige Schmuggel neu mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bestraft werden kann. Damit wird der bandenmässige Schmuggel schwerer bestraft, als eine einfache Körperverletzung oder eine fahrlässige Tötung.

Ausdehnung auf die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung

Um die schweizerische Geldwäschereigesetzgebung auf die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung auszudehnen, wurde das Geldwäschereigesetz punktuell um Verweise auf Art. 260quinquies StGB (Straftatbestand der Terrorismusfinanzierung) ergänzt:

Gemäss Art. 260quinquies StGB wird derjenige bestraft, welcher in der Absicht ein Gewaltverbrechen zu finanzieren mit dem die Bevölkerung einschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll, Vermögenswerte sammelt oder zur Verfügung stellt. Die Inkaufnahme der Möglichkeit der Terrorismusfinanzierung ist jedoch nicht strafbar. Ebenso gilt «die Tat» nicht als Finanzierung einer terroristischen Straftat, wenn sie auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten gerichtet ist. Ausgenommen ist auch die finanzielle Unterstützung von Handlungen, die nicht im Widerspruch mit

den in bewaffneten Konflikten anwendbaren Regeln des Völkerrechts stehen.

Aufgrund der Verweise im neuen GwG muss der Finanzintermediär somit abklären, ob bei ihm deponierte Vermögenswerte von Kunden einer solchen Terrorismusfinanzierung dienen. Wie er dies machen soll, lässt der Entwurf offen. Die Bestimmung von Art. 260quinquies StGB stellt auf subjektive Elemente ab, die ein Dritter, so auch ein Finanzintermediär, kaum erkennen können wird. Zudem hat der FI auch eine politische Wertung vorzunehmen:

Es liegt z.B. keine Terrorismusfinanzierung vor, wenn die finanzierte «terroristische Straftat» auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder auf die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten gerichtet ist. Es ist aber nicht ganz verständlich, wie terroristische Gewaltverbrechen überhaupt auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse gerichtet sein können. Das Recht auf Leben, Sicherheit und Freiheit ist ein Menschenrecht. «Terroristische Straftaten», welche dieses fundamentale Menschenrecht verletzen, können deshalb nicht dazu dienen einen rechtsstaatlichen Zustand herzustellen. Die Verletzung von Menschenrechten stellt per se einen nichtrechtsstaatlichen Zustand dar.

Unklar ist auch wie eine Unterscheidung zwischen solchen Taten, die einen legitimen politischen Zweck verfolgen und solchen Taten, die einen terroristischen Akt darstellen, erfolgen soll. Die vorzunehmenden Wertungen sind politisch brisant und dürften auch von der individuellen politischen Weltanschauung abhängen. Diese Wertungen haben politische Entscheidungsträger vorzu-

nehmen – nicht aber eine Bank oder ein Vermögensverwalter. Der Entwurf geht daher in die falsche Richtung.

Neue Identifikationspflichten

Im neuen Entwurf sind sodann neue Identifikationspflichten vorgesehen. Bei der Eröffnung von Geschäftsbeziehungen mit juristischer Person ist neu nicht mehr nur die juristische Person zu identifizieren – neu muss auch noch die Identität der Person geprüft werden, welche für die juristische Person handelt.

Es trifft wohl zu, dass juristische Personen von Geldwäschern oftmals vorgeschoben werden, um die Identität der Hintermänner zu verschleiern. Dass nun aber in Bezug auf jede juristische Person, die für die juristische Person handelnde natürliche Person identifiziert werden muss, dürften in weiten Teilen zu administrativen Mehraufwendungen führen, die nicht gerechtfertigt sind. Es wäre hier wünschenswert gewesen, wenn man einen risikobasierten Ansatz gewählt hätte, d.h. eine Identifikationspflicht nur dann vorgesehen hätte, wenn es Hinweise auf Missbräuche gibt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der neue Entwurf eher neue Probleme aufwirft, als diese zu lösen. ■

Baurekurs: Guter Deal oder Erpressung?

