

Neuerungen beim Bauhandwerkerpfandrecht

AM 1. JANUAR 2012 WERDEN NEUERUNGEN BEIM BAUHANDWERKERPFANDRECHT IN KRAFT TRETEN. DIE NEUE BESCHIEDENE ERWEITERUNG DES BAUHANDWERKERPFANDRECHTS WILL DEN SCHUTZ DES BAUHANDWERKERS VERSTÄRKEN. ZIEL DER REVISION WAR ES AUCH, DAS BAUHANDWERKERPFANDRECHT DER HEUTIGEN RECHTSPRECHUNG UND PRAXIS ANZUPASSEN. GLEICHZEITIG WERDEN ABER MIT DER REVISION NEUE UNSICHERHEITEN GESCHAFFEN, WELCHE DEREINST DIE RECHTSPRAXIS UND SCHLIESSLICH DIE GERICHTE BESCHÄFTIGEN WERDEN.

Das Bauhandwerkerpfandrecht hat die Funktion des Risikoausgleichs zwischen Bauhandwerker und Bauherrn. Es will präventiv den Handwerker darin schützen, für seine Bauleistung bezahlt zu werden. Mit der Möglichkeit zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts durch den Handwerker wird ein Aus-

gleich dafür geschaffen, dass der Handwerker vorleistungspflichtig ist und für seine Leistung kein Retentionsrecht hat.

Pfandberechtigte Bauarbeiten

Die neue Regelung in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 des revidierten schweizerischen Zivilgesetzbuches (nZGB) sieht vor, dass nicht nur Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechts hat, wer «zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein» geliefert hat (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 geltendes ZGB), sondern auch, wer «Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen, Material und Arbeit oder Arbeit allein geleistet hat». Der neue Gesetzestext beendet einerseits ein teils hitzig geführter Gelehrtenstreit etwa beim Gerüstbau und zur Baugrubensicherung. Andererseits schafft die nicht abschliessende Formulierung im Gesetzestext («und dergleichen») neue Unsicherheiten, indem nur noch ein Zusammenhang mit dem konkreten Bauvorhaben verlangt wird, ohne dass wertvermehrnde Leistungen erbracht werden. Gemäss einer gewichtigen Lehrmeinung sind damit alle objektspezifischen Bau-



Christopher Tillman

arbeiten, die im Rahmen der modernen und dynamischen Arbeitsteilung von spezialisierten Unternehmern geleistet werden, ebenfalls bauhandwerkerpfandberechtigt. Insgesamt stärkt die Revision des Bauhandwerkerpfandrechts die Rechtsposition des Handwerkers, indem zusätzliche Arbeitsgattungen pfandrechtsberechtigt werden und auch ein Pfandrechtsanspruch aus Aufträgen von Nichteigentümern entstehen kann.

Gemäss unverändert gebliebenem Wortlaut schafft die reine Materiallieferung keine Pfandberechtigung. Als pfandgeschützte Baulieferung gilt nach der bisherigen Rechtsprechung jedoch ausnahmsweise auch eine eigens für

Fortsetzung Seite 2

Inhalt

	Seite
Neuerungen beim Bauhandwerkerpfandrecht	1
Rechte und Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei einer Freistellung	3
Auseinandersetzung der Gerichte mit dem Vorwurf der Geldwäscherei	5
Neues prozessrechtliches Institut der Streitverkündungsklage	7
In eigener Sache	8
Prozesskostenvorschuss in eherechtlichen Verfahren	9

Fortsetzung von Seite 1

den Bau hergestellte und angepasste Sache, so zum Beispiel die Lieferung von Frischbeton. Pfandberechtigt ist aber auch eine Forderung, die sich aus der Lieferung von Auffüllmaterial ergibt.

Pfandrechtsberechtigte Personen

Unverändert zum heute geltenden Recht bleibt die Bestimmung, wonach nicht nur direkt vertraglich verpflichtete Personen (z.B. der Generalunternehmer), sondern auch deren Subunternehmer Anspruch auf Eintragung eines Pfandrechtes haben. Da beim Beizug eines Subunternehmers die Gefahr einer Doppelzahlung besteht, war diese Regelung in den eidgenössischen Räten, wie schon vorher unter den Experten, besonders umstritten. Schliesslich verzichtete das Parlament auf eine Änderung, womit es bei der bisherigen teils unbefriedigenden und teils stossenden Situation bleibt. Allerdings gibt es immerhin vertragliche wie auch bauorganisatorische Möglichkeiten für den Bauherrn, wie er den drohenden Bauhandwerkerpfandeintragungen wenigstens präventiv vorbeugen kann.

