



# Inhaltsverzeichnis

3 Zivilrechtspflege

5

## **B**

Stichwortverzeichnis

33

### 3. Zivilrechtspflege

#### 3.1 Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK

**Regeste:**

Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK – Im Rahmen des Replikrechts können neue Vorbringen eingebracht werden, soweit die Ausführungen in der Vernehmlassung des anderen Verfahrensbeteiligten dazu Anlass geben. Das Replikrecht dient indes nicht dazu, die Berufung zu ergänzen oder zu verbessern.

**Aus den Erwägungen:**

(...)

2. Der Verfahrensantrag des Gesuchstellers auf Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels wurde mit Präsidialverfügung vom 10. Juni 2014 abgewiesen. Es wurde ihm jedoch gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine Frist zur Ausübung des Replikrechts angesetzt (vgl. BGE 133 I 98). Davon machte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 19. Juni 2014 Gebrauch.

2.1 Die Replik ist für Darlegungen zu verwenden, zu denen die Ausführungen in der Vernehmlassung des anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben. Das Replikrecht dient indes nicht dazu, die Berufung zu ergänzen oder zu verbessern. Anträge und Rügen, die bereits in der Berufung hätten erhoben werden können, sind nach Ablauf der Berufungsfrist ausgeschlossen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_533/2013 vom 27. März 2014 E. 2.3; BGE 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47 m.w.H.).

2.2 Die 16 Seiten umfassende Berufungsantwort veranlasste den Gesuchsteller zu einer unverhältnismässig umfangreichen, 33-seitigen Stellungnahme. Darin legt er summarisch seine bereits in der Klageschrift vom 26. Juli 2013 vorgetragene Begründung des Gesuchs dar und äussert sich in allgemeiner Weise zu Angststörungen. Zu diesen Darlegungen gab offenkundig nicht erst die Berufungsantwort Anlass, weshalb der Gesuchsteller diese Ausführungen bereits in seiner Berufungsschrift hätte machen können bzw. müssen. Die Eingabe vom 19. Juni 2014 ist gestützt auf die vorstehenden Erwägungen nur insoweit zu berücksichtigen, als die Berufungsantwort zu Ergänzungen Anlass gegeben hat.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 22. Oktober 2014 (eine dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig)

### 3.2 Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO

#### **Regeste:**

Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO – Als zahlungsunfähig im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO erscheint auch der Kläger, über den in Deutschland ein Insolvenzverfahren nach der deutschen Insolvenzordnung (InsO) eröffnet wurde.

#### **Aus den Erwägungen:**

5. Die klagende Partei erscheint nach Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO als zahlungsunfähig, wenn gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen. Ist eine dieser Voraussetzungen erfüllt, ist der Nachweis der Zahlungsfähigkeit unwiderlegbar erbracht und von einer Kautionspflicht auszugehen (Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 99 N 13 – 15; Suter/von Holzen; in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 99 N 27).

6.1 Es ist unbestritten, dass in Deutschland ein Insolvenzverfahren gegen den Beschwerdeführer nach der deutschen Insolvenzordnung (InsO) eingeleitet wurde. Nach § 1 InsO dient das Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Allgemeiner Eröffnungsgrund für das Insolvenzverfahren ist die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (§ 17 InsO). Das Insolvenzverfahren kann auf Antrag des Schuldners auch bei drohender Zahlungsunfähigkeit eröffnet werden (§ 18 InsO) und bei juristischen Personen ist ferner die Überschuldung ein Eröffnungsgrund (§ 19 InsO). Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Ist der Schuldner eine natürliche Person, wird er von den im Insolvenzverfahren nicht erfüllten Verbindlichkeiten gegenüber den Insolvenzgläubigern befreit (§§ 286 ff. InsO). Die Restschuldbefreiung kann allerdings innert eines Jahres auf Antrag eines Insolvenzgläubigers widerrufen werden, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Schuldner seine Obliegenheiten verletzt und dadurch die Befriedigung der Insolvenzgläubiger erheblich beeinträchtigt hat (§ 303 InsO).

6.2 Aus dem Gesagten erhellt, dass das deutsche Insolvenzverfahren mit dem schweizerischen Nachlassverfahren, in welchem ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung geschlossen wird (Art. 293 ff. SchKG), vergleichbar ist. Es stellt sich daher die Frage, ob das deutsche Insolvenzverfahren ebenfalls ein Grund für die unwiderlegbare Vermutung der Zahlungsunfähigkeit des klagenden deutschen Insolvenzschuldners ist. Nach der Lehre ist die Aufzählung der Gründe, die zur Annahme einer Gefährdung zufolge Zahlungsunfähigkeit führen, nicht abschliessend. Sicherheit hat daher auch derjenige Kläger zu leisten, der im Ausland in einem

Konkurs- oder Nachlassverfahren steht (Schmid, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, Basel 2010, Art. 99 N 6).

(...)

5. Die klagende Partei erscheint nach Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO als zahlungsunfähig, wenn gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen. Ist eine dieser Voraussetzungen erfüllt, ist der Nachweis der Zahlungsfähigkeit unwiderlegbar erbracht und von einer Kautionspflicht auszugehen (Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 99 N 13 - 15; Suter/von Holzen; in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 99 N 27).

6.1 Es ist unbestritten, dass in Deutschland ein Insolvenzverfahren gegen den Beschwerdeführer nach der deutschen Insolvenzordnung (InsO) eingeleitet wurde. Nach § 1 InsO dient das Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Allgemeiner Eröffnungsgrund für das Insolvenzverfahren ist die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (§ 17 InsO). Das Insolvenzverfahren kann auf Antrag des Schuldners auch bei drohender Zahlungsunfähigkeit eröffnet werden (§ 18 InsO) und bei juristischen Personen ist ferner die Überschuldung ein Eröffnungsgrund (§ 19 InsO). Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Ist der Schuldner eine natürliche Person, wird er von den im Insolvenzverfahren nicht erfüllten Verbindlichkeiten gegenüber den Insolvenzgläubigern befreit (§§ 286 ff. InsO). Die Restschuldbefreiung kann allerdings innert eines Jahres auf Antrag eines Insolvenzgläubigers widerrufen werden, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Schuldner seine Obliegenheiten verletzt und dadurch die Befriedigung der Insolvenzgläubiger erheblich beeinträchtigt hat (§ 303 InsO).

6.2 Aus dem Gesagten erhellt, dass das deutsche Insolvenzverfahren mit dem schweizerischen Nachlassverfahren, in welchem ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung geschlossen wird (Art. 293 ff. SchKG), vergleichbar ist. Es stellt sich daher die Frage, ob das deutsche Insolvenzverfahren ebenfalls ein Grund für die unwiderlegbare Vermutung der Zahlungsunfähigkeit des klagenden deutschen Insolvenzschuldners ist. Nach der Lehre ist die Aufzählung der Gründe, die zur Annahme einer Gefährdung zufolge Zahlungsunfähigkeit führen, nicht abschliessend. Sicherheit hat daher auch derjenige Kläger zu leisten, der im Ausland in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren steht (Schmid, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, Basel 2010, Art. 99 N 6).

6.3 In der Lehre ist umstritten, wie lange die klagende Partei bei einem Nachlassverfahren

als unwiderlegbar zahlungsunfähig gilt. Während Suter/von Holzen (a.a.O., Art. 99 N 27) dafür halten, der betroffene Kläger erscheine ab dem Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs zahlungsunfähig, bis ein Nachlassvertrag abgeschlossen sei, postuliert Rüegg (a.a.O., Art. 99 N 14), entgegen dieser Ansicht ende die Zahlungsunfähigkeit einer Nachlassmasse nicht bei Abschluss des Nachlassvertrags, sondern erst nach dessen Vollzug. Dieser Meinung ist der Vorzug zu geben. Zwar kann nicht übersehen werden, dass nach Abschluss eines Nachlassvertrags die Schuldensituation geregelt ist. Eine Schuldbefreiung tritt hingegen einzig beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ein. Gleichwohl ändert auch hier nichts an der angespannten finanziellen Situation des Schuldners. Ein Nachlassvertrag kommt generell nur zustande, wenn nebst der Sanierungsfähigkeit des Schuldners die Interessen der Gläubiger ausreichend gewahrt werden (vgl. Art. 306 SchKG). Der Abschluss des Nachlassvertrags ist denn auch von der Zustimmung der Gläubiger abhängig (Art. 305 SchKG). Das ist unweigerlich mit erheblichen finanziellen Zugeständnissen des Schuldners verbunden, was sich negativ auf die Zahlungsfähigkeit auswirkt. Hinzu kommt, dass jeder Gläubiger beim Nachlassrichter den Widerruf eines auf unredliche Weise zustande gekommenen Nachlassvertrags verlangen kann (Art. 312 SchKG). Damit besteht erst nach Abschluss des Nachlassverfahrens Klarheit über das Schicksal des Nachlassvertrags. Es ist daher angezeigt, die Zahlungsfähigkeit des Schuldners bis zum Abschluss des Nachlassverfahrens anzunehmen. Dies entspricht im Übrigen dem Gesetzeswortlaut, gemäss welchem die klagende Partei zahlungsunfähig erscheint, wenn «ein Nachlassverfahren im Gang ist».

6.4 Laut dem Beschluss des Amtsgerichts Esslingen vom 25. Februar 2014 dauert das Insolvenzverfahren über den Beschwerdeführer noch an und der Beschwerdeführer hat im erstinstanzlichen Verfahren nicht geltend gemacht, das Insolvenzverfahren sei inzwischen abgeschlossen. Der Beschwerdeführer steht damit im Ausland in einem Nachlassverfahren, womit er ohne weiteres als zahlungsunfähig im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO erscheint. Die Vorinstanz hat ihn daher zu Recht zur Sicherstellung der Parteientschädigung verpflichtet. Die Kautionshöhe von CHF 7'800.- erweist sich angesichts des Streitwerts von rund CHF 50'500.- und des Umstandes, dass die Beschwerdegegnerin anwaltlich vertreten ist, als angemessen (vgl. § 3 ff. der Verordnung über den Anwaltstarif, AnwT).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 10. Juni 2014

### 3.3 Art. 114 lit. c und 115 ZPO

#### **Regeste:**

Art. 114 lit. c und 115 ZPO – Kostenauflegung an die beklagte Partei im unentgeltlichen Verfahren wegen mutwilliger Prozessführung.

#### **Aus den Erwägungen:**

(...)

6.3 Gemäss Art. 114 lit. c ZPO werden im Entscheidverfahren bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– keine Gerichtskosten gesprochen. Bei bös- oder mutwilliger Prozessführung können die Gerichtskosten allerdings auch in den unentgeltlichen Verfahren auferlegt werden (Art. 115 ZPO).

