



# Inhaltsverzeichnis

## **II**

Zivilrecht	5
1 Aktienrecht	5
2 Familienrecht	12
3 Wettbewerbsrecht	26

## **B**

Stichwortverzeichnis	39
----------------------	----

## II. Zivilrecht

### 1. Aktienrecht

#### 1.1 Art. 697b OR

**Regeste:**

Art. 697b – Die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung setzt unter anderem voraus, dass diese dem Aktionär weitere Kenntnisse verschaffen könnte, welche ihm die Ausübung seiner Aktionärsrechte oder die Beurteilung von Prozesschancen erst möglich machen würden. Dies ist vom gesuchstellenden Aktionär glaubhaft zu machen. Zu einem bereits bekannten Sachverhalt bedarf es keiner Einsetzung eines Sonderprüfers.

**Aus dem Sachverhalt:**

A. ist Aktionär der Z. Holding AG und war vom 28. Mai 2008 bis 16. Dezember 2013 Mitglied des Verwaltungsrates, wobei ihm von Oktober 2008 bis April 2010 das Präsidium oblag. Zudem war er von August 2008 bis November 2013 Mitglied bzw. von Januar 2009 bis März 2011 Präsident des Verwaltungsrates der – von der Z. Holding AG beherrschten – ZB AG. Nachdem B. Mitte Juli 2013 als Verwaltungsratspräsident der ZB AG zurückgetreten ist, war A. bis zu seinem Austritt im November 2013 alleiniger Verwaltungsrat der ZB AG. Am 4. November 2013 beauftragte er – als einziger Verwaltungsrat der ZB AG – die R. AG mit einer stichprobenweisen Überprüfung, ob die von B. veranlassten Mittelabflüsse geschäftsmässig begründet sind. Mit Schreiben vom 22. November 2013 wurde A. aufgefordert, alle Handlungen und Geschäftstätigkeiten für und namens der ZB AG einzustellen. An der ausserordentlichen Generalversammlung vom 16. Dezember 2013 wurde A. aus dem Verwaltungsrat der Z. Holding AG abberufen. Dieser stellte darauf dem Verwaltungsratspräsidenten diverse Fragen, u.a. in Bezug auf Mittelabflüsse zugunsten von B. und der D. GmbH. Nachdem der Verwaltungsratspräsident nicht sämtliche Fragen beantwortet hatte, beantragte A. die Einsetzung eines Sonderprüfers. Dieser Antrag wurde von der Generalversammlung abgelehnt. Darauf gelangte A. an das Obergericht und beantragt die gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers bei der Z. Holding AG.

**Aus den Erwägungen:**

(...)

4. Im Folgenden ist demnach zu prüfen, ob auch die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, nämlich ob die verlangte Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte des Gesuchstellers erforderlich ist (Art. 697a Abs. 1 OR) und vom Gesuchsteller glaubhaft gemacht worden ist, dass Organe der Gesuchsgegnerin Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR). Das Erforderlichkeitskriterium ist sodann nur erfüllt, wenn das bei jeder Klage vorausgesetzte aktuelle Rechtss-

chutzinteresse vorliegt; die Sonderprüfung ist mithin nur zuzulassen, wenn die Aktionäre bei vernünftiger Betrachtung Anlass haben konnten, an der Vollständigkeit oder an der Richtigkeit der vom Verwaltungsrat erteilten Auskünfte bzw. an der Rechtfertigung der allfälligen Auskunftsverweigerung zu zweifeln (BGE 123 III 261 E. 3a S. 266; Weber, Basler Kommentar, OR II, 4. A., Basel 2012, Art. 697a N 25; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, S. 2267 f. N 42).

(...)

4.2 Die Sonderprüfung ist – wie das Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionäre (Art. 697 OR) – ein Mittel, das den Aktionären Zugang zu Informationen über Angelegenheiten der Gesellschaft verschaffen soll, damit diese ihre Kontrollrechte über den Geschäftsgang ausüben können. Mit diesem Mittel der Informationsbeschaffung soll den Aktionären ermöglicht werden, in hinreichender Kenntnis der Sachlage darüber zu entscheiden, ob und wie sie von ihren Aktionärsrechten Gebrauch machen wollen (vgl. Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 402 N 8; Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1991, S. 21 Rz. 13). Ziel der Sonderprüfung ist es, die Aktionäre in die Lage zu versetzen, einen gesellschaftsinternen Vorgang korrekt beurteilen zu können; der Sonderprüfungsbericht soll für den Aktionär Grundlage für allfällige Entscheide über die Rechtsausübung (z. B. Verantwortlichkeitsklage, Rückerstattungsklage) bilden. Das Begehren um Sonderprüfung setzt somit – wie bereits erwähnt – ein aktuelles Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers voraus. An der Erforderlichkeit einer Sonderprüfung fehlt es insbesondere, wenn die Sachverhalte, die abgeklärt werden sollen, tatsächlich nicht mehr im Dunkeln liegen (Bühler, Informationspflichten des Unternehmers im Gesellschafts- und Börsenrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 75). Es besteht kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse, mit einer Sonderprüfung Fragen abklären zu lassen, die bereits geklärt sind. Es wäre sinnlos, eine Sonderprüfung durchzuführen, die den Aktionären keine neuen Perspektiven eröffnen kann (BGE 123 III 261 mit Hinweis auf Casutt, a.a.O., S. 41 Rz. 12).

Das Vorliegen der Voraussetzungen einer Sonderprüfung ist glaubhaft zu machen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Glaubhaftmachen sowohl Tat- wie Rechtsfragen betrifft. In tatsächlicher Hinsicht sind bestimmte Handlungen oder Unterlassungen von Gründern oder Organen und der damit zusammenhängende Schaden glaubhaft zu machen. Das Gericht darf weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stringenten Beweis verlangen. Es hat vielmehr in wertender Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen die von den Gesuchstellern behaupteten Verdachtsmomente auf ihre Wahrscheinlichkeit hin zu prüfen. Dasselbe gilt in Bezug auf die sich stellenden Rechtsfragen, namentlich jene im Zusammenhang mit den behaupteten Pflichtverletzungen von Organen oder Gründern. Auch hier hat das Gericht die Frage nach dem rechts- oder statutenwidrigen Verhalten und damit nach der Verantwortlichkeit nicht abschliessend zu beantworten, sondern es darf sich mit einer summarischen Prüfung begnügen (BGE 120 II 393 E. 4c S. 397 f.).

4.3.1 Der Gesuchsteller verlangt eine Sonderprüfung zur Abklärung von Mittelabflüssen zulasten der Gesuchsgegnerin sowie der von ihr beherrschten ZB AG und ZB GmbH in den Jahren 2012 und 2013 zugunsten der Familie B. und der D. GmbH. Von Mai 2008 bis zu seiner Abberufung am 16. Dezember 2013 war der Gesuchsteller Mitglied des Verwaltungsrates der Gesuchsgegnerin, zeitweise auch Verwaltungsratspräsident. Zudem gehörte er von August 2008 bis November 2013 dem Verwaltungsrat der ZB AG an, welchem er von Januar 2009 bis März 2011 als Präsident vorstand. Dem Verwaltungsrat obliegt u.a. die Finanzkontrolle sowie die Oberaufsicht über die Geschäftsführung, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Art. 716a OR). Zur Wahrnehmung dieser unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben hat jedes Mitglied ein Auskunftsrecht über alle Angelegenheiten der Gesellschaft (Art. 715a OR). Der Verwaltungsrat muss sich um seine umfassende Information kümmern (Böckli, a.a.O., S. 1605 N 167). Das Informationsrecht eines Mitglieds des Verwaltungsrates einer Obergesellschaft im Konzern bezieht sich grundsätzlich auch auf relevante Tatsachen in den Untergesellschaften (vgl. Böckli, a.a.O., S. 1609 N 182), hier somit auch auf die ZB GmbH. Zwar setzt die Sonderprüfung nicht voraus, dass ein Aktionär, der selbst dem Verwaltungsrat angehört, das ihm in dieser Funktion zustehende umfassende Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss Art. 715a OR vorgängig ausgeübt hat (BGE 133 III 133 E. 3.3 S. 138). Zur Erlangung der betreffenden Informationen war dies hier ohnehin gar nicht nötig. Denn in der Zeit von Mitte Juli 2013 bis zu seinem Austritt im November 2013 war der Gesuchsteller sogar alleiniger Verwaltungsrat der ZB AG und fungierte als deren Geschäftsführer. Somit war er allein für die Geschäfte sowie für die Finanzkontrolle verantwortlich, weshalb ihm uneingeschränkt sämtliche Unterlagen der Gesellschaft vorlagen, ohne überhaupt ein entsprechendes Auskunftsbegehren im Sinne von Art. 715a OR stellen zu müssen. Verfügt der Aktionär, welcher mittels Sonderprüfung bestimmte Abklärungen verlangt, aus seiner bisherigen Tätigkeit als Verwaltungsrat bereits über die entsprechenden Informationen, vermag ihm die verlangte Sonderprüfung keine neuen Perspektiven zu eröffnen; es besteht mithin kein schutzwürdiges Interesse an der Sonderprüfung.

4.3.2 Dass der Gesuchsteller tatsächlich stark in die finanziellen Belange der Gesuchsgegnerin und der ZB AG involviert war, zeigt sich unter anderem daran, dass er die Vollständigkeitserklärung sowie die Jahresrechnungen 2010 und 2011 der beiden Gesellschaften unterzeichnet hat. Er verfügte in Bezug auf die Bankkonti über eine Zeichnungsberechtigung und war Ansprechperson der Bank. Weiter hatte er die Kompetenz, für die Bankkonti der Gesuchsgegnerin und der ZB AG Zeichnungs- und Zugriffsberechtigungen zu erteilen. Aus dem eingereichten Login-Protokoll für den Zeitraum April 2012 bis November 2013 ist ersichtlich, dass der Gesuchsteller stets Zugang zum Geschäftskonto bei der (...) hatte und diesen rege nutzte. Sein Einwand, wonach das Login-Protokoll auch Zugriffe auf sein Privatkonto bei der (...) zeigen soll, ist nicht glaubhaft. Der Gesuchsgegnerin ist beizupflichten, dass ihr die Bank aufgrund des Bankgeheimnisses kaum Daten betreffend das Privatkonto des Gesuchstellers ausgehändigt hat. So oder anders hatte der Gesuchsteller jedenfalls unbestritten Zugang zu den Konti der ZB AG. Es mag zutreffen, dass durch Zugriff auf das Internetbanking nicht in jedem Fall ohne Weiteres erkannt werden kann, aus welchem Grund eine Zahlung erfolgt

ist. Immerhin lässt sich aber entnehmen, an wen und in welcher Höhe eine Zahlung ausgerichtet wurde (z. B. Kreditkarteninstitut, Fluggesellschaft, usw.), woraus Rückschlüsse auf den Zahlungsgrund gemacht werden können, zumal dem Gesuchsteller weitere Informationen zur Verfügung standen und er als Verwaltungsrat in die Geschäftstätigkeit involviert war.

Die Gesuchsgegnerin vermochte auch aufzuzeigen, dass der Gesuchsteller Einblick in die finanziellen Belange der ZB GmbH, Tochtergesellschaft der ZB AG, hatte und ihm Kontroll- und Entscheidungskompetenzen zukamen. So oblag ihm die Freigabe von Zahlungen der ZB GmbH. Weiter war er in die Budgetplanung der ZB GmbH für das Jahr 2013 involviert. Sodann wurde ihm der provisorische Abschluss per 30. Juni 2013 der ZB AG und ZB GmbH übermittelt. Der Gesuchsteller konnte als Ökonom ohne Weiteres erkennen, dass die budgetierten Reisekosten/Spesen von CHF 24'000.– schon in der ersten Hälfte des Geschäftsjahres 2013 mit CHF 115'169.39 bei Weitem überschritten wurden. Die Höhe der von B verursachten Auslagen konnte der Gesuchsteller unter anderem den Kreditkartenabrechnungen entnehmen, welche auch an ihn weitergeleitet wurden.

4.3.3 Aufgrund der hiervor dargelegten Gegebenheiten ist davon auszugehen, dass der Gesuchsteller Einblick in die finanziellen Belange der Gesuchsgegnerin wie auch der ZB AG und ZB GmbH hatte. Insbesondere hatte er auch Kenntnis von den hohen Auslagen für Reisen und mithin von den durch B. – vor dem Zerwürfnis ein enger Freund des Gesuchstellers – generierten Aufwendungen. Er konnte denn auch der R. AG zur Durchführung der Überprüfung der Mittelabflüsse umfangreiche Unterlagen zur Verfügung stellen, unter anderem Kreditkartenabrechnungen, aus welchen die Bezüge von B. ersichtlich waren. Wenn er in diesem Zusammenhang geltend macht, die R. AG habe die Unterlagen nur zum Teil von ihm, im Übrigen aber direkt von der Revisionsgesellschaft erhalten, ändert das letztlich nichts. Der Gesuchsteller hatte jedenfalls auch Kenntnis von der Reisetätigkeit von B. in den Jahren 2012 und 2013. Diverse Reisen buchte der Gesuchsteller sogar selber und nahm daran teil.

4.3.4 Im Übrigen bestätigt der vom Gesuchsteller veranlasste Bericht der R. AG vom 18. November 2013 seinen Verdacht, dass B. private Auslagen von der ZB AG bezahlen liess. Zwar wird darin der Vorbehalt angebracht, dass aufgrund fehlender Rechnungsbelege nicht abschliessend beurteilt werden könne, ob die Mittelabflüsse geschäftsmässig begründet waren oder nicht. Indes kann diese Abklärung durch eine Sonderprüfung nicht nachgeholt werden. Denn eine solche dient nicht der Beurteilung, inwiefern die von der Gesellschaft getragenen Auslagen von B. geschäftsbedingt waren sowie ob und wie diese zu der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft im Verhältnis standen. Die Sonderprüfung ist darauf ausgerichtet, konkrete Tatsachen zu ermitteln. Sie darf nicht auf eine rechtliche Beurteilung, ein Werturteil oder auf eine Prüfung der Opportunität abzielen (BGE 138 III 252 E. 3.1 S. 257; vgl. Weber, Basler Kommentar OR II, 4 A., 2012, Art. 697a N 17). Gemäss den Erwägungen hiervor müsste dem Gesuchsteller diese Beurteilung als langjähriges Mitglied des Verwaltungsrates der Gesuchsgegnerin sowie der ZB AG und als Ökonom ohnehin selber möglich sein. Aus seinen Ausführungen, wonach er B. in freundschaftlicher Weise auf den Weg der kaufmännischen Ver-

nunft zu führen versucht habe, erhellt denn auch, dass er die von B. verursachten Auslagen als unverhältnismässig einschätzte. Diese Auffassung teilt die R. AG und hält in ihrem Bericht fest, dass die Reisekosten angesichts der angespannten Vermögenslage der ZB AG besonders hoch erscheinen.

