

## Mutterschaftsentschädigung

**SEIT DEM 1. JULI 2005 SIND DIE BESTIMMUNGEN ÜBER DEN ERWERBSERSATZ BEI MUTTERSCHAFT IN KRAFT. DAMIT WURDE DER SEIT JAHRZEHNEN IN DER BUNDESVERFASSUNG VERANKERTE ANSPRUCH AUF EINEN GESETZLICHEN MUTTERSCHUTZ NACH DER GEBURT VERWIRKLICHT.**



von Sylvia Nafz

### Wesentliche Änderungen

Neu haben erwerbstätige Mütter gemäss Art. 329f OR (Obligationenrecht) zwingend einen Anspruch auf einen 14-wöchigen entschädigten Mutterschaftsurlaub. Mit der Revision des EOG (Erwerbsersatzgesetz) besteht somit die Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR nur noch bei Schwangerschaft und nicht mehr nach der Geburt.

### Anspruchsberechtigte Frauen

Massgebend für den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung sind ausschliesslich die Verhältnisse im Zeitpunkt der Geburt. Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung haben Frauen, welche im Zeitpunkt der Geburt als Arbeitnehmerinnen oder als Selbständigerwerbende tätig sind, oder im Betrieb des Ehemannes, der Familie oder des Konkubinatspartners mitarbeiten und für ihre Mitarbeit einen Barlohn vergütet erhalten. Anspruchsberechtigt sind überdies auch Frauen, welche im Zeitpunkt der Geburt arbeitslos sind und entweder bereits ein Taggeld der Arbeitslosenversicherung beziehen oder die Anspruchsvoraussetzungen für die ALV-Taggelder erfüllen, oder wegen Krankheit, Unfall oder Invalidität arbeitsunfähig sind und deswegen Taggeldleistungen einer Sozial- oder Privatversicherung beziehen, oder in einem

gültigen Arbeitsverhältnis stehen, aber keine Lohnfortzahlung oder Taggeldleistungen erhalten, weil der Anspruch ausgeschöpft ist.

### Anspruchsvoraussetzungen

Der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung entsteht, wenn die Anspruchsberechtigte während neun Monaten unmittelbar vor der Geburt Wohnsitz in der Schweiz hatte und damit im Sinne des AHV-Gesetzes obligatorisch versichert war. Im Falle einer vorzeitigen Geburt reduziert sich diese Frist entsprechend. Im Weiteren muss die Mutter in dieser Zeit mindestens fünf Monate lang eine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben.

### Dauer des Anspruchs

Der Anspruch auf die Entschädigung entsteht am Tag der Geburt eines lebensfähigen Kindes und zwar unabhängig von der Schwangerschaftsdauer und endet spätestens nach 14 Wochen beziehungsweise nach 98 Tagen. Das Arbeitsgesetz wurde nicht geändert, weshalb das achtwöchige Arbeitsverbot ab Geburt und damit das Wahlrecht der Mutter, ob sie ab der neunten bis zur 16. Woche die Arbeit wieder aufnehmen will, weiter besteht. Nimmt die Mutter

Fortsetzung Seite 2

## Inhalt

	Seite
Mutterschaftsentschädigung	1
Grundstückkaufvertrag	3
Meistbegünstigung des Ehegatten	4
Stockwerkeigentum und Schwedenofen	5
Herausgabe von Retrozessionen	7

### Fortsetzung

die Erwerbstätigkeit während dieser Zeit ganz oder teilweise wieder auf, endet der Anspruch vorzeitig. Schliesslich besteht die Möglichkeit, wenn das Kind aus gesundheitlichen Gründen längere Zeit (mindestens drei Wochen) im Spital bleiben muss, den Entschädigungsanspruch – bis das Neugeborene zu Hause ist – aufschieben zu lassen.

