

## 50 Jahre Stockwerkeigentum: Aktuelle Herausforderungen

**SEIT DEM JAHRE 1965, UND DAMIT SEIT 50 JAHREN, GIBT ES IN DER SCHWEIZ STOCKWERKEIGENTUM. IMMER MEHR DIESER WOHNUNGEN WERDEN NUN ÜBER 40- BIS 50-JÄHRIG UND DAMIT SANIERUNGSBEDÜRFTIG. WEIL SICH DIE VERSCHIEDENEN BESITZER VON EIGENTUMSWOHNUNGEN AUF EIN GEMEINSAMES VORGEHEN EINIGEN MÜSSEN, SIND PROBLEME VORPROGRAMMIERT.**

### Erfolgsmodell Stockwerkeigentum

Stockwerkeigentum ist unvermindert begehrt. Dies nicht zuletzt, weil von Nichtbaufachleuten eine fertige Wohnung ab Plan gekauft wird, bei welcher aus vergleichsweise wenigen vorge-schlagenen Materialien der Innenausbau relativ einfach selber mitbestimmt

werden kann. Man muss somit nicht in das Feld der Bautechnik eindringen, sondern kann nur noch den «Finish» der eigenen Wohnung, und damit was man effektiv sieht, mitbestimmen. Eine erhebliche Erleichterung für Laien im Bauwesen.

### Abtretung der Mängelrechte

Das mit Abstand häufigste Modell des Kaufs von Stockwerkeigentum ab Plan ist in der Praxis oft ein Modell zu Gunsten der Investoren und Ersteller von Stockwerkeigentumswohnungen, weil der Käufer bei vertraglichen Einflussversuchen immer unterliegt: «Take it or leave it» heisst es dann. Auch ein schlechtes Stockwerkeigentumsreglement, einfachheitshalber aus dem Internet kopiert, kann beim Kauf vom einzelnen Kaufinteressenten nicht geändert werden, da naturgemäss alle das gleiche Reglement haben müssen. Zudem nehmen Notare gemäss Gesetz und in der Praxis an sich keinen Einfluss auf den Inhalt des Vertrages. Mit anderen Worten steht der Käufer ohne Schutz da, wenn er selber nicht von Spezialisten anwaltlich beraten ist. Das gipfelt dann in den Klauseln in Kaufverträgen,



Christopher Tillman

wonach die Verkäuferschaft der Käufer-schaft sämtliche Mängelrechte abtritt. Was bei Vertragsunterzeichnung für den Käufer gut tönt, erweist sich später im Durchsetzungsfall als schwierige Angelegenheit. Zum einen weiss der Käufer nicht, wer überhaupt tatsächlich am Gebäude gearbeitet hat und zum anderen verfügt er nicht über deren Werkverträge und kennt insbesondere deren Werkabnahmetermine nicht. Die Käufer-schaft weiss mit anderen Worten weder, an wen sie sich wenden soll, noch welchen Gerichtsstand sie nötigenfalls benützen muss und wann die in der Praxis durchaus üblichen vertraglichen 2- und 5-Jahres-Fristen für die Mängelrügen ablaufen. Das ist namentlich dann problematisch, wenn für einen Wasser-

*Fortsetzung Seite 2*

## Inhalt

Seite

**50 Jahre Stockwerkeigentum:  
Aktuelle Herausforderungen** 1

**Neue Meldepflichten bezüglich  
Aktionären, Gesellschaftern  
und wirtschaftlich Berechtigten  
seit dem 1. Juli 2015** 3

**Änderungen des Strafgesetzbuches sowie des Geldwäschereigesetzes aufgrund der GAFI-Empfehlungen** 6

**Das Replikrecht als Teilaspekt  
des Anspruchs auf rechtliches  
Gehör** 7

**Ein Jahr gemeinsame elterliche  
Sorge als Regelfall** 9

### Fortsetzung von Seite 1

schaden gleich das Handwerk mehrerer Unternehmer als noch zu findende Ursache in Frage kommt. Ein dann beginnender juristischer Spiessrutenlauf gegen mehrere Unternehmer ist kostspielig und Bedarf wiederum der Zustimmung der Mehrheit der Stockwerkeigentümer, wenn gemeinschaftliche Teile betroffen sind. Selbst eine Verjährungsunterbrechung erweist sich dann in der Baurechtspraxis plötzlich als schwierig, wenn mehrere mögliche Verursacher des Schadens in Frage kommen. Gesetzlicher Handlungsbedarf ist hier ausgewiesen.

### Altersstruktur der Eigentümer

Ein zweites Hauptproblem bildet die sich verändernde Altersstruktur der Eigentümer. Bei der Begründung von Stockwerkeigentum befinden sich die Mitglieder einer Stockwerkeigentümergeinschaft (STWEG) meist in einer ähnlichen Lebenssituation. Mit fortschreitender Dauer wird die Zusammensetzung vielfältiger und heterogener: Einzelne Wohnungen werden verkauft, vererbt oder vermietet. Pensionierte scheuen oft die Umtriebe einer Sanierung und einzelne Mitglieder können oder wollen die Kosten dafür nicht aufbringen. Eine Erneuerung in einer STWEG durchzusetzen erfordert grosse Ressourcen und umso mehr, wenn die finanziellen Mittel fehlen und die Interessen und Ziele der Eigentümer differieren. Auch wer weiss, dass er in 1 bis 2 Jahren umziehen wird, wird keinen Investitionen zustimmen. Das führt in der Praxis unweigerlich zu einem Sanierungsstau.