Mieter kann Pfandhaft beim Vermieter bewirken

Gemäss Wortlaut von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 geltendes ZGB kann bei Arbeiten, die ein Mieter einem Bauunternehmer in Auftrag gibt, kein Pfandrecht dieses Bauhandwerkers eingetragen werden. Der neue Wortlaut der Revision trägt demgegenüber einem Bundesgerichtsentscheid Rechnung, welcher von Mieter in Auftrag gegebenen Bauten unter

bestimmten Voraussetzungen als pfandrechtsberechtigt anerkannt und dazu führt, dass der Vermieter ohne eigenes Zutun oder Verschulden ein Pfandrecht eines Dritten auf seinem Grundstück eingetragen erhält. Neu sind Arbeiten an einem Grundstück pfandrechtsberechtigt, die «den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechtigte Person zum Schuldner haben». Damit kann auch ein Eintragungsanspruch ausgelöst werden, wenn Wohn- oder Nutzniessungsberechtigte als Besteller einer Bauleistung bei einem Handwerker auftreten. Dies allerdings nur dann, wenn vorgängig eine mündliche oder schriftliche Zustimmung des Vermieters zur Ausführung der Arbeiten vorliegt. Dabei kann nach gewissen Lehrmeinungen bereits auf eine Zustimmung des Vermieters zum Bauvorhaben des Mieters geschlossen werden, wenn der Grundeigentümer das Baugesuch mitunterzeichnet hat, was in Fällen von baubewilligungspflichtigen Bauten regelmässig üblich und nötig ist.

Eintragungsfrist

Das Parlament hat, entgegen dem Antrag des Bundesrates, die Frist für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts von heute drei auf vier Monate verlängert. Damit haben sich die Handwerker in Vernehmlassung und Parlament durchgesetzt. Unverändert zu heute muss hingegen die Eintragung im Grundbuch bis zum Ablauf dieser 4-Monatsfrist erfolgt sein. Das setzt voraus, dass das zuständige Gericht mindes-

tens drei Tage vor Fristablauf im Besitze des Eintragungsantrages ist.

Grundstücke im Verwaltungsvermögen

Heute dürfen Grundstücke, die der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen (sog. Verwaltungsvermögen) nicht mit Bauhandwerkerpfandrechten belastet werden. Insofern sind die Grundstücke der öffentlichen Hand privilegiert. Damit ein Handwerker nicht mehr benachteiligt wird, weil er auf einem Grundstück im Verwaltungsvermögen arbeitet, haftet neu der Grundeigentümer nach den Regeln der einfachen Bürgschaft, wenn er sich erfolgreich auf die Unpfändbarkeit des öffentlichen Verwaltungsvermögens berufen kann. Insofern ist der Handwerker gegenüber der öffentlichen Hand künftig besser gestellt. Ist strittig, ob ein Grundstück zum Verwaltungsvermögen zu zählen ist, kann eine vorläufige Eintragung verlangt werden (Art. 839 Abs. 4 – 6 nZGB). Diese ist zu löschen, sobald aufgrund eines Gerichtsurteils feststeht, dass das Grundstück zum Verwaltungsvermögen gehört. Diesfalls tritt anstelle dieser vorläufigen Eintragung die einfache Bürgschaft. Damit ist sichergestellt, dass der öffentliche Bauherr ebenfalls direkt haftet und der Handwerker gegenüber der öffentlichen Hand besser gestellt ist als heute. Allerdings ist die neue Regelung, wie auch insbesondere die Regelung der einfachen Bürgschaft, tückenhaft und letztlich umständlich. Dem kleinen Handwerker, der in erster Linie hätte geschützt werden sollen, ist damit wohl kaum gedient. Hingegen dürften grosse Bauunternehmen davon trotz dem dornenvollen Weg dazu profitieren. ■

Rechte und Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei einer Freistellung

KOMMT ES IN EINEM ARBEITSVERHÄLTNIS ZU EINER ORDENTLICHEN KÜNDIGUNG DURCH DEN ARBEITGEBER, WIRD DER ARBEITNEHMER FÜR DIE DAUER DER KÜNDIGUNGSFRIST NICHT SELTEN VON SEINER ARBEITSPFLICHT ENTBUNDEN, D.H. «FREIGESTELLT». DIE FREISTELLUNG IST GESETZLICH NICHT GEREGLT UND FÜHRT DAHER IN DER PRAXIS OFT ZU KONFLIKTEN. ES KANN DESHALB IM BEIDERSEITIGEN INTERESSE ANGEZEIGT SEIN, DIE WICHTIGSTEN PUNKTE IN EINER SCHRIFTLICHEN FREISTELLUNGSKLÄRUNG AUSDRÜCKLICH ZU REGELN.



Martin Rust

Definition

Nach heutigem arbeitsrechtlichem Verständnis bedeutet der Begriff «Freistellung» den Verzicht des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers unter Beibehaltung der Lohnzahlungspflicht.

Der Verzicht des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung erfolgt freiwillig, d.h. der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf Freistellung.

Anspruch auf Beschäftigung und Umfang des Lohnanspruchs

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts ermächtigt, den Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht zu entbinden. Der Arbeitnehmer hat nur dann einen Beschäftigungsanspruch, wenn ein solcher vertraglich vereinbart worden ist.