Mutwilligkeit setzt neben der objektiv feststellbaren Aussichtslosigkeit des Prozesses zusätzlich noch ein subjektives Element voraus: Das Verfahren muss wider besseres Wissen oder zumindest wider die von der betroffenen Person nach Lage der Dinge zu erwartende Einsicht betrieben worden sein. Böswilligkeit ist dann gegeben, wenn der aussichtslose Prozess primär die Verärgerung der Gegenpartei oder gar des Gerichtes bezwecken soll. Prozessuales Verhalten erscheint dann als mutwillig, wenn es mit einer sinnvollen und zielgerichteten Prozessführung schlechterdings nicht vereinbar ist, also erkennbar nur als Verzögerungsmanöver dient, so zum Beispiel bei unentschuldigtem Fernbleiben von der Gerichtsverhandlung oder weiteren Verhaltensmustern, die in nicht kostenlosen Verfahren zur Anwendung von Art. 108 ZPO Anlass geben würden (vgl. Rüegg, Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2013, N 1 f. zu Art. 115 ZPO; Sterchi, Berner Kommentar, Zivilprozessordnung, Bern 2012, N 5 zu Art. 115 ZPO; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2006, N 11 zu Art. 343 OR).

6.4 Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass die Beklagte, die bereits der Verhandlung vor der Schlichtungsbehörde Arbeitsrecht unentschuldig ferngeblieben war, im vorinstanzlichen Verfahren keine Klageantwort eingereicht hat und zur Hauptverhandlung unentschuldig nicht erschienen ist. Ein solches, offenkundig nur der Verzögerung dienendes Verhalten ist mit einer sinnvollen Prozessführung nicht vereinbar und muss als mutwillig bezeichnet werden. Dementsprechend ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz der Beklagten gestützt auf Art. 115 ZPO Kosten auferlegt hat. Für das Berufungsverfahren bleibt es dagegen bei der Kostenlosigkeit gemäss Art. 114 lit. c ZPO (s. dazu auch Sterchi, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 115 ZPO).

Obergericht, I. Zivilabteilung, 19. Dezember 2014

### 3.4 Art. 115 ZPO

#### **Regeste:**

Art. 115 ZPO – Das Fernbleiben des Beklagten an der Vermittlungsverhandlung ist nicht mutwillig, wenn er dies der Schlichtungsbehörde anzeigt und um Ausstellung der Klagebewilligung ersucht, damit der Anspruch des Klägers gerichtlich beurteilt werden kann.

#### **Aus den Erwägungen:**

1. Nach Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO werden im Schlichtungsverfahren keine Gerichtskosten gesprochen bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie

aus landwirtschaftlicher Pacht. Das Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde Miet- und Pachtrecht ist damit kostenlos. Nach Art. 115 ZPO können indes bei bö- oder mutwilliger Prozessführung die Gerichtskosten auch in den unentgeltlichen Verfahren einer Partei auferlegt werden.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Sozialversicherungsbereich, die aufgrund der analogen Regelung von Art. 115 ZPO auch für das Zivilverfahren anwendbar ist (Koslar, in: Baker & McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 115 N 7), kann mutwillige Prozessführung u.a. darin begründet liegen, dass eine Partei eine ihr in dieser Eigenschaft obliegende Pflicht (Mitwirkungs- oder Unterlassungspflicht) verletzt (BGE 128 V 323 E. 1.b). In BGE 124 IV 285 E. 3.b erkannte das Bundesgericht, der Verzicht, trotz gerichtlicher Mahnung, zu den Vorbringen in einer Klageschrift Stellung zu beziehen, vermöge den Vorwurf der Mutwilligkeit allerdings nicht zu begründen. Vielmehr handelt nach dem zitierten Entscheid nur derjenige mutwillig, wer als Arbeitgeber oder Versicherter Rechnungen und Mahnungen nicht beachtet, sich deswegen von der Vorsorgeeinrichtung betreiben lässt, diese – bei materiell offensichtlich unbegründetem Standpunkt – mittels Rechtsvorschlag zwingt, den Rechtsweg zu beschreiten, in eben diesem selber veranlassten Prozess nichts von sich hören lässt und somit nicht das Geringste zur Klärung des Sachverhalts beiträgt. Eine solche Prozessverursachung, verbunden mit der durch Untätigkeit geprägten Haltung im Gerichtsverfahren, welche insgesamt auf eine Verzögerungstaktik des Zahlungspflichtigen hinausläuft, darf nach der Auffassung des Bundesgerichts im grundsätzlich kostenlosen Sozialversicherungsverfahren durch Auferlegung von Gerichtskosten sanktioniert werden.

3.1 Der Vertreter der Beschwerdeführerinnen, der von der Schlichtungsbehörde Miet- und Pachtrecht ordnungsgemäss auf den 28. Juni 2013 zur Schlichtungsverhandlung vorgeladen worden war, teilte mit, er werde an der Schlichtungsverhandlung nicht teilnehmen, und ersuchte um Erteilung der Klagebewilligung an die Mieter. Zusammenfassend machte er geltend, bereits für die letzte Schlichtungsverhandlung mit den Mietern vergeblich nach Zugereist zu sein. Zudem erachtete er die Mängelrüge der Mieter bezüglich der schwankenden Temperatur des Duschwassers als unbegründet. Entsprechend dieser Ankündigung blieb der Vertreter der Beschwerdeführerinnen der Schlichtungsverhandlung fern. Die Beschwerdeführerinnen bzw. ihr Vertreter missachteten damit die in Art. 204 ZPO statuierte Pflicht zur Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung und wurden säumig. Trotz der Verletzung dieser Mitwirkungspflicht kann darin nicht eine bö- oder mutwillige Prozessführung erblickt werden, die es rechtfertigt, den Beschwerdeführerinnen abweichend vom Grundsatz der Kostenlosigkeit des Sühnverfahrens vor der Schlichtungsbehörde Miet- und Pachtrecht die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Dabei fällt Folgendes in Betracht:

3.2 Die Schlichtungsbehörde versucht in formloser Verhandlung, die Parteien zu versöhnen (Art. 201 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Mislingt dies und kommt keine Einigung zustande, erteilt die Schlichtungsbehörde entweder die Klagebewilligung (Art. 209 ZPO) oder unterbreitet den Parteien in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen einen Urteilsvorschlag (Art. 210 f. ZPO)

oder erlässt in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 2'000.- auf Antrag der klagenden Partei einen Entscheid (Art. 212 ZPO). Bei Säumnis der klagenden Partei gilt das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen und das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschlossen (Art. 206 Abs. 1 ZPO). Bei Säumnis der beklagten Partei verfährt die Schlichtungsbehörde, wie wenn keine Einigung zu Stande gekommen wäre (Art. 206 Abs. 2 ZPO) und bei Säumnis beider Parteien wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen (Art. 206 Abs. 3 ZPO). Beim kostenpflichtigen Schlichtungsverfahren, d.h. im Falle der Zuständigkeit der kommunalen Friedensrichter (§§ 37 f. GOG) oder der Schlichtungsbehörde Arbeitsrecht bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über CHF 30'000.- (§ 39 GOG und Art. 113 Abs. 2 lit. d ZPO), werden die Kosten des Schlichtungsverfahrens nach Art. 207 Abs. 1 ZPO der klagenden Partei auferlegt, wenn sie das Schlichtungsverfahren zurückzieht (lit. a), wenn das Verfahren wegen Säumnis abgeschlossen (lit. b) oder wenn die Klagebewilligung erteilt wird (lit. c). Die klagende Partei trägt damit die Kosten nicht nur im Falle der eigenen Säumnis. Vielmehr ist dies auch der Fall, wenn die beklagte Partei der Schlichtungsverhandlung unentschuldigt ferngeblieben ist und aus diesem Grund die Klagebewilligung erteilt wird (Art. 206 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 209 ZPO). Bei Einreichung der Klage werden diese Kosten zur Hauptsache geschlagen (Art. 207 Abs. 2 ZPO). Beim kostenpflichtigen Schlichtungsverfahren werden der beklagten Partei im Falle ihrer Säumnis nach der gesetzlichen Regelung somit keine Kosten wegen mutwilliger Prozessführung auferlegt, falls eine Klagebewilligung ausgestellt wird. Eine unterschiedliche Regelung ist auch nicht gerechtfertigt, wenn die Schlichtungsbehörde bei Säumnis der beklagten Partei den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreitet oder auf Antrag der klagenden Partei einen Entscheid erlässt. In diesen Fällen hat die beklagte Partei ohnehin den Rechtsnachteil zu tragen, dass sie sich in der gleichwohl durchgeführten Schlichtungsverhandlung (Art. 147 Abs. 2 ZPO) nicht äussern konnte und Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei als unbestritten gelten (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Sie wird damit in aller Regel aufgrund des für sie negativen Verfahrensausgangs ohnehin als unterliegende Partei die Kosten zu tragen haben (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zusammenfassend steht damit fest, dass der beklagten Partei im kostenpflichtigen Schlichtungsverfahren im Falle ihrer Säumnis keine Kosten wegen mutwilliger Prozessführung auferlegt werden. Unter diesen Umständen ist es auch nicht gerechtfertigt, anders zu verfahren, wenn das Schlichtungsverfahren vom Grundsatz der Kostenlosigkeit beherrscht wird. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die beklagte Partei – wie vorliegend – der Schlichtungsbehörde vorgängig mitteilt, dass und aus welchen Gründen sie der Verhandlung fernbleibt.

3.3 Hinzu kommt Folgendes: Nach der eingangs zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt mutwillige Prozessführung durch die Beklagte vor, wenn die Verletzung der Mitwirkungspflicht insgesamt auf eine Verzögerungstaktik hinausläuft. Ein derartiges Verhalten kann den Beschwerdeführerinnen indes nicht vorgeworfen werden. Sie erachteten zwar die Klage der Mieter als vollkommen unbegründet und waren daher nicht bereit, sich im Vermittlungsverfahren mit den Mietern zu versöhnen. Gleichwohl spielten die Beschwerdeführerinnen nicht auf Zeit, sondern ersuchten um Erteilung der Klagebewilligung an die Mieter, damit die Klage gerichtlich beurteilt werden kann. Ein trölerisches Verhalten liegt damit nicht vor, das mit der

Auferlegung der Kosten gemäss Art. 115 ZPO sanktioniert werden müsste. In der Literatur und Rechtsprechung wird denn auch die Ansicht vertreten, dass in aller Regel nur eine bös- oder mutwillige Prozessführung vorliegt, wenn der Kläger – und nicht der Beklagte – unentschuldig einer Verhandlung fernbleibt (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art.115 N 9 mit Hinweisen; ZR 111 Nr. 91).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 3. April 2014

### 3.5 Art. 141 ZPO

#### **Regeste:**

Art. 141 ZPO – Eine Zustellung durch öffentliche Publikation darf nur als ultima ratio erfolgen. Als unmöglich darf eine Zustellung nur dann erachtet werden, wenn vorgängig sämtliche sachdienlichen Nachforschungen vorgenommen wurden. Wählt das Gericht die Zustellform der öffentlichen Bekanntmachung, obschon die Voraussetzungen dafür nicht gegeben sind, insbesondere eine andere Zustellform möglich gewesen wäre, so ist die Ediktalzustellung nichtig.

