

NEWSLETTER 1 / 2013

Zürich, 4. Juli 2013

Sehr geehrte Damen und Herren, werte Kunden

Wir freuen uns, Ihnen den ersten 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.

Hanspeter Kümin und Samuel Felix Gang

Themen dieser Ausgabe:

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

- Ungerechtfertigte fristlose Entlassung nach einer Überwachung des Computers (***Arbeitsrecht***)
- Referendum gegen den Staatsvertrag mit dem Vereinigten Königreich über die Zusammenarbeit im Bereich der Steuern (***Politische Rechte, Verfahrensrecht***)

S. 4 ff.: Mietrecht

- Nichthinterlegung der Mieterkaution durch den Vermieter

S. 6 f.: Haftpflichtrecht, Patientenrecht

- Die Haftpflicht des Arztes zufolge einer sorgfaltspflichtwidrigen Fehlbeurteilung

S. 7: Humor

- Das Testament
- Genug erreicht
- Fähiger Verteidiger

Bundesgericht:

Ungerechtfertigte fristlose Entlassung nach Überwachung eines Computers

Das Bundesgericht entschied mit Urteil vom 17. Januar 2012 (8C_448/2012), dass ein Arbeitgeber, welcher seinen Arbeitnehmer verdächtige, die Informatikanlage, namentlich den Geschäftscomputer, zu missbräuchlichen Zwecken zu verwenden, nicht im Geheimen ein Überwachungsprogramm zur Kontrolle der Computer-Aktivität des betreffenden Arbeitnehmers installieren dürfe. Die auf diese Weise erlangten Beweismittel seien nicht verwertbar und folglich entfalle die Rechtfertigung für die fristlose Kündigung.

Im konkreten Fall hatte sich das Bundesgericht mit der Frage der Rechtmässigkeit einer fristlosen Kündigung eines Ausbildungschefs und stellvertretenden Kommandanten einer regionalen Zivilschutzorganisation auseinanderzusetzen, die infolge einer geheimen Informatiküberwachung erging. Dieser wurde von seinem Arbeitgeber verdächtigt, die ihm zur Verfügung gestellte Informatikinfrastruktur zu ausserhalb seiner Amtspflicht liegenden Zwecken zu verwenden, weshalb der Arbeitgeber ein Überwachungsprogramm installieren liess, welches über einen Zeitraum von drei Monaten im Geheimen alle über diesen Geschäftscomputer erfolgten Tätigkeiten registrierte (aufgerufenen Webseiten, E-Mail-Verkehr etc.). Die Funktionsweise der Überwachungssoftware war dergestalt, dass diese in regelmässigen Abständen Bildschirmfotos, sog. Screenshots, erstellte.

Aufgrund dieser Aufzeichnungen konnte zwar nachgewiesen werden, dass der betreffende Ausbildungschef und stellvertretende Kommandant einen erheblichen Teil seiner Arbeitszeit für private oder mindestens geschäftsfremde Zwecke verwendete, jedoch erlaubten diese Kontrollen dem Arbeitgeber auch vom Inhalt der besuchten Webseiten und der E-Mails Kenntnis zu nehmen. Diese Inhalte waren zum Teil streng vertraulich (z.B. E-Banking), privat oder im Zusammenhang mit dem Mandat des Arbeitnehmers als Stadtrat auch dem Amtsgeheimnis unterliegend.

Das Bundesgericht stellte mit diesem Urteil klar, dass der verdeckte Einsatz von Überwachungsprogrammen unrechtmässig ist. Ein solche Überwachung entspräche einem Kontrollsystem, das das Verhalten des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz überwachen solle und widerspreche damit Art. 26 Abs. 1 der Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz. Zwar stelle der Kampf gegen Missbrauch und die Kontrolle der Arbeitsleistung der Angestellten ohne Zweifel ein legitimes Interesse des Arbeitgebers dar, eine derartige Massnahme sei indes unverhältnismässig, da diese Ziele auch mit weniger eingreifenden Mitteln erreicht werden könnten. Beispielhaft führte das Bundesgericht in diesem Zusammenhang etwa die Sperre gewisser Webseiten und die Analyse der Webnutzung und der elektronischen Post nach den Empfehlungen des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten an.