4.4 Nach dem Gesagten ist zusammenfassend nicht glaubhaft, dass die beantragte Sonderprüfung dem Gesuchsteller überhaupt neue Perspektiven zu eröffnen vermag. Er hatte – als Mitglied des Verwaltungsrates bzw. als Verwaltungsratspräsident – Einsicht in die relevanten Gesellschaftsunterlagen. Überdies wurde sein gehegter Verdacht in Bezug auf die von Familie B verursachten Auslagen bereits mit dem Bericht der R. AG vom 18. November 2013 weitgehend bestätigt. Der Gesuchsteller vermag nicht glaubhaft zu machen, dass ihm die Sonderprüfung weitere Kenntnisse verschaffen könnte, welche ihm die Ausübung seiner Aktionärsrechte oder die Beurteilung von Prozesschancen erst möglich machen würden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 5.1). Zu einem Sachverhalt, den der Gesuchsteller bereits kennt, bedarf es keiner Einsetzung eines Sonderprüfers (Urteil des Bundesgerichts 4A\_359/2007 vom 26. November 2007 E. 3.1; vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., S. 405 RN 30). Der Ansicht des Gesuchstellers, wonach nicht relevant sei, welche Informationen er als Verwaltungsrat gehabt habe, da mit der Sonderprüfung gefestigtes und beweisverwertbares Wissen beschafft werden soll, kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Die Sonderprüfung ist wie das Auskunfts- und das Einsichtsrecht der Aktionäre ein Mittel, das den Aktionären Zugang zu Informationen über Angelegenheiten der Gesellschaft verschaffen soll. Sie soll dem Informationsdefizit abhelfen, das dadurch entsteht, dass die Minderheitsaktionäre kaum Möglichkeiten haben, an Interna der Gesellschaft heranzukommen (BGE 123 III 261 E. 2 S. 263 f.; BGE 133 III 133 E. 3.3 S. 137). Dem Aktionär eröffnen sich verbesserte Prozesschancen, indem die Untersuchungsergebnisse des Sonderprüfungsverfahrens für die Substanziierung eines eventuellen Klagebegehrens verwendet werden können (Horber, Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich 1995, Rz. 1076). Die Sonderprüfung dient indes nicht dazu, prozessual verwertbare Beweismittel im Hinblick auf ein Gerichtsverfahren zu beschaffen, zumal die Offenlegung ohnehin nicht direkt gegenüber dem antragsstellenden Aktionär, sondern dem Sonderprüfer gegenüber erfolgt (vgl. Horber, a.a.O., Rz. 1080). Zur Erlangung von Beweisen stehen der klagenden Partei andere Rechtsinstitute zu Verfügung, insbesondere die vorsorgliche Beweisabnahme (Art. 158 ZPO; BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81). Im Rahmen eines bereits hängigen Verfahrens können zudem entsprechende Beweisanträge gestellt werden.

Auf das Gesuch ist mithin mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 22. Oktober 2014

## 1.2 Art. 731b OR

### **Regeste:**

Art. 731b Abs. 1 OR – Bei einem Organisationsmangel kann der Richter der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand herzustellen ist (Ziff. 1), das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Ziff. 2) oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Ziff. 3). Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip soll das Gericht die drastische Massnahme der Auflösung gemäss Ziff.3 erst anordnen, wenn die milderen Massnahmen gemäss Ziff. 1 und 2 nicht genügen oder erfolglos geblieben sind.

### **Aus den Erwägungen:**

1. Die Gesuchsgegnerin bestreitet zu Recht nicht, dass der vom Handelsregisteramt monierte Organisationsmangel bestanden und sie diesen während des vorinstanzlichen Verfahrens nicht behoben hatte. Sie behauptet nun aber, im Laufe des vorliegenden Berufungsverfahrens eine neue Revisionsstelle gewählt und beim Handelsregister des Kantons Zug zur Eintragung angemeldet zu haben. Indes hat sie dafür bis heute keinen genügenden Beweis vorgelegt. Sie hat zwar – nach Ablauf der ihr hierfür angesetzten Frist – eine Kopie der Anmeldung für das Handelsregisteramt des Kantons Zug vom 15. September 2014 eingereicht. Dieser kann allerdings lediglich entnommen werden, dass sie eine neue Revisionsstelle (ohne Angabe ihres Namens) anmelde. Damit vermag sie aber den ihr obliegenden Nachweis nicht zu erbringen. Das Handelsregisteramt des Kantons Zug erklärt in seiner Vernehmlassung vom 8. Oktober 2014 denn auch, dass die Annahmeerklärung der Revisionsstelle fehle und die Gesuchsgegnerin bis heute weder diese Annahmeerklärung eingereicht noch den entsprechenden Vorschuss für die Eintragung geleistet habe. Ein Blick in das Handelsregister des Kantons Zug zeigt, dass bis heute die Eintragung einer neuen Revisionsstelle unterblieben ist. Damit steht aber fest, dass der Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b Abs. 1 OR auch während der Dauer des vorliegenden Berufungsverfahrens nicht behoben worden ist, sondern nach wie vor besteht.

2. Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann gemäss Art. 731b Abs. 1 OR ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Diese Massnahmen können insbesondere darin bestehen, der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist anzusetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand herzustellen ist (Ziff. 1), das fehlende Organ oder einen Sachwalter zu ernennen (Ziff. 2) oder die Gesellschaft aufzulösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anzuordnen (Ziff. 3).

2.1 Aktiengesellschaften haben ihre Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle ordentlich (Art. 727 OR) oder gegebenenfalls eingeschränkt (Art. 727a OR) prüfen zu lassen. Nach

Art. 727a Abs. 2 OR kann mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre auf eine eingeschränkte Revision verzichtet werden, wenn die Gesellschaft im Jahresdurchschnitt nicht mehr als zehn Vollstellen hat (sog. «Opting-Out»).

2.2 Die Behebung von Organisationsmängeln steht im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs und kann die Interessen von Anspruchsgruppen («Stakeholder») berühren, die sich am Verfahren nach Art. 731b OR nicht beteiligen (Arbeitnehmer, Gläubiger, Aktionäre). Aufgrund der Interessen Dritter sowie der Öffentlichkeit ist der Richter an spezifizierte Anträge der Parteien nicht gebunden. Das im Summarium durchzuführende Organisationsmängelverfahren (BGE 138 III 166 E 3.9 S. 172 f.) ist mithin vom Offizialgrundsatz beherrscht (Art. 85 Abs. 2 ZPO): Die Parteien haben keine Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand und können sich namentlich nicht vergleichen (BGE 138 III 294 mit Hinweisen auf die Literatur). Bei den in den Ziffern 1-3 von Art. 731b Abs. 1 OR genannten Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels handelt es sich um einen exemplifikativen, nicht abschliessenden Katalog (BGE 136 III 369). Der Gesetzgeber wollte dem Richter einen hinreichenden Handlungsspielraum gewähren, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene Massnahme treffen zu können. Die in Art. 731b Abs. 1 OR genannten Massnahmen stehen in einem Stufenverhältnis. Das Gericht soll die drastische Massnahme der Auflösung gemäss Ziff. 3 erst anordnen, wenn die milderen Massnahmen gemäss Ziff. 1 und 2 nicht genügen oder erfolglos geblieben sind. Es gilt mithin das Verhältnismässigkeitsprinzip. Nur wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. zielführend erweisen, kommt als ultima ratio die Auflösung der Gesellschaft zur Anwendung. Dies ist etwa der Fall, wenn Verfügungen nicht zustellbar sind oder wenn sich die Gesellschaft in keiner Art und Weise vernehmen lässt (BGE 138 III 294 E. 3.1.4 mit weiteren Hinweisen). Fehlt der Gesellschaft die Revisionsstelle und wurde der Mangel innert richterlich angesetzter Frist nicht behoben, ist nach dem Gesagten die Ernennung des fehlenden Organs grundsätzlich die angemessene Massnahme zur Beseitigung des Organisationsmangels (vgl. BGE 138 III 294 E. 3.3.1 S. 302; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 492). Denn gegenüber der Anordnung der Auflösung der Gesellschaft und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs stellt die Ernennung des fehlenden Organs das mildere Mittel dar. In der Lehre wird daher zutreffend vertreten, dass es dem Gericht regelmässig als verhältnismässig und den verfolgten Zielen angemessen erscheinen wird, der Ernennung einer Revisionsstelle gegenüber der Anordnung der Auflösung und der Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs den Vorzug zu geben (Urteil des Bundesgerichts 4A\_411/2012 vom 22. November 2012).

2.3 Wie sich aus der Darstellung des Sachverhaltes ergibt, wurde der Gesuchsgegnerin mehrfach die Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes auf ihr eigenes Begehren hin erstreckt. Auch im Berufungsverfahren wurde ihr erneut eine 20-tägige Frist eingeräumt, um den Organisationsmangel zu beheben. Sie liess diese Frist – angeblich irrtümlich – unbenützt verstreichen. Aber selbst nach Ablauf dieser Frist behob sie den Mangel entgegen ihrer Darstellung bis heute offenbar nicht. Obschon ihr durch Zustellung der Berufungsant-

wort des Handelsregisteramtes klar vor Augen geführt wurde, dass zur Eintragung der angeblich gewählten Revisionsstelle deren Annahmeerklärung sowie die Leistung eines Kostenvorschusses vorausgesetzt sind, unternahm sie offenbar wiederum nichts und liess die Zügel schleifen. Ein solch trölerisches Verhalten ist rechtsmissbräuchlich und verdient keinen Rechtsschutz. Es ist daher auch nicht angezeigt, die mildere Massnahme zu ergreifen und der Gesuchgegnerin eine Revisionsstelle durch den Richter zu bestellen. Es bleibt demnach bei der Auflösung der Gesellschaft und der Anordnung ihrer konkursamtlichen Liquidation.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 29. Oktober 2014

## 2. Familienrecht

### 2.1 Art. 172 ff. ZGB

#### **Regeste:**

Art. 172 ff. ZGB – Wird während eines Eheschutzverfahrens das Scheidungsverfahren hängig gemacht und in diesem die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen in Bezug auf die künftigen Verhältnisse beantragt, ist die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts diesbezüglich grundsätzlich nicht mehr gegeben.

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

Während der Rechtshängigkeit eines Verfahrens um Erlass von Eheschutzmassnahmen gemäss Art. 172 ff. ZGB zwischen A. und B. machte A. beim Bezirksgericht Affoltern das Scheidungsverfahren hängig und beantragte die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen in Bezug auf die Obhut. In der Folge schrieb die zuständige Einzelrichterin des Kantonsgerichts Zug das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit ab. Dagegen reichte B. Berufung beim Obergericht ein.

#### **Aus den Erwägungen:**

(...)

2. Das Eheschutzgericht ist zuständig für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung, für die Zeit danach ist das Scheidungsgericht zuständig (BGE 101 II 1 bestätigt in BGE 129 III 60 E. 3 = Pra 92 [2003] Nr. 102). Eheschutzmassnahmen sind indes auch nach der Einleitung des Scheidungsverfahrens wirksam, bis sie vom Scheidungsgericht im Rahmen vorsorglicher Massnahmen abgeändert werden (BGE 129 III 60 E. 4.2). Wird während der Dauer des Eheschutzverfahrens der Scheidungsprozess anhängig gemacht, wird ersteres nicht einfach gegenstandslos. Der Eheschutzrichter bleibt für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung zuständig, und zwar auch dann, wenn erst nach diesem Zeitpunkt darüber entschieden werden kann (BGE 129 III 60 E. 2 f. = Pra 2003 Nr. 102).

Demnach ist nicht von Belang, ob über die Eheschutzmassnahmen aufgrund der Zeit, welche die Behandlung des Dossiers in Anspruch nimmt, vor oder nach der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage entschieden wurde, sofern es keinen Zuständigkeitskonflikt gibt (BGE 138 III 646 E. 3.3.2 = Pra 102 [2013] Nr. 34).

2.1 Die Vorrichterin stellte fest, dass im Eheschutzverfahren vor Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens noch kein rechtskräftiger Entscheid über die Obhut zuteilung ergangen sei. Weiter führte sie aus, dass die Zuteilung der Obhut nur für die Zukunft erfolgen könne (mit Hinweis auf Six, Eheschutz, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1.65). Aus den Ausführungen der Vorrichterin erhellt, dass es hier nicht um die Regelung der Verhältnisse für einen Zeitraum während des Getrenntlebens vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens geht, sondern um die Zuteilung der Obhut pro futuro, nachdem die Ehescheidung bereits anhängig gemacht wurde. Gestützt darauf erklärte sich die Vorinstanz diesbezüglich als nicht mehr zuständig (BGE 101 II 1 bestätigt in BGE 129 III 60 E. 3). Dieser Auffassung ist beizupflichten. Die Gesuchstellerin hat im Scheidungsverfahren vor dem Bezirksgericht Affoltern die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen in Bezug auf die Obhut beantragt, wodurch ein Kompetenzkonflikt zwischen dem zugerischen Eheschutz- und dem zürcherischen Scheidungsgericht entstand. Bei dieser Ausgangslage ist die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts nicht mehr gegeben (BGE 138 III 646 E. 3.3.2 = Pra 102 [2013] Nr. 34; Engler in: SJZ, 110 [2014] Nr.5, S. 127). Entgegen der Auffassung des Gesuchsgegners wurde der Zuständigkeitskonflikt nicht aufgelöst, indem die Gesuchstellerin die Vorinstanz zum Erlass eines Entscheids in der Sache aufgefordert hat, nachdem sich das Bezirksgericht Affoltern für die Beurteilung der Obhut zuteilung im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen als unzuständig erachtet bzw. das entsprechende Massnahmeverfahren im Hinblick auf einen möglichen Kompetenzkonflikt sistiert hatte. Werden im Scheidungsverfahren vorsorgliche Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens in Bezug auf die Zeit nach der Hängigkeit des Scheidungsverfahrens beantragt, über welche das Eheschutzgericht noch nicht rechtskräftig entschieden hat, bleibt für eine Zuständigkeit des Eheschutzrichters kein Raum mehr. Die Berufung erweist sich diesbezüglich als unbegründet.

2.2 Die Gesuchstellerin vertritt die Auffassung, der erstinstanzliche Abschreibungsbeschluss wegen Gegenstandslosigkeit sei auch im Falle der Bestätigung der Unzuständigkeit des Kantonsgerichts Zug aufzuheben. Da die örtliche und sachliche Zuständigkeit Prozessvoraussetzungen seien, hätte deren Fehlen zu einem Nichteintretensentscheid führen müssen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Bis zum Zeitpunkt, in welchem das Ehescheidungsverfahren und das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen anhängig gemacht wurden, war das Eheschutzgericht zuständig und hatte folglich auf das Gesuch um Eheschutzmassnahmen einzutreten. Fällt eine Prozessvoraussetzung erst im Verlaufe des Verfahrens weg, wird das Verfahren als gegenstandslos erklärt (vgl. BGE 111 Ib 182 E. 2a S. 185; Kriech in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 242 N 3 und 5; Killias, Berner Kommentar ZPO, 2012, Art. 242 N 10; a.M. Zürcher in: Sutter-Somm/Hasenböhler/

Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 60 N 28). So oder anders kommt dem Prozessurteil aber ohnehin keine anspruchbezogene materielle Rechtskraft zu (Zürcher, a.a.O., Art. 60 N 29; Killias, a.a.O., Art. 242 N 22). Aus der Formulierung im Dispositiv des angefochtenen Entscheids, wonach das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschlossen werde, erwächst den Parteien kein Nachteil.