### Erneuerungsfonds

Ein drittes gewichtiges Hauptproblem betrifft den Erneuerungsfonds, in den

die Eigentümer jährlich einen Betrag einzahlen. Obwohl vom Gesetz nicht vorgeschrieben, ist ein solcher Fonds zwar häufig vorhanden. Allerdings ist er nach den Erfahrungen und nach der Einschätzung der Bautechniker meist zu schwach dotiert, um eine Gebäudesanierung zu finanzieren. So reichen die Mittel in der Regel zwar für den Unterhalt, nicht aber für die Sanierung und Erneuerung, die nach 40 bis 50 Jahren unweigerlich ansteht. Ab einem Alter von 40 bis 50 Jahren benötigen Gebäude in der Regel eine umfassende Sanierung. So an den gemeinschaftlichen Teilen wie insbesondere Dach, Fassaden, Fenster, Storen/Rollläden, Heizung, Leitungen Sanitär und Leitungen Elektrisch und einiges mehr. Dies macht zusammen mit dem Rohbau etwa zwei Drittel des Gebäudewerts aus. Der Anteil des Sonderrechts, also der eigenen Wohnung, beträgt lediglich ein Drittel. Alles muss zwingend entsprechend seiner Lebensdauer erneuert werden, denn ein Rückstand bei der Erneuerung belastet die eigene Lebensqualität, die Energieeffizienz mit entsprechenden höheren Betriebskosten und die Verkaufsattraktivität der Wohneinheiten. Auch in den Protokollen der Miteigentümersammlung protokollierte Streitigkeiten und Diskussionen darüber vermindern die Verkaufsattraktivität. Die Kapitalvernichtung ist dann gross. Die in den letzten Jahren herumgebotene Empfehlung des Schweizerischen Hauseigentümerverbandes oder kantonaler Hauseigentümerverbände, die lediglich 0,3 bis 0,5% der Erstellungskosten (Tiefbau, Hochbau, Aussenraum) als jährliche Einlage in den Erneuerungsfonds empfehlen, muss kritisch hinterfragt werden. Selbst die 0,5% bedeuten grob gesagt, dass die Bauinvestitionen sich einmal alle 200

Jahre ersetzen lassen. Das ist schlicht unrealistisch. Laut einer im Jahre 2010 veröffentlichten Studie der Fachhochschule Luzern (HSLU) zum Erneuerungsfonds im Stockwerkeigentum ist in über 80% der STWEG ein solcher zwar vorhanden. Jedoch reichen die angesparten Gelder im Erneuerungsfonds dabei grossmehrheitlich bei weitem nicht aus, um für sämtliche Sanierungskosten aufzukommen. Die Studie kam zum Ergebnis, dass im Durchschnitt weniger als die Hälfte der gemeinschaftlichen Erneuerungskosten durch den Erneuerungsfonds abgedeckt sind und dadurch die Miteigentümer die Gelder zum Zeitpunkt der Sanierung zahlen müssen. Es fehlen schlicht entsprechende Anreize für einen gut dotierten Erneuerungsfonds, so dass kein Miteigentümer auf den ersten Blick gewillt ist, hohe jährliche Einzahlungen in den Erneuerungsfonds zu leisten. Was passiert aber, wenn ein 85-jähriger oder eine frisch eingezogene junge Familie dafür kein Geld (mehr) haben? Freiwillige Vorsorge der STWEG durch realistische 1,0% jährlich oder ein gesetzliches Obligatorium tun Not. Zudem: Irgendwann steht unweigerlich der Abbruch der Bauten an. Dieser Fall muss daher in einer Langfristplanung vorhanden und ein Termin lange im Voraus bestimmt sein. Zudem müssten dafür Rückstellungen gemacht werden, die eine Neuerstellung finanzieren. Ein nachweislich zu hoher oder nie benötigter Vermögenszuwachs aus dem Erneuerungsfonds könnte idealerweise dafür jährlich vorgesehen werden.

### Inkasso der Gemeinschaftsbeiträge

Die Gemeinschaftsbeiträge der Stockwerkeigentümer sind die Finanzierungsquelle der Gemeinschaft. Als Sicherheiten gibt es nur das Gemeinschafts-

pfandrecht (Art. 712i des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB]) und das Retentionsrecht (Art. 712k ZGB). In der Praxis erweist sich die rechtliche Durchsetzung jeweils als umständlich, langatmig und teuer. Es stellt sich daher die Frage nach einfacheren Möglichkeiten wie etwa ein Privileg bei der Eintragung des Gemeinschaftspfandrechts analog zum Bauhandwerkerpfandrecht.

#### Internes Kräfteverhältnis

Die STWEG fällt in der Regel Mehrheitsbeschlüsse. Manchmal ist aber Einstimmigkeit erforderlich. Ein Querulant kann daher heute die STWEG blockieren. Ein

Ausschluss kommt nur als letztes Mittel in Frage und hat sehr hohe juristische Hürden. Es stellt sich daher die Frage, wie das Kräfteverhältnis zugunsten der STWEG verschoben werden kann. Zudem ist die Gemeinschaft keine juristische Person und hat nur beschränkte Handlungsfähigkeit (Art. 712l ZGB). Die STWEG hat insbesondere keine Kreditfähigkeit und kann daher bauliche Massnahmen nicht fremdfinanzieren. So stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber die STWEG als juristische Person ausgestalten soll. Zudem müsste die Frage einer Gesetzesbestimmung geprüft werden, welche die Verlängerung eines Baurechts der

STWEG einem Mehrheitsbeschluss anstelle der heute nötigen Einstimmigkeit unterstellt.

