



## 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.**

### DROIT ADMINISTRATIF

#### **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

### 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 publié en tant qu'ATF 143 II 588  
Publié le 26 juin 2018

### DROIT DES CONTRATS

## 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 3 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 7 mai 2018 publié en tant qu'[ATF 144 III 327](#)

Publié le 25 juin 2018

---

## DROIT DES ÉTRANGERS

---

### 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

---

4. Weblaw Forum

# LegalTech

Gesamte Aufzeichnung CHF 200.–  
Einzelne Referate CHF 40.–

weblaw.ch/shop/podcasts

www.weblaw.ch

Jetzt als Podcast erhältlich.

## DROIT DES SOCIÉTÉS

### 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 publié en tant qu'[ATF 144 III 100](#)

Publié le 22 juin 2018

## DROIT DES SUCCESSIONS

### 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 publié en tant qu'[ATF 144 III 217](#)

Publié le 18 juin 2018

## DROIT DU TRAVAIL

## 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 publié en tant qu'ATF 144 III 152  
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  
Publié le 28 juin 2018

---

## DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE

---

**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 5 juin 2018



The image shows a promotional banner for 'LeGes'. The top part features the 'LeGes' logo in large, bold, black letters on a blue background with a faint grid pattern. To the right of the logo is an orange circle containing the text 'Abonnez-vous gratuitement.' in white. Below the logo, the text 'LeGes – Législation & Evaluation' is written in bold black letters. Underneath that, a smaller line of text reads: 'Nouveau aux éditions weblaw : L'édition actuelle, comme l'ensemble des archives de LeGes, sont disponibles pour tous gratuitement sous [leges.weblaw.ch/fr](http://leges.weblaw.ch/fr).' At the bottom of the banner, it states: 'LeGes est l'organe de publication de la Société suisse de législation (SSL) et de la Société suisse d'évaluation (SEVAL).'

## DROITS RÉELS

### 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

## PROCÉDURE 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 publié en tant qu'[ATF 144 III 100](#)

Publié le 22 juin 2018

---

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

#### **DROIT ADMINISTRATIF**

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

**Fabian Klaber**

#### **DROIT DE LA CIRCULATION ROUTIÈRE**

**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**

#### **DROIT DE LA CONSTRUCTION ET DE L'IMMOBILIER**

**Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über die Zweitwohnungen**

**Fabian Klaber**

#### **DROIT DE LA FAMILLE ET DROIT DES PERSONNES (EXCEPTÉ LES QUESTIONS RELATIVES AUX ENFANTS)**

**Être « ami » sur Facebook, un motif de récusation?**

**Arnaud Nussbaumer**

**Les mesures de protection de la personnalité à l'encontre d'un « stalker » (art. 28b CC)**

**Marie-Hélène Spiess**



## DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Davos - recours en matière pénale

Nicolas Guyot

Quantex / Quantum CapitalPartners

Olivier Veluz

FM1 (fig.) / 1.FM

Nicolas Guyot

## DROIT DES ASSURANCES SOCIALES

Invalidenleistungen aus der beruflichen Vorsorge; Unterbrechung des zeitlichen Konnexes

Roland Bachmann

## DROIT DES ÉTRANGERS

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

## DROIT DES SUCCESSIONS

La représentation de l'hoirie en cas d'urgence

Marie-Hélène Spiess

## DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET ARBITRAGE

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

## DROIT PÉNAL

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

Julien Francey



## DROITS RÉELS

Le refus d'inscription au registre foncier, une affaire patrimoniale?

Emilie Jacot-Guillarmod

## PROCÉDURE PÉNALE

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



## EDITIONS WEBLAW

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 :

Nombre d'accès au Push-Service des arrêts : 8926

### 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.**

<http://cjn.weblaw.ch>

