Kanton Zug

Buch GVP 2012

Buch GVP 2012

Inhalt

1.4.1 Zivilrechtspflege 3

1.4.1 Zivilrechtspflege
Art. 223 Abs. 2 und Art. 229 ZPO
Regeste:

Art. 223 Abs. 2 und Art. 229 ZPO – Wird im Verfahren mit Dispositionsmaxime nach Ausbleiben der Klageantwort eine Hauptverhandlung durchgeführt, ist die Position der beklagten Partei durch Art. 229 Abs. 1 ZPO beschränkt. Unbeschränkt äussern kann sie sich nur noch zu den neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln der klagenden Partei.

Aus den Erwägungen:

3. Der Beklagte reichte (auch binnen der ihm mit Verfügung vom 4. Mai 2011 angesetzten Nachfrist) keine Klageantwort ein. Da die Angelegenheit zu jenem Zeitpunkt noch nicht spruchreif war, wurden die Parteien auf den 1. Dezember 2011 zur Hauptverhandlung vorgeladen (Art. 223 Abs. 2 ZPO). Der Beklagte nahm an der Hauptverhandlung zur ganzen Klage Stellung und nicht nur zu jenen Vorbringen, welche die Klägerinnen neu vortragen liessen.

3.1 Nach Art. 229 Abs. 1 ZPO werden in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie a) ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven) oder b) bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, so können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden (Abs. 2). Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung (Abs. 3). Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung darüber, ob in Verfahren mit Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO) nach Ausbleiben der Klageantwort an der Hauptverhandlung unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können (vgl. Art. 229 Abs. 2 ZPO) oder ob die Position der beklagten Partei durch Art. 229 Abs. 1 ZPO beschränkt wird (Art. 223 ZPO). Die Lehre ist geteilter Meinung. Einerseits wird ausgeführt, dass der Beklagte trotz versäumter Klageantwort immer noch die klägerischen Ausführungen bestreiten und Einreden erheben könne, zumal in Art. 229 Abs. 2 ZPO der Fall der Säumnis nicht erwähnt werde (Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 411; Pahud, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/St. Gallen 2011, N 7 zu Art. 223 ZPO). Andererseits wird dafür gehalten, dass die Verteidigung der beklagten Partei durch Art. 229 Abs. 1 ZPO beschränkt werde. Dies ergebe sich als unmittelbare Folge der Antwortsäumnis und entspreche dem Zweck von Art. 223 ZPO (Frei/Willisegger, Basler Kommentar, Basel 2010, N 14 zu Art. 223 ZPO; Naegeli, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Basel 2010, N 12 zu Art. 223 ZPO).

3.2 Das Kantonsgericht schliesst sich aus den folgenden Gründen der Auffassung von Frei/Willisegger an: Auszugehen ist zunächst vom in der ZPO verankerten Grundsatz, dass sich jede Partei im Vorbereitungsstadium des Prozesses zweimal unbeschränkt äussern kann (Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/St.Gallen 2010, N 8 zu Art. 229 ZPO). Zwar lassen der Wortlaut und die systematische Stellung von Art. 229 Abs. 2 ZPO darauf schliessen, dass an der Hauptverhandlung in jedem Fall zu Beginn neue Tatsachen und Beweismittel vorgetragen werden können, wenn weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden haben. Die Säumnisregel von Art. 223 ZPO steht dazu aber in einem Spannungsverhältnis, wenn die Angelegenheit nach versäumter Klageantwort nicht spruchreif ist und die Parteien zur Hauptverhandlung vorgeladen werden. Sinn und Zweck von Art. 223 ZPO besteht nun darin, dass bei Spruchreife ohne Weiteres ein Säumnisentscheid ergeht, da die Vorbringen der klagenden Partei unbestritten gebliebenen sind. Zur Hauptverhandlung wird nur vorgeladen, wenn die Angelegenheit noch nicht spruchreif ist (Art. 223 Abs. 2 ZPO). In diesem Fall sind die Vorbringen der klagenden Partei unklar, widersprüchlich oder offensichtlich unvollständig oder aber es bestehen erhebliche Zweifel an der Richtigkeit einer unbestritten gebliebenen

Tatsachenbehauptung, so dass gemäss Art. 153 Abs. 2 ZPO darüber von Amtes wegen Beweis abgenommen werden kann (Pahud, a.a.O., N 6 zu Art. 223 ZPO). Unter diesen Umständen liegt es nahe, dass die klagende Partei an der Hauptverhandlung weitere Ausführungen in tatsächlicher Hinsicht vornimmt oder gegebenenfalls neue Beweismittel bezeichnet. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs muss sich die beklagte Partei äussern können, wobei sich der Gehörsanspruch nur auf die neuen Vorbringen und Beweismittel beziehen kann. Die bereits in der Klageschrift vorgebrachten Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bleiben daher weiterhin unbestritten. Diese Auslegung wird auch durch die Entstehungsgeschichte von Art. 229 ZPO bestätigt. Dem Gesetzgeber ging es nicht darum, dass die beklagte, säumige Partei gestützt auf Art. 229 Abs. 2 ZPO prozessuale Versäumnisse nachholen kann. Streitpunkt im Gesetzgebungsprozess war vielmehr der Zeitpunkt der Einsetzung der Eventualmaxime (Konzentrationsgrundsatz) beim ordentlichen Gang des Verfahrens, wenn sich beide Parteien vernehmen lassen, Tatsachenbehauptungen vorbringen und den Standpunkt der Gegenseite bestreiten (vgl. zum Ganzen: Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], a.a.O., N 1 ff. zu Art. 229 ZPO mit Hinweisen; Pahud, a.a.O., N 1 f. zu Art. 229 ZPO). Eine Begünstigung der gemäss Art. 223 ZPO säumig gebliebenen beklagten Partei war demgegenüber nicht gewollt.

3.3 Demzufolge ist der Beklagte mit Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln ausgeschlossen, soweit er sich nicht auf Art. 229 Abs. 1 ZPO berufen kann. (...)

Entscheid des Kantonsgerichts vom 2. Februar 2012 (A3 2011 2)

Art. 257 Abs. 1 ZPO
Regeste:

Art. 257 Abs. 1 ZPO – Das Gericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist und – kumulativ – die Rechtslage klar ist. Wenn dieser Rechtsschutz nicht gewährt werden kann, tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein.

Aus den Erwägungen:

(...)

6. Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist (lit. a) und – kumulativ – die Rechtslage klar ist (lit. b).

6.1 Ein unbestrittener Sachverhalt liegt vor, wenn die beklagte Partei die Behauptungen der klagenden Partei gar nicht bzw. nicht genügend substanziiert bestreitet (Hofmann, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 10 zu Art. 257 ZPO) oder wenn sie diese anerkennt (Koslar, in: Baker & McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, N 6 zu Art. 257 ZPO).

Der Gesuchsgegner hat in seinen Rechtsschriften grundsätzlich die Tatsachenbehauptungen des Gesuchsgegners einzeln und umfassend bestritten.

Dem Gesuchsteller zufolge bestreitet der Gesuchsgegner aber nicht, ihm wichtige Auskünfte betreffend den Nachlass, insbesondere zur N. Stiftung und zur C.L. Ltd., vorzuenthalten. Der Gesuchsgegner behauptet, dass der Gesuchsteller alle relevanten Nachlassakten, die ihm zustehen würden, erhalten bzw. eingesehen habe. Die N. Stiftung selber gehöre nicht zum Nachlass und über deren Vermögenswerte sei der Gesuchsteller, soweit sie seine Erbenstellung betreffen würden, informiert worden. Auch mit Bezug auf die C.L. Ltd. habe der Gesuchsteller vollumfänglich über die relevanten Vermögensverhältnisse Auskunft erhalten, soweit nicht Datenschutzrechte Dritter vorgehen würden. Den Vorschlag, eine Revisionsstelle mit der Einsichtnahme in sämtliche Daten der C.L. Ltd. und der Berichterstattung an die Erben zu beauftragen, habe der Gesuchssteller ohne Begründung abgewiesen. Uneinigkeit besteht zwischen den Parteien somit über den Umfang der Informationspflicht. Diesbezüglich gelten die Behauptungen des

Gesuchstellers als vom Gesuchsgegner rechtsgenügend widersprochen.

Mithin liegt kein unbestrittener Sachverhalt vor.

6.2 Auch wenn die Tatsachenvorbringen des Gesuchstellers bestritten sind, kann Rechtsschutz gewährt werden, wenn die bestrittenen Tatsachen sofort beweisbar bzw. die von der Gegenpartei vorgebrachten Einwendungen sofort entkräftbar sind. Dies setzt sofort verfügbare Beweismittel, d.h. Urkunden, voraus. Expertisen, Zeugeneinvernahmen sowie Parteibefragungen fallen dagegen grundsätzlich ausser Betracht. Nicht sofort bewiesen ist der Sachverhalt, wenn glaubhafte und vertretbare Einreden oder Einwendungen gemacht werden, die Zweifel an der Richtigkeit des Tatsachenvortrags des Gesuchstellers begründen und umfangreiche Abklärungen erfordern. Offenkundig haltlose (Schutz-)Behauptungen vermögen den schnellen Rechtsschutz genauso wenig aufzuhalten, wie die bewusste Verkomplizierung der Angelegenheit durch den Gesuchsgegner, um das Gericht zu verwirren und so den Anschein eines illiquiden Sachverhalts zu erwecken. Für bestrittene Tatsachen hat der Gesuchsteller nach den üblichen Beweislastregeln den vollen Beweis zu erbringen (vgl. Göksu, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, N 8 zu Art. 257 ZPO, mit Hinweisen; Koslar, a.a.O., N 9 ff. zu Art. 257 ZPO; Sutter-Somm/ Lötscher, in: Sutter-Somm, Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 4 ff. zu Art. 257 ZPO, mit Hinweisen).

Der Gesuchsteller behauptet zusammenfassend, dass die N. Stiftung zum Nachlass gehören würde, weshalb ihm ein umfassender Informationsanspruch darüber zustehe. Dies wird vom Gesuchsgegner bestritten. Seine Behauptung hat der Gesuchsteller mit dem Hinweis auf die eingereichten Belege 2 und 38 zu seinem Gesuch nicht derart nachgewiesen, dass keine ernsthaften Zweifel mehr darüber bestehen oder die verbleibenden Zweifel als leicht erscheinen (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 18 N 38).

Mit Bezug auf einen Informationsanspruch zur C.L. Ltd. macht der Gesuchsteller geltend, es sei nicht auszuschliessen, dass diese Drittpersonen bei Steuervergehen behilflich gewesen sei, was eine potenzielle Haftung des Nachlasses und/oder der Erben zur Folge haben könne. Der Gesuchsgegner bestreitet dies ausführlich und hält fest, dass aus der Geschäftstätigkeit der C.L. Ltd. und ihrer Organe keinerlei Risiko für den Nachlass hergeleitet werden könne. Bezüglich der Policen Dritter bestehe seitens der Aktionäre – wozu der Erblasser zählte – keine Haftung. Somit bestehe auch kein Haftungsrisiko für den Nachlass. Im Übrigen habe die Revisionsstelle in ihren Revisionsstellenberichten nie ein Haftungsrisiko der C.L. Ltd. qualifiziert. Dass ein potenzielles Haftungsrisiko besteht, hat der Gesuchsteller bei diesen Einwänden ebenfalls nicht rechtsgenügend nachgewiesen.

Mithin kann auch nicht davon gesprochen werden, dass die vom Gesuchsgegner bestrittenen Tatsachen vom Gesuchsteller sofort bewiesen oder entkräftet worden sind.

6.3 Weiter muss die Rechtslage klar sein. Das setzt voraus, dass über die Bedeutung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel bestehen darf. Dies trifft zu, wenn sich aus dem Wortlaut des objektiven Rechts oder aus einer gefestigten Ansicht in Lehre und/oder Praxis eine eindeutige Antwort ergibt. Ist die Subsumtion dagegen nicht offenkundig, müssen ausgiebig juristische Recherchen angestellt werden, stellen sich heikle juristische Abgrenzungsfragen, verweist eine Norm auf richterliches Ermessen (z. B. bei Treu und Glauben oder wichtige Gründe) bzw. handelt es sich um Generalklauseln, besteht keine einschlägige Gerichtspraxis oder sind die Lehrmeinungen kontrovers, so liegt keine klare Rechtslage vor. Besteht eine Rechtsprechung des Bundesgerichts, so ist die Rechtslage klar, auch wenn sie von der Lehre kritisiert wird. Die Anwendung von ausländischem Recht schliesst den Rechtsschutz in klaren Fällen nicht grundsätzlich aus, wenn das Gericht es kennt und kein Gutachten erforderlich ist bzw. wenn dessen Abklärung dem Zweck der Gewährung des schnellen Rechtsschutzes nicht zuwiderläuft (vgl. Göksu, a.a.O., N 11 zu Art. 257 ZPO; Jent-Soerensen, in Oberhammer, Kurzkommentar ZPO, Basel 2010, N 7 ff.).