#### **Aus den Erwägungen:**

1. Vorab ist die Einhaltung der Berufungsfrist zu prüfen. Diese Frage hängt primär davon ab, ob die öffentliche Zustellung des Entscheids überhaupt zulässig war. Diese Frage ist aber zugleich (zusammen mit der Frage der Zulässigkeit der öffentlichen Zustellung der Gesuchsanträge durch das Kantonsgericht) Gegenstand der Berufung selbst. Es handelt sich dabei mithin um eine sog. doppelrelevante Tatsache. Das bedeutet, dass mit dem Entscheid über die Rechtzeitigkeit der Berufung zugleich über die Berufung selbst entschieden ist. Erweist sich nämlich die Publikation des Entscheids (und dementsprechend auch die vorgängige Ediktalzustellung der Gesuchsanträge) als unzulässig und damit die Berufung als begründet, ist das Rechtsmittel jedenfalls auch rechtzeitig. Der angefochtene Entscheid wurde nämlich am 23. Mai 2014 im Amtsblatt des Kantons Zug veröffentlicht. Die Gesuchsgegnerin trägt vor, erstmals am 13. Juni 2014 Kenntnis vom Entscheid erhalten zu haben, als das Konkursamt diesen ihrem Verwaltungsratsmitglied H anlässlich der konkursamtlichen Beschlagnahmung der Aktiven vorgewiesen habe. War die öffentliche Zustellung unzulässig, begann die Berufungsfrist (wenn überhaupt) frühestens im Zeitpunkt zu laufen, als die Gesuchsgegnerin tatsächlich vom Entscheid Kenntnis erhielt; die unwiderlegbare Vermutung gemäss Art. 141 Abs. 2 ZPO, wonach die Bekanntgabe am Erscheinungsdatum stattgefunden hat, kommt diesfalls nicht zum Tragen (vgl. Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 141 N 21 f.).

2. Die Gesuchsgegnerin bestreitet zu Recht nicht, dass der vom Gesuchsteller monierte Organisationsmangel (Fehlen einer Revisionsstelle) besteht. Dass sie den Mangel bisher nicht

behaben hat, führt sie aber darauf zurück, dass sie die das Gesuch des Handelsregisteramtes enthaltende Einschreibesendung des Kantonsgerichts nicht erhalten habe. Sie stellt sich auf den Standpunkt, indem das Kantonsgericht die Liquidation ausgesprochen habe, ohne dass sie sich wegen formaler Mängeln dazu habe äussern können, sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Die Zustellung des Gesuchs vom 2. April 2014 zur Stellungnahme sei mit dem Vermerk «nicht abgeholt» an das Kantonsgericht retourniert worden. Sie habe nicht mit einer Zustellung rechnen müssen, da kein Verfahren hängig gewesen sei. Von der darauf erfolgten Publikation der Rechtsbegehren im Amtsblatt des Kantons Zug habe sie keine Kenntnis genommen. Eine Zustellung durch Publikation gemäss Art. 141 ZPO könne nur erfolgen, wenn eine (andere) Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden sei. Eine Unmöglichkeit der Zustellung liege vor, wenn die gerichtliche Sendung weder dem Adressaten persönlich noch seinem Vertreter noch einer zu deren Empfang berechtigten Person zugestellt werden könne. Damit die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen dürfe, habe das Gericht zuerst sämtliche sachdienlichen Nachforschungen vorzunehmen. Die Vorinstanz habe es unterlassen, solche Abklärungen zu treffen. Es sei nicht so gewesen, dass an ihrem Domizil nie jemand vorzufinden gewesen wäre. Die öffentliche Bekanntmachung des Entscheides des Kantonsgerichts vom 15. Mai 2014 sei daher nicht gerechtfertigt gewesen, weshalb dieser keine Wirkung entfalte.

2.1 Eine Zustellung durch öffentliche Publikation gemäss Art. 141 ZPO darf nur als ultima ratio erfolgen. Das Gesetz regelt die Fälle, in welchen die Ediktalzustellung zulässig ist, abschliessend (Huber, a.a.O., Art. 141 N 1, 8). Es sieht eine solche vor, wenn der Aufenthaltsort des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann, eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre oder wenn eine Partei mit Wohnsitz im Ausland trotz entsprechender Aufforderung kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat. Als unmöglich darf eine Zustellung nur dann erachtet werden, wenn vorgängig sämtliche sachdienlichen Nachforschungen vorgenommen wurden (Frei, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur ZPO, Art. 141 N 12). Wählt das Gericht die Zustellform der öffentlichen Bekanntmachung, obschon die Voraussetzungen dafür nicht gegeben sind, insbesondere eine andere Zustellform möglich gewesen wäre, so ist die Ediktalzustellung nichtig (Huber, a.a.O., Art. 141 N 10). Es beginnen keine Fristen zu laufen und allfällige Entscheide werden nicht rechtskräftig (Frei, a.a.O., Art. 141 N 18).

2.2 Die Adresse der Gesuchsgegnerin ergibt sich aus dem Eintrag im Handelsregister. Das Kantonsgericht hat die Aufforderung zur Einreichung einer Stellungnahme zum Gesuch des Handelsregisteramtes am 3. April 2014 mit eingeschriebener Post an diese Adresse gesandt. Nachdem das Schreiben innerhalb der Frist von sieben Tagen nicht abgeholt und demzufolge an den Absender retourniert wurde, liess der erstinstanzliche Richter die Gesuchsanträge am 25. April 2014 mit der Aufforderung zur Stellungnahme im Amtsblatt des Kantons Zug publizieren. Ebenso stellte er den Entscheid vom 15. Mai 2014 am 23. Mai 2014 ohne weiteres auf dem Ediktalweg zu. Dass vor der öffentlichen Publikation weitere Abklärungen getroffen worden wären, ergibt sich aus den Akten nicht. Namentlich wurde aber weder eine nochma-

lige postalische Zustellung noch eine Zustellung durch Bote oder durch die Polizei versucht, obschon die Ediktalzustellung gemäss den vorstehenden Ausführungen nur ultima ratio erfolgen darf. Auch wenn diese letztgenannte Form der Zustellung die Ausnahme bleiben soll, ist auf sie insbesondere dann zurückzugreifen, wenn mit einer Postsendung keine Zustellfiktion i.S. von Art. 138 Abs. 3 ZPO erwirkt werden kann (Huber, a.a.O., Art. 138 N 28 f.). Da es sich beim Gesuch des Handelsregisteramtes um das prozesseinleitende Schriftstück handelte, fiel eine Zustellfiktion im vorliegenden Fall von vorneherein ausser Betracht. Es wäre deshalb ein Zustellversuch in anderer Weise als per Post erforderlich gewesen, bevor eine Ediktalzustellung in Betracht kam. Erst wenn eine Partei eine eingeschriebene Postsendung nicht abholt und sie auch nicht persönlich zuhause angetroffen werden kann, ist darin eine Zustellvereitelung zu erblicken, welche zu einer öffentlichen Zustellung berechtigt (vgl. Huber, a.a.O., Art. 141 N 16). Scheitert also ein erstmaliger postalischer Zustellversuch, kann grundsätzlich – wie erwähnt – noch nicht auf eine Zustellvereitelung geschlossen werden. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Vorinstanz offenbar auch noch am 16. April 2014 eine Zustellung mit uneingeschriebener Post an den einzigen Verwaltungsrat H vornahm, zumal dieser dieselbe Postadresse aufweist wie die Gesuchsgegnerin. Die Zustellung hätte zwingend mit Empfangsbestätigung erfolgen müssen (Huber, a.a.O., Art. 138 N 28). Die Voraussetzungen der Ediktalzustellung waren somit nicht erfüllt, weshalb eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt und beide in dieser Form erfolgten Zustellungen des Kantonsgerichts an die Gesuchsgegnerin keine rechtliche Wirkung zu erzeugen vermochten. Dementsprechend begann auch die Berufungsfrist mit der öffentlichen Publikation des Entscheides am 23. Mai 2014 nicht zu laufen. Der Entscheid vom 15. Mai 2014 erwuchs nicht in Rechtskraft. Er leidet sodann an einem schweren Mangel und ist aufgrund der sogenannten formellen Natur des Gehörsanspruchs (vgl. BGE 132 V 387; 126 I 19; 125 I 113) unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre, aufzuheben (Sutter-Somm/Chevalier in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 53 N 26). Entsprechend braucht auf die weiteren Rügen der Gesuchsgegnerin, insbesondere die Verhältnismässigkeit der angeordneten Massnahme, nicht eingegangen zu werden.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 6. August 2014

### 3.6 Art. 158 ZPO

#### **Regeste:**

Art. 158 ZPO – Ein schutzwürdiges Interesse gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO kann auch in der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten liegen. Der Gesuchsteller hat glaubhaft zu machen, dass ihm die vorsorgliche Beweisführung eine bessere Abschätzung der Prozesschancen ermöglicht.

#### **Aus dem Sachverhalt:**

A. wurde Opfer eines Auffahrunfalls. Er machte beim Kantonsgericht Zug eine Teilklage hängig.

In einem allfälligen Gesamtklageverfahren beabsichtigte er, Dr. C., bei welchem die Y. Gesundheitsorganisation einen medizinischen Bericht eingeholt hatte, als sachverständigen Zeugen anzurufen. Um seine Prozesschancen abschätzen zu können, beantragte A. beim Kantonsgericht Zug als vorsorgliche Beweisführung die Einholung einer schriftlichen Auskunft bei Dr. C. zur Frage, wie viele Gutachteraufträge er in den Jahren 2003 bis 2013 von der Y. Gesundheitsorganisation erhalten habe und welches Honorar ihm für diese Gutachteraufträge insgesamt bezahlt worden sei. Gegen den abweisenden Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug erhob A. Berufung beim Obergericht.

### **Aus den Erwägungen:**

3. 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, 7315). 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.; Fellmann, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 158 N 19). Für Tatsachen hingegen, 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 substantiiert behauptet (BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81 f.).

Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürfen nicht überspannt werden, geht es doch beim Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme noch nicht um die Prüfung der Begründetheit des Hauptanspruchs. Ein schutzwürdiges Interesse wäre etwa dann zu verneinen, wenn das beantragte Beweismittel untauglich ist, muss doch das vorsorglich abgenommene Beweismittel in einem allfälligen Hauptprozess verwertet werden können. Ebenfalls kein Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung besteht sodann, wenn es der gesuchstellenden

Partei lediglich darum geht, ein bereits vorliegendes, beweistaugliches Gutachten mit einem weiteren Gutachten in Frage zu stellen (BGE 140 III 24 E. 3.2.2).

3.1 Der Gesuchsteller rügt eine unrichtige Anwendung von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO bzw. eine Verletzung des Rechts auf den Beweis durch die Vorinstanz. Von der Beantwortung der schriftlichen Auskunft durch Dr. C. hänge die Frage ab, ob er mitsamt seiner Stellungnahme im Hauptverfahren gestützt auf Art. 49 ZPO und Art. 47 Abs. 1 lit. a und f ZPO i.V.m. Art. 183 Abs. 2 ZPO in den Ausstand zu treten habe oder seine Stellungnahme gemäss Art. 172 b ZPO unglaubwürdig sei. Davon hänge wiederum ab, wie hoch die Prozesschancen für den Gesamtanspruch seien, da Dr. C. der einzige Arzt sei, welcher den Grad und die Dauer seiner unfallbedingten Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit als tiefer bzw. kürzer eingeschätzt habe als von ihm (dem Gesuchsteller) behauptet. Die schriftliche Auskunft könne somit sehr wohl dazu dienen, um die Beweis- und Prozessaussichten eines Haftpflichtprozesses über den Gesamtschaden abzuklären. Daran ändere nichts, dass er um die mögliche Befangenheit von Dr. C. angeblich schon wisse. Entscheidend sei einzig, was auch bewiesen werden könne.

