

NEWSLETTER 2 / 2013

Zürich, 23. Dezember 2013

Sehr geehrte Damen und Herren, werte Kunden

Wir freuen uns, Ihnen den zweiten 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.

Wir wünschen Ihnen eine angenehme und spannende Lektüre sowie frohe und besinnliche Festtage und einen guten Rutsch ins neue Jahr.

Hanspeter Kümin und Samuel Felix Gang

Themen dieser Ausgabe:

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

- **Lebenslange Verwahrung (*Strafrecht, Massnahmenrecht*)**
- **M-WATCH: Beschwerde der Migros teilweise gutgeheissen (*Immaterialgüterrecht, Markenrecht*)**
- **Schülerinnen von Bürglen dürfen weiterhin mit Kopftuch zur Schule (*Verfassungsrecht, Freiheitsrechte*)**

S. 5 ff.: Aktienrecht, Verantwortlichkeitsrecht

- **Die verantwortlichkeitsrechtliche Aktivlegitimation der Gläubiger und Aktionäre im und ausserhalb des Konkurses**

S. 7 f.: Internationale Rechtshilfe

- **Die bundesgerichtliche Praxis zur an sich unzulässigen Direktzustellung von gerichtlichen Schriftstücken nach dem Haager Zustellungsübereinkommen**

S. 8: Humor

- **Die Scheidung**
- **Gespräch unter Richtern**
- **Juristischer Nachwuchs**

Bundesgericht:

Lebenslange Verwahrung

Das Bundesgericht hiess mit Urteil vom 22. November 2013 (6B_93/2013) die Beschwerde eines vom Obergericht des Kantons Aargau zu lebenslanger Verwahrung Verurteilten gut, da entgegen der obergerichtlichen Auffassung als dauerhaft unbehandelbar nur gelten könne, wer tatsächlich auf Lebzeiten keiner Behandlung zugänglich sei. Der prognostische Ausschluss eines Behandlungserfolgs für einen Zeitraum von rund 20 Jahren genüge demzufolge nicht, um bereits als dauerhaft unbehandelbar zu gelten.

D. H. tötete am 4. März 2009 L. T., die er kurz zuvor kennengelernt hatte. Das Bezirksgericht Baden sprach D. H. am 29. Februar 2012 des Mordes schuldig und verurteilte ihn zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe. Zudem ordnete das Bezirksgericht eine ordentliche Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB an. Auf Berufung unter anderem der Staatsanwaltschaft hin verurteilte das Obergericht des Kantons Aargau D. H. wegen Mordes und Störung des Totenfriedens. Es bestätigte die erstinstanzliche ausgefallte lebenslängliche Freiheitsstrafe, erachtete jedoch im Unterschied zum Bezirksgericht Baden die Voraussetzungen von Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB als gegeben, weshalb es D. H. lebenslänglich verwahrte.

Mit Beschwerde in Strafsachen beantragte D. H., die angeordnete lebenslängliche Verwahrung sei aufzuheben und er in Bestätigung des Bezirksgerichtsentscheids ordentlich zu verwahren.

Das Obergericht des Kantons Aargau sah die Voraussetzungen für eine lebenslängliche Verwahrung insbesondere auch deshalb als erfüllt an, da eine dauerhafte Untherapierbarkeit nicht nur bei lebenslänglicher Untherapierbarkeit sondern schon bei einer Untherapierbarkeit während kürzeren Zeiträumen vorliege. Dies weil die Mehrheit der forensischen Psychiater in der Schweiz der Ansicht seien, dass Prognosen über sehr lange Zeiträume meist nicht mit der notwendigen wissenschaftlichen Begründung abgegeben werden könnten, wenn im Hinblick auf Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB festzustellen sei, der Täter sei dauerhaft nicht therapierbar. Da von keinem Sachverständigen verlangt werden könne, im Widerspruch zu fachlichen und wissenschaftlichen Standards zu handeln, reiche für die Annahme einer dauerhaften Untherapierbarkeit aus, auf einen Zeitraum abzustellen, für den der Sachverständige noch eine eindeutige Prognose abgeben könne.

Die am 8. Februar 2004 von Volk und Ständen angenommene Volksinitiative „Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter“ verfolgte das Ziel, unbehandelbare Gewalt- und Sexualstraftäter lebenslang zu verwahren, ohne dass Überprüfungen und Vollzugslockerungen möglich sind. Das Parlament hat die neue Verfassungsbestimmung (Art. 123a Abs. 1 BV) in Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB umgesetzt. Danach ordnet das Gericht eine lebenslängliche Verwahrung an, wenn der Täter eine der im Katalog abschliessend aufgeführten Anlasstaten begangen hat, er mit dem Verbrechen die physische, psychische oder sexuelle Integrität

einer anderen Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte, bei ihm eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass er erneut eines dieser Verbrechen begeht und er als dauerhaft nicht therapierbar eingestuft wird, weil die Behandlung langfristig keinen Erfolg verspricht.