Aufgrund dieser legalen Möglichkeiten etwaige Missbräuche einer Informatikanlage festzustellen,

erklärte das Bundesgericht das rechtswidrig erlangte Beweismittel für nicht verwertbar und stellte mithin fest, dass eine Grundlage für die fristlose Kündigung nicht mehr gegeben war.



Bundesgericht:

Referendum gegen den Staatsvertrag über die Zusammenarbeit im Bereich der Steuern mit dem Vereinigten Königreich

Das Bundesgericht kam im Urteil vom 5. Juni 2013 (1C_606/2012, 1C_608/2012) zum Ergebnis, dass das Referendum gegen den Staatsvertrag mit dem Vereinigten Königreich insbesondere deshalb nicht zustande kam, weil die Urheber des Referendums einen erheblichen Teil der gesammelten Unterschriften nicht rechtzeitig der zur Stimmrechtsbescheinigung zuständigen Behörde zugestellt hätten und wies die Beschwerden der AUNS, von Nationalrat Pirmin Schwander und eines Stimmbürgers aus Genf gegen die Verfügung der Bundeskanzlei über das Nicht-Zustandekommen des Referendums ab.

Die Bundeskanzlei hielt mit Verfügung vom 30. Oktober 2012 fest, dass das Referendum gegen den Staatsvertrag mit dem Vereinigten Königreich über die Zusammenarbeit im Bereich der Steuern

nicht zustande gekommen sei, da die notwendigen 50'000 beglaubigten Unterschriften nicht innert der Frist von 100 Tagen eingereicht worden seien und die nach Ablauf der Frist nachgereichten Unterschriften nicht mitgezählt werden könnten.

Die Beschwerdeführer machten insbesondere geltend, es seien mehr als die erforderlichen 50'000 Unterschriften gesammelt worden, die zur Stimmrechtsbescheinigung zuständige kantonale Stelle der Kantone und Gemeinden hätten aber einen Teil der Unterschriften nicht rechtzeitig vor Ablauf der Referendumsfrist zurückgeschickt, was die fristgerechte Einreichung bei der Bundeskanzlei verhindert habe.

Das Bundesgericht führte aus, dass Art. 59a BPR (Bundesgesetz über die politischen Rechte) das Eintreffen der nötigen Anzahl Unterschriften samt Stimmrechtsbescheinigung innerhalb der Referendumsfrist bei der Bundeskanzlei verlange. Ferner seien die Unterschriftenlisten nach Art. 62 Abs. 1 BPR den für die Stimmrechtsbescheinigung zuständigen Stellen rechtzeitig (suffisammentôt, tempestivamente) vor Ablauf der Referendumsfrist zuzustellen. Die Referendumsfrist sei im Jahre 1997 von 90 auf 100 Tage verlängert worden, um die Erfüllung dieser Obliegenheit zu erleichtern. Dennoch hätten die Urheber des Referendums die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt, indem sie 3'847 Unterschriften erst am 97. Tag der Referendumsfrist zur Stimmrechtsbescheinigung abgegeben hätten.

Den Genfer Behörden gelang es zwar mit einem

Sondereinsatz, die Stimmrechtsbescheinigungen am 99. Tag der Frist zur Rückgabe bereit zu stellen, versehentlich wurden diese jedoch per B-Post zurückgesandt, weshalb diese Unterschriften nicht am 100. Tag der Referendumsfrist bei der Bundeskanzlei abgegeben werden konnten. Mit derartigen Ablaufstörungen hätten Urheber von Referenden zu rechnen und die Planung der Abgabe der Unterschriften bei der Bundeskanzlei darauf ausrichten. Die Urheber hätten mithin die Unterschriften entgegen Art. 62 Abs. 1 BPR nicht rechtzeitig zur Stimmrechtsbescheinigung eingereicht, weshalb die Beschwerde abzuweisen sei.