#### Kein gesetzlicher Revisionsbedarf?

Gemäss der Stellungnahme des Bundesrates vom 12. November 2014 zu einem Postulat von Nationalrat Andrea Caroni will der Bundesrat keine Prüfung einer Gesetzesrevision. Nach dem Gesagten wäre meines Erachtens demgegenüber eine Teilrevision des Stockwerkeigentumsrechts im ZGB durchaus hilfreicher als künftiger juristischer Zündstoff über die Zukunft des eigenen Wohnens im Stockwerkeigentum. ■

## Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten seit dem 1. Juli 2015

**MIT DER GESETZESÄNDERUNG VOM 12. DEZEMBER 2014 HAT DAS PARLAMENT U. A. DAS SCHWEIZERISCHE ZIVILGESETZBUCH (ZGB) SOWIE DAS SCHWEIZERISCHE OBLIGATIONENRECHT (OR) ANGEPAST UND WICHTIGE BESTIMMUNGEN DIESER GESETZESÄNDERUNGEN SIND BEREITS ZUM 1. JULI 2015 IN KRAFT GETRETEN. DAZU GEHÖREN INSBESONDERE DIE VORSCHRIFTEN BETREFFEND DER ERHÖHUNG DER TRANSPARENZ BEI JURISTISCHEN PERSONEN UND BEI ANTEILSINHABERN JURISTISCHER PERSONEN.**

Die Gesetzesänderungen führen zu neuen Pflichten für den Verwaltungsrat nicht börsenkotierter Aktiengesellschaften (AG), für die Geschäftsführung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), für die Verwaltung von Genossenschaften sowie auch für das oberste Stiftungsorgan von Familien- und kirchlichen Stiftungen. Hinzu kommen neue Meldepflichten für die Aktionärinnen und Aktionäre nicht

börsenkotierter AGs sowie für die Inhaberinnen und Inhaber von GmbH-Stammanteilen: Es besteht dringender Handlungsbedarf.

#### Hintergrund und Zweck der Gesetzesänderungen zum 1. Juli 2015

Hintergrund der Änderungen ist das Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der *Groupe d'action financière* bzw. der *Financial*

*Action Task Force* (GAFI/FATF), die bereits 1989 anlässlich des G7-Gipfels in Paris gegründet wurde, und die sich seither zur wichtigsten Expertengruppe für die internationale Zusammenarbeit im Kampf gegen die Geldwäscherei und die Terrorismusfinanzierung entwickelt hat. Die Schweiz selber ist dem Gremium im Jahr 1990 beigetreten. Obwohl

Fortsetzung Seite 4

*Fortsetzung von Seite 3*

es sich bei der GAFI um keine internationale Organisation im Sinne des Völkerrechts handelt und die GAFI-Empfehlungen selber keine Rechtsnormen sind, wird die internationale Durchsetzung der 40 GAFI-Empfehlungen und deren Umsetzung in nationales Recht durch Überwachungs- und Ächtungsmassnahmen international vorangetrieben. So führt GAFI regelmässig Länderexamen durch, bei denen überprüft wird, ob die GAFI-Empfehlungen im Bereich der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung in den jeweiligen Ländern eingehalten werden.

Bei der im Oktober 2005 erfolgten Länderprüfung durch die GAFI erhielt die Schweiz in Bezug auf die Transparenz bei juristischen Personen das Prädikat **«nicht konform»**. Grund hierfür war, dass Inhaberaktien, die dem Aktionär (interne) Anonymität gewähren, die Anforderungen der GAFI-Empfehlung No. 33 (2003) nicht erfüllten. Zwischen 2009 bis 2012 nahm GAFI ihrerseits eine Revision bzw. Verschärfung ihrer Empfehlungen vor und legte mit der Empfehlung No. 24 einen revidierten internationalen Standard in Bezug auf die Transparenz juristischer Personen fest.

Neben dem GAFI widmet sich auch ein weiteres Gremium, das sog. *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* (Global Forum) der Abschaffung von Anonymitäten bei juristischen Personen. Hier allerdings aus fiskalischer Sicht, zwecks Erhöhung der Transparenz und des Informationsaustausches zu Steuerzwecken auf internationaler Ebene. Beim Global Forum handelt es sich um ein im Jahr 2000 gegründetes und unter der Aufsicht der OECD und der G20 stehendes

Gremium, das seine derzeit 126 Länder-Mitglieder (darunter auch die Schweiz) ebenfalls Länderexamen unterzieht und die Einhaltung der vom Global Forum erlassenen internationalen Standards über Transparenz und Informationsaustausch mittels entsprechendem internationalen Druck auch einfordert.

Sowohl die GAFI-Empfehlung No. 24 wie auch die vom Global Forum festgesetzten Richtlinien, insbesondere A.1.1 und A.1.2, bezüglich erhöhter Transparenz bei juristischen Personen sind von der Schweiz mit der zum 1. Juli 2015 in Kraft getretenen Gesetzesänderung innerstaatlich umgesetzt worden. Gerade noch rechtzeitig, stehen doch die nächsten Länderprüfungen für die Schweiz unmittelbar bevor (durch das GAFI Anfang 2016, durch das Global Forum bereits im Herbst 2015).

### **Die wichtigsten Neuerungen im Überblick:**

#### **Erwerb von Aktien einer nicht an der Börse kotierten Gesellschaft (Art. 697i OR)**

Ab dem 1. Juli 2015 müssen Erwerber von Inhaberaktien nicht börsenkotierter schweizerischer Gesellschaften diesen innert Monatsfrist den Vor- und Nachnamen respektive die Firma sowie die Adresse mitteilen. Jede diesbezügliche Änderung muss der Gesellschaft ebenfalls gemeldet werden.

