

Aktienbezugsrechte und deren Aufhebung

BEI KAPITALERHÖHUNGEN HABEN DIE BESTEHENDEN AKTIONÄRE IN DER REGEL EIN INTERESSE DARAN, DASS SICH IHR AKTIENANTEIL IM VERHÄLTNISS ZUM GESAMTEN AKTIENKAPITAL NICHT VERRINGERT. DESHALB STEHT DIESEN AKTIONÄREN VON GESETZES WEGEN EIN ANSPRUCH ZU, NEU AUSZUGEBENDE AKTIEN FÜR SICH ZU BEZIEHEN. DIESES BEZUGSRECHT KANN JEDOCH UNTER BESTIMMTEN VORAUSSETZUNGEN AUFGEHOBEN ODER ZUMINDEST EINGESCHRÄNKT WERDEN.

Das Bezugsrecht

Die Beteiligung des Aktionärs an einer Aktiengesellschaft (AG) bemisst sich nach der Anzahl der von ihm gehaltenen Aktien. Wird nun das Aktienkapital im Rahmen einer Kapitalerhöhung erhöht, ist der Aktionär deshalb in der Regel daran interessiert, dass sich seine Rechtsstellung – d.h. insbesondere seine Stimmkraft – innerhalb der AG nicht

verschlechtert. Das Gesetz sieht deshalb vor, dass jeder Aktionär im Verhältnis zu seinem bisherigen Aktienanteil *Anrecht auf den Bezug* von im Rahmen der Kapitalerhöhung neu auszugebenden Aktien hat (Art. 652b Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR)). Dadurch wird sichergestellt, dass sich die bestehenden Aktionäre im Zuge einer Kapitalerhöhung eine Verwässerung ihres bisherigen Anteils grundsätzlich nicht gefallen lassen müssen.

Das Bezugsrecht hat seine Hauptbedeutung in den Aktiengesellschaften *kleinerer und mittlerer Grösse*. Für den Publikumsaktionär, der an einer grossen AG lediglich mit einem kleinen Kapitalanteil beteiligt ist, ist die mitgliedschaftsrechtliche Bedeutung hingegen in der Regel geringer.

Das gesetzlich vorgeschriebene Aktien-Bezugsrecht für bestehende Aktionäre kann jedoch in bestimmten Fällen *eingeschränkt oder ganz aufgehoben* werden. Der Gesetzgeber hat die Aufhebung bzw. Einschränkung aber an einige formelle und materielle Voraussetzungen geknüpft.



Martin Rust

Formelle Voraussetzungen der Bezugsrechtaufhebung oder -einschränkung

Der Entscheid über den Entzug oder die Einschränkung des Bezugsrechts steht unentziehbar der *Generalversammlung* zu (Art. 652b Abs. 2 OR). Das Bezugsrecht kann somit nicht in den Statuten eingeschränkt oder aufgehoben werden. Hingegen ist es laut Bundesgericht grundsätzlich zulässig, den Entscheid über den Ausschluss des Bezugsrechts an den Verwaltungsrat zu *delegieren*. Voraussetzung ist dabei jedoch, dass die

Fortsetzung Seite 2

Inhalt

	Seite
Aktienbezugsrechte und deren Aufhebung	1
Lebensversicherung und Scheidung	3
In eigener Sache	4
Zweitwohnungen: Nach dem Volk hat nun der Bundesrat gesprochen	5
Das Eilschiedsrichterverfahren nach den revidierten Swiss Rules	7

Fortsetzung von Seite 1

Generalversammlung die einzelnen Ausschlussgründe vorab im Rahmen des Kapitalerhöhungsbeschlusses selber beschliesst. Mit anderen Worten kann die Generalversammlung den Ausschluss des Bezugsrechts für bestimmte, wichtige Zwecke (vgl. dazu nachfolgend) beschliessen, die konkrete Anwendung des Bezugsrechtsausschlusses aber dem Verwaltungsrat überlassen.

Der Beschluss der Generalversammlung über den Entzug oder die Beschränkung des Bezugsrechts ist ein «wichtiger Beschluss» im Sinne von Art. 702 OR, d.h. für das Zustandekommen des Beschlusses ist ein qualifiziertes Mehr (zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte) notwendig (Art. 702 Ziff. 6 OR).

