

# KINDERBELANGE BEI TRENNUNG DER ELTERN



**Dr. Gesine Wirth-Schuhmacher, Rechtsanwältin**



## I. KINDERBELANGE ALLGEMEIN

Trennen sich Eltern, sind auch die Kinder betroffen. Die neue Situation, welche sich mit dem Auszug eines Elternteiles für ein Kind präsentiert, erfordert eine Regelung der Besuchskontakte zum ausgezogenen Elternteil, um einer Entfremdung vorzubeugen. Zu thematisieren ist des Weiteren, wie der Kontakt zum ausgezogenen Elternteil ausgestaltet werden soll und in welcher Höhe Unterhalt zu bezahlen ist.

Sollten sich die Eltern bezüglich der Kinderbelange nicht einig werden, obliegt es ihnen, die strittigen Punkte gemeinsam mit den gesamten bei der Trennung zu regelnden Nebenfolgen durch das Gericht regeln zu lassen. Sowohl in einem sogenannten Eheschutzverfahren als auch später bei einer Scheidung steht das Kindeswohl hierbei an vorderster Stelle, was von den Gerichten von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Stellt sich die Frage der Obhut bzw. des Sorgerechts isoliert, d.h. ohne die Frage, ob zugleich auch die Folgen einer Trennung zwischen den Eltern selbst zu regeln sind, ist neu die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) zuständig, welche die Vormundschaftsbehörde (weitestgehend) abgelöst hat.

Die Behörden, namentlich das Gericht und die KESB, sind befugt, zum Schutz des Kindes einschneidende Massnahmen, wie den Entzug des Kindes durch Fremdplatzierung anzuordnen, sofern das Kindeswohl dies erfordert. Um die Rechte des Kindes zu wahren, können auch weitaus weniger drastische Massnahmen angeordnet werden, wie beispielsweise die Bestellung eines Beistandes, welcher die Eltern in ihrer Sorge um das Kind unterstützt.

In schwierigen Fällen kann der Bedarf nach sogenannten Kinderanwälten bestehen, deren Aufgabe es ist,

das Bedürfnis des Kindes in ein anhängiges Verfahren mit einzubringen und das rechtliche Gehör des Kindes sicherzustellen.

## II. KINDERBELANGE IM INTERNATIONALEN KONTEXT

Handelt es sich um Ehegatten unterschiedlicher Nationalität, folgen auch die Rechte der Kinder dem Internationalen Recht, welches einschlägig ist. Fehlen vorrangige Abkommen, ist das sogenannte Internationale Privatrecht (IPRG) einschlägig, welches immer dann anwendbar ist, wenn ein Sachverhalt einen wesentlichen Auslandsbezug aufweist. Dieser Auslandsbezug ist immer dann gegeben, wenn einer der Eltern seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat oder aber über eine andere Staatsangehörigkeit verfügt. Ist ein Bezug zum Ausland gegeben, sieht Art. 66 IPRG vor, dass für Klagen auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses die Schweizer Gerichte am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes oder am Wohnsitz der Mutter oder des Vaters zuständig sind.

Zu berücksichtigen ist, dass das Minderjährigenschutzübereinkommen (MSA) und das Kinderschutzübereinkommen (HKsÜ) dem IPRG vorgehen, weshalb je nachdem, ob das entsprechende Abkommen in dem betroffenen Vertragsstaat ratifiziert wurde, dieses vorrangig zu prüfen ist.

Das MSA wie auch das HKsÜ ermöglichen Schutzmassnahmen zu Gunsten des Kindes wie die Anordnung bzw. Übertragung der Obhut und elterlichen Sorge auf einen der Elternteile. Die in den Abkommen geregelten Schutzmassnahmen gehen über die in Art. 307 ff ZGB geregelten hinaus, kann eine Massnahme nach MSA oder HKsÜ doch auch ohne eine Kindeswohlsgefährdung angeordnet werden. Zu berücksichtigen ist, dass weder das MSA noch das HKsÜ auf Unterhaltsfragen anwendbar sind.

Die beiden Abkommen dienen der erleichterten Durchsetzung von Massnahmen zum Kindeswohl, weshalb die in einem Konventionsstaat angeordneten Schutzmassnahmen in jedem anderen Konventionsstaat ohne spezielles Verfahren anerkannt werden. Folglich ist eine im Ausland getroffene Massnahme auch in der Schweiz bindend und kann dort – sollte diese nicht abgeändert oder aufgehoben worden sein – zwangsvollstreckungsrechtlich umgesetzt werden.

Im Unterschied zum MSA stützt sich das HKsÜ bei der Frage der Zuständigkeit massgeblich auf den Aufenthaltsort des Kindes (Art. 5 Abs. 1 HKsÜ), wobei Abweichungen vom Grundsatz des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Kindes bei Ehescheidungs- und Trennungsverfahren vorgesehen sind. Dies ergibt sich aus Art. 10 HKsÜ, der eine Zuständigkeit von Gerichten am Scheidungsort unabhängig vom Aufenthalt des Kindes festhält. Dies gilt nicht für Eheschutzverfahren, für die Art. 10 HKsÜ keine Anwendung findet.