3.2 Die Gesuchsgegnerin wendet dagegen im Wesentlichen ein, der Gesuchsteller habe bereits eine Teilklage anhängig gemacht, weshalb er kein schutzwürdiges Interesse mehr an der Klärung der Prozesschancen durch die vorsorgliche Beweisführung habe. Der Gesuchsteller beurteile seine Prozesschancen als ausreichend, ansonsten hätte er die Teilklage mit gleich lautenden Beweisbegehren nicht eingereicht. Sei der Prozess einmal eingeleitet, genüge zur Begründung der vorzeitigen Beweisabnahme nur noch die Beweisgefährdung. Eine solche habe der Gesuchsteller nicht dargetan. Im Übrigen habe er im Teilklageverfahren in beweisrechtlicher Hinsicht diejenigen Abklärungen beantragt, welche er nunmehr auch mit der vorsorglichen Beweisführung anstrebe. Es sei daher davon auszugehen, dass er die verlangten Auskünfte im Teilklageverfahren erhalten werde und diese im dort ergehenden Entscheid mit Blick auf das Gesamtklageverfahren gewürdigt würden.

3.3.1 Nach Auffassung des Gesetzgebers soll die vorsorgliche Beweisführung – wie bereits erwähnt – unter anderem der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten dienen. Der Gesuchsteller trägt vor, als einziger Arzt habe Dr. C. den Grad und die Dauer der unfallbedingten Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit tiefer bzw. kürzer eingeschätzt als von ihm (dem Gesuchsteller) behauptet, weshalb die Prozesschancen für den Gesamtanspruch von der Glaubwürdigkeit seines Berichtes oder vom Vorliegen eines Ausstandgrundes abhängig seien. Aus diesen Ausführungen erhellt, dass diverse Berichte von verschiedenen Ärzten vorliegen und der Gesuchsteller den Bericht von Dr. C. offenbar als Minderheitsmeinung betrachtet. Zumindest ergibt sich aufgrund der diversen anderen Arztberichte, welche dem Bericht von Dr. C. gegenüberstehen und offenbar die Behauptungen des Gesuchstellers stützen, ein hinreichend klares Bild für die Beurteilung der Prozesschancen. Der Gesuchsteller hat denn auch kein – gerichtliches – Gutachten als vorsorgliche Beweisführung verlangt. Geben die bereits vorliegenden ärztlichen Gutachten und Berichte genügend Anhaltspunkte zur Einschätzung der Prozesschancen, ist nicht glaubhaft, dass die vorsorgliche Beweisführung dem Gesuch-

steller eine bessere Abschätzung der Prozesschancen ermöglicht (vgl. Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 19a; Urteil OG ZH vom 20. Dezember 2011, LF110116-O/U). Immerhin hat der Gesuchsteller bereits eine Teilklage eingereicht, in welcher er Dr. C. als Zeugen beantragt hat; nota bene ohne über die verlangte Information zu verfügen (vgl. dazu Erw. 3.3.3 nachfolgend). Die Vorinstanz erachtete es somit zu Recht als nicht glaubhaft, dass der Entscheid des Gesuchstellers, ob er den Gesamtanspruch einklagen will oder nicht, ganz oder teilweise von der Anzahl der durch die Y. Gesundheitsorganisation bei Dr. C. in Auftrag gegebenen Gutachteraufträge abhängig sein wird.

3.3.2 Im Übrigen dient die verlangte Auskunft über die bisherige Geschäftsbeziehung zwischen der Y. Gesundheitsorganisation und Dr. C. einzig der Würdigung seines Berichts und seiner Aussagen an einer allfälligen Zeugeneinvernahme. Es obliegt jedoch dem im Hauptprozess zuständigen Gericht, über die Zulassung eines Berichts im Prozess zu entscheiden und diesen zu würdigen (Art. 157 ZPO). Im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung findet keine Beweiswürdigung statt (Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 18, 30; Brönnimann, Berner Kommentar zur ZPO, 2012, Art. 158 ZPO N 28). Die objektiven Kriterien für die Beweiswürdigung wird sich daher das Gericht im Hauptverfahren beschaffen müssen. So sind Zeugen unter anderem über ihre persönlichen Beziehungen zu den Parteien sowie über andere Umstände, welche für die Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen von Bedeutung sein könnten, zu befragen. Diese Auskünfte hat das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu verwerten (vgl. Weibel/Naegele, a.a.O., Art. 172 N 3a). Neben der geschäftlichen Beziehung zwischen der Y. Gesundheitsorganisation und Dr. C. können dabei durchaus noch weitere Umstände als ausschlaggebend in Betracht fallen (vgl. Brönnimann, a.a.O., Art. 157 N 7; Passadelis in: Baker/McKanzie [Hrsg.], Handkommentar ZPO, Bern 2010, Art. 157 N 8). Auch aus diesem Grund besteht an der beantragten vorsorglichen Beweisführung zur Einschätzung der Prozesschancen kein schutzwürdiges Interesse.

Ergänzend ist anzumerken, dass der Ausstand nach Art. 183 Abs. 2 i.V.m. Art. 47 Abs. 1 ZPO – entgegen der Auffassung des Gesuchstellers – ohnehin kaum in Frage käme. Denn die Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens durch Dr. C. steht nicht zur Diskussion, sondern die Befragung als sachverständigem Zeugen zu dem von ihm zuhanden der Y. Gesundheitsorganisation verfassten Bericht. Da dieser von einem privaten Unternehmen in Auftrag gegeben wurde, wird das Gericht diesen Bericht nicht als gerichtliches Gutachten werten bzw. Dr. C. nicht als Sachverständigen im Sinne von Art. 183 ff. ZPO betrachten (vgl. BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3 S. 27). Entsprechend sind auf ihn die Art. 183 ff. ZPO nicht anwendbar, weshalb er nicht den besonderen Ausstandsgründen unterliegt (vgl. Rüetschi, Berner Kommentar zur ZPO, 2012, Art. 175 N 5; Weibel/Naegele in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 175 N 5 f.; a.M. Reinert in: Baker/McKenzie, Handkommentar zur ZPO, Bern 2010, Art. 175 N 4, wonach aber das Vorliegen eines Ausstandsgrundes die Befragung als Zeugen nicht ausschliesst, soweit dies das Gericht als sinnvoll erachtet).

Obergericht, II. Zivilabteilung, 14. Mai 2014 (eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil 4A\_342/2014 vom 17. Oktober 2014 ab)

### 3.7 Art. 229 Abs. 3 und 317 Abs. 1 ZPO

#### **Regeste:**

Art. 229 Abs. 3 und 317 Abs. 1 ZPO – Im Berufungsverfahren soll in Bezug auf Noven jedenfalls dann die gleiche Regel gelten wie im erstinstanzlichen Verfahren, wenn die umfassende Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt.

#### **Aus den Erwägungen:**

5.3 (...) Grundsätzlich werden gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Letzteres Erfordernis ist vorliegend nicht erfüllt.

Nach Art. 296 ZPO gelten für alle Kinderbelange die Officialmaxime und der Untersuchungsgrundsatz. Art. 296 ZPO übernimmt inhaltlich vollumfänglich die Regelung des bisherigen Rechts. Der Untersuchungs- und Officialgrundsatz kommt daher bei Kinderbelangen in allen familienrechtlichen Verfahren und in allen Verfahrensstadien als allgemeiner Grundsatz zur Anwendung. Es stellt sich jedoch die Frage, ob Art. 229 Abs. 3 ZPO – der grundsätzlich für das Verfahren vor erster Instanz bestimmt ist – im Berufungsverfahren analog anzuwenden ist. Art. 229 Abs. 3 ZPO schreibt vor, dass das Gericht neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen hat, wenn der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist. Das Bundesgericht hat diese Frage dahingehend beantwortet, dass aus der Systematik des Gesetzes klar folge, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO nur auf Verfahren vor der ersten Instanz anwendbar sei. Art. 317 ZPO betreffe das Berufungsverfahren und enthalte keinen Verweis, auch keine Spezialregel für das vereinfachte Verfahren oder für den Fall, wo der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen ermittle. Wenn der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen erheben müsse, bedeute dies, dass er selber Beweisvorkehren anordnen und den Sachverhalt, wie er ihm präsentiert worden sei, vervollständigen könne. Die Untersuchungsmaxime sage nicht, bis zu welchem Zeitpunkt die Parteien selber neue Tatsachen oder neue Beweismittel anrufen könnten. Diese Frage sei für die erste Instanz in Art. 229 Abs. 3 ZPO und für die Berufung in Art. 317 Abs. 1 ZPO geregelt (BGE 138 III 625 E. 2.2 = Pra 2013 Nr. 26). Nach Auffassung des Bundesgerichts sind demnach Noven im Berufungsverfahren bei Geltung des Verhandlungs- und auch des Untersuchungsgrundsatzes nur noch zulässig, wenn es sich um echte Noven handelt oder wenn unechte Noven trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung wird in der Literatur weitgehend kritisiert. Das Bundesgericht begründet seine Auffassung damit, dass es im bundesrätlichen Entwurf bei der Berufung noch geheissen

habe, Noven könnten sinngemäss nach den erstinstanzlichen Regeln vorgebracht werden und damit bei Anwendbarkeit des Untersuchungsgrundsatzes bis zur Urteilsberatung. Dieser Verweis sei aber im Gesetzgebungsverfahren gestrichen worden. Für eine sinngemässe Anwendung dieser Regel bleibe damit im Berufungsverfahren kein Raum mehr. Die Materialien zeigen jedoch ein anderes Bild, wie insbesondere Christoph Leuenberger und Benedikt Seiler nachweisen. Aus dem Protokoll der nationalrätlichen Beratungen, auf welches das Bundesgericht in seinem Entscheid verweist, ging es um die Frage, ob die Berufungsinstanz Noven generell, also unabhängig vom anwendbaren Verfahrensgrundsatz, unbeschränkt zuzulassen habe, was abgelehnt wurde. Eine Novenbeschränkung im Bereich der Untersuchungsmaxime stand dabei nicht in Frage. Bundesrätin Widmer-Schlumpf führte aus, Noven sollten vor der Berufungsinstanz im gleichen Rahmen, wie es zuletzt im erstinstanzlichen Verfahren möglich gewesen sei, vorgebracht werden können (AB 2008 N 1633 f.). Dies blieb unwidersprochen. Damit wurde der Grundsatz festgehalten, dass im Berufungsverfahren in Bezug auf die Noven die gleiche Regel gelten soll wie im erstinstanzlichen Verfahren, was bedeutet, dass bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes Noven bis zur Urteilsberatung des Berufungsverfahrens vorgebracht werden können. Dem entspricht, dass die Verfahrensmaximen, die den erstinstanzlichen Prozess bestimmen, als allgemeine Grundsätze auch im Berufungsverfahren weitergelten (Leuenberger, ZBJV 2013, S. 252 ff. mit zahlreichen Verweisen, und ZBJV 2014, S. 23 f.; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Basel 2013, Rz. 1264a). Demzufolge muss jedenfalls Art. 229 Abs. 3 ZPO dann analog auch im Berufungsverfahren gelten, soweit Kinderbelange betroffen sind und die umfassende Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt (vgl. Spycher, Berner Kommentar, 2012, N 9 zu Art. 296 ZPO mit zahlreichen Verweisen; Gloor, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., 2010, Rz. 11.20; Beschluss und Urteil des Zürcher Obergerichts vom 8. Mai 2013 [LC130019-O/U]).

