



## COMMENTAIRE DE JURISPRUDENCE NUMÉRIQUE APERÇU MENSUEL, JUIN 2018, VOL. 85

Des expertes et experts renommé(e)s commentent la  
jurisprudence actuelle de manière précise et exacte.

### DEI DIRITTI REALI

#### Passivlegitimation beim Notwegrecht

Martina Frischkopf

Das Bundesgericht präzisiert ein weiteres Mal die Prioritätenordnung bei der Geltendmachung des Notweganspruches. Die Vorinstanz habe nicht willkürlich entschieden, indem sie die früheren Wegverhältnisse als vorliegend irrelevant qualifiziert habe, da diese ebenfalls die Erstellung einer neuen Dienstbarkeit zu Lasten eines Dritten gefordert hätten. Insofern sei in legitimer Weise auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz abgestellt worden.

Commentaire de l'arrêt du : Tribunal fédéral [5A\\_777/2017](#) du 29 janvier 2018  
Publié le 21 juin 2018

### DIRITTO AMMINISTRATIVO

#### Aktenführungspflicht der Gerichte

Markus Heer

Auch bei Fällen, die einem Gericht in materieller Hinsicht klar zu sein scheinen, muss darauf geachtet werden, dass das rechtliche Gehör der Parteien nicht verletzt wird. Dabei kommt der Aktenführungspflicht als Gegenstück zum Akteneinsichtsrecht wesentliche Bedeutung zu. Stützt sich ein Urteil nämlich auf einen Sachverhalt, der sich nicht aus den Akten ergibt, erweist sich die Rüge der betroffenen Partei, sie habe sich zum strittigen Sachverhalt nicht äussern können, als begründet.

Commentaire de l'arrêt du : Tribunal fédéral [2C\\_444/2017](#) du 19 février 2018  
Publié le 22 juin 2018

### DIRITTO CONTRATTUALE

#### Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien als Gestaltungserklärung

Lea Altermatt / Markus Vischer

In seinem Urteil [4A\\_440/2017](#) vom 3. April 2018 hat das Bundesgericht das Erfordernis einer erneuten Zustimmung zur Aktienübertragung im Rahmen eines mehrstufigen Aktienkaufvertrags verneint. Es definierte die Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien als Gestaltungserklärung, welche grundsätzlich unwiderruflich und bedingungsfeindlich sei. Nichtsdestotrotz könne eine Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien ungültig werden, wenn sich die Umstände zwischen Zustimmung und Vollzug des Kaufvertrags änderten.

Commentaire de l'arrêt du : Tribunal fédéral [4A\\_440/2017](#) du 03 avril 2018  
Publié le 28 juin 2018

Konventionalstrafen im arbeitsvertraglichen Kontext

## Die Zulässigkeit der Konventionalstrafe sowie ihre unterschiedlichen Funktionen im Zusammenhang mit Art. 321e Abs. 1 OR

Daniel Donauer / Vangelis Kalaitzidakis

In den Urteilen 4A\_579/2017 & 4A\_581/2017 vom 7. Mai 2018 (Verfahrensvereinigung) hielt das Bundesgericht unter anderem fest, dass Konventionalstrafen hinsichtlich ihrer Sicherungsfunktion aufgrund des teilzwingenden Charakters von Art. 321e OR dann unzulässig sind, wenn damit eine Haftungsverschärfung zu Lasten des Arbeitnehmers verbunden ist. Eine Konventionalstrafe im arbeitsvertraglichen Kontext ist darüber hinaus als Disziplinar massnahme (Straffunktion) nur dann zulässig, wenn die damit verbundenen Voraussetzungen erfüllt sind. Auf die beiden genannten Kernaussagen des Bundesgerichts wird nachfolgend eingegangen.

