

NEWSLETTER 2 / 2012

Zürich, 20. Dezember 2012

Sehr geehrte Damen und Herren, werte Kunden

Ich freue mich, Ihnen den zweiten Newsletter in diesem Jahr präsentieren zu dürfen. Er enthält neben aktuellen Bundesgerichtsentscheiden wie gewohnt Beiträge aus der Anwalts- und Gerichtspraxis sowie zum Schluss eine Prise Humor.

Ich wünsche Ihnen angenehme Lektüre, eine besinnliche Weihnachtszeit und einen erfolgreichen Start ins neue Jahr.

Hanspeter Kümin und Team

Themen dieser Ausgabe (5 Seiten):

S. 2 f.: Aktuell aus dem Bundesgericht, zufolge dessen Medienmitteilungen

- Herausgabe von Retrezessionen bei der Vermögensverwaltung durch eine Bank (**Bankenrecht, Auftragsrecht**)
- Zulässigkeit der Anwalts-AG (**Gesellschaftsrecht, Anwaltsrecht**)

S. 3 f.: Gesellschaftsrecht, Zivilprozessrecht

- Vertretung einer Gesellschaft bei nachträglich mangelhafter Organisation

S. 4: Arbeitsrecht

- Rechtsnatur und Bemessung der Entschädigung bei fristloser Kündigung

S. 5: Humor

- A great lawyer
- The hole truth
- Merry Christmas in Legal Terms
- The capital of Texas

Bundesgericht:

Herausgabe von Retrozessionen bei der Vermögensverwaltung durch eine Bank

Die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Herausgabepflicht für sogenannte Retrozessionen oder Rückvergütungen gelten auch für Banken, die als Vermögensverwalterinnen für einen Kunden tätig sind, wenn sie in diesem Rahmen Anlagefonds oder strukturierte Produkte für den Kunden erwerben und dabei Vertriebsentschädigungen erhalten.

Die betroffene Bank verwaltete einerseits gegen Entgelt das Wertschriftenvermögen des Kunden und vertrieb andererseits Anlagefondsanteile für verschiedene Fondsleitungen. Als Vergütung für den Fondsvertrieb erhielt sie sogenannte Bestandespflegekommissionen, d.h. einen Teil der dem Fondsvermögen belasteten Verwaltungskommission, die periodisch von der Fondsleitung erhoben wird. Mit Urteil vom 13. Januar 2012 entschied das Obergericht des Kantons Zürich, dass die Bank dem Vermögensverwaltungskunden die Bestandespflegekommissionen herausgeben müsse, die sie von Drittanbietern erhalten hatte. Für Vertriebsentschädigungen, die der Bank von mit ihr verbundenen Konzerngesellschaften zugeflossen waren, lehnte das Obergericht einen Ablieferungsanspruch hingegen ab. Sowohl die Bank als auch der Kunde fochten diesen Entscheid beim Bundesgericht an.

Nach Art. 400 Abs. 1 des schweizerischen Obligationenrechts (OR) hat der Beauftragte dem Auftraggeber alle Vermögenswerte herauszugeben, die in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen. Dazu gehören nach der bisherigen Rechtsprechung unter anderem sogenannte Retrozessionen bzw. Rückvergütungen, die dem Vermögensverwalter von Dritten zufließen (vgl. dazu BGE 132 III 460 und 137 III 393). Die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat nun mit Entscheid vom 30. Oktober 2012 klargestellt, dass die Herausgabepflicht auch im Fall einer Bank greift, die als Vermögens-

verwalterin für einen Kunden tätig ist, wenn sie in diesem Rahmen Anlagefonds und strukturierte Produkte für den Kunden erwirbt und vom Produkthanbieter dafür Bestandespflegekommissionen erhält. Das Bundesgericht hat insbesondere festgehalten, dass mit diesen Vergütungen ein Interessenkonflikt verbunden ist: Für die Bank besteht aufgrund der Vergütung ein Anreiz, durch eigene Entscheidung einen Bestand bestimmter Anlageprodukte zu begründen, zu erhalten oder zu erhöhen, auch wenn dies möglicherweise nicht durch die Interessen des Kunden gerechtfertigt ist.