Der Aktionär hat auch den Besitz seiner Inhaberaktien nachzuweisen und muss sich gegenüber der Gesellschaft folgendermassen identifizieren:

- bei natürlichen Personen: amtlicher Ausweis mit Foto, namentlich Pass, Identitätskarte oder Führerausweis im Original oder in Kopie;
- bei juristischen Personen mit Sitz in der Schweiz: durch Handelsregisterauszug;



*Thomas Reimann*

- bei juristischen Personen mit Sitz im Ausland: aktueller beglaubigter Auszug aus dem ausländischen Handelsregister oder gleichwertige Urkunde.

#### **Meldepflichten bezüglich wirtschaftlich berechtigten Personen (Art. 697j OR)**

Wer allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer nicht an der Börse kotierten Gesellschaft erwirbt und damit den Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen erreicht oder überschreitet, muss der Gesellschaft Vor- und Nachnamen sowie Anschrift der natürlichen Personen mitteilen, für welche er letztendlich handelt (wirtschaftlich berechnete Personen). Die Meldung muss innert Monatsfrist erfolgen. Ebenso muss jede Änderung mitgeteilt werden.

#### **Vorgaben zum Verzeichnis der Inhaberaktiönäre (Art. 697l OR)**

Die Gesellschaft führt ein Verzeichnis über die Inhaberaktiönäre sowie die wirtschaftlich berechtigten Personen unter Angabe des Vor- und Nachnamens oder der Firma, der Adresse, der Staatsangehörigkeit und des Geburtsdatums. Die Belege, die einer der vorgenannten Meldungen zugrunde liegen, müssen noch während zehn Jahren nach Streichung einer Person aus dem Verzeichnis aufbewahrt werden. Zudem muss

gewährleistet werden, dass auf das Verzeichnis in der Schweiz jederzeit zugegriffen werden kann. Eine Parallelregelung gilt auch für die GmbH.

### **Folgen der Verletzung der Meldepflichten für Aktionäre (Art. 697m OR)**

Kommt ein Aktionär der Meldepflicht nicht nach, ruhen seine mit den Aktien verbundenen Mitgliedschaftsrechte. Gleichzeitig kann er Vermögensrechte erst geltend machen, wenn er die Meldung vorgenommen hat. Tut er dies nicht innert eines Monats nach dem Erwerb der Aktien, so sind die Vermögensrechte verwirkt. Holt der Aktionär die Meldung später nach, so entstehen die Vermögensrechte erst ab diesem Zeitpunkt wieder.

### **Vertretung in der Schweiz notwendig (Art. 718 Abs. 4 OR)**

Die Gesellschaft muss durch eine Person – Verwaltungsrat oder Direktor – mit Wohnsitz in der Schweiz vertreten werden können. Diese Person muss neu auch jederzeit Zugang zum Aktienbuch sowie zum oben genannten Verzeichnis der Inhaberaktionäre bzw. wirtschaftlich berechtigten Personen haben.

### **Zwischenlösung: Delegation der Meldepflichten und Führung des Verzeichnisses durch Finanzintermediär (Art. 697k OR)**

Die Erfüllung der neuen Meldepflichten kann, statt durch Meldung an die Gesellschaft, neu auch durch Meldung

an einem Finanzintermediär im Sinne des Geldwäschereigesetzes (SR 955.0) erfolgen. Voraussetzung dazu ist aber ein Beschluss der Generalversammlung, wonach Meldungen, die Inhaberaktien betreffend, nicht der Gesellschaft zu erstatten sind, sondern einem Finanzintermediär, der vom Verwaltungsrat bezeichnet wird. Der Finanzintermediär hat der Gesellschaft jederzeit darüber Auskunft zu erteilen, für welche Inhaberaktien die vorgeschriebenen Meldungen erstattet und der Besitz nachgewiesen wurden.

Diese Möglichkeit bietet immerhin noch eine beschränkte Anonymität für die Inhaberaktionäre, mindestens gegenüber der Gesellschaft und deren Organe, nicht aber gegenüber dem Finanzintermediär.

### **Diese Termine sollten Sie vorab im Auge behalten**

Die Änderungen gelten ab dem 1. Juli 2015, und müssen von den Gesellschaften umgehend umgesetzt werden. Aktionäre, die bereits früher Inhaberaktien erworben haben, unterliegen ebenfalls der Meldepflicht. Für sie gilt betreffend Verwirkung der Vermögensrechte jedoch eine Übergangsfrist von sechs Monaten, d.h. bis zum 31. Dezember 2015.

### **Fazit**

Mit dem zum 1. Juli 2015 in Kraft getretenen ersten Teil der Gesetzesänderungen wurde die bisherige Inhaberaktie

zwar (noch) nicht abgeschafft, es ist aber mehr als zweifelhaft, ob die Inhaberaktie noch lange überleben wird. Die in Kraft getretenen Änderungen berauben die Inhaberaktie ihres eigentlichen Kerngehaltes: Die Inhaberaktien sind in Zukunft nicht mehr ein typisches Inhaberpapier, weil die blossе, physische Übertragung der Urkunde selber für die Übertragung der Rechte an der Aktie nicht mehr ausreichend sein wird. Die neuen Meldepflichten führen dazu, dass bei der Übertragung der Inhaberaktie immer eine zusätzliche Meldung erstattet werden muss, wenn der Erwerber seine Mitgliedschaftsrechte geltend machen und eine Verwirkung seiner Vermögensrechte verhindern will. Mit der zum 1. Juli 2015 in Kraft getretenen Gesetzesänderung dürfte die bisherige, in der Schweiz stark verbreitete Anonymität bei der Société Anonyme kurz bis mittelfristig dem Untergang geweiht sein.

