

## Bauen mit Generalunternehmern: Chancen und juristische Fallstricke

**WER ZU DEN GLÜCKLICHEN GEHÖRT, DIE SICH DEN TRAUM VOM BAU EINES EIGENHEIMS ERFÜLLEN KÖNNEN, STEHT VOR DER WAHL, OB ER SICH AN EINEN TÜCHTIGEN ARCHITEKTEN ODER AN EINEN GENERAL-UNTERNEHMER WENDEN SOLL. WER ÜBER WENIGER ZEIT VERFÜGT, SICH MIT ALLEN DETAILS HERUMZUSCHLAGEN UND WER IM VORAUS GENAUER WISSEN WILL, WIE TEUER IHN SEIN ZU BAUENDES EIGENHEIM ZU STEHEN KOMMT, IST MIT EINEM GUTEN UND ERFAHRENEN GENERAL-UNTERNEHMER GUT BEDIENT.**



von Christopher Tillman

Der Bauherr sollte allerdings bei Vertragsschluss auf einige juristische Tücken des Generalunternehmervertrages achten und individuell angepasste Massnahmen gegen juristische Fallstricke im Voraus treffen.

### **General- oder Totalunternehmervertrag**

Der Bauherr schliesst mit einem einzigen Unternehmer, dem General- oder Totalunternehmer (GU oder TU), einen einzigen Vertrag ab, in dem vereinbart wird, dass z.B. ein Einfamilienhaus oder eine Industrieanlage zu einem bestimmten Preis «schlüsselfertig» realisiert wird. Die Ausführungsplanung ist dann Sache der Generalunternehmung. Diese wählt auch die verschiedenen Handwerker aus und koordiniert diese. Im Unterschied zum Generalunternehmer übernimmt der Totalunternehmer zusätzlich auch die Projektierung und Planung des Bauvorhabens. Beim Bauen mit einem General- oder Totalunternehmer ist insbesondere das Risiko von Kostenüberschreitungen geringer und im Garantie-

fall besteht ein einziger Ansprechpartner. Der GU-Vertrag ist ein einheitlicher Werkvertrag. Häufig wird die SIA-Norm 118 «Allgemeine Bedingungen für Arbeiten» in den GU-Vertrag übernommen; das ist in aller Regel auch zu empfehlen. Die Subunternehmerverträge des GU's mit den eigentlichen Bauhandwerkern (Maler, Baumeister, Elektriker usw.) sind davon selbstständige Werkverträge, d.h. zwischen dem Bauherrn und dem Subunternehmer entsteht keine vertragliche Beziehung.

### **Verhindern von Bauhandwerkerpfandrechten**

Das Gesetz sieht zu Gunsten der Handwerker und Unternehmer einen besonderen Schutz vor für den Fall, dass sie nach verrichteter Arbeit an einem Bau ihren Werklohn – egal aus welchem Grund – nicht erhalten. Das Bauhandwerkerpfandrecht kann von jedem Handwerker gegen den jeweiligen Eigentümer des Baugrundstückes geltend gemacht werden, unabhängig davon, ob er mit

## Inhalt

Seite

**Bauen mit Generalunternehmern 1**

**Optionen im Mietvertrag:  
Chance oder Falle? 3**

**Lex Koller: Der nächste Streich... 5**

**Der Lombard-Kredit:  
Ein Vehikel mit Tücken 6**

Fortsetzung Seite 2

**Fortsetzung**

dem bauenden Grundeigentümer einen Werkvertrag abgeschlossen hat oder nicht. Der Umstand, dass der Grundeigentümer vom Subunternehmer nichts wusste oder im Vertrag mit dem GU gar den Bezug eines Subunternehmers ausgeschlossen hat, steht dem Anspruch des Subunternehmers auf die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht entgegen. Das Bauhandwerkerpfandrecht wird auch dann eingetragen, wenn der Grundeigentümer den Generalunternehmer zwar bezahlt, letzterer aber den Lohn des Bauhandwerkers schuldig bleibt. Aus diesem Grund läuft der Bauherr Gefahr, doppelt zahlen zu müssen: Einmal dem GU und ein weiteres Mal dem Subunternehmer, weil dieser vom GU nicht entschädigt wurde und das Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch eintragen liess. Dieses Risiko der Doppelzahlung kann durch folgende vertragliche Vereinbarungen zwischen dem Grundeigentümer und dem GU begrenzt aber nicht vollständig ausgeschlossen werden.