Mietrecht:

Nichthinterlegung der Mieterkaution durch den Vermieter

Die in Geldform erbrachte Sicherheit des Mieters nach Art. 257e OR ist aus dem Vermögen des Vermieters auszuscheiden, namentlich durch Hinterlegung auf einem Sparkonto, das auf den Namen des Mieters lautet. Wie kann man sich wehren, wenn der Vermieter dieser Verpflichtung nicht nachkommt und welche Risiken birgt eine Unterlassung der Hinterlegung für den Mieter wie für den Vermieter?

Zwingende Natur der Mieterkaution

Mit der Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen geht der Vermieter ein gewisses Risiko ein, indem er dem Mieter den Besitz an der Mietsache überträgt und damit einen wesentlichen Teil seiner Sachherrschaft vorübergehend aufgibt. Im Gegenzug stehen dem Vermieter bloss obligatorische Rechte zu, weshalb aus Sicht des Vermieters entsprechend ein Bedürfnis nach Sicherheit besteht (SVIT (Hrsg.), Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 257e OR N 1 f.). Diesem Bedürfnis wird unter anderem mit der Bestimmung von Art. 257e OR Rechnung getragen, welche dem Vermieter die Möglichkeit einräumt, bei der Vermietung von Wohnräumen bis zu drei Monatszinse als Sicherheit zu verlangen. Bei der Vermietung von Geschäftsräumen existiert eine derartige Begrenzung der Höhe e contrario zu Art. 257e Abs. 2 OR nicht.

Die Bestimmung von Art. 257e OR ist absolut zwingender Natur, weshalb auch nicht durch vertragliche Abrede zu Ungunsten des Mieters davon abgewichen werden darf (vgl. SVIT (Hrsg.), Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 257e OR N 6; BSK-OR I, 5. Aufl. 2011, Art. 257e OR N 2a). Der Vermieter ist mithin nach Erhalt der Sicherheitsleistung zwingend dazu angehalten, die Mieterkaution auf einem Sparkonto, lautend auf den Namen des Mieters, zu hinterlegen. Dabei hat es sich herrschender Lehre und Praxis zufolge um ein Sparkonto bei einer dem schweizerischen Bankenrecht unterstehenden Institution zu handeln

(vgl. ZK-OR, 3. Aufl. 1994, Art. 257e OR N 27; BSK-OR I, 5. Aufl. 2011, Art. 257e OR N 3). Es handelt sich dabei um eine sog. Hinterlegung sicherheits halber unter Einräumung eines Pfandrechts, wodurch die Parteien grundsätzlich nur gemeinsam über die Sicherheitsleistung verfügen können (vgl. ZK-OR, 3. Aufl. 1994, Art. 257e OR N 36). Doch was machen, wenn der Vermieter trotz gesetzlicher Verpflichtung die Hinterlegung unterlässt und welche Risiken birgt dies für den Mieter wie für den Vermieter?



Vorgehen des Mieters bei verweigerter Kautions hinterlegung

Zunächst einmal sollte man den Vermieter auf den zwingenden Charakter von Art. 257e OR hinweisen und diesem eine angemessenen Frist zur rechtskonformen Hinterlegung der Sicherheitsleistung einräumen. Weigert sich der Vermieter in der Folge immer noch die Hinterlegung vorzunehmen, stehen dem Mieter verschiedene Mittel zur Verfügung. Der Anspruch des Mieters auf gesetzteskonforme Hinterlegung seiner Sicherheitsleistung und die Nebenpflicht des Vermieters auf Bekanntgabe der Hinterlage können zunächst gerichtlich mittels summarischem (Rechtsschutz in klaren Fällen)

oder ordentlichem Verfahren durchgesetzt werden, allenfalls verbunden mit vorsorglichen Massnahmen. Ferner besteht für den Mieter die Möglichkeit, selbst die rechtskonforme Hinterlegung der Mietzinskaution zu besorgen und die grundlos gewordene Zahlung an den Vermieter mit künftigen Mietzinsen zu verrechnen (BSK-OR I, 5. Aufl. 2011, Art. 257e OR N 5; BGE 127 III 273 E. 4c/bb) oder diese zurückzuverlangen. Bei Weigerung des Vermieters bzgl. der Rückerstattung der grundlos gewordenen Zahlung steht dem Mieter der Beitreibungsweg offen.