Es ist anzunehmen, dass von den neuen Meldepflichten neben den rund 50'000 Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien überdies geschätzt rund 80% der rund 206'000 Aktiengesellschaft mit Namenaktien und rund 160'000 Gesellschaften mit beschränkter Haftung über Aktionäre bzw. Anteilsinhaber verfügen, die gemäss Wortlaut des Gesetzes von der Pflicht zur Meldung des wirtschaftlich Berechtigten betroffen sind. Zusätzlich dazu sind alle 9'000 Genossenschaften von der neuen Regelung betroffen.



# Änderungen des Strafgesetzbuches sowie des Geldwäschereigesetzes aufgrund der GAFI-Empfehlungen

**DIE BEVORSTEHENDE LÄNDERPRÜFUNG DER SCHWEIZ HAT NICHT NUR IM SCHWEIZERISCHEN OBLIGATIONENRECHT (OR) FÜR REGULATORISCHE HEFTIK GESORGT, SONDERN FÜHRTE AUCH ZU WEITEREN ÄNDERUNGEN, UNTER ANDEREM IM SCHWEIZERISCHEN STRAFGESETZBUCH (StGB) SOWIE IM GELDWÄSCHEREIGESETZ (GWG, SR 955.0). NACHFOLGEND WERDEN DIESE ÄNDERUNGEN NÄHER ERLÄUTERT.**



Simon Schnetzler

## Änderungen des Strafgesetzbuches

Die GAFI-Empfehlung Nr. 3 verlangt, dass im Hinblick auf eine möglichst breite Abdeckung alle schweren Straftaten als mögliche Geldwäschereivortaten zu betrachten sind. Die Empfehlungen schreiben seit ihrer Revision im Jahre 2012 vor, dass auch schwere Steuerdelikte als Vortatenkategorie zur Geldwäscherei geführt werden. Den Mitgliedstaaten ist es allerdings freigestellt, wie sie schwere Steuerdelikte definieren.

Der Gesetzgeber hat deshalb mit dem Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 12. Dezember 2014 den Tatbestand der Geldwäscherei entsprechend angepasst.

Geldwäscherei begeht, wer Handlungen zur Verschleierung der Herkunft von Vermögenswerten vornimmt. Der Täter muss dabei wissen oder zumindest annehmen, dass die Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren. Der Tatbestand der Geldwäscherei besteht

aus zwei Elementen: «schmutzigen» Vermögenswerten aus einer sog. Vortat und aus der Handlung, mit welcher der Täter die Herkunft dieser Vermögenswerte verschleiert und eine Distanz zwischen Vortat und Vermögenswert schafft.

Bislang waren Steuervergehen wie Steuerbetrug oder Steuerhinterziehung keine geeigneten Vortaten zur Geldwäscherei, da sie keine Verbrechen darstellten. Verbrechen sind Straftaten, die mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind. Steuerbetrug wird dagegen mit Gefängnis oder Busse bis CHF 30'000 bestraft und gilt somit nicht als Verbrechen.

Neu sind Verbrechen «*oder qualifizierte Steuervergehen*» mögliche Vortaten zur Geldwäscherei. Als qualifiziertes Steuervergehen gilt in Bezug auf die direkten Steuern gemäss der neu eingefügten Ziff. 1bis der eben genannte Steuerbetrug, d.h. die Verwendung gefälschter oder unwahrer Urkunden zum Zwecke der Steuerhinterziehung, sofern die hinterzogenen Steuern CHF 300'000 übersteigen.

## Auswirkungen auf Finanzintermediäre

Der schon jetzt umfangreiche Katalog möglicher Vortaten zur Geldwäscherei erfährt mit der Revision eine Erweiterung, die auch Finanzintermediäre zu berücksichtigen haben. Bestehen Anhaltspunkte für einen Steuerbetrug

mit hinterzogenen Werten über CHF 300'000, sind Finanzintermediäre konsequenterweise nach Art. 305ter Abs. 2 StGB berechtigt, eine Verdachtsmeldung an die Meldestelle für Geldwäscherei zu erstatten. Bei weiterer Verdichtung des Verdachts sind sie nach Art. 9 GWG dazu verpflichtet.

Geldwäscherei ist in der Schweiz auch dann strafbar, wenn die Tat im Ausland begangen wurde, sofern die Tat sowohl im Ausland wie auch in der Schweiz strafbar ist. Eine Steuerhinterziehung im Ausland mittels Fälschung oder Gebrauch unwahrer Dokumente führt damit gleichermassen zur Strafbarkeit in der Schweiz (Art. 305bis Abs. 3 StGB). Der Schwellenwert richtet sich dabei nach ausländischer Steuergesetzgebung, was den Finanzintermediär vor die schwierige Aufgabe stellt, nach einer ihm unbekanntem Steuergesetzgebung zu beurteilen, ob der Schwellenwert allenfalls überschritten ist. Ob sich mit Einführung eines Schwellenwertes die Flut von Verdachtsmeldungen nun tatsächlich vermeiden lässt, wie sich das der Bundesrat erhofft, wird sich weisen.

Die Erweiterung des Geldwäschereitattbestandes führt leider auch zu einem Bruch mit dem Grundkonzept der Geldwäscherei, der Verschleierungshandlung an tatsächlich vorliegenden kontaminierten Vermögenswerten. Die Botschaft erklärt dazu: «*Damit Geldwäsche-*

rei vorliegt, ist hingegen ein Gegenstand erforderlich, das heisst Vermögenswerte, die eingezogen werden können. Damit ist erforderlich, dass ein Erfolg eingetreten ist, in diesem Fall dass die Steuern tatsächlich hinterzogen wurden.» Woher bei einer Steuerhinterziehung bzw. einer Steuerersparnis ein kontaminierter Gegenstand herkommen soll bzw. wie dieser lokalisiert werden soll, bleibt allerdings auch nach diesen Ausführungen völlig unklar. Gleichermassen ist ein «paper trail» bei diesem Konzept nicht mehr ersichtlich.