- *Ausführungsgarantie:* Mit der Ausführungsgarantie garantiert eine Bank oder eine Versicherung bis zu einem festgesetzten Betrag, dass Bauhandwerkerpfandrechte auch dann abgelöst werden, wenn der GU nicht mehr zahlungsfähig ist. Diese Lösung verursacht Kosten in nicht zu unterschätzender Höhe, bietet aber den besten Schutz.

- *Bankabsprachen:* Die Abwicklung der Zahlungen über einen Baukredit ist möglich. Damit wird die Bank verpflichtet, die Zahlungen entsprechend dem Bau-

fortschritt direkt an die beteiligten Unternehmer weiterzuleiten. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass allfällige (unbekannte) Subunternehmer ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen.

- *Direktzahlungen:* Der Bauherr kann sich im GU-Vertrag das Recht vorbehalten, die Subunternehmer direkt zu zahlen. Auch bei dieser Variante ist nicht ausgeschlossen, dass Subunternehmer dennoch ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen.

**Ausführungsgarantie**

Mit einer Ausführungsgarantie (oder Erfüllungsgarantie) verspricht der Garantiegeber (meist eine Bank) dem Bauherrn eine Ersatzleistung für den Fall, dass der Unternehmer das von ihm geschuldete Bauwerk nicht vertragsgemäss, d.h. mangelhaft oder verspätet herstellt. Die Ausführungsgarantie, die sich in der Regel auf 10% des vereinbarten Werklohnes beläuft, deckt den Zeitraum zwischen Bauausführung bis zur Ablieferung des Bauwerkes.

**Qualitätsgarantie (Gewährleistung)**

Der GU ist gegenüber dem Bauherrn einziger gewährleistungspflichtiger Unternehmer. Aus diesem Grund haftet er ihm auch für alle Werkmängel, unabhängig davon, ob der GU Regressrechte gegen die einzelnen Subunternehmer ausüben kann oder nicht. Das Werk muss somit im Sinne der Pläne und des Baubeschriebes einwandfrei vertragsgemäss erstellt werden. In vielen Werkverträgen für schlüsselfertige Objekte werden die Mängelrechte, welche zwischen dem GU und dem beigezogenen Subunternehmer gelten, dem Bauherrn abgetreten,

d.h., dass sich der Bauherr für die Durchsetzung seiner Ansprüche direkt an die Subunternehmer zu wenden hat, obwohl zwischen Bauherr und Subunternehmer keine vertragliche Beziehung besteht. Durch diese Situation werden die Vorteile des GU- oder TU-Vertrages relativiert. Im schlimmsten Fall sind dem Bauherrn diese beigezogenen Subunternehmer oder Sub-Subunternehmer nicht einmal bekannt. In der grossen Mehrzahl der Fälle ist daher die Abtretung der Mängelrechte gegenüber den Subunternehmern für den Bauherrn nicht vorteilhaft. Um sicherzustellen, dass der GU auch nach der Ablieferung des Werks seinen Verpflichtungen nachkommt, ist es unerlässlich, von einer Bank oder Versicherung eine Gewährleistungsgarantie (Garantieschein) zu verlangen. Mit dieser Gewährleistungsgarantie bürgt die ausgebende Stelle zu Gunsten der Bauherrschaft in der Regel ab Ausstellungsdatum während zwei Jahren für den Unternehmer bis zu einem Maximalbetrag von 10% des Werklohnes. Aufgrund der bestehenden 5-jährigen Verjährungsfrist für verdeckte Mängel sollte die Garantie allerdings besser für eine Dauer von 5 Jahren ausgestellt sein.

**Fazit**

Das Bauen mit einem General- oder Totalunternehmer ist für den Bauherrn sehr bequem. Die Ausführungsplanung und die Auswahl und Koordination verschiedener Handwerker übernimmt der Generalunternehmer als einziger Ansprechpartner. Damit sich diese Vorteile im Nachhinein nicht relativieren, sollte der Bauherr die oben erwähnten Sicherheitsvorkehrungen treffen. ■