Bei der ordentlichen sowie bei der genehmigten Kapitalerhöhung muss der Verwaltungsrat zudem in einem *Kapitalerhöhungsbericht* Rechenschaft über die Einhaltung des Generalversammlungsbeschlusses betreffend Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts ablegen (Art. 652e Ziff. 4 OR). Bei allen drei Arten der Kapitalerhöhung (ordentliche, genehmigte und bedingte Kapitalerhöhung) ist zudem eine Prüfungsbestätigung eines zugelassenen Revisors erforderlich (Art. 652f OR).

Materielle Voraussetzungen der Bezugsrechtaufhebung oder -einschränkung

Die Aufhebung oder Beschränkung des Bezugsrechts darf nur aus *wichtigen Gründen* erfolgen. Ein Bezugsrechtsausschluss ist somit nur dann zulässig, wenn ein *qualifiziertes sachliches Interesse der Gesellschaft* vorliegt und der

Ausschluss zur Erreichung des Ziels unerlässlich ist. Laut Gesetz gelten insbesondere die Übernahme von Unternehmen, Unternehmensteilen oder Beteiligungen sowie die Beteiligung der Arbeitnehmer als wichtige Gründe (Art. 652b Abs. 2 OR). Es handelt sich dabei um Fälle, bei denen eine Gewährung des Bezugsrechts sachlogisch gar nicht möglich ist, da die neuen Aktien nicht zugleich Dritten und den bisherigen Aktionären angeboten werden können.

Die Aufzählung im Gesetz ist jedoch nicht abschliessender Natur, vielmehr sind auch andere «wichtige Gründe» denkbar, namentlich die Fusion sowie die Umwandlung von Partizipations-scheinen in Aktien. Im Generalversammlungsbeschluss müssen die «wichtigen Gründe», welche zum Ausschluss oder zur Beschränkung des Bezugsrechts führen sollen, im Einzelnen und abschliessend angeführt werden. Formulierungen wie «andere im Interesse der Gesellschaft liegende Zwecke» oder dergl. sind nicht zulässig.

Ferner knüpft das Gesetz die Aufhebung und Einschränkung des Bezugsrechts an den Grundsatz der *Gleichbehandlung der Aktionäre* (Art. 652b Abs. 2 OR). Ein Bezugsrechtsausschluss setzt damit voraus, dass keine unsachliche Begünstigung oder Benachteiligung von Aktionären vorliegt. Unsachlich ist laut Bundesgericht eine Beeinträchtigung, die sich bei vernünftiger wirtschaftlicher Überlegung durch die Interessen der Gesellschaft nicht rechtfertigen lässt; das ist insbesondere dann der Fall, wenn einer bestimmten Aktionärsgruppe Vorteile verschafft werden sollen, die mit der Verfolgung des Gesellschaftszwecks nichts zu tun haben.

Schliesslich gilt es, beim Entzug des Bezugsrechts laut Bundesgericht das

Prinzip der *schonenden Rechtsausübung* zu beachten: Der Ausschluss oder die Einschränkung des Bezugsrechts soll das schonendste oder zumindest ein schonendes Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks bilden.

Folgen der Verletzung des Bezugsrechts

Werden die formellen oder materiellen Voraussetzungen für eine Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts nicht erfüllt, so sind die entsprechenden Beschlüsse der Generalversammlung anfechtbar, d.h. jeder Aktionär kann diese beim Richter mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten. Die Klage muss spätestens zwei Monate nach Abhaltung der Generalversammlung angehängt werden.

Zusammenfassung

Grundsätzlich hat jeder Aktionär ein Recht darauf, von den im Rahmen einer Kapitalerhöhung neu auszugebenden Aktien die seinem bisherigen Anteil entsprechende Anzahl zu erwerben. Das gesetzlich verankerte Bezugsrecht kann jedoch aus wichtigen Gründen durch einen entsprechenden Beschluss der Generalversammlung eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. Wichtige Gründe liegen dann vor, wenn ein sachliches Interesse der Gesellschaft besteht. Zudem darf der Ausschluss bzw. die Einschränkung des Bezugsrechts die Gleichbehandlung der Aktionäre nicht beeinträchtigen und muss dem Prinzip der schonenden Rechtsausübung Rechnung tragen. Werden diese Voraussetzungen verletzt, kann der entsprechende Generalversammlungsbeschluss von den betroffenen Aktionären angefochten werden. ■