#### **Anpassungen des Geldwäschereigesetzes**

Die GAFI-Empfehlungen verlangen nicht nur die Aufnahme von schweren Steuerdelikten in den Vortatenkatalog zur Geldwäscherei, sondern möchten die Aufzeichnungs- und Sorgfaltspflichten

von Finanzintermediären grundsätzlich auch auf «ausgewiesene Unternehmen und Berufe ausserhalb des Finanzbereichs» zur Anwendung bringen. Dorn im Auge waren unter anderem Immobilienhändler, Notare und Anwälte, insbesondere bei der Abwicklung von Immobiliengeschäften.

Der Gesetzgeber hat diese Kritik aufgenommen, dabei aber auf den Umfang des Rechtsgeschäftes abgestellt. Neu dürfen Kaufgeschäfte, unabhängig vom Gegenstand, nur noch bis zu einem Betrag von CHF 100'000 in bar bezahlt werden. Über diesen Grenzwert hinaus ist entweder ein Finanzintermediär beizuziehen oder die involvierten Personen (Notare, Rechtsanwälte oder Immobilienhändler) haben als sog. Händler spezifische Pflichten gemäss Geldwäschereigesetz zu beachten (u.a. Identifizierung der Vertrags-

partei, Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person, Dokumentationspflicht). Das Geldwäschereigesetz wird zudem in weiteren Bereichen punktuell angepasst. So wird die bereits in der Praxis bestehende Pflicht von Finanzintermediären zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person bei juristischen Personen gesetzlich formalisiert und der Begriff der politisch exponierten Person (PEP) wird ausgedehnt.

#### **Inkrafttreten**

Die neuen Regelungen im Strafgesetzbuch sowie im Geldwäschereigesetz werden per 1. Januar 2016 in Kraft treten. Dabei gilt insbesondere, dass keine Rückwirkung erfolgt, entsprechend beziehen sich die Änderungen im Strafrecht nur auf qualifizierte Steuervergehen, die nach dem 1. Januar 2016 begangen worden sind. ■

## Das Replikrecht als Teilaspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör

**GEMÄSS ART. 29 ABS. 2 DER SCHWEIZERISCHEN BUNDESVERFASSUNG (BV) UND ART. 6 ZIFF. 1 DER EUROPÄISCHEN MENSCHENRECHTSKONVENTION (EMRK) HABEN DIE PARTEIEN EINES RICHTSVERFAHRENS ANSPRUCH AUF RECHTLICHES GEHÖR. DIESE GARANTIE UMFASST AUCH DAS RECHT, VON DEN BEIM RICHTER EINGEREICHTEN STELLUNGNAHMEN KENNNTNIS ZU ERHALTEN UND SICH DAZU ÄUSSERN ZU KÖNNEN. DAS BUNDESGERICHT SPRICHT IN DIESEM ZUSAMMENHANG VOM SOG. «REPLIKRECHT».**

Der Anspruch einer Partei, im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu replizieren, bildet einen wesentlichen Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Das auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützte Replikrecht gilt für alle gerichtlichen Verfahren, auch solche, die nicht in den Schutzbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen.

Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt daher grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides.

Aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29

Abs. 2 BV) ergibt sich in allen Verfahren vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden, mithin allen Arten von Verfahren, die durch individuellkonkrete Anordnung abzuschliessen sind, das Recht, sich zu Eingaben von Vorinstanz oder Gegenpartei («Vernehmlassung», «Stel-

Fortsetzung Seite 8

*Fortsetzung von Seite 7*

lungnahme» und dergleichen) zu äussern, soweit die darin vorgebrachten Noven prozessual zulässig und materiell geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen.

Von diesem Replikrecht i.e.S. zu unterscheiden ist in den Gerichtsverfahren, die Art. 6 Ziff. 1 EMRK unterliegen, die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entwickelte Möglichkeit, zu jeder Eingabe von Vorinstanz oder Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten (vom Bundesgericht als «Recht auf Kenntnisnahme von und Stellungnahme zu Eingaben der übrigen Verfahrensbeteiligten» bezeichnet). Die Praxis des Bundesgerichts hat (auch) dieses Recht auf Gerichtsverfahren ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ausgedehnt.

Nach der Praxis des EGMR zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist es grundsätzlich Sache der Parteien zu beurteilen, ob eine Vernehmlassung neue Argumente enthält und eine Stellungnahme erfordert. Die betroffene Partei muss sich im Verfahren zu der entsprechenden Notwendigkeit aus ihrer Sicht äussern können. Es ist ihr die Möglichkeit zu gewähren, ihren Standpunkt zu den Vorbringen in der Vernehmlassung vorzutragen. Diese Anforderungen werden missachtet, wenn das Gericht eine Vernehmlassung zwar zustellt, aber einen Antrag auf Replik mit Zwischenverfügung abweist. Unzulässig ist es ferner, eine unaufgefordert eingereichte Stellungnahme des Beschwerdeführers zu einer solchen Vernehmlassung im Endentscheid aus den Akten zu weisen. Die Konventionsbestimmung wird auch dann verletzt,

wenn das Gericht bei der Zustellung einer Vernehmlassung an die andere Partei zum Ausdruck bringt, der Schriftenwechsel sei geschlossen; damit wird dieser Partei die Möglichkeit zur Stellungnahme abgeschnitten.