Zieht ein Kind während eines laufenden Prozesses ins Ausland, so fällt die Zuständigkeit der ursprünglich angerufenen Behörden/Gerichte dahin. Mit dem Umzug ins Ausland sind dann die Behörden vor Ort zuständig, welche jeweils ihr eigenes Recht anwenden (Art. 2 MSA / Art. 15 HKsÜ).

1. Mai 2014 / Dr. Gesine Wirth-Schuhmacher

---

## DAS KMUNTERNEHMEN – RECHTLICHE ASPEKTE VON DER GRÜNDUNG BIS ZUR NACHFOLGE

Herausgeber: Geissmann Rechtsanwälte

Autoren: lic. iur. et oec. HSG Fabian Petrus, dipl. Steuerexperte, Dr. iur. Michael Reinle, Rechtsanwalt

Dieses Buch wendet sich an Unternehmen sowie Unternehmerinnen und Unternehmer – nicht an Spezialisten, insbesondere nicht an Juristen. Dieses Buch soll in einem komplizierten und komplexen rechtlichen Umfeld eine Orientierungshilfe sein. Es soll aufzeigen, wo sich Probleme stellen, wo Gefahren lauern und wo schlussendlich der Spezialist zugezogen werden soll. Dieses Buch soll darüber hinaus der Unternehmerin und dem Unternehmer helfen, dem Spezialisten die richtigen Fragen zu stellen, damit ein fruchtbarer Dialog zwecks optimaler Problemlösung geführt werden kann. Sie können das Buch über den unten aufgeführten Link **kostenlos** beziehen. Bitte geben Sie hierzu Ihre Adresse vollständig ein.

Bestellungen bitte an [mail\(at\)geissmannlegal.ch](mailto:mail(at)geissmannlegal.ch)

---

# KRITISCHE (RECHTLICHE) AUSEINANDERSETZUNG MIT DEN MOTIONEN VON FRAU NR BADRAN BETREFFEND Lex Koller

**Dr. iur. Hanspeter Geissmann, Rechtsanwalt**



Am 27. September 2013 hat Frau NR Badran zwei Motionen eingereicht, mit welchen der Bundesrat beauftragt wird, dem Parlament eine Änderung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG, „Lex Koller“) vorzulegen.

Zum Artikel

4. April 2014

---

## ABÄNDERUNG DES KINDESUNTERHALTS

lic. iur. Judith Rhein, Rechtsanwältin, und Gabriel Hüni, MLaw



*Der Kindesunterhalt wird jeweils in einem Urteil oder einem Unterhaltsvertrag für die Zukunft festgelegt. Dabei stellt die Bemessung des Kindesunterhalts auf die Umstände ab, welche zum Zeitpunkt der Festlegung bestehen oder für die Zukunft vorhergesehen werden. Nun entspricht es der Lebenswirklichkeit, dass solche Umstände sich verändern können. Erfüllen diese Veränderungen die folgend dargelegten Kriterien, ist eine Anpassung der Unterhaltsbeiträge gerechtfertigt und mit der*

Abänderungsklage (Art. 286 ZGB) durchsetzbar.

## I. VORAUSSETZUNGEN DER ABÄNDERUNGSKLAGE

Die Abänderungsklage (Art. 286 ZGB) setzt stets voraus, dass das Kindesverhältnis feststeht und bereits ein Unterhaltsbeitrag festgelegt wurde. Dies kann entweder über ein Gerichtsurteil (oftmals das Scheidungsurteil) oder durch einen Unterhaltsvertrag geschehen. Die Voraussetzungen an die Veränderung sind jeweils dieselben, in anderen Belangen (z.B. Zuständigkeit, Kosten) bestehen teilweise Unterschiede.

Um eine Abänderung der Kindesunterhaltsbeiträge zu rechtfertigen, müssen sich die *wirtschaftlichen* Verhältnisse massgeblich verändern. Davon abzugrenzen sind somit Veränderungen in den *persönlichen* Verhältnissen. Ein Zerwürfnis zwischen dem unterhaltspflichtigen Elternteil und unmündigem Kind begründet in der Regel keinen Anspruch auf Anpassung der Beiträge. Eine Ausnahme kann vorliegen, wenn sich dadurch die wirtschaftlichen Verhältnisse ändern – wenn z.B. der unterhaltspflichtige Elternteil einen erheblich geringeren Unterhalt bezahlte, da er zugleich zu grossem Teil das Kind direkt bei sich versorgte, dies aber nun nach dem Zerwürfnis dauerhaft nicht mehr der Fall ist.

Nicht jede kleinere Veränderung reicht, um eine Anpassung verlangen zu können. Urteile und Unterhaltsverträge sollen grundsätzlich Bestand haben, zudem soll – auch dem Kind zuliebe – nicht wegen kleineren Veränderungen stets prozessiert werden. Nach gefestigter Rechtsprechung muss die Veränderung daher *erheblich*, auf *Dauer* angelegt und *nicht vorhersehbar* sein. Dies sind die zentralen Kriterien, welche selbstredend noch präzisiert werden müssen.