### Höhe der Entschädigung und Geltendmachung

Die Entschädigung beträgt 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, welches die Mutter unmittelbar vor der Geburt erzielt hat, höchstens aber CHF 172.– pro Tag. Dieser Höchstbetrag wird bei Arbeitnehmerinnen mit einem monatlichen Bruttoeinkommen von CHF 6'450.– und bei Selbständigerwer-

benden mit einem Jahreseinkommen von CHF 77'400.– erreicht.

Der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung kann bei der zuständigen AHV-Ausgleichskasse von der Mutter via ihrem Arbeitgeber (wenn sie unselbständig erwerbend ist) oder direkt (wenn sie selbständig erwerbend, arbeitslos oder arbeitsunfähig ist) geltend gemacht werden.

### Übergangsbestimmungen

Das Erwerbersatzgesetz schreibt in den Übergangsbestimmungen vor, dass Versicherungsverträge, welche Taggelder bei Mutterschaft vorsehen, per 1. Juli 2005 von Gesetzes wegen dahin fallen. Wurden bereits Prämien voraus bezahlt, sind diese zurückzuerstatten. Dieser automatische Wegfall kann dazu führen, dass Arbeitgeber aufgrund einer arbeitsvertraglichen Regelung betreffend Lohn-

fortzahlung beziehungsweise Versicherungsschutz bei Mutterschaft eine zusätzliche Lohnfortzahlungspflicht haben, welche nicht mehr über eine Taggeldversicherung gedeckt ist.

### Fazit

*Arbeitsverträge, welche eine Lohnfortzahlung bei Mutterschaft gemäss bisherigem Artikel 324a OR oder eine Versicherungslösung, insbesondere eine Kollektiv-Taggeldversicherung, vorsehen, sollten daher dem neuen Recht angepasst werden. Die entsprechenden Bestimmungen sind wenn möglich im Einverständnis mit der Arbeitnehmerin zu streichen; andernfalls muss sich der Arbeitgeber entscheiden, ob er sich durch eine neue Versicherungslösung abdecken oder eine Änderungskündigung unter Einhaltung der Kündigungsfristen aussprechen will.* ■

## In eigener Sache Humor

Wir freuen uns, Ihnen bekannt geben zu können, dass am 1. November 2005 Frau Dr. Sabine Kilgus, LL.M., zu unserem Team gestossen ist. Der Schwerpunkt ihres Tätigkeitsgebietes ist das öffentliche und private Bank- und Finanzmarktrecht sowie Vertrags- und Gesellschaftsrecht. Wir freuen uns auf die künftige Zusammenarbeit.

Der Teufel erscheint einem Rechtsanwalt und schlägt ihm folgendes Geschäft vor: «Ich werde dich zum erfolgreichsten Anwalt der Stadt machen. Du wirst vier Monate Urlaub im Jahr haben. Alle Kollegen werden dich beneiden, die Mandanten und Richter werden dich respektieren. Du wirst Präsident deines Golfclubs und Ehrendoktor der Universität. Als Gegenleistung sollen aber die Seelen deiner Eltern, deiner Frau und deiner Kinder auf ewig in der Hölle schmoren.» Der Anwalt überlegt kurz und fragt dann: «Und wo ist der Haken an der Sache?»

Ein Hund kommt in eine Metzgerei und stiehlt einen Braten. Glücklicherweise erkennt der Metzger den Hund als den eines Nachbarn, einem Anwalt. Der Metzger ruft den Anwalt an und sagt: «Wenn dein Hund einen Braten aus meiner Metzgerei stiehlt, bist du dann für die Kosten verantwortlich?» Der Anwalt erwidert: «Natürlich. Wieviel kostet das Fleisch?» - «30 Franken.» Ein paar Tage später erhält der Metzger einen Scheck über 30 Franken mit der Post. Angeheftet ist eine Rechnung mit folgendem Text: «Telefonische Rechtsauskunft: 400 Franken.»