Obergericht, I. Zivilabteilung, 8. Juli 2014

### 3.8 Art. 257 ZPO

#### **Regeste:**

Art. 257 ZPO – Das Gericht tritt auf ein Gesuch um schnellen Rechtsschutz nur ein, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und – kumulativ – die Rechtslage klar ist. Nicht unter den Begriff des klaren Rechts fallen in der Regel Normen, die einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordern.

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Die Erbengemeinschaft A. beabsichtigte den Bau von vier Mehrfamilienhäusern und Einstellhalle auf ihrem Grundstück. Der Gemeinderat bewilligte eine Änderung der vorgesehenen Zufahrtsstrasse, welche neu teilweise über das Grundstück von B. und C. verlaufen soll. Das Grundstück von B. und C. ist u.a. mit einem Fuss- und Fahrwegrecht sowie einem Baurecht für

eine Böschung und eine Zufahrtsstrasse zugunsten des Grundstücks der Erbengemeinschaft belastet. Die Erbengemeinschaft gelangte an den Einzelrichter des Kantonsgerichts Zug und beantragte, B. und C. sei die Entfernung sämtlicher künstlicher Einrichtungen (Spielplatz) auf deren Grundstück zu befehlen. Der Einzelrichter hiess das Gesuch gut. Dagegen erhoben B. und C. Berufung beim Obergericht.

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

4. Die Vorinstanz stellt in ihrem Entscheid die Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO richtig dar, worauf verwiesen werden kann. Demnach tritt das Gericht auf ein Gesuch um schnellen Rechtsschutz ein, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und – kumulativ – die Rechtslage klar ist. Die letztere Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Anwendung und Auslegung einer Norm, namentlich aufgrund ihres Wortlauts, der Rechtsprechung und der bewährten Lehre, zu keinem Zweifel Anlass gibt. Die Rechtsfolge muss sich bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergeben und die Rechtsanwendung damit zu einem eindeutigen Ergebnis führen (Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 257 N 9; Urteil des Bundesgerichts 4A\_447/2011 vom 20. September 2011 E. 2.3 und 4A\_273/2012 vom 30. Oktober 2012 E. 5.1.2). Nicht unter den Begriff des klaren Rechts fallen Normen, die einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordern, wie dies namentlich bei der Beurteilung von Treu und Glauben zutrifft (BGE 138 III 123 E. 2.1.2 S. 126; Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., Art. 257 N 11).

4.1 Die Gesuchsgegner erachten das Gebot der schonenden Rechtsausübung nach Art. 737 Abs. 2 ZGB verletzt, indem die Vorinstanz sie dazu verpflichtet habe, die Spielgeräte zu entfernen, obschon für die Zufahrtstrasse noch keine Baubewilligung vorliege und mithin auch noch nicht feststehe, ob die Dienstbarkeit ausgeübt werden dürfe.

4.2 Grundsätzlich ist der Servitutsberechtigte befugt, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist (Art. 737 Abs. 1 ZGB). Nach dem Grundsatz «servitus civiliter exercenda» ist er jedoch verpflichtet, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben (Art. 737 Abs. 2 ZGB). Die Bestimmung von Art. 737 Abs. 2 ZGB konkretisiert den in Art. 2 ZGB statuierten Rechtsgrundsatz des Handelns nach Treu und Glauben (vgl. Petit-Pierre, Basler Kommentar ZGB II, 4. A., 2011, Art. 737 N 1 und 6). Mithin handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz (vgl. Liver, Zürcher Kommentar, 2. A., 1980, Art. 737 ZGB N 2 f.). Der Berechtigte muss auf eine den Belasteten schädigende Rechtsausübung verzichten, soweit diese Rechtsausübung unnütz ist oder sein Interesse daran jedenfalls in einem krassen Missverhältnis zum Interesse des Belasteten an der Unterlassung der Schädigung steht (BGE 137 III 145 E. 5.4 S. 152; BGE 100 II 195 E. 4a S. 197). Die Pflicht, sein

Recht in möglichst schonender Weise auszuüben, bedeutet aber keine inhaltliche oder umfangmässige Beschränkung des Dienstbarkeitsrechts, sondern regelt die Ausübung der Dienstbarkeit (schonend) nach Massgabe ihres feststehenden Inhalts und Umfangs. Unnütze Rechtsausübung liegt nicht vor, wenn der Berechtigte stichhaltige oder schutzwürdige Gründe geltend machen kann (Urteil des Bundesgerichts 5C.232/2003 vom 2. März 2004 E. 5.2 f.). Die Anwendung des Grundsatzes «servitus civiliter exercenda» nach Art. 737 Abs. 2 ZGB verlangt mithin in aller Regel einen Ermessensentscheid unter wertendem Einbezug sämtlicher Umstände. Damit mangelt es aber zum Vornherein an der Voraussetzung der klaren Rechtslage gemäss Art. 257 ZPO, weshalb diese Prozessart grundsätzlich nicht in Betracht kommt.

4.3 Die auf dem Grundstück Nr. (...) lastende Dienstbarkeit wurde bis anhin nicht beansprucht, was sich unter anderem aus dem Schreiben von (...) vom 11. Juni 2008 ergibt. Darin wurde den Gesuchsgegnern mitgeteilt, dass der Spielplatz nur so lange geduldet werde, als von der Dienstbarkeit kein Gebrauch gemacht werde. Die Gesuchsteller erachten die Rechte aus der Dienstbarkeit mit der Änderungsbaueingabe vom 13. Januar 2014 als ausgeübt. Dem ist entgegenzuhalten, dass aufgrund der beim Regierungsrat hängigen Verwaltungsbeschwerde gegen die Bewilligung der Veränderungen in Bezug auf die Zufahrt die rechtlichen Voraussetzungen für den Start der Arbeiten (noch) nicht gegeben sind. Die Gesuchsteller machten im erstinstanzlichen Verfahren nicht geltend, dass der Spielplatz der Ausübung eines anderen aus der Dienstbarkeit fliessenden Rechts entgegensteht oder dass sie aus der Entfernung der Spielgeräte vor der Bewilligung der Zufahrtstrasse irgendeinen Vorteil ziehen. Erstmals in der Berufungsantwort erwähnen sie, dass der Spielplatz das Fusswegrecht schon heute hindere, ohne dies jedoch zu substantizieren. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgetragen werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, machen die Gesuchsteller nicht geltend und ist offenkundig auch nicht der Fall.

Üben die Gesuchsteller die ihnen aus der Dienstbarkeit grundsätzlich zustehende Rechte aufgrund einer fehlenden rechtskräftigen Baubewilligung zurzeit nicht aus, besteht wohl kein aktuelles Interesse an der Beseitigung des Spielplatzes. Gemäss unumstrittener Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz ist die Entfernung der Spielgeräte nicht mit grossem Aufwand verbunden und kann daher innert kurzer Zeit erfolgen. Vor diesem Hintergrund lassen die weiteren Ausführungen der Vorinstanz, wonach nicht glaubhaft sei, dass die Überbaubarkeit des Grundstückes Nr. (...) über Jahre ausgeschlossen sei, die Rechtslage nicht als liquid erscheinen. Lässt sich die Projektänderung bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung ohnehin nicht verwirklichen und kann der Spielplatz innert kurzer Zeit entfernt werden, erscheint die verlangte Entfernung des Spielplatzes im jetzigen Zeitpunkt bei einer summarischen Beurteilung unnütz. Mithin ist zumindest fraglich, ob die Aufforderung zur sofortigen Entfernung nicht den Grundsatz der schonenden Rechtsausübung verletzt. Daran ändert offenkundig nichts, dass die Projektänderung gegenüber der ursprünglichen Variante der Zufahrt Vorteile bringt, wie dies der erstinstanzliche Richter festhielt. Diese Vorteile wären

allenfalls von Bedeutung, wenn eine entsprechende Baubewilligung vorliegen würde. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach das öffentlich-rechtliche Baubewilligungsverfahren vom zivilrechtlichen Verfahren zu trennen sei, steht einer Berücksichtigung der fehlenden rechtskräftigen Baubewilligung bei der Beurteilung der Frage, ob die Dienstbarkeitsberechtigten gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung verstossen, nicht entgegen, da diese ihre aus der Dienstbarkeit fliessenden Rechte aufgrund eines in Zukunft beabsichtigten bzw. geplanten Bauprojekts ausüben (vgl. BGE 110 II 125 E. 4 S. 126 f.). In diesem Sinne ist die Voraussetzung der klaren Rechtslage gemäss Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO nicht erfüllt.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 19. November 2014

### 3.9 Art. 261 Abs. 1 ZPO

#### **Regeste:**

Art. 261 Abs. 1 ZPO – Damit das Gericht vorsorglichen Massnahmen trifft, hat der Gesuchsteller den Verfügungsanspruch sowie den Verfügungsgrund und einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil glaubhaft zu machen. Blosser Behauptungen genügen nicht, sondern er hat dem Richter objektive Anhaltspunkte zu liefern, die für eine erhebliche Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhaltes sprechen. Mithin trifft ihn eine subjektive Behauptungs- und Beweislast.

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Mit Kreditvertrag vom 1. bzw. 2. März 2012 gewährte B. dem A., Geschäftsführer der R. Immobiliengesellschaft mbH (nachfolgend: R. GmbH), zum Erwerb einer Immobilie in G., Deutschland, ein Darlehen im Betrag von CHF 750'000.– mit einer Laufzeit von 12 Monaten. Dieser Vertrag wurde durch die F. AG vermittelt und von Dr. C. mitunterzeichnet. Als Sicherheit wurde unter anderem die Aushändigung der Briefmarkenkollektion «Kuba» mit einem geschätzten Wert von EUR 450'000.– vereinbart. Die Briefmarkensammlung wurde bei der D. SA treuhänderisch eingelagert. Für den Fall der Nichterfüllung des Kreditvertrages wurde vorgesehen, dass B. die D. SA anweisen kann, die Briefmarkensammlung zu verwerten. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2013 beantragte A. beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug, es sei B. im Sinne einer superprovisorischen Verfügung zum Rückzug der öffentlichen Versteigerung der hinterlegten Briefmarkensammlung zu verpflichten und ihm zu verbieten, die Briefmarkensammlung zu veräussern, ausser in den vertraglich vorgesehenen Fällen. Gleichzeitig sei der D. SA zu verbieten, die Briefmarkensammlung zu versteigern oder anderweitig zu verwerten. Dem Gesuch um Anordnung von superprovisorischen Massnahmen gab der Einzelrichter gleichentags statt und ordnete die entsprechenden Verbote superprovisorisch an. Mit Endentscheid vom 3. März 2014 wies er das Gesuch ab und hob den superprovisorischen Entscheid vom 11. Dezember 2013 auf. Dagegen reichte A. Berufung beim Obergericht ein.

**Aus den Erwägungen:**

(...)