Lebensversicherung und Scheidung

IN EHESCHUTZ- UND SCHEIDUNGSVERFAHREN KÖNNEN LEBENSVERSICHERUNGEN VOR ALLEM IN ZWEIFACHER HINSICHT EINE ROLLE SPIELEN. ZUM EINEN KÖNNEN DIE PRÄMIEN BESTANDTEIL DES FAMILIENRECHTLICHEN GRUNDBEDARFS BZW. DES GEBÜHRENDEN BEDARFS BEI DER UNTERHALTSBERECHNUNG DARSTELLEN. ZUM ANDEREN KÖNNEN SIE IM RAHMEN DER GÜTERRECHTLICHEN AUSEINANDERSETZUNG EINE ROLLE SPIELEN. SCHLIESSLICH KÖNNEN SIE UNTER UMSTÄNDEN IM RAHMEN EINES VERZICHTS AUF DEN VORSORGEAUSGLEICH ALS TAUGLICHE VORSORGESURROGATE ERSCHEINEN.



Romeo Da Rugna

Lebensversicherung und Unterhalt

Prämien von Versicherungen (ohne Krankenversicherung) können im Rahmen des erweiterten familienrechtlichen Grundbedarfs berücksichtigt werden, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.

Zunächst ist dafür erforderlich, dass nicht nur knappe finanzielle Verhältnisse vorliegen. In diesem Fall werden vermögensbildende Lebensversicherungsprämien nicht im Bedarf berücksichtigt.

Hingegen können Prämien für eine Lebensversicherung bei der Bedarfsrechnung berücksichtigt werden, wenn und soweit solche Versicherungen an die Stelle der obligatorischen beruflichen Vorsorge (2. Säule) tritt, was regelmässig auf Selbständigerwerbende zutrifft.

Ferner wird die Anrechnung von monatlichen Beiträgen an eine private Lebensversicherung an den Bedarf in der Praxis *bei guten finanziellen Verhältnissen* zugelassen, sofern *beiden* Partei-

en solche Beträge angerechnet werden, wenn weiter belegt wird, dass der Aufbau einer zusätzlichen Vorsorge dem *Lebensstandard* während des Zusammenlebens entsprochen hat, überdies glaubhaft ist, dass die Beiträge *auch weiterhin geleistet* werden und schliesslich, falls der Unterhaltsbeitrag des Berechtigten auf diese Weise *nicht geschmälert* wird.

Lebensversicherung und Güterrecht

Gewöhnliche private Lebensversicherungen, bei denen das versicherte Ereignis sicher ist, werden als besondere Art von Vermögensanlage betrachtet. Schon vor Eintritt des Versicherungsfalles kommt ihnen ein fester wirtschaftlicher Wert zu.

Ansprüche aus solchen Lebensversicherungen *mit Rückkaufswert* sind daher als Vermögenswerte nach den Grundsätzen über die güterrechtliche Surrogation entweder dem Eigengut oder der Errungenschaft zuzuweisen.

Im Gegensatz zu den Lebensversicherungen mit Rückkaufswert sind private *reine Risikoversicherungen* bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung nicht zu beachten, da es sich um blosser Anwartschaften handelt. Solche Versicherungen zeichnen sich dadurch aus, dass nicht feststeht, ob der Versicherungsfall jemals eintritt (z.B. temporäre Todesfallrisikoversicherung). Solche Ver-

sicherungen haben dementsprechend auch keinen Rückkaufswert.

Bei der *güterrechtlichen Zuordnung* von Lebensversicherungen mit Rückkaufswert sind folgende Grundsätze zu beachten. Bestand eine Lebensversicherung bereits *bei Beginn* des Güterstandes, wird sie grundsätzlich dem *Eigengut* zugeordnet, selbst wenn im Zeitpunkt des Beginns des Güterstandes noch kein Rückkaufswert bestand. Werden nach Beginn der Errungenschaftsbeteiligung Prämien dieser Lebensversicherung aus Errungenschaft bezahlt, steht der Errungenschaft gegenüber dem Eigengut eine Ersatzforderung gemäss Art. 209 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) zu.

Wird die Lebensversicherung erst während des Güterstandes abgeschlossen, hängt die güterrechtliche Zuweisung davon ab, welche Gütermasse für die Prämie aufkommt bzw. aufkommen soll. Werden einzelne Prämien von der anderen Gütermasse geleistet, steht ihr dafür wiederum eine Ersatzforderung zu.

Da es keine Zugehörigkeit eines Vermögenswerts zu mehreren Gütermassen gibt, ist im Einzelfall der Versicherungsanspruch zunächst *als Ganzes* einer Masse zuzuordnen. Erst danach kann bestimmt werden, wie hoch die

Fortsetzung Seite 4

Fortsetzung von Seite 3

(Ersatz-) Forderungen der anderen beteiligten Massen sind.