Gehen in einem Gerichtsverfahren Vernehmlassungen und Stellungnahmen von Parteien und Behörden ein, so werden diese den übrigen Verfahrensbeteiligten im Allgemeinen zur Kenntnisnahme zugestellt. Diese Zustellung kann verbunden werden mit der Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels. Ferner kann das Gericht zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Eingaben den Verfahrensbeteiligten mit förmlicher Fristansetzung zur freigestellten Vernehmlassung zukommen lassen. Schliesslich wird eine neu eingegangene Eingabe den Parteien häufig ohne ausdrücklichen Hinweis auf allfällige weitere Äusserungsmöglichkeiten zur (blossen) Kenntnisnahme übermittelt.

Kommen Verfahrensbeteiligte, welche eine solche Eingabe ohne Fristansetzung erhalten haben, zum Schluss, sie möchten nochmals zur Sache Stellung nehmen, so sollen sie dies aus Gründen des Zeitgewinns tun, ohne vorher darum nachzusuchen. Nach Treu und Glauben hat dies umgehend zu erfolgen. Das Bundesgericht wartet in diesem Fall in den bei ihm geführten Verfahren mit der Entscheidfällung ab, bis es annehmen darf, dass der Adressat auf eine weitere Eingabe verzichtet habe, wobei von einer Partei, die eine nicht einfach verständliche schriftliche Auskunft zur Kenntnisnahme erhält, nicht erwartet werden darf, dass sie darauf innert weniger Tage reagiert. In einer allgemeinen Formulierung hielt das Bundesgericht fest, dass jedenfalls vor Ablauf von zehn Tagen nicht, hingegen nach 20 Tagen



Romeo Da Rugna

von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden darf.

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass der formelle Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs einer Partei praktisch zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens eine Möglichkeit eröffnet, zu einem neu zu den Akten fallenden Dokument noch einmal etwas zu sagen. In praktischer Hinsicht ist demgegenüber häufig abzuwägen, ob mit der eigenen neuen Eingabe tatsächlich noch einmal etwas Wesentliches zum Prozessstoff beigetragen werden kann, das nicht bereits ein- oder mehrfach gesagt wurde und das für den Entscheid der urteilenden Behörde tatsächlich noch relevant sein kann. Gerade auch bei der Ausübung des Replikrechts gilt häufig: «Weniger wäre mehr gewesen».

## Humor

Müller geht an Krücken und trifft einen Freund. «Was ist Dir denn passiert?» «Autounfall.» «Schrecklich. Kannst Du nicht mehr ohne Krücken gehen?» «Weiss nicht. Mein Arzt sagt ja, mein Anwalt nein...»



# Ein Jahr gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall

## ERSTE ERFAHRUNGEN AUS UND MIT DER PRAXIS ZUM GEMEINSAMEN SORGERECHT

### Bei Scheidung oder Trennung verheirateter Eltern

Bei einer Scheidung oder Trennung *verheirateter Eltern* soll das Kind im Gegensatz zu früher weiterhin unter der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter bleiben. Nur wenn es zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist, überträgt das Gericht in einem Scheidungs- oder Eheschutzverfahren einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge (Art. 298 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB]). Genügte bis zum Inkrafttreten dieser neuen Regelung am 1. Juli 2014 die Opposition eines Elternteiles gegen die gemeinsame Sorge, um diese dem andern Elternteil zu entziehen und dem bisher hauptsächlich betreuenden Elternteil zuzuteilen, hat mit dem Inkrafttreten der neuen Regelung bei Gerichten, Behörden und im Bereich des Familienrechts tätigen Rechtsanwälten rasch ein Umdenken stattgefunden.

Erste kantonale Gerichtsentscheide lassen erkennen, dass *Streit oder Kommunikationshemmnisse unter den Eltern* alleine nicht als genügende Gründe angesehen werden, um die elterliche Sorge einem Elternteil alleine zuzuteilen (vgl. bspw. Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 17. September 2014, ZK 14/183 in CAN 2/2015 S. 70 ff.; anders ein vom Bundesgericht in seinem Entscheid 5A\_923/2014 vom 27.08.2015 geschützter Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürichs in einem Fall unverheirateter Eltern, deren erheblich und chronisch gestörte Kommunikation zu einem Loyalitätskonflikt des Kindes geführt hatte). Vielmehr müs-

sen die Gründe für die sogenannte Alleinsorge derart gelagert sein, dass sie ohne Scheidungsverfahren eine Intervention der Kindesschutzbehörde (KESB) und den Entzug der elterlichen Sorge als ultima ratio im Katalog der Kindesschutzmassnahmen rechtfertigen würde. Dies ist gemäss Art. 311 ZGB dann der Fall, wenn Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen, Abwesenheit, Gewalttätigkeit oder ähnliche Gründe den betroffenen Elternteil an der pflichtgemässen Ausübung der elterlichen Sorge hindern, oder er sich nicht ernstlich um das Kind gekümmert bzw. die Pflichten dem Kind gegenüber grob verletzt hat (in diesem Sinne auch der vorerwähnte Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 17. September 2014).

Schliesslich muss die Anordnung der Alleinsorge dem Kindeswohl nützen; ändert sich durch den Entzug der elterlichen Sorge bei einem Elternteil für die Kinder nichts, so ist den Eltern die gemeinsame Sorge zu belassen. Wenn nun Eltern ständig streiten, dann würde ein Sorgerechtsentzug für die Kinder nichts ändern, da die Eltern dann nach wie vor bezüglich Kontakten der Kinder zum andern Elternteil weiterstreiten könnten.

