

Zweitwohnungen in der Schweiz: Bundesgericht weist den Weg

AM 22. MAI 2013 HAT DAS BUNDESGERICHT ERSTE URTEILE ZUR ZWEITWOHNUNGSINITIATIVE GEFÄLLT. ES HAT DIE VOM BUND UND DEN INITIANTEN KONSEQUENT VERTRETENE AUFFASSUNG BESTÄTIGT, DASS DIE NEUE VERFASSUNGSBESTIMMUNG IHRE WIRKUNG BEREITS AB DEM ABSTIMMUNGSTAG VOM 11. MÄRZ 2012 ENTFALDET.

Ausgangslage

Am 11.03.2012 haben Volk und Stände die Volksinitiative «Stopp mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen» angenommen. Eine Verfassungsänderung entfaltet Rechtskraft ab dem Tag, an dem sie von Volk und Ständen angenommen wird (Art. 195 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV)). Die neue Verfassungsbestimmung beschränkt den Anteil von Zweitwohnungen auf höchstens 20% (Art. 75b Abs. 1 BV) und ist direkt anwendbar, da keine Umsetzung auf Gesetzesstufe nötig ist, d.h. Baubewilligungen für Zweitwohnungen ab

dem 11.03.2012 über dem 20%-Grenzwert sind verfassungswidrig. Der zweite Absatz dieser Bestimmung enthält hingegen einen expliziten Gesetzgebungsauftrag. In einer ersten Stellungnahme vom 15.03.2012 ging das Amt für Raumentwicklung (ARE) dementsprechend davon aus, dass Art. 75b Abs. 1 BV am Tag der Annahme (11.03.2012) in Kraft getreten sei. Baugesuche, die vor diesem Datum rechtskräftig erteilt worden seien, blieben aber gemäss ARE weiterhin gültig. Am 22.08.2012 erliess der Bundesrat eine Übergangsverordnung (Zweitwohnungsverordnung) und setzte diese per 01.01.2013 in Kraft. Betroffen von dieser Verordnung sind alle Schweizer Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20%; dies sind gemäss (dem kürzlich bereits leicht reduzierten) Anhang zu dieser Verordnung rund 550 Gemeinden. Diese Übergangsverordnung soll in Ergänzung zum angenommenen Verfassungstext solange gelten, bis die anstehende Ausführungsgesetzgebung des Parlaments zur Zweitwohnungsinitiative ausgearbeitet und in Kraft gesetzt ist. Für den Fall, dass die Ausführungsgesetzgebung des Parlaments nicht bis zum 12.03.2014 be-

schlossen und in Kraft getreten ist, hat der Bundesrat die nötigen Ausführungsbestimmungen zwingend selbst zu erlassen (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV).

Bundesgerichtsurteile

Nach Annahme der Zweitwohnungsinitiative stellte sich insbesondere die zentrale Frage für Bauherren und Gemeinden, welche *im Zeitraum ab dem 11.03.2012* Baubewilligungsgesuche gestellt oder zu behandeln hatten, ob und gegebenenfalls bis wann Zweitwohnungen noch bewilligt und gebaut werden dürfen. Insbesondere stellte sich die Frage, ob der 20%-Grenzwert bereits ab dem Tage der Volksabstimmung und damit *ab dem 11.03.2012* oder erst ab dem Tage des Inkrafttretens der Übergangsverordnung und damit *ab dem 01.01.2013* zu gelten habe. Mit der Inkraftsetzung seiner Übergangsverordnung vom 22.08.2012 erst auf den 01.01.2013 ist der Bundesrat um die Klärung dieser zentralen Frage herumgekommen. Das Bundesgericht entschied nun über vier Bauvorhaben von unbestrittenem Zweitwohnungsbau, wofür die jeweilige Ge-



Christopher Tillman

Inhalt

Zweitwohnungen in der Schweiz:
Bundesgericht weist den Weg 1

Kündigungsschutz bei der Miete
von Parkplätzen 3

Zum aktuellen Stand der Umsetzung
der «Abzocker-Initiative» 4

Missbräuchliches Prozessieren
durch den Verwaltungsrat 6

In eigener Sache 8

Fortsetzung Seite 2

Fortsetzung von Seite 1

meinde zwischen dem 11.03.2012 und dem 31.12.2012 noch Baubewilligungen erteilt hatte. Gegen alle vier Bauvorhaben wurde Einsprache erhoben. Zur gestellten Frage hat das Bundesgericht folgende Grundsatzentscheide gefällt:

- Baubewilligungen, die vor dem 11.03.2012 erstinstanzlich erteilt wurden, fallen nicht unter die neuen Verfassungsbestimmungen der Zweitwohnungsinitiative. Diese Baubewilligungen bleiben unabhängig vom Zeitpunkt, an dem sie rechtskräftig werden, gültig. Dies auch unabhängig davon, ob bisher und innert der gesetzlich zulässigen Frist mit dem Bau begonnen wurde. Dies selbst dann, wenn der Anteil von Zweitwohnungen in dieser Gemeinde mehr als 20% beträgt. *Wer also vor dem 11.03.2012 eine Bewilligung für eine Zweitwohnung in solchen Gemeinden erlangt hat und noch nicht mit dem Bau begonnen hat, kann also auch heute noch bauen*, jedenfalls solange, bis die Baubewilligung gemäss kantonalem Recht verfällt (in der Regel 2 – 3 Jahre nach der Erteilung der rechtskräftigen Baubewilligung). Wegweisend für die Ausführungsgesetzgebung ist damit, dass sich die Zweitwohnungsinitiative grundsätzlich nicht auf sog. altrechtliche Zweitwohnungen auswirkt, die am 11.03.2012 bereits gebaut oder bewilligt waren. Dies wird nur dann der Fall sein, wenn seit dem 11.03.2012 neue Baugesuche für Umnutzungen oder Erweiterungen von bestehenden Zweitwohnungen gestellt werden.
- Wird der 20%-Grenzwert von Zweitwohnungen in Gemeinden überschritten, sind Baubewilligungen für Zweit-

wohnungen, die zwischen dem 11.03.2012 und dem 31.12.2012 erteilt wurden, aufzuheben, sofern sie nicht spätestens bis zum 31.12.2012 in Rechtskraft erwachsen sind. Wegweisend für die Ausführungsgesetzgebung ist diesbezüglich, dass der Art. 75b Abs. 1 BV direkt anwendbar ist und keiner Ausführungsbestimmungen auf Gesetzesstufe bedarf. Auch die Formulierung dieser Verfassungsbestimmung mit «*ist...beschränkt*» deutet darauf hin, dass es sich um eine unmittelbar verbindliche Vorgabe handelt. Die Erteilung von Baubewilligungen in Gemeinden über dem 20%-Grenzwert war somit seit dem 11.03.2012 verfassungswidrig. Wer als Bauherr allerdings seither keine Einsprachen zu gewärtigen hatte, oder diese abgewiesen und nicht weiter gezogen wurden und in der Folge die von der Gemeinde bis 31.12.2012 erteilte Baubewilligung rechtskräftig geworden ist, hat dennoch nichts mehr zu befürchten, da in der Terminologie des Bundesgerichts diese Baubewilligungen nur *anfechtbar* und nicht *nichtig* waren. *Diese rechtskräftigen Baubewilligungen können nicht mehr neu angefochten werden.*

- Zwar sind gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die ab dem 01.01.2013 erteilt werden, nichtig. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung beschränkt sich auf ein vorsorgliches Baubewilligungsverbot bzw. einer Planungszone für Zweitwohnungen in vom 20%-Grenzwert betroffenen Gemeinden. Der von verschiedenen Kreisen daraus im Vorfeld gezogene *Umkehrschluss*, dass Baubewilligungen noch bis am

31.12.2012 gültig erteilt werden konnten, ist *unzulässig*, da hier aufgrund der direkten Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 BV kein qualifiziertes Schweigen vorliegt, was Voraussetzung für einen Umkehrschluss aus dieser Übergangsbestimmung ist.

- *Baubewilligungen nach dem 01.01.2013* in Gemeinden, die den 20%-Grenzwert überschreiten, *sind nichtig* und daher von allem Anfang an verfassungswidrig. Seit dem 01.01.2013 erteilte oder rechtskräftig gewordene Baubewilligungen für neue Zweitwohnungen oder Erweiterungen sind daher ungültig.