Bei der Berechnung der Ersatzforderung der Errungenschaft gegenüber dem Eigengut ist einerseits beachtlich, dass nicht nur die von der Errungenschaft aufgebrauchten Prämien, sondern auch die *Erträge* des ehelichen Vermögens zur Errungenschaft gehören. Andererseits enthalten die Prämien nebst dem Beitrag an die Erhöhung des Deckungskapitals (und damit des Rückkaufswerts) auch einen Beitrag für das Risiko eines vorzeitigen Versicherungsfalls, welcher als ehelicher Unterhalt *ersatzlos* von der Errungenschaft zu tragen ist. Da eine genaue Aufteilung im Einzelfall kaum praktikabel ist, wird es als sinnvoll erachtet, «*die Ersatzforderung als Differenz zwischen dem Rückkaufswert zum Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes und demjenigen bei Beginn des Güterstandes zu umschreiben.*»

Bei der Berechnung der Ersatzforderung des Eigenguts gegenüber der Errungenschaft für den Fall, dass einzelne Prämien aus dem Eigengut entrichtet wurden, steht dem Eigengut eine Er-

satzforderung in der Höhe der *aufgewendeten Beträge* zu.

Reine Risikoversicherungen ohne Rückkaufswert, bei denen das versicherte Ereignis *noch nicht* eingetreten ist, sind nach dem vorstehend Gesagten reine *Anwartschaften*. Sie fallen güterrechtlich ausser Betracht. Ist hingegen die Versicherungsleistung während des Güterstandes angefallen, hat jene Masse darauf Anspruch, welche für die entsprechenden Prämien aufgekommen ist. Trifft der Versicherungsfall mit der Auflösung des Güterstandes zusammen und besteht keine Begünstigung, ist ebenfalls die ganze Versicherungssumme in die güterrechtliche Auseinandersetzung einzubeziehen.

Hat der Versicherungsnehmer einen Dritten als Begünstigten bezeichnet, der nicht der andere Ehegatte ist, erwirbt dieser während der Dauer des Güterstandes die Versicherungssumme aus eigenem Recht. Die Versicherung bleibt in diesem Fall – unter Vorbehalt einer Hinzurechnung gemäss Art. 208 ZGB – güterrechtlich ausser Betracht.

Ist der Ehegatte aus der Lebensversicherung begünstigt, erwirbt er die Versicherungssumme grundsätzlich un-

entgeltlich, weshalb sie bei ihm ins Eigengut fällt.

Lebensversicherung und Vorsorgeausgleich

Gemäss Art. 123 Abs. 1 ZGB kann ein Ehegatte auf seinen Anspruch auf Vorsorgeausgleich ganz oder teilweise verzichten, wenn eine *entsprechende Alters- und Invalidenvorsorge* auf andere Weise gewährleistet ist.

Ein solcher Verzicht ist demnach nur zulässig, wenn dem verzichteten Vorsorgeausgleich ein vorsorgetaugliches Surrogat entspricht. Ein solches Surrogat muss, um einen tauglichen Ersatz zu bilden, bei Eintritt der Risiken *Alter und Invalidität* einen Beitrag leisten.

In der Lehre werden vor diesem Hintergrund Lebensversicherungen der gebundenen 3. Säule oder private Lebensversicherungen mit Erlebensfallkapital (und eventuell Risikodeckung) als grundsätzlich taugliche Surrogate erachtet, falls sie im Zeitpunkt der Scheidung vorhanden sind. Mit solchen Versicherungen kann gewährleistet werden, dass die so erbrachte Leistung zugunsten der Alters- und Invalidenvorsorge des berechtigten Ehegatten sichergestellt wird. ■

In eigener Sache

Es freut uns Ihnen mitteilen zu dürfen, dass unsere Mitarbeiterin Frau lic.iur. **Marjolaine Jakob** das Anwaltpatent erworben hat. Ihre bevorzugten Tätigkeitsgebiete sind die Beratung und Prozessführung (schwergewichtig im Bereich der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit) im Vertrags-, Gesellschafts- und Handelsrecht sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.

Wir freuen uns Ihnen mitzuteilen, dass Mitte September Frau Rechtsanwältin lic.iur. **Judith Lusser Treyer** zu unserem Team gestossen ist. Ihre bevorzugten Arbeitsgebiete sind Zivilrecht, Familienrecht, Erbrecht, Vertragsrecht und Prozessrecht. ■

Humor

«Erkennen Sie in dem Angeklagten den Mann wieder, der Ihr Auto gestohlen hat», fragt der Richter den Geschädigten. «Nach den Ausführungen des Herrn Verteidigers bin ich mir nicht mehr sicher, ob ich überhaupt ein Auto besessen habe», antwortet dieser.