Julien Veyrassat

## Vorsicht beim Grundstückskaufvertrag

**NICHT ZUM ERSTEN MAL HAT SICH DAS BUNDESGERICHT IN EINEM KÜRZLICH PUBLIZIERTEN ENTSCHEID VOM 6. OKTOBER 2004 [BGE 130 III 686 FF.] MIT DER TRAGWEITE DES GEWÄHRLEISTUNGS-AUSSCHLUSSES BEIM GRUNDSTÜCKKAUF BEFASST. DER ENTSCHEID ZEIGT: BEI DER VEREINBARUNG VON FREIZEICHNUNGSKLAUSELN IST VORSICHT AM PLATZ.**

### Hintergrund

Das Obligationenrecht lässt es in gewissen Grenzen zu, dass der Verkäufer seine Pflicht zur Gewährleistung für Mängel an der Kaufsache (im französischen Gesetzestext «Garantie») ausschliessen kann. Dies geschieht durch sogenannte Freizeichnungsklauseln, die es dem Verkäufer ermöglichen sollen, seine Gewährleistung nicht für die uneingeschränkte Qualität der Kaufsache erbringen zu müssen, weil er das Risiko von Mängeln an der Kaufsache selber nicht genau einschätzen kann. Insbesondere beim Verkauf von Altbauten besteht regelmässig ein Bedürfnis zum umfassenden Gewährleistungsausschluss. Oft entsteht jedoch beim nachträglichen Auftreten von Mängeln an der Kaufsache Streit über die Tragweite der vereinbarten Freizeichnungsklausel.

### Tragweite

Nach der Formulierung des Bundesgerichts fällt ein Mangel dann nicht unter den Gewährleistungsausschluss, wenn der Mangel gänzlich ausserhalb dessen liegt, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste. Dabei kommt es im Wesentlichen darauf an, zu welchem Zweck jemand einen Gegenstand gekauft hat: Mängel, die eine Sache für den vorgesehenen Zweck weitgehend untauglich machen und somit den wirtschaftlichen Zweck des Vertrages erheblich beeinträchtigen, sind nicht mehr von einer Freizeichnungsklausel erfasst. Ob dies der Fall ist, muss jeweils unter

Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und den Kosten einer allfälligen Mängelbehebung beantwortet werden. Ein Spezialfall liegt immerhin dann vor, wenn ein Verkäufer den Kaufpreis mit Rücksicht auf eine Freizeichnungsklausel und das Alter der Liegenschaft tief ansetzt. Unter dieser Voraussetzung können auch im Verhältnis zum Kaufpreis relativ hohe Mängelbehebungskosten den wirtschaftlichen Zweck des Vertrages kaum erheblich beeinträchtigen.

In Anwendung dieser Grundsätze schützte das Bundesgericht in einem älteren Entscheid die allgemein formulierte Freizeichnungsklausel für Bauland, auf dem eine Ölverschmutzung mit Sanierungskosten von über zehn Prozent des Kaufpreises von CHF 3 Mio. zu Tage trat. Das Bundesgericht hielt dafür, es sei mit einem entsprechenden Mangel in diesem Ausmass zu rechnen gewesen, da den Parteien bekannt gewesen war, dass auf dem Grundstück früher ein Gewächshaus unter Verwendung einer Heizanlage betrieben wurde.

In seinem neuesten Entscheid BGE 130 III 686 ff. standen Mängel an einer Liegenschaft in Form von Feuchtigkeitserscheinungen und deren Auswirkungen zur Diskussion; mittels Expertise war das Vorhandensein von zahlreichen Kolonien oder Sporen verschiedener Pilze festgestellt worden, unter anderem auch einer Gattung, die beim Einatmen als Allergene wirken bzw. wirken können. Die Kosten, welche zur Behebung dieser

Mängel erforderlich waren, wurden immerhin auf einen Drittel des Kaufpreises der Liegenschaft veranschlagt. Das Bundesgericht stellte diesbezüglich fest, dass es sich dabei tatsächlich um Mängel handeln könnte, mit denen der Käufer vernünftigerweise nicht rechnen haben musste und die daher nicht unter die Freizeichnungsklausel fallen und damit auch Ansprüche des Käufers gegenüber dem Verkäufer aus Gewährleistung auslösen könnten. Das Bundesgericht wies das Verfahren im konkreten Fall, jedoch ohne selbst ein Urteil in der Sache zu fällen, zur neuerlichen Entscheidung an die Vorinstanz zurück, weil diese den Sachverhalt nicht genügend abgeklärt hatte.