Wann eine Veränderung *erheblich* ist, beurteilt der Richter nach eigenem Ermessen. In der Regel wird dabei die Höhe der Veränderung an der Höhe des Unterhaltsbeitrages gemessen. Eine Veränderung kann daher bei einem kleinen Unterhaltsbeitrag erheblich sein, hingegen bei einem grossen Unterhaltsbeitrag nicht. Zudem wird die Veränderung in Relation gesetzt zu den gesamten wirtschaftlichen Verhältnissen. Das heisst, dass bei knappen Verhältnissen bereits kleinere Veränderungen ausreichen, bei guten Verhältnissen braucht es dagegen mehr. Vielerorts werden Prozentzahlen genannt, um welche die neuen wirtschaftlichen Verhältnisse von denjenigen zum Zeitpunkt des Urteils abweichen müssen, um als erheblich zu gelten. Diese Zahlen sind indes mit Vorsicht zu geniessen. Sie können durchaus als Richtgrösse dienen, beweisen alleine für sich jedoch noch nichts. Wo z.B. bei guten wirtschaftlichen Verhältnisse eine Veränderung von 20 % vorausgesetzt werden könnte, kann bei knappen Verhältnisse eine Veränderung von 5 % genügen.

Erst wenn eine Veränderung *von Dauer* ist, vermag sie eine dauerhafte Anpassung der Unterhaltsbeiträge zu rechtfertigen. Anders betrachtet heisst dies aber auch, dass kürzere Schwankungen zu Lasten (oder zu Gunsten) des Unterhaltspflichtigen gehen. Auch hier entscheidet das Gericht nach eigenem Ermessen. Hilfreich dabei ist ein Bundesgerichtsentscheid, in welchem eine Arbeitslosigkeit von mehr als vier Monaten als dauerhaft bezeichnet wurde. Diese Frist wurde teilweise auch für andere Fälle als Faustregel herangezogen. Auch hier gilt die Frist jedoch nicht als starre Grösse, sondern es sind jeweils die Umstände des Einzelfalles (insbes. Vermögen und Einkommen) zu berücksichtigen.

Der festgelegte Unterhaltsbeitrag stellt sowohl auf die damaligen Verhältnisse als auch auf die allfällig berücksichtigten zukünftigen Verhältnisse ab. Wurde eine Veränderung also bereits zum Zeitpunkt des Urteils *vorhergesehen* und berücksichtigt, rechtfertigt diese bei ihrem Eintreffen keine Anpassung des Unterhaltsbeitrages. Nun ist es in der Praxis teilweise problematisch, im Nachhinein festzustellen, ob eine bestimmte Veränderung effektiv berücksichtigt wurde. Es gilt dabei die Vermutung, dass vorhersehbare Veränderungen berücksichtigt wurden, wodurch die klagende Partei den Beweis erbringen muss, dass eine Tatsache effektiv unberücksichtigt blieb. Oftmals wird z.B. die Teuerung bereits im Urteil bzw. im Unterhaltsvertrag mit einer Teuerungsklausel berücksichtigt – oder auch explizit auf eine Anpassung an diese Veränderung verzichtet.

## II. FALLGRUPPEN

### I. Veränderungen beim Kind

In der Regel steigt der Bedarf des Kindes mit zunehmendem Alter. Gerade dieser steigende Bedarf stellt jedoch keinen Abänderungsgrund dar. Erzielt das Kind ein Einkommen, ist dies angemessen zu berücksichtigen. Der Lehrlingslohn ist jedoch nicht ganz, sondern lediglich teilweise dem Einkommen des Elternteils anzurechnen, wobei die Urteile stark variieren zwischen 30 – 80 %. Beim Kindesvermögen gilt der etwas altmodisch formulierte Grundsatz „Kindesgut ist eisern Gut“. Es darf höchstens mit Zustimmung der Kindeschutzbehörde angetastet werden und wird bei der Unterhaltsbemessung *nicht* berücksichtigt.

### II. Veränderungen beim Unterhaltsschuldner

Eine wirtschaftliche Veränderung kann darin liegen, dass der Unterhaltsschuldner mehr oder weniger verdient. Verdient er – erheblich, dauerhaft und unvorhersehbar – mehr, ist dies zu berücksichtigen, wenn der effektive Bedarf des Kindes noch nicht gedeckt ist. Darüber hinaus hingegen kann nur noch eine massive Steigerung des Einkommens eine Abänderung bewirken. Verdient der Unterhaltsschuldner erheblich weniger, empfindet er oftmals eine Senkung des Unterhaltsbeitrages als gerechtfertigt. Dabei ist jedoch danach zu fragen, ob er die Einkommensminderung *selbst zu verschulden* hat. Hat der Schuldner zum Beispiel die Arbeitsstelle selbst gekündigt, um sich selbständig zu machen, eine Weiterbildung zu beginnen oder ins Ausland zu ziehen; hat er sein Pensum freiwillig reduziert oder sich frühzeitig pensionieren lassen, so gehen diese Einbußen zu seinen Lasten und er kann keine Reduktion verlangen. Es wird dem Schuldner ein hypothetisches Einkommen angerechnet, d.h. er bezahlt Unterhaltsbeiträge gestützt auf das Einkommen, welches er bei vollem Einsatz seiner Arbeitskraft auf dem Markt erzielen könnte. Dabei kann es vorkommen, dass eine verschuldete Einkommenseinbuße zwar verschuldet, aber zugleich auch irreversibel ist. In diesen Fällen kann trotz dem Verschulden ein höheres hypothetisches Einkommen unzumutbar und eine Senkung des Unterhalts gerechtfertigt sein.