Zweitwohnungen: Nach dem Volk hat nun der Bundesrat gesprochen

DER BUNDESRAT HAT DIE VERORDNUNG FÜR DIE UMSETZUNG DER ZWEITWOHNUNGSINITIATIVE IN KRAFT GESETZT. DAMIT NIMMT DAS THEMA KONTUREN AN. EIN ÜBERBLICK:

Ausgangslage

Am 11.03.12 haben Volk und Stände der Schweiz die Zweitwohnungsinitiative angenommen, deren Anliegen es ist, «kalte» Betten zu bekämpfen. Sie verankert mit Art. 75b folgenden Text in der Bundesverfassung (BV):

«1. Der Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde ist auf höchstens 20 Prozent beschränkt.
2. Das Gesetz verpflichtet die Gemeinden, ihren Erstwohnungsanteilplan und den detaillierten Stand seines Vollzugs alljährlich zu veröffentlichen.»

Zugleich ergänzt sie die Übergangsbestimmungen der BV wie folgt:

«1. Tritt die entsprechende Gesetzgebung nach Annahme von Artikel 75b nicht innerhalb von zwei Jahren in Kraft, so erlässt der Bundesrat die nötigen Ausführungsbestimmungen ... durch Verordnung.

2. Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar des auf die Annahme von Artikel 75b folgenden Jahres und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen erteilt werden, sind nichtig.»

Diese Übergangsbestimmung stellt mit Brachialgewalt (Androhung Bauverbot für alle Zweitwohnungen) sicher, dass die Behörden die Angelegenheit in- nert kürzester Zeit behandeln. Dies ist wohl die Lehre aus der Geschichte, dass gewisse Verfassungsbestimmungen bis

heute noch nicht umgesetzt wurden ...

Der Druck hat gewirkt: Bundesrätin Leuthard hat bereits am 15.03.12 (vier Tage [!] nach der Abstimmung) eine Arbeitsgruppe bestimmt, welche am 24.05.12 einen Verordnungsentwurf vorlegte. Am 22.08.12 verabschiedete der Bundesrat die definitive Verordnung über Zweitwohnungen («Verordnung»).

Umsetzung

Räumlicher Geltungsbereich (Art. 1 Verordnung)

Betroffen sind *alle* Schweizer *Gemeinden* mit einem *Zweitwohnungsanteil von mehr als zwanzig Prozent*. Diese sind im Anhang zur Verordnung aufgelistet.

Für die in der Liste aufgeführten Gemeinden gilt die (von der Gemeinde widerlegbare) Vermutung, dass ihr Zweitwohnungsanteil die Schwelle überschritten hat. Die Liste wird mindestens jährlich überprüft und angepasst.

Sachlicher Geltungsbereich: Zweitwohnungen (Art. 2 und 4 lit. b Verordnung)

Erfasst sind «normale» Zweitwohnungen (inkl. Einfamilienhäuser); also Wohnungen, die nicht *dauernd* durch Personen mit Wohnsitz in der Gemeinde *oder* durch Personen zu Erwerbs- oder Ausbildungszwecken genutzt werden – es sich also *nicht* um Erstwohnungen handelt.

Nicht erfasst sind «besondere» Zweitwohnungen, nämlich solche, die «warme» Betten generieren. Für diese



Stefan Schalch

muss die Baubewilligung an entsprechende Bedingungen geknüpft werden, die in Art. 4 lit. b der Verordnung aufgelistet sind.

Um *Transparenz* zu schaffen, werden neue Wohnungen in den betroffenen Gemeinden inskünftig mit einer *Anmerkung im Grundbuch* versehen (Art. 6 der Verordnung).

Zeitlicher Geltungsbereich: Bestehende Wohnungen (Art. 3 bis 5 Verordnung)?

Dass nach Annahme der Initiative *neu* erstellte Wohnungen davon erfasst sind, versteht sich. Doch sind auch *bestehende* Wohnungen betroffen? Die *Grundsatzantwort* lautet: Sie sind *nicht* betroffen. Doch wo es einen Grundsatz gibt, sind auch *Präzisierungen* und *Ausnahmen* nicht weit:

- Der *Umbau* von bestehenden *Zweitwohnungen* ist zulässig, solange daraus keine zusätzliche Zweitwohnung resultiert.