### Fazit

*Auch wenn einem umfassenden Gewährleistungsausschluss gewisse Grenzen gesetzt sind, so steht doch fest, dass die Gewährleistungspflicht des Verkäufers sehr weitreichend ausgeschlossen werden kann. Pikant das Bundesgericht: «Der Richter darf eine Freizeichnungsklausel insbesondere nicht schon für unwirksam erklären, weil sie gegen sein Gerechtigkeitsempfinden verstösst.» Andererseits kann sich der Verkäufer aber auch nur von solchen Mängeln freizeichnen, mit deren Vorhandensein vernünftigerweise gerechnet werden kann. Es ist daher nicht nur auf der Seite der Käuferschaft Vorsicht am Platz, wenn im Grundstückskaufvertrag ein Gewährleistungsausschluss vorgesehen wird. ■*

# Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten

**VIELE EHEGATTEN HABEN DAS BEDÜRFNIS, DEN PARTNER NACH AUFLÖSUNG DER EHE DURCH TOD DES EINEN EHEGATTEN ZU LASTEN WEITERER PFLICHTTEILSGESCHÜTZTER ERBEN – MEISTENS DER NACHKOMMEN – OPTIMAL ABZUSICHERN. WELCHE GÜTER- UND ERBRECHTLICHEN VORKEHREN KÖNNEN GETROFFEN WERDEN?**



Irène Biber

## Einleitung

Die güterrechtliche Auseinandersetzung geht der erbrechtlichen Teilung stets vor. In den Nachlass gelangt immer nur, was nach der güterrechtlichen Auseinandersetzung nicht auf den überlebenden Ehegatten übergegangen ist. Je nach Güterstand erhält der Überlebende mehr oder weniger. Deshalb muss für eine optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten sowohl an güterrechtlich als auch an erbrechtliche Vorkehrungen gedacht werden. Dies kann beispielsweise mit dem Abschluss eines kombinierten Ehe- und Erbvertrages geschehen.

## Die güterrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten

In jedem Einzelfall muss geprüft und entschieden werden, wie weit bereits güterrechtlich für den überlebenden Ehegatten über das Gesetz hinaus vorzusorgen ist. Dies bedeutet nicht, dass dabei Nachkommen zu kurz kommen müssen; diese geniessen von Gesetzes wegen einen genügenden Pflichtteilschutz.

Mit Abschluss eines Ehevertrages kann zum einen der Wechsel des Güterstandes, insbesondere der Ersatz des ordentlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung durch eine Gütergemeinschaft oder – seltener – durch die Gütertrennung bewirkt werden. Zum anderen können Modifikationen innerhalb der verschiedenen Güterstände herbeigeführt werden, so insbesondere durch Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten unter dem

ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung.

## Die erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten

Wollen sich die Ehegatten so weitgehend wie nur möglich begünstigen, ist die güterrechtliche Regelung durch eine erbrechtliche Anordnung zu ergänzen. In Frage kommen namentlich die Zuweisung der freien Quote, d.h. der ganzen Erbschaft abzüglich der Pflichtteile anderer Erben, sowie die Einräumung der Ehegattennutzniessung gemäss Art. 473 ZGB (Zivilgesetzbuch). Die erbrechtliche Zuwendung kann in die Form eines Erbvertrages oder zweier gegenseitig aufeinander abgestimmte Testamente gekleidet werden.