Hat sich hingegen sein Einkommen *unverschuldeter* erheblich, dauerhaft und unvorhergesehen reduziert, so hat er Anspruch auf eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge. Natürlich keine Reduktion verlangen kann der Schuldner hingegen auch bei unverschuldeten Einkommenseinbußen, wenn ihm bereits ein hypothetisches Einkommen angerechnet wurde und er neuerdings noch weniger verdient.

Eine häufige Veränderung bei dem Unterhaltsschuldner ist, dass zusätzliche Kinder bzw. zusätzliche Unterhaltspflichten hinzu kommen. Hier gilt der Grundsatz der Gleichberechtigung aller Kinder. Diese wird dadurch erreicht, dass das Einkommen, welches das betriebsrechtliche Existenzminimum des Schuldners übersteigt, gleichmässig auf sämtliche Kinder verteilt wird, bis deren Bedarf gedeckt ist. Ist der Schuldner mittlerweile wieder verheiratet, gelten zwei Besonderheiten: Erstens muss dem Schuldner bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge wie üblich das Existenzminimum belassen werden. Es gilt jedoch nicht das gemeinsame Existenzminimum mit der Ehefrau, sondern ein isoliertes, nur auf den Schuldner bezogenes Existenzminimum. Zweitens ist ein Ehegatte im Rahmen der elterlichen Unterstützungspflicht angehalten, für die eigenen Kinder mehr zu bezahlen, wenn das Geld des andern Ehegatten sonst nicht für alle seine Unterhaltsverpflichtungen ausreicht.

### **III. Veränderungen beim obhutsinhabenden Elternteil**

Ein Unterhaltsschuldner, welcher unter der finanziellen Belastung leidet, führt oftmals das Argument ins Feld, der anderen Partei gehe es doch wirtschaftlich viel besser als ihm oder ihr. Gerade wenn es bei der Partei, welche für das Kind sorgt, wirtschaftlich bergauf geht, juckt dies in der Regel das Gerechtigkeitsempfinden der Unterhaltsschuldner.

Aus rechtlicher Sicht ist hier jedoch Vorsicht geboten: Während der Schuldner in angespannten Zeiten den Schutz seines Existenzminimums genießt, kommt in guten Zeiten der wirtschaftliche Aufschwung des Unterhaltsberechtigten dem Kind zu Gute. Erst wenn das Verhältnis stossend ist, kann eine Reduktion geltend gemacht werden. Konkret muss dafür der Unterhaltsschuldner auf den minimalsten Existenzbedarf reduziert sein, während auf Seiten der Berechtigten wirtschaftlich gute bis sehr gute Verhältnisse herrschen. In der Regel kann daher bei wirtschaftlichem Aufschwung der obhutsinhabenden Person keine Anpassung

verlangt werden.

### **VIII. FAZIT**

Die Abänderungsklage nach Art. 286 ZGB ist erfolgsversprechend, wenn sich die massgebenden wirtschaftlichen Verhältnisse erheblich, dauerhaft und unvorhergesehen bzw. unberücksichtigt verändert haben. Nicht möglich ist hingegen die generelle Anfechtung eines als ungerecht empfundenen Unterhaltsentscheides. Zu berücksichtigen bleibt, dass die Unterhaltsregelung neben der Abänderungsklage auch einvernehmlich im Rahmen einer Vereinbarung angepasst werden kann. Auch solche Vereinbarungen müssen den rechtlichen Anforderungen entsprechen und sind durch das Gericht oder die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu genehmigen. – In beiden Fällen ist der Beizug einer Anwältin / eines Anwaltes zu empfehlen.

---

# DIE MARKENPARODIE



**Dr. Hanspeter Geissmann, Rechtsanwalt, und Gabriel Hüni, MLaw**



*Wird eine fremde Marke im Rahmen einer Parodie verwendet, ist dies durch die verfassungsmässige Kunst- und Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt und stellt keine Verletzung des Schutzbereiches der Marke dar – so das Konzept der Markenparodie.*

*Eine eingehende bundesgerichtliche Beurteilung liegt noch nicht vor, was eine genauere Betrachtung dieser Thematik umso interessanter macht.*

## **I. EINLEITUNG**

Der Schutz- und Verbotsanspruch des Markeninhabers muss vom gesellschaftlichen Interesse an freier Kommunikation, insbesondere auch an Humor und Satire, abgegrenzt werden. Mit anderen Worten ist es nicht der Sinn des Markenrechts, den gesellschaftlichen Diskurs zu unterbinden. Dieses Spannungsfeld zwischen privatem Schutzinteresse und öffentlichem Interesse an Humor und Satire zeigt sich deutlich im Umkreis von kulturellen Darbietungen. Kann eine Theatergesellschaft ein Stück mit dem Titel „Superman“ aufführen und dabei auf dem Plakat den geschützten Schriftzug und das Logo mit dem Zeichen „S“ verwenden? Unter welchen Umständen würde eine parodistische Darbietung eine allfällige Marke verletzen?