## Optionen im Mietvertrag: Chance oder Falle?

**NICHT SELTEN FINDET SICH IN MIETVERTRÄGEN – HAUPTSÄCHLICH IN GESCHÄFTSMIETVERTRÄGEN – DIE REGELUNG, WONACH DEM MIETER NACH ABLAUF EINER BESTIMMTEN VERTRAGSDAUER EINE SOGENANNTEN VERLÄNGERUNGSOPTION EINGERÄUMT WIRD. ABER AUFGEPASST: NICHT JEDE OPTION VERLEIHT DEM MIETER AUCH TATSÄCHLICH DAS RECHT, EINSEITIG UND UNABHÄNGIG VOM WILLEN DES VERMIETERS UNMITTELBAR DIE VERLÄNGERUNG DES MIETVERHÄLTNISSSES HERBEIZUFÜHREN.**

### **Begriff der echten und unechten Option**

Nur die echte Option verleiht dem Mieter das einseitige Recht, unabhängig vom Willen des Vermieters ein inhaltlich bereits fixiertes Mietverhältnis durch Abgabe einer entsprechenden Erklärung herbeizuführen oder zu verlängern. Demgegenüber steht bei einer unechten Option der Mietzins bei Ausübung der Option noch nicht fest. So kann eine unechte Option beispielsweise dem Vermieter das Recht einräumen, nach Optionsausübung den Mietzins an die orts- und quartierüblichen Mietzinse anzupassen. In einem solchen Falle bewirkt die Erklärung des Mieters zur Optionsausübung keine Vertragsverlängerung. Vielmehr müssen sich die Vertragsparteien über die offenen Konditionen noch einigen, und die Fortdauer des Mietverhältnisses hängt somit vom Willen beider Parteien ab.

### **Soll eine echte oder eine unechte Option vereinbart werden?**

Vor allem wenn der Mieter grössere Investitionen für einen Umbau des Mietobjektes tätigt, hat er ein Interesse am langfristigen Fortbestand des Mietvertrages. In diesem Fall wird er eine echte Option anstreben, läuft er doch im Falle einer unechten Option Gefahr, sich nicht

mit dem Vermieter über die Höhe des Mietzinses während der Optionsdauer einigen zu können.

Demgegenüber kann der Vermieter ein Interesse daran haben, den Mietzins bei Optionsausübung erhöhen zu können und wird deshalb den Abschluss einer unechten Option wünschen.

Ein Mittelweg könnte darin bestehen, dass sich die Parteien auf eine unechte Option einigen und sich der Vermieter verpflichtet, dem Mieter zu einem festzulegenden Zeitpunkt vor Vertragsbeendigung eine Offerte zur Fortsetzung des Mietverhältnisses um eine zu bestimmende Dauer zu einem Mietzins gemäss den dannzumal herrschenden marktüblichen Verhältnissen zu unterbreiten. Hierbei sollten die Vertragsparteien ihre übereinstimmenden Vorstellungen des Begriffs «marktüblicher Mietzins» im Vertrag festlegen, damit der Mietzins für beide Parteien berechenbar wird. So erspart sich vor allem der Mieter unliebsame Überraschungen.

### **Können Optionen in befristeten und in unbefristeten Mietverträgen vereinbart werden?**

Grundsätzlich können Optionen in befristeten und unbefristeten Mietverträ-



von Irène Biber

gen vereinbart werden. Ein befristetes Mietverhältnis liegt gemäss Art. 255 Abs. 2 OR vor, wenn es ohne Kündigung mit Ablauf der vereinbarten Dauer endigt. Demgegenüber bedarf das unbefristete Mietverhältnis einer Kündigung, welche die gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen einzuhalten hat. Allenfalls wird vertraglich eine Mindestdauer vereinbart. In diesem Fall darf erst auf Ablauf dieser Dauer erstmals gekündigt werden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass es sich hierbei um ein unbefristetes Mietverhältnis handelt, welches gekündigt werden muss und kann.

Wird eine unechte Option gewählt, so sollte diese nur in Kombination mit

einem befristeten Mietverhältnis vereinbart werden. Ist nämlich eine unechte Option in einem unbefristeten Mietvertrag (mit oder ohne Mindestdauer) vereinbart, und können sich die Parteien nicht über den während der Optionsdauer zu bezahlenden Mietzins einigen, ist im Falle einer Kündigung deren Anfechtung wegen Missbräuchlichkeit gestützt auf Art. 271 ff. OR denkbar. Im Falle eines befristeten Mietverhältnisses endet dieses hingegen ohne Kündigung. Damit vermeidet der Vermieter das Risiko einer Kündigungsanfechtung.