Sind keine gemeinsamen oder nicht-gemeinsamen Nachkommen vorhanden und leben die Eltern des Erblassers noch, beträgt der Pflichtteil 1/8 des Nachlasses (Art. 462 Ziff. 2 i.V.m. Art. 471 Ziff. 2 ZGB). Der Ehegatte kann somit maximal mit 7/8 des Nachlasses bedacht werden. Muss der Nachlass mit Nachkommen des Erblassers geteilt werden, beträgt deren Pflichtteil 3/8 der Erbschaft, während die verbleibenden 5/8 dem Ehegatten zugewandt werden können (Art. 462 Ziff. 1 i.V.m. Art. 471 Ziff. 1 ZGB).

Die Ehegattennutzniessung, d.h. die Nutzniessung am gesamten Nachlassvermögen, ist nur gegenüber gemeinsamen und während der Ehe gezeugten nichtgemeinsamen Kindern und deren Nachkommen zulässig. Die Pflichtteile

der vorehelichen Nachkommen müssen hingegen respektiert werden. Die Nutzniessung tritt an die Stelle des gesetzlichen Erbrechts. Der überlebende Ehegatte bekommt wohl die Nutzniessung, nicht aber das Eigentum am Nachlass. Insbesondere bei jüngeren überlebenden Ehegatten, denen die Nutzniessung besondere wirtschaftliche Vorteile bietet, ist zu beachten, dass bei Wiederverheiratung die Nutzniessung hinfällig wird, soweit die Pflichtteile der Nachkommen betroffen sind.

#### Formvorschriften

Sowohl der Abschluss eines Ehevertrages als auch eines Erbvertrages bedarf der öffentlichen Beurkundung. Der Abschluss eines Erbvertrages bedarf zusätzlich zweier Zeugen. Diese Formvorschriften gelten auch für die Errichtung eines öffentlichen Testaments. Demgegenüber kann das eigenhändige Testament ohne notarielle Mitwirkung verfasst werden. Es ist vom Erblasser vom Anfang bis zum Ende, unter Angabe von

Ort und Datum, in seiner Handschrift abzufassen und zu unterschreiben.

#### Fazit

*Welche Begünstigung im Einzelfall als sinnvoll angesehen wird, muss letzten Endes von den betroffenen Ehegatten beantwortet werden. Damit jedoch ein möglichst allen Aspekten gerecht werden der Entscheid getroffen werden kann, ist eine umfassende Aufklärung sowie rechtzeitige Planung unumgänglich. ■*

## Stockwerkeigentum: Einbau eines Schvedenofens?

**TROTZ STOCKWERKEIGENTUM SIND DEN MÖGLICHKEITEN DES EINZELNEN STOCKWERKEIGENTÜMERS, SELBSTÄNDIG ÜBER BAULICHE MASSNAHMEN ENTSCHEIDEN ZU KÖNNEN, ENGE GRENZEN GESETZT. IN DER STOCKWERKEIGENTÜMERGEMEINSCHAFT STOSSEN DESHALB INDIVIDUELLE AUSBAUWÜNSCHE IMMER HÄUFIGER AUF WIDERSTAND INNERHALB DER GEMEINSCHAFT UND BERGEN ERHEBLICHES KONFLIKTPOTENTIAL.**



Christopher Tillman

#### Die Ausgangslage

Stockwerkeigentümer A. möchte in seiner Eigentumswohnung nachträglich und auf seine Kosten einen Schvedenofen einbauen. Stockwerkeigentümer B. bewohnt die oberste Etage des Mehrfamilienhauses und wehrt sich gegen dieses Vorhaben. Für das Abluftrohr des neuen Schvedenofens des Stockwerkeigentümers A. müsste das Dach der obersten Wohnung mit einer zusätzlichen Öffnung versehen werden. Kann der Stockwerkeigentümer A. seinen Wunsch auch gegen den Widerstand seines Nachbarn durchsetzen? Wer entscheidet über die Zulässigkeit dieser baulichen Massnahme?

#### Umfang des Sondernutzungsrechts

Das Sonderrecht bei der Eigentumswohnung räumt dem einzelnen Stockwerk-

eigentümer das Recht ein, bestimmte Gebäudeteile für sich selbst zu nutzen und zwar so, dass alle anderen Stockwerkeigentümer davon ausgeschlossen sind. Hingegen gewährt das Sondernutzungsrecht dem berechtigten Stockwerkeigentümer in der Regel kein Recht zur individuellen baulichen Veränderung: Stockwerkeigentum ist und bleibt gemeinschaftliches Eigentum.

