

NEWSLETTER 1 · 2014

Zürich, 22. September 2014

Sehr geehrte Damen und Herren, werte Kunden

Wir freuen uns, Ihnen den ersten Newsletter in diesem Jahr präsentieren zu dürfen. Er enthält wie gewohnt aktuelle Bundesgerichtsentscheide und Beiträge aus der Anwalts- und Gerichtspraxis sowie zum Schluss eine Prise Humor.

*Weiter machen wir Sie auf die neue Rubrik **Rechtsnews** auf unserer Website kueminlaw.ch aufmerksam, wo wir ab nun regelmässig über Gesetzesänderungen sowie zu aktueller Rechtsprechung berichten, einschliesslich wichtiger Leitentscheide des Bundesgerichts.*

Wir wünschen Ihnen eine angenehme und spannende Lektüre.

Hanspeter Kumin und Samuel Felix Gang

Themen dieser Ausgabe:

S. 2-4: Aus dem Bundesgericht, zufolge dessen Medienmitteilungen

- Klausel für allgemeine Lohnerhöhung in GAV gültig (**Arbeitsrecht**)
- Zofingia behält Status einer universitären Vereinigung (**Verfassungsrecht**)
- Haftbedingungen im Genfer Gefängnis Champ-Dollon (**Strafvollzugsrecht**)
- Einbürgerungsbeschwerden (**Migrationsrecht**)

S. 4-6: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

- Rechtliche Vorgehensweise gegen eine kurz vor Privatkonkurs durch einen Unterhaltsschuldner getätigte Übertragung von Stammanteilen einer GmbH

S. 6-7: Asylrecht, Migrationsrecht

- Rechtsfragen und behördliche Praxis bei der Beurteilung von asylrechtlichen Härtefallgesuchen

S. 7: Neuerungen auf eigener Website: Rechtsnews

S. 8: Humor

- Ohne Worte

Bundesgericht:

Klausel für allgemeine Lohnerhöhung in GAV gültig.

Das Bundesgericht bestätigt mit Urteil vom 24. Juni 2014 (4A_233/2013) die Gültigkeit der Klausel für eine allgemeine Lohnerhöhung in einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV). Solche "begrenzten Effektivklauseln" stellen keinen übermässigen Eingriff in die Vertragsfreiheit der Parteien des Einzelarbeitsvertrages dar, weil die bereits über dem Mindestlohn liegenden Saläre nach der Erhöhung wieder auf das frühere Niveau gesenkt werden können.

Der allgemein verbindlich erklärte GAV für das Plattenlegergewerbe der Gebiete Bern, Zentralschweiz und Zürich sowie den Bezirk Baden des Kantons Aargau enthielt eine Bestimmung, wonach per 1. Oktober 2006 bestimmte Kategorien von Arbeitnehmern eine Lohnerhöhung von 100 Franken pro Monat erhalten. Die Klausel sah vor, dass die Lohnerhöhung auf den effektiv bezahlten Löhnen und damit auch dann gewährt wird, wenn der bisherige Lohn bereits über dem neuen Mindestlohn liegt. Solche "Effektivklauseln" kommen in GAV regelmässig vor.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde der Zentralen Paritätischen Berufskommission Plattenleger an seiner öffentlichen Beratung vom Dienstag teilweise gut und entscheidet, dass die fragliche GAV-Bestimmung als "begrenzte Effektivklausel" zulässig ist. Gemäss solchen Klauseln erfolgt zwar bei allen betroffenen Arbeitnehmern eine Erhöhung des Lohns. Bei Angestellten, deren Salär bereits über dem Minimallohn gemäss GAV liegt, kann jedoch eine Kompensation der Erhöhung durch eine entsprechende Senkung des übertariflichen Lohnanteils erfolgen. Der ausbezahlte Lohn entspricht in diesem Fall dem früheren. Diese Anpassung kann gemäss dem Urteil des Bundesgerichts entweder einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfolgen. Wo der Arbeitnehmer nicht einverstanden ist,

müsste der Arbeitgeber auf dem Weg der Änderungskündigung vorgehen.

