

NEWSLETTER 1/2012

Zürich, Freitag, 13. Juli 2012

Sehr geehrte Damen und Herren, werte Kunden

Wir freuen uns, Ihnen den ersten 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. Gerne machen wir Sie auch auf unsere **neue Website** aufmerksam, die seit Mai 2012 komplett neu gestaltet aufgeschaltet ist.

Wir wünschen Ihnen eine angenehme und spannende Lektüre.

Hanspeter Kümin und Mario Mastai

Themen dieser Ausgabe (9 Seiten):

S. 1: Aktuell aus dem Bundesgericht, zufolge dessen Medienmitteilungen

- Bundesgericht weist Beschwerde von „Whistleblowerinnen“ ab (**Amtsgeheimnisverletzung**)
- Google Street View: Teilweise Gutheissung der Beschwerde (**Datenschutzrecht, Persönlichkeitsschutz**)

S. 3: Finanzmarktrecht, Haftungsrecht

- Devisenhandel mit grossem Hebel

S. 5: Urheberrecht, Internationales Privatrecht

- Internationales Urheberrecht versus gesetzliche Lücken in Drittstaat

S. 7: Strassenverkehrsrecht

- Unzulässiges Halten zum Güterumschlag bei Gefährdungslage

S. 8: Personenfreizügigkeit

- Abgeleitete Freizügigkeit eines Angehörigen einer EU-Bürgerin

S. 9: Humor

Bundesgericht:

Bundesgericht weist Beschwerde von „Whistleblowerinnen“ ab

Zwei Angestellte des Sozialdepartements der Stadt Zürich hatten im Jahr 2007 einem Zeitungsjournalisten Dokumente betreffend mehrere Sozialhilfeempfänger übergeben. Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte sie wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses zu bedingt vollziehbaren Geldstrafen von je 20 Tagessätzen. Das Bundesgericht hat nun mit Urteil vom 12. Dezember 2011 die dagegen erhobene Beschwerde der beiden Frauen abgewiesen.

Die Beschwerdeführerinnen anerkannten im Verfahren vor dem Bundesgericht, dass ihr Verhalten das Amtsgeheimnis verletzte. Ihrer Meinung nach hätten sie aber trotzdem nicht bestraft werden dürfen, da sie berechnete Interessen wahrgenommen hätte: Es sei ihnen darum gegangen, den Missbrauch im Bereich der Sozialhilfe zu bekämpfen und die ihres Erachtens unzureichenden Kontrollen zu verbessern. Ihre Anliegen seien departementsintern nicht gehört worden. Daher sei ihnen nur noch der Gang an die Öffentlichkeit übrig geblieben, zumal keine externe Stelle bestanden habe, wo sie ihre Anliegen erfolgreich hätten vorbringen können.



Das Bundesgericht hatte einzig zu prüfen, ob im konkreten Fall der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen gegeben ist. Dieser setzt nach der ständigen Rechtsprechung unter anderem voraus, dass die Tat zur Erreichung des Ziels notwendig und angemessen ist und den einzig möglichen Weg darstellt. Diese Voraussetzungen sind nach der Auffassung des Bundesgerichts im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Zwar ist es unter den gegebenen Umständen nachvollziehbar, dass sich die Beschwerdeführerinnen nicht an die Departementsvorsteherin wandten. Sie hätten aber vor dem Gang an die Öffentlichkeit departementsexterne Stellen ansprechen sollen, beispielsweise die Ombudsstelle, die Sozialbehörde oder die Geschäftsprüfungskommission. Ausserdem hatten die zuständigen Behörden schon vorher verschiedene Massnahmen eingeleitet, um Missbräuche im Bereich der Sozialhilfe besser zu bekämpfen, was die Beschwerdeführerinnen wussten. Wenn sie die Massnahmen als unzureichend erachteten, hätten sie die zuständigen Personen kontaktieren und über ihre eigenen Wahrnehmungen und Erfahrungen in der Praxis orientieren sollen.

Somit durften die Beschwerdeführerinnen nicht in guten Treuen annehmen, das angestrebte Ziel sei nur durch eine Preisgabe des Amtsgeheimnisses erreichbar. Weil es daher am aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen fehlt, wurde die Verurteilung wegen Amtsgeheimnisverletzung geschützt.