#### Freiheit nur im Innenbereich

Beliebig ausgebaut werden dürfen nur die Innenräume und auch diese nur insoweit, als davon keine gemeinschaftlichen Bauteile – z.B. ein tragendes Mauerwerk oder das Dach – betroffen sind. Bei Sonderrechtsteilen, die von aussen sichtbar sind, wie Fenster, Balkone, Veranda

Fortsetzung Seite 6

usw., muss zudem (auch) aus dem Stockwerkeigentumsrecht heraus die äussere Erscheinung gewahrt werden. Untersagt sind dem einzelnen Stockwerkeigentümer daher Eingriffe in die Substanz des Daches oder gestalterische Änderungen des Erscheinungsbildes beispielsweise durch vergrösserte Fenster mit Verglasungen bis auf den Boden anstelle bis auf Simshöhe wie bei allen anderen Wohnungen. Ob solche Fenstervergrösserungen von aussen gut oder weniger gut sichtbar wären, spielt keine Rolle. Unzulässig wäre beispielsweise auch der eigenmächtige Einbau von Blumentrögen an der Terrassenbrüstung oder das Anbringen von Sichtschutzwänden usw. Das gilt so weit, als das Reglement der Stockwerkeigentümer nicht eine ausdrückliche Ermächtigung zum Anbringen solcher Vorrichtungen vorsieht; selbstverständlich unter Beachtung der relevanten Baubewilligungsvorschriften.

#### **Vier Arten baulicher Massnahmen**

Das Gesetz unterscheidet zwischen vier Arten von baulichen Massnahmen: 1. Unter «dringlichen» Massnahmen werden bauliche Vorkehrungen verstanden, die sofort getroffen werden müssen, um die Sache vor drohendem oder wachsendem Schaden zu bewahren. 2. Bei den «notwendigen» baulichen Massnahmen handelt es sich um Unterhalts-, Instandstellungs- und Erneuerungsmassnahmen, welche für die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit der gemeinschaftlichen Sache erforderlich

sind (Art. 647c ZGB). 3. Als «nützliche» bauliche Massnahmen gelten Erneuerungs- und Umbauarbeiten, die eine Verbesserung der Wirtschaftlichkeit oder Gebrauchsfähigkeit der Sache bezwecken (Art. 647d ZGB). Dabei muss die bauliche Veränderung für die gesamte Stockwerkeigentümergeinschaft dienlich bzw. wertsteigernd sein. 4. Zu guter Letzt gibt es noch die «luxuriösen» baulichen Massnahmen. Sie dienen der Verschönerung der Sache oder der Bequemlichkeit im Gebrauch. Sie befriedigen die Luxusbedürfnisse und können unter Umständen auch den Verkehrswert des Objektes steigern. Luxuriöse bauliche Massnahmen bedürfen grundsätzlich der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer (Art. 647e ZGB).

#### **Einbau eines Schwedenofens**

Der Einbau des Abluftrohres für den neuen Schwedenofen des Eigentümers A. erfordert einen an sich nur geringen baulichen Eingriff in das Dach des Mehrfamilienhauses. Das Dach gehört aber zum gemeinschaftlichen Eigentum der Stockwerkeigentümergeinschaft, weshalb mit dem Durchstich durch das Dach die gemeinschaftlichen Teile verletzt werden. Dabei handelt es sich aber gerade nicht um eine bauliche Massnahme im Sinne der zuvor erwähnten «notwendigen», «nützlichen» oder «luxuriösen» baulichen Massnahmen (Art. 647c bis 647e ZGB). Unter diese Kategorien fallen eben nur solche baulichen Massnahmen, die der Stockwerkeigentümergeinschaft

gesamthaft dienen und nicht wie vorliegend lediglich einem einzelnen Stockwerkeigentümer nutzbar sind. Für den Eigentümer A. kommt deshalb nur die Bestimmung von Art. 712a Abs. 2 ZGB zur Anwendung. Demnach dürfen die gemeinschaftlichen Bauteile, Anlagen und Einrichtungen in keiner Weise beschädigt werden. Daraus folgt, dass der Eingriff in gemeinschaftliche Teile unzulässig ist, sofern dafür keine Zustimmung sämtlicher Stockwerkeigentümer erteilt wird.