Helvetia Nostra legitimiert

Die Vereinigung *Helvetia Nostra* ist befugt, Baubewilligungen für Zweitwohnungen anzufechten, weil die Volksinitiative gemäss Erläuterungen im Abstimmungsbüchlein auch den Schutz von Natur und Landschaft zum Ziele hat. Zweitwohnungsprojekte innerhalb von RPG-konformen Bauzonen zerstören zwar in der Regel keine Natur- und Landschaftsobjekte. Sie verbrauchen jedoch Baulandreserven, mit der Folge, dass für andere Bauvorhaben, wie insbesondere Erstwohnungen, Hotel- und Gewerbebetriebe, auf Kosten von Natur und Landschaft Neueinzonungen vorgenommen werden müssen. ■

Kündigungsschutz bei der Miete von Parkplätzen

DIE FRAGE, OB EIN MIETER EINES PARKPLATZES ÜBER DEN MIETRECHTLICHEN KÜNDIGUNGSSCHUTZ VERFÜGT, HÄNGT IM WESENTLICHEN MIT DEM UMSAND ZUSAMMEN, OB DER PARKPLATZ SEPARAT VERMIETET WURDE ODER ABER ZUSAMMEN MIT EINEM WOHN- ODER GESCHÄFTSRAUM.

Gesondert vermietete Parkplätze

Die mietrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen der Art. 271 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) gelten gemäss ausdrücklicher Gesetzesbestimmung nur bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen. Bei einem Parkplatz im Freien handelt es sich schon deshalb nicht um einen Wohn- oder Geschäftsraum, da es bei ihm am Kriterium des «Raumes» fehlt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellen aber auch Einstellplätze in einer Tiefgarage oder eine zum Abstellen von Autos separat vermietete Garagenbox keinen Geschäftsraum im Sinne dieser Bestimmung dar (BGE 125 III 231). Somit sind bei einem gesondert vermieteten Garagen- oder Parkplatz die gesetzlichen Kündigungsschutzbestimmungen für Wohn- und Geschäftsräume nach Art. 271 ff. OR grundsätzlich nicht anwendbar. Der Parkplatz kann somit unter Einhaltung einer zweiwöchigen Frist jeweils auf Ende eines Monats gekündigt werden (Art. 266e OR), sofern die Parteien vertraglich nicht eine längere Frist oder einen anderen Termin vereinbart haben (Art. 266a Abs. 1 OR). Der Mieter hat keine Möglichkeit, die Missbräuchlichkeit der Kündigung geltend zu machen, oder eine Erstreckung des Mietverhältnisses zu beantragen.

Kündigungsschutz bei mitvermieteten Parkplätzen

Die Bestimmungen über die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen und somit auch die Kündigungsschutzbestimmun-

gen von Art. 271 ff. OR gelten gemäss Art. 253a Abs. 1 OR aber auch für Sachen, die der Vermieter zusammen mit diesen Räumen dem Mieter zum Gebrauch überlässt. Als mögliche Beispiele nennt Art. 1 der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) Mobilien, Garagen, Autoeinstell- und Abstellplätze sowie Gärten. Entscheidend ist dabei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass zwischen dem Wohn- oder Geschäftsraum sowie dem Parkplatz ein funktioneller Zusammenhang besteht, d.h. die Nebensachen der Hauptsache funktionell dienen und nur wegen des über diese geschlossenen Mietvertrags zum Gebrauch überlassen werden. Der funktionelle Zusammenhang ergibt sich in der Regel daraus, dass sich die Nebensache (z.B. der Parkplatz) in unmittelbarer Nähe des Wohn- oder Geschäftsraumes befindet. Ob der Mietvertrag für den Parkplatz allenfalls später als derjenige über den Wohn- oder Geschäftsraum abgeschlossen wurde, spielt für die Beantwortung der Frage, ob zwischen den beiden Objekten ein funktioneller Zusammenhang besteht, ebenso wenig eine Rolle, wie der Umstand, ob für die beiden Objekte ein oder zwei Verträge abgeschlossen wurden. Relevant ist demgegenüber, dass die Vertragsparteien bei der Mietverträge die gleichen Personen sind. Liegt ein solcher funktioneller Zusammenhang zwischen einem Parkplatz und dem Wohn- oder Geschäftsraum vor, verfügen mithin auch Parkplätze



Daniel Reudt

über den mietrechtlichen Kündigungsschutz nach Art. 271 ff. OR.

Damit noch unbeantwortet ist aber die Frage, ob und – gegebenenfalls – unter welchen Umständen ein Mietverhältnis über einen Parkplatz trotz funktionellem Zusammenhang gekündigt werden kann, ohne dass gleich auch der ganze Mietvertrag über den Wohn- oder Geschäftsraum gekündigt werden muss.