Bundesgericht:

Google Street View: Bundesgericht heisst Beschwerde teilweise gut

Das Bundesgericht präzisiert die Anforderungen zur wirksamen Gewährleistung des Datenschutzes in Google Street View. Verlangt wird insbesondere die geeignete Anonymisierung von Bildern, auf denen Personen und Fahrzeugkennzeichen erkennbar sind. Im Bereich von sensiblen Einrichtungen, insbesondere vor Schulen, Spitälern, Altersheimen, Frauenhäusern, Gerichten und Gefängnissen ist eine vollständige Anonymisierung von Personen und Kennzeichen vorzunehmen.



Auf den in Google Street View im Internet aufgeschalteten Bildern von Strassen und Plätzen sind teilweise Personen, Fahrzeugkennzeichen sowie private Höfe und Gärten sichtbar. Google setzt zu Verwischung von persönlichen Merkmalen eine Software ein, mit der keine vollständige Anonymisierung von Personendaten erreicht wird. Somit kann Google Street View zur Verletzung von Persönlichkeitsrechten betroffener Personen führen.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte eine Klage des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) gutgeheissen und Google unter anderem verpflichtet, sämtliche Gesichter und Kontrollschilder unkenntlich zu machen, bevor die Bilder im Internet veröffentlicht werden. Dieses Urteil zog Google ans Bundesge-

richt weiter. Dieses kommt aufgrund einer Interessenabwägung zum Schluss, es sei nicht gerechtfertigt, zusätzlich zur automatischen Anonymisierung vor der Aufschaltung im Internet eine *vollständige* Unkenntlichmachung aller Gesichter und Fahrzeugkennzeichen in Google Street View zu verlangen. Es hiess deshalb die Beschwerde teilweise gut.

Nach Auffassung des Bundesgerichts ist es in Kauf zu nehmen, dass höchstens ca. 1 % der Bilder ungenügend anonymisiert ins Internet gelangen und diese erst auf Anzeige der Betroffenen hin nachträglich manuell unkenntlich gemacht werden. Das setzt jedoch eine regelmässige gut erkennbare Information über die Widerspruchsmöglichkeit voraus. Diese hat über die Medien und auf der Internetseite von Google Street View zu erfolgen. Nachträgliche Anonymisierungsbegehren hat Google effizient und unbürokratisch auszuführen. Google muss ein entsprechendes kostenloses Angebot im Internet zur Verfügung stellen und überdies eine Postadresse für Beanstandungen bekannt geben. Die automatische Anonymisierung ist laufend dem Stand der Technik anzupassen.

Im Bereich von sensiblen Einrichtungen, insbesondere vor Schulen, Spitälern, Altersheimen, Frauenhäusern, Gerichten und Gefängnissen ist vor der Aufschaltung im Internet die vollständige Anonymisierung von Personen und Kennzeichen vorzunehmen. Bilder von Privatbereichen wie umfriedeten Höfen, Gärten usw., die dem Einblick eines gewöhnlichen Passanten verschlossen bleiben, dürfen ohne Zustimmung der Betroffenen nicht in Google Street View veröffentlicht werden, soweit sie – wie bisher – von einer Kamerahöhe von über 2 m aufgenommen wurden.

Google ist verpflichtet, in regionalen und lokalen Medienereignissen über bevorstehende Aufnahmen und Aufschaltungen von Bildern zu informieren. Ein blosser Hinweis auf der Homepage von Google wird dem Informationsanspruch der Bevölkerung nicht gerecht.

Finanzmarktrecht, Haftungsrecht: Devisenhandel mit grossem Hebel

Der Fall betrifft über einen Online-Broker getätigte Devisengeschäfte mit grossen Hebeln, sog. Leverages. Der Hebel ist mit beträchtlichen Risiken bzw. möglichen Anlageverlusten verknüpft. Vorliegend stellte sich die Frage nach der Risikoaufklärung des Vermögensverwalters sowie des Online Brokers gegenüber einer betagten Anlegerin.