Der freigestellte Arbeitnehmer hat während der gesamten Freistellungs-

dauer Anspruch auf den vereinbarten Lohn. Der Arbeitnehmer ist während der Freistellungsdauer lohnmässig grundsätzlich gleich zu stellen, wie wenn er seine Arbeitsleistung erbringen würde. Das gilt auch für den vereinbarten Naturallohn (wie z.B. die Benutzung eines Dienstfahrzeugs, Geschäftshandys, etc.), vorausgesetzt der Arbeitnehmer hat ein Anrecht darauf, diese Dinge auch privat zu nutzen. Wurde die private Nutzung vereinbart und wird dem freigestellten Arbeitnehmer die Nutzung dieser Gegenstände während der Freistellungsdauer untersagt, steht dem Arbeitnehmer grundsätzlich ein Ersatzanspruch zu, welcher dem Wert des entfallenden Gebrauchsrechts entspricht.

Etwas anders sieht es bei den Spesen aus: Grundsätzlich muss der Arbeitgeber nur die im Zusammenhang mit der Arbeit anfallenden Auslagen ersetzen. Während der Freistellung können keine solchen Auslagen anfallen, weshalb während der Freistellungsdauer grundsätzlich keine Spesenvergütung geschuldet ist. Wird allerdings eine Spesenpauschale vertraglich vereinbart und übersteigt diese die anfallenden Spesen regelmässig, gilt der die Pauschale übersteigende Teil als Lohnbestandteil und dieser ist somit auch während der Freistellung geschuldet. Dasselbe gilt, wenn lediglich aus steuerli-

chen Gründen monatlich eine als «Spesenpauschale» oder dgl. bezeichnete Summe ausgerichtet wird.

Ferientage

Häufig findet sich in Freistellungserklärungen der Hinweis darauf, dass die verbleibenden Ferientage durch die Freistellungsdauer als abgegolten gelten. Laut Bundesgericht bedarf es dieser expliziten Anordnung des Arbeitgebers seit einiger Zeit nicht mehr, um den Ferienanspruch grundsätzlich untergehen zu lassen. Diese Abgeltung der restlichen Ferientage funktioniert aus Sicht des Arbeitgebers aber nur dann, wenn die Anzahl der Freistellungstage die Anzahl der restlichen Ferientage deutlich übersteigt. Als Faustregel kann davon ausgegangen werden, dass die dreifache Anzahl Freistellungstage einen Ferienanspruch untergehen lässt (z.B. wenn 10 Ferientage 30 Freistellungstagen gegenüberstehen). Von dieser Grundregel kann es je nach den Umständen des konkreten Falles Abweichungen geben, z.B. wenn der Arbeitnehmer nachweist, dass er überdurchschnittlich viel Zeit für die Stellensuche benötigte und daher keine Möglichkeit hatte, während der Freistellung Ferien zu machen.

Will der Arbeitgeber den Ferienan-

Fortsetzung Seite 4

Fortsetzung von Seite 3

spruch untergehen lassen, muss die Freistellung zudem bedingungslos erfolgen, d.h. ohne den Vorbehalt, dass der Arbeitnehmer während der Freistellungszeit noch zu Arbeitseinsätzen aufgeboten werden kann. Wird ein solcher Vorbehalt vereinbart, ist eine Abgeltung der Ferientage ausgeschlossen.

Überstunden

Auch während der Kündigungsfrist bzw. der Freistellung bedarf die Kompensation von Überstunden der Zustimmung des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer muss somit eine einseitige Anordnung zur Kompensation auch während einer Freistellung nicht akzeptieren. Die diesbezügliche Ablehnung des Arbeitnehmers kann jedoch im Einzelfall rechtmässig sein, so z.B. dann, wenn der Arbeitnehmer für eine sehr lange Zeit freigestellt wird und nur noch wenige Überstunden zu kompensieren sind. Bei der Annahme einer treuwidrigen Ablehnung ist laut Bundesgericht jedoch Zurückhaltung geboten. Ferner muss sich der Arbeitnehmer die Anord-

nung der Kompensation während der Freistellungszeit dann gefallen lassen, wenn der Arbeitgeber zur einseitigen Anordnung arbeitsvertraglich oder reglementarisch ermächtigt ist.

Anrechnung anderweitigen Lohns

Der Arbeitnehmer darf während der Freistellungszeit einer anderen Arbeit nachgehen, solange er den Arbeitgeber damit nicht konkurrenziert, da die Treuepflicht des Arbeitnehmers auch während der Freistellung gilt. Erzielt der Arbeitnehmer aus einer anderweitigen Tätigkeit einen Lohn, so muss sich der Arbeitnehmer diesen Verdienst grundsätzlich anrechnen lassen. Stellt man im Zusammenhang mit der Frage des Ersatzverdienstes auf Art. 324 Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) ab, müsste sich der Arbeitnehmer an sich auch absichtlich unterlassenen Ersatzverdienst anrechnen lassen. Unternimmt der Arbeitnehmer während der Freistellungszeit keinerlei Bemühungen, eine neue Stelle zu finden, besteht somit die Gefahr, dass ein Gericht den nicht erworbenen Verdienst vom bestehenden Lohnanspruch in Abzug bringen könnte. Es ist deshalb ratsam,

die während der Freistellungszeit vorgenommenen Suchbemühungen zu dokumentieren.