Mit einer begrenzten Effektivklausel greifen die Tarifpartner des GAV laut Bundesgericht zwar in die Vertragsfreiheit der Parteien des Einzelarbeitsvertrages ein. Angesichts der Korrekturmöglichkeiten bei den übertariflichen Salären ist der Eingriff aber nicht übermässig. Zu berücksichtigen ist weiter, dass begrenzte Effektivklauseln einen ähnlich intensiven Eingriff darstellen wie etwa GAV-Bestimmungen zur Zahlung eines 13. Monatslohns, die unbestrittenermassen zulässig sind.



Bundesgericht:

Zofingia behält Status einer universitären Vereinigung.

Mit Entscheid vom 21. März 2014 (2C_421/2013) wies das Bundesgericht die Beschwerde der Universität Lausanne gegen die Anerkennung der nur Männern zugänglichen Studentenverbindung Zofingia als universitäre Vereinigung ab. Gemäss dem Urteil muss die verfassungsmässig garantierte Gleichberechtigung von Frau und Mann in den Hintergrund treten.

Die Waadtländer Sektion des Schweizerischen Zofingervereins war von der Universität Lausanne im Jahre 1994 als universitäre Vereinigung anerkannt worden. Dieser Status ist mit gewissen Privilegien verbunden. Anerkannte Gruppierungen dürfen Räumlichkeiten der Universität für Versammlungen nutzen und können sich auf der Internetseite der Universität präsentieren. Im

Jahre 2011 entschied die Universität, der Zofingia die Anerkennung zu entziehen, was sie im Wesentlichen damit begründete, dass die Studentenverbindung nur Männer als Mitglieder aufnimmt, die Universität gemäss ihrer Charta aber verpflichtet sei, die Gleichheit von Frau und Mann zu fördern. Das Kantonsgericht des Kantons Waadt hob den Ausschluss 2013 auf, woraufhin die Universität ans Bundesgericht gelangte.

Das Bundesgericht wies die Beschwerde der Universität Lausanne unter dem Hinweis ab, dass die Zofingia als privater Verein das Recht habe, frei darüber zu bestimmen, wer bei ihr Mitglied sein darf. Ihr Entscheid, Frauen nicht aufzunehmen, könne sich auf das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit stützen. Gleichzeitig garantiere zwar Art. 8 BV die Gleichberechtigung von Frau und Mann. In der konkret vorliegenden Kollision von Grundrechten müsse die Garantie der Gleichberechtigung jedoch in den Hintergrund treten.



Bundesgericht:

Haftbedingungen im Genfer Gefängnis Champ-Dollon

Im Gefängnis Champ-Dollon besteht seit mehreren Jahren eine schwere und dauernde Überbelegung. Beim Bundesgericht wurden vier Beschwerden eingereicht (1B_335/2013, 1B_336/2013, 1B_369/2013, 1B_404/2013), welche sich gegen die Haftbedingungen

richteten. Es hat zwei Beschwerden teilweise gutgeheissen und festgestellt, dass die Haftbedingungen, denen zwei Beschuldigte während 157 bzw. 89 aufeinanderfolgenden Tagen ausgesetzt waren, unzulässig sind. Die zwei Beschwerden von Beschuldigten, welche weniger lange inhaftiert waren, hat es indessen abgewiesen.



Das Bundesgericht hat in öffentlicher Beratung festgestellt, dass die Belegung einer für drei Gefangene vorgesehenen Zelle mit einer Bruttofläche von 23 m² mit sechs Gefangenen Gesetz, Verfassung und Konvention verletzen kann, wenn sie sich auf nahezu drei aufeinanderfolgende Monate erstreckt und mit anderen Mängeln, wie der Einschliessung in der Zelle während 23 von 24 Stunden, einhergeht. Dagegen verletzte die Belegung einer Zelle mit einer Bruttofläche von 12 m² mit drei Gefangenen, auch wenn es sich dabei durchaus um schwierige Haftbedingungen handle, für sich allein die Menschenwürde nicht.