Der gewählte Online Broker bot verschiedene Leverages an. Unter der Woche betrug dieser 100:1. Unter dem Leverage versteht man vereinfacht gesagt einen Kredit, welcher der Forex-Broker dem Kunden zur Verfügung stellt, um eine sehr grosse Summe an Devisen handeln zu können, welche sein zur Verfügung gestelltes Kapital bei weitem überschreitet. Beim Leverage 100:1 stellt die erste Zahl (100) ein Vielfaches des Kundenkapitals (1) dar. Der leverage ermöglicht hohe Gewinne, bringt aber auch grosse Risiken mit sich. Durch den hohen Einsatz kann man sein eingesetztes Kapital bereits bei lediglich leichten Kursveränderungen verlieren. Der Leverage hängt zusammen mit dem Margin, also der Sicherheitsleistung, welche der Kunde in Form des eigenen Kapitals bereitstellen muss. Bei einem Leverage von 100:1 beträgt dieser Margin 1%. Das bedeutet, dass, wenn der Leverage vollständig ausgeschöpft ist, bereits ein Kursverlust von lediglich einem Prozent zu einem Totalverlust des Kundenkapitals führt. Um das Risiko trotzdem in vertretbarem Rahmen zu halten, verwenden die meisten Broker Sicherungs-Systeme: die automatische Glattstellung. Das System kommt zur Anwendung, sobald die (Buch-)Verluste einen bestimmten

Prozentsatz erreichen. So stellte der Online-Broker im vorliegenden Fall die Positionen beispielsweise automatisch glatt, wenn die realisierten Verluste 50 % des tatsächlichen Kapitals erreichen. Als Beispiel: Bei einem eingesetzten Kapital von CHF 1'000.- kann eine Position von 100'000.- eröffnet werden. Sobald die (Buch-)Verluste CHF 500.- betragen (das ist in diesem Fall bereits bei einer negativen Kursveränderung von 0,5 % der Fall), wird die Position automatisch glattgestellt, d.h. aufgelöst.

Grundsätzlich stellt sich etwa die Frage einer Haftung des über die Online-Plattform des Brokers handelnden Vermögensverwalters aus Vermögensverwaltungsvertrag. Ein Vermögensverwaltungsvertrag ist als Auftrag (Art. 394 ff. Obligationenrecht, OR) zu qualifizieren. Ein Wertverlust auf dem verwalteten Vermögen begründet nur unter bestimmten gegebenen Voraussetzungen eine Haftung des Vermögensverwalters aus dem Auftrag. Der Kunde hat hierzu zu beweisen, dass *a)* ein Schaden entstanden ist, *b)* eine Pflichtverletzung seitens des Vermögensverwalters vorliegt und *c)* dass ein direkter Zusammenhang (Kausalzusammenhang) zwischen dieser Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden besteht.

Pflichtverletzungen können in einer Verletzung der Sorgfalts-, Informations- oder Treuepflicht bestehen (Art. 398 OR). Zur Konkretisierung des Sorgfaltsmassstabes können die Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung herangezogen werden. Zu den wichtigsten Pflichten des Vermögensverwalters gehört, Näheres über den Kunden in Erfahrung zu bringen. Dazu gehören Informationen über den Wissensstand des Kunden, dessen Vermögensverhältnisse und seine Risikobereitschaft. Zu den spezifischen Informationspflichten gehört es gemäss Rechtsprechung, den **Kunden über die bestehenden Risiken aufzuklären** (GE 124 III 162). Die Beweislast für die erfolgte Aufklärung trägt der Vermögensverwalter. Der anzuwendende Sorgfaltsmassstab bestimmt sich nach objektiven Kriterien, d.h. es ist diejenige Sorgfalt massgeblich, welche ein gewissen-

hafter, professioneller Vermögensverwalter in der gleichen Situation anzuwenden pflegt.

Angesichts der hochriskanten Anlagestrategie unter Ausnutzung des Leverages gehörte es sicherlich zu den Pflichten des Vermögensverwalters, abzuklären, wie viel der Kunde über diese Art von Investments wusste und ihn über die hohen Risiken aufzuklären. Der Broker informierte vorliegend in den Kontoeröffnungsunterlagen recht umfassend über die Risiken dieser Anlageform und wies an verschiedenen Stellen auch auf die Gefahr eines Totalverlustes hin. Angesichts des recht fortgeschrittenen Alters der Kundin könnte es jedoch angezeigt gewesen sein, vertieft abzuklären, ob das relativ komplizierte Vertragswerk auch verstanden wurde und ob ein allfälliger Totalverlust im Hinblick auf die Altersversorgung verkräftbar wäre.

Im Auftragsrecht bemisst sich der Schaden nach dem sog. *positiven Interesse* - das heisst, der Kunde soll so gestellt werden, wie wenn der Vermögensverwalter den Vertrag richtig erfüllt hätte. Ist das ganze Portefeuille unter Verletzung von Sorgfaltsmassstäben oder der Informationspflicht angelegt worden, muss die Entwicklung eines hypothetischen Vergleichsportefeuilles herangezogen werden.