## **II. RECHTLICHE GRUNDLAGEN DER (MARKEN-)PARODIE**

In Art. 13 des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (MSchG) wird dem Inhaber einer Marke das Recht zugesprochen, die eingetragene Marke als einziger für die Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen zu verwenden und darüber zu verfügen. Das heisst insbesondere, dass er andern den Gebrauch der Marke verbieten kann. In der Bundesverfassung ist dieses Recht (wie alle Immaterialgüterrechte) geschützt durch die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV).

Im Gegensatz zum Urheberrecht, wo das Recht auf die Parodie im entsprechenden Bundesgesetz selbst festgehalten ist (Art. 11 Abs. 3 URG), besteht für die Markenparodie im Markenschutzgesetz keine solche Regelung. Grundlage für die Markenparodie ist daher direkt das verfassungsmässige Grundrecht auf Meinungsäusserung und Kunstfreiheit (Art. 16 BV). Da die Bundesgesetze im Sinne der Verfassung auszulegen sind, muss bei der Auslegung des Markenrechts auch die Meinungs- und Kunstfreiheit beachtet werden. Im Gegensatz zu den USA oder Deutschland ist die Markenparodie in der Schweiz jedoch noch nicht vom höchsten Gericht beurteilt worden.

### III. DER KENNZEICHENMÄSSIGE GEBRAUCH

Das Markenrecht verbietet nicht jeden Gebrauch des geschützten Zeichens, sondern nur einen *kennzeichenmässigen* Gebrauch. Mit anderen Worten muss das geschützte Zeichen so verwendet werden, dass eine Drittperson es als Hinweis auf einen Hersteller oder ein Unternehmen auffassen könnte und so die individualisierende Wirkung der Originalmarke durch die entstehende *Verwechslungsgefahr* beeinträchtigt wird. Wird z.B. das als Bildmarke eingetragene Logo von Superman in einem Zeitungsartikel über denselben abgebildet, ist dies – so kritisch der Artikel auch sein mag – keine Verletzung des Markenrechts, da eine durchschnittliche Person aus dem Zeichen kaum den Schluss ziehen würde, die Zeitung selbst stamme vom Inhaber dieser Marke (nämlich DC Comics mit Sitz in New York). Wird hingegen dasselbe Logo auf der Verpackung eines Spielzeugs angebracht, liegt in der Regel ein kennzeichenmässiger Gebrauch vor.

Markenparodien können an verschiedenen Stellen platziert werden. Wird das fremde Kennzeichen direkt in der Bezeichnung des eigenen Produkts oder der eigenen Dienstleistung parodiert, liegt in der Regel ein kennzeichenmässiger Gebrauch vor. Werden z.B. Hundeaccessoires unter dem Namen „Chewy Vuitton“ vertrieben, ist diese Parodie auf die Marke „Luis Vuitton“ als Produktname natürlich kennzeichenmässig. Offener sind Fälle, in welchen die Markenparodie direkt in die Ware oder die Dienstleistung integriert wird. Der einleitenden Fragestellung folgend ist davon auszugehen, dass wohl kein Zuschauer auf die Idee käme, eine Theaterproduktion stamme vom Markeninhaber DC Comics, nur weil eine als Superman verkleidete Person mit dem bekannten „S“ auf der Brust die Bühne betritt. Wird das Zeichen hingegen auf dem Plakat der Vorstellung abgebildet, liegt wiederum tendenziell ein kennzeichenmässiger Gebrauch vor. Der kennzeichenmässige Gebrauch muss daher jeweils im Einzelfall geprüft werden.

In der Regel ist es der Zweck einer Parodie, als solche erkannt und verstanden zu werden. Folglich besteht oftmals keine Verwechslungsgefahr mit der fremden Marke, und die Parodie ist mangels kennzeichenmässigen Gebrauchs zulässig. Als wortwörtliches Paradebeispiel sind hier die humoristischen Markenabbildungen auf den Basler Fasnachtslaternen zu nennen. Auch bei der Theaterproduktion „Superman“ mit dem geschützten „S“ auf dem Plakat würde es von der Gestaltung im Einzelfall abhängen, ob die Parodie als solche erkennbar und somit zulässig wäre. Vorsicht ist hingegen z.B. bei „bootlegging“ geboten, wo eine Marke speziell so parodiert wird, dass der Unterschied kaum erkennbar ist (z.B. Nestle-Nestlos, Diesel-Esel; Hermès-Homies).