Fortsetzung Seite 6

Fortsetzung von Seite 5

- Die *Umnutzung* von bestehenden *Erstwohnungen* in Zweitwohnungen ist möglich, solange kein Missbrauch (z.B. Verkauf als Zweitwohnung, bloss um dann eine neue Erstwohnung [Ersatzneuwohnung] zu erstellen) vorliegt.
- Die *Umnutzung* von bestehenden *Hotelimmobilen* in Zweitwohnungen ist nur sehr eingeschränkt zulässig.
- Dasselbe gilt für die *Umnutzung* von bestehenden, ehemals *landwirtschaftlich genutzten Gebäuden* wie Maiensässe und Rustici.
- Wo vor dem 11.03.12 rechtskräftige projektbezogene Sondernutzungspläne (Bsp. Projekt Sawiri in Andermatt) vorliegen, die gewissen Anforderungen genügen, können gestützt darauf auch inskünftig Baubewilligungen für neue Zweitwohnungen erteilt werden (Art. 8 Abs. 1 Verordnung).

Übergangsregelung

Die Verordnung tritt am 01.01.13 in Kraft. Bis dann gilt die bisherige Rechtslage, allerdings seit dem 11.03.12 modifiziert durch die neue Verfassungsbestimmung. Was heisst das nun?

- Am 11.03.12 bestehende Wohnungen und *rechtskräftig erteilte* Baubewilligungen sind grundsätzlich nicht tangiert.
- Für Baugesuche, die am 11.03.12 hängig waren oder die danach im Verlaufe von 2012 eingereicht wurden, sind gemäss Verordnung die bisherigen Regeln anzuwenden. Wird die *Baubewilligung noch 2012 rechtskräftig erteilt*, dürfen die entsprechenden Zweitwohnungen wohl gebaut werden. Zwar ist die Verfassungsbestimmung am 11.03.12 in Kraft getreten und teilweise direkt anwendbar, doch lässt der Umkehrschluss aus

den Übergangsbestimmungen zwanglos auch den Schluss zu, dass bis zum 31.12.12 rechtskräftig erteilte Baubewilligungen gültig sind und bleiben. Das scheinen auch die Initiatoren (Helvetia Nostra) nicht auszuschliessen und versuchen nun, systematisch zu verhindern, dass Baubewilligungen noch dieses Jahr rechtskräftig erteilt werden, indem sie solche zu hunderten und tausenden anfechten ...

- Für Baugesuche, die am 31.12.12 *nicht rechtskräftig bewilligt* sind, gelten die Anforderungen der Verordnung.

Wie weiter

Die *Verordnung* gilt, bis das Ausführungsgesetz (voraussichtlich Änderung des Raumplanungsgesetzes) in Kraft tritt, was noch Jahre dauern kann. In dieser Zeit wird das *Bundesgericht* bestimmt Gelegenheit erhalten, die Verordnung zu testen. Es kann die Verordnung auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen und könnte in Einzelfragen zu einer anderen Interpretation kommen als der Bundesrat. Insbesondere über den Häuptionern von Zweitwohneigentümern, denen die rechtskräftige Baubewilligung zwischen 12.03.12 und 31.12.12 erteilt wurde, dürfte somit noch für einige Zeit das Damoklesschwert der Unsicherheit hängen.

Was das *Gesetz* bringen wird, steht in den Sternen: Auf gesetzlicher Stufe könnten sogar Eingriffe in bereits bestehende Wohnungen erfolgen. Das ist zwar aufgrund der Eigentumsgarantie (und der damit verbundenen Entschädigungspflicht bei [teilweiser] Enteignung) und des Grundsatzes der Nicht-Rückwirkung nicht wahrscheinlich, aber aufgrund des krassen Wortlauts der Verfassungsbestimmung auch nicht ganz ausgeschlossen.

Sicher wird sich das Gesetz mit *offenen* Fragen beschäftigen müssen wie:

- Was geschieht mit Erstwohnungen, für welche die Baubewilligung erst nach dem 11.03.12 erteilt wurde und die nicht mehr als solche genutzt werden können (z.B. Wohnsitzwechsel, Änderung des Zivilstandes, Erbschaft, etc.)?
- Was ist der rechtliche Status von Zweitwohnungen, deren Bau zwischen 12.03.12 und 31.12.12 bewilligt wurde?