Der Umfang des Schadens und der Pflichtverletzung hängt nach dem Gesagten sehr stark davon ab, welche Abmachung zwischen dem Kunden und dem Vermögensverwalter bestanden hat, wie umfassend informiert und welche Risikobereitschaft signalisiert wurde.

Die Leistung des Online Brokers ist demgegenüber nicht als Vermögensverwaltungsvertrag zu qualifizieren, enthält aber sehr wesentliche Elemente eines typischen Bankgeschäfts; es liegt ein sog. gemischter Vertrag vor. So bietet der Broker einerseits ein Depot an. Der Depotvertrag untersteht den Vorschriften über den Hinterlegungsvertrag (Art. 472 ff. OR). Die Ausschöpfung des Leverages basiert darauf, dass Kapital des Brokers verwendet wird, um die

Devisengeschäfte zu tätigen. Diese Leistungselemente unterstehen dem Darlehensvertrag. Die Nutzung der Handelsplattform stellt eine Dienstleistung des Brokers dar und ist folglich als Auftrag (Art. 394 ff. OR) zu qualifizieren, woraus wiederum Informations- und Abklärungspflichten resultieren, was vorliegend im Rahmen der Kontoeröffnungsunterlagen erfolgt ist.

Eine mögliche Haftung des Vermögensverwalters hängt nach dem Gesagten sehr stark davon ab, was vertraglich bezüglich der Art der Vermögensverwaltung und der Risikobereitschaft vereinbart wurde; die vorliegenden Geschäfte waren hochriskant, womit im Vermögensverwaltungsvertrag die Bereitschaft zu riskanten Anlagen geregelt sein sollte. Der Vermögensverwalter kann sich, da er die entsprechenden Dokumente dem Kunden weitergegeben hat, aber unter Umständen auf die umfassende Information durch die Vertragsunterlagen des Brokers berufen. Da diese Unterlagen genau über die Risiken aufklären, kann der Vermögensverwalter, sofern er die betagte Anlegerin zumindest in den Grundzügen ausdrücklich auf die Anlagerisiken hingewiesen hat, sich gegebenenfalls auf den Standpunkt stellen, nicht nochmals detailliert über die Risiken aufklären zu müssen.

Urheberrecht, Internationales Privatrecht:
Internationales Urheberrecht versus gesetzliche Lücken in Drittstaat

Ein ehemaliger Mitarbeiter einer Schweizer Softwarefirma war massgeblich an der Programmierung einer neuen Software beteiligt. Welche zivilrechtlichen Möglichkeiten hat das Unternehmen, falls der ehemalige Mitarbeiter die Software von einem Land (Übersee) ohne Urheberrechtsschutz für Computerprogramme via eine von ihm dort registrierte Gesellschaft vertreiben würde.

Grundsätzlich ist die Person Urheber, welche das Werk rsp. die Software geschaffen hat. Das Gesetz erwähnt

aber ausdrücklich (Art. 17 URG), dass die Rechte an einem Computerprogramm, welches wie vorliegend im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geschaffen wurde, automatisch auf den Arbeitgeber übergehen.

Betreffend internationale Übereinkommen zum Urheberrechtsschutz ist das *WTO-Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (TRIPS)* zu nennen, das gemäss Art. 10 Computerprogramme dem Schutz der *Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst (RBÜ)* unterstellt. Nach Art. 5 der Berner Übereinkunft RBÜ müssen die Vertragsstaaten ausländischen Urhebern von Werken die gleichen Schutzrechte zukommen lassen, die sie auch den inländischen Urhebern gewähren würden. Computerprogramme fallen nach TRIPS und RBÜ zwar grundsätzlich unter den geschützten Werkbegriff. Art. 2 RBÜ hält aber den möglichen Vorbehalt abweichender Gesetzgebung der Vertragsstaaten fest, Werke nur zu schützen, wenn sie anders als bei Software, auf einem materiellen Datenträger festgehalten sind. Das betreffende nationale Recht enthält denn auch diesen Vorbehalt: In Art. 15 des *copyright act, 2003*, sind *Computerprogramme ausdrücklich vom Urheberrechtsschutz ausgenommen*.

Würde eine Software, auf welche bspw. eine Schweizer Firma ein Urheberrecht besitzt, vom betreffenden Land aus vertrieben und würde diese von Personen mit Wohnsitz in verschiedenen Ländern von einem Internet-Server heruntergeladen oder sonst wie erworben, handelt es sich um einen internationalen Sachverhalt im Sinne des internationalen Privatrechts. Folglich stellt sich für diese Konstellation einerseits die Frage nach dem Gerichtsstand und andererseits diejenige nach dem anwendbaren Recht.