Der Autorin dieses Beitrages ist aus ihrer Praxis kein Fall (ausgenommen hochstrittige Verfahren) bekannt, in dem nach Inkrafttreten der neuen Regelung in einem Scheidungsverfahren die elterliche Sorge einem Elternteil allein zugewiesen worden wäre. Vielmehr stellt sie fest, dass Elternteile (regelmässig Mütter), die anfänglich noch die Alleinsorge für sich geltend machten, sich seitens



Judith Lusser Treyer

des Gerichtes, durch einen allfälligen Prozessbeistand der Kinder und schliesslich von ihrem eigenen Rechtsvertreter überzeugen lassen, die elterliche Sorge auch nach der Scheidung mit dem andern Elternteil gemeinsam auszuüben. Ist die Kommunikations- und Kooperationsbereitschaft anfänglich tief oder nicht vorhanden, kann den Eltern zur Unterstützung und Verbesserung eine oder mehrere Fachpersonen zur Seite gegeben werden, bspw. ein Erziehungsbeistand, der bei gestörter Kommunikation vermitteln kann, da die Eltern ja gewisse Erziehungsentscheide gemeinsam miteinander besprechen und entscheiden können sollen. Allerdings wird von den Eltern erwartet, dass sie den Kindern zu liebe ihre Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit verbessern. Auch wird eine Behörde oder Fachperson die nötige Kommunikation unter den Eltern nicht auf Dauer ersetzen oder die Entscheide anstelle der Eltern fällen können.

### Bei unverheirateten Eltern

Bei *unverheirateten Eltern* kann die gemeinsame elterliche Sorge entweder

*Fortsetzung Seite 10*

**Fortsetzung von Seite 9**

durch das *Gericht im Vaterschaftsurteil verfügt* werden *oder* kommt, wenn das Kindesverhältnis durch Anerkennung oder Urteil festgestellt ist, aufgrund einer *gemeinsamen Erklärung der Eltern* zustande. In dieser Erklärung bestätigen die Eltern, dass sie bereit sind, gemeinsam die Verantwortung für das Kind zu übernehmen und sich über die Obhut und den persönlichen Verkehr/Betreuungsanteile sowie über den Unterhaltsbeitrag für das Kind verständigt haben. Wird diese Erklärung zusammen mit der Anerkennung abgegeben, so ist sie neu *an das Zivilstandsamt* zu richten, *ansonsten an die KESB*.

Da unverheiratete Eltern schon bisher hinsichtlich Abschluss und Genehmigung eines Unterhaltsvertrages für das Kind mit der KESB zu tun hatten, und dabei von Fachpersonen aus dem Familienbereich regelmässig auch zum Institut der gemeinsamen elterlichen Sorge beraten wurden, wurde in den Unterhaltsverträgen bereits vor Inkrafttreten der neuen Regelung relativ oft auch das gemeinsame Sorgerecht vereinbart, das dann auch bei einer Trennung der Eltern weiterbestand. Daher hat die neue Regelung bei unverheirateten Eltern zu weniger grossen Änderungen geführt, als bei Eltern, die sich scheiden lassen. Immerhin wird seit dem Inkrafttreten der neuen Regelung wohl nur noch ausnahmsweise alleine die Mutter sorgeberechtigt bleiben und die KESB «flächendeckend» auf die Er-

arbeitung der gemeinsamen Erklärung der Eltern hinwirken.

**Erwarteter, aber ausgebliebener Ansturm der Fälle, in denen nachträglich die gemeinsame elterliche Sorge beantragt wurde**

Sowohl Gerichte als auch die KESB erwarteten eine grosse Anzahl von Begehren für altrechtliche Fälle, in denen in der Zeit vom 1. Juli 2014 bis Ende Juni 2015 nachträglich die gemeinsame elterliche Sorge beantragt werden konnte. Der erwartete Ansturm ist jedoch ausgeblieben. Es gibt verschiedene Erklärungsansätze dafür, von mangelndem Interesse der Väter bis zum Nicht-Wieder-Aufreissen-Wollen von alten Wunden. Eine weitere Erklärung könnte auch darin bestehen, dass sich gewisse Eltern mit Alleinsorge unter dem «Druck» der neuen Regelung auch von sich aus aussergerichtlich bzw. ausserbehördlich mit dem andern Elternteil auf die gemeinsame Sorge einigen konnten.

**Fazit**

Erste Erfahrungen mit der neuen Regelung zeigen, dass vielfach rasch ein Umdenken stattgefunden hat und in Fällen, die früher wahrscheinlich in der Alleinsorge eines Elternteiles gemündet hätten, heute eher die gemeinsame elterliche Sorge beantragt oder zumindest vom Gericht bzw. der KESB angeordnet wird.

In «alten» Fällen hingegen scheint das Bedürfnis, an der bestehenden Alleinsorge etwas zu ändern, kleiner gewesen zu sein, als ursprünglich erwartet. ■

Lic.iur. Romeo Da Rugna  
CAS IRP-HSG Civil Litigation  
Fachanwalt SAV Familienrecht

Dr. Stefan Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann

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

Lic. iur. Martin Rust LL.M.

Lic. iur.  
Simon Schnetzler LL.M.

Lic. iur. Judith Lusser Treyer

Forchstrasse 2

Postfach 1467

8032 Zürich

Switzerland

Phone +41-44-560 80 80

Fax +41-44-560 80 90

lawyer@legis-law.ch

Eingetragen  
im Anwaltsregister

Zertifiziert nach  
EN ISO 9001 : 2008