Unzulässige Teilkündigung bei einem einheitlichen Mietvertrag

Ist der Parkplatz Bestandteil der mit einem einheitlichen Mietvertrag über den Wohn- und Geschäftsraum gemieteten Sache, so ist eine Kündigung nur des Parkplatzes als unzulässige Teilkündigung nichtig. Will der Vermieter einen Teil des Mietobjekts, vorliegend den Parkplatz, entziehen, hat er dies – wie bei einer Erhöhung des Mietzinses – dem Mieter mittels einseitiger Vertragsänderung nach Art. 269d Abs. 3 OR auf dem diesbezüglichen amtlichen Formular anzuzeigen. Da in einem solchen Fall die einseitige Vertragsänderung die Kündigung ersetzt, übernimmt hier die Anfechtungsmöglichkeit der einseitigen Vertragsänderung nach Art. 270b

Fortsetzung Seite 4

Fortsetzung von Seite 3

OR die Funktion der Kündigungsschutzbestimmungen der Art. 271 ff. OR. Mithin kann der Mieter im Rahmen der Anfechtung der einseitigen Vertragsänderung die Missbräuchlichkeit der Änderung geltend machen sowie eine Erstreckung des bisherigen Mietvertrags beantragen (BGE 125 III 231).

Berücksichtigung des Willens und der Interessen der Parteien bei separaten Verträgen

Wurde der Mietvertrag für den Parkplatz hingegen in einem separaten Mietvertrag abgeschlossen, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der formellen Selbständigkeit der Verträge insoweit Rechnung zu tragen, als dass diesfalls trotz funktionellem Zusammenhang die Kündigung nur des Parkplatzes grundsätzlich möglich ist. Die Kündigung muss diesfalls aber – im

Gegensatz zum unabhängig von einem Wohn- oder Geschäftsraum vermieteten Parkplatz – mittels amtlichen Formulars erfolgen und unter dem Gesichtspunkt der missbräuchlichen Kündigung im Sinne von Art. 271/271a OR zulässig sein. Dies gilt jedoch (einschränkend) nur für den Fall, dass mit Blick auf die Interessen der beteiligten Parteien nicht von einem gekoppelten Mietvertrag auszugehen ist, d.h. gemäss dem Parteiwillen der eine Vertrag nicht ohne den anderen bestehen soll und die beiden Verträge eine Einheit bilden. Mithin ist bei einem Parkplatz, bei dem zwar ein funktioneller Zusammenhang mit einem Wohn- oder Geschäftsraum besteht, dieser aber in einer separaten Vertragsurkunde abgeschlossen wurde, jeweils darauf abzustellen, ob die Parteien ein unterschiedliches Schicksal der beiden Verträge in Kauf genommen haben und dieses auch mit Blick auf die Interessen der Parteien gerechtfertigt ist.

Dies kann sich bspw. daraus ergeben, dass der Parkplatz erst später hinzugemietet wurde und für den Parkplatz andere Kündigungsfristen oder -termine vereinbart wurden. Ist dies nicht der Fall, liegt ebenfalls eine nichtige Teilkündigung vor.

So hat das Bundesgericht unlängst entschieden (BGE 137 III 123), dass ein ausstehender Mietzins für den Parkplatz den Vermieter nicht berechtigte, unter Berufung auf den (vorliegend gegebenen) funktionellen Zusammenhang gleich auch das Mietverhältnis über die Wohnung zu kündigen. Vielmehr hätte der Vermieter aufgrund des von den Parteien den beiden Verträgen durch ungleiche Kündigungsfristen und -termine auferlegten unterschiedlichen Schicksals die formelle Selbständigkeit der Verträge beachten müssen, weshalb er nur zur Kündigung des Parkplatzes, nicht aber auch der Wohnung, berechtigt gewesen wäre. ■

Zum aktuellen Stand der Umsetzung der «Abzocker-Initiative»

AM 3. MÄRZ 2013 HABEN VOLK UND STÄNDE DIE EIDGENÖSSISCHE VOLKSINITIATIVE GEGEN DIE «ABZOCKEREI» (SOG. «ABZOCKER-INITIATIVE») ANGENOMMEN. ENTSPRECHEND WURDE DIE SCHWEIZER BUNDESVERFASSUNG DURCH DEN NEUEN ART. 95 ABS. 3 (BV) ERGÄNZT UND EINE NEUE ÜBERGANGSBESTIMMUNG (ART. 197 ZIFF. 10 BV) EINGEFÜGT.