Vorliegend berufen sich die Parteien auf BGE 90 II 365, BGE 127 III 396 und BGE 132 III 677, interpretieren diese Entscheide jedoch ganz unterschiedlich und leiten daraus andere Ansprüche ab. Bereits dies zeigt, dass die juristische Subsumtion nicht offenkundig ist und heikle juristische Abgrenzungsfragen bestehen, was dem klaren Rechtsschutz widerspricht.

Die N. Stiftung untersteht als liechtensteinische Stiftung grundsätzlich dem liechtensteinischem Recht. Unterschiedlicher Auffassung sind die Parteien darüber, wem die N. Stiftung «gehört» und insbesondere welches Recht auf Auskünfte der N. Stiftung anwendbar ist. Zwar richtet sich das Auskunftsrecht des Gesuchstellers nach BGE 132 III 648 ff. nach Schweizer Recht. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob und in welchem Umfang die N. Stiftung Dritten, d.h. auch den Erben eines Begünstigten, Auskunft zu erteilen hat und ob allenfalls doch ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des Gesuchsgegners als Stiftungsrat der N. Stiftung besteht. Diese Fragen beurteilen sich nach liechtensteinischem Recht, welches nicht bekannt ist und auch nicht sofort und schnell durch zumutbaren Aufwand im Sinne des klaren Rechtsschutzes abgeklärt werden kann. Mithin wäre das vom Gesuchsgegner beantragte Gutachten einzuholen, was beim klaren Rechtsschutz nicht zulässig ist. Insoweit der Gesuchsteller geltend macht, er sei in die Rechtsstellung des Erblassers eingetreten, richtet sich sein Auskunftsrecht ebenfalls nach liechtensteinischem Recht, weil er nicht eine Erbschaftsklage führt, sondern nur die Klage, die seinem Rechtsvorgänger zustand (vgl. BGE 132 III 681 und 687).

Ob dem Gesuchsteller Auskunftsansprüche zu den Versicherungspolicen Dritter bei der C.L. Ltd. zustehen, ist zwischen den Parteien umstritten. Der Gesuchsteller beruft sich dafür auf BGE 90 II 365 und ein vertragliches Auskunftsrecht, während der Gesuchsgegner Datenschutzrecht und das Auskunftsrecht eines Aktionärs ins Feld führt. Auch dies zeigt, dass die Vorgaben gemäss Ziff. 6.3 Abs. 1 der Erwägungen nicht gegeben sind.

Mithin kann auch nicht davon gesprochen werden, dass die Rechtslage genügend klar ist, um den beantragten Rechtsschutz zu gewähren.

7. Gemäss Art. 257 Abs. 3 ZPO tritt das Gericht nicht auf das Gesuch ein, wenn dieser Rechtsschutz nicht gewährt werden kann.

Kein materieller Entscheid kann ergehen, wenn das Gericht auf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen nicht eintreten kann, weil die Voraussetzungen für ein solches Verfahren fehlen, namentlich der Sachverhalt nicht liquid ist oder kein klares Recht vorliegt. Sobald die Gegenpartei glaubhafte Einwände vorbringen kann, darf das Gericht die Sache nicht materiell prüfen und muss einen Nichteintretensentscheid fällen. Der richterliche Entscheid beschränkt sich in einem solchen Fall auf das (Nicht-)Vorliegen der Liquidität des Rechts oder der Sachlage (Sutter-Somm / Lötscher, a.a.O., N 31 zu Art. 257 ZPO).

Wie oben ausgeführt ist dies vorliegend gegeben, und es hat daher ein Nichteintretensentscheid zu erfolgen. Bei dieser Sach- und Rechtslage müssen die weiteren Einwände des Gesuchsgegners nicht weiter überprüft werden.

Entscheid des Kantonsgerichts, Einzelrichter, vom 4. Juni 2012 (ES 2011 730)

Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO
Regeste:

Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO – Jedes gerichtliche Eingreifen setzt unter anderem ein schutzwürdiges Interesse der klagenden oder gesuchstellenden Partei voraus. Fehlt diese grundlegendste Prozessvoraussetzung, tritt das Gericht auf die Klage oder das Gesuch nicht ein. Dieses sog. Rechtsschutzinteresse kann rechtlicher oder tatsächlicher Art sein. Bei Unterlassungsbegehren ist das Rechtsschutzinteresse gegeben, wenn die widerrechtliche Handlung, auf welche das Begehren gerichtet ist, unmittelbar droht,

d.h. wenn das Verhalten des Gesuchsgegners die künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt. Indiz für einen bevorstehenden Eingriff kann die Tatsache sein, dass analoge Eingriffe in der Vergangenheit stattgefunden haben (Wiederholungsgefahr) und eine Verwarnung keine Wirkung gezeigt hat oder zwecklos wäre. Eine Wiederholungsgefahr darf in der Regel schon dann angenommen werden, wenn der Beklagte die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens bestreitet, ist doch dann zu vermuten, dass er es im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit weiterführen wird. Als Prozessvoraussetzung muss das Rechtsschutzinteresse an der Unterlassungsklage im Zeitpunkt der Urteilsfällung noch vorhanden sein. Fällt das anfänglich vorhandene Rechtsschutzinteresse während der Dauer des Prozesses weg, so insbesondere auch bei vollständiger Erfüllung des strittigen Anspruchs im Laufe des Verfahrens, wird das Gesuch gegenstandslos und es kann darauf nicht mehr eingetreten werden.

Aus dem Sachverhalt:

1. Die in den Vereinigten Staaten domizilierte X. International Inc. (nachfolgend: Gesuchstellerin 1) und die X. (Schweiz) AG in B. (nachfolgend: Gesuchstellerin 2) gehören zum X.-Konzern, der u.a. im Bereich Drucker und Druckerzubehör tätig ist. Er vertreibt namentlich auch als «Druckerpatronen» bezeichnete Tinten- und Tonerkartuschen. Die Gesuchstellerin 1 ist u.a. Inhaberin der seit dem 17. März 1992 eingetragenen schweizerischen Wort-Bildmarke Nr. YZ «X., fig.», die das Logo von X. u.a. für Druckertinte in Klasse 2 schützt. Die Gesuchstellerin 2 ist die schweizerische Ländergesellschaft der X.-Gruppe und zeichnet für das auf die Schweiz ausgerichtete Internet-Angebot von X. verantwortlich.

2. Die in A. domizilierte D. AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) betreibt eine Internetseite, auf der sie u.a. Druckertinte und Druckertoner bewirbt. Sie betreibt sodann unter einer anderen Internetadresse einen Online-Shop, auf dem sie namentlich Druckerpatronen bzw. -kartuschen zum Kauf anbietet. Ihr Angebot enthält einerseits Originalware und andererseits wiederbefüllte Druckerkartuschen bzw. -patronen, wobei hierfür gebrauchte Kartuschen von Herstellern verwendet werden, die mit Toner und Tinte gefüllt werden, welche nicht vom Originalhersteller stammen.

3. Mit Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 18. Juli 2012 wandten sich die Gesuchstellerinnen an den Einzelrichter am Obergericht des Kantons Zug und stellten das eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren. Zur Begründung führten sie im Wesentlichen aus, die Gesuchsgegnerin vertreibe u.a. gebrauchte Originaltinten und -tonerkartuschen der Gesuchstellerinnen, die mit Tinte bzw. Toner unbekannter Dritthersteller wiederbefüllt worden seien. Diese Produkte bezeichne die Gesuchsgegnerin jeweils mit dem Markennamen des Originalherstellers (hier z. B. «X.») und dem unspezifischen Zusatz «Swisstoner» (also «X. Swiss Toner»). Die Gesuchsgegnerin bewerbe und vertreibe solche wiederbefüllte Kartuschen so, dass sie als Originalware - mit Originaltinte und -toner - erschienen, was täuschend sei. Sie verwende dazu ausserdem das als Marke eingetragene X.-Logo und den Namen «X.», was markenrechtswidrig sei. Durch dieses Verhalten würden allfällige Qualitätsmängel auf die Gesuchstellerinnen zurückfallen und die Reputation des Brands «X.» und den Ruf der Gesuchstellerinnen irreparabel zu beschädigen drohen. Nichts garantiere, dass es sich bei der verwendeten Ersatztinte bzw. beim Ersatztoner nicht um minderwertige oder auch nur für den bestimmten Drucker ungeeignete Ware handle, wodurch die Druckqualität sinke, aber auch das Druckgerät selbst beschädigt werden könne, z. B. wenn die Partikelgrösse des Toners ungeeignet sei. Die Gefahr solcher Qualitätsmängel verschärfe sich noch, wenn Verschleissteile der Originalkartuschen nicht ausgewechselt würden, wenn also durch den Erstgebrauch abgenutzte Bestandteile der Kartuschen nicht ersetzt würden. Auch die Handhabung der Kartuschen könne beeinträchtigt sein, z. B. durch austretenden Toner bzw. austretende Tinte. Sobald solche Kartuschen nicht eindeutig als gebrauchte und mit Tinte oder Toner vom Dritten wiederbefüllte Kartuschen angepriesen und verkauft würden, würden Mängel notwendigerweise und zu Unrecht der Herstellerinnen zugeordnet. Die Frage laute vorliegend nicht, ob das Anbieten bzw. das Verkaufen von wiederbefüllten Markenkartuschen für sich genommen zulässig sei. Es gehe allein um die Art und Weise des Angebots und des Verkaufs solcher Kartuschen. Fehlzurechnungen zu Lasten der Gesuchstellerinnen müssten ausgeschlossen werden. Die Gesuchsgegnerin lege es aber geradezu auf Fehlzurechnungen

an. Wenn sie auf ihrem Online-Shop wiederbefüllte X.-Druckerkartuschen unter der Überschrift «Angebote für X. Swiss Toner» anbiete, liege schon in der Verwendung des Kennzeichens «X. Swiss Toner» eine Täuschung des Publikums vor. Die Verwendung des Hauptbestandteils der Marke bzw. der Firma der Gesuchstellerinnen als Bestandteil der Produktbezeichnung enthalte die eindeutige - aber unzutreffende - Aussage, das betreffende Produkt stamme von X.. Der Zusatz «Swiss Toner» sei untauglich, diese Irreführung zu verhindern. Er kläre den Konsumenten nicht darüber auf, dass das Produkt kein Original mehr sei. Wenn dieser Zusatz überhaupt einen erkennbaren Aussagegehalt hätte, dann diesen, dass die betreffende Originaldruckerkartusche aus der Schweiz stammenden Toner enthalte oder für den schweizerischen Markt bestimmt sei. Der Aussagegehalt sei also «von X. hergestellter Swiss Toner». Ein Hinweis, dass es sich trotz der Verwendung der Bezeichnung «X.» nicht um Originalware handle, fehle damit. Klicke man dann auf der Übersichtsseite über «X. Swiss Toner» auf einen bestimmten Druckertyp zur Auswahl der passenden Kartuschen, so verstärke sich die Täuschung. Die Angebote für konkrete Kartuschen enthielten nämlich die von Lexmark für die Originalkartuschen verwendete Artikelnummer, z. B. «X. Swiss Toner 23B8172 / Kapazität 21'000 Seiten / Farbe schwarz». Auf dem unteren Abschnitt der Angebotsseite der Gesuchsgegnerin finde sich sodann ein Aufklappmenu zur Auswahl des konkreten Kartuschen-Typs. In diesem Menu fehle der Zusatz «Swiss Toner», womit die vollständige und korrekte Bezeichnung der Original-Druckerkartusche der Gesuchstellerinnen, einschliesslich der korrekten Artikelnummer erscheine. Die Gesuchsgegnerin biete wiederbefüllte Kartuschen nicht nur über das Internet, sondern auch telefonisch als Originalware an. Wiederbefüllte Kartuschen würden auf unrechtmässige Weise nicht nur beworben und angeboten, sondern auch tatsächlich verkauft und vertrieben, wie die durch eidesstattliche Versicherungen und Fotodokumentationen belegten Beispiele von E.F. und G.H. vom 13. Juli 2012 bzw. 1. März 2012 zeigten. Die Gesuchsgegnerin verhalte sich sodann auf die verschiedenen Abmahnungen ausweichend und halte an der Rechtmässigkeit ihres Vorgehens weitgehend fest.