Fazit

Zur Vermeidung von Unklarheiten und potenziellen Konflikten erscheint es aus Sicht von Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer zweckmässig, im Falle der Freistellung eine kurze schriftliche Erklärung aufzusetzen, welche zumindest die folgenden Punkte regelt:

- Dauer der Freistellung;
- Art der Freistellung (bedingungslos oder «auf Abruf»);
- Verpflichtung, anderweitigen Verdienst zu melden;
- Allenfalls Benutzungsregelung betreffend Geschäftshandy, Geschäftsfahrzeug, Laptop, etc. während Freistellungszeit inkl. Regelung, wann diese Gegenstände zu retournieren sind;
- Regelung betreffend Abgeltung Ferienguthaben und Überstunden (betreffend Überstunden ist in der Regel die Zustimmung des Arbeitnehmers erforderlich). ■

Auseinandersetzung der Gerichte mit dem Vorwurf der Geldwäscherei

DAS ERSTINSTANZLICHE, NOCH NICHT RECHTSKRÄFTIGE URTEIL VOM 21. APRIL 2011 DES AMTSGERICHTS SOLOTHURN-LEBERN GEGEN DIE POSTFINANCE WEGEN GELDWÄSCHEREI SOWIE EIN NEUERES URTEIL DES BUNDESGERICHTS (BGE 6B_321/2010) ZEIGEN DIE TRAGWEITE, ABER AUCH DIE GRENZEN DES STRAFTATBESTANDES DER GELDWÄSCHEREI.



Sabine Kilgus

Art. 305bis des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) bestimmt, dass sich jemand der Geldwäscherei schuldig macht, wenn er irgendwelche Handlungen – und Unterlassungen – vornimmt, die geeignet sind, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiss, aus einem Verbrechen herrühren. Strafbar machen kann sich jede natürliche Person, aber auch ein Unternehmen, wenn es durch seine Organisation bzw. Nicht- oder Schlechtorganisation ermöglicht, dass kriminelle Handlungen, inklusive Geldwäschereihandlungen, vorgenommen werden können (Art. 102 StGB). Die Strafbarkeit ist nicht auf Personen oder Unternehmen des Finanzsektors beschränkt, sondern gilt für jede Person.

Prominentes Beispiel für die Verurteilung einer juristischen Person aufgrund von Art. 102 StGB ist die Postfinance. In erster Instanz wurde sie als Unternehmen wegen Geldwäscherei verurteilt, weil sie es insgesamt aufgrund mangelhafter Organisationsstrukturen unterlassen hatte, eine Geldwäschereihandlung zu erkennen und sie diese dadurch ermöglichte. Obwohl der Entscheid weitergezogen wurde und die schriftliche Begründung noch aussteht, bestand aufgrund des publizierten Sachverhaltes die Geldwäsche-

reihandlung in folgendem Geschehen: Auf einem Postkonto ging ein Betrag von fast CHF 5 Mio. ein, der am nächsten Tag fast in der gesamten Höhe, nämlich im Umfang von CHF 4.6 Mio. in bar abgehoben wurde. Das Geld stammte, wie sich nachher herausstellte, offenbar aus einem Anlagebetrug und ist seither verschwunden. Die Postfinance wurde verurteilt, weil die Handlung, heute Zahlungseingang, morgen Abheben fast des ganzen Betrages in bar, geradezu als «klassisches Beispiel» einer Geldwäscherei verdächtigen Transaktion (Einzahlungen auf Durchlaufkonto) dargestellt. Nach dem Gericht ändert auch nichts, dass die Postfinance eine Geldwäschereifachstelle hatte, die offenbar auch angefragt wurde, ob der Betrag ausbezahlt werden dürfe, der Vorgang offenbar somit rein formal nach dem Compliance-Manual der Postfinance abgewickelt wurde. Da nicht einem einzelnen Mitarbeitenden ein Vorwurf gemacht werden konnte, wurde die Postfinance als Unternehmen ins Recht gefasst.

In einem ganz anders gelagerten Fall, den das Bundesgericht am 25. August 2010 entschieden hatte (BGE 6B_321/2010), musste dieses prüfen, ob eine Person, die nicht im Finanzsektor

Fortsetzung Seite 6

Fortsetzung von Seite 5

tätig ist, eine Transaktion als ungewöhnlich und damit als Geldwäscherei verdächtig hätte erkennen können und sollen. Ein Bäcker löste zwei Checks im Gesamtbetrag von CHF 120'000 ein, die ihm sein Chauffeur übergeben hatte, und händigte ihm den Barbetrag ohne Quittung aus. Im nachhinein stellte sich heraus, dass das Geld aus dem Kokainhandel stammte. Der Chauffeur wurde auch entsprechend verurteilt. Aufgrund der Erzählungen seines Mitarbeiters stammte das Geld aus dem Liegenschaftshandel seiner Familie im Libanon, was der Bäcker nicht weiter hinterfragte. Durch das Einlösen der Checks und die Barauszahlung war die Geldwäschereihandlung in objektiver Hinsicht erstellt. Da aber die fahrlässige Begehung von Geldwäscherei nicht strafbar ist, war strittig, ob der Bäcker vorsätzlich, d.h. absichtlich, oder zumindest eventualvorsätzlich handelte, d.h. ob der Bäcker wusste oder hätte annehmen müssen, dass das Geld bzw. die Checks aus einer schweren Straftat herrührten und dadurch in Kauf nahm, dass er durch seine Handlung das Auffinden und die Herkunftsermittlung vereitelte. Ein schwerwiegendes Indiz war für das vorinstanzliche Gericht, dass er die CHF 120'000 in bar ohne Quittung seinem Chauffeur übergab. Für einen Geschäftsmann wie den Bäcker sei eine