Der kennzeichenmässige Gebrauch der Marke ist zudem nur für diejenigen Waren und Dienstleistungen geschützt, für die die Marke eingetragen ist. Eine Ausnahme bilden berühmte Marken: deren Schutz geht über die eingetragenen Waren und Dienstleistungen hinaus. Gerade bei Parodien ist dies relevant, da einerseits berühmte Marken besonders zu Parodien reizen, und andererseits eine gewisse Bekanntheit der fremden Marke beim Publikum gerade Voraussetzung einer Parodie ist (vgl. unten).

### IV. WAS IST EINE PARODIE?

Soweit die Parodie eine Einschränkung des markenrechtlichen Schutzbereiches rechtfertigen muss, darf sie nicht leichtfertig angenommen werden. Da sie ihre Rechtfertigung aus der Kunst- und Meinungsäusserungsfreiheit bezieht, muss die Parodie dem Publikum eine kritische oder auch unterhaltsame Auseinandersetzung mit der fremden Marke oder deren Hintergrund bieten. Um überhaupt eine humoristische Wirkung entfalten und als Parodie verstanden werden zu können, muss die fremde, parodierte Marke dem Publikum natürlich zumindest ansatzweise bekannt sein. Eine kritische Auseinandersetzung darf auch negative Aussagen beinhalten, wohingegen eine reine Verunglimpfung als Selbstzweck oder ohne Verhältnis zum kulturellen Hintergrund keine Parodie mehr darstellen kann. Ein Plakat zum Theaterstück „Superman“ mit dem geschützten „S“ müsste folglich so gestaltet sein, dass *aus dem Plakat selbst* der humorvolle oder kritische Kontext des geschützten Zeichens erkennbar wäre. Unter dieser Voraussetzung kann das Zeichen bearbeitet oder unverändert übernommen werden. Demgegenüber wäre eine Filmproduktion mit demselben Titel und dem Logo ohne die kritischen Zusätze wohl eine Verletzung der Markenrechte von DC Comics.

Keinen Schutz verdienen Parodien, welche ausschliesslich einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen. Dazu gehören insbesondere Parodien zwecks Vermarktung eines kommerziellen Produkts oder einer Dienstleistung (Werbung, Flyer, Plakate). Wird z.B. das Superman-Logo als Parodie in einer Werbung für eine Fluggesellschaft verwendet, dient die Parodie nur der Anlehnung an eine bekannte Marke und der Vermarktung der eigenen Produkte oder Dienstleistungen. Dies ist nicht durch die Kunst- oder Meinungsäusserungsfreiheit geschützt. Nach der hier vertretenen Auffassung muss jedoch ein gewisser kommerzieller Kontext möglich sein. So soll die Parodie insbesondere auch kostenpflichtigen kulturellen Darbietungen wie z.B. dem Theater offen stehen. Auch hier soll die Markenparodie möglich sein, solange der parodistische Kontext erkennbar ist und die wirtschaftlichen Interessen nicht der Hauptzweck der Darbietung sind.

## V. FAZIT

In einem ersten Schritt ist im Einzelfall zu prüfen, ob überhaupt ein kennzeichenmässiger Gebrauch der Parodie vorliegt. Dies ist bereits bei vielen Parodien nicht der Fall, insbesondere wenn der parodistische Bezug zur Marke erkennbar ist. In einem zweiten Schritt ist nach der hier vertretenen Auffassung abzuklären, ob ein kennzeichenmässiger Gebrauch der fremden Marke im konkreten Kontext eine überwiegend kulturelle Grundlage hat, d.h. ob eine kritische oder unterhaltsame Auseinandersetzung vorliegt, welche allfällige wirtschaftliche Interessen hinter der Darstellung überwiegt. In der Gesamtabwägung müssen die Interessen aus dem Bereich der Kunst- und Meinungsäusserungsfreiheit das Schutzinteresse der Eigentumsgarantie überwiegen.

Zuletzt ist anzumerken, dass das Markenrecht nicht die einzige Schranke solcher Parodien ist, und sich insbesondere aus dem Persönlichkeitsrecht nach Art. 28 ZGB oder einer unnötigen Herabsetzung oder Verunglimpfung gemäss UWG ungewollte Rechtsfolgen ergeben können.

24. März 2014 / Dr. Hanspeter Geissmann

---

## FRISTBERECHNUNG IM MIETRECHT BEI ANFECHTUNG DER KÜNDIGUNG UND/ODER EINREICHUNG EINES ERSTRECKUNGSBEGEHRENS



**lic. iur. Stephan Hinz, Rechtsanwalt**



*Erhält der Mieter einer Wohnung die Kündigung, so beginnt eine 30-tägige Frist, innert welcher der Mieter an die zuständige Schlichtungsbehörde für Mietsachen gelangen muss, falls er die Kündigung anfechten will oder aber, allenfalls verbunden als Eventualantrag zur Anfechtung der Kündigung, die Erstreckung des Mietverhältnisses beantragen will.*

*Das Bundesgericht hat nun in einem neuen Entscheid den Beginn dieser 30-tägigen Frist für das Erstreckungsbegehren neu definiert.*