#### **Welcher Mietzins ist während der Optionsdauer geschuldet?**

Bei Ausübung einer echten Option gelten der bisherige Mietzins und die bisherigen Anpassungsmechanismen (z.B. eine Indexklausel) unverändert weiter.

Bei Ausübung einer unechten Option gilt derjenige Mietzins, über den sich die Parteien neu geeinigt haben.

#### **Option und Kündigung**

Option und Kündigung sind Gestaltungsrechte, die Gegensätzliches bewirken, nämlich die Entstehung oder den Fortbestand des Mietverhältnisses einerseits und die Beendigung des Mietverhältnisses andererseits. Die Option hat für den Vermieter zur Folge, dass er vor dem Zeitpunkt, an welchem deren Ausübung spätestens stattzufinden hat, keine ordentliche Kündigung aussprechen kann. Ausserordentliche Kündigungen des Vermieters können jedoch trotz Vorliegen einer Option erfolgen.

#### **Worauf muss bei der Einräumung einer Option besonders geachtet werden?**

Vorab sollten sich die Parteien darüber einigen, ob eine echte oder eine unechte Option eingeräumt werden soll. Eine unechte Option ist vorzugsweise mit einem befristeten Mietverhältnis zu kombinieren. Hernach gilt es, die Modalitäten zu regeln. Hierzu gehören insbesondere die

Art der Ausübung, wobei die Schriftform zu empfehlen ist, sowie der Zeitpunkt der Optionsausübung. Schliesslich sollte geregelt werden, was im Falle einer Nichtausübung der Option gelten soll. Endigt der Vertrag ohne Kündigung (befristetes Mietverhältnis) oder geht er in ein unbefristetes Mietverhältnis über? Im letzteren Falle sind Kündigungsfristen und -termine zu bestimmen.

#### **Fazit**

Bei der Abfassung einer Optionsklausel ist grösste Vorsicht am Platz. Nicht selten sind solche Regelungen ungenau, widersprüchlich oder unvollständig und können zu langwierigen Streitigkeiten vor Schlichtungsbehörde und Mietgericht führen. Es ist deshalb wichtig, dass sich die Parteien in den Vertragsverhandlungen Klarheit darüber verschaffen, was sie wollen und die übereinstimmenden Vorstellungen präzise in einer Optionsregelung festhalten. ■

## Lex Koller: ... und der nächste Streich folgt (theoretisch) sogleich ...!

**ES IST NOCH NICHT LANGE HER (VGL. NEWSLETTER 01/2005), DA HABEN WIR ÜBER DIE NEUESTEN ÄNDERUNGEN DER LEX KOLLER BERICHTET UND ANGEDEUTET, ES KÖNNTE ZU EINER AUFHEBUNG DIESER GESETZGEBUNG KOMMEN. DIES HAT SICH IN DER ZWISCHENZEIT WEITER KONKRETISIERT.**

### Aktueller Stand

Der Bundesrat hat Ende 2005 vorgeschlagen, dass die Lex Koller (Gesetzgebung über den Erwerb von Schweizer Grundeigentum durch Personen im Ausland) aufzuheben sei, und das entsprechende Vernehmlassungsverfahren eröffnet. Alle Ausländer sollen inskünftig Grundeigentum in der Schweiz ohne (kompliziertes) Bewilligungsverfahren erwerben können und zwar unabhängig davon, zu welchem Zweck sie es erwerben wollen. Der Bundesrat ist der Ansicht, die Gefahr der Überfremdung des schweizerischen Bodens – und primär dagegen war die Gesetzgebung gerichtet – bestehe kaum mehr (abgesehen von Einzelfällen). Auch politisch scheint das Thema seine einstige hohe Brisanz eingebüsst zu haben. Umgekehrt will sich die Schweiz in einer mehr und mehr globalisierten Welt keine Sonderbehandlung von Ausländern mehr im Bereich des Grundstückserwerbs leisten. Der Wirtschaftsstandort Schweiz ist auf eine möglichst liberale Regelung angewiesen.

Inskünftig sollen somit ausländische Investoren auch Bauland und Wohnliegenschaften, insbesondere Mehrfamilienhäuser mit Mietwohnungen, erwerben können. Dies ist unter der Lex Koller



von Stefan Schalch

als reine Kapitalanlage untersagt. Die Aufhebung des Gesetzes dürfte somit zur Entspannung der Situation auf dem Wohnungsmarkt beitragen. Ganz allgemein werden von seiner Aufhebung wünschenswerte Impulse für die Wirtschaft erwartet.