Die neue Verfassungsbestimmung besteht aus 24 Detailbestimmungen, die vorgeben, wie das Aktien- und Strafrecht zu ändern ist, eine eigentlich direkte Anwendbarkeit des neuen Art. 95 Abs. 3 BV ist aber ausdrücklich nicht vorgesehen. Die Umsetzung der «Abzocker-

Initiative» erfolgt deshalb ausschliesslich durch den Erlass der entsprechenden Ausführungsbestimmungen, sei es durch den Bundesrat im Rahmen einer Verordnung, oder durch das Parlament im Rahmen des Erlasses eines entsprechenden Ausführungsgesetzes.

Bundesrätlicher Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei («VgdA»)

Der Bundesrat ist seinem Auftrag bereits nachgekommen und hat im Juni 2013 die Anhörung zu seinem Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei eröffnet und den interessierten Kreisen mit Frist bis Ende Juli 2013 zur Vernehmlassung unterbreitet. Derzeit wird erwartet, dass die neue Verordnung gegen die Abzockerei («VgdA») in der definitiven Form bereits im November 2013 vom Bundesrat verabschiedet wird. In einem weiteren Schritt ist dann geplant, dass die per bundesrätlicher Verordnung in Kraft ge-

setzten neuen Bestimmungen in die verschiedenen Erlasse auf Gesetzesstufe überführt werden, was aber wohl nicht vor dem Jahr 2016 vollständig abgeschlossen sein wird.

Inkrafttreten und Übergangsrecht

Die bundesrätliche Verordnung dürfte per 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt werden und schlägt auch bei der konkreten Umsetzung der einzelnen Bestimmungen des neuen Art. 95 Abs. 3 BV ein sehr hohes Tempo an.

Ab dem Inkrafttreten werden insbesondere die Bestimmungen zu den unzulässigen Vergütungen, die Bestimmungen zu den Wahlen der Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses, des Depotstimmrechts und die Strafbestimmungen in Kraft treten.

Längstens innerhalb eines Jahres ab Inkrafttreten müssen vorbestehende Arbeitsverträge angepasst werden, ansonsten automatisch die Bestimmungen der Verordnung gelten werden. Auch die Pensionskassen haben ihre Reglemente und Prozesse innerhalb längstens einem Jahr ab Inkrafttreten anzupassen.

Für die Anpassung der Statuten wiederum wird eine Übergangsfrist von zwei (2) Jahren gewährt. Die Genehmigungsvorschriften zu den Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung sowie allfälliger Beiräte gelten ab der ordentlichen Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2015 bzw. ab der zweiten ordentlichen Generalversammlung ab Inkrafttreten der Verordnung.

Zum Anwendungsbereich sowie zur Ausserkraftsetzung von geltendem Recht

Die neue Verordnung gilt für sämtliche Aktiengesellschaften, die dem Schwei-

zer Recht unterliegen und deren Aktien an einer in- oder ausländischen Börse kotiert sind.

Art. 1 Abs. 2 des Entwurfs der VgDA hält überdies fest, was sich implizit bereits aus Art. 197 Ziff. 10 BV ergibt: Die Bestimmungen der bundesrätlichen Verordnung gehen widersprechenden Bestimmungen des Obligationenrechts vor; die entsprechenden Gesetzesbestimmungen werden somit für börsenkotierte Gesellschaften während der Geltungsdauer der Verordnung und ab deren Inkrafttreten, d.h. voraussichtlich ab dem 1. Januar 2014 faktisch ausser Kraft gesetzt. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um folgende Bestimmungen:

Die Offenlegung der Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates erfolgt nicht mehr im Anhang zur Jahresrechnung, sondern im separaten Vergütungsbericht (Art. 13-17 VgDA); der neue Vergütungsbericht ersetzt damit die Angaben im Anhang zur Bilanz nach Art. 663b bis OR.

Die Generalversammlung wählt die Mitglieder des Verwaltungsrates und dessen Präsidenten bzw. Präsidentin neu je einzeln und nur noch für die Dauer von jeweils einem Jahr (mit zulässiger Wiederwahl) (Art. 3 f. VgDA); zur bisherigen Regelung vergl. Art. 710 und 712 OR.

Das Organ- und Depotstimmrecht ist neu verboten und wird abgeschafft (Art. 11 VgDA); entsprechend werden die Art. 689c und 689d OR dann inskünftig unbeachtlich sein.

Auch der unabhängige Stimmrechtsvertreter ist neu von der Generalversammlung zu wählen (und nicht mehr bloss von der Gesellschaft zu benennen (vergl. Art. 689c OR)), und zwar jeweils für die Dauer von einem Jahr (Art. 8 VgDA).