Behandlung der Mieterkaution im Konkurs

Die unterlassene Hinterlegung ist für Mieter und Vermieter nicht risikolos. Zunächst wird ein Vermieter, der seiner Pflicht, die erhaltene Sicherheitsleistung bankmässig zu hinterlegen, nicht nachkommt, bedenken müssen, dass es sich beim Geld um eine ihm anvertraute fremde Sache handelt, was ihn unter Umständen der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung nach Art. 138 StGB aussetzt (SVIT (Hrsg.), Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 257e OR N 16; BGE 101 IV 213). Nebst der möglichen Zweckentfremdung der Sicherheitsleistung durch den Vermieter besteht auf Seiten des Mieters das Risiko vor allem im Konkurs des Vermieters, da die Sicherheitsleistung bei unterlassener Hinterlegung in die Konkursmasse des Vermieters fällt. Die Hinterlegung der Sicherheitsleistung auf den Namen des Mieters führt dazu, dass die Sicherheitsleistung dem Vermögen des Mieters zuzurechnen ist, wodurch diese im Falle des Konkurses des Vermieters unberührt bleibt.

Im Konkurs des Mieters wird der Vermieter auf der andern Seite kraft seines Pfandrechts dadurch privilegiert, dass das Pfandrecht nicht in die Konkursmasse des Mieters übergeht (ZK-OR, 3. Aufl. 1994, Art. 257e OR N 24).

Letztlich sollte also sowohl dem Mieter als auch dem Vermieter an einer rechtskonformen Hinterlegung einer durch den Mieter erbrachten Sicherheitsleistung nach Art. 257e OR gelegen sein.

Haftpflichtrecht, Patientenrecht:

Die Haftpflicht des Arztes zufolge einer sorgfaltspflichtwidrigen Fehlbeurteilung

Ein Arzt haftet nicht grundsätzlich für jede Fehlbeurteilung bzw. Falschdiagnose, denn der Arzt schuldet als Beauftragter keinen konkreten Erfolg und daher auch keine korrekte medizinische Beurteilung. Er haftet lediglich für die geschuldete Sorgfalt, diese im Einzelfall zu bestimmen ist mit hin schwierig.

Objektivierter Sorgfaltsmasstab

Zwischen dem selbständigen, niedergelassenen Arzt und dem Patienten besteht in der Regel ein Behandlungsvertrag, der den Bestimmungen des einfachen Auftrags nach Art. 394 ff. OR unterliegt (Fellmann Walter, in: Kuhn Moritz W./Poledna Tomas, *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl. 2007, S. 107). Ist der Arzt hingegen bei einer Klinik angestellt, so besteht das vertragliche Verhältnis zwischen der Klinik und dem Patienten. Es handelt sich dabei um einen sog. Spitalaufnahmevertrag, der als Innominatvertrag betr. die ärztliche Behandlung ebenfalls den Bestimmungen des eina-

chen Auftrags nach Art. 394 ff. OR unterliegt (Fellmann Walter, in: Kuhn Moritz W./Poledna Tomas, *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl. 2007, S. 107 f.).

Der Arzt schuldet nach Auftragsrecht weder einen gewissen Heilungserfolg noch eine in allen Fällen korrekte Diagnose respektive medizinische Beurteilung. Vielmehr schuldet der Arzt dem Patienten die Sorgfalt, die man objektiv von diesem unter den gebotenen Umständen erwarten darf. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass in Bezug auf die Sorgfalt ein objektiver Sorgfaltsmasstab gelte, der sich nach den Umständen des Einzelfalls richte, so unter anderem nach der Zeit, die den Ärzten zur Verfügung stehe, sowie nach Ausbildung, Leistungsfähigkeit und Ausstattung, die objektiv vom Medizinalpersonal bzw. von der vertraglich verpflichteten Institution erwarten werden dürften. Zu beachten sei ferner, dass eine Haftung des Arztes oder der Klinik nicht auf grobe Verstösse gegen Regeln der ärztlichen Kunst beschränkt ist. Vielmehr seien Kranke stets fachgerecht zu behandeln, ein Arzt oder eine Klinik habe grundsätzlich für jede Pflichtverletzung einzustehen (BGE 116 II 519, BGE 120 II 248, Urteil 4C.53/2000 vom 13.06.2000).