Will die Besitzerin des Urheberrechts gegen diejenige Person, welche ihr Recht dadurch verletzt, dass sie die Software vom betreffenden Überseeeland aus anbietet, vorgehen, ergibt sich eine schweizerische Entscheidungsständigkeit für die Beurteilung der Urheberrechtsverlet-

zung am hiesigen Wohnsitz resp. Sitz der Beklagten (Art. 109 Abs. 2 IPRG). Würde der Vertrieb der Software von einer Gesellschaft mit Sitz im Überseealand vorgenommen, könnte gestützt auf diese Regelung keine schweizerische Entscheidzuständigkeit begründet werden. Zu beachten ist allerdings, dass Art. 109 Abs. 2 IPRG alternativ einen **schweizerischen Gerichtsstand am Handlungs- und Erfolgsort** vorsieht. Diese Wahlmöglichkeit des Handlungs- oder Erfolgsorts besteht jedoch nur dann, wenn sich der Handlungs- oder Erfolgsort in einem anderen Staat als dem Sitzstaat der Gesellschaft befindet (BGE 131 III 76).

Als Handlungsort gilt derjenige Ort, wo der Beklagte die verletzende Handlung ausführt. Handelt es sich bei der Beklagten um eine juristische Person, gilt auch derjenige Ort als Handlungsort, wo ein Organ oder eine Hilfsperson der Gesellschaft die Handlung vornimmt. Bei Urheberrechtsverletzungen, die über das Internet vorgenommen werden, gilt als Handlungsort derjenige Ort, wo der Schädiger die notwendigen Computereingaben vornimmt (wo die Speicherung und Veröffentlichung veranlasst wird, nicht jedoch der Standort des Webservers (STAUB, Kommentar-MSchG, Art. 55, N. 28 ff.). Diese Ansicht überzeugt auch insofern, als der Standort eines Webservers für die Verbreitung der Webinhalte völlig irrelevant ist.

Der Erfolgsort ist derjenige Ort, wo der Schaden eintritt, d.h. dort, wo das geschützte Rechtsgut verletzt wird oder eine solche Verletzung ernsthaft zu befürchten ist. Ein Erfolgsort in der Schweiz und damit ein hiesiger Gerichtsstand sind somit dann gegeben, wenn ein Bestandteil des Urheberrechts (Verwertung, Vermarktung, Vermietung, etc.), welcher in der Schweiz besteht, verletzt wird. Der Erfolgsort liegt am Sitz der geschädigten Gesellschaft.

Bezüglich dem *anwendbaren Recht* ist darauf abzustellen, auf welche Rechtsordnung sich die Partei, welche Schutz ihrer Immaterialgüterrecht begehrt, beruft (Schutzlandprinzip, vgl. SCHNYDER, das neue IPR-Gesetz, S. 91 ff.). Diese Anknüpfung führt zu einer territorial aufgespaltenen Bündelung einzelstaatlicher Schutzrechte. Schweizer

Recht ist damit auf eine Verletzung in der Schweiz anwendbar, während auf eine Verletzung im Ausland ausländisches Recht anwendbar ist. Für die Bestimmung des Staates, in dem die Immaterialgüter verletzt worden sind, sind Handlungs- und Erfolgsort massgebend, wobei nur dann an den Erfolgsort angeknüpft wird, wenn der Handlungsort nicht bestimmt werden kann (ROSENTHAL, AJP 11/97, S. 1346). Beim Handlungsort würde wiederum wie bei der Frage nach der Zuständigkeit an den Ort angeknüpft, von wo aus ein Organ der Gesellschaft die Handlung vornimmt.

Auch wenn im betreffenden Überseealand tatsächlich kein Urheberrechtsschutz für Computerprogramme besteht, bedeutet dies jedoch nicht, dass dies als Schlupfloch in dem Sinne genutzt werden könnte, um eine beispielsweise in der Schweiz programmierte Software von dort aus zu vertreiben.