## I. EINLEITUNG

Will ein Mieter die erhaltene Kündigung des Mietvertrages anfechten, so muss er gemäss Art. 273 Abs. 1 OR dieses Begehren innert einer Frist von 30 Tagen nach Empfang der Kündigung der Schlichtungsbehörde einreichen. Will der Mieter



eine Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen, so gilt für ein unbefristetes Mietverhältnis die gleiche Frist von 30 Tagen ab Empfang der Kündigung (Art. 273 Abs. lit. a OR). Bei einem befristeten Mietverhältnis muss der Mieter das Erstreckungsbegehren spätestens 60 Tage vor Ablauf der fixen Vertragsdauer einreichen (Art. 273 Abs. 2 lit. b OR). Vorliegend stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt die 30-tägige Frist gemäss Art. 273 Abs. 1 sowie Art. 273 Abs. 2 lit. a OR beginnt.

Art. 273 OR definiert klar, dass der Empfang der Kündigung massgebend für die Fristberechnung ist. Somit stellt das Gesetz für die Bestimmung des Fristbeginns auf die Mitteilung der einseitigen Willenserklärung des Vermieters, d.h. die Mitteilung der Kündigung ab. Doch wann gilt diese Mitteilung als eingegangen?

## II. ABSOLUTE EMPFANGSTHEORIE

Die Kündigung eines Vertragsverhältnisses ist eine Willenserklärung und ist damit grundsätzlich empfangsbedürftig. Dies bedeutet, dass diese Willenserklärung an eine bestimmte Person gerichtet werden muss und erst dann wirksam wird, wenn sie von dieser Person auch empfangen worden ist. Betreffend die Wirksamkeit des Empfangs der Willenserklärung von mittelbaren Erklärungen, d.h. Erklärungen, bei welchen die Abgabe der Erklärung und die Kenntnisnahme derselben zeitlich auseinander fallen, ist grundsätzlich zwischen dem **Zugang** der Erklärung beim Empfänger und der **Kenntnisnahme** der Erklärung beim Empfänger zu unterscheiden. Grundsätzlich massgeblich für die Wirksamkeit der Willenserklärung ist lediglich der Zugang. Dabei wird gemäss Rechtsprechung auf den Zeitpunkt abgestellt, in welchem die Willenserklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt.

Dabei ist unerheblich, ob der Empfänger tatsächlich Kenntnis von dieser Erklärung nimmt. Entscheidend für das Wirksamwerden ist, ob der Empfänger grundsätzlich in der Lage wäre, von der Willenserklärung Kenntnis zu nehmen. Dieses von der Rechtsprechung entwickelte Konzept wird absolute bzw. uneingeschränkte Empfangstheorie genannt bzw. zuweilen auch als Zugangsprinzip bezeichnet.

Der Absender, vorliegend der Vermieter, ist verantwortlich und beweispflichtig, dass seine Willenserklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist. Demzufolge drängt es sich auf, entsprechende Willenserklärungen eingeschrieben zu versenden. In dem Augenblick, in dem die Willenserklärung den Machtbereich des Empfängers erreicht, trägt der Empfänger das Risiko, von der Erklärung verspätet oder überhaupt keine Kenntnis zu erlangen.

Somit kann es sein, dass der Empfänger einer Erklärung diese verzögert oder gar nicht wahrnimmt. Dabei fordert die Rechtsprechung aber, dass unter den gegebenen Umständen damit gerechnet werden darf, dass der Empfänger die Willenserklärung auch zur Kenntnis nehmen **kann**. Beispielsweise bedeutet dies, dass eine mit normaler Post zugestellte Kündigung erst dann zugestellt qualifiziert werden kann, wenn mit einer Leerung des Briefkastens beim Empfänger auch gerechnet werden kann.

Bei eingeschriebenen Postzustellungen ergibt sich oft die Situation, dass der Postangestellte bei Abwesenheit des Empfängers diesem einen Abholschein in den Briefkasten legt. Normalerweise ist dem Empfänger nicht zumutbar, die Sendung noch am gleichen Tag bei der Post abholen zu gehen. Die Rechtsprechung verlangt jedoch die Abholung der Sendung am nächstmöglichen Tag (Folgetag nach der Hinterlegung der Abholungseinladung).

## III. RELATIVE EMPFANGSTHEORIE

Im Bereich des Mietrechts bestehen Konstellationen, in denen die tatsächliche Kenntnisnahme einer Willensbildung durch den Empfänger entscheidend bleibt. Dies bedeutet im Fall der eingeschriebenen Postsendung, dass nicht die Abholungseinladung im Briefkasten des Empfängers massgebend sein kann, sondern darauf abgestellt wird, wann der Empfänger die Sendung bei der Post tatsächlich abgeholt hat. Jedoch ist auch hier Vorsicht geboten und werden auch hier die Interessen der Absenderin ab einer bestimmten Frist in den Vordergrund gestellt: In allen Fällen wird Kenntnisnahme nämlich angenommen am 7. und letzten Tag der durch die Post angesetzten Abholfrist. Dabei ist zu beachten, dass eine spezielle Vereinbarung des Empfängers bezüglich Verlängerung dieser Frist mit seiner Poststelle keine Gültigkeit hat und auch die kulanterweise oder fälschlicherweise länger angesetzte Frist diese 7-tägige Abholfrist nicht zu verlängern vermag. Somit gilt in diesen Bereichen die Zustellung am 7. Tag nach dem vergeblichen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Empfänger mit einer Zustellung des entsprechenden Schreibens hat rechnen müssen (bspw. Gerichtsurkunden in einem laufenden Verfahren).