#### **Einstimmige Beschlussfassung erforderlich**

Der Einbau des Abluftrohres durch den Stockwerkeigentümer A. setzt deshalb eine Beschlussfassung durch die Stockwerkeigentümersammlung voraus, die mit Einstimmigkeit zu erfolgen hat. Die Bereitschaft des Stockwerkeigentümers A. zur Übernahme der Baukosten ändert nichts am Erfordernis der einstimmigen Beschlussfassung. Der Nachbar B., dem das Vorhaben wegen befürchteter angeblicher Rauchimmissionen missfällt, kann den Einbau des Schwedenofens somit verhindern. Auf die nur geringe Intensität des Dacheingriffes oder auf die Frage, ob überhaupt wahrnehmbare Rauchimmissionen entstehen, kommt es nicht an. Derartige Fragen müssten deshalb an einer Stockwerkeigentümersammlung auch nicht diskutiert werden. Es bleibt dem Stockwerkeigentümer A. damit verwehrt, seinen Schwedenofen zu verwirklichen. ■

## Wem gehören die dem externen Vermögensverwalter von der Bank bezahlten Retrozessionen?

**DIE BRANCHE DER EXTERNEN VERMÖGENSVERWALTER BOOMT. DIESE EXTERNEN VERMÖGENSVERWALTER ARBEITEN HÄUFIG MIT GRÖßEREN BANKINSTITUTEN ZUSAMMEN, BEI WELCHEN DIE VERMÖGENSWERTE DES KUNDEN DEPONIERT WERDEN. IN DER REGEL ERHALTEN DIE VERWALTER VON DEN BANKEN SPEZIELLE VERGÜTUNGEN FÜR MIT DEN KUNDENGELDERN GETÄTIGTE TRANSAKTIONEN AUSBEZAHLT, SOGENANNT RETROZESSIONEN. DIE AUSRICHTUNG SOLCHER RETROZESSIONEN IST KONTROVERS: DIE EINEN BEZEICHNEN SIE ALS «SCHMIERMITTEL DER WIRTSCHAFT», ANDERE STELLEN SIE DAGEGEN IN DEN DUNSTKREIS DER KORRUPTION.**



Rolf Kuhn

### Zum Begriff

#### «externer Vermögensverwalter»

Unter dem Begriff «externe Vermögensverwaltung» hat sich im schweizerischen Bankgeschäft folgendes Konstrukt eingebürgert: Der Kunde deponiert seine Vermögenswerte bei einer Bank und mandatiert gleichzeitig einen privaten Vermögensverwalter mit der Verwaltung dieser Vermögenswerte. Im Gegensatz zur direkten Vermögensverwaltung durch eine Bank erhofft sich der Kunde einen persönlicheren Kontakt zum privaten, von ihm gewählten Vermögensverwalter und eine damit einhergehende individuellere Beratung.

### Der wirtschaftliche Zweck von Retrozessionen

Die Einschaltung eines externen Vermögensverwalters durch den Kunden ist auch für die Bank von Vorteil: Einerseits können die Banken damit Kosten sparen, andererseits kommt es zu einer Verlagerung des Anlagerisikos an den externen Vermögensverwalter. Überdies können die Banken damit ihr Aquisitionsnetz vergrössern, und sie verfügen, falls es ihnen gelingt, den externen Vermögensverwalter dauerhaft an ihr Institut zu binden, mit ihm über einen grösseren Kundenstamm und damit über neue Mittelzuflüsse. Die Bank ist deshalb ger-