solche Handlung ungewöhnlich und hätte Verdacht auslösen müssen, auch wenn er nicht gewusst haben sollte, dass sein Angestellter im Kokainhandel tätig war. Das Bundesgericht kam demgegenüber zum Schluss, dass der Bäcker, der für seine Handlungen keinerlei Bezahlung erhielt, nicht annehmen musste, die Checks stammten aus dem Drogenhandel. Vielmehr sei die Geschichte, wonach das Geld aus einem Liegenschaftsgeschäft der Mutter des Chauffeurs im Libanon stammte, vertretbar, zumal diese Geschichte auch dem Bankmitarbeiter erzählt worden war. Entscheidend war für das Gericht, dass es «durchaus Anhaltspunkte für eine andere als eine verbrecherische Herkunft der Gelder» gegeben habe. Auch ein ungutes Gefühl oder der Verdacht auf Schwarzgeld würde daran nichts ändern. Vielmehr habe der Bäcker im vorliegenden Fall lediglich fahrlässig, nicht aber vorsätzlich oder eventualvorsätzlich gehandelt, was zu einem Freispruch führte.

Umgekehrt hatte das Bundesgericht ein Jahr vorher entschieden, als es einen Geschäftsmann mit Erfahrung im Bankensektor schuldig sprach, der in einer Tasche mehrere hunderttausend Franken in bar in kleinen Noten entgegen nahm, mit diesem Koffer nach Liechtenstein fuhr, das Geld dort auf das Konto seiner Frau einzahlte und schliesslich, nach Abzug einer saftigen

Provision an sich selbst, an eine ihm unbekannte Gesellschaft in Brasilien bei einer brasilianischen Bank überwies (BGE 6B_835/2008). Hier nahm das Gericht an, der Geschäftsmann hätte Verdacht auf eine Geldwäschereihandlung schöpfen sollen.

Fazit

Aus diesen Entscheiden kann zum einen der Schluss gezogen werden, dass für die Verurteilung wegen Geldwäscherei nachgewiesen werden muss, dass der Handelnde wusste oder in Kauf nahm, dass die Tathandlung zur Verheimlichung von Vermögenswerten diene und dass diese Vermögenswerte aus einem Verbrechen bzw. einer schweren Straftat stammten. Dabei ist der Massstab für das Erkennenmüssen verdächtiger Transaktionen für einen Finanzintermediär und dessen Mitarbeitende strenger als für sonstige Personen. Sodann macht sich ein Unternehmen als solches strafbar, wenn es die nötige Organisation vermissen lässt und es so ermöglicht, dass durch seine Mitarbeitenden Geldwäschereihandlungen vorgenommen werden können. Es bleibt zu hoffen, dass die Gerichte in ihren Erwägungen für die Unternehmen klare Massstäbe setzen, wie interne Abläufe und Prozesse ausgestaltet werden müssen, damit kein Organisationsverschulden vorliegt. ■

Neues prozessrechtliches Institut der Streitverkündungsklage

MITTELS STREITVERKÜNDUNGSKLAGE KANN EINE PROZESSPARTEI IHRE ANSPRÜCHE, WELCHE SIE IM FALLE DES UNTERLIEGENS GEGEN EINEN DRITTEN ZU HABEN GLAUBT, DIREKT VOR DEM FÜR DEN HAUPTPROZESS ZUSTÄNDIGEN GERICHT EINKLAGEN. DER EINGEKLAGTE DRITTE WIRD IN DAS HÄNGIGE PROZESSVERFAHREN «GEZWUNGEN», INDEM DER REGRESSPROZESS ZWISCHEN DEM STREITVERKÜNDUNGSKLÄGER UND DEM STREITVERKÜNDUNGSBEKLAGTEN IN DAS VERFAHREN DES HAUPTPROZESSES INTEGRIERT WIRD. DIE VORTEILE DIESES SYSTEMS SIND KOSTEN-, ZEIT- UND RESSOURCENERSPARNISSE FÜR DIE PARTEIEN UND DAS GERICHT.



Corinne Casanova

Anwendungsbereich

Eine Hauptpartei, die den Streit verkünden und so eine dritte Person in den Prozess ziehen will, kann grundsätzlich die Art der Streitverkündung frei wählen. Bei der einfachen Streitverkündung nach Art. 78 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) wird die streitberufene Drittperson lediglich zur Mitwirkung am Hauptprozess aufgefordert; ob und wie sich die Drittperson am Prozessverfahren beteiligen will, bleibt ihr freigestellt. Bei der Streitverkündungsklage (qualifizierte Streitverkündung) gemäss Art. 81 ZPO handelt es sich dagegen um eine anlässlich des Hauptprozesses erhobene Gewährleistungsklage für den Fall, dass die streitverkündende

Hauptpartei im Hauptprozess unterliegen sollte – die streitbeklagte Drittperson wird selbständige Hauptpartei des Verfahrens. Es kommt somit zu einem Mehrparteienprozess, in welchem gleichzeitig über alle Ansprüche des Haupt- und Streitverkündungsprozesses entschieden wird.