Bundesgericht:

Einbürgerungsbeschwerden

Das Bundesgericht weist die Beschwerde eines Straffälligen gegen die Nichtigerklärung der erleichterten Einbürgerung ab (1C_835/2013). In einem zweiten Fall heisst es die Beschwerde eines Ehepaars gegen die Verweigerung der ordentlichen Einbürgerung wegen Verfahrensmängeln gut (1D_3/2013).

Ein Bewerber verschwieg im Einbürgerungsverfahren noch unentdeckte Straftaten (Drogenhandel). Das Bundesamt für Migration erklärte die Einbürgerung daher

im Nachhinein innert der dafür vorgesehenen gesetzlichen Frist für nichtig, was das Bundesverwaltungsgericht schützte. Die Voraussetzungen der Nichtigklärung sind erfüllt, weil der Bewerber seinerzeit wahrheitswidrig erklärt hatte, er halte die Schweizerische Rechtsordnung ein. Die Nichterklärung verstosse auch nicht gegen das Verbot der Selbstanzeige. Es handle sich um ein freiwillig eingeleitetes Verfahren und das Einbürgerungsgesuch könne jederzeit zurückgezogen werden. Das Bundesgericht bestätigte damit das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts.

In einem anderen Einbürgerungsverfahren lud die zuständige Behörde die Bewerber zu einem Gespräch ein, das ausdrücklich dem Kennenlernen und der Erläuterung ihrer Motive dienen sollte. Bei diesem Gespräch wurde dann jedoch unangekündigt eine Prüfung des Allgemeinwissens in Geografie und Staatskunde durchgeführt. Dies verstösst gegen die Grundsätze von Treu und Glauben sowie der Fairness im Verfahren. Das Bundesgericht hob daher ein anders lautendes Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich auf und wies die Sache zur erneuten Beurteilung nach gehöriger Vorladung zurück an die Gemeinde.



Schuldbetreibungs- und Konkursrecht:

Rechtliche Vorgehensweise gegen eine kurz vor Privatkonkurs durch den Unterhaltsschuldner getätigte Übertragung von Vermögenswerten im Allgemeinen und von Stammanteilen einer GmbH im Besonderen

Wie kann sich die unterhaltsberechtignte Partei wehren, wenn der Unterhaltsverpflichtete Vermögen veräussert bzw. verschenkt, namentlich auch die Stammanteile einer GmbH und anschliessend Privatkonkurs anmeldet? Gestaltet sich ein Vorgehen gegen den konkursiten Schuldner sinnvoll oder geht man besser gegen die Beschenkten vor?

Es kommt gar nicht so selten vor, dass ein Unterhaltsschuldner zum Schein oder tatsächlich sein Vermögen vermindert, um anschliessend wegen vermeintlicher oder bewusst herbeigeführter Mittellosigkeit nicht mehr in Anspruch genommen werden zu können. In diesem Zusammenhang besteht ein häufiger praktiziertes Vorgehen darin, dass Vermögen an nahe Angehörige oder Vertraute verschenkt oder zu einem ungerechtfertigt geringen Preis verkauft wird (sog. gemischte Schenkung). Geht die bewusste Vermögensverminderung des Unterhaltsschuldner so weit, dass er schliesslich in Konkurs fällt, stellt sich für die Unterhaltsgläubiger die Frage, wie sie gegen diese stossenden Praktiken und die oftmals finanziell einschneidenden Konsequenzen vorgehen sollen.