ES GIBT VIELE ARTEN MIT IMMOBILIEN GELD ZU VERDIENEN. EINE GANZ BESONDERE ART IST ES, GEGEN DAS BAUPROJEKT DES NACHBARN EIN RECHTSMITTEL ZU ERGREIFEN UND SICH DANACH EINE ENTSCHÄDIGUNG FÜR DEN RÜCKZUG DIESES RECHTSMITTELS ZAHLEN ZU LASSEN. DABEI BEWEGT MAN SICH RECHTLICH AUF EINEM SCHMALEN GRAT: IST ES ZULÄSSIG, SICH FÜR DEN RÜCKZUG EINES RECHTSMITTELS EINE ENTSCHÄDIGUNG ZAHLEN ZU LASSEN? MACHT MAN SICH MIT SOLCHEM VERHALTEN ALLENFALLS STRAFBAR? EIN NEUERER BUNDESGERICHTSENTSCHEID ZU EINEM FALL AUS AARAU BEJAHT BEIDES (BGER. 6P.5/2006).



Von
Christopher Tillman

Zum Sachverhalt

Die *Baubehörden* erteilten der Bauherrschaft A-AG eine Baubewilligung für die Errichtung eines «Medical Centers», die Baubewilligung wurde rechtskräftig. Später reichte die A-AG ein nachträgliches Baugesuch für eine Nutzungsänderung ein. Erst dagegen erhob der Nachbar X. *Einsprache (Rekurs)*. Die Bauherrschaft suchte darauf mehrfach das *Vergleichsgespräch*, da sie an einer schnellen Bereinigung der Einwände interessiert war. Etwas später unterbreitete die Bauherrschaft das Angebot, CHF 15'000 für den Rückzug der *Einsprache* zu bezahlen. Der Nachbar X rief noch gleichentags zurück und verlangte, der angebotene Geldbetrag müsse mindestens auf CHF 150'000 erhöht werden. Etwas später verlangte der Nachbar X sogar, als angemessene Entschädigung für den Einspracherückzug müsse die Bauherrschaft eine Zahlung von CHF 820'000 (entsprechend 4% der Bausumme) leisten. Auf diese Forderung ging die Bauherrschaft nicht ein. Am folgenden Tag erstattete sie *Strafanzeige* u.a. gegen Nachbar X. In der Folge erklärte das *Bezirksgericht* den Nachbar X

strafrechtlich wegen versuchter Erpressung schuldig und verurteilte den Nachbar X zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 7 Monaten und einer Busse von CHF 3'000. Schliesslich hatte das Bundesgericht *zivilrechtlich* die Frage zu klären, ob der Nachbar X mit seiner Drohung einen unrechtmässigen Zweck verfolgte, indem er versuchte, für den Rechtsmittelverzicht (Rückzug der *Einsprache*) eine finanzielle Abgeltung zu erlangen.

Zahlung gegen Rechtsmittelverzicht

Das Bundesgericht hat bestätigt, dass die Verzögerung von Bauvorhaben durch behördliche und gerichtliche Verfahren zu einer erheblichen Schädigung der Bauherrschaft führen kann. So etwa durch den um Monate oder Jahre verzögerten Baubeginn, eine damit verbundene Baukostenteuerung, den Ausfall von Mietzinsen, Kosten für Ersatzanlagen, eine laufende Kapitalverzinsung, aber auch Verfahrens- und Bauanwaltskosten.

Die glaubwürdige Androhung einer Bauverzögerung ist daher grundsätzlich objektiv geeignet, eine vernünftige Person in ihrer Lage gefügig zu machen. Ein

nicht aussichtsloses Rechtsmittel ist geldwerter Natur. Es verstösst daher gemäss Bundesgericht grundsätzlich nicht gegen die guten Sitten, sich für den Verzicht auf das Rechtsmittel eine Entschädigung versprechen zu lassen (BGE 115 II 232 E.4b). Selbst ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung führe nicht zur Sittenwidrigkeit der Verichtsvereinbarung, da die Grundwerte unserer Rechtsordnung eine Wertdisparität der Vertragsleistungen nicht verbietet.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur im Falle einer Übervorteilung gemäss Art. 21 OR (Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinnes). Der wirtschaftliche Wert des Einspracheverzichts des Nachbarn müsse sich gemäss Bundesgericht aus schutzwürdigen Interessen dieses Nachbarn ergeben und nicht etwa einzig aus dem der Bauherrschaft drohenden Verzögerungsschaden. Liegt nur letzteres vor, so laufe dies auf eine *zweckwidrige Kommerzialisierung einer rein formellen Rechtsposition* hinaus, was die *Sittenwidrigkeit* und damit die Ungültigkeit einer solchen Entschädigungsvereinbarung resp. Verichtsvereinbarung zur Folge hat (BGE 123 III 101 E. 2c). Sittenwidrigkeit liegt vor, wenn mit der Vereinbarung (Zahlung gegen Rechtsmittelverzicht) allein der drohende Verzögerungsschaden des Bauherrn verhindert wird und nicht eine mit dem Bauvorhaben verbundene Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks ausgeglichen werden soll (BGE 123 III 101 ff.).