Vermutung bei neuer gesundheitlicher Beeinträchtigung

Für die Arzthaftung spielt daher keine vorrangige Rolle, dass es zu einer Fehlbeurteilung bzw. Falschdiagnose gekommen ist, sondern dass die Fehlbeurteilung auf eine Sorgfaltpflichtverletzung

des Arztes zurückzuführen ist, der Arzt also nicht die unter den konkreten Umständen objektiv von ihm erwartbare Sorgfalt hat walten lassen. Eine offensichtliche Fehlbeurteilung indiziert indes eine Sorgfaltspflichtverletzung. Verursacht die Behandlung eine neue gesundheitliche Beeinträchtigung, begründet dies eine tatsächliche Vermutung, dass nicht alle gebotenen Vorkehren getroffen wurden (BGE 120 II 248 ff.).

Das Bundesgericht spricht zwar von einem objektivierte Sorgfaltsmasstab, da es aber gleichzeitig auf die Umstände des Einzelfalls, namentlich sogar auf Fähigkeiten bzw. die Leistungsfähigkeit des Arztes und dessen Ausbildung abstellt, bleiben subjektive Faktoren indessen nicht völlig unberücksichtigt. Da eine derartiger, in Wahrheit subjektiver Masstab im Einzelfall schwer zu beweisen ist, hat das Bundesgericht zwar keine Beweislastumkehr, aber zumindest eine tatsächliche Vermutung aufgestellt, dass nach Konsultation des Arztes neu entstandene gesundheitliche Beeinträchtigungen dessen Sorgfaltspflichtverletzung indizieren.

Entlastungsbeweis des Arztes

Gelingt der Beweis der Sorgfaltspflichtverletzung, liegt eine Vertragsverletzung vor und der Arzt wird für alle dadurch kausal verursachten unmittelbaren und mittelbaren Vermögensschäden haftbar (z.B. Transportkosten, Behandlungs- und Therapiekosten, Erwerbsausfall, Haushaltsschaden, Schadenszins etc.), sofern er nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft. Das Verschulden des Arztes ist also nicht vom Patienten zu beweisen,

sondern es wird vermutet; d.h. misslingt dem Arzt der Entlastungsbeweis (Art. 97 Abs. 1 OR), wird dieser haftpflichtig. Mit der Beweislastumkehr beim Verschulden hat der Gesetzgeber im Gegensatz zur ausservertraglichen Haftung eine Risikoverteilung zu Gunsten des Geschädigten vorgenommen, weshalb die vertragliche Haftung für diesen allgemein günstiger ist.



Humor

Das Testament

Der Anwalt liest den Verwandten den letzten Willen eines reichen Verstorbenen vor. "Und an Heinz, dem ich versprach, ihn in meinem Testament zu erwähnen, einen herzlichen Gruss: Hallo Heinz, alter Knabe!"

Genug erreicht

Nach der Gerichtsverhandlung sagt der Anwalt zu seinem Klienten: "Tut mir leid, Herr Huber, dass ich nicht mehr für Sie erreichen konnte."

"Das macht nichts, Herr Rechtsanwalt, diese fünf Jahre genügen mir vollkommen."

Fähiger Verteidiger

Richter zum Zeugen: "Erkennen Sie in dem Angeklagten den Mann wieder, der Ihnen Ihr Auto gestohlen hat?" Der Zeuge zögernd: "Nach der Rede des Verteidigers bin ich mir nicht mal mehr sicher, ob ich überhaupt jemals ein Auto besessen habe."