Zunächst liegt der Gedanke vermeintlich nahe, zivilrechtlich den fehlbaren Unterhaltsschuldner in Anspruch zu nehmen. Nachdem dieser jedoch wegen des über ihn verhängten Konkurses offiziell mittellos ist, stehen die Chancen mangels Haftungssubstrats schlecht. Auch die gerichtliche Feststellung der Widerrechtlichkeit und damit Nichtigkeit der einzelnen Schenkungen

anzustreben, erscheint nicht vollkommen risikolos und ist zudem verhältnismässig aufwändig. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Vertrag zwar als widerrechtlich zu qualifizieren, wenn entweder sein Gegenstand oder der Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt oder der mittelbare Zweck gegen objektives Recht verstösst (BGE 121 IV 365 E. 9a). Da es sich beim in Frage stehenden mittelbaren Vertragszweck der Umgehung bestehender Unterhaltspflichten jedoch eher um den Verstoss gegen subjektives Recht handeln dürfte, ist dieses Vorgehen mithin prozessual riskant.

Weiter steht es den Unterhaltsgläubigern selbstverständlich frei, strafrechtlich gegen den fehlbaren Unterhaltsschuldner vorzugehen. Im Vordergrund stehen hier die Vernachlässigung von Unterhaltspflichten nach Art. 217 StGB sowie betrügerischer Konkurs, Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung und Bevorzugung eines Gläubigers nach den Art. 163, 164 und 167 StGB.

Ein strafrechtliches Vorgehen ist meist jedoch zeitaufwändig und führt in der Regel zumindest nicht unmittelbar zu einer finanziellen Besserstellung der Unterhaltsgläubiger. Was also tun?

Das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sieht in den Art. 285 ff. SchKG verschiedene Arten von Anfechtungsklagen vor. In Frage kommt bei Fällen wie dem Geschilderten insbesondere die Schenkungsanfechtung oder auch Schenkungspauliana nach Art. 286 SchKG. Anfechtbar sind danach mit Ausnahme üblicher Gelegenheitsgeschenke alle Schenkungen (auch gemischte Schenkungen) und unentgeltlichen Verfügungen, die der Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat. Aktiv legitimiert ist der Gläubiger, der über einen mindestens provisorischen Pfändungsverlustschein verfügt oder im Falle des Konkurses die Konkursverwaltung bzw. nach

Massgabe von Art. 260 SchKG jeder einzelne Konkursgläubiger. Passivlegitimiert ist im Falle der Pauliana der begünstigte Dritte und nicht der eigentliche Schuldner.

Anders als bspw. bei der Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG bietet die Schenkungsanfechtung den Vorteil, dass nur die objektiven Voraussetzungen der Schenkung und der Verdachtsfrist von einem Jahr, nicht jedoch subjektive Voraussetzungen eine Rolle spielen. Der Gläubiger muss also beispielsweise nicht einen Vorsatz des Schuldners in Bezug auf die Schädigung beweisen. Weiter von Vorteil ist, dass bei der Schenkungsanfechtung der Anfechtungsbeklagte, sofern es sich um eine dem Schuldner nahe stehender Person handelt, bspw. ein Familienmitglied, stets den Nachweis erbringen muss, dass zwischen Leistung und Gegenleistung kein Missverhältnis besteht, was den Beweisumfang des Gläubigers abermals senkt.

Wie verhält es sich nun, wenn der Unterhaltsschuldner Unternehmensanteile bzw. Stammanteile einer GmbH an eine ihm nahe stehende Person verschenkt. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung festgehalten, dass eine Rückgabe der Stammanteile in erster Linie in natura zu erfolgen hat und nur wo dies nicht mehr möglich ist, besteht eine subsidiäre Pflicht zur Erstattung ihres Wertes. Für einen zwischenzeitlichen eingetretene Wertverminderung hat der Anfechtungsbeklagte weiter dann nicht einzustehen, wenn die Wertverminderung auf Zufall beruht oder auch beim Schuldner eingetreten wäre. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass, wie es eben oft beim bewussten Zusammenwirken von Schuldner und ihm nahestehenden begünstigten Dritten der Fall ist, der Anfechtungsbeklagte den Unterhaltsgläubigern nebst der zunächst in natura zu erfolgenden Rückgabe der Stammanteile für verschuldete Wertvermindernungen derselben aufzukommen hat (BGE 132 III 489 E. 3.3

ff.). Nur so kann der Ratio der Schenkungsanfechtung, namentlich die Wiederherstellung des schuldnerischen Vermögens, wie es ohne anfechtbare Handlung vorhanden wäre, Genüge getan werden.