Thomas Reimann

Handlungsbedarf besteht bereits ab 1. Januar 2014

Mit dem voraussichtlichen Inkrafttreten der bundesrätlichen Verordnung am 1. Januar 2014 besteht ab diesem Datum für börsenkotierte Gesellschaften Handlungsbedarf, insbesondere in folgenden Kernbereichen:

- **Unzulässige Vergütungen:** Unzulässig sind Abgangsentschädigungen, Vergütungen, die im Voraus entrichtet werden, Provisionen für die Übernahmen oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon, die Gewährung von Darlehen, Krediten, Renten und leistungsabhängige Vergütungen oder die Einräumung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechte, die in den Statuten nicht vorgesehen sind.
- **Wahl Verwaltungsrat und Mitglieder Vergütungsausschuss:** Neu müssen alle Mitglieder des Verwaltungsrates sowie auch des Vergütungsausschusses je einzeln von der Generalversammlung gewählt werden, und zwar jeweils neu nur für ein Jahr. Wiederwahl ist möglich. Das Gleiche gilt auch für den Präsidenten bzw. die Präsidentin.

Fortsetzung Seite 6

Fortsetzung von Seite 5

tin des Verwaltungsrates und von allfälligen Stellvertretern.

- **Abschaffung des Organ- und Depotstimmrechts:** Das Organ- und Depotstimmrecht ist abgeschafft; einzig zulässige Form der institutionellen Stimmrechtsvertretung bildet neu das Institut des unabhängigen Stimmrechtsvertreters, der neu jedes Jahr von der Generalversammlung gewählt werden muss.
- **Neue Regeln für Pensionskassen:** Die Pensionskassen müssen bezüglich den von ihnen an börsenkotierten Gesellschaften gehaltenen Aktien ihre Stimmrechte neu tatsächlich auch

ausüben, und zwar im Interesse der Versicherten und müssen über die Stimmausübung einmal jährlich ihren Versicherten gegenüber Rechenschaft ablegen.

Strafrechtliche Bestimmungen

Die Verordnung selber stellt vorsätzliche Verletzungen der neuen Pflichten unter Strafe. Die Strafandrohung für Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung sowie gegebenenfalls des Beirates geht bis zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und Geldbussen von bis zu sechs Jahresgehältern. Mitglieder des obersten Organs einer Vorsorgeeinrichtung oder deren Geschäftsführung werden wegen vorsätzlicher Verletzung der

Stimm- und Offenlegungspflicht mit einer Geldstrafe von bis maximal 180 Tagessätzen bestraft.

Zusammenfassung

Auf den ersten Blick ist die Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV durch die bundesrätliche Verordnung massvoll und praxistauglich erfolgt. Auf Grund des vorgezeichneten hohen Umsetzungstempos sowie auch der neuen Strafandrohung tun Schweizer Publikumsgesellschaften, einschliesslich der Schweizerischen Vorsorgeeinrichtungen, aber gut daran, rechtzeitig Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die neuen rechtlichen Rahmenbedingungen ab dem 1. Januar 2014 auch erfüllt werden können. ■

Missbräuchliches Prozessieren durch den Verwaltungsrat

DAS BUNDESGERICHT QUALIFIZIERTE DEN ENTSCHEID DES VERWALTUNGSRATES, DIE FRAGE DER EINTRAGUNG IM AKTIENBUCH EINES MINDERHEITSAKTIONÄRS DURCH ALLE INSTANZEN GERICHTLICH KLÄREN ZU LASSEN, ALS PFLICHTVERLETZUNG GEGENÜBER DER GESELLSCHAFT. DIE VERWALTUNGSRÄTE MUSSTEN DESHALB FÜR DIE KOSTEN, WELCHE DER GESELLSCHAFT DURCH DIE PROZESSFÜHRUNG ANGEFALLEN WAREN, PERSÖNLICH AUFKOMMEN (BGE 139 III 24).

Ausgangslage

Im Jahre 1998 fusionierte die Beteiligungsgesellschaft Lorze AG mit ihrer Tochter Schmid AG Baar, wobei sie Aktiven und Passiven der Tochtergesellschaft übernahm. Beide Gesellschaften waren Aktionäre der Reishauer Beteiligungen AG und hielten zusammen ca. 47% der Aktien. Als Minderheitsaktionäre waren sie entsprechend seit 1989 nicht mehr im Verwaltungsrat der Reishauer Beteiligungen AG vertreten.