Auch in *tatsächlicher Hinsicht* kommen interessante Fragestellungen auf uns zu:

- Wie geht es weiter mit Hotelprojekten, die auf Querfinanzierung durch Zweitwohnungen angewiesen sind, nachdem das (nicht nachhaltige) Geschäftsmodell «Subventionierung des Hotelgeschäfts durch Immobiliengeschäfte» nicht mehr zulässig ist?
- Werden wir eine Renaissance des Time-Sharing oder ähnlicher Formen (wie Private Residence Clubs) erleben? Hier muss ich aber vor unrealistischen Hoffnungen warnen: Wer aus der Defensive heraus (weil er kein Geld hat) versucht, ein Time-Sharing Konzept zu realisieren, wird kaum je reüssieren.

So oder so, es wird nicht langweilig werden. Wir bleiben dran und kommen wieder auf das Thema zurück. ■

Das Eilschiedsrichterverfahren (Emergency Arbitrator Proceeding) nach den revidierten Swiss Rules

AM 1. JUNI 2012 IST DIE REVIDIERTE SCHIEDSGERICHTSORDNUNG DER SWISS CHAMBERS' ARBITRATION INSTITUTION (SWISS RULES) IN KRAFT GETRETEN. EINE DER GRUNDLEGENDESTEN NEUERUNGEN IST DIE EINFÜHRUNG DES EILSCHIEDSRICHTERS (EMERGENCY ARBITRATOR). NACHSTEHEND ERFOLGT EIN ÜBERBLICK ÜBER DAS NEUE VERFAHRENSINSTITUT.

Parteien können vereinbaren, dass ein Schiedsgericht anstelle eines staatlichen Gerichts über eine vermögensrechtliche Streitigkeit entscheiden soll. Diverse Institutionen, wie die Internationale Handelskammer (ICC) oder die Swiss Chambers' Arbitration Institution, stellen Schiedsgerichtsordnungen zur Verfügung, welche das anwendbare Schiedsverfahren regeln. Parteien können vereinbaren, dass auf eine (potentielle) Streitigkeit eine von ihnen gewählte Schiedsgerichtsordnung zur Anwendung kommt.

Sinn und Zweck des Eilschiedsrichters

Bis zur Einführung des Instituts des Eilschiedsrichters waren Parteien, die einer Schiedsklausel unterstanden und die den Erlass von vorsorglichen Massnahmen wünschten, vor *Einleitung eines Schiedsverfahrens* sowie vor *Konstituierung des Schiedsgerichts* gezwungen, ein entsprechendes Gesuch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen an das zuständige *staatliche Gericht* zu stellen. Diese erzwungene staatliche Kompetenz stand meist im Widerspruch zur ursprünglichen Absicht der Parteien, eine Schiedsvereinbarung abzuschliessen und damit eine potentielle Streitsache der staatlichen Gerichtsbarkeit zu entziehen.

In den letzten Jahren hat das Institut des Eilschiedsrichters an Aktualität

gewonnen, nachdem diverse Institutionen die Möglichkeit des Erlasses von *vorschiedsgerichtlichen* vorsorglichen Massnahmen durch einen Eilschiedsrichter in ihren Schiedsgerichtsordnungen aufgenommen haben.

Mit Inkrafttreten der revidierten Swiss Rules am 1. Juni 2012, bietet nun auch die schweizerische Schiedsgerichtsinstitution Swiss Chambers' Arbitration Institution *vorschiedsgerichtliche Eilmassnahmen* an.

Verfahren zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen durch Eilschiedsrichter

Eine Partei, die ein Erlass vorsorglicher Massnahmen durch einen Eilschiedsrichter beantragt, muss das diesbezügliche Gesuch beim *Sekretariat* des Schiedsgerichtshof der Swiss Chambers' Arbitration Institution einreichen.

Nach Eingang des Gesuchs, ernennt der *Schiedsgerichtshof* der Swiss Chambers' Arbitration Institution so schnell wie möglich den Eilschiedsrichter, sofern (a) die Einschreibgebühr und der Kostenvorschuss für die dringlichen vorsorglichen Massnahmen bezahlt sind und (b) nicht offensichtlich keine Schiedsvereinbarung vorliegt, welche auf die Swiss Rules verweist *oder* (c) der Schiedsgerichtshof es nicht als angemessener betrachtet, mit der Bestellung des Schiedsgerichts fortzufahren und nach dessen Konstituierung dieses über



Marjolaine Jakob

das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen entscheiden zu lassen.