Der Anwendungsbereich der Streitverkündungsklage ist auf Regressansprüche beschränkt: So kann z.B. ein Verkäufer, der von einem geschädigten Käufer auf Schadenersatz belangt wird, die Produktherstellerin vor das Gericht ziehen, das bereits mit dem Schadenersatzprozess befasst ist. In Frage kommen ausserdem Ansprüche aus werkvertraglicher Sach- oder Rechtsgewährleistung, Regressklagen gegen Solidarschuldner, Ansprüche aus Versicherungsverträgen oder aus Garantien und Bürgschaften, etc. Auch beim Bauhandwerkerpfandrecht kann der beklagte Drittpfandeigentümer mit einer Streitverkündungsklage erreichen, dass sein Regressanspruch gegenüber seinem Vertragspartner (z.B. Total- bzw. Generalunternehmer) gleichzeitig und verbindlich mit dem Anspruch auf definitiven Grundbucheintrag des Baupfandrechts des klagenden Subunternehmers beurteilt wird.

Eine Streitverkündungsklage kann sodann auch erhoben werden, wenn eine der Parteien des Hauptprozesses für den Fall ihres Unterliegens Regressansprüche einer dritten Person zu befürchten hat. In diesem Fall muss die streitverkündungsklagende Partei begehren, es sei gegenüber der streitverkündungsbeklagten Drittperson festzustellen, dass diese ihr gegenüber keine Ansprüche habe, falls sie im Hauptverfahren unterliege (negative Feststellungsklage).

Vorteile der Streitverkündungsklage

Durch die gleichzeitige Erledigung von Haupt- und Regressprozess vor demselben Gericht werden widersprüchliche Urteile im Erst- und Folgeprozess vermieden. Dieser Vorteil kommt insbesondere in internationalen Verhältnissen zum Tragen, weil jeder Staat sein eigenes internationales Privatrecht hat und somit möglicherweise auf dasselbe Rechtsverhältnis im Regressprozess ein anderes Recht anwendet als das Schweizer Gericht im Erstprozess.

Ausserdem kann dank der Vereinigung der beiden Prozesse das Beweisverfahren zusammengelegt und die Aktenkenntnis des Gerichts für zwei Ver-

Fortsetzung Seite 8

Fortsetzung von Seite 7

fahren genutzt werden. Da keine zeitliche Verschiebung des Folgeprozesses stattfindet, kann der primär Haftende sofort im vom Gericht festgesetzten Umfang auf den Streitberufenen Regress nehmen und auch der primär in Anspruch Genommene muss nicht Jahre warten, bis das Gericht die Regressquote festlegt.

Zulassungsvoraussetzungen

Die Streitverkündungsklage ist nur im ordentlichen Verfahren zulässig (Art. 81 Abs. 3 ZPO), d.h. lediglich ab einem Streitwert von mehr als CHF 30'000.

Bei der Streitverkündungsklage tritt ein Zulassungsverfahren gewissermassen an die Stelle des Schlichtungsverfahrens: Gemäss Art. 82 Abs. 1 ZPO ist die Zulassung der Streitverkündungsklage mit der Klageantwort oder mit der Replik im Hauptprozess zu beantragen. Im Zulassungsgesuch sind die für die Klage beabsichtigten Rechtsbegehren zu stellen und der Regressanspruch kurz zu begründen. Die Gegenpartei sowie die betroffene Drittperson können dazu Stellung nehmen (Art. 82 Abs. 2 ZPO). Der Entscheid über die Zulassung kann mit Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO) weitergezogen werden.

Erst nach Abschluss des Zulassungsverfahrens ist eine einlässliche Klageschrift einzureichen, wobei das Gericht entscheidet, wann und in welchem Umfang der betreffende Schriftenwechsel stattfinden soll.

Sofern die gleichzeitige Behandlung von Haupt- und Streitverkündungsklage zu einem ausufernden Gerichtsverfahren führen würde, ist es dem Gericht gestützt auf Art. 82 Abs. 3 i.V.m. Art. 125 ZPO auch erlaubt, den Streitverkündungs-

prozess separat vom Hauptprozess zu führen.

Urteil und Kosten

Am Ende des Verfahrens kann das Gericht in einem einzigen Urteil über sämtliche Ansprüche des Haupt- und des Streitverkündungsprozesses entscheiden.

Da die Streitverkündungsklage vom Entscheid über die Hauptklage abhängt, wird der Streitverkündungsprozess gegenstandslos, wenn der Streitverkündungskläger den Hauptprozess gewinnt. In dieser Konstellation stellt sich die Frage, wie die Prozesskosten unter den Parteien aufzuteilen sind. Da der Streitverkündungsbeklagte weder das Hauptverfahren noch die Gegenstandslosigkeit der Streitverkündungsklage veranlasst hat, sollten ihm grundsätzlich keine Kosten auferlegt werden. Somit hat der Streitverkündungskläger die Kosten der gegenstandslos gewordenen Streitverkündungsklage zu tragen, wobei eine Überwälzung auf die unterliegende Gegenpartei im Hauptprozess möglich sein sollte, soweit der Streitverkündungskläger in guten Treuen zur Streitverkündungsklage veranlasst war.