D. H. hatte eine der Anlasstaten begangen und dabei die physische Integrität seines Opfers besonders schwer beeinträchtigt. Die Wiederholungsgefahr war gutachterlich eindeutig erstellt. Strittig war bloss noch die Auslegung des Erfordernisses der dauerhaften Untherapierbarkeit. Dem Bundesgericht zufolge darf lebenslänglich nur verwahrt werden, wer tatsächlich auf Lebzeiten keiner Behandlung zugänglich ist.



Die lebenslange Verwahrung treffe denjenigen, der ein zeitlich unbeschränktes Risiko für die Gesellschaft darstelle. Eine begrenzte Dauer ergebe sich weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus dessen Entstehungsgeschichte. Auch der Abstimmungskampf zur Volksinitiative liefere keine gegenteiligen Anhaltspunkte. Im Falle von D.H. waren die beiden psychiatrischen Gutachter nicht

in der Lage festzustellen, der Beschuldigte sei auf Lebenszeit unbehandelbar. Bei dieser Sachlage sah das Bundesgericht die Voraussetzungen der lebenslangen Verwahrung als nicht erfüllt an.

Bundesgericht:

M-WATCH: Beschwerde der Migros teilweise gutgeheissen.

Mit Entscheidung vom 25. Februar 2013 wies das Handelsgericht Zürich eine vom Migros-Genossenschafts-Bund gegen Mondaine Watch Ltd. erhobene Klage ab. Gleichzeitig verbot es der Migros, die Bezeichnung "M WATCH" in der Schweiz zu verwenden. Dieses Urteil hob das Bundesgericht mit Urteil vom 30. September 2013 (4A_128/2013) auf und erklärte eine von Mondaine eingetragene Marke für nichtig. Im Übrigen wies es die Sache an das Handelsgericht zurück.

Die Migros und Mondaine arbeitete seit dem Jahre 1975 zusammen, ab 1983 vertrieb die Migros exklusiv Uhren mit der Bezeichnung M-WATCH, die von Mondaine hergestellt wurden. 1985 liess Mondaine die Marke "M-WATCH MONDAINE" und im Jahre 2003 die Wort-/Bildmarke "M○WATCH" im Schweizer Markenregister eintragen. Die Migros hinterlegte ihrerseits im Jahre 2008 die Marken "M-WATCH" und "M WATCH".

Nachdem im Mai 2010 aufgrund von Meinungsverschiedenheiten die Zusammenarbeit beendet wurde, stritten sich die Parteien darüber, wer von ihnen am Kennzeichen "M-WATCH" bzw. "M WATCH" das bessere Recht habe. Die Migros klag-

te beim Handelsgericht Zürich unter anderem auf Löschung der Marken "M-WATCH MONDAINE" und "M○WATCH" im Markenregister und beantragte ferner, es sei Mondaine die Verwendung des Zeichens "M-WATCH" bzw. "M WATCH" für Uhren zu verbieten.

Mit Entscheid vom 25. Februar 2013 wies das Handelsgericht Zürich die Klage der Migros ab, indem es davon ausging, dass die Migros bereits während der gemeinsamen Zusammenarbeit gegen die Markeneintragung und den Gebrauch des Zeichens durch die Mondaine hätte vorgehen müssen. Aufgrund eingetretener Verwirkung könne sie allfällige markenrechtliche Ansprüche nun nicht mehr geltend machen. Das Widerklagebegehren von Mondaine hiess das Handelsgericht hingegen gut und verbot der Migros, in der Schweiz die Bezeichnung "M WATCH" gewerblich zu nutzen.

Hiergegen erhob die Migros Beschwerde an das Bundesgericht, welches mit Entscheid vom 30. September 2013 das angefochtene Urteil in den wesentlichen Punkten aufhob und die von Mondaine eingetragene Marke "M○WATCH" für nichtig erklärte. Im Übrigen wies es die Streitsache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück, da das Handelsgericht Zürich zu Unrecht von einer Verwirkung der markenrechtlichen Ansprüche der Migros ausgegangen war und daher in Verletzung von Bundesrecht insbesondere auf eine Prüfung verzichtet hatte, ob das Zeichen "M-WATCH" entsprechend den Behauptungen der Migros tatsächlich von ihr entwickelt und in die Zusammenarbeit

eingebraucht sowie Mondaine vertraglich zum Gebrauch der Marke ermächtigt worden war.