Grenze des Missbrauchs

Mit dem eingangs erwähnten Sachverhalt hat nun das Bundesgericht erstmals bejaht, dass auch die Abgeltung eines materiell nicht zum vornherein aussichtslosen Rechtsmittels sittenwid-

rig sein kann. Das Bundesgericht geht nun – zu Recht – davon aus, dass die Zweckentfremdung von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen *unabhängig von deren Erfolgsaussichten als missbräuchlich* zu qualifizieren ist. Ein Missbrauch ist allerdings nur in krassen Fällen gegeben, denn ein benachbartes Bauprojekt hat regelmässig negative Auswirkungen auf das Nachbargrundstück. In Bezug auf die zulässige Höhe einer Entschädigung ist vom Grundsatz auszugehen, dass die durch ein bauordnungskonformes Bauprojekt entstehende Wertminderung der Nachbarliegenschaft entschädigungslos zu dulden ist. Wenn mit einer vereinbarten Entschädigung hingegen feststellbare Nachteile des Bauprojektes auf das Nachbargrundstück ausgeglichen werden sollen, selbst in übersetztem Masse, ist eine sittenwidrige Vereinbarung (Zahlung gegen Rechtsmittelverzicht) nicht gegeben. Solange also eine vereinbarte Entschädigung als Ausgleich für nachbarliche Nachteile verstanden werden kann, ist *selbst eine übersetzte Entschädigung* gemäss dem jüngsten Bundesgerichtsentcheid *nicht sittenwidrig* und damit gültig. Im Ergebnis muss somit die Entschädigung in einem *angemessenen Verhältnis zum potentiell hingenommenen Nachteil* stehen. Das Bundesgericht bejaht hingegen klar die Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung (Zahlung gegen Rechtsmittelverzicht) in Fällen, wo sich der Nachbar eine *exorbitante Entschädigung* versprechen lässt. Eine solche kann vernünftigerweise nicht mehr als Entschädigung für nachbarrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu duldende Nachteile aus dem Bauprojekt auf den Nachbarn gelten. Hingegen ist wie erwähnt eine *selbst deutlich übersetzte Entschädigung (noch) nicht sittenwidrig* und da-

mit gültig. Im eingangs erwähnten Fall hat der Nachbar zunächst eine Entschädigung von CHF 15'000 verlangt und hat diese Forderung dann später ohne weitere grundstückbezogene Begründung auf CHF 150'000 erhöht. Später forderte der Nachbar sogar CHF 820'000. Das Bundesgericht stellte daher fest, dass sich eine solche Entschädigung nicht als Gegenleistung für behauptete Beeinträchtigungen des Nachbargrundstücks wie Lärmimmissionen oder Schattenwurf begreifen lasse.

Rückforderung einer bereits erfolgten Zahlung ?

Eine spätere Rückforderung einer aufgrund einer Vergleichsvereinbarung bereits erfolgten Zahlung der Bauherrschaft an den Nachbarn, hängt vom Nachweis der Unfreiwilligkeit ab (Art. 63 Abs. 1 OR). Eine solche Zahlung erfolgt dann unfreiwillig und damit unter Zwang, wenn der die Zahlung Leistende unzumutbare Nachteile in Kauf zu nehmen hätte, die er nicht anders als durch die Leistung dieser Zahlung abwenden kann. Die Zahlung muss daher als einziger möglicher und zumutbarer Ausweg erscheinen (BGE 123 III 108 E. 3b). Dabei gelten allerdings ausserordentlich hohe Anforderungen. Beruft sich die Bauherrschaft wegen Missbrauchs von Einsprachen und Rekursen auf die Unverbindlichkeit der deswegen abgeschlossenen Vereinbarung (Zahlung gegen Rechtsmittelverzicht), hat *die Bauherrschaft* ihre eigene Zwangslage und den nachbarlichen Missbrauch als rechtshindernden Umstand zu *beweisen*. Ist dies der Fall, so kann selbst eine *bereits geleistete Zahlung* nachträglich nach Fertigstellung des Bauvorhabens auf gerichtlichem Weg *wieder zurückgefordert* werden. ■