3. Im Eventualantrag verlangt die Gesuchstellerin sodann die Überweisung an das Bezirksgericht Affoltern. Weder die Zivilprozessordnung noch das kantonale Recht sehen die Überweisung des Prozesses bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung vor (vgl. Müller in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 59 N 38). Demnach besteht keine entsprechende Rechtsgrundlage. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Prozessüberweisung ist daher abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 30. April 2014

## 2.2 Art. 176 Abs. 3 ZGB

### **Regeste:**

Art. 176 Abs. 3 ZGB – Das Eheschutzgericht hat zu entscheiden, auf welchen Elternteil die Obhut, welche eben auch das Bestimmungsrecht über den Aufenthaltsort der Kinder mitumfasst, zu übertragen ist, wenn sich diese uneinig sind bzw. nicht selbst die Belassung der gemeinsamen Obhut beantragen. Das Eheschutzgericht hat sodann auch darüber zu befinden, ob demjenigen Elternteil, auf den die Obhut übertragen wird, allenfalls eine auf Art. 307 ZGB gestützte Weisung betreffend Wegzug ins Ausland zu erteilen ist.

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

2.1.1 Ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes begründet und haben die Ehegatten unmündige Kinder, so trifft gemäss Art. 176 Abs. 3 ZGB das Eheschutzgericht nach den Bestimmungen über die Wirkung des Kindesverhältnisses (Art. 273 ff. ZGB) die nötigen Massnahmen. Nach Art. 297 Abs. 2 ZGB kann das Gericht bei der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes die elterliche Sorge einem Elternteil allein zuteilen. In aller Regel wird jedoch im Rahmen des Eheschutzverfahrens oder vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens lediglich die Obhut einem Ehegatten allein übertragen (in maiore minus). Der Grund liegt darin, dass die endgültige Gestaltung der Elternrechte dem Scheidungsurteil vorbehalten bleiben soll (Vetterli, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm, Scheidung, Bd. I, 2. A., Bern 2011, Art. 176 N 1 mit Hinweis auf BGE 111 II 223). Wenn die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil als genügend erscheint, um das Kindeswohl zu garantieren, besteht kein Grund an der gemeinsamen elterlichen Sorge etwas zu ändern (Urteil des Bundesgerichts 5A\_69/2011 vom 27. Februar 2012; Schwenzer, Basler Kommentar ZGB, Bd. I, 4. A., 2010,

Art. 297 N 6). Der Gesetzestext schliesst – als Kann-Vorschrift – nicht aus, die elterliche Sorge beiden Ehegatten gemeinsam zu belassen. Oberste Richtschnur ist und bleibt dabei das Kindeswohl. Für den Fall der Scheidung, wo der Haushalt nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft aufgehoben wird, verlangt das Gesetz neben der Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl ausdrücklich einen gemeinsamen Antrag der Eltern, damit ihnen die elterliche Sorge gemeinsam überlassen werden kann (Art. 133 Abs. 3 ZGB). Das Fehlen eines gemeinsamen Antrags bzw. die damit dokumentierte mangelnde Kooperationsfähigkeit oder Kooperationswilligkeit wird quasi vom Gesetzgeber als von vornherein nicht mit dem Kindeswohl vereinbar angesehen. Auch wenn es für den Bereich des Eheschutzes keine vergleichbare gesetzliche Regelung gibt, muss dies auch im Eheschutz gelten, zumindest in jenen Fällen, wo die Aufhebung des Haushaltes nicht bloss von kurzer Dauer ist. Entgegen der Auffassung von Jann Six (Eheschutz, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 33 Rz 2.07) erachtet es die Gerichtspraxis denn auch grundsätzlich als zulässig, in einem Eheschutzverfahren die Obhut beiden Ehegatten zu belassen oder von diesen alternierend ausüben zu lassen. Aber auch hier ist – neben anderen Voraussetzungen – immer ein gemeinsamer Antrag beider Ehegatten zwingendes Erfordernis für die Belassung der gemeinsamen Obhut (Urteil des Bundesgerichts 5A\_69/2011 vom 27. Februar 2012; 5A\_645/2008 vom 27 August 2009 E. 6; ZR 103/2004 Nr. 25; Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar zum ZGB, 1997, Art. 176 N 83 ff.; AJP 2003, S. 665; Vetterli, a.a.O., Art. 176 N 6).

2.1.2 In Lehre und Rechtsprechung wird teilweise in Anlehnung an die Marginalie zu Art. 310 ZGB zwischen Obhutsrecht (*droit de garde*) und faktischer Obhut (*garde de fait*) unterschieden (vgl. M. Stettler, *Garde de fait et droit de garde*, in: RDT 2002, S. 236 ff.). Danach besteht die Obhut aus zwei Seiten, nämlich einer rechtlichen und einer faktischen. Die rechtliche Obhut ist (wie die faktische) Bestandteil der elterlichen Sorge. Sie besteht in der Befugnis, den Aufenthaltsort des Kindes sowie die Art und Weise seiner Unterbringung zu bestimmen. Die faktische Obhut äussert sich in der täglichen Sorge um das Kind und umfasst die für die laufende Betreuung und Erziehung des Kindes notwendigen Rechte und Pflichten der mit der Obhut betrauten Person (Bräm/Hasenböhler, a.a.O., Art. 176 N 81B). Der Träger des Obhutsrechts ist in der Regel auch für die tägliche Betreuung, Pflege und Erziehung des Kindes verantwortlich; ihm kommt also regelmässig auch die faktische Obhut (*garde de fait*) zu (Vetterli, a.a.O., Art. 176 N 3).

Das Bundesgericht hat eine solche Differenzierung der Obhut in einem Entscheid vom 2. November 2001 (BGE 128 III 9 E. 4a) ebenfalls getroffen und näher erläutert. In diesem Entscheid ging es allerdings um die Frage der Zuteilung der Obhut an einen Pflegeelternanteil (Grossmutter des Kindes), dem die Vormundschaftsbehörde das Kind anvertraut hatte, nachdem sie der Mutter des Kindes als alleinigen Inhaberin der elterlichen Sorge, die Obhut mit deren Einverständnis entzogen hatte. Es führte im Einzelnen aus, die Obhut sei ein Bestandteil der elterlichen Sorge. Sie bestehe in der Zuständigkeit, den Aufenthaltsort des Kindes und die Art der Betreuung zu bestimmen. Der Inhaber der elterlichen Sorge könne somit das Kind einem Dritten anvertrauen, es wieder zurückholen, dessen Beziehungen überwachen und

seine Erziehung bestimmen. Wenn jedoch der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden könne, so habe die Vormundschaftsbehörde es nach Art. 310 Abs. 1 ZGB den Eltern oder, wenn es sich bei Dritten befinde, diesen wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen. Wenn das Kind nicht vom anderen Elternteil aufgenommen werden könne, werde es Dritten anvertraut, welche die tatsächliche Obhut (garde de fait) erhielten und somit seine Pflegeeltern im Sinne von Art. 294 und Art. 300 ZGB würden. Diese Kinderschutzmassnahme bewirke, dass die Obhut von den Eltern an die Vormundschaftsbehörde übergehe, die somit den Aufenthaltsort des Kindes bestimme und auch seine Betreuung festlege. Die Aufhebung der Obhut habe keinerlei Einfluss auf die elterliche Sorge, die weiterhin bei den Eltern bleibe. Diesen werde lediglich ein Teil davon weggenommen, nämlich das Recht, über den Aufenthaltsort des minderjährigen Kindes zu bestimmen. Die tatsächliche Obhut bestehe darin, dem Minderjährigen alles zu geben, was er im Alltag für seine harmonische Entwicklung benötige. Das Bundesgericht hat mithin diese Zweiteilung der Obhut – soweit ersichtlich – einzig im Zusammenhang mit dem Entzug der elterlichen Obhut und deren Übertragung auf die Vormundschaftsbehörde thematisiert, nicht aber wenn es um die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil geht.

In einem neueren Urteil vom 1. Juni 2010 (BGE 136 III 353) hat es im Gegenteil ausdrücklich festgehalten, dass der Elternteil, dem das Kind anvertraut sei (faktische Obhut), auch Inhaber des Obhutsrechts in dem Sinne sei, dass er gegen den Willen des anderen Elternteils mit dem Kind ins Ausland ziehen könne. Diese Berechtigung könne jedoch durch das Verbot des Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB beschränkt werden. Ein Rechtsmissbrauch werde beispielsweise dann bejaht, wenn der Wegzug einzig dazu diene, die persönliche Beziehung des Kindes zum anderen Elternteil zu gefährden. Werde die Obhut auf einen Elternteil übertragen, verbleibe dem Inhaber der elterlichen «Restsorge» im Wesentlichen (zusätzlich zum Besuchsrecht) ein Mitentscheidungsrecht bei zentralen Fragen der Lebensplanung des Kindes. Dabei sei, im Sinne von Grundsatzentscheidungen, an Fragen der Namensgebung, an die allgemeine berufliche Ausbildung, die Wahl der religiösen Erziehung, an medizinische Eingriffe und andere einschneidende bzw. das Leben des Kindes prägende Weichenstellungen wie beispielsweise die Ausübung von Hochleistungssport zu denken. Zwar habe der Wegzug in ein anderes Land selbstverständlich auch Auswirkungen auf die schulische Situation des Kindes. Der Mitinhaber der elterlichen Sorge müsse dies jedoch insoweit hinnehmen, als die Einschulung an einem neuen Ort unmittelbare Folge des Aufenthaltsbestimmungsrechts des obhutsberechtigten Elternteils sei. Im Weiteren hat das Bundesgericht im genannten Urteil ausgeführt, dem obhutsberechtigten Elternteil könne mit einer auf Art. 307 ZGB gestützten Weisung untersagt werden, das Kind ausser Landes zu bringen. Eine solche Weisung komme jedoch nur in Frage, wenn das Wohl des Kindes durch einen Umzug ins Ausland ernsthaft gefährdet würde, wobei anfängliche Integrations- und/oder sprachliche Schwierigkeiten in aller Regel keine ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls begründen würden. Auch der blosser Tatbestand der Einschulung an einem neuen Ort sei für sich genommen kein Hinderungsgrund. Es treffe zwar zu, dass die Besuchsrechtsausübung bei grösserer Dis-

tanz zunehmend erschwert würde, dies sei indessen für sich alleine kein Grund, dem getrennten und allein obhutsberechtigten Ehegatten den Wegzug ins Ausland zu verbieten.

2.1.3 Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall. Allerdings kommt hier dem Grundsatz der Beziehungs- und Erlebniskontinuität herausragende Bedeutung zu, ohne dass bereits umfassend zu prüfen ist, welcher Elternteil dem Kind auf Dauer stabileren Halt verschaffen kann (Schwenzer, a.a.O., Art. 297 N 7). Nach der Rechtsprechung hat das Wohl des Kindes Vorrang vor allen anderen Überlegungen, insbesondere vor den Wünschen der Eltern. Vorab muss deren Erziehungsfähigkeit geklärt werden. Ist sie bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, so die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (BGE 115 II 206 E. 4a S. 209; 115 II 317 E. 2 und 3 S. 319 ff.; 117 II 353 E. 3 S. 354 f.; BGer. 5A\_798/2009 vom 4. März 2010 E. 5.3; 5A\_22/2010 vom 7. Juni 2010 E. 3.1).

2.2 Die Vorinstanz bejahte zunächst die Erziehungsfähigkeit beider Parteien, was von diesen auch nicht in Frage gestellt wird. Was die Fähigkeit und Möglichkeit zur persönlichen Betreuung angeht, kam die Eheschutzrichterin zum Schluss, dass der Gesuchstellerin die Betreuungsfähigkeit «im Rahmen der derzeit gelebten Betreuungsregelung und unter Berücksichtigung ihrer Erwerbstätigkeit im Umfang von 80%» zuerkannt werden könne. Auch dem Gesuchsgegner billigte sie die Betreuungsfähigkeit und -möglichkeit im bisher gelebten Umfang zu (jedes zweite Wochenende von Freitag nach Schulschluss bis Dienstagmorgen Schulbeginn). Unter diesen Umständen mass sie der Stabilität und Kontinuität die ausschlaggebende Bedeutung für die Obhutzuteilung bei. Derjenige Elternteil, bei dem künftig mit weniger einschneidenden Veränderungen für das Kind zu rechnen sei, erhalte in diesem Falle den Vorzug, so die Vorinstanz. Da die Gesuchstellerin aber klar zum Ausdruck brachte, dass sie mit den Kindern nach Deutschland ziehen wolle, die Vorinstanz in einem solchen Umzug aber eine für die Kinder unnötige und ihrem Wohle abträgliche Verunsicherung erblickte, wollte sie der Gesuchstellerin das Aufenthaltsbestimmungsrecht über die Kinder offenbar nicht zugestehen. Die Vorinstanz wog dabei die Interessen der Gesuchstellerin für einen Umzug nach Frankfurt mit denjenigen der Kinder für ein Verbleiben in der gewohnten Umgebung in der Schweiz in der Nähe ihres Vaters gegeneinander ab und kam zum Schluss, dass die Gesuchstellerin keine stichhaltigen Gründe geltend machen könne, die es rechtfertigen würden, die Kinder diesen Ängsten auszusetzen. Auf der anderen Seite befand sie aber offenbar, dass die persönliche Betreuung durch die Mutter und der Aufenthalt der Kinder bei ihr dem Kindesinteresse besser gerecht werde, als das bei einer Zuteilung an den Vater der Fall wäre, nachdem dieser die

Obhut für sich ja ebenfalls beanspruchte, falls die Gesuchstellerin den Aufenthaltsort nicht in Baar beibehalte. Diesen Widerstreit versuchte die Vorinstanz dadurch zu lösen, dass sie die Obhut in eine faktische und eine rechtliche Seite auftrennte und nur erstere der Gesuchstellerin übertrug, während die rechtliche Obhut den Parteien gemeinsam verbleiben sollte.