Commentaire de l'arrêt du : Tribunal fédéral 4A\_579/2017 du 07 mai 2018, destiné à publication  
Publié le 25 juin 2018

## DIRITTO DEGLI STRANIERI

### Die Grund- und Menschenrechtskonformität eines Wegweisungsvollzugs erfordert eine umfassende, einzelfallbezogene Prüfung

Babak Fargahi

Das Bundesgericht geht in seinem Urteil 2C\_136/2017 vom 20. November 2017 im Wesentlichen der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen der Vollzug der Wegweisung den Anforderungen von Art. 10 Abs. 3 und Art. 25 Abs. 3 BV und Art. 3 EMRK genügt. Es auferlegt dabei den Behörden eine umfassende, einzelfallbezogene und sorgfältige Untersuchungspflicht auf allen Stufen der Rechtsanwendung.

Commentaire de l'arrêt du : Tribunal fédéral 2C\_136/2017 du 20 novembre 2017  
Publié le 26 juin 2018

## DIRITTO DEL LAVORO

### Berechnung der Probezeit

Regula Hinderling / Anina Kuoni

Wird der Arbeitsvertrag am Tag des Stellenantritts geschlossen, so zählt der erste Tag des Vertragsschlusses gemäss Bundesgericht für die Berechnung der Probezeit nicht mit (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

Commentaire de l'arrêt du : Tribunal fédéral 4A\_3/2017 du 15 février 2018, destiné à publication  
Publié le 29 juin 2018

### Allgemeinverbindlicherklärung GAV Personalverleih ist nicht bundesrechtswidrig

Regula Hinderling / Anina Kuoni

Das Bundesgericht prüfte im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle, ob die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV Personalverleih rechtmässig war und bejahte dies. Es erachtete die Personalverleihbranche als eigenen Wirtschaftszweig, für welchen allgemeinverbindliche Bestimmungen erlassen werden können.

Commentaire de l'arrêt du : Tribunal fédéral 4A\_408/2017 du 31 janvier 2018  
Publié le 29 juin 2018

### Incidence d'une formation préalable à un contrat de travail

Olivier Subilia

Lorsque parties s'engagent uniquement sur une formation théorique devant déboucher sur la conclusion ultérieure d'un contrat de travail, et que cette formation ne consiste pas en l'exercice de l'activité future, le contrat de travail proprement dit n'est pas encore conclu.

Commentaire de l'arrêt du : Tribunal fédéral 4A\_503/2017 du 13 février 2018  
Publié le 28 juin 2018

### Contrat de travail prévoyant une part variable pouvant être négative

Olivier Subilia

Une part variable potentiellement négative n'est pas illicite dans un contrat de travail. Elle doit être interprétée, en réalité, comme une part variable positive par rapport au salaire plancher théorique le plus bas en application de la part variable.

Commentaire de l'arrêt du : Tribunal fédéral 4A\_370/2017 du 31 janvier 2018

## DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

### Zur Klage des Verwaltungsrats auf Information gemäss Art. 715a OR

Dominik Rieder / Philipp Estermann

Das Recht des einzelnen Verwaltungsrats auf Auskunft und Einsicht nach Art. 715a OR kann gerichtlich im summarischen Verfahren durchgesetzt werden (Entscheid 4A\_364/2017 vom 28. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BGE 144 III 100). Anders als die kantonalen Vorinstanzen, kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die gerichtliche Durchsetzung sowohl vom Zweck von Art. 715a OR als auch von der Rechtsnatur und der systematischen Einbettung des Informationsanspruchs gedeckt wird. Der vorliegende Beitrag fasst die wesentlichen Erwägungen des Bundesgerichts zusammen und würdigt diese unter Berücksichtigung von Lehre und Praxis.