Bei urheberrechtsverletzenden Computereingaben in der Schweiz oder Verbreitung der geschützten Software in der Schweiz kann die Software-Firma mithin wegen Verletzung ihrer Urheberrechte in der Schweiz am Ort der schädigenden Handlung resp. an ihrem Sitz klagen. Neben der Übersee-Gesellschaft sind auch die für diese handelnden Organe passivlegitimiert, und haften nebst der Gesellschaft solidarisch für Schäden, die Dritte erleiden, wenn sie ein Verschulden trifft (Art. 55 Abs. 2 und 3 ZGB, vgl. HUGUENIN, BSK-ZGB, Art. 55, N 30 ff.). Im Prozess gilt für Verletzungen im Inland Schweizer Urheberrecht. Prozessual stünden die Feststellungs-, Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadenersatz- sowie Gewinnherausgabeklage zur Verfügung. Der Entscheid des schweizerischen Gerichts bedarf allenfalls auch der Vollstreckung im Ausland. Die Vollstreckung des Unterlassungsanspruches, namentlich die Löschung der Website (Beseitigungsanspruch) kann unter Umständen nicht durchgesetzt werden, falls sich Provider und Server im betreffenden Land (Übersee) ohne Software-Urheberrechtsschutz befindet.

Strassenverkehrsrecht:

Unzulässiges Halten zum Güterumschlag bei Gefährdungslage

Im betreffenden Fall geht es um den Güterumschlag für einen Industriebetrieb, wobei wegen der lokalen Verkehrs- und Betriebssituation die Lastwagen auf dem Trottoir halten bzw. abgestellt werden.



Die Grundregel gemäss Art. 26 Abs. 1 SVG besagt, dass jedermann sich im Verkehr so verhalten muss, dass er andere in der ordnungsgemässen Benützung der Strasse weder behindert noch gefährdet. Betreffend das Parkieren resp. Halten gilt, dass Fahrzeuge dort nicht angehalten oder aufgestellt werden dürfen, wo sie den Verkehr behindern oder gefährden könnten, weshalb sie wo möglich auf Parkplätzen aufzustellen sind (Art. 37 Abs. 2 SVG). Diese Vorschriften haben ihren Grund darin, dass ein auf der Fahrbahn haltendes oder *abgestelltes Fahrzeug für den übrigen Verkehr unter Umständen nicht nur ein erhebliches Hindernis bildet, sondern auch eine erhöhte Gefahr bedeutet, die trotz der den anderen Fahrzeugführern zuzumutenden Aufmerksamkeit leicht zu Unfällen führen kann* (BGE 77 IV 77). Dabei ist nicht erforderlich, dass die Unfallgefahr eine konkrete sei oder dass das aufgestellte Fahrzeug tatsächlich jemanden in unzumutbarer Weise an der Fortsetzung seines Weges hindere; die abstrakte Gefährdung des Verkehrs genügt (BGE 112 IV 94).

Konkret gilt gemäss Art. 18 Abs. 2 lit. d Verkehrsregelverordnung (VRV), dass das freiwillige Halten insbesondere zum Güterumschlag (BGE 100 IV 90) untersagt ist vor und nach Strassenverzweigungen näher als 5 m von

der Querfahrbahn. Bei der Überprüfung befand sich der hintere Teil des Anhängers ca. 8 bis 10 m von der Querfahrbahn der kreuzenden Strasse entfernt. Sodann gilt bei Nebenstrassen, wozu die Tempo 30-Zone zählt, nicht die Anforderung für Hauptstrassen, welche besagt, dass Anhalten oder Parkieren allein aus dem Grund verboten ist, dass dadurch das Kreuzen zweier Fahrzeuge behindert wird. Es muss aber *genügend Raum für die vorbeifahrenden Fahrzeuge bestehen, und es darf keine Unfallgefahr geschaffen werden* (BGE 117 IV 507).