4. Mit Eingabe vom 16. August 2012 nahm die Gesuchgegnerin zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen Stellung und beantragte, darauf nicht einzutreten. Sie machte im Wesentlichen geltend, dass den Gesuchstellerinnen das notwendige Rechtsschutzinteresse am Unterlassungsbegehren fehle; sie habe die vorliegend geforderte Unterlassung bereits auf erste Aufforderung hin anerkannt und faktisch umgesetzt. Bis zur ersten Aufforderung der Gesuchstellerin vom 25. Mai 2012 sei sich die Gesuchsgegnerin nicht bewusst gewesen, durch den Gebrauch von X.-Bezeichnungen für wiederbefüllte Druckerkartuschen in die Markenrechte der Gesuchstellerinnen einzugreifen. Vielmehr habe sie durch den entsprechenden Hinweis signalisieren wollen, dass es sich bei den entsprechenden Produkten um wiederbefüllte Kartuschen gehandelt habe, welche für X.-Drucker bestimmt bzw. mit diesen kompatibel seien. Den Eindruck, dass es sich hierbei um originale X.-Tinte oder originalen X.-Toner handle, habe die Gesuchsgegnerin nie erwecken wollen. Entsprechend habe sie auch den Gebrauch des X.-Logos sowie der Bezeichnung «X. Swiss Toner» für nicht mit Originaltinte befüllte Druckerkartuschen nach Erhalt der Abmahnung Anfang Juni 2012 sofort eingestellt. Im Nachgang dazu habe sie auch nie irgendeinen Anlass geliefert, dass sie das beanstandete Verhalten wieder aufnehmen würde. Den Gesuchstellerinnen mangle es daher am für das vorliegende Unterlassungsbegehren erforderlichen Rechtsschutzinteresse. Sie habe den gestellten Unterlassungsanspruch der Gesuchstellerinnen nie bestritten. Entsprechend sei sie der Ansicht, dass eine strafrechtliche Sicherung der Unterlassung gemäss Art. 292 StGB nicht nötig sei. Da das Unterlassungsbegehren aber anerkannt sei, werde dessen Anordnung ins gerichtliche Ermessen gestellt. Dass die Anerkennung juristisch nicht so präzise abgefasst worden sei, wie sich das die Gesuchstellerinnen gewünscht hätten, liege darin begründet, dass die Gesuchsgegnerin nicht anwaltlich vertreten gewesen sei. Vor diesem Hintergrund wäre das vorliegende Verfahren nicht nötig gewesen und die Gesuchsgegnerin sei nicht bereit gewesen, das aggressive Vorgehen zu finanzieren, zumal sie die sehr bzw. zu weitgehende Unterlassungserklärung der Gesuchstellerin nicht habe unterzeichnen können und in diesem Umfang auch nicht habe unterzeichnen müssen. Dementsprechend seien auch im Falle des Eintretens auf das Gesuch die Prozesskosten als unnötige Kosten den Gesuchstellerinnen aufzuerlegen.

5. Mit Eingabe vom 27. August 2012 replizierten die Gesuchstellerinnen unaufgefordert und hielten an ihrem Rechtsbegehren grundsätzlich fest. Eventualiter, für den Fall, dass der Einzelrichter auf das Gesuch

wider Erwarten nicht eintreten sollte, beantragten sie, dass die Kosten der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen seien und diese zu verpflichten sei, den Gesuchstellerinnen eine Prozessentschädigung von CHF 13'264.25 zu bezahlen. Die Gesuchsgegnerin äusserte sich - ebenfalls unaufgefordert - zu dieser Replik mit Eingabe vom 5. September 2012 und beantragte die Abweisung der Anträge der Gesuchstellerinnen.

Aus den Erwägungen:

1. Die Gesuchstellerinnen halten in ihrer Replik zutreffend fest, dass die Gesuchsgegnerin sowohl die Sachverhaltsdarstellung als auch die rechtliche Qualifikation durch die Gesuchstellerinnen, soweit sie sich auf die ihr vorgeworfenen Handlungen beziehen, nicht bestreiten und damit anerkennen. Bestritten ist hingegen das Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerinnen.

2. Jedes gerichtliche Eingreifen setzt unter anderem ein schutzwürdiges Interesse der klagenden oder gesuchstellenden Partei voraus (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Fehlt diese grundlegendste Prozessvoraussetzung, tritt das Gericht auf die Klage oder das Gesuch nicht ein. Staatlicher Rechtsschutz soll nicht Selbstzweck sein. Dieses sog. Rechtsschutzinteresse kann rechtlicher oder tatsächlicher Art sein (Züricher, in: Sutter-Somm/Leuenberger/Hasen-böhler [Hrsg.], Kommentar ZPO, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 59 N 12). Bei Unterlassungsbegehren ist das Rechtsschutzinteresse gegeben, wenn die widerrechtliche Handlung, auf welche das Begehren gerichtet ist, unmittelbar droht, d.h. wenn das Verhalten des Gesuchsgegners die künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt (BGE 116 II 357 E. 2a mit Hinweisen). Indiz für einen bevorstehenden Eingriff kann die Tatsache sein, dass analoge Eingriffe in der Vergangenheit stattgefunden haben (Wiederholungsgefahr) und eine Verwarnung keine Wirkung gezeigt hat oder zwecklos wäre (BGE 90 II 51 E. 9). Eine Wiederholungsgefahr darf in der Regel schon dann angenommen werden, wenn der Beklagte die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens bestreitet, ist doch dann zu vermuten, dass er es im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit weiterführen wird (BGE 102 II 122 E. 1; David, in: Von Büren/David, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIW) Bd. I/2, S. 77). Als Prozessvoraussetzung muss das Rechtsschutzinteresse an der Unterlassungsklage im Zeitpunkt der Urteilsfällung noch vorhanden sein (BGE 109 II 338 E. 3). Fällt das anfänglich vorhandene Rechtsschutzinteresse während der Dauer des Prozesses weg, so insbesondere auch bei vollständiger Erfüllung des strittigen Anspruchs im Laufe des Verfahrens, wird das Gesuch gegenstandslos und es kann darauf nicht mehr eingetreten werden (BGE 111 Ib 182 E. 2a; 109 II 165 E. 2). Eine förmliche Abstandserklärung des Verletzers, mit welcher sich dieser dazu verpflichtet, das beanstandete Verhalten zu unterlassen, genügt nur, wenn der Verletzer die Ansprüche des Klägers auch materiell anerkennt. Dabei hat die Erklärung vorbehaltlos zu erfolgen und der Parteiwillen hat aus dieser klar hervorzugehen (BGE 124 III 72 E. 2a).

2.1 Die Gesuchsgegnerin macht geltend, sich dem Unterlassungsbegehren der Gesuchstellerinnen bereits auf deren erste Aufforderung vom 25. Mai 2012 hin unterzogen und dieses faktisch umgesetzt zu haben, weshalb es von Anfang an einem Rechtsschutzinteresse für das vorliegende Massnahmegesuch gefehlt habe. Dem kann nicht beigepflichtet werden: In der Tat wurden am 4. Juni 2012 entgegen der Aussage der Gesuchsgegnerin in ihrem Schreiben an die Gesuchstellerinnen vom selben Datum auf ihrer Website weiterhin nicht original befüllte Kartuschen unter Verwendung der Wortbildmarke „X., fig." angeboten, wie aus act. 7/30 hervorgeht. Die Gesuchsgegnerin war aber offenbar namentlich auch nicht bereit, eine ausdrückliche und klare Zusicherung für ihr diesbezügliches künftiges Verhalten abzugeben, schwieg sie sich doch einfach zur entsprechenden Aufforderung der Gesuchstellerinnen aus (vgl. act. 1/24 S. 4 lit. f; act. 1/25 S. 1 zu lit. f). Wenn die Gesuchstellerinnen unter diesen Umständen auf eine verbindliche Unterlassungserklärung für die Zukunft durch die Gesuchsgegnerin beharrten, ist das nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Die gesuchsgegnerische Stellungnahme hiezu, „Was wir mit unserem Namen verantworten können, werden wir in Zukunft auch tun", mussten die Gesuchstellerinnen tatsächlich als Ausflucht interpretieren, so dass sie Anlass hatten, am künftigen rechtskonformen Verhalten der Gesuchsgegnerin zu zweifeln. Daran ändert nichts, dass die Gesuchsgegnerin damals nicht anwaltlich vertreten war und - wie sie geltend macht - an die Formulierung ihrer 'Unterlassungserklärung'

keine "überhöhte Anforderungen“ gestellt werden dürften und die von den Gesuchstellerinnen vorgelegte Erklärung ohnehin zu weitgehend und übervorteilend gewesen sei. Auch als juristische Laiin hätte sie unmissverständlich erklären können, auch künftig vom beanstandeten Verhalten Abstand zu nehmen, ohne sich den ihrer Ansicht nach zu weitgehenden Ansprüchen der Gesuchstellerinnen zu unterziehen. Demzufolge hatten die Gesuchstellerinnen durchaus Anlass, Zweifel daran zu hegen, ob die Gesuchsgegnerin ihr beanstandetes Verhalten künftig nicht doch wieder aufnehmen würde. Dementsprechend kann nicht gesagt werden, die Gesuchstellerinnen hätten kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse gehabt, als sie das vorliegende Massnahmeverfahren einleiteten.

2.2 Wie erwähnt, anerkennt die Gesuchsgegnerin den gerichtlich geltend gemachten Anspruch der Gesuchstellerinnen auf Unterlassung des ihr vorgeworfenen Verhaltens in ihrer Gesuchsantwort im vorliegenden Verfahren vollumfänglich und vorbehaltlos. Das zeigt sich nicht zuletzt auch darin, dass sie die Anordnung des Unterlassungsbegehrens ins richterliche Ermessen stellt (act. 6 Rz 6). Sie bestreitet die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens in keiner Weise, sondern macht geltend, sie sei sich bis zur ersten Abmahnung vom 25. Mai 2012 nicht bewusst gewesen, durch den Gebrauch von X.-Bezeichnungen für wiederbefüllte Druckerkartuschen in die Markenrechte der Gesuchstellerinnen einzugreifen. Sie habe dadurch auch nie den Eindruck erwecken wollen, es handle sich dabei um originale X.-Tinte oder um originalen X.-Toner; vielmehr habe sie lediglich darauf hinweisen wollen, dass es sich um Kartuschen handle, welche für X.-Drucker bestimmt bzw. mit diesen kompatibel seien. Wie es sich damit tatsächlich verhält, ist unerheblich. Die Ausführungen zeigen jedenfalls, dass die Gesuchsgegnerin die Widerrechtlichkeit ihres Vorgehens nicht bestreitet. Unter diesen Umständen kann aber nicht mehr von einer Wiederholungsgefahr gesprochen werden. Es sind denn auch sonst keine Anhaltspunkte ersichtlich, die für eine solche Gefahr sprächen. Daran ändert nichts, dass die Gesuchsantwort der Gesuchsgegnerin keine - explizite - Verpflichtungserklärung enthalte, das beanstandete Verhalten in Zukunft zu unterlassen, wie die Gesuchstellerinnen geltend machen. Immerhin erklärt diese in der Gesuchsantwort ausdrücklich, sie werde „den Status quo beibehalten“, weil sie mit Sicherheit in kein neues Massnahmeverfahren verstrickt werden wolle. Ist aber das Rechtsschutzinteresse nachträglich dahingefallen, ist das Massnahmeverfahren als gegenstandslos abzuschreiben.