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 Als formelle Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gelten die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sowie das Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers, welches etwa dann fehlt, wenn ein Massnahmebegehren bereits beurteilt wurde (*res iudicata*) oder nicht genügend bestimmt ist. Als materielle Voraussetzungen gelten das Vorhandensein eines Verfügungsanspruchs, d.h. eines wahrscheinlich begründeten, vorsorglich zu schützenden materiellrechtlichen Anspruchs, sowie eines Verfügungsgrundes, eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, d.h. eines Anlasses zu beschleunigtem richterlichem Handeln (vgl. zum Ganzen Sprecher, Basler Kommentar zur ZPO, 2. A., 2013, Vor Art. 261-269 N 1 ff. und Art. 261 N 10 ff.; Berti, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, in: ZSR 1997 II, S. 173 ff.; ferner n. publ. Entscheide Obergericht Zug, Justizkommission, JZ 2008 96 E. 2.1 vom 3. Dezember 2008 und JZ 2010 83 E. 2.2 vom 25. November 2010). In letzterem Kriterium ist die zeitliche Dringlichkeit als weitere Voraussetzung enthalten (Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/ Basel/ Genf 2013, Art. 261 N 22). Und schliesslich ist auch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten, indem eine Interessenabwägung vorzunehmen ist zwischen den Nachteilen, welche sich bei den Varianten Anordnung oder Nichtanordnung für die jeweils betroffene Partei ergeben (Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 261 N 28; BGE 131 III 473 E. 2.3).

3.2 Die gesuchstellende Partei hat die Voraussetzungen des drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils und der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Hauptbegehrens glaubhaft zu machen. Ein strikter Beweis ist nicht erforderlich, sondern es genügt ein Wahrscheinlichkeitsbeweis, da vorsorgliche Massnahmen rasch getroffen werden sollten (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Art. 193 N 11). Der Gesuchsteller muss demnach im vorliegenden Massnahmeverfahren keinen vollen Beweis für seine Behauptungen erbringen, sondern bloss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Richtigkeit dartun. Dabei genügen aber nicht bloss Behauptungen, sondern er 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 könnten. Die Reduktion des Beweismasses gilt aber für beide Parteien gleichermassen. Auch die Gegenpartei hat mit anderen Worten 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; Entscheid des Obergerichts Zug, Justizkommission, JZ 2003 53.104 vom 6. November 2003; ausführlich: Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 50 ff.). Die Rechtslage ist vom Gericht lediglich summarisch zu prüfen (Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., Art. 193 N 11).

3.3 Trotz Beweismassreduktion gilt aber auch für das Massnahmegesuch 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 (Urteil des Bundesgerichts 5A\_117/2010 vom 5. März 2010 E. 3.3). Der Gesuchsteller muss das tatsächliche Fundament seines Begehrens dabei schlüssig behaupten, d.h. jedenfalls so detailliert schildern, dass seine 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 substantiiert behauptet werden, als nicht glaubhaft gemacht anzusehen sind (vgl. zum Ganzen Oberhammer, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 55 N 12; Sutter-Somm/von Arx, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 55 N 20 ff. je m.w.H.).

4. Die Vorinstanz hat das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs verneint. Der erstinstanzliche Richter erachtete es nicht als glaubhaft, dass der Kreditvertrag vom 1./2. März 2010 zwischen dem Gesuchsteller und dem Gesuchsgegner nichtig sei und letzterer daher keine Pfand- oder Verwertungsrechte an der Briefmarkensammlung habe. Hingegen beurteilte er die Darstellung des Gesuchsgegners als glaubhaft, wonach der Verwendungszweck des Darlehens einvernehmlich ausgeweitet worden sei und mithin nicht ein bestimmtes Immobilienobjekt mit dem Darlehen hätte erworben werden sollen. Weiter sei es aufgrund der E-Mail-Korrespondenz sowie des weiteren Verhaltens der Parteien ebenso glaubhaft, dass sämtliche Anpassungen des Kreditvertrages auch ohne Einhaltung des im Sinne von Art. 16 OR vereinbarten Schriftformerfordernisses gemäss Ziff. 16 des Kreditvertrages vom 1./2. März 2012 gültig hätten erfolgen können. Schliesslich sei es auch glaubhaft, dass der Gesuchsgegner gestützt auf den Kreditvertrag dem Gesuchsteller insgesamt EUR 676'000.– über die R. GmbH habe zukommen lassen und der Gesuchsteller den Rückzahlungstermin am 31. Mai 2013 nicht eingehalten habe. Deshalb sei der Gesuchsgegner gestützt auf den Kreditvertrag zur privaten Verwertung der Briefmarkensammlung berechtigt.

4.1 Der Gesuchsteller moniert vorab, der erstinstanzliche Richter habe den Sachverhalt unvollständig wiedergegeben. Die Ausführungen in der Replik vom 17. Januar 2014, dass nach dem Scheitern des Kaufs des Objekts in G. erfolglos nochmals versucht worden sei, ein Investitionsobjekt in R. zu erwerben, wofür ein modifizierter Entwurf des Kreditvertrages vom 2. März 2012 erstellt worden sei, hätten keine Beachtung gefunden. Die Existenz dieses Vertrages zeige aber, dass die Parteien auch noch nach dem Untergang des Darlehensvertrages

vom 2. März 2012 einen schriftlichen Vertrag mit dem Formvorbehalt des Schriftformerfordernisses gewünscht hätten. Dies sei ein Indiz dafür, dass der Vertrag vom 2. März 2012 definitiv untergegangen sei und nicht mehr existiere. Der Gesuchsgegner bestreitet, dass für den geplanten Kauf der Immobilie in R. ein neuer Darlehensvertrag aufgesetzt worden ist.

Den angeblich modifizierten Entwurf des Darlehensvertrages hat der Gesuchsteller nicht eingereicht, sondern dessen Edition bei Dr. C. oder beim Gesuchsgegner beantragt. Im Vorsorgeverfahren ist die Glaubhaftmachung grundsätzlich durch sofort vorlegbare Urkunden zu erbringen (Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 61). Selbst wenn aber dieser behauptete Vertragsentwurf existieren sollte, wäre aufgrund der Umstände damit nicht glaubhaft gemacht, dass der Darlehensvertrag vom 1./2. März 2012 definitiv untergegangen ist. Wie der Gesuchsteller selber ausführt, existiert vom angeblichen Vertrag für das Objekt in R. lediglich ein Entwurf, wobei er den Zeitpunkt der Erstellung desselben nicht erwähnt. Dieser Vertrag kam letztlich nicht zustande. Mit E-Mail vom 22. Mai 2012 teilte der Gesuchsteller Dr. C. mit, dass er vom Gesuchsgegner das «ok» zum Erwerb der Liegenschaft in R. erhalten habe. Sofern erforderlich, solle ein entsprechender Vertrag aufgesetzt werden, der sich an den Vertrag G. anlehne. Ansonsten genüge eine Bestätigung, dass sich nur die Kaufsache verändert habe und die übrigen Bedingungen gleich blieben. Den Entscheid über das weitere Vorgehen überlässt er dem Adressat der E-Mail, Dr. C. Daraus erhellt, dass der Gesuchsteller den Abschluss eines neuen Vertrages für die Investition in das Objekt in R. nicht voraussetzte, sondern eine Bestätigung der Änderung der Kaufsache als ausreichend erachtete. Demnach ging er in diesem Zeitpunkt selber von der Gültigkeit des Darlehensvertrages vom 1./2. März 2012 aus. Der vom Gesuchsteller heute vertretenen Auffassung, wonach der Darlehensvertrag im April 2012 ohne weiteres untergegangen sei, nachdem der Erwerb der Immobilie in G. unmöglich geworden sei, kann nicht gefolgt werden. Zu Recht wies die Vorinstanz darauf hin, dass eine vertragswidrige Verwendung des Darlehens wohl eine Vertragsverletzung darstellen würde, dadurch aber der Bestand des Darlehensvertrages nicht in Frage gestellt würde (vgl. Weber, Berner Kommentar, 2013, N 51 Vor-bemerkungen zu Art. 312-318 OR; Schärer/Maurenbrecher, Basler Kommentar OR I, 5. A., 2011, Art. 312 N 18a). Dass die Parteien damals zu Recht selber nicht von der Ungültigkeit des Darlehensvertrages ausgegangen sind, zeigt auch der Abschluss der Ergänzungsvereinbarung vom 2. August 2012 zum Darlehensvertrag. Darin ist der Gesuchsteller mit dem Gesuchsgegner übereingekommen, den Verwendungszweck des vom Gesuchsgegner bereits einbezahlten Betrages von EUR 327'000.- auszudehnen, so auf den Kauf von Kraftfahrzeugen und bis zum Betrag von EUR 100'000.- auch auf private Zwecke. In dieser Ergänzung wird – anders als im zugrundeliegenden Vertrag vom 1./2. März 2012 – nicht mehr vom Erwerb einer bestimmten Immobilie gesprochen, sondern allgemein vom Erwerb von Immobilien. Diese Ergänzung entspricht offenkundig dem vereinbarten Schriftformerfordernis. Es kann daher offen gelassen werden, ob aufgrund der E-Mail-Korrespondenz ein Verzicht auf die Einhaltung des Schriftformerfordernisses seitens des Gesuchstellers glaubhaft ist. Das weitere Vorbringen des Gesuchstellers, wonach der Ergänzungsvertrag vom 2. August 2012 ein Kreditvertrag über EUR 100'000.- zwischen der R. GmbH und dem Gesuchsgegner darstelle, entbehrt aufgrund der Parteibezeichnung und dem Inhalt des Ver-

trages jeder Grundlage und ist nicht glaubhaft. Vielmehr ist davon auszugehen, dass mit dieser Ergänzung der Vorschlag des Gesuchstellers in der E-Mail vom 22. Mai 2012, die Vertragsbestimmung in Bezug auf den Verwendungszweck zu ändern, umgesetzt wurde.

Der erstinstanzliche Richter erachtete es somit gestützt auf die vom Gesuchsgegner eingereichten Urkunden zu Recht als glaubhaft, dass der Gesuchsteller und der Gesuchsgegner miteinander gültig vereinbart haben, dass mit dem Darlehen nicht (mehr) ein bestimmtes Immobilienobjekt zu erwerben war. Ergänzend ist anzumerken, dass eine eigentliche Zweckbindung ohnehin nicht dazu führen würde, dass für das Darlehen gestellte Sicherheiten nicht für andere Schulden verwendet werden dürfen (Schärer/Maurenbrecher, a.a.O., Art. 312 N 18a).

4.2 Sodann hält der Gesuchsteller an seiner Auffassung fest, wonach der Gesuchsgegner im Wissen um die Ungültigkeit des Vertrages vom 1./2. März 2012 auf den Abschluss eines analogen Vertrages verzichtet und direkt der R. GmbH ein Darlehen auf der Grundlage einer mündlichen Vereinbarung gewährt habe. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass der Gesuchsgegner die Grundpfandverschreibung von der R. GmbH erhalten habe sowie aus der buchhalterischen Erfassung der vom Gesuchsgegner an die R. GmbH geflossenen Gelder. Der Gesuchsgegner bestreitet diese Darstellung.