Das Bundesgericht hat im konkreten Fall entschieden, dass die Bank dem Kunden die Bestandespflegekommissionen herausgeben muss, die ihr von konzernfremden Produktanbietern zugeflossen sind. Entsprechend hat es die Beschwerde der Bank, die eine Herausgabepflicht bestritt, abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist. Die Beschwerde des Bankkunden, der eine Herausgabe auch für Bestandespflegekommissionen verlangte, die der Bank von ihren eigenen Konzerngesellschaften entrichtet wurden, hat das Bundesgericht teilweise gutgeheissen. Es hat erwogen, dass die Bestandespflegekommissionen, die der Bank für Anlageprodukte von Konzerngesellschaften zugeflossen sind, angesichts des damit einhergehenden Interessenkonflikts im Hinblick auf die Herausgabepflicht gleich zu behandeln sind wie entsprechende Zahlungen konzernfremder Dritter. Es hat das angefochtene Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Januar 2012, das eine entsprechende Herausgabepflicht zu Unrecht verneinte, deshalb aufgehoben (BGE 4A_127/2012, 4A_141/2012).



Bundesgericht:**Zulässigkeit der Anwalts-AG**

Anwälte dürfen ihren Beruf auch unter dem Dach einer Anwaltskapitalgesellschaft (Anwalts-AG, Anwalts-GmbH) ausüben. Dabei muss die Anwaltstätigkeit organisatorisch so strukturiert sein, dass sie unabhängig erfolgen kann. Entscheidend ist damit die konkrete Organisationsstruktur einer Anwaltskanzlei und nicht deren Rechtsform.

Die Anwälte einer St. Galler Anwaltskanzlei gelangten ans Bundesgericht, weil sie ihre Anwaltstätigkeit künftig als Angestellte einer Anwalts-AG ausüben wollten und sich die kantonalen Vorinstanzen dagegen aussprachen. Das Bundesgericht gab in seinem Entscheid vom 7. September 2012 den Anwälten Recht und entschied erstmals, dass Anwaltskanzleien auch als Kapitalgesellschaften organisiert werden können.

Grundsätzlich sind die Anwälte in der Organisation ihrer Tätigkeiten frei. Einschränkungen dieser in der Verfassung garantierten Freiheit bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Die St. Galler Behörden beriefen sich für ihre Entscheide auf das (eidgenössische) Anwaltsgesetz. Dieses verlangt insbesondere, dass die Anwaltstätigkeit organisatorisch so strukturiert ist, dass sie unabhängig erfolgen kann. Das Bundesgericht hält in seinem Urteil fest, dass sich entgegen der Auffassung der kantonalen Vorinstanzen damit aber die Unzulässigkeit von Anwaltskapitalgesellschaften nicht begründen lässt. Das Erfordernis der Unabhängigkeit will eine Einflussnahme von Nicht-Anwälten auf die anwaltliche Berufsausübung verhindern, schliesst hingegen nicht aus, dass Anwälte bei anderen Anwälten angestellt sind.

Im zu beurteilenden Fall haben die Anwälte der St. Galler Kanzlei auf struktureller Ebene griffige Vorkehren dafür getroffen, dass die Anwalts-AG vollständig durch Anwälte beherrscht wird. Damit ist das Erfordernis der Unabhängigkeit erfüllt: Es ist sichergestellt, dass lediglich Anwälte

auf die Anstellung anderer Anwälte Einfluss nehmen können. Auch die übrigen Bestimmungen des Anwaltsgesetzes stehen einer Anwaltstätigkeit unter dem Dach einer Kapitalgesellschaft nicht entgegen. Nicht zu entscheiden war, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine branchenübergreifende Organisationsform (Multidisciplinary Partnership), an der auch Nicht-Anwälte Gesellschaftsanteile besitzen, mit dem Anwaltsgesetz vereinbar ist (BGE 2C_237/2011).