Verweigerung der Eintragung

Im Anschluss an die Fusion verlangte die Lorze AG vom Verwaltungsrat der Reishauer Beteiligungen AG die Zustimmung zur Übertragung der vinkulierten Aktien von ihrer Tochter auf sie selbst und entsprechend auch die Eintragung als neue Eigentümerin im Aktienbuch. Der Verwaltungsrat verweigerte jedoch die Zustimmung zur Übertragung gestützt auf Art. 685b Abs. 1 des Schweizerischen

Obligationenrechts (OR). Das gesetzliche Ankaufsrecht nach Art. 685b Abs. 1 OR sieht nämlich vor, dass eine Gesellschaft das Eintragungsgesuch ohne Grund ablehnen kann, wenn die Gesellschaft dem Veräusserer anbietet, die Aktien zum wirklichen Wert zu übernehmen (sog. «trockene» Ablehnung).

Die Lorze AG opponierte gegen die Verweigerung der Eintragung und verlangte gerichtlich die Eintragung im



Simon Schnetzler

Aktienbuch, was von allen Instanzen, letztinstanzlich vom Bundesgericht mit Entscheid vom 5. März 2003, gutgeheissen wurde (BGer 4C.242/2001).

In seinem Entscheid erklärte das Bundesgericht, dass der Verwaltungsrat mit der Verweigerung der Eintragung das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre gemäss Art. 717 Abs. 2 OR missachtet habe. Er habe die Eintragung rechtsmissbräuchlich im Interesse der Mehrheitsaktionäre verweigert.

Verantwortlichkeit

Die Erkenntnis kostete die Reishauer Beteiligungen AG immerhin 1.2 Mio. Franken an Gerichtsgebühren, Parteientschädigung, Anwaltskosten und Expertenonoraren. Die Lorze AG als Aktionärin war der Ansicht, dass die Verwaltungsräte wegen pflichtwidriger Prozessführung selbst für diese Kosten aufzukommen hätten und dafür persönlich haften.

Die unbequeme Minderheitsaktionärin belangte daraufhin die damaligen Verwaltungsräte für die aufgelaufenen Kosten. Mit Urteil vom 20. November 2012 hiess das Bundesgericht die Verantwortlichkeitsklage der Lorze AG gut und befand, dass nicht nur die Verweigerung der Eintragung rechtsmissbräuchlich gewesen sei, sondern auch die anschliessende Prozessführung bis vor Bundesgericht. Es verpflichtete den Verwaltungsrat deshalb zur Leistung von 1.2 Mio. Franken an die Reishauer Beteiligungen AG.

Missachtung des Gleichbehandlungsgebots

Art. 717 Abs. 2 OR bestimmt, dass der Verwaltungsrat die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln habe. Das Gleichbehandlungsgebot kommt insbesondere bei Kapitalerhö-

hungen, aber auch beim Kauf und Verkauf eigener Aktien zum Tragen –oder wie vorliegend – bei der Übertragung von Namenaktien unter Aktionären.

Die trockene Ablehnung, d.h. der Ankauf der Aktien gegen Entschädigung, soll dem Verwaltungsrat zwar ermöglichen, ohne Grund einen Erwerber als Aktionär ablehnen zu können. Allerdings ist auch hier der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre zu beachten. Der Verwaltungsrat als gewählter Vertreter der Aktienmehrheit ist der Minderheit gleichermassen verpflichtet. Entsprechend hat er bei einer Verweigerung zur Übertragung zu berücksichtigen, ob durch den Entscheid einzelne Aktionäre in unsachlicher Weise benachteiligt werden. Unsachlich heisst, dass es für die Verweigerung der Zustimmung keine Gründe im Interesse der Gesellschaft gibt, welche die Ungleichbehandlung unter den Aktionären rechtfertigen könnten.

Solche Gründe waren bei der Reishauer Beteiligungen AG nicht ersichtlich: schon vor der Fusion waren die Aktien durch die Tochtergesellschaft der ersuchenden Lorze AG vertreten, eine Eintragung hätte entsprechend keine Machtverschiebung zur Folge gehabt. Die Verweigerung hätte weder eine unliebsame Person als neue Aktionärin ferngehalten noch die bestehenden Machtverhältnisse bewahren sollen. Der Ankauf durch die Gesellschaft hätte vielmehr aber die Sperrminorität, welche die Mutter und Tochter mit ihrer 47%igen Beteiligung inne hatten, aufgehoben und die Minderheitsaktionärinnen damit massiv benachteiligt. Die Verweigerung hätte den Mehrheitsaktionären unter anderem ermöglicht, die Statuten zu ändern. Der Verwaltungsrat hat das Ankaufsrecht deshalb in missbräuchlicher Weise im Inter-

esse der Mehrheitsaktionäre ausgeübt.