Der Gesuchsteller hat zur Stützung seiner Sachverhaltsdarstellung keine Urkunden eingereicht. Im erstinstanzlichen Verfahren hat er einzig die Edition der Jahresabschlüsse der R. GmbH bei derselben beantragt und behielt sich die Einreichung weiterer Unterlagen vor. Wie bereits erwähnt, ist im Massnahmenverfahren die Glaubhaftmachung grundsätzlich durch sofort vorlegbare Urkunden zu erbringen (Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 61). Der Gesuchsteller begründet nicht, weshalb ihm als Geschäftsführer und Gesellschafter der R. GmbH die Einreichung der entsprechenden Unterlagen nicht möglich gewesen wäre. Demgegenüber ist belegt, dass der Gesuchsgegner im Zeitraum vom 13. Juni bis 20. Dezember 2012 insgesamt EUR 676'000.– an die im Juni 2012 gegründete R. GmbH überwiesen hat. Im Darlehensvertrag vom 1./2. März 2012 wurde ausdrücklich festgehalten, dass die Zahlungen an eine noch zu bestimmende Immobilien GmbH erfolgen sollen. Gestützt darauf erachtete es der vorinstanzliche Richter zu Recht als glaubhaft, dass der Gesuchsgegner dem Gesuchsteller aufgrund des Darlehensvertrags vom 1./2. März 2012 über die R. GmbH einen Betrag von EUR 676'000.– hatte zukommen lassen. Der Gesuchsteller bestreitet denn auch nicht, das Geld aus dem Konto der R. GmbH erhalten zu haben. Im Übrigen spricht auch der belegte chronologische Sachverhaltsverlauf gegen die Behauptung des Gesuchstellers, wonach der Gesuchsgegner im Wissen um die Ungültigkeit des Darlehensvertrages vom 1./2. März 2012 direkt der R. GmbH ein Darlehen gewährt habe. Die ersten beiden Überweisungen an die R. GmbH erfolgten am 13. und 25. Juni 2012. Noch am 2. August 2012 schlossen der Gesuchsteller und der Gesuchsgegner eine Ergänzung zum Darlehensvertrag vom 1./2. März 2012 ab. Zumindest bis zu diesem Zeitpunkt gingen demnach beide Parteien davon aus, dass der Darlehensvertrag vom 1./2. März 2012 gültig ist, andernfalls hätten sie diesen offenkundig

nicht ergänzt bzw. geändert, sondern hätten einen neuen Vertrag abgeschlossen. Gemäss den Erwägungen Ziffer 4.1 hiervor war der Vertrag vom 1./2. März 2012 denn auch effektiv gültig. Entsprechend bestand für den Gesuchsgegner keine Veranlassung, anstelle des gültigen Vertrages vom 1./2. März 2012 direkt der R. GmbH ein Darlehen zu gewähren. Die Darstellung des Gesuchstellers ist nicht glaubhaft.

4.3 Schliesslich stellt sich der Gesuchsteller für den Fall, dass der Vertrag vom 1./2. März 2012 als gültig erachtet würde, auf den Standpunkt, er befände sich noch nicht in Verzug. Er macht geltend, in diesem Fall müsse der Fälligkeitstermin als konkludent geändert betrachtet werden, da sich das Investitionsvorhaben um ca. sieben Monate verzögert habe. Der Gesuchsgegner bestreitet eine Änderung des Fälligkeitstermins.

Der Gesuchsteller belässt es bei einer unsubstanzierten Behauptung. So hat er nicht konkretisiert, um wie lange die Laufzeit angeblich verlängert wurde. In der unaufgefordert eingereichten Stellungnahme zur Berufungsantwort spricht er von mindestens zwei Jahren und an anderer Stelle wiederum von anderthalb bis zwei Jahren, was beides offenkundig zu unbestimmt wäre. Der Gesuchsteller hat weder irgendwelche Urkunden zur Glaubhaftmachung der Verzögerung des Investitionsvorhabens, noch Belege für die angeblich – im Vergleich zum Objekt in G. – zeitaufwändigeren Prozesse eingereicht. Blosser Behauptungen reichen nicht aus. Eine Befragung der Parteien fällt in diesem Summarverfahren grundsätzlich ausser Betracht (Art. 248 lit. d i.V.m. Art. 254 ZPO). Gegen die Darstellung des Gesuchstellers spricht zudem, dass im Ergänzungsvertrag vom 2. August 2012 die Laufzeit des Darlehensvertrages für den Fall des Kaufs einer Immobilie bis zum 31. Dezember 2012 nicht verlängert wurde. Hingegen wurde vereinbart, dass das Darlehen am 31. Dezember 2012 zurückzuzahlen ist, falls bis dahin kein Immobiliengeschäft abgewickelt werden konnte. Wenn der Gesuchsteller nun nachträglich die Auffassung vertritt, aus dem angeblich späteren Erwerb eines Objekts müsse sich ein späterer Rückzahlungstermin ergeben, ist dies unbehelflich. Es ist den Parteien freigestanden, eine entsprechende Vereinbarung zu treffen bzw. den Darlehensvertrag mit der Ergänzungsvereinbarung vom 2. August 2012 in diesem Sinne anzupassen.

5. Zusammenfassend vermag der Gesuchsteller keinen Verfügungsanspruch glaubhaft zu machen, weshalb das Gesuch zu Recht abgewiesen worden ist. Der Gesuchsgegner belegt seine Sachverhaltsdarstellung mit diversen Urkunden und lässt damit die Darstellung des Gesuchstellers als unglaubhaft erscheinen. Der Einwand des Gesuchstellers, die Vorinstanz habe nicht überzeugend dargelegt, warum die Ausführungen des Gesuchsgegners glaubhafter seien, ist nach dem Gesagten unzutreffend und ohnehin unbehelflich. Gemäss den vorstehenden Erwägungen trifft den Gesuchsteller eine subjektive Behauptungs- und Beweislast. Selbst wenn die beidseitigen Vorbringen gleichermaßen glaubhaft wären, könnten die vorsorglichen Massnahmen nicht angeordnet werden (Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 75).

Obergericht, II. Zivilabteilung, 14. Mai 2014 (eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil 4A\_380/2014 vom 6. Oktober 2014 ab)

### 3.10 Art. 318 ZPO

#### **Regeste:**

Art. 318 ZPO – Der Berufungskläger hat grundsätzlich einen Antrag in der Sache selbst zu stellen. Anträge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung oder blosser Aufhebungsanträge sind unzulässig.

#### **Aus den Erwägungen:**

(...)

3.1 Der Kläger beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung. Anträge, wie die Berufungsinstanz in der Sache selbst entscheiden soll, hat er nicht gestellt.

3.2 Gestützt auf Art. 318 ZPO bestätigt die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid oder entscheidet neu; eine Rückweisung an die erste Instanz erfolgt nur ausnahmsweise (BGE 137 III 617 E. 4.3 S. 619). Entsprechend ist in der Berufung grundsätzlich ein reformatorischer Antrag zu stellen (vgl. Gasser/Rickli, Kurzkomentar ZPO, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 311 N 5). Der Berufungskläger darf sich deshalb grundsätzlich nicht darauf beschränken, lediglich die Aufhebung des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheides zu beantragen, sondern er muss einen Antrag in der Sache stellen, und zwar in den Rechtsbegehren der Berufungsschrift selbst, d.h. in den Berufungsanträgen, und nicht bloss in der Begründung. Anträge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung oder blosser Aufhebungsanträge machen die Beschwerde unzulässig (BGE 133 III 489 E. 3.1). Da die kantonale Berufungsinstanz volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen besitzt (Art. 310 ZPO), reicht es folglich auch im Fall, in dem der Sachverhalt von der ersten kantonalen Instanz unvollständig festgestellt wurde, nicht aus, lediglich die Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides und die Rückweisung der Sache an die erste kantonalen Instanz zu verlangen. Mit den Berufungsanträgen soll (präzise) zum Ausdruck gebracht werden, wie genau die kantonale Berufungsinstanz entscheiden soll bzw. welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheides (bzw. dessen Dispositives) angefochten werden und inwiefern der erstinstanzliche Entscheid abzuändern ist (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 311 N 34). Sind die Anforderungen an die Berufungsanträge nicht eingehalten, so mangelt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung und es kann darauf nicht eingetreten werden. Es handelt sich dabei nicht um einen verbesserlichen Mangel im Sinne von Art. 132 ZPO (ius.focus 1/2012, S. 17, Kommentar zum Urteil vom 9. März 2011 des Obergerichts Solothurn; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 392 Rz 910; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 12).

3.3 Zur Begründung seines Antrags auf Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheids und Rückweisung an die Vorinstanz bringt der Kläger vor, die Überprüfung der Prozesschancen

hätte die Abnahme der von ihm offerierten Beweise vorausgesetzt. Mithin habe die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Wie erwähnt, reicht das nicht aus, weshalb auf die Berufung nicht eingetreten werden kann.

Selbst wenn man analog der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Beschwerde in Zivilsachen annehmen wollte, ein blosser Rückweisungsantrag reiche ausnahmsweise aus, wenn das Gericht im Falle der Gutheissung in der Sache nicht selbst entscheiden könnte, weil die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen bzw. Beweisabnahmen der Vorinstanz fehlen (vgl. BGE 132 III 186 E. 1.2 S. 188; BGE 130 III 136 E. 1.2 S. 139; BGE 125 III 412 E. 1b S. 414 mit Hinweisen) und den Parteien eine Instanz verloren ginge, wenn die Rechtsmittelinstanz diese Versäumnisse selbst nachholen und auf dieser neuen Grundlage entscheiden würde, wäre für den Kläger in casu nichts gewonnen. Die Begründung des Rückweisungsantrages hält nämlich einer näheren Prüfung nicht stand. Das Gericht hat die Prozesschancen aufgrund der gegenwärtigen Aktenlage zu beurteilen (Brönnimann, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar zum SchKG, Basel 2009, Art. 85a N 11). Daraus erhellt, dass zur Beurteilung der Prozesschancen nicht bereits sämtliche offerierten Beweise abgenommen und gewürdigt werden müssen. Da es sich bei der Einstellung der Betreuung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG um eine vorsorgliche Massnahme handelt (Brönnimann, a.a.O., Art. 85a N 13; Urteil des Bundesgerichts 4A\_223/2011 vom 12. Juli 2011), ist grundsätzlich auf die eingereichten Urkunden abzustellen (Art. 248 lit. d i.V.m. Art. 254 Abs. 1 ZPO). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die beantragte Parteibefragung sowie die Zeugeneinvernahme zur Abschätzung der Erfolgsaussichten der Klage nicht vorgängig durchgeführt hat. Im Übrigen wären die betreffenden Beweise bei der Beurteilung der Prozesschancen ohnehin nicht ausschlaggebend, wie sich aus der nachfolgenden Erwägung Ziff. 4 ergibt. Die Rüge des Klägers, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, ist somit unbegründet. Dem Begehren auf Rückweisung könnte daher auch bei analoger Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Beschwerde in Zivilsachen kein Erfolg beschieden sein.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 28. Mai 2014

### 3.11 Art. 318 und 221 Abs. 1 lit. b ZPO

#### **Regeste:**

Art. 318 und 221 Abs. 1 lit. b ZPO – Die Berufungsschrift hat reformatorische Anträge zu enthalten. Mit den Berufungsanträgen muss zum Ausdruck gebracht werden, welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheides bzw. dessen Dispositives angefochten werden und inwiefern der erstinstanzliche Entscheid abzuändern ist.