2.2.1 Im Einzelnen führte die Vorinstanz zusammengefasst dazu aus, die bisherigen Lebensumstände eines Kindes sollten nicht ohne Grund verändert werden. A. und B. seien beide in der Schweiz geboren, würden nichts anderes kennen als die Schweiz und hätten die (...) Tagesschule seit jeher besucht. Dieses vertraute Umfeld sei ihr Fixpunkt, welcher ihnen Stabilität und Geborgenheit vermittele. Hierbei sei auf die Kinderanhörung von A. verwiesen, welche angebe, dass es ihr sowohl in Baar als auch an der Schule sehr gut gefalle. Sie habe nette Lehrer und viele gute Freundinnen, weshalb sie gerne zur Schule gehe. Auch wenn die derzeit drei besten Freundinnen von A. die (...) Tagesschule im Sommer 2013 verlassen würden, verkörpere die Schule das gewohnte Netzwerk, welches A. und B. von Beginn an gekannt hätten und in dem sie sich aufgehoben fühlten. Auch dass die Kinder nach Ansicht der Gesuchstellerin eine anfällige Gesundheit hätten, spreche dafür, die Kinder nicht mit unnötigen Veränderungen – wie einem Umzug nach Deutschland – zu belasten. Die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Bereicherung durch den in Deutschland vorhandenen grösseren Familien-/Freundeskreis, welcher für einen Umzug nach Deutschland spreche, sei aufgrund der Tatsache, dass die Hauptbezugspersonen der Kinder ihre Eltern seien und daher der ungehinderte Kontakt zu beiden Elternteilen im Zentrum stehe, als sekundär zu betrachten. Insofern habe die Gesuchstellerin für einen Umzug nach Deutschland keine stichhaltigen Gründe aufzuzeigen vermocht. Es sei zwar nachvollziehbar, dass die Gesuchstellerin den Wunsch hege, nach Deutschland zu ziehen. Die Verwirklichung dieses Wunsches müsse aber zugunsten des Wohls der Kinder in den Hintergrund treten. Es komme hinzu, dass die Annahme des Bundesgerichts in seinem Urteil vom 1. Juni 2010, wonach die Obhutszuteilung im Eheschutzverfahren allgemein nicht nur die faktische Obhut umfasse, sondern auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht, im Gesetz keine Stütze finde. Gemäss Art. 176 Abs. 3 ZGB treffe das Gericht bei der Regelung des Getrenntlebens lediglich die «nötigen» Massnahmen bezüglich der minderjährigen Kinder. Gingen die Eltern auseinander, so erscheine es nur nötig, bis zur eigentlichen Regelung des Sorgerechts zu klären, wo sich das Kind künftig aufhalten werde, nicht aber, wer darüber allein bestimmen könne. Es sei nämlich nicht einzusehen, weshalb im bloss summarischen Eheschutzverfahren – bevor über die Zuteilung der elterlichen Sorge überhaupt entschieden werde – bereits ein Kernelement der elterlichen Sorge, nämlich das Aufenthaltsbestimmungsrecht, ausgegliedert und einem Elternteil allein zugewiesen werden solle. Da die rechtliche Obhut einen Teilgehalt der elterlichen Sorge darstelle, welche die Eltern bis zur Scheidung i.d.R. noch gemeinsam innehätten, müsse im Eheschutzverfahren folglich nur die faktische, nicht aber bereits die rechtliche Obhut zugewiesen werden. Aus der Zuteilung der rechtlichen Obhut im Eheschutzverfahren würden sich überdies weitere Unstimmigkeiten ergeben. Gemäss Bundesgericht verbleibe dem Inhaber der «ausgehönten» elterlichen «Restsorge» im Wesentlichen ein Mitentscheidungsrecht bei zentralen Fragen der Lebensplanung des Kindes, worunter beispielsweise die Ausübung von Hochleistungssport

oder der Wechsel von einer öffentlichen in eine Privatschule gehöre. Zum einen erscheine u.a. fragwürdig, inwiefern es sich bei der Ausübung von Hochleistungssport – im Vergleich zur Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland und der damit einhergehenden Beeinträchtigung der Beziehung des Kindes zum zurückbleibenden Elternteil – um eine prägende Weichenstellung handle. Zum anderen sei kaum nachvollziehbar, dass die sorgeberechtigten Eltern zwar gemeinsam darüber entschieden, ob ihr Kind eine staatliche oder eine Privatschule besuche, ob die fragliche Schule jedoch in Bern, New York, Islamabad, Peking oder Timbuktu liege, dagegen von demjenigen Elternteil alleine entschieden werden könne, dem die Obhut zugewiesen worden sei. Nicht zuletzt sei für die Obhutzuzuweisung im Eheschutzverfahren i.d.R. neben den Eigenbetreuungsmöglichkeiten vor allem die Kontinuität und Stabilität der Verhältnisse massgebend. In diesem Zusammenhang erscheine es widersprüchlich, dass das Eheschutzgericht einem Ehegatten beispielsweise die Obhut zuweise, da er der Geeigneter sei, die Kontinuität und Stabilität der Verhältnisse aufrecht zu erhalten, ihm mit der Obhutzuzuweisung jedoch gleichzeitig das Recht zuspreche, mit dem Kind ins Ausland zu ziehen. Schliesslich erscheine die Zuteilung der rechtlichen Obhut im Eheschutzverfahren auch mit Blick auf die bevorstehende Änderung des Zivilgesetzbuches bezüglich der elterlichen Sorge problematisch. Der neue Art. 301a ZGB (sogenannter Zügelartikel) kläre das Verhältnis zwischen elterlicher Sorge und dem Recht zur Bestimmung des Aufenthaltsortes. Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge würden gemeinsam darüber entscheiden, wo und zusammen mit wem das Kind lebe. Anders als heute sei es dem Eheschutzgericht damit verwehrt, den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge zu belassen und gleichzeitig das Recht, über den künftigen Aufenthaltsort des Kindes zu befinden, einem Elternteil allein zu überlassen. Vor dem Hintergrund, dass bereits heute bei der Scheidung zunehmend die geteilte elterliche Sorge belassen werde und mit Blick auf die hängige Revision des ZGB, müsse das Belassen der rechtlichen Obhut bei beiden Eltern grundsätzlich zulässig sein. Unter Würdigung der gesamten Umstände sei es daher angezeigt, die Kinder A und B für die Dauer des Getrenntlebens unter der rechtlichen Obhut beider Parteien zu belassen, wobei sie unter die faktische Obhut der Gesuchstellerin zu stellen seien.

### 2.2.2 (...)

2.3 Auch wenn man mit der Vorinstanz davon ausgehen wollte, dass eine Aufspaltung der Obhut in eine rechtliche und eine faktische Seite und eine entsprechende unterschiedliche Zuteilung im Eheschutzverfahren an sich gesetzlich zulässig sei, darf nicht übersehen werden, dass nach den vorstehenden Ausführungen eine Zuteilung bzw. Belassung der gemeinsamen Obhut – und damit auch nur des Obhutsrechts im Sinne der vorstehenden Unterscheidung – zwingend einen gemeinsamen Antrag der Ehepartner voraussetzt (vgl. Erw. 2.1 hiervor). Daran mangelt es aber im vorliegenden Fall. Schon aus diesem Grunde ist eine Zuteilung bloss der faktischen Obhut an die Gesuchstellerin nicht zulässig, da entsprechend die rechtliche Obhut bei beiden Ehepartnern gemeinsam verbliebe, ohne dass das vorausgesetzte Einverständnis beider Parteien vorläge. Nachdem die Frage des Aufenthalts der Kinder bereits im vorliegenden Eheschutzverfahren zum Thema gemacht wurde und zwischen den

Parteien strittig war, muss darüber aber entschieden werden. Indem die Vorinstanz lediglich über die Zuteilung der faktischen Obhut befunden und diese der Gesuchstellerin alleine übertragen hat, entschied sie eben über die zwischen den Parteien herrschende Streitfrage nicht, wo der Aufenthaltsort der Kinder sein soll, wenn sich die Eltern darüber nicht einigen können. Der Gesuchstellerin ist deshalb insofern beizupflichten, dass die Zuteilung bzw. Belassung des Obhutsrechts und damit des Aufenthaltsbestimmungsrechts für die Kinder bei beiden Elternteilen im Ergebnis auf einen Nichtentscheid hinausläuft. Faktisch hat zwar dieser Entscheid (bzw. Nichtentscheid) zur Folge, dass die Gesuchstellerin mit den Kindern nicht nach Deutschland ziehen darf, da der Gesuchsgegner damit nicht einverstanden ist. Dass dieses Ergebnis von der Vorinstanz letztlich – wie aus ihren Erwägungen ohne weiteres hervorgeht – als richtig erachtet wird und insofern auch gewollt war, ändert nichts daran, dass die rechtliche Begründung dafür nicht haltbar ist. Das Eheschutzgericht hat zu entscheiden, auf welchen Elternteil die Obhut, welche eben auch das Bestimmungsrecht über den Aufenthaltsort der Kinder mitumfasst, zu übertragen ist, wenn sich diese uneinig sind bzw. nicht selbst die Belassung der gemeinsamen Obhut beantragen. Insofern ist denn auch BGE 128 III 9 nicht einschlägig, verblieb doch die rechtliche Obhut in jenem Fall gerade bei der Vormundschaftsbehörde, die eben alleine über den Aufenthaltsort bestimmt. Das Eheschutzgericht hat sodann auch darüber zu befinden, ob demjenigen Elternteil, auf den die Obhut übertragen wird, allenfalls eine auf Art. 307 ZGB gestützte Weisung betreffend Wegzug ins Ausland zu erteilen ist. Eine solche Weisung ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung jedoch nur im Rahmen des Rechtsmissbrauchsverbots oder für den Fall zulässig, dass das Wohl des Kindes durch einen Umzug ins Ausland ernsthaft gefährdet würde (vgl. BGE 136 III 353). Auch wenn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Umzug ins Ausland grundsätzlich keine Kindeswohlgefährdung darstellen soll, kann im konkreten Fall unter Umständen gleichwohl eine ernstliche Gefährdung des Kindeswohls vorliegen, namentlich wenn die faktische Erschwerung oder gar Verunmöglichung des bisherigen Besuchsrechts des nicht obhutsberechtigten Elternteils, das in seinem Umfang und seiner Ausgestaltung für die Kinder und ihre Beziehung zu diesem Elternteil bedeutsam ist, nicht vermieden werden kann. Und schliesslich wies schon die Vorinstanz zu Recht auf die bereits beschlossene Änderung der diesbezüglichen Gesetzeslage durch die neue Bestimmung von Artikel 301a ZGB hin, die nun definitiv Mitte dieses Jahres in Kraft tritt (Medienmitteilung des EJPD vom 29. November 2013).

Auch die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich befasste sich in einem kürzlich ergangenen Entscheid vom 21. August 2013 (Geschäfts-Nr.: LY130010-O/U) mit der Bedeutung dieser Änderung und ihrer möglichen Auswirkung auf die Rechtsprechung zum geltenden Recht. Sie kam dabei mit interessanten Überlegungen zum Schluss, dass ein Umzug des obhutsberechtigten Elternteils ins Ausland grundsätzlich geeignet sei, das Kindeswohl zu gefährden. Nach dem neuen, Mitte des laufenden Jahres in Kraft tretenden Artikel 301a ZGB ist das Recht zur Bestimmung des Aufenthaltsortes der Kinder neu zwingend Teil der elterlichen Sorge. Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge entscheiden damit auch gemeinsam darüber, wo und zusammen mit welchem Elternteil das Kind lebt. Damit wird es dem

Eheschutz- bzw. Massnahmegericht künftig verwehrt sein, den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge zu belassen und gleichzeitig einem Elternteil allein das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu überlassen. Können sich die Eltern nicht einigen, so liegt es am Gericht bzw. an der Kindesschutzbehörde, zu entscheiden. Der Entscheid hat sich dabei vorrangig am Wohl des Kindes zu orientieren. In diesem Sinne kann einem Elternteil der Wegzug erlaubt werden, allenfalls unter Neuregelung der Betreuung und des persönlichen Verkehrs. Denkbar ist aber auch, dass das Gericht einen Wegzug verbietet. Speziell geregelt ist der Fall, dass ein Elternteil seinen Aufenthaltsort ins Ausland verlegen will. Anders als bei einem Wohnsitzwechsel innerhalb der Schweiz setzt ein Wegzug ins Ausland immer, d.h. auch wenn der Vorgang keine erheblichen Auswirkungen auf die Wahrnehmung der elterlichen Sorge hat, das Einverständnis des andern Elternteils oder eine gerichtliche/behördliche Bewilligung voraus. Dahinter steht die Erkenntnis, dass ein Wegzug ins Ausland regelmässig zur Begründung einer ausländischen Jurisdiktion führt. Entsprechend schwieriger gestaltet sich in diesen Fällen die spätere Durchsetzung einer in der Schweiz getroffenen Regelung der elterlichen Sorge (Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, BBl 2011 9077, 9107 f.). Da bisher eine gesetzliche Regelung zum Inhalt der Obhut fehlte und dieser Inhalt daher durch die (höchststrichterliche) Rechtsprechung näher definiert wurde, erblickt das Zürcher Obergericht gemäss dem zitierten Entscheid (LY130010-O/U vom 21. August 2013) keine unzulässige Vorwirkung des neuen Rechts, wenn die gesetzgeberische Wertung des neuen Rechts bereits heute im Rahmen der Auslegung des geltenden Rechts berücksichtigt wird. Entsprechend hält es dafür, dass ein Umzug des obhutsberechtigten Elternteils ins Ausland grundsätzlich geeignet ist, das Kindeswohl zu gefährden.

Die Vorinstanz hat nun weder über die Zuteilung der (umfassenden) Obhut an einen Elternteil noch über eine allfällige Weisung i.S. von Art. 307 ZGB befunden (auch wenn gewisse Erwägungen in diese Richtung weisen), weshalb die Sache zur Entscheidung an sie zurückzuweisen ist. Dabei wird sie durchaus auch die rechtlichen Überlegungen des Zürcher Obergerichts im vorzitierten Entscheid in seine Erwägungen einbeziehen dürfen. Würde das Obergericht im Berufungsverfahren direkt entscheiden, ginge den Parteien eine Instanz verloren. Es kommt hinzu, dass der Vorinstanz ein nicht unerheblicher Ermessensspielraum zukommt, zumal sie sich von den Parteien und namentlich von deren Tochter A. einen persönlichen Eindruck verschaffen konnte.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 7. Januar 2014

### 2.3 Art. 274 Abs. 2 ZGB

#### **Regeste:**

Art. 274 Abs. 2 ZGB – Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden. Der vollständige Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr bildet indes die «ultima ratio». Können die nachteiligen Auswirkungen durch eine besondere Ausgestaltung des Besuchsrechts in Grenzen gehalten werden, so verbieten das Persönlichkeitsrecht des besuchsberechtigten Elternteils, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, aber auch der Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs dessen gänzliche Unterbindung.

#### **Aus den Erwägungen:**

(...)