## IV. ANWENDUNG AUF DIE FRAGE DER ANFECHTUNG DER KÜNDIGUNG BZW. DAS

## MIETERSTRECKUNGSBEGEHREN

Die Zustellung der Kündigung im Mietrecht untersteht gemäss Rechtsprechung der **absoluten Empfangstheorie**. Diese bestimmt sodann den Fristbeginn für die **Anfechtung** der Kündigung. Die Verwirkungsfrist für das **Erstreckungsbegehren** gemäss Art. 273 Abs. 2 lit. a OR war bislang der relativen Empfangstheorie unterstellt. Dies hat das Bundesgericht in seinem letzten Entscheid nun geändert. Somit gelten für den Beginn der 30-tägigen Frist für das Erstreckungsbegehren genau die gleichen Regeln wie für den Beginn der 30-tägigen Frist zur Anfechtung der Kündigung. Dies hat immerhin den Vorteil, da die meisten Kündigungsanfechtungen mit den Eventualbegehren der Erstreckung verbunden werden, dass für beide Begehren der gleiche Fristbeginn gilt.

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie auch ein überwiegender Anteil der Lehre sprachen sich bis zu diesem Urteil dahingehend aus, dass für die Anfechtung der Kündigung die absolute Empfangstheorie gelten solle (was so bleibt), jedoch für die Verwirkungsfrist für das Erstreckungsbegehren gemäss Art. 273 Abs. 2 lit. a OR die relative Empfangstheorie zur Anwendung gelangen soll. Der zweite Fall ist nun anders, auch hier gilt die absolute Empfangstheorie.

## V. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Das dem vorliegenden Artikel zugrunde liegende Bundesgerichtsurteil wurde lediglich in einer Dreierbesetzung des Bundesgerichts entschieden. Zudem handelte es sich um eine Eventualerwägung, denn das Bundesgericht trat aus prozessualen Gründen auf die entsprechende Beschwerde des Beschwerdeführers nicht ein. Auch ist das entsprechende Urteil nicht für die Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen.

Mit diesem Urteil hat das Bundesgericht mehr Rechtsunsicherheit geschaffen, als dass nun Klarheit vorliegen würde. Ob das Bundesgericht auch in Zukunft bei diesem Entscheid bleiben wird, darf in Frage gestellt werden. In der Zwischenzeit empfiehlt es sich, Begehren betreffend Erstreckung eines Mietverhältnisses gemäss Art. 273 Abs. 2 lit. a OR der Schlichtungsbehörde frühzeitig einzureichen, so dass betreffend Fristbeginn der 30-tägigen Frist in jedem Fall die absolute Empfangstheorie angewendet werden kann und damit die Frist als gewahrt gelten kann.

17. März 2014 / lic. iur. Stephan Hinz

---

## FATALER RÜCKSCHRITT IM SCHWEIZER BODENRECHT

**Dr. iur. Hanspeter Geissmann, Rechtsanwalt**



Parlamentarische Motionen fordern eine Verschärfung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch

Ausländer. Die Begründung stellt die geltende Rechtslage verzerrt und falsch dar.

[Zum Artikel](#)

Beitrag von Dr. H.P. Geissmann, Rechtsanwalt, veröffentlicht in Finanz und Wirtschaft vom 14. Dezember 2013

---

## SIND DEINE SMS AUCH MEINE SMS?

**lic. iur. Martin Kuhn, Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Familienrecht**



SMS und Mails als Beziehungskiller, Artikel in der AZ vom 6. Juli 2012, unter Mitwirkung von RA Martin Kuhn, Fachanwalt SAV Familienrecht.

[Zum Artikel](#)

---

## REFERAT «UNTERNEHMER/IN UND UNTERNEHMER IM SCHEIDUNGSFALL – UNTERNEHMENSCHUTZ UND SCHEIDUNGSRISIKO

**lic. iur. Martin Kuhn, Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Familienrecht**



Referat von lic. iur. Martin Kuhn in der Treuhandkammer am 4. Mai 2010 in Lenzburg.

Zum Referat

---

## WIE DIE LEX KOLLER UMGESETZT WIRD: MÖGLICHKEITEN, GRENZEN UND UMGEHUNGSTATBESTÄNDE DER Lex Koller IN DER PRAXIS

**Dr. iur. Hanspeter Geissmann, Rechtsanwalt**



Vortrag anlässlich der Veranstaltung «Auslaufmodell Lex Koller – wie weiter?» von Avenir Suisse und Institut für Finanzdienstleistungen Zug IFZ vom 26. Mai 2008 in Zug.

Zum Referat