Asylrecht, Migrationsrecht:

Rechtsfragen und behördliche Praxis bei der Beurteilung von asylrechtlichen Härtefallgesuchen.

Für rechtskräftig weggewiesene Asylbewerber ist das asylrechtliche Härtefallgesuch meistens der Griff zum letzten Strohalm. Dem Gesuchsteller kommt weder Parteistellung zu, noch zeitigt ein Härtefallgesuch auf-schiebende Wirkung. Daher fragt sich, für welche Personen ein Härtefallgesuch überhaupt in Frage kommt. Da den Behörden im Bereich der Härtefallbewilligungen grosses Ermessen zukommt, soll dargelegt werden, welche Voraussetzungen die gesuchstellende Person angesichts der kantonalzürcherischen Praxis erfüllen muss, um intakte Aussichten auf Erteilung einer Härtefallbewilligung zu haben.

Für rechtskräftig weggewiesene Asylbewerber bleibt als Alternative zur Ausreise meist nur noch das Institut der Härtefallbewilligung, wenn sie sich zuvor entsprechend lange in der Schweiz aufgehalten haben. Rechtskräftig ist ein negativer Asylentscheid, wenn vom Bundesverwaltungsgericht darüber befunden wurde. Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts sind das Asyl betreffend in der Regel nicht an das Bundesgericht weiterziehbar (Art. 83 lit. d Ziff. 1 BGG). Obwohl der verkürzte Instanzenzug dem Gedanken eines möglichst schleunigen Asylverfahrens entspricht und damit Rechnung trägt, kommt es vor, dass Asylbewerber mehrere Jahre in der Schweiz auf den rechtskräftigen Entscheid wartend verbracht haben und mittels einer Arbeitsbewilligung unter Umständen sogar unbefristet in Arbeit stehen. Dies kann dazu führen, dass nach Abschluss des

Asylverfahrens zwar feststeht, dass die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllt ist, der Bewerber jedoch im Zuge des langen Aufenthalts derart gut in die hiesigen Verhältnisse integriert ist und eine wesentlich engere Verbindung zur Schweiz hat als zu seinem Herkunftsstaat, dass der Vollzug der Wegweisung für ihn eine unzumutbare Härte darstellen würde, mithin seine Lebens- und Daseinsbedingungen in gesteigertem Masse in Frage gestellt wären.

Wenn ein rechtskräftig weggewiesener Asylbewerber eine Härtefallbewilligung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 AsylG anstrebt, hat er grundsätzlich die Voraussetzungen von Art. 31 VZAE zu erfüllen. Das heisst insbesondere, dass er sich seit mindestens 5 Jahren in der Schweiz aufhalten und seine Identität den Behörden offen gelegt haben muss, sein Aufenthaltsort muss den Behörden ferner zu jeder Zeit bekannt gewesen sein, er muss die schweizerische Rechtsordnung respektieren sowie wirtschaftlich und sozial in einem Masse integriert sein, dass die Anknüpfung in der Schweiz de facto enger als im Herkunftsstaat ist, mithin die Prognose für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat negativ zu stellen ist.

Nach dem Gesagten, fällt eine Härtefallbewilligung für solche Asylbewerber, die ihre Identität verschwiegen respektive kein offizielles Ausweisdokument vorgelegt haben, um allenfalls einen Wegweisungsvollzug zu verhindern, ausser Betracht. Weiter sollte der Gesuchsteller nach Möglichkeit keine Einträge im Strafregister haben. Zwar kann nicht aus jedem noch zu geringfügigen Strafregistereintrag auf ein Integrationsdefizit geschlossen bzw. eine grundsätzliche Missachtung der rechtsstaatlichen Ordnung und der Werte der Bundesverfassung angenommen werden. In der Praxis dürften jedoch Straftaten, welche nicht lediglich in der Weige-

rung zur Ausreise bestehen, der behördlichen Annahme einer überdurchschnittlichen Integration entgegenstehen.