3. Nach Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO sind die Kosten nach richterlichem Ermessen zu verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht. Dabei ist etwa zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage hatte, ob die Klägerin überstürzt (z. B. ohne jede Mahnung und ohne jede vorgerichtliche Kontaktnahme) vorgegangen ist, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit geführt haben (Gasser/Rickli, ZPO, Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art.107 N 2). Wie oben dargelegt, ist das Rechtsschutzinteresse erst im Laufe des Verfahrens aufgrund der Gesuchsantwort dahingefallen. Es rechtfertigt sich daher, die Prozesskosten der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen. Die Entscheidgebühr richtet sich dabei nach § 12 Abs. 1 i.V.m. § 11 und § 5 Abs. 1 KoV OG und die Parteientschädigung nach § 3 i.V.m. § 6 und § 5 Abs. 1 Ziff. 2 AnwT. Auszugehen ist von einem Streitwert von über CHF 30’000.–. Die Entscheidgebühr ist - unter Berücksichtigung, dass das Massnahmebegehren nicht materiell beurteilt werden musste - auf CHF 1’000.– festzusetzen und die Parteientschädigung auf CHF 4’500.– (inkl. Auslagen). Zur eingereichten Rechnung der Rechtsvertreter der Gesuchstellerinnen über CHF 13’264.25 ist zu bemerken, dass diese einerseits den geleisteten Gerichtskostenvorschuss enthält, der den Gesuchstellerinnen bis auf die Entscheidgebühr ohnehin zurückerstattet und ihnen im Betrag dieser Entscheidgebühr ein Rückforderungsanspruch gegenüber der Gesuchsgegnerin eingeräumt wird. Soweit die Rechnung sodann auch die vor- bzw. ausserprozessualen Bemühungen beinhaltet, können diese nicht unter dem Titel der Parteientschädigung geltend gemacht werden. Auf der anderen Seite kann nicht gesagt werden, die unaufgefordert eingereichte Replik der Gesuchstellerinnen sei unnötig gewesen und daher nicht entschädigungsberechtigt.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 29. Oktober 2012

Art. 117 ZPO
Regeste:

Art. 117 ZPO – Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Soweit der um unentgeltliche Rechtspflege ersuchende Elternteil mit einem oder mehreren unterhaltsberechtigten Kindern zusammenlebt und vom getrennt lebenden oder geschiedenen Elternteil Kinderunterhaltsbeiträge und Kinderzulagen erhält, können ihm diese nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Lehre nicht als Einkommen aufgerechnet werden. Auf der Einkommensseite sind die geleisteten Kinderunterhaltsbeiträge und Kinderzulagen nicht aufzurechnen, während bedarfseitig eine angemessene Kürzung des Mietzinses vorzunehmen ist und die für die Kinder zu leistenden Krankenkassenprämien sowie die weiteren Zuschläge für die Kinder wegzulassen sind.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Soweit der um unentgeltliche Rechtspflege ersuchende Elternteil mit einem oder mehreren unterhaltsberechtigten Kindern zusammenlebt und vom getrennt lebenden oder geschiedenen Elternteil Kinderunterhaltsbeiträge und Kinderzulagen erhält, können ihm diese nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Lehre nicht als Einkommen aufgerechnet werden. Die Unterhaltsbeiträge sind ausschliesslich für das Kind und nicht dazu bestimmt, die Lebenshaltungskosten des obhutsberechtigten Ehegatten zu decken. Das Kind ist diesfalls bei der Ermittlung der Bedürftigkeit auszuklammern: Auf der Einkommensseite sind die geleisteten Kinderunterhaltsbeiträge und Kinderzulagen nicht aufzurechnen, während bedarfseitig eine angemessene Kürzung des Mietzinses vorzunehmen ist und die für die Kinder zu leistenden Krankenkassenprämien sowie die weiteren Zuschläge für die Kinder wegzulassen sind (Lukas Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 117 N 32; Frank Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/ Genf 2010, Art. 117 N 6; Viktor Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 117 N 10; BGE 115 Ia 325 ff. u. BGer 7B.35/2005 vom 24. März 2005). Der Umfang der Kürzungen ist dabei nach dem vorzitierten, in der amtlichen Sammlung publizierten Bundesgerichtsentscheid dem richterlichen Ermessen anheimgestellt.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 12. April 2012

Art. 119 ZPO, Art. 326 ZPO
Regeste:

Art. 119 ZPO, Art. 326 ZPO – Das Novenverbot im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 326 ZPO gilt auch im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege, unabhängig davon, dass in diesem Verfahren der beschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt (E. 2.4). Stellt die klagende Partei ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hat die beklagte Partei im Hauptprozess auch im UP-Verfahren Parteistellung. Sie ist im UP-Verfahren anzuhören und ihr ist bei Obsiegen auch eine Parteientschädigung zuzusprechen (E. 3.3)

Aus den Erwägungen:

(...)

1.1 Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär zu allfälligen Unterhaltspflichten (insbesondere zur Prozesskostenvorschusspflicht der Ehegatten). Die Bedürftigkeit ist zu verneinen, wenn der Gesuchsteller finanzielle Mittel auf Grundlage solcher Verpflichtungen erhältlich machen kann. Leben Ehegatten in

einem gemeinsamen Haushalt ist deshalb ihr gemeinsames Einkommen, Vermögen und notwendiger Lebensunterhalt in einer Gesamtrechung zu bestimmen (Lukas Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 117 N 29; Viktor Rüegg, in Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 117 N 13).

(...)

2.4 Soweit der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren zur Bedürftigkeit neue Tatsachenbehauptungen aufstellt und neue Beweismittel einreicht, ist er damit nicht zu hören. Diese Vorbringen sind aufgrund des Novenverbots gemäss Art. 326 ZPO ausgeschlossen, unabhängig davon, dass im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege der beschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt (BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.4 f.; BZ 2011 98; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7379; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 326 N 3 - 5; Karl Spühler, in: Spühler / Tenchio / Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 326 N 2 f.; Peter Volkart, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 326 N 4; Alexander Brunner, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, Basel 2010, Art. 326 N 4; a.A. Lukas Huber, a.a.O., Art. 121 N 9).

(...)

3.1 Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

3.2 Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (BGE 137 III 470 ff. = BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 6).

3.3 Der anwaltlich vertretene Beschwerdegegner verlangt für das vorliegende Verfahren eine Entschädigung. Diesem Antrag ist aus folgenden Gründen zu entsprechen: Nach Art. 119 Abs. 3 Satz 2 ZPO ist die Gegenpartei des Hauptprozesses immer anzuhören, wenn die unentgeltliche Rechtspflege die Leistung der Sicherheit für die Parteientschädigung umfassen soll. Dies ist immer dann der Fall, wenn die klagende Partei ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt. Ausgenommen von einer Pflicht zur Anhörung bei einem Gesuch der klagenden Partei ist der eher unwahrscheinliche Fall, dass ausdrücklich keine Befreiung von der Kautionspflicht beantragt wird. Ansonsten kommt der Gegenpartei Parteistellung zu, weshalb sie zwingend anzuhören ist und ihr bei Obsiegen auch eine Parteientschädigung zu entrichten ist (Lukas Huber, a.a.O., Art. 119 N 23; Viktor Rüegg, a.a.O., Art. 119 N 9).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 12. April 2012

Art. 147 ZPO, Art. 219 ZPO, Art. 223 ZPO
Regeste:

Art. 147 ZPO, Art. 219 ZPO, Art. 223 ZPO – Nachfristansetzung zur Einreichung einer Gesuchsantwort. Im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren, in welchem das Gericht bei versäumter Klageantwort der beklagten Partei eine kurze Nachfrist ansetzen muss, ist in dem im summarischen Verfahren durchzuführenden Rechtsöffnungsverfahren eine Nachfristansetzung nach unbenutztem Ablauf der Frist zur Beantwortung des Rechtsöffnungsgesuchs nicht erforderlich. Vielmehr kann der Richter, sofern er in der Aufforderung zur Einreichung der Gesuchsantwort auf die Säumnisfolgen hingewiesen hat, androhungsgemäss ohne Vernehmlassung über das Rechtsöffnungsbegehren entscheiden.

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführerin macht in der Beschwerde zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe

Art. 219 i.V.m. Art. 223 Abs. 1 ZPO verletzt, indem sie ihr nach unbenutztem Ablauf der Frist zur Einreichung einer Gesuchsantwort keine Nachfrist angesetzt und über das Rechtsöffnungsgesuch ohne ihre Stellungnahme entschieden habe. Sie beantragt daher die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache zur Nachfristansetzung und anschliessenden Neubeurteilung an die Vorinstanz.

(...)

3. Die Beschwerdeführerin wurde vom Rechtsöffnungsrichter am 15. Juli 2011 zur Einreichung einer Gesuchantwort innert sieben Tagen aufgefordert. Die Aufforderung wurde der Beschwerdeführerin mithin während den vom 15. bis 31. Juli 2011 dauernden Betreibungsferien zugestellt. Sie gilt damit am ersten Werktag nach den Betreibungsferien als zugestellt (Art. 31 i.V.m. Art. 56 SchKG; Thomas Bauer, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. A., Basel 2010, Art. 56 N 7a u. N 54 f.). Die Vernehmlassungsfrist begann somit am 3. August 2011 zu laufen und endete am 9. August 2011. Innert dieser Frist hat die Beschwerdeführerin keine Gesuchsantwort eingereicht und hat damit die Frist nicht eingehalten (Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 143 Abs. 1 ZPO).

4.1 Die in Art. 147 ZPO geregelte Säumnis und ihre verfahrensrechtlichen Folgen beziehen sich auf die gesetzlichen und richterlichen prozessualen Fristen der ZPO (Adrian Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 147 N 3). Nach dieser Bestimmung ist eine Partei säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgemäss vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint (Abs. 1). Das Verfahren wird ohne die versäumte Handlung weitergeführt, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Abs. 2). Für das ordentliche Verfahren sieht Art. 223 Abs. 1 ZPO vor, dass das Gericht bei versäumter Klageantwort der beklagten Partei eine kurze Nachfrist ansetzt.

4.2 Fraglich ist, ob diese Bestimmung auch für das im summarischen Verfahren durchzuführenden Rechtsöffnungsverfahren anwendbar ist, nachdem im summarischen Verfahren die Folgen bei versäumter Gesuchsantwort nicht explizit geregelt sind und nach Art. 219 ZPO die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren gelten, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Das Bundesgericht hat sich - soweit ersichtlich - dazu noch nicht geäussert und in der Lehre werden unterschiedliche Ansichten vertreten. Für eine analoge Anwendbarkeit von Art. 223 Abs. 1 ZPO auf das summarische Verfahren plädieren Stephan Mazan (in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 253 N 16), Eric Pahud (in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 219 N 14 u. Art. 223 N 9) und Isaak Meier (Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/ Basel/Genf 2010, S. 413), während sich Sylvia Frei/Daniel Willisegger (in: Spühler/Tenchio/ Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 223 N 17), Martin Kaufmann (in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 253 N 19 - 21), Dominik Gasser/Rahel Müller/Tamara Pietsch-Kojan (Ein Jahr Schweizerische ZPO - ein Erfahrungsbericht, in: Anwaltsrevue 1/2012, S. 11) und Denis Tappy (in: Bohnet et al. [Hrsg.], Code de procédure civil, Basel 2011. Art. 223 N 27) gegen eine Nachfristansetzung gemäss Art. 223 ZPO aussprechen.

4.3 In der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung wird zu Art. 216 E-ZPO (Art. 219 ZPO) ausgeführt: «Der ordentliche Prozess ist das *Grundverfahren* des Entwurfs. Seine Regeln gelten daher nicht nur für die Streitigkeiten, die tatsächlich in diesem Verfahren abzuwickeln sind, sondern sinngemäss auch für alle anderen Prozessarten. Abweichungen können sich direkt aus dem Gesetz ergeben oder aber durch die Natur eines besonderen Verfahrens bedingt sein.» Die Regelung in Art. 219 ZPO, wonach die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren gelten, ist damit dahingehend zu interpretieren, dass die Regeln des ordentlichen Verfahrens einzig dann ergänzend zur Anwendung kommen, soweit sie den Charakter des jeweiligen Verfahrens respektieren. Eine

automatische und unreflektierte Übernahme der Verfahrensbestimmungen des ordentlichen Verfahrens auf das summarische Verfahren ist damit abzulehnen. Vielmehr ist jeweils zu prüfen, ob diese Regeln mit dem Wesen des summarischen Verfahrens vereinbar sind (im selben Sinne: Ingrid Jent-Sørensen, in: Paul Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, Basel 2010, Art. 248 N 2).