#### **Aus den Erwägungen:**

1. Nach Art. 311 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 ZPO ist die Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid bei der Rechtsmittelinstanz innert

10 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich und begründet einzureichen. In der Berufungsschrift ist im Einzelnen vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch sei und deshalb geändert werden müsse (Begründungslast). So dann ist ein – mit Blick auf Art. 318 ZPO grundsätzlich reformatorischer – Antrag zu stellen (Gasser/Rickli, Kurzkomentar ZPO, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 311 N 5). Aus dem Wortlaut von Art. 311 ZPO geht zwar nicht explizit hervor, dass die Berufungsschrift Anträge zu enthalten hat. Dies ergibt sich jedoch aufgrund der Pflicht zur Begründung der Berufungsschrift, welche entsprechende (zu begründende) Berufungsanträge implizit voraussetzt, von selbst (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 311 N 34 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Spühler, Basler Kommentar ZPO, 2.A., Basel 2013, Art. 311 N 12). Aber auch aus Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO, dessen Bestimmung für die Berufungsschrift sinngemäss zur Anwendung kommt, ergibt sich, dass die Berufung konkrete Anträge zu enthalten hat (Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 371 Rz 872; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 33 mit Hinweis auf BGE 138 III 213 E. 2.3). Ein hinlänglich bestimmtes Rechtsbegehren bzw. konkrete Anträge sind als ungeschriebenes, aber selbstverständliches Formerfordernis der Berufungsschrift zu betrachten. Daraus muss sich mit hinlänglicher Deutlichkeit ergeben, dass die Partei die inhaltliche Überprüfung des angefochtenen Urteils durch eine obere Instanz verlangt und welchen Entscheid die anfechtende Partei anstrebt (Sterchi, in: Berner Kommentar ZPO, 2012, Art. 311 N 14). Der Berufungskläger darf sich deshalb grundsätzlich auch nicht darauf beschränken, lediglich die Aufhebung des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheides zu beantragen, sondern er muss einen Antrag in der Sache stellen, und zwar in den Rechtsbegehren der Berufungsschrift selbst, d.h. in den Berufungsanträgen, und nicht bloss in der Begründung (BGE 133 III 489 E. 3.1). Geht es um eine auf Geldleistung gerichtete Forderung, so ist demnach eine Bezifferung erforderlich (BGE 137 III 617 E. 4.3). Da die kantonale Berufungsinstanz volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen besitzt (Art. 310 ZPO), reicht es folglich auch im Fall, in dem der Sachverhalt von der ersten kantonalen Instanz unvollständig festgestellt wurde, nicht aus, lediglich die Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides und die Rückweisung der Sache an die erste kantonale Instanz zu verlangen. Mit den Berufungsanträgen soll (präzise) zum Ausdruck gebracht werden, wie genau die kantonale Berufungsinstanz entscheiden soll bzw. welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheides (bzw. dessen Dispositives) angefochten werden und inwiefern der erstinstanzliche Entscheid abzuändern ist (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 34). Die Anträge sollen grundsätzlich so lauten, dass sie vom Gericht ohne Weiteres zum Urteil erhoben werden können, wenn es das Rechtsmittel gutheisst. Sind die Berufungsanträge unklar formuliert, werden sie – wie alle Rechtsbegehren – nach ihrem Sinn und Gehalt ausgelegt, wobei eine objektive Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu erfolgen hat (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 35 mit Hinweis auf BGE 105 II 149 E. 2a; 82 III 145 E. 1). Die Berufungsanträge stellen gewissermassen das «Kernstück» der Berufungsschrift dar (Schüepf, Der Berufungsantrag im Zivilprozess, unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1979, S. 43).

Sind die Anforderungen an die Berufungsanträge nicht eingehalten, so mangelt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung und es kann darauf nicht eingetreten werden. Es handelt sich dabei nicht um einen verbesserlichen Mangel im Sinne von Art. 132 ZPO (ius.focus 1/2012, S. 17, Kommentar zum Urteil vom 9. März 2011 des Obergerichts Solothurn; Seiler, a.a.O., S. 392 Rz 910; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 12). Die 10-tägige Berufungsfrist nach Art. 314 Abs. 1 ZPO ist eine gesetzliche Frist und kann nicht erstreckt werden (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Eine Nachfristansetzung zur Behebung mangelhafter bzw. ungenügender Berufungsanträge würde aber auf eine Verlängerung der nicht erstreckbaren Rechtsmittelfrist hinauslaufen (vgl. Sterchi, a.a.O., Art. 311 N 21 f; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 35).

2.1 Der Berufungsantrag des Gesuchsgegners, «der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei der Berufungsbeklagten ein hypothetisches Einkommen von Januar 2013 bis und mit November 2013 in der Höhe von maximal CHF 5'000.- anzurechnen», genügt den gesetzlichen Anforderungen, wie sie eben dargelegt wurden, nicht. Im vorinstanzlichen Entscheid wird der Gesuchsgegner u.a. verpflichtet, der Gesuchstellerin für eine bestimmte Dauer einen Unterhaltsbeitrag in bestimmter Höhe zu bezahlen. Diesen Entscheid ficht der Gesuchsgegner an. Es geht in der Sache also um die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe und für welchen Zeitraum der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin einen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen hat. Der Berufungskläger hat mithin in seinem Antrag entweder zu verlangen, dass der Gesuchstellerin kein Unterhaltsbeitrag oder aber ein solcher in lediglich reduzierter Höhe zugesprochen wird, wobei er im zweiten Fall die Höhe zu beziffern hat. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens, wie er das in seinem Antrag verlangt, stellt hingegen lediglich den Grund für die Verneinung oder ein Bemessungskriterium für die Festsetzung eines allfälligen Unterhaltsbeitrages dar. Aus dem Rechtsbegehren des Gesuchsgegners geht nun nicht hervor, ob er der Auffassung ist, dass er der Gesuchstellerin keinen Unterhaltsbeitrag zu leisten habe, wenn ihr ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist, oder ob er bei dieser Vorgabe zwar anerkennt, einen solchen zu schulden, nicht aber in der von der Vorinstanz festgesetzten Höhe. Das lässt sich auch der Berufungsbegründung nicht entnehmen. Es kommt hinzu, dass er von einem Maximalbetrag des anrechenbaren hypothetischen Einkommens spricht, so dass auch deswegen unklar bzw. offen bleibt, ob er mit seiner Berufung eine gänzliche Verweigerung oder lediglich eine Reduktion des von ihm zu bezahlenden Unterhaltsbeitrages beantragt. Dass dem Berufungsbegehren nicht klar entnommen werden kann, was der Gesuchsgegner materiell fordert bzw. inwiefern der angefochtene Entscheid geändert werden soll, zeigt sich auch darin, dass er im vorinstanzlichen Verfahren in seinem Eventualantrag Ziff. 3 noch selbst verlangt hatte, er sei zur Zahlung angemessener Unterhaltsbeiträge von maximal CHF 3'920.- für eine Zeitdauer bis maximal Ende November 2013 zu verurteilen, wenn auf das Gesuch einzutreten sei. Man muss sich deshalb fragen, ob dem Gesuchsgegner, sollte er mit seiner Berufung die Verweigerung jeglicher Unterhaltszahlungen gegenüber der Gesuchstellerin verlangen, überhaupt die vorausgesetzte Rechtsmittelbeschwerde zukäme. Soweit der Gesuchsteller mit seiner Berufung die Feststellung des anrechenbaren hypothetischen Einkommens der Gesuchstellerin verlangen sollte, würde

es sich dabei um einen neuen Antrag und damit um eine unzulässige Klageänderung handeln, nachdem weder geltend gemacht wird noch sonst wie ersichtlich ist, dass diese Klageänderung auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht (Art. 317 Abs. 2 ZPO). Überdies würde ihm für eine solche Feststellung aber offensichtlich auch das notwendige Rechtsschutzinteresse fehlen, weshalb darauf auch aus diesem Grunde nicht eingetreten werden könnte. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens beschlägt lediglich die Frage nach der Leistungsfähigkeit der Parteien. Steht diese fest, ist über die Frage des gebührenden Lebensbedarfs noch nichts gesagt. Dieser richtet sich grundsätzlich nach den zuletzt gelebten Verhältnissen vor der Trennung. Der Gesuchsgegner hätte in seinem Berufungsantrag klar sagen müssen, ob der Gesuchstellerin überhaupt ein Unterhaltsbeitrag zuzusprechen sei und – falls ja – in welcher (allenfalls maximalen) Höhe. Die Vorinstanz hat im Übrigen auch eine Überschussverteilung vorgenommen, und es wird nicht klar, ob der Gesuchsgegner einer solchen Verteilung opponiert, wenn der Gesuchstellerin ein hypothetisches Einkommen angerechnet würde. Genügt der genannte (Haupt-)Berufungsantrag mithin den gesetzlichen Anforderungen nicht, kann darauf nicht eingetreten werden.

2.2 Auch auf den Eventualberufungsantrag, wonach der Entscheid aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei, kann nicht eingetreten werden. Es ist nämlich nicht ersichtlich, weshalb eine Rückweisung in Betracht kommen sollte, und der Gesuchsgegner legt das denn auch nicht dar (BGE 133 III 489 E. 3.1). Abgesehen davon ist ohnehin in aller Regel ein Antrag in der Sache erforderlich, ansonsten auf die Berufung nicht einzutreten ist. Der Rechtsmittelkläger kann sich nicht damit begnügen, die Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheids und die Rückweisung an die Vorinstanz zu verlangen. In seinem Rechtsbegehren muss er vielmehr angeben, welchen materiellen Ausgang des Verfahrens er anstrebt. Dieses Erfordernis ergibt sich – wie bereits ausgeführt – daraus, dass das Berufungsgericht einen reformatorischen Entscheid fällen können soll (vgl. Art. 318 ZPO), d.h. dass die Berufung grundsätzlich reformatorische und nicht bloss kassatorische Wirkung hat. Die Rechtsbegehren sind – wie ebenfalls bereits an anderer Stelle erwähnt – so zu formulieren, dass sie bei Gutheissung des Rechtsmittels zum Dispositiv des Berufungsentscheids erhoben werden könnten (vgl. BGE 137 III 617; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 34 f. vgl. Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, vom 25. Juni 2013, Fall-Nr. 400 13 90).

Obergericht, II. Zivilabteilung, 7. Mai 2014 (eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil 5A\_481/2014 vom 12. August 2014 ab)

# B

Stichwortverzeichnis

Bouml;s- oder mutwilliger Prozessfuuml;hrung: Kostentragung, 9

Berufungsverfahren: Anforderungen an die Berufungsantrauml;ge, 28

Berufungsverfahren: Beruuml;cksichtigung von neuen Tatsachen und Beweismitteln,  
18

Berufungsverfahren: Inhalt des Replikrechts, 5

Kostentragungspflicht: Bei mutwilliger Prozessfuuml;hrung, 9

Noven: Beruuml;cksichtigung von neuen Tatsachen und Beweismitteln im Berufungsver-  
fahren, 18

Rechtsschutz in klaren Fauml;llen: Eintretensvoraussetzungen, 19

Sicherheit fuuml;r die Parteientschauml;digung: Begriff der Zahlungsunfauml;higkeit,  
6

Vorsorgliche Beweisfuuml;hrung, 14

Vorsorglichen Massnahmen: Voraussetzungen fuuml;r die Anordnung, 22

Zustellung durch ouml;ffentliche Publikation: Voraussetzungen, 12