Unbewilligte und unbewilligbare Banktätigkeit



von Sabine Kilgus

Bewilligungspflicht für die Tätigkeit als Bank

Wer die Tätigkeit einer Bank betreiben will, braucht eine Bewilligung der Eidgenössischen Bankenkommission («EBK»). Der Grund bzw. die ökonomische Legitimation hierfür liegt primär und historisch im Schutz der Gläubiger der Bank, allen voran der (Spar-)Einleger. Mittlerweile sind der Schutz des Finanzsystems und der gute Ruf des Bankenplatzes Schweiz gleichwertige Aufsichtsziele. Dies wird unterlaufen, indem Unternehmen bankähnliche Geschäfte tätigen, ohne die dazu notwendigen Voraussetzungen wie u.a. genügend Kapital, fähiges Management, adäquate Organisation, Risikomanagement und Revision zu erfüllen.

Aufsichtsrechtliche Liquidation

Erfüllt eine Gesellschaft die Bewilligungsvoraussetzungen nicht, oder nicht mehr, ist die EBK zum Eingriff befugt

und kann je nach Schwere des Verstoßes die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verlangen oder, wenn das nicht möglich ist, die Liquidation des Unternehmens. Letztere findet bei Überschuldung nach den Regeln des bankengesetzlichen Konkurses statt.

Diese Massnahmen und Kompetenzen der EBK sind nicht umstritten, soweit eine einmal bewilligte Bank im Verlauf ihrer Geschäftstätigkeit die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt und als ultima ratio liquidiert werden muss. Immer wieder Anlass zu Diskussionen gab indessen die Befugnis der EBK, Marktteilnehmer, die keine Bewilligung hatten und mangels Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen auch nicht erhalten konnten, nach den bankengesetzlichen Regeln zu liquidieren.

Das Bundesgericht hat in der Vergangenheit die Kompetenz der EBK – und im Bereich der Geldwäschereiaufsicht der Kontrollstelle – wiederholt bestätigt, solche Marktteilnehmer aufspüren zu können und dann nach den Regeln des Aufsichtsrechts zu liquidieren. Diese Kompetenz muss heute als gesichert angesehen werden und wird unter dem am 1. Januar 2009 vollständig in Kraft tretenden FINMAG ausdrücklich bekräftigt.

Die Krux: Wann liegt eine Banktätigkeit vor?

Das Bankengesetz definiert selber überraschenderweise nicht, welche Tätigkeiten eine Unternehmung zu einer Bank machen. Der Gesetzgeber befand 1934, dass dies den Entwicklungen des

Marktes überlassen werden sollte. Dabei ist es bis heute geblieben.

Die heute geltende Verordnung zum Bankengesetz knüpft in Art. 2a die Banktätigkeit an das klassische Zinsdifferenzgeschäft an: Ein Bankgeschäft liegt vor, wenn jemand die gewerbmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen zum Zweck der Vergabe von Krediten an mit der Bank nicht verbundene Dritte betreibt oder hierfür Werbung im Publikum macht. Dies bedingt die Unterstellung unter das Bankengesetz. Seit dem 1. April 2008 ist darin auch das Betreiben des Devisenhandels eingeschlossen, sofern Kundengelder gepoolt werden. Nicht zur Banktätigkeit gehört trotz des in der Schweiz verankerten Universalbankenprinzips der Handel mit Effekten. Dieser bedarf einer gesonderten Effekthändlerbewilligung gemäss Börsengesetz. Ebenfalls gesondert geregelt und dem Kollektivanlagegesetz unterstellt sind sämtliche Erbringer von Finanzdienstleistungen im Bereich der kollektiven Kapitalanlage (Fondsleitungen, Investmentgesellschaften, Asset Manager von Anlagefonds, Vertriebsträger) mit Ausnahme der Depotbank, welche als Bank dem Bankengesetz untersteht.

Bankeinlagen sind somit *Fremdkapital*, die aus Gründen des Gläubigerschutzes eines besonderen Regimes mit Bewilligung und Aufsicht über die Akteure bedürfen.