Besonderes Augenmerk legen das Migrationsamt Zürich sowie die Härtefallkommission auf den Willen zur Teilnahme am Wirtschaftsleben (Art. 31 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. c VZAE) und die sprachliche Integration (Art. 31 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. b VZAE). Ersteres Kriterium wird in der Zürcherischen Praxis relativ streng angewandt und zwar in der Form, dass das nachgewiesene Bemühen um Teilnahme am Wirtschaftsleben für sich genommen nicht genügt. Vielmehr muss der Bewerber bereits eine erfolgreich erfolgte wirtschaftliche Integration nachweisen können, d.h. eine wirtschaftliche Selbständigkeit bzw. die Finanzierung des Lebensunterhalts jenseits von prekären Arbeitsverhältnissen. Im Endeffekt läuft es darauf hinaus, dass nicht der Wille zur Teilnahme am Wirtschaftsleben sondern die Teilnahme per se nachgewiesen werden muss. Gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. b VZAE gilt jemand als sprachlich integriert, wenn er für die am Wohnort gesprochene Landessprache mindestens das Referenzniveau A2 des gemeinsamen europäischen Referenzrahmens für Sprachen des Europarats erreicht. Die zürcherische Behördenpraxis ist auch hier wiederum recht streng, indem sogar der Nachweis des Niveaus B1 in allen Bereichen (Sprechen, Hören, Lesen, Schreiben) verlangt wird. Erst wenn in einer gesamtheitlichen Betrachtung unter Einhaltung der durch die Behördenpraxis zum Teil restriktierten Voraussetzungen der Bewerber durch das Migrationsamt Zürich und die Härtefallkommission kumulativ als Härtefall anerkannt wird, erfolgt die Unterbreitung des Antrags zur Zustimmung an das Bundesamt für Migration (BFM).

Auch wenn die Zustimmungsverweigerung durch das

BFM die Ausnahme darstellen sollte, sofern zuvor bereits das kantonale Migrationsamt sowie die Härtefallkommission einen positiven Entscheid gefällt haben, so scheint bei einer alleinstehenden Person, die z.B. keine Kinder im Schulalter hat, die Mindestaufenthaltsdauer für eine härtefallweise Aufenthaltsbewilligung nicht wie in Art. 14 Abs. 2 lit. a AsylG statuiert bei mindestens 5 Jahren zu liegen, sondern vielmehr weit darüber liegend, z.T. sogar erst ab mindestens 10 Jahren.

Alles in allem kann festgehalten werden, dass wohl nur die wenigstens rechtskräftig weggewiesenen Asylbewerber diesen restriktiven Kriterienkatalog erfüllen, weshalb es im Einzelfall abzuwägen gilt, ob eine schnelle Rückkehr mit besseren Aussichten auf Wiedereingliederung nicht mehr Vorteile mit sich bringt als eine langwieriges Behördenverfahren. Zwar kommt dem Härtefallgesuch keine Suspensivwirkung zu, jedoch dürfte der Vollzug faktisch in den meisten Fällen ausgesetzt werden.

Neuerungen auf eigener Website: Rechtsnews

Per sofort haben wir auf unserer Website kueminlaw.ch die neue Rubrik Rechtsnews aufgeschaltet, wo wir regelmässig über neue Gesetze und Gesetzesänderungen sowie über aktuelle Rechtsprechung in Urteilen auf Bundes und kantonaler Ebene berichten, einschliesslich wichtiger Leitentscheide des Bundesgerichts. Damit verbunden wird die bisherige Rubrik der Bundesgerichtsentscheide im Newsletter angepasst bzw. in ihrem Umfang reduziert.

Humor

- ohne Worte



© Newsletter: advokatur kümin 2014