Commentaire de l'arrêt du : Tribunal fédéral [4A\\_364/2017](#) du 28 février 2018, destiné à publication

Publié le 22 juin 2018

## DIRITTO PUBBLICO ECONOMICO

### Bundesverwaltungsgericht schränkt Anwendung des finanzmarktrechtlichen Berufsverbots ein Mit Urteil vom 25. April 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht das von der FINMA verhängte Berufsverbot gegen den ehemaligen CEO der Bank Frey aufgehoben

Silvan Gehrig

Beim Berufsverbot handelt es sich um eine verwaltungsrechtliche Massnahme mit repressiven Elementen und um einen erheblichen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Darum können nur klare gesetzliche Bestimmungen und konkrete Pflichtverletzungen im Einzelfall Grundlage eines Berufsverbots sein. Die Annahme unversteuerter Kundengelder war von 2008 bis 2012 nach schweizerischem Recht nicht verboten. Das Finanzmarktaufsichtsgesetz enthält keine konkrete Verpflichtung zur Einhaltung ausländischen Rechts. Das Agieren im aufsichtsrechtlichen «Graubereich» war keine ausreichende Grundlage für ein Berufsverbot.

Commentaire de l'arrêt du : Tribunal administratif fédéral [B-3092/2016](#) du 25 avril 2018

Publié le 05 juin 2018

## DIRITTO SOCIETARIO

### Zur Klage des Verwaltungsrats auf Information gemäss Art. 715a OR

Dominik Rieder / Philipp Estermann

Das Recht des einzelnen Verwaltungsrats auf Auskunft und Einsicht nach Art. 715a OR kann gerichtlich im summarischen Verfahren durchgesetzt werden (Entscheid 4A\_364/2017 vom 28. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BGE 144 III 100). Anders als die kantonalen Vorinstanzen, kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die gerichtliche Durchsetzung sowohl vom Zweck von Art. 715a OR als auch von der Rechtsnatur und der systematischen Einbettung des Informationsanspruchs gedeckt wird. Der vorliegende Beitrag fasst die wesentlichen Erwägungen des Bundesgerichts zusammen und würdigt diese unter Berücksichtigung von Lehre und Praxis.

Commentaire de l'arrêt du : Tribunal fédéral [4A\\_364/2017](#) du 28 février 2018, destiné à publication

Publié le 22 juin 2018

## DIRITTO SUCCESSORIO

### Kein Verantwortlichkeitsanspruch der Quotenvermächtnisnehmerin gegen den Willensvollstrecker

Alexandra Hirt

Das Bundesgericht befasst sich, in diesem zur Publikation vorgesehenen Entscheid, mit der Befugnis einer Quotenvermächtnisnehmerin, in einem direkt gegen den Willensvollstrecker gerichteten Verantwortlichkeitsprozess, die Höhe dessen Honorars überprüfen zu lassen. Das Bundesgericht präzisiert damit seine Rechtsprechung zur Aktivlegitimation einer Vermächtnisnehmerin zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage gegen den Willensvollstrecker.

Commentaire de l'arrêt du : Tribunal fédéral [5A\\_363/2017](#) du 22 février 2018, destiné à publication  
Publié le 18 juin 2018

---

## DROIT DE LA CONSTRUCTION ET DE L'IMMOBILIER

---

[Ringkuhkampfarena und Markthalle in einer Speziallandwirtschaftszone gemäss Art. 16a Abs. 3 RPG?](#)

Nicole Tschirky / Kathrin Waditschatka

Eine Speziallandwirtschaftszone muss bereits im Rahmen der Richtplanung oder auf dem Weg der Gesetzgebung festgelegt werden. Bei der Beurteilung, ob eine Zone als Bau- oder Nichtbauzone zu qualifizieren ist, ist auf deren Hauptbestimmung abzustellen.

Commentaire de l'arrêt du : Tribunal fédéral [1C\\_49/2017](#) du 26 septembre 2017, destiné à publication  
Publié le 26 juin 2018

Les nouveautés juridiques les plus récentes sont résumées  
pour vous dans les Blogs.