4.4 Das summarische Verfahren erlaubt ein schnelles richterliches Eingreifen, das nicht zwingend zu einer endgültigen Entscheidung über die materielle Rechtslage führen muss (Vorläufigkeit), in manchen Fällen jedoch genau gleich wie im ordentlichen und vereinfachten Verfahren führen kann (Endgültigkeit). Die Raschheit des Verfahrens zeigt sich insbesondere in verkürzten Fristen, teilweise auch in Beweisbeschränkungen (Beweismittel- und Beweismassbeschränkung; Stephan Mazan, a.a.O., Vor Art. 248 - 256 N 1). Das Einräumen einer Nachfrist verträgt sich - wie Martin Kaufmann (a.a.O., Art. 253 N 21) zutreffend festhält - mit dem Grundsatz der Prozessbeschleunigung im summarischen Verfahren nicht und steht auch in einem Spannungsverhältnis zu Art. 84 Abs. 2 SchKG, der dem Rechtsöffnungsrichter für seinen Entscheid eine Frist von fünf Tagen einräumt. Auch wenn es sich bei dieser Fristenregelung bloss um eine Ordnungsvorschrift handelt (Daniel Staehelin, in: Staehelin/Bauer/ Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, a.a.O., Art. 84 N 62), brachte der Gesetzgeber damit doch klar zum Ausdruck, dass Rechtsöffnungsgesuche möglichst rasch zu entscheiden sind. Damit ist aber nicht nur der Rechtsöffnungsrichter in der Pflicht, sondern auch die Parteien. Von der Einräumung langer Vernehmlassungsfristen ist daher abzusehen und dem Rechtsöffnungsbeklagten soll nicht ermöglicht werden, durch Säumnis die Frist zur Beantwortung des Rechtsöffnungsgesuchs zu verlängern, indem der Rechtsöffnungsrichter diesfalls zur Einräumung einer Nachfrist zu verpflichten ist. Daran ändert auch nichts, dass sich der Rechtsöffnungsbeklagte bei versäumter Gesuchsantwort im erstinstanzlichen Verfahren nicht vernehmen lassen kann und im Beschwerdeverfahren aufgrund des Novenverbots gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO weitgehend von Einwendungen ausgeschlossen ist, es sei denn sie beziehen sich auf die von Amtes wegen vorzunehmende Überprüfung, ob ein definitiver bzw. provisorischer Rechtsöffnungstitel vorliegt (Daniel Staehelin, in: Bauer/Staehelin/Bauer [Hrsg.], a.a.O., Art. 81 N 2 u. Art. 82 N 86). Diese Regelung hat der Gesetzgeber bewusst getroffen, soll das Gericht im summarischen Verfahren doch möglichst schnell zu einem Entscheid kommen und darf dabei in Kauf nehmen, materiell nicht richtig zu entscheiden, weil es nicht alle denkbaren Beweismittel abgenommen hat (Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 348). Gerade im vorliegenden Fall, in welchem es um die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung geht, wiegt ein materiell unrichtiger Entscheid in aller Regel nicht übermässig schwer, geht es in diesem Verfahren doch im Wesentlichen darum, die Parteirollen im Hinblick auf ein späteres ordentliches Verfahren zu verteilen. So muss der Betreibende, dessen Rechtsöffnungsgesuch abgewiesen wurde, die sog. Anerkennungsklage gegen den Betriebenen erheben, während bei einer Gutheissung des Rechtsöffnungsgesuchs der Betriebene innert 20 Tagen nach der Rechtsöffnung auf Aberkennung der Forderung klagen muss, um den Fortgang des Betreibungsverfahrens zu verhindern (Art. 83 Abs. 2 und 3 SchKG). Schliesslich stehen dem Rechtsöffnungsbeklagten nach einer fälschlicherweise erfolgten Gutheissung des Rechtsöffnungsgesuchs die Klagen nach Art. 85 - 86 SchKG als Korrektiv zu.

5.1 Nach dem Gesagten steht fest, dass der Einzelrichter am Kantonsgericht der Beschwerdeführerin nach unbenutztem Ablauf der Frist zur Beantwortung des Rechtsöffnungsgesuchs zu Recht keine Nachfrist angesetzt hat. Nachdem der Rechtsöffnungsrichter die Beschwerdeführerin in der Aufforderung zur Einreichung der Gesuchsantwort vom 15. Juli 2011 darauf hingewiesen hat, dass das Verfahren ohne die versäumte Handlung fortgeführt wird, falls die Eingabe nicht fristgerecht eingereicht ist, hat er sie, wie von Art. 147 Abs. 3 ZPO verlangt, auf die Säumnisfolgen hingewiesen. Dementsprechend durfte er androhungsgemäss ohne Vernehmlassung der Beschwerdeführerin über das Rechtsöffnungsgesuch entscheiden. Schliesslich ist nicht zu beanstanden, dass der Rechtsöffnungsrichter dem Beschwerdegegner aufgrund der im Recht liegenden Akten in der Betreibung Nr. XX des Betreibungsamtes Zug provisorische Rechtsöffnung für CHF 293’000.– nebst Zins zu je 5 % auf CHF 150’000.– seit 1. Juli 2010 und auf CHF 140’000.– seit 21. Juni 2009 erteilte. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 2. Februar 2012

Eine am 8. März 2012 dagegen erhobene Beschwerde der Beschwerdeführerin wies das Bundesgericht mit Urteil Nr. 5A_209/2012 vom 28. Juni 2012 ab, soweit es darauf eintrat.

Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO
Regeste:

Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO – Die Beweisabnahme auf Antrag der Parteien schon vor Rechtshängigkeit eines Prozesses kann lediglich unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen. Nach Auffassung des Gesetzgebers soll die vorsorgliche Beweisführung unter anderem der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten dienen. Erforderliche Voraussetzung ist das Glaubhaftmachen eines schutzwürdigen Interesses (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Das Interesse an der Beweisabnahme hängt dabei vom Interesse am damit zu beweisenden Anspruch ab. So ist die vorsorgliche Beweisführung gerade in denjenigen Fällen von grosser Bedeutung, in denen die Prozessaussichten bis anhin nur durch private Gutachten abgeklärt werden konnten. Da einem privaten Gutachten in einem allfälligen Prozess keine oder nur eine schwache Beweiskraft zukommt, ist ein solches zur Beurteilung der Prozessaussichten unter Umständen wenig geeignet. Wird das Gutachten hingegen im Verfahren nach Art. 158 ZPO eingeholt, liegt ein gerichtliches Gutachten vor, das für eine Klage, die Abwehr einer Klage oder für Vergleichsgespräche eine solidere Grundlage schafft als ein privates Gutachten. Auch die Kosten für eine solche Klärung der Prozessaussichten sind erheblich kleiner als der bisherige Ausweg über die Teilklage Es genügt, dass der Gesuchsteller einen praktischen Nutzen für seine rechtliche oder tatsächliche Situation glaubhaft macht. Ein solcher Nutzen liegt beispielsweise dann vor, wenn die vorsorgliche Beweisführung eine Unsicherheit beseitigt und eine Grundlage für weitere Dispositionen schafft.

Aus dem Sachverhalt:

1. A. B. (nachfolgend: Gesuchsteller) wurde am 24. August 2000 Opfer eines Auffahrunfalls, als er auf der aus der Ortschaft X. herausführenden Hauptstrasse auf der Höhe Y. vor einer temporären Verkehrsampel sein Fahrzeug abgebremst hatte. Nach seiner Darstellung hätten sein Fahrzeug wie auch dasjenige des Unfallverursachers einen Totalschaden erlitten. Er leide seither unter anderem an neuropsychologischen Funktionsstörungen und sei daher nachhaltig geschädigt.

2. Um seine Prozesschancen gegen die Motorfahrzeughaftpflichtversicherung des Unfallverursachers, die U. AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin), abschätzen zu können, beantragte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 29. August 2011 beim Kantonsgericht Zug u.a. die vorsorgliche Abnahme eines gerichtlichen Gutachtens über die medizinischen Dauerfolgen seines erlittenen Unfalls. Mit Entscheid vom 26. Juni 2012 entsprach die Vorinstanz diesem Gesuch und beauftragte die unabhängige medizinische Gutachtenstelle (UMEG) in Zürich, bis zum 31. Oktober 2012 ein entsprechendes Gutachten zu erstellen (Dispositiv-Ziff. 1). Die Parteien wurden verpflichtet, der Gutachterin sämtliche Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben, soweit diese für die Erstellung des Gutachtens notwendig sind (Dispositiv-Ziff. 2). Im Weiteren wurde die UMEG verpflichtet, den Parteien bzw. deren Rechtsvertreter zu gegebener Zeit bekanntzugeben, welche Teilgutachter das Gutachten erstellen werden, damit die Parteien rechtzeitig an allfälliges Ausstandsgesuch stellen können (Dispositiv-Ziff. 3).

3. Gegen diesen Entscheid reichte die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 7. Juli 2012 fristgerecht Berufung beim Obergericht des Kantons Zug ein mit den Hauptanträgen, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben sowie das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung abzuweisen. Gleichzeitig ersuchte sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass an der vorsorglichen Beweisführung kein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO bestehe.

(...)

6. Am 3. August 2012 reichte der Gesuchsteller unaufgefordert eine korrigierte Berufungsantwort ein mit dem Hinweis, dass sich in derjenigen vom 18. Juli 2012 einige Rechtschreibefehler eingeschlichen hätten. Mit Schreiben vom 16. August 2012 verlangte sodann die Gesuchstellerin, die bereinigte Version der Berufungsantwort aus dem Recht zu weisen, woraufhin der Gesuchsteller mit Schreiben vom 29. August 2012 versicherte, dass er am Inhalt der Berufungsschrift nichts geändert habe.

Aus den Erwägungen:

1. Vorab ist zu bemerken, dass es einer Partei unbenommen sein muss, das Gericht auf grammatikalische, orthografische oder sinnstörende Fehler in ihrer Rechtsschrift, welche sie nachträglich feststellt, hinzuweisen und entsprechend zu korrigieren. Solange der Inhalt einer - fristgebundenen - Rechtsschrift weder verändert noch ergänzt wird, erscheint das grundsätzlich unproblematisch und damit zulässig. Es geht aber selbstverständlich nicht an - wie das der Gesuchsteller hier tut -, eine umfangreiche Rechtsschrift in einer neuen, korrigierten Fassung einzureichen, ohne die vorgenommenen Korrekturen im Einzelnen zu bezeichnen bzw. zu markieren und dem Gericht sowie der Gegenpartei damit zuzumuten, die Neufassung mit der ursprünglichen zu vergleichen und selbst zu prüfen, welche und ob einzig zulässige Korrekturen vorgenommen wurden. Die korrigierte Fassung der Berufungsantwort vom 18. Juli 2012 ist daher unbekümmert um den an sich löblichen Beweggrund des Gesuchstellers aus dem Recht zu weisen bzw. unbeachtlich, was dem Gesuchsteller indes nicht schadet.

2. Nach Art. 158 Abs. 2 ZPO sind auf die vorsorgliche Beweisführung die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen anwendbar. Das bedeutet, dass entsprechende Entscheide wie Entscheide über vorsorgliche Massnahmen angefochten werden können. Gegen Entscheide über die vorsorgliche Beweisführung ist die Berufung zulässig, sofern in vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Streitwert von mindestens CHF 10’000.– erreicht wird (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO). Aufgrund des generellen Verweises in Art. 158 Abs. 2 ZPO ist auch für die Bestimmung des Streitwerts an das Massnahmerecht anzuknüpfen. Der Streitwert für die vorsorgliche Beweisführung richtet sich daher nach dem Streitwertinteresse eines allfälligen Hauptprozesses (Schweizer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 2010, S. 24). Streitwertbestimmend ist mithin die avisierte Schadenersatzforderung des Gesuchstellers gegenüber der Gesuchsgegnerin, welche CHF 10’000.– unbestrittenermassen übersteigt.

2.1 Der angefochtene Entscheid schliesst das Verfahren vor Vorinstanz allerdings nicht ab. Erst mit der Abnahme des Beweismittels wird das Verfahren abgeschlossen. Es stellt sich daher die Frage, ob es sich beim angefochtenen Entscheid um einen Zwischenentscheid oder eine prozessleitende Verfügung handelt (vgl. Schweizer, a.a.O., S. 28). Dies ist insofern relevant, als prozessleitende Verfügungen nur mit Beschwerde angefochten werden können.

2.2 Das Gericht kann einen Zwischenentscheid treffen, wenn durch abweichende oberinstanz-liche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand erspart werden kann (Art. 237 Abs. 1 ZPO). Zwischenentscheide sind selbständig anzufechten; eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid ist ausgeschlossen (Art. 237 Abs. 2 ZPO). Klar ist, dass die obere kantonale Instanz durch einen (das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme ablehnenden) Entscheid sofort einen Endentscheid herbeiführen kann. Die Frage, ob ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand durch den Zwischenentscheid erspart bleibt, ist insbesondere dann zu bejahen, wenn sich durch einen anderslautenden Entscheid der Oberinstanz die Abklärung vieler offener Rechtsfragen oder eine umfangreiche Erhebung von Beweismitteln erübrigt (BGE 133 III 629, 633 E. 2.4.2). Dass vorliegend ein erheblicher Zeit- und Kostenaufwand vermieden werden kann, ist nicht zweifelhaft. Die Erstellung des medizinischen Gutachtens erfordert umfangreiche Untersuchungen und wird mit erheblichen Kosten von rund CHF 13’000.– veranschlagt. Es kann deshalb offen bleiben, ob bei Abnahme eines einzelnen Beweismittels in der Regel nicht von einem bedeutenden Zeit- oder Kostenaufwand gesprochen werden könne und deshalb mit Schweizer (a.a.O., S. 28) von einer prozessleitenden Verfügung auszugehen wäre, gegen die lediglich die Beschwerde zur Verfügung stünde.