2.3 Eltern, denen die persönliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 271 Abs. 1 ZGB). Das Recht steht den Betroffenen um ihrer Persönlichkeit willen zu. Als sogenanntes «Pflichtrecht» dient es freilich in erster Linie dem Interesse des Kindes. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts ist daher das Kindeswohl, welches anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen. Bei der Festsetzung des Besuchsrechts geht es nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln. Es ist allgemein anerkannt, dass aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen sehr wichtig und von hohem Wert ist und bei der Identitätsfindung des Kindes eine entscheidende Rolle spielen kann (zum Ganzen BGE 122 III 404 ff. E. 3a m.w.H.; auch BGE 130 III 585 ff. E. 2.1; Bächler/Wirz, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung Bd. I, 2. A., Bern 2011, N 21 zu Art. 273 ZGB).

Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr nach Art. 274 Abs. 2 ZGB verweigert oder entzogen werden. Gefährdet ist das Wohl des Kindes, wenn seine ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist. Dabei fallen Vernachlässigung, physische und psychische Misshandlung, insbesondere sexueller Missbrauch des Kindes, in Betracht. Erforderlich ist sodann, dass dieser Bedrohung nicht durch geeignete andere Massnahmen begegnet werden kann. Dies folgt aus dem Gebot der Verhältnismässigkeit, dem die Verweigerung oder Entziehung des persönlichen Verkehrs als Kindesschutzmassnahme unterliegen. Der vollständige Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr bildet

daher die «ultima ratio» und darf im Interesse des Kindes nur angeordnet werden, wenn die nachteiligen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs sich nicht in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lassen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_331/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2.2.1). Können die nachteiligen Auswirkungen durch eine besondere Ausgestaltung des Besuchsrechts in Grenzen gehalten werden, so verbieten das Persönlichkeitsrecht des besuchsberechtigten Elternteils, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, aber auch der Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs dessen gänzliche Unterbindung (BGE 122 III 404 E. 3 S. 407 f.). Zur Aufhebung des persönlichen Verkehrs genügt es deshalb nicht, dass dieser das Kindeswohl gefährdet. Zusätzlich ist erforderlich, dass der Gefährdung nicht durch eine besondere Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs begegnet werden kann (Urteil des Obergerichts LU vom 22. Mai 2002, E. 3.1, Fall-Nr. 22 02 42). Zur Begrenzung der Gefährdung des Kindeswohls in derartigen Situationen kommt etwa das sog. begleitete Besuchsrecht, also die Anwesenheit einer Drittperson, als Kindesschutzmassnahme in Betracht. Ein begleitetes Besuchsrecht kann sich auch dann aufdrängen, wenn zwischen dem nicht obhutsberechtigten Elternteil und dem Kind eine Entfremdung stattgefunden hat. In diesem Fall soll diese Massnahme nicht der Überwachung, sondern der Förderung der bis anhin noch nicht in Gang gekommenen Beziehung dienen (BGE 122 III 404 E. 4.bb S. 411; Urteil des Obergerichts LU vom 22. Mai 2002, E. 3.1, Fall-Nr. 22 02 42).

In prozessualer Hinsicht ist zu beachten, dass das Gericht den Sachverhalt gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen zu erforschen hat. Es gilt mithin die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime, was indessen eine antizipierte Beweiswürdigung i.S. der willkürfreien Ablehnung untauglicher oder überflüssiger Beweisanträge nicht ausschliesst (vgl. Steck, Basler Kommentar zur ZPO, 2. A., 2013, Art. 296 N 17).

2.3.1 Der erstinstanzliche Richter stützte sich bei seiner Entscheid in Bezug auf das Besuchs- und Ferienrecht insbesondere auf die Aussagen der Kinder an der Anhörung vom 13. August 2013, wonach sie keinen Kontakt zum Gesuchsgegner wünschen (Vi act. 17).

Nach Art. 133 Abs. 2 ZGB ist bei der Regelung des persönlichen Verkehrs auf die Meinung des Kindes, soweit tunlich, d.h. entsprechend seinem Alter, seiner Reife und den übrigen wichtigen Umständen, Rücksicht zu nehmen (vgl. Art. 12 der UNO-Konvention über die Rechte des Kindes). Es kann aber nicht darum gehen, dem Kind die Verantwortung für die Regelung des Besuchsrechts zu übertragen (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 19 zu Art. 133 ZGB; Urteil des Obergerichts LU vom 22. Mai 2002, E. 3.1, Fall-Nr. 22 02 42). Inwiefern der Meinung des betroffenen Kindes bei der Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs zwischen ihm und dem nicht obhutsberechtigten Elternteil Rechnung zu tragen ist, bestimmt sich vor allem nach dessen Alter. Das Bundesgericht erachtet erst zehn bzw. acht Jahre alte Kinder als nicht in der Lage, die Tragweite ihres Entscheides zu erkennen. Bei einer ablehnenden Haltung eines Kindes ab ca. 13 Jahren ist kein gerichtliches Besuchsrecht anzuordnen (Urteil des Bundesgerichts 5C.298/2006 vom 21. Februar 2007). Der vollständige Ausschluss des Besuchsrechts ist aber auch dann

regelmässig ausgeschlossen. Vielmehr rechtfertigt es sich in solchen Fällen die Anordnung eines minimalen Besuchsrechts (Six, Eheschutz, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 2.23). Nach Praxis des Bundesgerichts darf das Besuchsrecht nicht allein vom Willen des Kindes abhängen (Büchler/Wirz, a.a.O., N 28 zu Art. 273 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 5A\_331/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2.2.3).

Die beiden Töchter sind erst 11 und 9 Jahre alt. Ihre Meinung soll zwar beachtet werden. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen darf aber aufgrund ihres Alters nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Kinder die Tragweite ihres Entscheides überhaupt erkennen konnten. So oder anders stellt eine Abwehrhaltung des Kindes gegen den nicht obhutsberechtigten Elternteil allein noch keine Gefährdung des Kindeswohls dar, welche eine gänzliche Verweigerung eines Besuchsrechts rechtfertigen würde. Das Wohl des Kindes ist nicht nur aus seiner subjektiven Sicht mit Blick auf sein momentanes Befinden zu beurteilen, sondern auch objektiv und mit Blick auf seine künftige Entwicklung (Urteil des Bundesgerichts 5C.170/2001 vom 31. August 2001 E. 5/a/aa, in: FamPra.ch 2002 S. 389). Anderes kann in engen Grenzen allenfalls bei älteren urteilsfähigen und bald mündigen Kindern gelten (Urteil des Bundesgerichts 5C.250/2005 vom 3. Januar 2006 E. 3.2.1, in: Fam-Pra.ch 2006 S. 751). Dass Kinder in der neuen Situation Mühe haben, mit dem anderen Elternteil den Kontakt zu behalten oder wiederherzustellen, erscheint – abhängig von den Modalitäten des Auseinanderlebens der Eltern und der Art und Weise, wie der obhutsberechtigte Elternteil die Kinder begleitet – nicht aussergewöhnlich (Urteil des Bundesgerichts 5A\_341/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 4.3). Dies vermag eine Verweigerung eines Besuchs- und Ferienrechts indes nicht zu rechtfertigen. In der Regel entspricht es gerade nicht dem Wohl des Kindes, wenn jeglicher Kontakt zwischen ihm und dem nicht obhutsberechtigten Elternteil unter dem Vorwand verhindert wird, das Kind selbst suche den Kontakt nicht (Urteil des Bundesgerichts 5A\_341/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 4.3). Für die weitere Persönlichkeitsentwicklung der Kinder ist es förderlich, wenn sie weiterhin zu beiden Elternteilen Kontakt pflegen können. Entsprechend ist aufgrund der ablehnenden Haltung der Kinder gegenüber dem Gesuchsgegner zwar kein gerichtsübliches Besuchsrecht anzuordnen. Die Anordnung eines minimalen Besuchsrechts erscheint aber aufgrund der schicksalhaften Eltern-Kind-Beziehung grundsätzlich zumutbar (Büchler/Wirz, a.a.O., N 28 zu Art. 273 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 5C.298/2006 vom 21. Februar 2007 E. 2.3).

2.3.2 Sodann begründete der erstinstanzliche Richter die Verweigerung eines Besuchs- und Ferienrechts mit fehlenden Bemühungen seitens des Gesuchsgegners zur Kontaktaufnahme mit den Kindern seit der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes. Der Vorrichter erachtete es nicht als glaubhaft, dass der Gesuchsgegner überhaupt Versuche unternommen hat, mit den Kindern in Kontakt zu treten. Dieser Würdigung sind immerhin die Aussagen der Töchter entgegenzuhalten, wonach sie zum Geburtstag eine Karte erhalten hätten. Sohn Y gab an, dass er vom Gesuchsgegner einige E-Mails erhalten habe. An der Parteibefragung führte der Gesuchsgegner aus, dass er versucht habe, den Kontakt mit den Kindern per Telefon, E-Mail und Skype aufrechtzuerhalten. Die Gesuchstellerin habe aber diese Kontakte systematisch

blockiert. Diese Darstellung wurde von der Gesuchstellerin nicht substantiiert bestritten. Es erscheint daher glaubhaft, dass der Gesuchsgegner gewisse Bemühungen zur Kontaktaufnahme mit den Kindern unternommen hat. Diesbezüglich hat er die Einvernahme von Zeugen beantragt. Dem erstinstanzlichen Richter ist zwar grundsätzlich beizupflichten, dass Zeugenbefragungen in einem Summarverfahren eher die Ausnahme darstellen. Aufgrund der in Kinderbelangen herrschenden Untersuchungsmaxime wäre die Anhörung einschlägiger Zeugen aber durchaus möglich gewesen, zumal das Gericht die näheren Umstände konkret abzuklären hat, damit im Einzelfall eine angemessene Regelung getroffen werden kann (Six, a.a.O., Rz. 2.15; BGE 131 III 209 E. 5 S. 212).

Letztlich braucht jedoch nicht abschliessend geklärt werden, ob der Gesuchsgegner hinreichende Bemühungen zur Kontaktaufnahme mit den Kindern seit der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes unternommen hat. Denn selbst wenn er sich bisher nicht ernsthaft um die Kinder gekümmert hätte, würde dies die Verweigerung oder die Entziehung des persönlichen Verkehrs nur rechtfertigen, wenn diese Verhaltensweise das Kindeswohl tatsächlich beeinträchtigt hätte (BGE 118 II 21). Die Bestimmung von Art. 274 Abs. 2 ZGB bezweckt den Schutz des Kindes und nicht die Bestrafung eines Ehegatten (Six, a.a.O., Rz. 2.19). Zu Recht weist der Gesuchsgegner darauf hin, dass die Vorinstanz nicht substantiiert dargelegt habe, inwiefern das Kindeswohl bei der Gewährung eines Besuchs- und Ferienrechts konkret gefährdet wäre. Der erstinstanzliche Richter erachtete zwar als glaubhaft, dass es zu Gewaltvorfällen gekommen sei. Dass sich diese aber gegen die Kinder gerichtet hätten, wurde seitens der Gesuchstellerin weder behauptet noch hat die Vorinstanz derartige Vorfälle festgestellt. Gewaltvorfälle sind grundsätzlich nur insoweit geeignet, das Besuchsrecht auszuschliessen oder einzuschränken, als diese sich gegen das Kind gerichtet haben (Six, a.a.O., Rz. 2.19). Aus dem Umstand, dass ein Ehegatte Opfer von häuslicher Gewalt geworden ist oder Gewaltdrohungen gegen ihn ausgesprochen worden sind, darf noch nicht geschlossen werden, das Besuchsrecht sei deshalb mit dem Kindeswohl nicht vereinbar (Six, a.a.O., Rz. 2.22). Es ist nochmals festzuhalten, dass eine Gefährdung im Hinblick auf die vollständige Aufhebung des persönlichen Verkehrs angesichts dessen Bedeutung für das Kind wie für die Eltern nicht leichthin anzunehmen ist (BGE 127 III 295 E. 4a m.w.H.). Da eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls im angefochtenen Entscheid nicht festgestellt wurde und sich eine solche auch aus den vorliegenden Akten nicht ergibt, war ein völliger Verzicht auf ein Besuchsrecht nicht gerechtfertigt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_331/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2.2.4). Es wird dabei nicht verkannt, dass die Zusammenführung mit dem Gesuchsgegner im Rahmen eines Besuchsrechts für die Kinder – zumindest anfänglich – aufgrund des seit längerer Zeit fehlenden Kontaktes belastend sein wird. Dies ist aber nicht ungewöhnlich und soll nicht zu einer Verweigerung des Besuchsrechts führen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_341/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 4.3). Darüber hinaus hätte die Vorinstanz prüfen müssen, ob dieser Belastung der Kinder nicht durch geeignete andere Massnahmen hätte begegnet werden können, etwa durch ein begleitetes Besuchsrecht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_331/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2.2.1).

Obergericht, II. Zivilabteilung, 7. Mai 2014

### 3. Wettbewerbsrecht

#### 3.1 Art. 3 lit. d und 2 UWG

**Regeste:**

Art. 3 lit. d und 2 UWG – Art. 3 lit. d und 2 UWG statuieren kein generelles Verbot der Nachahmung. Stehen keine patent-, urheber- oder modellrechtlichen Schutzansprüche entgegen, ist die Nachahmung fremder Erzeugnisse daher grundsätzlich erlaubt. Wer jedoch Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen, handelt gemäss Art. 3 lit. d UWG (und Art. 2 UWG) unlauter. Von einem Verstoss gegen das Gebot des lautereren Wettbewerbes kann indes erst die Rede sein, wenn der Nachahmer wettbewerbsverfälschende Mittel einsetzt.

**Aus dem Sachverhalt:**

Die X. GmbH vertreibt unter der Marke «Z» Snowboardsocken, welche auch in den Filialen der Y. AG angeboten werden. Daneben verkauft die Y. AG unter ihren Eigenmarken «A» und «B» eigene Ski-/Snowboardsocken. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2012 gelangte die X. GmbH an die Y. AG und verlangte die Einstellung des Imports, Vertriebs und Verkaufs des Sockenmodells «A». Die Y. AG weigerte sich, die betreffenden Produkte aus dem Verkauf zu nehmen. In der Folge reichte die X. GmbH Klage beim Obergericht ein und beantragte insbesondere, der Y. AG sei zu verbieten, die Socken «A» und «B» in der Schweiz anzubieten, zu vertreiben, zu verkaufen oder sonst wie in Verkehr zu bringen, zu bewerben oder in die Schweiz zu importieren.

**Aus den Erwägungen:**

(...)