**Gesellschaftsrecht, Zivilprozessrecht:****Vertretung einer Gesellschaft bei nachträglich mangelhafter Organisation**

Bei einem Mangel in der Organisation der juristischen Person, bspw. bei Fehlen des Verwaltungsrats oder der Revisionsstelle einer Aktiengesellschaft, stellt sich mitunter die Frage nach einer zumindest vorübergehenden Wahrung der Handlungs- und Prozessfähigkeit.

Eine noch vor Eintritt der mangelhaften Organisation bestellte gewillkürte Vertretung (Art. 68 ZPO) bedeutet, dass der bevollmächtigte Beauftragte die Interessen des Unternehmens insbesondere im Prozess im Sinne eines Geschäftsführers ohne Auftrag wahrnimmt, was gemäss Rechtsprechung und Lehre für zulässig erachtet wird, wenn die Gesellschaft vorübergehend nicht ordnungsgemäss bestellt ist (CLAIRE HUEGENIN, BSK-ZGB I, Art. 54-55 N 5). Nach Art. 35 Abs. 1 OR erlischt die Vollmacht, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, u.a. mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers. Mit Blick auf diese Bestimmung stellt sich die Frage, ob die Vollmacht erloschen ist, wenn die AG keinen Verwaltungsrat mehr be-

stellt hat. Dies ist zu verneinen.

Zwar sind juristische Personen erst handlungsfähig, wenn die nach Gesetz und Statuten hierfür unentbehrlichen Organe bestellt sind (Art. 54 ZGB). Indessen tritt trotz aktuellem Fehlen von Organträgern keine Handlungsunfähigkeit ein, wenn frühere Organe einem Dritten eine Vollmacht erteilt haben und diese noch fortbesteht, d.h. weder widerrufen wurde noch aus einem gesetzlichen Grund erloschen ist (HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, N. 10 zu Art. 54/55 ZGB; vgl. auch ROGER ZÄCH, Berner Kommentar, N. 85 zu Art. 35 OR).

Dank des rechtsgeschäftlich bestellten Vertreters hat die juristische Person zumindest für eine beschränkte Zeit trotz dem Fehlen von Organträgern weiterhin die Möglichkeit, am Rechtsverkehr teilzunehmen und durch ihre Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen. Bei einer solchen Situation die Handlungsfähigkeit zu verneinen und damit die Vollmacht zum Erlöschen zu bringen, wäre ein Zirkelschluss. Die Vollmacht ist als Ermächtigung, Rechtshandlungen im Namen des Vollmachtgebers und mit direkter Wirkung für ihn vorzunehmen, auf die Abgabe oder Entgegennahme von Willenserklärungen ausgerichtet (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1998, Rz. 1311). Nach dem Wortlaut der Vollmacht ist der bestellte Anwalt nicht nur ermächtigt, vor allen Behörden und Gerichten zu handeln, sondern auch befugt, alles zu tun oder zu unterlassen, was er zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers für notwendig oder angemessen erachtet (BGer 4P.325/2001 vom 21.11.2002).

Anstelle eines Vertreters bzw. Geschäftsführers ohne Auftrag kommen als Massnahmen bei mangelhafter Gesellschaftsorganisation sodann die richterliche Ernennung eines Sachwalters oder die Einsetzung eines Beistands via die Vormundschaftsbehörde in Frage, um derart die Handlungs- und Prozessfähigkeit der Gesellschaft vorübergehend zu wahren (STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 67 N 21).



Arbeitsrecht:

Rechtsnatur und Bemessung der Entschädigung bei fristloser Kündigung

Im Verfahren vor Arbeitsgericht stellt sich mitunter die Frage, wie die Entschädigung bei fristloser Kündigung in Art und Umfang einzuordnen ist.