Für den Güterumschlag gilt, dass wo Fahrzeuge hierfür nicht ausserhalb der Strasse oder abseits vom Verkehr halten können, die Behinderung anderer Strassenbenützer möglichst zu vermeiden und die Ladetätigkeit ohne Verzug zu beenden ist. Muss ein Fahrzeug zum Güterumschlag halten, wo es den Verkehr gefährden könnte, so sind Pannensignale oder Warnposten aufzustellen (Art. 37 Abs. 2 SVG, Art. 21 Abs. 2 VRV). Gemäss Augenschein wird jeweils ein Signal mit Ausrufezeichen am Ende des Fahrzeugs platziert (Signal „Andere Gefahren“ Nr. 1.30, Art. 15 SSV), vorschriftsgemäss müsste ein Pannensignal aufgestellt werden. Als Güterumschlag gilt das Verladen oder Ausladen von Sachen, die nach Grösse oder Gewicht die Beförderung durch ein Fahrzeug nötig machen (BGE 122 IV 136). Weiter gilt, dass bei Fahrzeugen mit beschränkter Sicht nach hinten zum Rückwärtsfahren eine Hilfsperson beizuziehen ist, wenn nicht jede Gefahr ausgeschlossen ist (Art. 17 Abs. 1 VRV). Das Trottoir ist den Fussgängern vorbehalten (Art. 43 Abs. 2 SVG). Dementsprechend haben diese gemäss Art. 49 Abs. 1 SVG nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, das Trottoir zu benutzen (BGE 63 II 339). Fahrzeuge dürfen auf dem Trottoir zum Güterumschlag nur halten, sofern für Fussgänger stets ein mindestens 1.5 m breiter Raum frei bleibt. Die Ladetätigkeit und das Ein- und Aussteigenlassen ist ohne Verzug zu beenden. (Art. 41 Abs. 1^{bis} VRV).

Zwar dürften mit dem gegenwärtig praktizierten Güterauslad die Abstandsvorschriften (5 m Distanz zu Querfahr-

bahn bei Strassenkreuzung, 1.5 m Durchlass auf Trottoir) eingehalten sein, was aber eine abstrakte Gefährdung des Fuss- und Fahrverkehrs aufgrund der gegebenen Umständen dennoch nicht ausschliesst. Dabei ist zu beachten, dass aufgrund der Dauer des Entladevorgangs (eine Stunde oder länger) mitten in einem Wohnquartier mit zahlreichen Passanten ein nicht zu unterschätzendes Gefahrenpotential besteht, was bei Ablad auf der Fahrbahn noch zusätzlich erhöht wird. Relevant ist insbesondere, dass der Abladevorgang vor Mittag unmittelbar in die Zeit fällt, in der Kinder des Quartiers im Kindergarten- und Primarschulalter von der Schule nach Hause gehen. Kinder in diesem Alter (6 bis 12 Jahre) sind erfahrungsgemäss sehr neugierig, zugleich sind sie sich aber oft Gefahren nicht bewusst. Diese Gefahren sind nicht zu unterschätzen, namentlich wenn man die Wendemanöver des Staplers vor Augen hat und das schwere Ladegut mit beträchtlicher beidseitiger Ausladung von mehreren Metern, das vom Fahrzeug aufgeladen und zur Halle transportiert wird. Die Anbringung von Schutzvorkehrungen, wie temporäre Absperrungen oder Abschränkungen sind auch nicht möglich, da das Trottoir öffentlicher Grund bildet. Mithin besteht auch keine gesetzliche Grundlage, wie etwa bei Baustellen, den Fussgängerverkehr auf die Strassenseite umzuleiten, auf dem gerade kein Ablad stattfindet. Zusammengefasst ist aufgrund des regen Fussgängerverkehrs während des Güterumschlags durchaus von einer abstrakten Gefährdung im Sinne des Gesetzes auszugehen (WEISSENBERGER, Kommentar Strassenverkehrsgesetz, N 20 zu Art. 37, mit Hinweisen), unabhängig davon auf welcher Strassenseite der Ablad erfolgt.

Personenfreizügigkeit:

Abgeleitete Freizügigkeit eines Angehörigen einer EU-Bürgerin

Ein wegen eines Bagatelldelikt (kurzfristige Arbeit ohne Aufenthaltsbewilligung) sanktionierter Drittstaatsausländer unterliegt infolge seiner Ehefrau (EU-Bürgerin) der Personenfreizügigkeit gemäss dem Freizügigkeitsabkommen mit der EU.

Es ist aufgrund des rechtskräftigen Strafbefehls davon auszugehen, dass der Betroffene mit der ihm ausgeübten Tätigkeit [Anm. Verfasser: Strittig; Tatbestand kann auch als straflose Gefälligkeit eingestuft werden] gegen gesetzliche Bestimmungen (vgl. Art. 115 Abs. 1 lit. c Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, AuG) und damit gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Art. 67 Abs. 2 lit. a AuG i.V.m. Art. 80 Abs. 1 lit. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) verstossen hat. Dieser Sachverhalt kann grundsätzlich zur Verhängung eines Einreiseverbots führen. Gemäss Art. 2 Abs. 2 AuG gilt jedoch das Ausländergesetz für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (EG) und ihre Familienangehörigen nur so weit, als das *Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA)* keine abweichenden Bestimmungen enthält. Wie es sich damit verhält, ist nachfolgend zu prüfen.