### Flankierende Massnahmen

Nicht gelöst ist damit allerdings das sich seit längerer Zeit zuspitzende und in den Vordergrund drängende Problem der häuslicher Bodennutzung. Dafür verantwortlich ist der weiterhin auf hohem Niveau verharrende Zweitwohnungs- bzw. Ferienwohnungsbau in gewissen Tourismusgebieten. Die Zuwachsraten sind erheblich und in Touristkantonen kann der Anteil der Ferienwohnungen bzw. -häuser bereits über 30% des gesamten Wohnungsbestandes erreichen; dies unabhängig davon, ob die Eigentümer Schweizer oder Ausländer sind. Die Ferienorte sind dabei gezwungen, ihre Infrastruktur auf die volle Belegung aller Liegenschaften auszurichten, obwohl eine solche Maximalbelegung höchstens an ganz wenigen Tagen pro Jahr erreicht wird. Dies wiederum treibt die Infrastrukturkosten unverhältnismässig in die Höhe. Zugleich wird zwar

viel Grund und Boden überbaut, doch nur schlecht genutzt (Zersiedelung des Landschafts- und Ortsbilds).

Das Problem soll nun auf raumplanerischer Front angegangen werden. Die Kantone sollen in ihren Richtplänen die zu treffenden Massnahmen definieren und diese dann umsetzen. Zu denken ist etwa an die Begrenzung des Anteils von Zweitwohnungen oder an die Zuweisung von Bauland ausschliesslich für den normalen Wohnungsbau. Anzustreben ist ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Erst- und Zweitwohnungsbau. Denkbar ist auch, dass bereits bekannte Modelle wie Apparthotel- oder Timesharing-Konzepte gefördert werden, da diese (insbesondere letztere) deutlich über der Hotellerie und erst recht den Zweitwohnungen liegende Auslastungszahlen aufweisen und unter dem Aspekt der Belastung der Infrastruktur ideale Werte erzielen.

### Der Zeithorizont: Wann fällt nun die Schranke der Lex Koller ?

Um das ganze Vorgehen zeitlich abzustimmen, soll die Lex Koller erst drei Jahre nach dem Inkrafttreten des revidierten Raumplanungsgesetzes aufgehoben werden. Solange sind nämlich die im Entwurf zum revidierten Raumplanungsgesetz vorgesehenen Übergangsfristen. Die Aufhebung der Lex Koller ist somit an die Revision des Raumplanungsrechts gekoppelt. Wann das revidierte Raumplanungsgesetz in Kraft tritt, steht allerdings noch in den Sternen. Und auch ob die Aufhebung der Lex Koller dann wirklich problemlos beim Gesetzgeber durchgeht (beim Parlament und falls dagegen das Referendum ergriffen wird – beim Volk), bleibt noch abzuwarten. Sicher ist nur eins: Wie alles in der Schweiz will gut Ding eben seine Weile haben. Wir bleiben am Ball und werden Sie weiterhin informiert halten. ■

## Der Lombard-Kredit: Ein Vehikel mit Tücken

**JEDER BANKKUNDE WUNDERT SICH, DASS DIE ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN DER MEISTEN BANKEN VORSEHEN, DASS BESTEHENDE KUNDENDEPOTS DER BANK VORSORGLICH VERPFÄNDET SIND, UND ZWAR UNABHÄNGIG DAVON, OB ÜBERHAUPT EIN BANKDEPOT UND/ODER EIN BANKKREDIT EXISTIERT. TROTZ IHRER WEITEN VERBREITUNG IST DIESE VERTRAGSGESTALTUNG PROBLEMATISCH UND VERDECKT DIE TATSÄCHLICH BESTEHENDEN TÜCKEN DES LOMBARDKREDITS, WIE SIE SICH NICHT ZULETZT AUS DEM AUSEINANDERKLAFEN VON WIRTSCHAFTLICHER BETRACHTUNGSWEISE UND FORMALER STRENGE DES FAHRNISPFANDRECHTS ERGEBEN.**



von Dr. Sabine Kilgus

### Voraussetzungen eines gültigen Lombardkredits

Ein Lombardkredit wird als Fest- oder Überziehungskredit gegen Verpfändung von Effekten, die sich in aller Regel bei einer Sammelverwahrungseinrichtung, bspw. der SIS Sega Intersettle AG, befinden, eingeräumt. Diese Depotwerte werden bis zu einem gewissen Prozentsatz ihres aktuellen Kurswertes (üblicherweise 50%, 60% oder auch 70%) belehnt.