Missbräuchliche Prozessführung

Der Verwaltungsrat hat seine Pflicht zur Gleichbehandlung verletzt, entsprechend ist die Eintragung denn auch gutgeheissen worden. Für die Frage, ob der Verwaltungsrat für die Kosten des Prozesses aufzukommen hat, war jedoch massgebend, ob dieser mit der Prozessführung eine Pflichtverletzung begangen hatte.

Nach Art. 717 Abs. 1 OR muss der Verwaltungsrat die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Das bedeutet auch, dass er nur im Interesse der Gesellschaft prozessieren darf.

Nicht im Interesse der Gesellschaft prozessiert der Verwaltungsrat, wenn er mit einem Prozess Ziele verfolgt, für die kein Gesellschaftsinteresse bzw. ein Interesse der Aktionärsversammlung ersichtlich ist, oder wenn er völlig aussichtslose Prozesse führt. In solchen Fällen missachtet der Verwaltungsrat seine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und verletzt Art. 717 Abs. 1 OR.

Das Bundesgericht erklärte, dass der Verwaltungsrat keine vernünftigen Gründe darlegen konnte, weshalb er den Prozess um die Eintragung bis vor Bundesgericht geführt hatte. In diesem Sinne konnte dem Verwaltungsrat eben auch nicht helfen, dass die Eintragungsverweigerung von einem Handelsrichter sowie von Gutachten von Professoren geschützt wurde. Entscheidend war, dass der Verwaltungsrat den Prozess selbst offensichtlich im Interesse der Mehrheitsaktionäre führte und die durch die Fusion entstandene Situation zugunsten der Mehrheitsaktionäre ausnutzte.

Fortsetzung Seite 8

*Fortsetzung von Seite 7***Zusammenfassung**

Der Entscheid ruft in Erinnerung, dass im Umgang mit Minderheitsaktionären Vorsicht geboten ist. Der Grundsatz der Gleichbehandlung gebietet es dem Verwaltungsrat, bei Transaktionen mit eigenen Aktien auf die Interessen der Minderheitsaktionäre gleichermaßen Rücksicht zu nehmen wie auf die Interessen der Mehrheitsaktionäre. Sei dies z.B. bei Kapitalerhöhungen, beim Kauf oder Verkauf eigener Aktien oder bei der Ausübung von Aktienvinkulierungen.

Der Entscheid zeigt aber auch, dass das Gesellschaftsinteresse, welches die Richtschnur für das Verhalten des Verwaltungsrates ist, weder Mehrheits- noch Minderheitsaktionäre kennt. Ein Verwaltungsrat sollte sich deshalb immer vergegenwärtigen, ob er einen Prozess im Namen der Gesellschaft tatsächlich auch im Interesse der Gesellschaft führt. Diese zuweilen nicht ganz einfache Frage ist nötigenfalls unter Beizug eines Gutachters zu beantworten. Muss sich der Verwaltungsrat eingestehen, dass er den Prozess vornehmlich in fremdem Interesse führt, sei es im Interesse von Mehrheitsaktionären oder sogar in eigenem Interesse, setzt er sich dem Risiko der Haftbarkeit aus. ■

In eigener Sache

Im Juni 2013 wurde Rechtsanwalt lic.iur. **Christopher Tillman**, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, in den Vorstand der Kammer unabhängiger Bauherrenberater (KUB), einer Sektion des Schweizerischen Verbandes der Immobilienwirtschaft (SVIT), gewählt. Wir gratulieren und wünschen ihm viel Glück und Befriedigung bei dieser Aufgabe.

Humor

Ein Arzt, ein Priester und ein Anwalt sitzen in einem Boot, als der Motor in Flammen aufgeht. Ohne zu zögern bietet der Anwalt an, zur Küste zu schwimmen, um Hilfe zu holen. Der Priester: «Tun Sie das nicht, im Meer wimmelt es nur so von Haien!» Der Anwalt gibt sich unbeeindruckt, springt ins Wasser und schwimmt zur Küste, ohne dass ihm ein Haar gekrümmt wurde. Priester: «Ein Wunder!» Arzt: «Nein, nur Höflichkeit unter Kollegen.»

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 ArbP

Lic. iur. Judith Lusser Treyer

Lic. iur. Daniel Reudt

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