5.1 Die Klägerin stützt ihre Anträge einzig auf das Lauterkeitsrecht und nicht auf spezialgesetzliche Schutzrechte wie Patent-, Marken- oder Designschutz. Stehen keine patent-, urheber- oder modellrechtlichen Schutzansprüche entgegen, ist die Nachahmung fremder Erzeugnisse grundsätzlich erlaubt. Aus der Bestimmung von Art. 3 lit. d UWG (und Art. 2 UWG) lässt sich kein generelles Verbot der Nachahmung ableiten. Wer jedoch Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen, handelt gemäss Art. 3 lit. d UWG (und Art. 2 UWG) unlauter. Von einem Verstoss gegen das Gebot des lautereren Wettbewerbes kann indes erst die Rede sein, wenn ein Wettbewerbssteilnehmer eine fremde geistige Leistung in einer Art und Weise verwendet, die mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht mehr zu vereinbaren

ist (BGE 116 II 471 E. 3a S. 472, 474). Die grundsätzlich bestehende Nachahmungsfreiheit kann durch das UWG nämlich nur dann relativiert werden, wenn der Nachahmer wettbewerbsverfälschende Mittel einsetzt. Sie darf nicht dazu eingeschränkt werden, um einen direkten Imitationsschutz von Arbeitsergebnissen zu schaffen (Jecklin, Leistungsschutz im UWG?, Bern 2003, S. 143). In diesem Sinne fallen unter den Tatbestand von Art. 3 lit. d UWG sämtliche Verhaltensweisen der Schaffung einer Verwechslungsgefahr mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen, bei denen das Publikum durch die Schaffung der Verwechslungsgefahr irregeführt wird, insbesondere um den Ruf der Wettbewerber auszubeuten. Die Verwechselbarkeit kann dabei darin bestehen, dass die Ware eines Konkurrenten wegen ihrer äusseren Ausstattung – d.h. die äussere Form, die Aufmachung wie Farbe und dergleichen von Ware und Verpackung (Gubler, Der Ausstattungsschutz nach UWG, Bern 1991, S. 36; BGE 93 II 272 E. 6. S. 280 f.; BGE 90 IV 168 E. 2. S. 172) – für das bereits auf dem Markt befindliche Erzeugnis eines anderen gehalten werden kann. Indessen ist keine direkte warenbezogene Verwechselbarkeit erforderlich. Sie kann auch bloss eine mittelbare oder indirekte sein, indem beim Publikum der Eindruck erweckt wird, die verwechselbar gekennzeichneten oder ausgestatteten Waren stammten aus Betrieben, die wirtschaftlich eng verbunden seien. Die Gefahr der Verwechslung mit ähnlich gekennzeichneten Produkten ist anhand der tatsächlichen Warenpräsentation in gesamter Würdigung aller Umstände in Betracht zu ziehen, die für den durchschnittlich aufmerksamen Käufer die Individualisierung der gekennzeichneten Produkte mitprägen. Entscheidend ist der Eindruck, den die Ausstattung für die Abnehmerkreise in ihrer gesamten Erscheinung entfaltet (vgl. BGE 135 III 446 E. 6.2 S. 451). Das Risiko von Verwechslungen ist umso grösser, je näher sich die Waren sind, für welche die in Frage stehenden Zeichen gebraucht werden. Wenn zwei Zeichen für identische Warengattungen verwendet werden, ist bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ein besonders strenger Massstab anzulegen. Zu beachten ist zudem, dass bei Spezialprodukten, deren Absatz auf einen mehr oder weniger geschlossenen Kreis von Berufsleuten beschränkt ist, mit einer höheren Aufmerksamkeit und einem höheren Unterscheidungsvermögen der Konsumenten zu rechnen ist als bei Massenartikeln des täglichen Bedarfs (BGE 135 III 446 E. 6.1 S. 450 f. mit weiteren Hinweisen). Wo genau die erlaubte Verwendung fremder geistiger Leistungen aufhört und die unlautere Irreführung des Konsumenten oder die schmarotzerische Ausbeutung des Mitbewerbers beginnt, lässt sich nicht generell bestimmen, sondern ist in Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles und aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden (BGE 116 II 471 E. 3a S. 474).

5.2 Die Schaffung einer Verwechslungsgefahr ist wettbewerbsrechtlich nur relevant, sofern die nachgeahmte Ausstattung Kennzeichnungskraft besitzt, indem sie vom Publikum als Herkunftshinweis verstanden wird. Mithin setzt der Schutz einer Ausstattung nach Art. 3 lit. d UWG vor der Schaffung einer Verwechslungsgefahr voraus, dass ihr Kennzeichnungskraft zukommt, sei es originär, indem sie dank ihrer Originalität von Anfang an auf einen bestimmten Hersteller hinweist, sei es derivativ, indem sie als nicht originelle Ausstattung diese individualisierende Eigenschaft infolge ihrer Durchsetzung im Verkehr erlangt hat (BGE 135 III 446 E. 6.2 S. 451 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur).

6. Im Rahmen des Ausstattungsschutzes ist demnach vorab zu prüfen, ob die Ausstattung als Ganzes, d.h. mit allen ihren Gestaltungselementen gleich einem Zeichen schutzfähig ist. Nur wenn der Ausstattung Kennzeichnungskraft zukommt, ist in einem weiteren Schritt zu erörtern, ob diese mit derjenigen eines Konkurrenten verwechselbar ist (vgl. BGE 135 III 446 E. 6.2 S. 451). Grundsätzlich darf nämlich jeder seiner Ware jene Form geben, die sie am gefälligsten und damit am besten verkäuflich macht. Anders verhält es sich indes, wenn eine Ware eine bestimmte Form oder Ausstattung nur deshalb erhalten hat, damit sie von gleichen oder ähnlichen Erzeugnissen anderen Ursprungs unterschieden werden kann. Unter dieser Voraussetzung ist die Form nicht ästhetisch bedingt, sondern bloss äussere Zutat zur Kennzeichnung der Ware und darf daher von anderen Herstellern nicht nachgemacht werden (BGE 104 II 322 E. 5a S. 332). Diese Kennzeichnungskraft der Ausstattung kann sich aus ihrer Originalität oder ihrer Verkehrsdurchsetzung ergeben. Die Nachahmung ist demnach erlaubt, wenn sie nicht zu Verwechslungen mit den Waren des Konkurrenten führen, weil die Ausgestaltung der Ware dem kaufenden Publikum über die Herkunft nichts sagt.

Originär kennzeichnungskräftig ist eine Ausstattung, wenn sie bestimmt und geeignet ist, die Ware aufgrund ihrer Originalität von gleichen oder gleichartigen Erzeugnissen anderen Ursprungs zu unterscheiden (BGE 135 III 446 E. 6.3.1 mit Hinweis auf BGE 116 II 365 E. 3b, 108 II 69 E. 2b, 90 IV 168 E. 2). Die im Markenrecht hinsichtlich der Kennzeichnungskraft eines Zeichens geltenden Grundsätze sind in gleicher Weise auch im Wettbewerbsrecht anwendbar (BGE 90 IV 168 E. 2 in fine; David/Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2005, S. 72 Rz 225; Pedrazzini/Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. A., Bern 2002, S. 97 Rz 5.119). Für die Originalität als Voraussetzung des Schutzes einer Ausstattung ist verlangt, dass sie infolge ihrer eigenartigen und einprägsamen Gestaltung eine charakteristische, individualisierende Wirkung entfaltet. Dies erfordert, dass sie sich insgesamt durch eine besondere Gestaltung von gewöhnlichen oder gebräuchlichen Ausstattungen für gleichartige Waren oder Dienstleistungen deutlich unterscheidet, namentlich indem sich die verwendeten Schrift- und Bildelemente insgesamt von einer gewöhnlichen blossen Sachbezeichnung deutlich abheben oder sich die Verpackungsform oder Verpackungsart deutlich von derjenigen unterscheidet, die gemeinhin für gleichartige Waren verwendet wird und bloss dem natürlichen Bedürfnis entspricht, wie diese in Verkehr gebracht oder aufbewahrt werden. Regelmässig kennzeichnungskräftig sind vom Gewohnten abweichende Fantasieverpackungen – im Gegensatz zu rein funktionell bedingten Verpackungen – sowie ganze Etiketten, Signete, die namentlich geschaffen werden, um die damit versehenen Produkte und Dienstleistungen von andern zu unterscheiden und den Abnehmer zu veranlassen, sich beim nächsten Erwerb daran zu erinnern (David/Jacobs, a.a.O., S. 72 Rz 225). Vorausgesetzt ist allerdings, dass sich ihre Elemente nicht in rein beschreibenden Angaben wie Sachbezeichnungen, Beschaffenheitsangaben oder Herkunftsbezeichnungen oder in elementaren Zeichen, auf deren freie Verwendung der Verkehr im Hinblick auf die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen angewiesen ist, erschöpfen (BGE 135 III 446 E. 6.3.1 S. 452; vgl. zum Ganzen David/Jacobs, a.a.O., Rz 225).

Eine Ausstattung kann in den beteiligten Verkehrskreisen auch dann die Wirkung eines Hinweises auf einen bestimmten Hersteller haben, obschon sie an sich nichts Neues oder Originelles darstellt. So hat eine Ausstattung Verkehrsgeltung erlangt, wenn sie geeignet ist, als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb zu wirken (sog. derivative Kennzeichnungskraft; Gubler, a.a.O., S. 59 f.). Von Verkehrsgeltung kann demzufolge nur die Rede sein, wenn der Vertrieb eines Erzeugnisses wegen seiner täuschenden Ähnlichkeit mit einem bereits bestehenden andern Erzeugnis derselben Art eine Irreführung der Käuferschaft zu veranlassen vermag, und zwar in dem Sinne, dass sich ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise daran gewöhnt hat, die Ware des ersten Herstellers mit einer bestimmten – und zwar immer derselben – Herkunftsstätte in Verbindung zu bringen (BGE 83 II 154 E. 4a S. 160 f.; BGE 70 II 112; BGE 69 II 297). Die Verkehrsdurchsetzung ist von der klagenden Partei zu beweisen.

6.1 (...)

6.2 Die betreffenden «Z-Socks» bietet die Klägerin in den Farbvariationen Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite an. In der Gestaltung unterscheiden sich die beiden klägerischen Sockenmodelle – bis auf die Farbe der Fläche im Bereich der Wade und des Fussrückens – nicht. Beide Modelle weisen im vorderen Bereich des Sockenschafts eine hellgraue Fläche auf, welche mit zwei regelmässigen Rundungen in die blaue bzw. anthracite Fläche im Bereich der Wade greift. Diese Strukturen heben sich farblich vom dunklen Hintergrund der Socken ab und erinnern an Schienbein- bzw. Wadenpolster. Die Andeutung von Schienbein- und Wadenschonern bei Sportsocken ist grundsätzlich nicht besonders originell, sondern naheliegend. Es soll in diesem Bereich des Beines, wo beim Snowboard- oder Skifahren Druckstellen oder Reibungsirritationen entstehen können, ein besonderer Schutz angedeutet werden. Die entsprechenden Flächen der Socken der Klägerin sind an den betreffenden Stellen denn auch zum Schutz anders, dichter gestrickt. Die gestalterische Hervorhebung von Flächen des Sockenschafts im Bereich des Schienbeins und der Wade ist denn auch recht häufig anzutreffen, wie die Beklagte mit den eingereichten Auszügen aus Webseiten diverser Onlineshops belegt hat. Jedoch unterscheidet sich die konkrete Gestaltung der Schienbein- und Wadenpolster der verschiedenen Hersteller hinsichtlich der Form und Farbe. Viele Socken weisen zwar eine durch Linien abgegrenzte Fläche im Bereich des Schienbeins oder der Wade auf, ohne dass sich diese Flächen aber farblich vom Hintergrund abheben. Weiter finden sich häufig Socken mit nur zwei Farben. Demgegenüber heben sich die Schienbeinpolster der Socken der Klägerin als hellgrau ausgefüllte Flächen deutlich vom Hintergrund der Socken ab. Beim Sockenmodell Grey/Blue hebt sich überdies auch das Wadenpolster in blau vom dunklen Hintergrund der Socke ab. Die Wadenpolster weisen vier vertikal verlaufende, dunkle Streifen in gleichem Abstand zueinander auf und werden durch zwei mäandrierende, ebenfalls dunkle Streifen nach aussen hin abgeschlossen, wodurch sie gleichzeitig als Trennlinie die Begrenzung zum Schienbeinpolster bilden. Sie weisen drei runde Ausbuchtungen auf, welche parallel zum Schienbeinpolster verlaufen. Dadurch entsteht der Eindruck eines wellenartigen Ineinandergreifens von Schienbein- und Wadenpolster. Bei der Gestaltung der betreffenden

Sockenmodelle der Klägerin wurden jeweils drei Farben verwendet, wobei sich die hellgraue Fläche am Schienbein mit den zwei runden Ausbuchtungen am deutlichsten vom dunklen Hintergrund des Sockenschafts abhebt. Die Beklagte gesteht selber ein, dass es auf dem Schweizer Markt bislang keine exakt identische Produktgestaltung gab. Durch die auffällige Gestaltung des Sockenschafts, welche den Gesamteindruck der Socken massgeblich bestimmt, fallen die beiden Sockenmodelle Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite auf und unterscheiden sich von der Ausstattung der Konkurrenzprodukte. Der Sockenschaft mit den farblich deutlich hervorgehobenen, wellenartig ineinandergreifenden Schienbein- und Wadenpolster kann gut wiedererkannt werden und ist einprägsam.

Im Vergleich zum Sockenschaft ist der Fussbereich beider Sockenmodelle der Klägerin auffällig dunkel gehalten. Die hellgraue Farbe, durch welche sich insbesondere das Schienbeinpolster vom Hintergrund der Socken abhebt, findet sich im Fussbereich nicht mehr. Auf dem Fussrücken wird einzig die Farbe der Wadenpolster des jeweiligen Sockenmodells in einer kleinen Fläche wieder aufgenommen. Vom dunkeln Fussteil der Sockenmodelle hebt sich einzig die weisse Aufschrift in Grossbuchstaben «SNOWBOARD» mit vorangestelltem Hinweis «L» bzw. «R» auf dem Fussrücken deutlich ab und springt ins Auge. Für diese Aufschrift wurde ein helles Weiss verwendet. Diese Farbe findet sich – bis auf die eingestickte Angabe der Grösse im vorderen Bereich des Fussteils – bei beiden Sockenmodellen anderswo nirgends. Es mag zutreffend, dass der Begriff «Snowboard» grundsätzlich nur beschreibend ist und auch andere Sockenmodelle Aufschriften tragen. Im Gesamteindruck erscheint der im Vergleich zum Sockenschaft dunkel gehaltene Fussteil der Socken mit der hellen, hervorstechenden und mithin dominanten Aufschrift «SNOWBOARD» sowie der zehenseitigen Ergänzung «L» bzw. «R» am Aussenrist dennoch originell und einprägsam. Insgesamt kommt der Gestaltung der beiden Sockenmodelle der Klägerin Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite im Schaft- und Fussteil durch die erwähnten prägenden Elemente demnach eine individualisierende Wirkung zu; mithin ist die Kennzeichnungskraft zu bejahen.

7. Kommt der Ausstattung der Produkte der Klägerin gemäss den vorstehenden Erwägungen Kennzeichnungskraft zu, so ist im Weiteren zu prüfen, ob die von der Klägerin behauptete Verwechslungsgefahr zwischen den streitgegenständlichen Ausstattungen besteht.