ne bereit, diese Vorteile mittels der Ausrichtung von Retrozessionen an den Vermögensverwalter zu entschädigen. Bei jeder Transaktion verlangt die Bank vom Kunden eine Kommission oder Courtage. Bei diesen Gebühren handelt es sich letztlich um einen Gewinn der Bank, der im Zusammenhang mit jeder Vermögensstransaktion anfällt. Um den externen Vermögensverwalter nun dauerhaft zu binden, gewährt die Bank dem Vermögensverwalter häufig einen Anteil an diesem durch jede Vermögensstransaktion erwirtschafteten Gewinn in Form von Rückvergütungen bzw. eben von Retrozessionen.

### Latenter Interessenskonflikt des Vermögensverwalters

Entsprechend dieser Ausgangs- bzw. Interessenslage ist die Ausrichtung derartiger Retrozessionen an den externen Vermögensverwalter nicht unproblematisch. Während der Kunde möglicherweise lediglich daran interessiert ist, dass sein Geld einfach sicher angelegt wird, hat der Vermögensverwalter das Interesse, möglichst viele Transaktionen abzuwickeln (sogenanntes «Churning»), um dadurch einen höheren Anteil an Retrozessionen von der Bank zu erhalten.

*Fortsetzung Seite 8*

**Fortsetzung**

Das Gesetz (Art. 400 Abs. 1 OR) sieht vor, dass der Beauftragte (hier der externe Vermögensverwalter) dem Auftraggeber, (hier der Kunde) alles abzuliefern hat, was ihm infolge der Geschäftsführung aus irgendeinem Grund zugekommen ist. Dementsprechend untersteht auch der externe Vermögensverwalter der Ablieferungspflicht und hat die ihm von der Bank ausgerichteten Retrozessionen dem Kunden weiterzuleiten.

**Ohne Abmachung gehören «Retrozessionen» dem Kunden**

Das Bundesgericht hat bereits in einem alten Entscheid aus den 50er Jahren festgehalten, dass dem Auftraggeber Preisnachlässe (Rabatte), Provisionen usw., die dem Beauftragten gewährt wurden, herauszugeben sind. Man kommt deshalb ohne weiteres zum Schluss, dass die dem externen Vermögensverwalter von der Bank ausgerichteten Retrozessionen, die

ihm im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für den Kunden gewährt wurden, vollständig an den Kunden abzuliefern sind.

Es steht dem Kunden und dem externen Vermögensverwalter selbstverständlich frei, eine vom Gesetz abweichende Regelung zu treffen. Sie können diesbezüglich auch vereinbaren, dass solche Retrozessionen dem Vermögensverwalter zustehen sollen. Ohne eine solche Regelung gehören aber derartige Vergütungen dem Auftraggeber und sind ihm gemäss Art. 400 Abs. 1 OR herauszugeben.

Wer sein Vermögen also durch einen externen Vermögensverwalter verwalten lässt, tut gut daran abzuklären, welche Vereinbarungen in Bezug auf solche Retrozessionen mit dem Vermögensverwalter bestehen. Besteht keine solche Vereinbarung, so kann der Kunde – und dies dürfte wohl heute die herrschende Meinung in Lehre und Rechtsprechung sein – die Ablieferung solcher Retrozessionen verlangen. ■

Dr. Reinhard Lutz

Dr. Peter Lutz LL.M.

Lic.iur. Romeo Da Rugna

Dr. Stefan H. Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann

Lic.iur. Irène Biber

Lic.iur. Rolf Kuhn LL.M.

Lic.iur. Sylvia Nafz

Lic.iur.  
Christopher Tillman LL.M.

Lic.iur. Julien Veyrassat

Dr. Sabine Kilgus LL.M.

Forchstrasse 2 · Kreuzplatz

Postfach

CH-8032 Zürich

Switzerland

Phone +41-44-560 80 80

Fax +41-44-560 80 90

lawyer@lawyerlutz.ch

Eingetragen  
im Anwaltsregister