Das FZA gewährleistet den Staatsangehörigen einer Vertragspartei und ihren Familienangehörigen das Recht auf Einreise in das Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei. Die Vorinstanz ist der Auffassung, die (abgeleiteten) Rechte des Betroffenen aus dem Freizügigkeitsabkommen wären allenfalls dann tangiert, wenn „mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit“ feststehe, dass die Ehefrau von ihrem (originären) Freizügigkeitsrecht auf Einreise Gebrauch machen wird. Den Akten seien keine Hinweise zu entnehmen, dass die Ehefrau in naher Zukunft beabsichtige, in die Schweiz einzureisen.

Dieser Auffassung ist nicht zuzustimmen. Die Vorinstanz übersieht, dass der Bestand des Rechts auf Einreise, auf das sich jeder Staatsangehörige einer Vertragspartei berufen kann, *nicht vom Nachweis abhängt, dass er tatsächlich die Absicht hat, in naher oder ferner Zukunft von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen* (vgl. BGE 131 II

352). Er kann dieses Recht jederzeit ausüben und als Folge davon müsste auch seinen Familienangehörigen, die in Begleitung, die Einreise gestattet werden, es sei denn, dieses Recht könnte unter den in Art. 5 Anhang I FZA genannten Gründen eingeschränkt werden. Dass solche Gründe gegeben wären, ist nicht ersichtlich und wird von der Vorinstanz auch nicht behauptet. Vorliegend könnte die Einreise nur dadurch bewerkstelligt werden, dass der Beschwerdeführer um Suspension nachsucht. Unter den gegebenen Voraussetzungen müsste ihm eine solche stets gewährt werden, jedenfalls soweit die Ausübung von abgeleiteten Freizügigkeitsrechten zur Diskussion steht. Der Zweck der Fernhaltmassnahme, nämlich die Abwehr künftiger Störungen im Sinne von Art. 67 Abs. 2 lit. a AuG, kann damit nicht uneingeschränkt erreicht werden. Reist der Massnahmebelastete nämlich als Freizügigkeitsberechtigter in die Schweiz ein, sind Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die nicht das von Art. 5 Anhang I FZA geforderte Ausmass erreichen, hinzunehmen. Dazu kommt, dass das Erfordernis des Einholens einer Suspensionsverfügung eine administrative Hürde darstellt, die im Falle von freizügigkeitsberechtigten Personen nicht ohne Weiteres als verhältnismässig bezeichnet werden kann.

Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die herrschende Praxis, wonach die Eingriffsvoraussetzungen in die Freizügigkeitsrechte restriktiv auszulegen sind, ist festzustellen, dass das öffentliche Interesse an einer sofortigen Wirksamkeit der Fernhaltmassnahme nicht als gross angesehen werden kann. Werden die privaten Interessen an der Möglichkeit, in Ausübung der (abgeleiteten) Freizügigkeitsrechte in die Schweiz reisen zu können, gegen das erwähnte öffentliche Interesse abgewogen, so tritt letzteres in den Hintergrund. Die aufschiebende Wirkung ist damit von Amtes wegen wiederherzustellen und die Vorinstanz anzuweisen, die entsprechenden Vorkehrungen zu treffen (BVGer 15.6.2012).

Humor

(1)

Der Richter grübelt über den Akten und fragt: "Sie sollen gesagt haben, der Kläger sei ein Betrüger, ein Halsabschneider und Schweinehund. Stimmt das?"
"Ganz ohne jeden Zweifel stimmt das, Herr Richter - nur gesagt habe ich es nicht."

(2)

Richter: "Angeklagter, erkennen Sie diesen Revolver wieder?"

Angeklagter: "Jawohl!"

Richter: "Na endlich! Das wurde ja auch mal Zeit!"

Angeklagter: "Natürlich, Sie haben ihn mir ja letzte Woche in der Verhandlung fast täglich gezeigt!"

(3)

Richter: „Zeuge, ich muss Sie auffordern, immer nur das auszusagen, was Sie mit eigenen Augen gesehen und nicht, was Sie von anderen gehört haben. - Zuerst muss ich einige Fragen an Sie stellen. Zeuge, wann sind Sie geboren?“

Zeuge: „Nun, Herr Richter, auch das weiss ich nur vom Hörensagen.“



© 2012 advokatur kümin, Zürich