Nachteile der Streitverkündungsklage

Der grösste Nachteil der Streitverkündungsklage besteht wohl darin, dass der Streitverkündungsbeklagte je nachdem zur Prozessführung an einem «fremden Gerichtsstand» gezwungen wird. In zahlreichen handelsrechtlichen Verhältnissen wird die Zulassung einer Streitverkündungsklage jedoch bereits an einer allfälligen Gerichtsstandvereinbarung zwischen Streitverkündungskläger und Streitverkündungsbeklagtem scheitern. ■

In eigener Sache

Gerne teilen wir Ihnen mit, dass wir im Rahmen der Neuausrichtung unseres Büros seit dem 1. Juli 2011 als **Legis Rechtsanwälte AG** firmieren. Die Adresse und Telekommunikationsnummern bleiben gleich, lediglich die Homepage (www.legis-law.ch) und die E-Mail-Adressen (vorname.name@legis-law.ch) haben geändert. Im Falle von Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung und freuen uns auf eine weitere angenehme und effiziente Zusammenarbeit.

Wir freuen uns Ihnen mitzuteilen, dass Mitte Mai 2011 Frau **Rechtsanwältin lic. iur. Corinne Casanova** zu unserem Team gestossen ist. Ihre bevorzugten Arbeitsgebiete sind Vertragsrecht, Arbeitsrecht, Gesellschafts- und Handelsrecht sowie Prozessführung in Zivil- und Handelssachen.

Mitte August 2011 durften wir Herrn **Rechtsanwalt lic. iur. Simon Schnetzler LL.M.** in unserem Team begrüssen. Seine bevorzugten Arbeitsgebiete sind Gesellschafts- und Handelsrecht, Vertragsrecht sowie Prozessführung in Zivil- und Handelssachen.

Humor

Die Grenze zwischen Himmel und Hölle ist kaputt. Der Teufel schickt ein Telegramm an die Engel: «Unsere Rechtsanwälte hier unten meinen, dass der Himmel die Reparatur bezahlen muss.» Die Engel antworten: «Müssen wir wohl, können hier oben nämlich keinen Rechtsanwalt finden».

Prozesskostenvorschuss in eherechtlichen Verfahren

DIE VERPFLICHTUNG ZUR LEISTUNG EINES PROZESSKOSTENVORSCHUSSES DURCH DEN EINEN EHEGATTEN AN DEN ANDEREN EHEGATTEN, WELCHE DEM ANSPRUCH DES MITTELLOSEN EHEGATTEN AUF UNENTGELTLICHE RECHTSPFLEGE VORGEHT, STÖSST HÄUFIG AUF EIN AKZEPTANZPROBLEM. NACHFOLGEND WIRD DARGESTELLT, UNTER WELCHEN VORAUSSETZUNGEN ZWISCHEN EHEGATTEN EIN ANSPRUCH AUF DIE LEISTUNG EINES PROZESSKOSTENVORSCHUSSES BESTEHT UND WIE EIN GELEISTETER PROZESSKOSTENVORSCHUSS IM RAHMEN DER REGELUNG DER SCHEIDUNGSFOLGEN ZU BERÜCKSICHTIGEN IST.

Rechtslage zum Prozesskostenvorschuss unter früherem Recht

Nach der überwiegenden Lehre zum alten Familienrecht (gültig bis Ende 1987), war die gegenseitige und unabhängig von Parteistellung sowie Scheidungsverschulden bestehende Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses aus der gegenseitigen Beistandspflicht der Ehegatten abzuleiten. Hatte die Ehefrau zwar Ansprüche auf eheliches Vermögen oder einen Vermögensertrag, konnte darüber aber nicht verfügen, bestand nach dieser Lehrmeinung subsidiär eine Vorschusspflicht des Ehemannes aus ehelichem Güterrecht; der Ehemann sollte der Ehefrau auf Anrechnung an ihre Ansprüche aus dem Frauenvermögen einen Vorschuss leisten. Nach dieser Lehrmeinung ist der Prozesskostenvorschuss eine vorläufige Leistung, über welche im Scheidungsprozess abzurechnen ist.

Im Entscheid BGE 66 II 70 ff. hatte sich das Bundesgericht mit dem Standpunkt einer Ehefrau zu befassen, die geltend machte, die von der Vorinstanz getroffene Anordnung der Rückerstattung des Kostenvorschusses sei rechtswidrig, weil sich die Kostenvorschusspflicht des Ehemannes auch auf die generelle Unterhaltspflicht gegenüber der Ehefrau stütze.

Das Bundesgericht nahm eine klare Trennung zwischen der Vorschuss-

pflicht einerseits und der Pflicht zur definitiven Tragung der Prozesskosten nach Abschluss und aufgrund des Ausgangs des Prozesses andererseits vor. Heute hat diese Kostenverteilung nach den Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) zu erfolgen. Mit den nunmehr auch in der ZPO festgehaltenen Verteilungsgrundsätzen, wonach grundsätzlich der unterliegenden Partei die Prozesskosten aufzuerlegen sind, wird nach wie vor dem Gedanken nachgelebt und das Ziel angestrebt, Parteien von aussichtslosen Prozessen abzuhalten.