Bundesgericht:

Schülerinnen von Bürglen dürfen weiterhin mit Kopftuch zur Schule.

Mit Urteil vom 11. Juli 2013 (2C_794/2012) bestätigte das Bundesgericht ein Urteil des Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau und wies damit eine Beschwerde der Volksschulgemeinde Bürglen ab. Das Verwaltungsgericht hatte zutreffend erkannt, dass das gegenüber Schülerinnen gestützte auf die Schulordnung ausgesprochene Verbot des Tragens eines Kopftuchs mit der Religionsfreiheit nicht vereinbar ist.

Das Bundesgericht lässt mit den Entscheid offen, ob die Gemeinde in ihrer Autonomie betroffen ist. Das Verbot des Tragens eines Kopftuches stellt einen Eingriff in die Glaubensfreiheit der Schülerinnen dar. Die Vorinstanz hielt zurecht fest, dass für einen Teil der Musliminnen, die sich zum Islam bekennen, das Tragen eines Kopftuches Ausdruck eine religiösen Bekenntnisses darstellt. Es war somit zu entscheiden, ob die Eingriffsvorausset-

zungen von Art. 36 BV erfüllt sind. Das Bundesgericht hielt fest, dass es vorliegend um einen schweren Eingriff in die Religionsfreiheit gehe, weshalb eine gesetzliche Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn erforderlich wäre. Es ging insbesondere davon aus, dass sich der Eingriff auch nicht aus den Zweckartikeln des Volksschulgesetzes ableiten lasse, weshalb die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage auch nicht durch das Sonderstatusverhältnis der betroffenen Schülerinnen zur Schule herabgesetzt seien. Das Schulreglement erfülle jedoch die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nicht, weshalb das Kopftuchverbot allein aus diesem Grund keinen Bestand haben konnte. Das Bundesgericht liess daher offen, ob für ein solches Verbot ein hinreichendes öffentliches Interesse bestünde und dieses auch verhältnismässig wäre.



Aktienrecht, Verantwortlichkeitsrecht:

Die verantwortlichkeitsrechtliche Aktivlegitimation der Gläubiger und Aktionäre im und ausserhalb des Konkurses

Eine Besonderheit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit liegt darin, dass zur Einklagung des

direkten Schadens der Gesellschaft nicht nur die Geschädigte selbst, sondern auch der Aktionär und in gewissen Situationen der Gläubiger legitimiert sind. Dabei kommt es massgeblich darauf an, ob sich die Gesellschaft im oder ausserhalb des Konkurses befindet.

Zur Klage nach Art. 754 ff. OR berechtigt, d.h. aktivlegitimiert, sind die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gläubiger. Zu unterscheiden sind hier jedoch die Aktivlegitimation von Aktionären und Gläubigern für Schäden der Gesellschaft und für unmittelbare Schäden sowie innerhalb und ausserhalb des Konkurses der Gesellschaft. Geltend gemacht werden kann jeweils nur der direkte Schaden, den die Gesellschaft, der Aktionär oder der Gläubiger unmittelbar in seinem Vermögen erlitten hat, Reflexschäden begründen dagegen keine Schadenersatzpflicht (vgl. BGE 131 III 306, E. 3.1.1). Erleidet ein Aktionär oder Gläubiger einen solchen unmittelbaren Schaden, was insbesondere bei letzteren kaum je der Fall sein dürfte, so kann er diesen direkt gestützt auf Art. 752-754 OR geltend machen (BINDER ANDREAS/VITO ROBERTO, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 756 N 4).

Selbständiges Klagerecht der Aktionäre für den Gesellschaftsschaden ausserhalb des Konkurses

Eine Besonderheit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit liegt nun aber gerade darin, dass zur Einklagung des direkten Schadens der Gesellschaft nicht nur die Geschädigte selbst, sondern auch der Aktionär und in gewissen Situationen der Gläubiger legitimiert sind. Ausserhalb des Konkurses sind

nebst der Gesellschaft jedoch zunächst nur die Aktionäre in Prozessstandschaft berechtigt den Gesellschaftsschaden geltend zu machen (VON DER CRONE HANS CASPAR/CARBONARA ANTONIO/HUZIKER SILVIA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, S. 38). Ein allfälliger Prozessgewinn fällt an die Gesellschaft (BINDER ANDREAS/VITO ROBERTO, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 756 N 5 f.).