7.1 Wie bereits erwähnt, bietet die Klägerin die betreffenden «Z-Socks» in den Farbvariationen Grey/Blue und Grey Melange/Anthracite an. Nach den vorstehenden Ausführungen kommt den auffallenden hellgrauen Schienbeinpolster, welche wellenartig in die blauen bzw. anthraziten Wadenpolster greifen, sowie dem dunkel gehaltenen Fussteil mit der hervorstechenden Aufschrift «SNOWBOARD» Kennzeichnungskraft zu. Die von der Beklagten verkauften Socken der Eigenmarken «A» und «B» weisen ebenfalls eine farbliche Hervorhebung in der Form eines wellenartig ineinandergreifenden Schienbein- und Wadenpolsters auf. Während das Schienbeinpolster der Socken der Klägerin nur zwei bzw. das Wadenpolster drei Ausbuchtungen aufweist, verhält es sich bei den Socken der Beklagten umgekehrt; drei Ausbuchtungen des angedeuteten Schienbeinpolsters und zwei des Wadenpolsters. Dieser Unter-

schied sticht aber – insbesondere auch aufgrund derselben Farbgebung – nicht stark hervor. Unterschiede in Einzelheiten sind grundsätzlich ohnehin nicht relevant, sondern einzig der Gesamteindruck, den die Vergleichsgegenstände in der Erinnerung des Durchschnittskäufers hinterlassen (BGE 103 II 211 E. 2. S. 214; BGE 90 II 51 E. 5. S. 56). Vor diesem Hintergrund fallen auch die von der Beklagten weiter aufgeführten Unterschiede nicht ins Gewicht. So ist die Abweichung der Hintergrundfarbe des Sockenschafts unerheblich und nur im direkten Vergleich der Produkte zu erkennen. Entscheidend ist jedoch nicht das gleichzeitige Vergleichen, sondern das Erinnerungsbild (BGE 116 II 365 E. 4a S. 370). Ob der elastische Bund am knieseitigen Ende nun ca. 6 cm oder ca. 9 cm hoch ist, lässt sich wiederum nur bei genauer Betrachtung im direkten Vergleich erkennen und geht bei einer Gesamtbetrachtung des Produktes unter. Der von der Beklagten erwähnte Schriftzug «Z-Socks» am knieseitigen Ende der Socken der Klägerin ist sehr unauffällig und hebt sich – bis auf das in Orange angedeutete kleine «Z» – kaum vom Hintergrund ab. Im Fussbereich unterscheiden sich die angebotenen Socken der Parteien hingegen deutlich. So ist dieser Bereich bei den Socken der Marken «A» und «B» viel heller gehalten als bei den betreffenden «Z-Socks» der Klägerin. Dabei fällt das weisse Gitterdesign auf, welches fast den ganzen Fussteil der Socke – bis auf die Zehen, Ferse und einen kleinen Bereich auf dem Fussrücken – umschliesst. Im Gegensatz zur dominanten Aufschrift «SNOWBOARD» auf dem Fussteil der «Z-Socks», hebt sich der Schriftzug «SKI + SNOWBOARD» auf dem Fussrücken der Socken der Beklagten kaum vom Hintergrund ab. Vom dunkelfarbigem Fussteil der betreffenden «Z-Socks» mit dem auffällig hervorstechenden Schriftzug bleibt ein anderer Eindruck in der Erinnerung haften als vom überwiegend weiss gehaltenen Fussteil der Sockenmodelle der Beklagten. Mithin grenzen sich die Sockenmodelle «A» und «B» von den betreffenden Modellen der Klägerin durch die auffällig andere Gestaltung des Fussteils hinreichend ab.

7.2 Sodann erachtet die Beklagte eine Verwechslungsgefahr der betreffenden Produkte der Parteien auch aufgrund der unterscheidungskräftigen Verpackung als ausgeschlossen. Die Klägerin hält dagegen, die Verpackung werde nach dem Kauf entfernt. Daher habe der Konsument im Zeitpunkt, in welchem er die Socken tatsächlich nutze, keinen Hinweis mehr auf den Hersteller des Produktes.

7.2.1 Aus den obigen Erwägungen Ziffer 5.1 erhellt, dass die Beurteilung der Gefahr einer Verwechslung nicht isoliert durch einen Vergleich der Gestaltung der betreffenden Produkte vorzunehmen ist, sondern anhand der tatsächlichen Warenpräsentation in Würdigung aller Umstände. Die Frage der Verwechselbarkeit der betreffenden Waren beurteilt sich somit nach dem Gesamteindruck, den ihre äussere Aufmachung auf die breite Käuferschicht macht (BGE 90 IV 168 E. 3 S. 173). Zur gesamten äusseren Aufmachung gehört auch die Verpackung der Ware (BGE 103 II 211 E. 3a S. 216). So kann der nachahmende Konkurrent durch eine deutlich abweichende Bezeichnung und Verpackung dem Eindruck vorbeugen, seine Ware stamme vom gleichen Hersteller (vgl. BGE 108 II 327 E. 5a S. 332 f.).

7.2.2 Dem Gericht wurden die betreffenden Produkte von der Klägerin unverpackt vorgelegt.

In der Klageschrift findet sich immerhin ein Foto von verpackten Socken beider Parteien in den Verkaufsregalen der Beklagten, so wie sie den Konsumenten präsentiert werden. Die Klägerin behauptet nicht, dass die Socken der Käuferschaft auch unverpackt zum Kauf angeboten würden und davon ist denn auch beim betreffenden Produkt nicht auszugehen. Ein Auspacken der Socken vor dem Kaufentscheid würde vom Verkäufer wohl nicht toleriert. Zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr anhand der tatsächlichen Warenpräsentation muss daher auf die in der Klageschrift abgedruckte Farbfotografie abgestellt werden, obschon darauf nicht «Z-Socks Snowboard», sondern Skisocken der Marke «Z-Socks» zu sehen sind. Sollten die streitgegenständlichen «Z-Socks Snowboard» im Verkaufsregel anders daherkommen, was die Klägerin nicht geltend macht, so ginge dies zu ihren Lasten als der beweisbelasteten Partei (Art. 8 ZGB).

Aus einem Vergleich der Präsentation der Produkte in den Verkaufsregalen ergeben sich offensichtliche Unterschiede: Während die Klägerin eine die Ware fast gänzlich umschliessende Verpackung in Rechteckform verwendet, werden die Socken «A» und «B» durch ein schlichtes Band mit dem entsprechenden Markenaufdruck zusammengehalten. Die Vorderseite der Verpackung der «Z-Socks» zeigt eine schematische Darstellung der Socken, welche mit einer Beschreibung versehen ist. Damit wird offenbar auf die funktionellen Eigenschaften des Produkts hingewiesen. Eine derartige Hervorhebung besonderer Eigenschaften findet sich auf der unscheinbaren Verpackung der Beklagten nicht. Insgesamt vermittelt die Verpackung der «Z-Socks» den Eindruck eines aufwändigeren Produktes. Das Aussehen der «Z-Socks» bleibt der Käuferschaft aufgrund der umschliessenden Verpackung weitgehend verborgen. Zudem ist auf der Verpackung der Klägerin die Marke «Z-Socks» unübersehbar aufgedruckt. Bei Konsumgütern des täglichen Bedarfs, wozu das Bundesgericht auch Modeartikel zählt, kommt der Namensangabe besonderes Gewicht zu, weil der Konsument im Allgemeinen zwischen den verschiedenen Produkten sehr wohl zu unterscheiden weiss. Entsprechend ist eine unterscheidungskräftige Markenangabe ausschlaggebend (BGE 105 II 301 E. 4a. S. 301; BGE 116 II 365 E. 4c S. 371). Aufgrund der dargelegten Umstände erscheint eine direkte Verwechslung der betreffenden Socken beim Kaufentscheid bzw. beim Griff in das Verkaufsregal auch aufgrund der unterschiedlichen Verpackung ausgeschlossen.

Aus dem Verweis auf den sog. «Limmi-Entscheid» des Bundesgerichts (4C.169/2004 vom 8. September 2004) kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dort ging es um zwei ähnlich aussehende Zitronenflaschen, die beim oberflächlichen Betrachter ein einheitliches Bild hinterlassen. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass eine Etiketete nicht in jedem Fall geeignet sei, eine ansonsten zu bejahende Verwechslungsgefahr zu beseitigen. Nur wenn damit beim durchschnittlich aufmerksamen Käufer der Eindruck beseitigt werden könne, es handle sich um das von ihm gesuchte Produkt, vermöge dieses Mittel der Verwechslungsgefahr vorzubeugen. Durch eine Etiketete werde der durch eine Form geprägte Eindruck nicht ohne weiteres verändert, selbst wenn sie anders dimensioniert oder gar zusätzlich angebracht sei. Es könne insbesondere auch bei Lebensmitteln nicht ohne weiteres angenommen werden, der durchschnittlich aufmerksame Käufer orientiere sich durch die Lektüre der An-

schriften. Ihm bekannte Produkte werde er vielmehr anhand der Ausstattung wählen, ohne sich durch die Konsultation einer Etikette zwingend zu vergewissern, dass er nicht ein Konkurrenzprodukt gewählt habe (Urteil des Bundesgerichts 4C.169/2004 vom 8. September 2004 E. 2.4). Das Bundesgericht stellte somit darauf ab, ob mit der Etikette eine Verwechslung der im Übrigen ähnlichen Ausstattung der Produkte beim Kauf derselben verhindert werden kann. Im hier zu beurteilenden Fall präsentieren sich die Produkte im Verkaufsregal jedoch eben gerade nicht verwechselbar ähnlich, so dass der Käufer die Produkte erst durch die Lektüre der Anschriften unterscheiden könnte. So heben sich die Verpackungen der betreffenden Socken in Form, Ausmass und Farbe auf den ersten Blick deutlich voneinander ab.

7.2.3 Aufgrund der augenfälligen Unterschiede in der Präsentation der Produkte im Verkaufsregal besteht auch keine mittelbare Verwechslungsgefahr im Sinne der Entstehung eines falschen Ein-drucks, dass zwischen den Herstellern der Produkte eine enge wirtschaftliche oder vertragliche Beziehung bestehen würde. Die deutlich aufwändigere Verpackung der «Z-Socks» lässt auf ein anderes, hochwertigeres Produkt schliessen. Die ähnliche Gestaltung der Socken in Bereich des Schaftes ist bei einer Betrachtung der verpackten Produkte im Regal aufgrund der fast gänzlich umschliessenden Verpackung der «Z-Socks» kaum zu erkennen. Die schematische Darstellung auf der Verpackung zeigt die konkrete Gestaltung der Socken (Farbe und Muster) nicht, sondern stellt die funktionellen Eigenschaften des Produkts in den Vordergrund. Zudem tragen beide Verpackungen eine Markenaufschrift. Die Klägerin führt unbestritten aus, dass die registrierten Eigenmarken «A» und «B» von der Beklagten für eine Vielzahl von Bekleidungsstücken im tiefen Preissegment beansprucht werde. Entsprechend dürften «A» und «B» als Eigenmarken der Beklagten für günstige Bekleidung allenfalls eine gewisse Bekanntheit geniessen. So oder anders ergeben sich dem Konsumenten beim Kaufentscheid vor dem Regal aufgrund der Warenpräsentation keine Anhaltspunkte für eine enge wirtschaftliche oder vertragliche Beziehung zwischen den Parteien. Damit fehlt es auch an einer mittelbaren Verwechslungsgefahr. Lediglich die Platzierung der Produkte nebeneinander in den Verkaufsregalen reicht hier aufgrund der gesamten Umstände, insbesondere der sehr unterschiedlichen Verpackung, zur Herbeiführung von Verwechslungen nicht aus. Mithin wird damit – entgegen der Auffassung der Klägerin – auch nicht suggeriert, die Produkte der Beklagten würden einen gleichwertigen Ersatz für die «Z-Socks» darstellen. Hätte die Beklagte dies angestrebt, so wäre insbesondere eine aufwändigere, hochwertigere Verpackung unabdingbar gewesen, welche ebenfalls auf bestimmte funktionelle Eigenschaften der verpackten Socken hinweisen würde.

7.2.4 Die Klägerin führt in Bezug auf die Verpackung grundsätzlich treffend aus, dass diese vor dem Gebrauch der Socken entfernt werde und nach der ersten Benützung des Produktes somit nicht mehr vorhanden sei. Hingegen vermag nicht zu überzeugen, dass die Konsumenten allfällige negative Erfahrungen mit den Socken der Beklagten fälschlicherweise auf die angeblich beinahe identisch gestalteten Produkte der Klägerin projizieren könnten. Der Käufer wird ein Produkt, mit welchem er negative Erfahrungen gemacht hat, künftig meiden wollen. Dies erfordert, dass er das betreffende Produkt im Verkaufsregal identifiziert. Mithin

wird er beim Griff in das Regal eine höhere Aufmerksamkeit walten lassen. Findet der Käufer die Socken der Beklagten im Regal vor, deren Verpackung lediglich aus einem Band mit einem Aufdruck der Marke besteht und einen Blick auf das Design der Socken erlaubt, wird er diese zweifellos wiedererkennen und nicht mit den Socken der Klägerin verwechseln. Wie vorstehend bereits ausgeführt, sind diese von der Packung fast gänzlich umschlossen und lassen die konkrete Gestaltung kaum erkennen. Entsprechend kann der Käufer die «Z-Socks» faktisch nicht mit dem in Erinnerung verbliebenen Bild der Socken der Beklagten vergleichen. Zudem würde er sich auch daran erinnern, dass die Socken der Beklagte – anders als die «Z-Socks» – im Doppelpack verkauft wurden. Dies nota bene zu einem erheblich tieferen Preis – nämlich weniger als die Hälfte – als ein Paar «Z-Socks». Neben der Qualität und der Eigenschaften eines Produktes ist offenkundig auch der Preis beim Kaufentscheid bestimmend.

7.3 Gemäss den vorstehenden Ausführungen fehlt es zusammenfassend an der vorausgesetzten Gefahr einer Verwechslung beim Kauf der betreffenden Produkte. Im Gesamteindruck unterscheiden sich die betreffenden Sockenmodelle der Parteien insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Gestaltung des Fussbereichs. Zudem ist eine direkte Verwechslung der Socken auch durch die völlig unterschiedliche Verpackung ausgeschlossen. Gleichzeitig wird damit auch dem Eindruck vorgebeugt, dass die Produkte vom gleichen Hersteller oder von wirtschaftlich eng verbundenen Produzenten stammen (vgl. BGE 108 II 327 E. 5a S. 332 f.).

8. Die Klägerin wirft der Beklagten im Weiteren vor, sich unnötig an ihre Produkte angelehnt zu haben, um in schmarotzerischer Manier von der am Markt geleisteten Aufbauarbeit und dem dadurch geschaffenen Goodwill, der den «Z-Socks»-Produkten zukomme, zu profitieren. Dabei habe die Beklagte nicht nur die eigentliche Sockenausstattung übernommen, sondern die farbliche Ausrichtung der gesamten Produktlinie. Sie platziere ihre Socken «A» bewusst neben den «Z-Socks», um implizit die Botschaft zu vermitteln, ihre Socken seien ein Ersatz für bzw. gleich gut wie die teureren «Z-Socks».