---

### DEI DIRITTI REALI

Le refus d'inscription au registre foncier, une affaire patrimoniale?  
Emilie Jacot-Guillarmod

---

### DIRITTI IMMATERIALI

Davos - recours en matière pénale  
Nicolas Guyot

Quantex / Quantum CapitalPartners  
Olivier Veluz

FM1 (fig.) / 1.FM  
Nicolas Guyot

---

### DIRITTO AMMINISTRATIVO

Kantonale Volksinitiative "Keine Steuergelder für die Berner Reithalle" / Verletzung der Gemeindeautonomie  
Fabian Klaber

---

### DIRITTO DEGLI STRANIERI

L'appréciation des relations économiques étroites et du comportement irréprochable lors de l'examen du droit à séjourner en Suisse (art. 8 CEDH)  
Camilla Jacquemoud

---

### DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI SOCIALI

Invalidenleistungen aus der beruflichen Vorsorge; Unterbrechung des zeitlichen Konnexes  
Roland Bachmann

---

### DIRITTO DI FAMIGLIA E DIRITTO DELLE PERSONE

---

Être « ami » sur Facebook, un motif de récusation?  
Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui

Les mesures de protection de la personnalité à l'encontre d'un « stalker » (art. 28b CC)  
Marie-Hélène Peter-Spiess

## DIRITTO IN MATERIA DI CIRCOLAZIONE STRADALE

Policier condamné pour violation grave des règles de la circulation pour avoir causé un accident alors qu'il conduisait à l'aveugle avec feux bleus et sans sirène !  
Sébastien Fanti

## DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

Swiss Supreme Court requalifies procedural order as interim award subject to immediate challenge

Christopher Boog / Simon Demaurex

Swiss Supreme Court confirms unenforceable prior foreign judgment cannot invalidate arbitral award

Nathalie Voser / Nadja Al Kanawati

Swiss Supreme Court confirms jurisdiction to decide retention claims

Nathalie Voser / Nadia Walker

Challenge against CAS award for violation of right to be heard partially upheld (Swiss Supreme Court)

Philippe Bärtsch / Luka Groselj

Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung von Retentionsforderungen

Michael Feit

## DIRITTO PENALE

L'expulsion obligatoire en cas de tentative (art. 66a CP)

Julien Francey

## DIRITTO PROCESSUALE PENALE

L'exploitabilité des pièces après l'échec d'une procédure simplifiée (art. 364 cum 141 CPP)

Célian Hirsch

L'augmentation du montant du jour-amende en procédure de recours

Julien Francey

## DIRITTO SUCCESSORIO

La représentation de l'hoirie en cas d'urgence

Marie-Hélène Peter-Spiess

## DROIT DE LA CONSTRUCTION ET DE L'IMMOBILIER

Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über die Zweitwohnungen

Fabian Klaber

Le CJN rassemble des commentaires de jurisprudence rédigés par plus de 100 spécialistes, issus d'une trentaine de domaines juridiques. Les commentaires des experts font l'objet d'une évaluation par les pairs qui, réalisée par une rédaction renommée, permet de garantir un niveau de qualité élevé.

Outre les commentaires d'experts, le CJN abrite également des articles de blog. La responsabilité de ces articles incombe aux auteurs et propriétaires des blogs - [Liste des blogs](#)

Le CJN est proposé individuellement et dans le cadre du portail d'informations et de recherches Push-service des arrêts. Les commentaires peuvent être cités par une proposition de citation et des notes marginales.

Statistique :

Abonnés au "Commentaires de jurisprudence numérique (CJN)" : 5951

Informations et **impressum** :

[info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch) | T +41 31 380 57 77

ISSN 1663-9995, Editions Weblaw.

Inscription et changement d'adresse : Login à <https://register.weblaw.ch>. En suivant les onglets «Modifier ses données personnelles» et ensuite «Adresse mail» il est possible de changer son adresse e-mail ou d'annuler l'abonnement à la newsletter du Push-Service des arrêts.

Prière de ne pas répondre à cet e-mail. Si vous désirez prendre contact avec nous, veuillez utiliser les données de contact indiquées.

<https://cjn.weblaw.ch>



Weblaw SA | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Berne  
T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