Prüfung durch den Eilschiedsrichter

Wird ein Eilschiedsrichter ernannt, liegt es in dessen Ermessen zu entscheiden, ob die *notwendige* und vom Gesuchsteller zu behauptende *Dringlichkeit* für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme vorliegt. Dabei muss die Dringlichkeit eine solche sein, dass die Konstituierung des Schiedsgerichtes nicht abgewartet werden kann. Denn nur in wirklich dringenden Situationen hat der Gesuchsteller für den Erlass vorsorglicher Massnahmen durch den Eilschiedsrichter ein genügendes Rechtsschutzinteresse.

Der Entscheid des Eilschiedsrichters über das Gesuch um Erlass vorsorgli-

Fortsetzung Seite 8

Fortsetzung von Seite 7

cher Massnahmen muss grundsätzlich innerhalb von 15 Tagen nach der Zustellung des Gesuchs und der Akten an den Eilschiedsrichter erlassen werden.

Erlass superprovisorischer Massnahmen durch den Eilschiedsrichter

Gemäss der Regelung in den Swiss Rules kann der Eilschiedsrichter auch sog. *superprovisorische* Massnahmen erlassen. Dabei handelt es sich um vorsorgliche Massnahmen, die *ohne Anhörung der Gegenpartei* erlassen werden, um einer möglichen Vereitelungsgefahr entgegen zu wirken. Im Falle eines superprovisorischen Erlasses durch den Eilschiedsrichter muss jedoch die Mitteilung an die Gegenpartei über die vorsorgliche Massnahme spätestens mit deren Erlass erfolgen und der Gegenpartei muss unverzüglich das rechtliche Gehör gewährt werden.

Durch die Möglichkeit des Erlasses superprovisorischer Massnahmen durch den Eilschiedsrichter wird der Anwendungsbereich der eilschiedsrichterlichen vorsorglichen Massnahmen im Interesse des Gesuchstellers erweitert. Andere Schiedsgerichtsordnungen lassen den Erlass superprovisorischer Massnahmen durch den Eilschiedsrichter nicht zu.

Wirkungen des Entscheides des Eilschiedsrichters

Dem Entscheid des Eilschiedsrichters wird in Anwendung der Swiss Rules die selben Wirkungen zuerkannt wie einem Entscheid eines Schiedsgerichtes. Damit wird die Kompetenz des Eilschiedsrichters im Hinblick auf den Erlass vorsorgli-

cher Massnahmen mit derjenigen eines Schiedsgerichts gleichgestellt.

Der Entscheid des Eilschiedsrichters über den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist *für die Parteien verbindlich*, nicht jedoch für das später konstituierte Schiedsgericht. Unterzieht sich der Betroffene nicht freiwillig der angeordneten Massnahme, so hat nach schweizerischer Rechtslage das *Schiedsgericht keine Vollstreckungsgewalt* und es muss der staatliche Richter um Mitwirkung ersucht werden. Wird der Entscheid des Eilschiedsrichters nicht befolgt, so kommt folglich doch wieder das staatliche Gericht ins Spiel. Ein kompletter Entzug der Streitsache der staatlichen Gerichtsbarkeit ist demnach nicht möglich.

Ferner gibt es *nicht schiedsfähige* Massnahmeinstrumente (z.B. Rechtsöffnung oder Arrest) über die weder ein Eilschiedsrichter noch ein Schiedsgericht entscheiden können. Auch in diesem Falle ist eine Partei verpflichtet, das staatliche Gericht aufzusuchen.

Fazit

Der Eilschiedsrichter ist ein Neutrum, welcher zwischen der staatlichen Gerichtsbarkeit und einem zu konstituierenden Schiedsgericht steht. Trotz der neuen Institution des Eilschiedsrichters und der damit verbundenen Erweiterung der Möglichkeit der Anrufung eines nichtstaatlichen Spruchkörpers vor Konstituierung eines Schiedsgerichts, kann die Notwendigkeit auf ein staatliches Gericht «zurückgreifen zu müssen», z.B. im Rahmen von Zwangs- und Vollstreckungsmassnahmen oder nicht schiedsfähigen Entscheiden, nicht vollumfänglich ausgeschlossen werden. ■

Lic.iur. Romeo Da Rugna

Dr. Stefan Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann

Lic.iur.
Christopher Tillman LL.M.
Fachanwalt SAV Bau- und ImmobilienrechtPD Dr. Sabine Kilgus LL.M.
Konsulentin

Lic. iur. Martin Rust LL.M.

Lic. iur.
Simon Schnetzler LL.M.

Lic. iur. Marjolaine Jakob

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 AnwaltsregisterZertifiziert nach
EN ISO 9001 : 2008