Wirtschaftlich betrachtet wird bei einem Lombardkredit das Depot des Bankkunden als Ganzes, bei sehr grossen Portefeuilles allenfalls bis zu einem bestimmten Prozentsatz, verpfändet. Massgeblich ist grundsätzlich der Wert, der die Belehnungshöhe bestimmt. Aus rechtlicher Sicht setzt sich jedoch ein

Bankdepot aus einer Mehrheit von Effekten zusammen. Diese werden entsprechend ihrer Rechtsnatur als Sache (traditionelles Wertpapier) oder als Forderung (Wertrecht, Aktie mit aufgeschobenen Titeldruck, Bucheffekte) individuell und technisch unterschiedlich verpfändet.

Ein gültiger Lombardkredit ist somit an folgende Voraussetzungen gebunden:

- Existenz einer zu sichernden Forderung (Darlehen, Kontokorrentkredit)
- Pfandvertrag
- Besitzverschaffung bzw. schriftliche Verpfändung der Effekten

### Pfandrecht auf Vorrat?

Wird nun ein Pfandvertrag abgeschlossen, ohne dass ein Darlehensvertrag oder Überziehungskredit zwischen Bank und Kunde vorliegt, ist das Depot des Bankkunden trotz der Formulierung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen noch nicht verpfändet. Erst wenn die zu sichernde Forderung existiert, lebt auch der Pfandbeschlagnahme auf. Insoweit ist der Kunde vor einem zu umfangreichen Pfandbeschlagnahme geschützt. Die Formulierung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgt «auf Vorrat» und entfaltet ohne Kredit keine Wirkung.



### **Sachenrechtliche Krux mit der Verpfändung eines Depots**

Ungeachtet der wirtschaftlichen Entwicklung im Bankgeschäft folgt die Verpfändung eines Depots den traditionellen sachenrechtlichen Grundsätzen. Demnach ist nicht das Depot als Ganzes, sondern die einzelnen im Depot befindlichen Effekten – entsprechend ihrer Rechtsnatur – zu verpfänden:

- Sind die Effekten (noch) Sachen im sachenrechtlichen Sinne (Wertpapiere), muss der Pfandgläubiger Besitz an den verpfändeten Effekten erlangen. Da die Papiere zumeist zentral bei einem Dritten sammelverwahrt sind, geschieht die Besitzverschaffung in der Regel durch Besitzeanweisung.

- Sind jedoch die Effekten, wie heute zumeist üblich, bloss Wertrechte, sind sie als Forderungen mittels schriftlichem Pfandvertrag zu verpfänden. Aus diesem Grund legen die Banken Wert darauf, dass der Pfandvertrag oder allenfalls gar die Allgemeinen Geschäftsbedingungen schriftlich unterzeichnet werden. Dann scheidet die Einräumung bzw. das «Aufleben» des Pfandrechts nicht an der fehlenden Schriftform.

### **Bewirtschaftung von Kredit und Depot**

Ist ein Lombardkredit gültig eingeräumt worden, so ist auch der Bewirtschaftung des Kredits und des verpfändeten Depots die nötige Aufmerksamkeit einzuräumen.

Will die Bank im Falle einer Verschlechterung der Pfanddeckung (oder der Vergrösserung der Kreditsumme) Nachdeckung, d.h., weitere Pfänder verlangen (sogenannter marginal call), muss dieses Recht explizit vereinbart werden.

Da die Nachpfandbestellung wiederum den Regeln über die Besitzverschaffung bzw. der Forderungsverpfändung folgt, wird dieses Recht i.d.R. bereits im ursprünglichen Vertrag vereinbart.

Die sachenrechtlichen Prinzipien sind auch zu beachten, wenn ein gültig verpfändetes Depot während der laufenden Vertragsbeziehung aus Gründen einer optimalen Vermögensverwaltung umgeschichtet wird, ohne dass ein Kredit notleidend wird.