Zu berücksichtigen wäre jedenfalls, dass es wenig Sinn machen würde, die Berufung erst zuzulassen, nachdem das entsprechende Beweismittel vorsorglich abgenommen worden ist.

2.3 Beim hier angefochtenen Entscheid handelt es sich mithin um einen Zwischenentscheid im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung gegen den die Berufung zulässig ist. Diese ist denn auch form- und fristgerecht eingereicht worden (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. 311 ZPO).

3.1 Der Gesuchsteller macht in seiner Berufungsantwort in formeller Hinsicht geltend, die Gesuchsgegnerin werde in ihrer Rechtsposition durch den vorinstanzlichen Entscheid nicht beeinträchtigt, weshalb auf das angehobene Rechtsmittel nicht einzutreten sei. Da Letztere die Folgen der Beweislosigkeit nicht zu tragen habe, fehle ihr der Rechtsanspruch, den es durchzusetzen gälte, weshalb keine materielle Beschwer vorliege. Es gehe der Gesuchsgegnerin lediglich darum, den Gesuchsteller mit zwei sich widersprechenden Gutachten zurückzulassen, um ihn entweder zu einem Vergleich zu zwingen oder ihm einen Prozess aufzunötigen, für welchen er den Kostenvorschuss kaum bezahlen könne. Aus all diesen Gründen habe die Gesuchsgegnerin kein schutzwürdiges Interesse an der Berufung.

3.2 Dem kann nicht gefolgt werden. Die Partei, die ein Rechtsmittel einlegt, hat dann ein Rechtsschutzbedürfnis, dass die Entscheidung zu ihren Gunsten abgeändert wird, wenn sie durch diese benachteiligt ist. Jeder Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz setzt mithin eine Beschwer voraus. Es wird zwischen formeller und materieller Beschwer unterschieden, die in der Regel beide vorliegen müssen. Die formelle Beschwer ist gegeben, wenn der Partei nicht zugesprochen worden ist, was sie beantragt hat, die materielle Beschwer, wenn der angefochtene Entscheid für die Partei in seiner rechtlichen Wirkung nachteilig ist (BGE 120 II 5 E. 2a). Da die Gesuchsgegnerin im vorinstanzlichen Verfahren Partei war und zudem ihrem Antrag auf Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweiserhebung durch die Vorinstanz nicht entsprochen wurde, liegt die formelle Beschwer zweifelsohne vor. Der Gesuchsgegnerin kann jedoch auch die materielle Beschwer nicht abgesprochen werden, schliesslich könnte das Beweisergebnis des zu erstellenden Gutachtens in einem allfälligen Prozess gegen sie verwendet werden. Die Gesuchsgegnerin hat daher ein berechtigtes Interesse an der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

4. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

5. Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das Gericht im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Nach der bundesrätlichen Botschaft wird mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses in Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO auf die Möglichkeit Bezug genommen, eine vorsorgliche Beweisführung auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Diese Möglichkeit soll dazu beitragen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 [nachfolgend kurz: Botschaft ZPO], 7315). Daneben wird aber auch eine Vereinfachungswirkung für den Hauptprozess postuliert (Staehlin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen - unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich 2008, § 18 N 140). Mit der blossen Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, ist ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung jedoch noch nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Eine vorsorgliche Beweisführung kann nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden, hängt doch das Interesse an einer Beweisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs ab. Der Gesuchsteller, der sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (BGE 138 III 76 E. 2.4.2, S. 81 f. mit Hinweis auf Schweizer, a.a.O., S. 7; Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 311; Schmid, in: Oberhammer [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2010, Art. 158 N 4; Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 158 N 15;

Killias/Kramer/Rohner, Gewährt Art. 158 ZPO eine «pre-trial discovery» nach US-amerikanischem Recht?, in: Lorandi/ Staehelin [Hrsg.], Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, 2011, S. 941; in diesem Sinne auch Francesco Trezzini, in: Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero [CPC], 2011, S. 760; a.M. aber wohl Fellmann, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leu-enberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/Basel/ Genf 2010, Art. 158 N 23, der auch im Anwendungsbereich von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO keine Glaubhaftmachung eines Hauptanspruches zu verlangen scheint). Lediglich für Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, kann keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt werden, denn sonst würde der Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, die vorprozessuale Abklärung von Beweisaussichten zu ermöglichen, vereitelt. Stellt das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem die Gesuchstellerin ihren Anspruch beweisen kann, muss es genügen, dass sie das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich substanziiert behauptet (BGE 138 III 76 E. 2.4.2, S. 81 f. mit Hinweis auf Schweizer, a.a.O., S. 7 f.). Einem Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme ist in der Regel stattzugeben, es sei denn, es liege gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB ein offenbarer Rechtsmissbrauch vor, was in Anbetracht des aus Art. 8 ZGB abgeleiteten Grundsatzes des Rechts auf Beweisführung (BGE 126 III 315 E. 4a) und der alleinigen Kostentragungspflicht des Gesuchstellers (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO) mit grosser Zurückhaltung zu prüfen ist und in casu höchstens unter dem Titel unnütze Rechtsausübung in Frage kommen könnte (Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen BS.2012.5 vom 5. April 2012 E. 2b).

5.1 Die Vorinstanz erachtet das schutzwürdige Interesse als gegeben. Sie erwägt, es sei aufgrund des erfolgten Auffahrunfalls nicht auszuschliessen, dass der Gesuchsteller gegenüber der Gesuchsgegnerin Schadenersatzansprüche geltend machen werde. Es sei daher naheliegend, vorab ein gerichtliches Gutachten erstellen zu lassen, damit der Gesuchsteller seine Prozesschancen beurteilen könne. Daran ändere nichts, dass bereits medizinische Gutachten erstellt worden seien, denn für die Beantwortung von medizinischen Fragen im Zivilprozess sei in der Regel ein gerichtliches Gutachten erforderlich. Dem Gesuchsteller sei es somit gelungen, bezüglich der Erstellung eines medizinischen Gutachtens ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft zu machen.

5.2 Die Gesuchsgegnerin rügt, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einem schutzwürdigen Interesse ausgegangen. Obwohl an das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses keine hohen Anforderungen zu stellen seien, bestehe kein uneingeschränkter Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung zur Abklärung von Beweis- und Prozessaussichten. Ein schutzwürdiges Interesse sei einzig gegeben, wenn die vorsorgliche Beweisabnahme zur Abschätzung der Prozesschancen der anvisierten Klage geeignet und vor allem notwendig sei. Kein genügendes Interesse an der vorsorglichen Massnahme bestehe, wenn die Klageerhebung aufgrund der Sachlage möglich und zumutbar sei (unter Hinweis auf Zürcher, a.a.O., Art. 158 N 12 sowie Urteil des Obergerichts Zürich LF110116 vom 20. Dezember 2011, E. 2.5). In casu sei für die Beurteilung der Prozesschancen ein weiteres Gutachten nicht notwendig, da der Gesuchsteller seine Prozesschancen und Risiken anhand der umfangreichen medizinischen Dokumentation, welche auch zwei polydisziplinäre Gutachten umfasse, selber einschätzen könne. Der von einem fachkundigen Rechtsanwalt vertretene Gesuchsteller könne gestützt auf die bisherige Aktenlage auf jeden Fall entscheiden, ob er einen Haftpflichtprozess als aussichtsreich erachte. Zwar bestünden hinsichtlich der Schlussfolgerungen der beiden Gutachten einige Differenzen, die aber auch durch ein weiteres Gutachten nicht beseitigt werden könnten. Im Übrigen entspreche die Einschätzung der Vorinstanz ohnehin einer falschen Rechtsanwendung, weil sich im Verfahren nach Art. 158 ZPO das schutzwürdige Interesse auf die Abnahme des Beweismittels und nicht auf den Hauptanspruch beziehen müsse.

5.3 Der Gesuchsteller hält dem im Wesentlichen entgegen, dass es einem Laien der Medizin, zu denen nun einmal auch Rechtsanwälte gehörten, nicht möglich sei, herauszufinden, welches der beiden sich widersprechenden polydisziplinäre Gutachten inhaltlich kohärent und beweistragend sei. Diese Unsicherheit vermöge nur ein weiteres Gutachten zu beseitigen. Sinn und Zweck der vorsorglichen Beweisführung sei es ja gerade, in einer Sachlage, wo verschiedene medizinische und divergierende Standpunkte vertreten würden, Klarheit zu schaffen. Um mithin seine Prozesschancen besser abschätzen zu können, habe der Gesuchsteller Anspruch auf ein vorprozessuales gerichtliches Gutachten. Dies gelte

umso mehr, als ihm gestützt auf Art. 6 EMRK und 29 Abs. 2 BV ein Rechtsanspruch auf vorsorgliche Beweisführung zustehe.

5.4 Die angerufenen Art. 6 EMRK und 29 Abs. 2 BV verleihen einer Partei das Recht auf Beweisführung innerhalb eines hängigen Prozesses, nicht aber - wie es der Gesuchsteller behauptet - im vorprozessualen Verfahren. Lediglich unter bestimmten Voraussetzungen kann die Beweisabnahme auf Antrag der Parteien schon vor Rechtshängigkeit eines Prozesses erfolgen. Nach Auffassung des Gesetzgebers soll die vorsorgliche Beweisführung - wie bereits erwähnt - unter anderem der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten dienen (Botschaft ZPO, S. 7315). Erforderliche Voraussetzung ist das Glaubhaftmachen eines schutzwürdigen Interesses (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Wie die Gesuchsgegnerin richtig anerkennt, sind an das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses keine hohen Anforderungen zu stellen. Sie übersieht allerdings, dass das Interesse an der Beweisabnahme vom Interesse am damit zu beweisenden Anspruch abhängt (Schweizer, a.a.O., S. 7). So ist die vorsorgliche Beweisführung gerade in denjenigen Fällen von grosser Bedeutung, in denen die Prozessaussichten bis anhin nur durch private Gutachten abgeklärt werden konnten (Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 18, mit Hinweis auf Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, Art. 222 N 1). Da einem privaten Gutachten in einem allfälligen Prozess keine oder nur eine schwache Beweiskraft zukommt, ist ein solches zur Beurteilung der Prozessaussichten unter Umständen wenig geeignet. Wird das Gutachten hingegen im Verfahren nach Art. 158 ZPO eingeholt, liegt ein gerichtliches Gutachten vor, das für eine Klage, die Abwehr einer Klage oder für Vergleichsgespräche eine solidere Grundlage schafft als ein privates Gutachten. Auch die Kosten für eine solche Klärung der Prozessaussichten sind erheblich kleiner als der bisherige Ausweg über die Teilklage (Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 18, mit Hinweis auf Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., Art. 222 N 1). Es genügt, dass der Gesuchsteller einen praktischen Nutzen für seine rechtliche oder tatsächliche Situation glaubhaft macht. Ein solcher Nutzen liegt beispielsweise dann vor, wenn die vorsorgliche Beweisführung eine Unsicherheit beseitigt und eine Grundlage für weitere Dispositionen schafft (Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 19). Wenn sich die Gesuchsgegnerin in diesem Zusammenhang auf den Entscheid des Zürcher Obergerichts LF110116 vom 20. Dezember 2011 beruft, übersieht sie, dass dieser sich mit der vorliegenden Sachlage nicht vergleichen lässt. In diesem Entscheid wurde die Erstellung eines vorsorglichen gerichtlichen Gutachtens abgelehnt, da der Gesuchsteller bereits im Besitze zahlreicher medizinischer Fachmeinungen gewesen war, die ihm erlaubten, die Prozessaussichten genügend abzuschätzen. Im vorliegenden Fall gelangen jedoch die polydisziplinären Gutachten unbestrittenermassen nicht zum selben Schluss. Daher lässt sich auch kein einheitliches Bild für die Beurteilung der Prozesschancen ausmachen. Die dem Gesuchsteller vorliegende Grundlage ist mithin eine unsichere. Diesem Umstand kann letztlich nur durch ein gerichtliches Gutachten Rechnung getragen werden. Wenn also die Vorinstanz das schutzwürdige Interesse des Gesuchstellers an der vorsorglichen Beweisabnahme darin erblickt, dass für die Beantwortung medizinischer Fragen im Zivilprozess in der Regel ein gerichtliches Gutachten erforderlich sei, ist dies nicht zu beanstanden. So kann dem anbegehrten Gutachten das schutzwürdige Interesse zur Abschätzung der Prozesschancen nicht mit der Begründung abgesprochen werden, der Gesuchsteller könne seine Prozesschancen und Risiken anhand der umfangreichen medizinischen Dokumentation (Beilagen 6 - 20 zum Gesuch vom 29. August 2011), welche auch zwei polydisziplinäre Gutachten umfasse, selber einschätzen. Der Gesuchsteller darf beim Vorliegen sich widersprechender Privatgutachten nicht schlechter gestellt werden, als wenn keines in Auftrag gegeben worden wäre. Es kommt hinzu, dass sich mit Bezug auf das von der Gesuchsgegnerin in Auftrag gegebene Medas-Gutachten ernsthaft Fragen nach der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit stellen (vgl. die Ausführungen in act. 4, S. 31 ff.). Es muss dem Gesuchsteller also die Möglichkeit zugestanden werden, auf eigene Kosten eine gerichtliche Expertise erstellen zu lassen (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen BS.2012.5 vom 5. April 2012 E. 2d/aa). Wie der Gesuchsteller zutreffend ausführt, ist Sinn und Zweck einer vorsorglichen gerichtlichen Begutachtung, eine einheitliche Grundlage für die Bestimmung der Prozesschancen zu schaffen. Insofern ist der vorinstanzliche Entscheid nicht zu beanstanden.