Gleichwohl bleiben Abgrenzungsprobleme. Damit nicht jeder Terminkauf oder –kredit eine Unterstellung unter das Bankengesetz nach sich zieht, enthält Art. 3a der Verordnung eine Liste von *Ausnahmen*, die solche Handlungen

nicht als Banktätigkeiten qualifizieren, obwohl eine gewisse Finanzierungstätigkeit damit verbunden ist. Dabei stellt die Verordnung auf den wirtschaftlichen Zweck des Geldflusses ab, nicht auf die Bezeichnung der Einlagen.

Einzelne dieser Ausnahmen sind «klar» und sofort einsehbar. So ist eine Anleiheobligation, die den Regeln des OR genügt, trotz des Fremdkapitalcharakters keine Bankeinlage. Ebenso gelten Kundenabwicklungskonti externer Vermögensverwalter (sofern dafür kein Zins entrichtet wird), Finanz- und Tresoriegesellschaften von Nichtbankkonzernen, oder Anlagetätigkeiten gemäss der beruflichen Vorsorge nicht als Banktätigkeiten. Andere Ausnahmen sind nicht ohne Weiteres einsichtig: So liegt keine Publikumseinlage vor, wenn weniger als 20 Einleger vorhanden sind, oder aber bei Beteiligungen qualifizierter Anleger an Gesellschaften, Einlagen anderer Finanzintermediäre, Einlagen bei Vereinen, Stiftungen oder Genossenschaften, die letztlich der gemeinsamen Selbsthilfe dienen. Rein politisch bedingt ist schliesslich die Ausnahme zugunsten der Betriebssparkassen, bei denen die Angestellten angesichts des Klumpenrisikos von Arbeitsstelle, Pensionskasse und Erspartem gerade einen höheren Schutz benötigten.

Eine nicht bewilligte Banktätigkeit liegt deshalb immer dann vor, wenn Unternehmen Werbung machen oder tatsächlich Gelder entgegennehmen, für die sie den Investoren Zins oder «garantierte Renditen» versprechen, die zu meist unrealistischerweise über dem Marktzins gängiger Obligationen – auch risikoreichen – liegen. Nicht von ungefähr kommen solche Geschäfte häufig in einer unlauteren Form vor, sogenannten «Schneeballgeschäften» ähnlich, bei

denen den ersten Investoren diese Renditen noch mit den Neueinlagen anderer Anleger zurückbezahlt werden, die Weiteren aber bald mangels «Neukunden» leer ausgehen. Es ist immer wieder erstaunlich, wie viele Leute der Verlockung auf schnelles Geld nachgeben und von solchen Akteuren über den Tisch gezogen werden und ihre ganze Einlage verlieren. Die Liquidation dieser Akteure und Verbote mit Strafandrohung gegen deren Exponenten sind deshalb die Regel. Eine nachträgliche «Legitimierung» durch Bewilligungserteilung, sofern von den Akteuren überhaupt in Erwägung gezogen, scheidet in aller Regel, da diesen Gesellschaften mangels materieller Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen eine solche auch gar nicht erteilt werden könnte (zu wenig Kapital, fehlende Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit, mangelhafte Organisation etc.).

Schwierigkeiten kann in der Praxis die Abgrenzung verbotener faktischer Banktätigkeit mit erlaubter Tätigkeit v.a. im Bereich der Finanzierung im Zusammenhang mit Kauf- und Dienstleistungsverträgen, aber auch Formen von Venture Capital, bieten. So ist gemäss der Ausnahme in Art. 3a lit. a. BankV keine Banktätigkeit gegeben, wenn Zahlungen im Zusammenhang mit Sach- und Dienstleistungen geleistet werden, oder aber der Sicherung solcher Geschäfte dienen (Escrow Agency). Es liegt auf der Hand, dass Akteure, die eigentlich eine unbewilligte Banktätigkeit betreiben, versuchen, diese als Dienstleistung zu tarnen, damit sie unter diese Ausnahme fallen. Es ist dann die Aufgabe der EBK bzw. der von ihr eingesetzten Untersuchungsbeauftragten, den Sachverhalt genau zu ermitteln und zu klären, ob tatsächlich Dienstleistungen

(oder Sachlieferverträge) existieren bzw. angeboten werden oder ob diese nur vorgeschoben werden. Ist Letzteres der Fall, wird die EBK auf die tatsächlichen Geschäfte bzw. den eigentlichen Zweck abstellen und durch die aufgebaute Struktur hindurchschauen und die Akteure liquidieren.