Klagerecht von Gläubigern und Aktionären betreffend den Gesellschaftsschaden im Konkurs

Anders verhält es sich im Konkurs. Während ein Gesellschaftsgläubiger ausserhalb des Konkurses in aller Regel höchstens mittelbar geschädigt ist, erleidet er im Falle des Konkurses einen unmittelbaren Schaden, den er geltend zu machen berechtigt ist. Das Bundesgericht geht bezüglich der Rechtsnatur der Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens mit der sogenannten Raschein-Praxis bzw. Biber-Praxis entgegen mancher Auffassung in der Lehre (VON DER CRONE HANS CASPAR/CARBONARA ANTONIO/HUZIKER SILVIA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, S. 38 f.; BINDER ANDREAS/VITO ROBERTO, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 757 N 4 ff.) davon aus (vgl. BGE 117 II 432 E. 1b; BGE 131 III 306), dass im Konkurs der Anspruch der Gesellschaft durch einen betragsmässig deckungsgleichen und hinsichtlich Anspruchsvoraussetzungen identischen (vgl. BGE 122 III 176 E. 7a; BGE 122 III 166 E. 3b) einheitlichen Anspruch der Gläubigersamtheit abgelöst wird. Dies hat zur Folge, dass den verantwortlichen Organen ihre gegenüber der Gesellschaft allenfalls zustehenden Einreden (z.B.

Déchargeerteilung) nicht mehr zur Verfügung stehen. Dem Konkurs nach Art. 171 SchKG gleichgestellt ist der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG (vgl. BGE 122 III 166 E. 3b/aa; BGE 117 II 432 E. 1b).

Geltendmachung im Konkurs

Im Konkurs der Gesellschaft ist die Klagelegitimation des Gläubiger bzw. des Aktionärs zur Geltendmachung seines unmittelbaren Schadens gemäss Biber-Praxis zur Verhinderung eines Wettlaufs zwischen der Konkursverwaltung und dem direkt klagenden Gläubiger oder Aktionär massiv eingeschränkt, sofern auch die Gesellschaft geschädigt ist. In diesem Fall kann der Gläubiger bzw. Aktionär seinen direkten Schaden nur geltend machen, wenn das Verhalten der Organe gegen aktienrechtliche Bestimmungen mit ausschliesslichem Gläubiger- bzw. Aktionärsschutzcharakter verstösst oder in einem anderen widerrechtlichen Verhalten im Sinne von Art. 41 OR gründet (BGE 131 III 306 E. 3.1.2). Die Legitimation zur Geltendmachung des einheitlichen Anspruchs der Gläubigersamtheit im Konkurs kommt zunächst der Konkursverwaltung respektive der Nachlassliquidatorin zu. Sie besitzt ein Vorklage-recht gegenüber Aktionären und Gesellschaftsgläubigern. Erst mit dem Verzicht der Konkursverwaltung respektive Nachlassliquidatorin und des Gläubigerausschusses wird jeder rechtskräftig kollozierte Gesellschaftsgläubiger einzeln zur Klage legitimiert und zwar von Gesetzes wegen, ohne dass er zuerst ein Begehren um Abtretung stellen müsste. Aus Praktikabilitätsgründen und zur Beseitigung von Zweifeln scheint es jedoch ange-

bracht, eine Abtretung im Sinne von Art. 757 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 260 und Art. 325 SchKG zu verlangen. Der einzelne Gläubiger kann den gesamten Schaden einklagen (einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit) oder auch nur den auf ihn entfallenden Teil. Für über seinen Anteil hinausgehende Forderungen handelt er sodann in Prozessstandschaft (BINDER ANDREAS/VITO ROBERTO, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 757 N 9 ff.).

Internationale Rechtshilfe

Die bundesgerichtliche Praxis zur an sich unzulässigen Direktzustellung von gerichtlichen Schriftstücken nach dem Haager Zustellungsübereinkommen

Das Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen (Haager Zustellungsübereinkommen) sieht nebst der rechtshilfeweisen Zustellung von Schriftstücken auch die unmittelbare Übermittlung vor, wogegen die Schweiz jedoch Widerspruch erklärt hat. Nach bundesgerichtlicher Praxis stellt eine mithin völkerrechtlich unzulässige Direktzustellung gerichtlicher Schriftstücke dennoch nur in Ausnahmefällen eine Ordre-public Verletzung dar.