Rechtslage zum Prozesskostenvorschuss unter dem geltenden Recht

Nach dem Inkrafttreten des neuen Eherechts am 1. Januar 1988 wurde die bis dahin vertretene dogmatische Begründung der Prozesskostenvorschusspflicht mit der ehelichen Beistandspflicht in der Lehre teilweise in Frage gestellt. So wurde unter anderem die Ansicht vertreten, die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses sei nicht mehr auf die Beistandspflicht zurückzuführen, sondern neu gehöre die Vorschusspflicht zum Unterhalt. Gestützt auf diese Rechtsauffassung wurde in der Folge die Meinung vertreten, soweit die Prozesskosten beider Parteien durch die Aufnahme in die erweiterte Bedarfsrechnung zum laufenden Unterhalt ge-



Romeo Da Rugna

hörten, würden sie von der unterhaltspflichtigen Partei nicht nur vorgeschossen, sondern könnten im Umfang der effektiven Aufwendungen nicht mehr zurückgefordert werden.

Für die tatsächliche Handhabung des Prozesskostenvorschusses in der Praxis ist aber wohl weniger entscheidend auf welcher Rechtsgrundlage eine entsprechende Leistungspflicht gestützt wird als vielmehr, dass die endgültige Verteilung der Prozesskosten einer Scheidung nicht nach Unterhaltsrecht, sondern nach den scheidungsrechtlichen Kriterien aufgrund der ZPO erfolgt.

Bis anhin hat das Bundesgericht die Frage nach der Rechtsnatur des Prozesskostenvorschusses ausdrücklich offen gelassen und unter anderem bekräftigt, dass seine Rechtsprechung zum Pro-

Fortsetzung Seite 10

Fortsetzung von Seite 9

zesskostenvorschuss unter dem alten Eherecht nach wie vor gelte.

Im Jahre 2000 bestätigte das Bundesgericht, dass bei der Abklärung, ob der Ehegatte in der Lage ist, seinem bedürftigen Partner einen Prozesskostenvorschuss zu leisten, nicht nur sein den Zwangsbedarf übersteigendes Einkommen, sondern auch sein Vermögen angemessen zu berücksichtigen sei. Die Berücksichtigung des Vermögens setze aber voraus, dass dieses im Zeitpunkt des Gesuches vorhanden und verfügbar ist und nicht erst nach Abschluss des Verfahrens realisiert werden kann.

In zwei jüngsten Entscheidungen bestätigte das Bundesgericht sodann, dass ein Prozesskostenvorschuss nur dann ein Ersatz für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist, wenn er auch innerhalb nützlicher Frist einbringlich ist.

Fazit

Ausschlaggebend ist nach Meinung des Autors der vorliegenden Zeilen, dass die Prozesskostenvorschusspflicht nach Sinn und Zweck des Instituts als vorläufige Hilfeleistung im Sinne eines echten Vorschusses und nicht als Unterhaltsleistung zu verstehen ist. Damit soll eine entsprechende Bedürftigkeit des betroffenen Ehegatten vorläufig behoben werden, damit er seine Interessen im Scheidungsprozess zeit- und sachgerecht wahren kann. Es kann insbesondere nicht darum gehen, dem bedürftigen

Ehegatten mit dem Instrument des Prozesskostenvorschusses ein kostenloses Prozessieren zu ermöglichen und ihn dadurch von seiner Verantwortung zu entbinden, sich im Prozess ökonomisch vernünftig zu verhalten, weil er darauf vertrauen kann, dass er die vom anderen Ehegatten unter dem Titel eines Vorschusses erhältlich gemachten Mittel so oder anders nicht zurückerstatten muss.

Wichtig ist demnach, dass die aus der Prozesskostenvorschusspflicht vom anderen Ehegatten erhaltenen Mittel wirtschaftlich eigene Mittel des bedürftigen Ehegatten sind und bleiben, damit dieser gezwungen bleibt, sich beim Einsatz dieser Mittel die gleichen Kosten-/Nutzen-Überlegungen anzustellen, wie jede andere als vernünftig angenommene Partei auch.

Die Verlegung der Prozesskosten soll demgegenüber nach wie vor nach den entsprechenden prozessualen Regeln erfolgen, d.h. grundsätzlich nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens. Die ZPO sieht zwar vor, dass das Gericht u.a. in familienrechtlichen Verfahren von den «ordentlichen» Verteilungsgrundsätzen absehen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann. Damit ist auf der Ebene des formellen Bundesrechts aber lediglich festgeschrieben, was schon nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Prozesskostenvorschuss galt, nämlich dass je nach den Umständen des Einzelfalls aus Billigkeitsgründen vom Grundsatz der Rückerstattung oder Anrechnung abgewichen werden könne. ■

Lic.iur. Romeo Da Rugna

Dr. Stefan H. 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. Konrad Waldvogel

Lic.iur. Corinne Casanova

Lic. iur.
Simon Schnetzler LL.M.

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