Im Arbeitsprozess muss nach der Gerichtspraxis grundsätzlich der Bruttolohn eingeklagt werden (MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, N. 13 zu Art. 343 OR), sofern wie üblich die Bezahlung des Bruttolohns vereinbart wurde (d.h. gesetzliche Aufteilung der Sozialversicherungslast in Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge nach dem Paritätsgrundsatz, Art. 5 und 13 AHVG). Dies ist darauf zurückzuführen, dass nicht der Arbeitsrichter, sondern im Streitfall die Sozialversicherungsbehörden über Höhe und Abführung der Beiträge bestimmen (wobei *in praxi* aus Vollstreckungsgründen mitunter dennoch der *Nettolohn* zugesprochen wird!). Wurde hingegen Nettolohnzahlung abgemacht (Nettolohnvereinbarung mit voller Beitragsübernahme des Arbeitgebers, Art. 7 lit. p AHVV), muss auch der Nettolohn eingeklagt werden (MARTIN ZIEGLER, Entscheide aus der Schwyzer Gerichtspraxis zum Arbeitsrecht, Referat 17.11.2005).

Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR wegen ungerechtfertigter fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist im Vergleich etwa zu einer Lohnforderung nicht sozialversicherungspflichtig und wird daher generell auf dem Bruttolohn zugesprochen. Bei einer ungerechtfertigten

fristlosen und gleichzeitig missbräuchlichen Kündigung kann nur die Entschädigung für die fristlose Kündigung und nicht zusätzlich auch jene für die missbräuchliche Kündigung angeordnet werden, wobei die Missbräuchlichkeit als einer der Umstände bei der Bemessung zu berücksichtigen ist (FRANK EMMEL, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, OR 337c N 4). Bei der in Art. 337c Abs. 3 OR geregelten Entschädigung handelt es sich - ungeachtet des Gesetzeswortlauts - nicht um Schadenersatz sondern um eine Strafzahlung für das durch die unrechtfertigte Entlassung zugefügte Unrecht (BGE 123 V 5).

Bezüglich der Maximalhöhe der Entschädigung ist der Bruttolohn massgebend (ADRIAN STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl. 1996, N. 6 zu Art. 336a OR). Zum Lohn sind nicht nur der Grundlohn, sondern alle geschuldeten Leistungen des Arbeitgebers mit Lohncharakter, wie Provisionen und der 13. Monatslohn zu zählen. In zeitlicher Hinsicht kann mangels einer gesetzlichen Regelung auf den letzten Monatslohn oder den Durchschnitt des Lohnes des letzten Jahres vor Kündigung abgestellt werden (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, N. 2 zu Art. 336a OR). Bei der Bemessung der Entschädigung sind gemäss der Lehre und Rechtsprechung insbesondere die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit der gekündigten Partei, die Enge der vertraglichen Beziehungen sowie die Art und Weise der Kündigung zu berücksichtigen. Ein besonders rücksichtsloses Vorgehen bei der Kündigung kann sich erhöhend, eine Mitverantwortung der gekündigten Partei reduzierend auf die Entschädigung auswirken. Zudem kann die wirtschaftliche Situation der Parteien nach der Kündigung berücksichtigt werden (BGE 4A_571/2008 E. 5.1).

Humor

A great lawyer

What's the difference between a good lawyer and a great lawyer?

A good lawyer knows the law. A great lawyer knows the judge.

The whole truth

'You seem to be in some distress,' said the kindly judge to the witness. 'Is anything the matter?'

'Well, your Honour,' said the witness, 'I swore to tell the truth, the whole truth and nothing but the truth, but every time I try, some lawyer objects.'

Merry Christmas in Legal Terms

Please accept without obligation, express or implied, these best wishes for an environmentally safe, socially responsible, low stress, non addictive, and gender neutral celebration of the winter solstice holiday as practiced within the most enjoyable traditions of the religious persuasion of your choice (but with respect for the religious or secular persuasions and/or traditions of others, or for their choice not to practice religious or secular traditions at all) and further for a fiscally successful, personally fulfilling, and medically uncomplicated onset of the generally accepted calendar year (including, but not limited to, the Christian calendar, but not without due respect for the calendars of choice of other cultures). The preceding wishes are extended without regard to the race, creed, colour, age, physical ability, religious faith, choice of computer platform, or sexual preference of the wishee(s).



© 2012 advokatur kümin, Zürich