5.5 Die Gesuchsgegnerin argumentiert ferner, ein nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO eingeholtes Gutachten

sei im Hauptprozess frei zu würdigen, weshalb ihm keine präjudizierende Wirkung zukommen könne. Eine Verschiebung des Prozesses in das «pre-trial discovery» - Verfahren sei nicht Sinn und Zweck der vorsorglichen Massnahme. Mittels einer vorsorglichen Beweisabnahme könne wegen des einseitigen Vorbringens des Gesuchstellers kein Obergutachten mit präjudizierender Wirkung erstellt werden, hierzu sei er auf den Hauptprozess zu verweisen. Eine abschliessende Klärung bringe lediglich das Beweisverfahren im Hauptprozess. Das Institut der vorsorglichen Beweisabnahme solle nicht dafür hinhalten, einen allfälligen Hauptprozess zu präjudizieren, sondern diene primär der Beweissicherung. Im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme dürfe daher nicht umfassend geklärt werden, ob der behauptete materiell-rechtliche Anspruch des Gesuchstellers begründet sei oder nicht. Diese Frage müsse im Hauptverfahren geklärt werden. Genau darauf ziele jedoch der Gesuchsteller ab, indem er ausführe, dass er im Sinne «eines Obergutachtens Auskunft über seine somatischen Leiden» (Gesuch vom 29. August 2011, S. 14) erhalten müsse. Wenn aber bereits vor Prozessbeginn ein «Obergutachten» erstellt werde, sei im Hauptprozess wohl auch kein Raum für ein weiteres Gutachten. Dies sei aber gerade nicht Sinn und Zweck der vorsorglichen Beweisführung im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO. Dies verkenne im Übrigen auch die Vorinstanz, wenn sie dafür halte, dass für die Beantwortung von medizinischen Fragen im Zivilprozessrecht in der Regel ein gerichtliches Gutachten erforderlich sei.

5.6 Die Gesuchsgegnerin verkennt, dass das anbegehrte Gutachten dem Gesuchsteller lediglich die Einschätzung seiner Beweis- und Prozesschancen erleichtert und ihn nicht davon entbindet, in einem allfälligen Prozess substanziierte Behauptungen aufzustellen, zu denen die Gesuchsgegnerin sodann Stellung nehmen, Gegenbehauptungen anbringen und Gegenbeweismittel anerbieten kann. Im Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme findet keine Beweiswürdigung statt. Es handelt sich auch entgegen der Insinuation der Gesuchsgegnerin nicht um ein «Obergutachten» im Sinne von Art. 188 Abs. 2 ZPO. Die vorsorgliche Beweisabnahme bezweckt hier nicht, einen Entscheid im Hauptprozess zu präjudizieren, sondern dient alleine der Abklärung der Prozessaussichten vor Rechtshängigkeit. Wie die Gesuchsgegnerin selbst zutreffend festhält, ist ein vorsorglich erstelltes Gutachten im Hauptprozess frei zu würdigen. Erfolgt die Beweisführung vor Einleitung des Prozesses, schliesst sie eine Beweisabnahme zum gleichen Thema im Hauptprozess nicht aus. Es muss den Parteien nämlich möglich sein, ohne Nachweis eines speziellen Interesses neue Beweisanträge oder eine Ergänzung der bereits erhobenen Beweise zu beantragen (Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 46). Sie können aber auch unter Umständen die Wiederholung der Beweisführung verlangen (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., Art. 228 N 1). Die vorgetragenen Befürchtungen der Gesuchsgegnerin erweisen sich mithin als unbegründet.

6. Im Übrigen bemängelt die Gesuchsgegnerin, dass die Formulierung von Dispositiv-Ziff. 2 im angefochtenen Entscheid Art. 185 Abs. 3 ZPO widerspreche. Die Edition diene nicht zur Klärung des Sachverhalts, sondern zu dessen Beweis (Schweizer, a.a.O., S. 14 f.), weshalb Dispositiv-Ziff. 2 aufzuheben und zu korrigieren sei.

Dem kann nicht gefolgt werden. Zwar müssen die zu edierenden Urkunden so genau bezeichnet werden, dass die Gesuchsgegnerin ohne Schwierigkeiten ermitteln kann, welche Urkunde sie zu edieren hat. Diese Voraussetzung verhindert, dass die vorprozessuale Edition zur unerlaubten Ausforschung des Sachverhalts dienen kann (Schweizer, a.a.O., S. 12 f.). Die Gesuchsgegnerin interpretiert jedoch Dispositiv-Ziff. 2. falsch, wenn sie meint, sie habe danach sämtliche Unterlagen mit Bezug auf den fraglichen Unfall und dessen Folgen herauszugeben. Darin wäre tatsächlich eine verpönte «fishing expedition» zu erblicken. Indes haben die Parteien der Gutachterin lediglich auf deren konkrete Aufforderung hin die relevanten Auskünfte zu erteilen und die klar bezeichneten Unterlagen herauszugeben. Es ist denn auch Sache der Gutachterin zu bestimmen, welche Auskünfte und Unterlagen sie zur Erstellung ihres Gutachtens benötigt. Weigert sich die Gesuchsgegnerin dabei zu kooperieren, bleibt dies weitgehend sanktionslos: Die unberechtigte Verletzung der Editionslast durch eine Partei kann nur durch Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung sanktioniert werden. Im Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme findet aber keine Beweiswürdigung statt. Das Gericht entscheidet nicht über den Hauptanspruch und damit auch nicht darüber, ob der Beweis für den substanziiert behaupteten anspruchsbegründenden Sachverhalt erbracht wurde. Legt die herausgabebelastete Partei die fragliche

Urkunde in einem späteren Prozess über den Hauptanspruch vor, so folgt aus der Weigerung, die Urkunde vorprozessual herauszugeben, nicht, dass das Gericht im Hauptprozess die Urkunde nicht mehr beachten dürfte. Sie wird allerdings dann trotz Obsiegens in einem späteren Hauptprozess gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO sämtliche Prozesskosten tragen müssen, wenn sie gerade wegen der Vorlage der Urkunde den Hauptprozess gewonnen hat (Schweizer, a.a.O. S. 13 f.).

7. Schliesslich rügt die Gesuchsgegnerin, dass die Verfahrensherrschaft unzulässigerweise an die Gutachterstelle abgegeben werde, wenn diese in Dispositiv-Ziff. 3 angewiesen werde, die Teilgutachter, welche sich am Gutachten beteiligen würden, den Parteien, statt dem Kantonsgericht mitzuteilen. Auch diese Rüge ist indes unbegründet. In Anbetracht dessen, dass das vorinstanzliche Verfahren erst mit der Abnahme der Beweismittel abgeschlossen wird (vgl. Ziff. 2.1 vorstehend), verbleibt die Verfahrensherrschaft klar bei der Vorinstanz. Indem diese die Gutachterstelle verpflichtet, den Parteien bzw. ihren Rechtsvertretern zu gegebener Zeit schriftlich bekannt zu geben, welche Teilgutachter das Gutachten erstellen werden, gibt sie die Verfahrensherrschaft keineswegs ab. Sinn dieser Regelung ist einzig, dass die Gutachterin direkt - also ohne Umweg über die Vorinstanz - den Parteien bekannt geben soll, welche Teilgutachter in Frage kommen. Dies ändert aber nichts daran, dass allfällige Ausstandgesuche an die Vorinstanz zu richten sind und Letztere auch darüber zu entscheiden hat.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 24. Oktober 2012

Art. 227 ZPO, Art. 317 ZPO
Regeste:

Art. 227 ZPO, Art. 317 ZPO – Eine Klageänderung im Berufungsverfahren ist nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht. Bei einer doppelseitigen Klage (actio duplex) ist die beklagte Partei ungeachtet ihrer Parteirolle im vorinstanzlichen Verfahren (auch) als Klägerin zu betrachten. Die Klägerin kann eine Klageänderung aber nur dann beantragen, wenn sie entweder Berufung oder Anschlussberufung erhoben hat.

Aus dem Sachverhalt:

Das Kantonsgericht Zug schied mit Urteil vom 8. Juni 2011 die Ehe der Parteien und verpflichtete den Kläger, der Beklagten zur Abgeltung ihrer güterrechtlichen Ansprüche einen Betrag von CHF 41’777.– zu bezahlen. Gegen diese Pflicht zur Zahlung erhob der Kläger beim Obergericht Zug Berufung. Die Beklagte beantragte in der Berufungsantwort im Wesentlichen die Abweisung der Berufung und damit die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils; neu stellte sie zudem das Begehren, der Mietvertrag betreffend die Familienwohnung sei auf sie zu übertragen.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Die Beklagte liess in der Berufungsantwort beantragen, «ergänzend» sei der Mietvertrag betreffend die Familienwohnung auf sie zu übertragen. Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, die Zuweisung dieser Wohnung sei noch nicht definitiv geregelt. Nachdem sich ihr Gesundheitszustand im Verlauf des Sommers 2011 massiv verschlechtert habe und zur nachhaltigen Stabilisierung jedwede Veränderung im Lebensalltag zu vermeiden sei, erscheine es nunmehr geboten, diese existentielle Frage im laufenden Berufungsverfahren zu regeln. Im vorinstanzlichen Verfahren habe sich diese Notwendigkeit noch nicht gezeigt, da die Beklagte mit einer baldigen und letztlich einvernehmlichen Beendigung des Scheidungsverfahrens gerechnet habe.

4.1 Für das vorliegende Berufungsverfahren gilt – wie bereits in Erwägung 1 dargelegt – die

Schweizerische Zivilprozessordnung, die am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist. Die Anwendbarkeit des neuen Rechts ist in der Regel umfassend und das neue Recht gilt auch dann, wenn dies in Einzelfällen – namentlich mit Bezug auf die Zulässigkeit von Noven – für bestimmte Parteien unbefriedigend ist (vgl. Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/Basel/Genf 2010, N 4 f zu Art. 405 ZPO.; Frei/Willisegger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 13 zu Art. 405 ZPO).

4.2 Gemäss Art. 317 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Abs. 1 lit. a und b). Eine Klageänderung ist nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht (Abs. 2 lit. a und b).

4.3 Die Scheidungsklage ist eine sog. «doppelseitige Klage» (actio duplex). Sie charakterisiert sich dadurch, dass die beklagte Partei hinsichtlich der Scheidungsfolgen eigene Rechtsbegehren stellen kann, ohne dafür Widerklage erheben zu müssen (Sutter-Somm/Lazic, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 5 zu Art. 290 ZPO). Unter diesem Aspekt ist die Beklagte ungeachtet ihrer Parteirolle im vorinstanzlichen Verfahren (auch) als Klägerin zu betrachten. Mit ihrem Antrag, mit dem sie «ergänzend» die Zuweisung der ehelichen Wohnung gemäss Art. 121 Abs. 1 ZGB verlangt, erweitert sie ihr ursprüngliches Rechtsbegehren, was als Klageänderung im Sinne von Art. 227 ZPO gilt (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 1 zu Art 227 ZPO). Im Rechtsmittelverfahren kann allerdings auch der Kläger eine Klageänderung nur dann beantragen, wenn er entweder Berufung (oder Anschlussberufung) erhoben hat. Wäre es anders, so könnte die (etwa im Rahmen der Berufungsantwort verlangte) Klageänderung zu einer (unzulässigen) reformatio in peius zuungunsten des Berufungsklägers führen. Es ist daher ausgeschlossen, dass der Kläger in der Berufungsantwort (oder in der Anschlussberufungsantwort) eine Klageänderung beantragt. Dies gilt nach dem neuen Recht auch für das Scheidungsverfahren, jedenfalls soweit dort die Dispositionsmaxime anwendbar ist. Auf der anderen Seite ist es dem Beklagten, selbst wenn er selbst Berufung oder Anschlussberufung erhoben hat, von vornherein verwehrt, eine Klageänderung vorzunehmen, da gar keine Klage von ihm vorliegt, welche geändert werden könnte (vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 74 und 79 f. zu Art. 317 ZPO).