Werden einzelne Titel verkauft, so werden sie dadurch aus der Pfandhaft entlassen. Ersatzanschaffungen und/oder neu dazu gekaufte Titel müssen wiederum nach den für sie geltenden Bestimmungen (Sache oder Forderung) verpfändet werden. In der Praxis ist deshalb meist im ursprünglichen Pfandvertrag eine Klausel enthalten, wonach der Kunde zustimmt, dass sämtliche Titel, die als Folge der Verwaltung des Depots ver- und zugekauft werden, automatisch aus der Pfandhaft entlassen werden bzw. automatisch unter den Pfandbeschluss fallen. Damit kann gewährleistet werden, dass ein Depot dauernd als Sicherheit für den Pfandgläubiger dienen und dennoch sinnvoll bewirtschaftet werden kann.

### **Verwertung des Depots bei notleidendem Kredit**

Falls ein Kredit notleidend wird und die Bank die Depotwerte verwerten muss, werden die Titel einzeln veräussert und der Erlös zur Deckung des Kredits verwendet.

Das geschieht entweder durch amtliche Versteigerung nach den Regeln des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts oder aber durch freihändigen Verkauf oder Selbsteintritt. Diese beiden Rechte

müssen ebenfalls vertraglich geregelt werden, was in der Regel bereits in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen festgehalten wird. Aus wirtschaftlicher Sicht sind Selbsteintritt und Freihandverkauf dann wenig problematisch, wenn die Titel, wie in vielen Fällen, einen Markt- oder Kurswert aufweisen.

Weder der Freihandverkauf noch der Selbsteintritt verstossen deshalb gegen das Verbot, die Titel bei Nichtbezahlung des Kredits einfach ins Eigentum des Pfandgläubigers übergeben zu lassen (Verfallabrede).

### **Fazit und Ausblick**

Im Rahmen der Revision des Wertpapierrechts wird den Gegebenheiten im Effektenhandel mit der weitgehenden Entmaterialisierung der Effekten und der Drittsammelverwahrung im In- und Ausland Rechnung getragen werden, indem die wirtschaftliche Betrachtungsweise vermehrt zur Anwendung gelangen wird. Ob es aber zu einer eigentlichen Depotverpfändung kommt, ist zur Zeit allerdings noch offen. ■

## In eigener Sache

Wir freuen uns, Ihnen bekannt geben zu dürfen, dass Herr Rechtsanwalt **Christopher Tillman**, LL.M. am 1. Juli 2006 in die Kammer Unabhängiger Bauherrenberater (KUB) des Schweizerischen Verbandes der Immobilienwirtschaft SWIT für baujuristische Belange aufgenommen wurde.

Dr. Reinhard Lutz

Dr. Peter Lutz LL.M.

Lic.iur. Romeo Da Rugna

Dr. Stefan H. Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann

Lic.iur. Irène Biber

Lic.iur.  
Christopher Tillman LL.M.

Lic.iur. Julien Veyrassat

Dr. Sabine Kilgus LL.M.

Lic.iur. Michael Bopp

## Humor

Ein Mädchen spazierte den Strand entlang, als es plötzlich eine Stimme hörte: «He, küss mich! Ich bin ein verwandelter Anwalt.» Das Mädchen schaute sich um und sah einen Frosch. Der Frosch sagte: «Ja, ich spreche. Küss mich!» Das Mädchen nahm den Frosch und verstaute ihn in ihrer Handtasche. Später zeigte es den Frosch einem Freund. Der Frosch beschwerte sich: «Nun komm schon! Küss mich! Du wirst es nicht bereuen!» Das Mädchen verstaute den Frosch wieder in seiner Handtasche. Als es den Frosch einem weiteren Freund zeigte, sagte der

Frosch: «Warum küsst du mich nicht? Ich werde dich reich machen.» Aber das Mädchen legte den Frosch zurück in die Handtasche. Als es später den Frosch einer Freundin zeigte, sagte der Frosch: «Ich glaube, du verstehst mich nicht. Ich sagte dir doch schon, ich sei ein verwandelter Anwalt. Wenn du mich küsst, mache ich dich reich.» Das Mädchen antwortete nun: «Warum sollte ich dich küssen? Ein Anwalt ist wertlos, es gibt so viele. Aber ein sprechender Frosch, das ist cool.»

Forchstrasse 2 · Kreuzplatz

Postfach

CH-8032 Zürich

Switzerland

Phone +41-44-560 80 80

Fax +41-44-560 80 90

lawyer@lawyerlutz.ch

Eingetragen  
im Anwaltsregister