Für die Zustellung gerichtlicher Schriftstücke zwischen der Schweiz und den übrigen Vertragsstaaten des Haager Zustellungsübereinkommens sieht dieses in den Art. 2 ff. in erster Linie eine rechtshilfeweise Übermittlung von gerichtlichen Schriftstücken mittels von den jeweiligen Vertragsstaaten

eingesetzten zentralen Behörden vor.

Widerspruch der Schweiz gegen Direktzustellung

Art. 10 des Haager Zustellungsübereinkommens sieht zwar grundsätzlich auch eine unmittelbare Übersendung von gerichtlichen Schriftstücken an im Ausland befindliche Personen vor, da diese jedoch als hoheitliche Handlung auf fremden Territorium verstanden werden kann (RAUSCHER, Internationales Privatrecht, § 14 N. 1574), setzt sie voraus, dass der Bestimmungsstaat keinen Widerspruch erklärt. Aus Ziff. 5 des Anhangs zum Haager Zustellungsübereinkommen geht unter dem Titel „Vorbehalte und Erklärungen“ jedoch hervor, dass die Schweiz diesbezüglich von ihrem Recht Gebrauch gemacht hat und sich einem solchen „direkten“ Übermittlungsverfahren widersetzt. Eine direkte Zustellung gerichtlicher Schriftstücke an Personen in der Schweiz erweist sich mithin als völkerrechtswidrig.

Völkerrechtswidrigkeit führt nicht zwingend zu einem Ordre-public Verstoss

Trotz der Feststellung, dass die direkte Zustellung gerichtlicher Schriftstücke völkerrechtswidrig ist, sieht das Bundesgericht in einer solchen Zustellung deshalb keine Verletzung des schweizerischen Ordre-public, da das schweizerische Rechtsgefühl nicht in schwerwiegender Weise verletzt werde. Eine entgegen den Vorschriften des Haager Zustellungsübereinkommens erfolgte Zustellung könne schon deshalb nicht per se Ordre-public-widrig sein, da dieser Grundsatz nur für das verfahrenseinleitende Schriftstück gelte, nicht jedoch für die weiteren Zustellungen (Urteil des

Bundesgerichts 5A_633/2007 vom 14. April 2008 E. 3.3). Da dies namentlich auch das Fehlen einer Urteilsbegründung oder gar die Nichtzustellung der Entscheidung an den Beklagten betrifft (BERTI/SCHYDER, Basler Kommentar, N 17 zu Art. 27 IPRG, VOLKEN, IPRG-Kommentar, N 41 ff. zu Art. 27 IPRG), ist diese Rechtsprechung dahingehend problematisch, dass der Beklagte unter Umständen gar keine Kenntnis vom Urteil erlangt und in der Folge die Rechtsmittelfristen verpasst. Da der ausländische Entscheid nach Art. 27 Abs. 3 IPRG in der Sache nicht mehr überprüft werden darf und nach bundesgerichtlicher Praxis auch nicht Ordrepublic-widrig im Sinne von Art. 27 Abs. 1 IPRG ist, kann sich der Beklagte trotz offensichtlicher Völkerrechtswidrigkeit der Zustellung respektive Nichtzustellung und des allfälligen Fehlens eines ordentlichen Rechtsmittels im Ursprungsstaat einer Anerkennung und Vollstreckung des Entscheids in der Schweiz nicht erwehren; gegebenenfalls steht ihm dann nur noch eine allfällige Revision des Urteils im Ursprungsstaat zur Verfügung.

Humor

Die Scheidung

Vreni will sich scheiden lassen. Der Anwalt fragt: "Trinkt ihr Mann?" - "Nein." "Schlägt er Sie?" - "Nein." - "Und wie steht es mit ehelicher Treue?" - "Damit kriegen wir ihn! Zwei unserer Kinder sind *nicht von ihm!*"

Gespräch unter Richtern

Der junge Richter schildert dem Richter a.D. seinen neuen Fall: „Ein Mann brennt seit Jahren illegal Schnaps. Wie viel soll ich dem nur geben?“, stöhnt der junge Richter. Antwortet der Richter a.D. blitzschnell: „Also, ich hab ihm immer 3 Franken pro Liter gegeben...“

Juristischer Nachwuchs

Zwei Mütter unterhalten sich über ihre jugendlichen Sprösslinge: "Was will Ihr Sohn denn später einmal werden?", "Rechtsanwalt. Er streitet gerne, mischt sich ständig in anderer Leute Angelegenheiten und weiss immer alles besser. Da habe ich ihm geraten, er solle sich das bezahlen lassen."