Da im Einzelfall die Abgrenzung zwischen bewilligungspflichtiger und befreiter Tätigkeit eine Gratwanderung bedeuten kann, empfiehlt es sich, der EBK rechtzeitig vor Geschäftsaufnahme einer allenfalls kritischen Tätigkeit das Geschäftsmodell abstrakt und auf einer «no-name basis» zu unterbreiten und einen sog. no-action letter zu beantragen, der attestiert, dass, solange einzig das unterbreitete Geschäftsmodell getätigt wird, keine Bewilligung benötigt wird. ■

In eigener Sache

Wir gratulieren Frau **Rechtsanwältin PD Dr. Sabine Kilgus LL.M.** zu ihrer Wahl als Mitglied der Eidgenössischen Bankenkommision per 1. Januar 2008 sowie auch zu ihrer Wahl in den Verwaltungsrat der neuen integrierten Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) per 1. Februar 2008. Diese Wahl ist nicht nur Anerkennung ihrer langjährigen Lehrtätigkeit an den Universitäten Zürich und St. Gallen sowie am Swiss Finance Institute zu den Themen Finanzmarkt- sowie Vertrags- und Gesellschaftsrecht, sondern gleichzeitig auch Ausdruck des Vertrauens des Bundesrates in die fachlichen Kompetenzen von Sabine Kilgus im gesamten Bank- und Kapitalmarktrecht. Die neue Berufung und die sich stellenden, anspruchsvollen Herausforderungen führen dazu, dass Sabine Kilgus bei Lutz Rechtsanwälte inskünftig den Status einer Konsultantin einnehmen wird. Wir freuen uns auf die weitere, interessante Zusammenarbeit mit ihr. ■

Wir freuen uns, Ihnen mitteilen zu können, dass Frau **Rechtsanwältin Irène Biber** seit 1. Januar 2008 Partnerin unserer Kanzlei ist und freuen uns über diese Verstärkung. Irène Biber hat ihr Rechtsstudium an der Universität Zürich im Jahr 1986 abgeschlossen und arbeitet seit 1996 bei Lutz Rechtsanwälte. Sie ist Fachrichterin am Mietgericht Horgen und war mehrere Jahre als Ersatzrichterin am Bezirksgericht Horgen tätig. ■

Wir gratulieren Herrn **Rechtsanwalt Christopher Tillman LL.M.** zum Erwerb des Fachanwaltstitels des Schweizerischen Anwaltsverbandes SAV als Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht. Dieser Titel zeichnet sein Wissen und seine Erfahrung als Bauanwalt in allen bau- und immobilienrechtlichen Fragen im privaten und öffentlichen Recht aus. Christopher Tillman ist Mitglied der Kammer unabhängiger Bauherrenberater des SVIT (KUB) sowie der Kammer der Fachanwälte SAV Bau- und Immobilienrecht des Schweizerischen Anwaltsverbandes. ■

Dr. Peter Lutz LL.M.

Lic.iur. Romeo Da Rugna

Dr. Stefan H. Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann

Dr. Jörg Witmer LL.M.

Lic.iur. Rolf Kuhn LL.M.

Lic.iur. Irène Biber

Lic.iur.

Christopher Tillman LL.M.
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

PD Dr. Sabine Kilgus LL.M.
Konsultantin

Dr. Christian Christen LL.M.

Lic.iur. Ivo Meyer

Humor

Bei einer Stellenausschreibung in einem großen Konzern bleiben schliesslich nur noch drei Kandidaten übrig: Ein Mathematiker, ein Physiker und ein Jurist. Alle drei Kandidaten werden zu einem letzten Test eingeladen. Als Erster bekommt der Mathematiker die Frage gestellt: «Was ist die Summe von $1 + 1$?» Die Antwort des Mathematikers: «Zwei». Auch dem Physiker wird diese Frage gestellt. Seine Antwort: «Zwischen 1,999999 und 2,000001». Als Letzter wird der Jurist reingebeten. Wieder die bekannte Frage: «Was ist die Summe von $1 + 1$?» Der Jurist schaut sich um, ob die Tür geschlossen ist und meint dann: «Meine Herren, welches Ergebnis hätten Sie denn gern...?»

Forchstrasse 2 · Kreuzplatz

Postfach

8032 Zürich

Switzerland

Phone +41-44-560 80 80

Fax +41-44-560 80 90

lawyer@lawyerlutz.ch

Eingetragen
im Anwaltsregister

Zertifiziert nach
EN ISO 9001 : 2000