Hinsichtlich der von der Beklagten beantragten Übertragung des Mietvertrages für die eheliche Wohnung gilt die Dispositionsmaxime. Die Beklagte hat vorliegend keine Berufung oder Anschlussberufung erhoben, sondern den Antrag im Rahmen der Berufungsantwort gestellt. Ihr Begehren bzw. die damit verbundene Klageänderung erweisen sich daher als unzulässig, weshalb nicht darauf eingetreten werden kann. Abgesehen davon lässt die Beklagte zwar implizit vorbringen, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse seit dem Erlass des vorinstanzlichen Urteils wesentlich verändert hätten. Sie hat dies aber weder hinreichend nachgewiesen, noch hat sie in nachvollziehbarer Weise dargelegt, dass sie die (angeblich neuen) Tatsachen, auf die sie ihr Begehren stützt, trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor dem Kantonsgericht hätte vorbringen können (s. dazu Reetz/Hilber, a.a.O., N 86 zu Art. 317 ZPO). Mithin kann auch aus diesem Grund auf die beantragte Klageänderung nicht eingetreten werden.

Obergericht, I. Zivilabteilung, 1. Mai 2012

Art. 261 ZPO, Art. 55 Abs. 1 ZPO
Regeste:

Art. 261 ZPO, Art. 55 Abs. 1 ZPO - Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen geknüpft. Als formelle Voraussetzungen gelten dabei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sowie das Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers. Als materielle Voraussetzungen gelten das Vorhandensein eines Verfügungsanspruchs, d.h. eine wahrscheinlich begründeten, vorsorglich zu

schützenden materiellrechtlichen Anspruchs, sowie eines Verfügungsgrundes, d.h. eines Anlasses zu beschleunigtem richterlichem Handeln (E. 3.1). Trotz Beweismassreduktion (vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO) gilt im vorliegenden Massnahmeverfahren die Verhandlungsmaxime, weshalb es nach Art. 55 Abs. 1 ZPO den Parteien obliegt, dem Richter die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Es trifft sie mithin je eine subjektive Behauptungs- und Beweislast (E. 3.2 und 3.3).

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Soweit die Gesuchsgegnerin geltend macht, die Begehren der Gesuchstellerin seien nicht genügend bestimmt, so dass sie nicht vollstreckbar seien und es der Gesuchstellerin daher im Grunde bereits an einem Rechtsschutzinteressen mangle (vgl. act. 7 Rz 39 f. und act. 14 Rz 2), ist darauf nicht näher einzugehen. Das Massnahmegesuch ist, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ohnehin abzuweisen. Immerhin erscheint es in der Tat höchst fraglich, ob die Rechtsbegehren im vorliegenden Fall genügend bestimmt sind bzw. ob diese durch den Richter so eingeschränkt werden könnten und dürften, dass sie dem Bestimmtheitsgebot entsprechen (BGE 107 II 82 ff. E. 2b; BGE 97 II 92 ff.; Urteil 4C.169/2004 E. 1.4). Namentlich Unterlassungsbegehren müssen nämlich auf das Verbot eines genau umschriebenen, tatsächlichen Verhaltens gerichtet sein. Als unzulässig gilt demgegenüber die Verwendung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe in Unterlassungsbegehren bzw. -befehlen. Die Formulierung des Verbots muss in jedem Falle so präzise sein, dass die verpflichtete Partei und die Vollstreckungs- oder Strafbehörden durch blosse tatsächliche Kontrolle ohne weiteres feststellen können, welche Handlungen gegen das Verbot verstossen. Es ist nicht deren Aufgabe, das Verhalten rechtlich zu qualifizieren (BGE 131 III 70 ff., E.3.3; BGE 84 II 450 ff. E.6; 4C.361/2005 E.3.3). Wenn die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin generell zu verbieten verlangt, die Zeichen «S.» und «L.» für Produkte der Klasse 11 und das Zeichen «S.» für die Klasse 9 gemäss Nizza-Klassifikation in der Schweiz zu gebrauchen, genügt das dem erwähnten Bestimmtheitsgebot wohl kaum. Dasselbe gilt auch für die Adressaten des verlangten Verbots, insoweit diese mit «verbundenen Unternehmen» bezeichnet werden.

3. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass (a) ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist, und (b) ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

3.1 Der vorsorgliche Rechtsschutz ist provisorischer, umfassender oder beschränkter, richterlicher Schutz der Rechtsposition des Massnahmegesuchstellers zur Abwehr von Nachteilen, die diesem aus der Dauer des Verfahrens um definitiven Rechtsschutz entstehen können. Wie der definitive Rechtsschutz ist auch der Erlass vorsorglicher Massnahmen an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen geknüpft. Als *formelle Voraussetzungen* gelten dabei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sowie das Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers, welches etwa dann fehlt, wenn ein Massnahmebegehren bereits beurteilt wurde (res iudicata) oder - wie eben erwähnt - nicht genügend bestimmt ist. Als *materielle Voraussetzungen* für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gelten das Vorhandensein eines Verfügungsanspruchs, d.h. eines wahrscheinlich begründeten, vorsorglich zu schützenden materiellrechtlichen Anspruchs, sowie eines Verfügungsgrundes, d.h. eines Anlasses zu beschleunigtem richterlichem Handeln. Diese beiden materiellen Voraussetzungen ergeben sich ausdrücklich aus Art. 261 Abs. 1 ZPO (vgl. zum Ganzen etwa Thomas Sprecher, in: Basler Kom-mentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Vor Art. 261-269 N 1 ff. u. Art. 261 N 10 ff.; Damian Schai, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Basel 2010, Rz. 33, Rz. 44 und Rz. 102 ff. mit zahlreichen Hinweisen; auch Stephen Berti, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, in: ZSR 1997 II, S. 173 ff.; speziell zu den Voraussetzungen auch Daniel Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bern 1993, S. 63 ff.; ferner n. publ. Entscheide JZ 2008 96 E. 2.1; JZ 2010 83 E. 2.2).

3.2 Das Tatsachenfundament, auf welches die Parteien ihre Rechtsbegehren stützen, muss im Prozess grundsätzlich bewiesen werden. Da der vorsorgliche Rechtsschutz schnell gewährt werden soll, ist die Beweisstrenge im Massnahmeverfahren reduziert; das Gesetz verlangt gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO bloss das Glaubhaftmachen der tatsächlichen Grundlagen der vorgenannten Massnahmevoraussetzungen. Die Gesuchstellerin muss demnach im vorliegenden Massnahmeverfahren keinen vollen Beweis für ihre Behauptungen erbringen, sondern bloss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Richtigkeit dartun. Dabei genügen aber nicht blosse Behauptungen, sondern sie hat dem Richter objektive Anhaltspunkte zu liefern, die für eine erhebliche Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhaltes sprechen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache aber immerhin schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Die Reduktion des Beweismasses gilt aber für beide Parteien gleichermassen. Auch die Gegenpartei hat m.a.W. ihre Einreden oder Einwendungen nur glaubhaft zu machen (zum Ganzen BGE 132 III 83 E.3.2 und 715 ff. E. 3.1; BGE 130 III 321 E.3.3; 103 II 287 E.2; JZ 2003 53.104; ausführlich Thomas Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 50 ff.). Die Rechtslage ist vom Gericht lediglich summarisch zu prüfen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010 N 11.193).

3.3 Trotz Beweismassreduktion gilt im vorliegenden Massnahmeverfahren die Verhandlungsmaxime, weshalb es nach Art. 55 Abs. 1 ZPO den Parteien obliegt, dem Richter die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Es trifft sie mithin je eine subjektive Behauptungs- und Beweislast. Die Gesuchstellerin muss das tatsächliche Fundament ihres Begehrens dabei schlüssig behaupten, d.h. jedenfalls so detailliert schildern, dass ihre Tatsachbehauptungen für den Richter nachvollziehbar sind und von diesem - soweit er sie als glaubhaft gemacht erachtet - unter eine bestimmte Norm subsumiert werden können. Folge dieser sog. Substanziierungslast ist, dass rechtserhebliche Sachverhaltselemente, die nicht, oder nicht genügend substanziiert behauptet werden, als nicht glaubhaft gemacht anzusehen sind (vgl. zum Ganzen Paul Oberhammer, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 55 N 12; Thomas Sutter-Somm/Gregor von Arx, in: Sutter-Somm u.a. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 55 N 20 ff.; je m.w.H.).

4. Der Verfügungsgrund, also das spezifische Rechtsschutzinteresse im Rahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes stellt im Einzelfall die Konkretisierung der Gefahr im Verzug dar. Der Verfügungsgrund ist aus prozessrechtlicher Sicht der Anlass zu beschleunigtem gerichtlichem Eingreifen, wobei sich die Gefährdungssituation aus der zeitlichen Dauer von Prozessen ergibt, welche die Durchsetzung eines Rechtsanspruchs massgeblich erschweren oder illusorisch machen kann (Michael Leupold, Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, in: sic! 2000, S. 266).

4.1 Soweit die Gesuchstellerin in diesem Zusammenhang eine Marktverwirrung wegen des Auftritts der Gesuchsgegnerin auf einer Messe in Basel geltend macht, ist darauf nicht mehr einzutreten, da diese mittlerweile zu Ende ist. Die Gesuchstellerin hält denn auch ihr diesbezügliches Rechtsbegehren Ziff. 3 nicht mehr aufrecht. Soweit sie eine Marktverwirrung namentlich damit behauptet, dass die Gesuchsgegnerin in ihrem am 1. September 2011 versandten Katalog sowie im Begleitschreiben dazu mit den Marken «L.» und «S.» werbe, genügt sie ihrer Substanziierungslast nicht. Zu Recht macht die Gesuchsgegnerin geltend, dass der blosse Hinweis, dass eine Marktverwirrung drohe, nicht genügt, um einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil i.S. von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO darzutun. Als Marktverwirrung wird die Beeinflussung des Marktes durch rechtswidrige Praktiken im Bereich des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts verstanden. Verpönte Praktiken führen jedoch nicht immer zu einer derartigen Verwirrung des Marktes, dass ein besonderes Interesse an der Realvollstreckung anzunehmen ist. Vielmehr sind hier im Geltungsbereich der Verhandlungs-maxime substantielle Darlegungen nötig, in welcher Weise sich die vermeintliche Rechtsverletzung auf den Markt auswirkt, denn liberalisierte, offene Märkte, auf denen Wettbewerbsdruck herrscht, sind oft eher durch Chaos und rasch ändernde Verhältnisse denn durch Ordnung, Stabilität und Übersichtlichkeit gekennzeichnet (Michael Leupold, a.a.o., S. 271). Die Gesuchstellerin hat es aber versäumt, hier näher darzulegen, inwiefern eine relevante Verwirrung oder Verzerrung im Markt hervorgerufen werden soll. Wenn sie

einfach ausführt, der Markt wisse nicht mehr, welchem Hersteller die Produkte, die mit «S.» oder «L.» gekennzeichnet seien, zuzuordnen seien, genügt das nicht. Sie behauptet denn auch ohne Substanziierung, der heutige Markt ordne die Produkte «S.» und «L.» der Gesuchstellerin zu. Eine Marktverwirrung durch den Auftritt der Gesuchsgegnerin unter Verwendung der Zeichen «S.» und «L.» ist sodann umso weniger ersichtlich, als diese Kennzeichen zum einen schwach sind und zum andern eine Vielzahl von Anbietern auf dem Schweizer Markt diese Bezeichnungen «L.» und «S.» für Beleuchtungsprodukte verwendet, was zu einem entsprechenden Verwässerungseffekt führt, wie die Gesuchsgegnerin glaubhaft und zutreffend darlegt. Die Gesuchstellerin begnügt sich aber auch mit der blossen Behauptung, dass der durch die Gesuchsgegnerin mit den inkriminierten Produkten erwirtschaftete Gewinn - und damit der Verlust der Gesuchstellerin - nur schwer eruierbar sei. Sie legt namentlich nicht dar, und es ist auch nicht ohne weiteres ersichtlich, weshalb diese Schäden im Rahmen eines ordentlichen Prozesses nicht nachgewiesen oder zumindest gestützt auf Art. 42 OR abgeschätzt werden könnten (Michael Leupold, a.a.O., S. 270).

4.2 Mangelt es aber schon an der Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes, ist das Schicksal des vorliegenden Massnahmegesuches bereits entschieden. Dieses muss abgewiesen werden und die Gesuchstellerin ist auf den ordentlichen Prozessweg zu verweisen.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 10. Januar 2012