Die Beklagte wendet ein, die Produkte würden sich im Gesamteindruck voneinander unterscheiden. Die wenigen gemeinsamen Elemente seien gemeinfrei und somit nicht schutzwürdig. Von einer Übernahme sämtlicher prägender Gestaltungselemente, einer sklavischen Nachbildung gleichkommend, könne nicht gesprochen werden. Die Klägerin verwende überdies nicht für alle ihre «Z-Socks-Modelle» die streitgegenständlichen Produktausstattungsmerkmale, weshalb kaum vorstellbar sei, dass bei einem durchschnittlichen Endabnehmer allein aufgrund der gewählten Grundformen und -farben eine Gedankenassoziation zur Klägerin geweckt werde. Die Platzierung der Socken «B» und «A» im Verkaufsgestell sei aufgrund der betriebswirtschaftlichen, vermarktungstechnischen und organisatorischen Gegebenheiten erfolgt und sei daher kein Indiz für ein planmässiges Vorgehen. Sodann würden die streitgegenständlichen Snowboardsocken der Klägerin gar nicht neben den Socken der Beklagten hängen; in Tat und Wahrheit handle es sich dabei um ein anderes Sockenmodell der Klägerin.

8.1 Verhaltensweisen, mit der sich ein Mitbewerber unnötig an die Leistungen eines Dritten

anlehnt oder deren Ruf ausbeutet, gelten unabhängig von der Gefahr allfälliger Verwechslungen als unlauter. Unlauter handelt demnach, wer mit seinem Werbeauftritt im Ergebnis den guten Ruf von unter einem anderen Zeichen bekannten Waren auf seine eigenen überträgt (Imagetransfer), indem er Gedankenassoziationen zu diesen weckt, ohne dass es einer Verwechslungsgefahr bedarf. Insofern ist namentlich nicht die Verwendung eines Zeichens vorausgesetzt, das demjenigen des Mitbewerbers derart ähnlich ist, dass es damit in Alleinstellung verwechselbar wäre. Es genügt vielmehr, wenn ein Zeichen, das dem bekannten Drittzeichen ähnlich ist, in einer Weise verwendet wird, dass es nicht anders denn als Anlehnung an jenes gedeutet werden kann, und dies objektiv geeignet ist, bei den Adressaten eine gedankliche Verbindung zum Drittzeichen bzw. zu den damit bezeichneten Produkten zu wecken. Beim anlehrenden Vergleich geht es – im Gegensatz zu den anderen Tatbeständen des Art. 3 lit. e UWG – primär nicht um eine Gegenüberstellung mit den Angeboten der Konkurrenz, sondern darum, durch den Vergleich die eigene Leistung mit derjenigen des Mitbewerbers zu koppeln, um dessen Bekanntheitsgrad auszunutzen (Oetiker, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum UWG, Bern 2010, Art. 3 lit. e N 36). In der Rechtsprechung wurde sodann auch die Anlehnung an die Kennzeichnungs- und Werbekraft einer älteren Marke unbesehen eigentlicher Fehlzurechnungen als unlauter erachtet, wenn das jüngere Zeichen unmissverständlich eine Botschaft des Inhalts «Ersatz für» oder «gleich gut wie» vermittelt. Eine entsprechende, produktebezogene Anlehnung bzw. Rufausbeutung lässt sich unter den Tatbestand von Art. 3 lit. e UWG subsumieren, wonach unter anderem unlauter handelt, wer sich, seine Waren, Werke und Leistungen in unnötig anlehrender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken oder Leistungen vergleicht. Dabei kann der vorausgesetzte Vergleich auch konkludent, implizit durch Werbe- oder Marketingmassnahmen erfolgen, die sich an die Ausstattung des Konkurrenten annähern, und nicht explizit vorgenommen werden muss (BGE 135 III 446 E. 7.1 S. 460). Eine (verdeckte) Rufausbeutung liegt mithin vor, wenn ein Konkurrent die Gestaltung eines fremden Produkts übernimmt und dieses gewollt und planmässig an dessen Merkmale annähert, um von dessen gutem Ruf zu profitieren (Schmid, Basler Kommentar zum UWG, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. e N 94; Baudenbacher, a.a.O., Art. 2 N 240). Eine unlautere Rufausbeutung setzt demnach weiter voraus, dass dem ausgebeuteten Gegenstand (Ware, Kennzeichen, Hersteller) ein guter Ruf eigen ist, der grundsätzlich auf die Ware des Ausbeutenden zu übertragen sein muss (Baudenbacher, in: Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001, Art. 2 N 243). Es darf sich nicht um Allerweltserzeugnisse, weniger bekannte Marken, nur kurz oder kaum gebrauchte Zeichen handeln (vgl. Jung, in: Jung/Spitz [Hrsg.], a.a.O., Bern 2010, Art. 2 N 105). Eine besondere Ausbeutungsabsicht im Sinne eines subjektiven Merkmals ist nicht erforderlich (Baudenbacher, a.a.O., Art. 2 N 243). Das Verbot der unlauteren Anlehnung an eine Konkurrenzausstattung soll allerdings nur eindeutige Fälle unnötiger Anlehnung erfassen, die nicht durch ein Informationsbedürfnis zu rechtfertigen sind (Oetiker, a.a.O., Art. 3 lit. e N 36 in fine).

8.2.1 Im Rahmen der Prüfung der Verwechslungsgefahr wurde bereits dargelegt, dass die betreffenden Socken der Klägerin und der Beklagten zwar im Bereich des Sockenschäfts über eine ähnliche Ausstattung verfügen (Erw. 7.1 vorne). Die Sockenmodelle der Beklagten «B»

und «A» weisen – wie jene der Klägerin – eine farbliche Hervorhebung in der Form eines wellenartig ineinandergreifenden Schienbein- und Wadenpolsters auf. Entgegen der Auffassung der Beklagten sind die Ähnlichkeiten im Design des Sockenschafts nicht technisch bzw. funktionell bedingt. Es mag zutreffen, dass zum Schutz des Schienbeins, der Wade sowie der Ferse und des Fussspans vor Reibung bzw. Druck eine Polsterung an den entsprechenden Stellen notwendig ist. Wie die Beklagte mit den eingereichten Abbildungen von Konkurrenzprodukten selber belegt, führt dies jedoch nicht zwingend zu einer derart weitgehenden Übereinstimmung der Gestaltung des Sockenschafts, wie dies bei den betreffenden Produkten der Parteien der Fall ist. Wie vorstehend in Erw. 7.1 dargelegt, grenzt die Beklagte ihre Produkte jedoch durch die andere Gestaltung des Fussteils der betreffenden Socken von jenen der Klägerin ab. Mithin liegt insgesamt keine sklavische Übernahme der Gestaltung der Produkte der Klägerin vor. Hätte die Beklagte ihre Sockenmodelle zwecks Rufausbeutung gewollt und planmässig an jene der Klägerin angenähert, hätte sie den Fussteil ihrer Sockenmodelle nicht deutlich anders gestaltet, sondern sich am kennzeichnungskräftigen Design der «Z-Socks» orientiert. Da die diversen Sockenmodelle der Klägerin unbestritten jeweils ein anderes Design aufweisen, kann im Übrigen der Auffassung der Beklagten gefolgt werden, wonach beim durchschnittlichen Endabnehmer allein aufgrund der Gestaltung der Socken nicht automatisch und unmittelbar eine Gedankenassoziation zur Klägerin bzw. ihren Produkten hervorgerufen werde.

8.2.2 Sodann hat die Beklagte ihre Produkte insbesondere auch durch die völlig andere Gestaltung der Verpackung von den Produkten der Klägerin abgegrenzt. Die Beklagte bietet ihre Sockenmodelle in einem Zweierpack an, wobei die beiden Sockenpaare lediglich von einem Band umschlossen werden, welches gut ersichtlich die Markenaufschrift «A» und «B» trägt. Anders als bei den «Z-Socks» wird auf keine funktionellen Eigenschaften hingewiesen. Die unscheinbare Verpackung der beiden Sockenmodelle der Beklagten lässt im Vergleich zur deutlich aufwändigeren Aufmachung der «Z-Socks», welche die funktionellen Eigenschaften hervorhebt, auf ein günstigeres Produkt schliessen. Die unterschiedliche Präsentation der streitgegenständlichen Produkte der Parteien lösen beim Konsumenten offenkundig eine andere Erwartungshaltung in Bezug auf die Produkteigenschaften und -qualität aus. Folglich werden beim durchschnittlichen Konsumenten keine Gedankenassoziationen zwischen den Produkten entstehen, wodurch die Beklagte von einem – seitens der Klägerin behaupteten – guten Ruf ihrer deutlich teureren «Z-Socks» profitieren könnte. Dazu hätte die Beklagte zumindest auf ein hochwertigeres Erscheinungsbild ihrer Produkte in den Verkaufsregalen achten müssen, um eine gewisse Annäherung an die Präsentation der Produkte der Klägerin zu erzielen. Mithin kann nach dem Gesagten auch keine Rede davon sein, dass die Beklagte ihre Sockenmodelle dem Konsumenten als gleich gut wie jene der Klägerin oder als Ersatz für diese anpreist. Eine gewollte und planmässige Annäherung liegt demnach nicht vor.

8.3 Im Weiteren scheidet eine unnötige Anlehnung bzw. Rufausbeutung auch aufgrund des fehlenden Nachweises eines guten Rufes der betreffenden «Z-Socks»-Modelle aus. Die Klägerin verweist in Bezug auf ihre Reputation auf die ihr verliehenen Awards. Zu Recht wendet die

Beklagte ein, dass die aufgeführten Awards nicht die streitgegenständlichen Socken betreffen würden. So oder anders wäre damit nicht erstellt, dass die Modelle Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite einen guten Ruf genießen. Ein grundsätzlich gutes Produkt muss beim Publikum nicht zwingend auch bekannt sein und über einen guten Ruf verfügen, von welchem ein Konkurrent überhaupt profitieren könnte. Ein demoskopisches Gutachten oder andere aussagekräftige Beweise hat die Klägerin nicht eingereicht bzw. beantragt. Sie gesteht selber ein, dass der Absatz der betreffenden Sockenmodelle seit 2008 auf konstant tiefem Niveau stagniert, was sich aus den aufgelegten Lieferlisten ergibt. Die streitgegenständliche Ausstattung der Produkte genießt daher beim Publikum offenkundig kaum eine hohe Bekanntheit. Vor diesem Hintergrund reicht ein Auszug aus dem eigenen «Awardbook» der Klägerin zum Nachweis eines guten Rufs der streitgegenständlichen Sockenmodelle, welchen die Beklagte ausnutzen könnte, nicht aus. Diverse der aufgeführten Awards wurden im Übrigen nicht für Socken, sondern für andere Produkte verliehen, weshalb auch nicht erstellt ist, dass die Klägerin generell als Herstellerin von Socken einen guten Ruf genießt.

9. Die Klägerin macht schliesslich auch eine unlautere Irreführung geltend. Die Socken der Beklagten würden Gestaltungsmerkmale aufweisen, welche neben ihrer primären ästhetischen Wirkung auch auf gewisse funktionale Eigenschaften (Kompression, Luftzirkulation, usw.) hindeuten würden. Die damit implizit gemachten Funktionsversprechen würden die Socken der Marken «A» und «B» – im Unterschied zu den «Z-Socks» – nicht erfüllen. Demgegenüber stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, aufgrund der Wahl der Produktausstattung und der Verpackungsgestaltung würden keine unzutreffenden Güte- oder Prestigevorstellungen beim Publikum geweckt, was die Qualität der Ware bzw. den Wert der verwendeten Materialien oder die dahinter stehende Funktionalität oder Technologie anbelange. Aufgrund des fehlenden Bekanntheitsgrades der streitgegenständlichen Produktausstattung der Klägerin stelle das Publikum keine gedankliche Verbindung her.

9.1 Als Unterfall der Unlauterkeit wird in Art. 2 UWG die Täuschung und Irreführung gesondert aufgeführt. Erstere liegt vor, wenn durch unrichtige Angaben und eine dadurch bei den angesprochenen Verkehrskreisen hervorgerufene Fehlvorstellung das Wahrheitsgebot im Wettbewerb verletzt wird. Die Irreführung verletzt demgegenüber das Klarheitsgebot durch richtige oder zumindest richtig gestellte Angaben, die jedoch bei einer gewichteten Gesamtbetrachtung unvollständig oder verschleiert sind, eine unzutreffende Zweitbedeutung aufweisen oder sonst einen unzutreffenden Eindruck beim Durchschnittsteilnehmer des angesprochenen Verkehrskreises hervorrufen (Jung, a.a.O., Art. 2 N 39).

9.2 Die Klägerin legt nicht substantiiert dar, durch welche Gestaltungsmerkmale der Sockenmodelle «A» und «B» dem Konsumenten nicht vorhandene Eigenschaften bzw. eine besondere Qualität suggeriert werden. Anders als die Klägerin hebt die Beklagte auf der Verpackung keine besonderen funktionellen Eigenschaften ihrer Produkte hervor. Soweit die Klägerin die Auffassung vertritt, dass die farblich angedeuteten Flächen im Bereich des Schienbeins und der Wade einen besonderen Schutz vor Reibung andeuten, kann darin keine Irreführungen

gesehen werden, da die Klägerin weder substantiiert behauptet noch den Nachweis liefert, dass für einen entsprechenden Schutz keinerlei Vorkehrungen getroffen worden wären. Ein täuschendes Verhalten könnte darin ohnehin nicht gesehen werden, da der Konsument aufgrund der rudimentären Verpackung bestehend aus einem Band die Socken ohne weiteres berühren und selber feststellen kann, ob die angedeuteten Schienbein- und Wadenpolster tatsächlich einen besonderen Schutz bieten, indem die Socken an diesen Stellen dichter gestrickt sind. Der Konsument ist daher durchaus in der Lage, einen vernünftigen Kaufentscheid zu treffen. Nicht zuletzt wird er aufgrund des deutlich tieferen Preises («Z-Socks» sind rund vier Mal teurer: Preis ein Paar «Z-Socks» rund CHF 40.–, Preis zwei Paar Socken der Marke «A» oder «B» CHF 19.–) nicht ernsthaft davon ausgehen, dass die Socken der Beklagten dasselbe Qualitätsniveau erreichen, wie die Klägerin von ihren Produkten behauptet und auf der Verpackung hervorhebt. Der Vorwurf einer Täuschung oder Irreführung erweist sich somit als unbegründet.

10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass beim Kauf der in Frage stehenden Produkte der Parteien keine Gefahr von Verwechslungen besteht. Weiter hat sich die Beklagte nicht unnötig und mithin in unzulässiger Weise an die Ausstattung der beiden Sockenmodelle Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite angelehnt, um von deren Image zu profitieren. Auch eine Irreführung des Publikums ist nicht erstellt. Demnach ist die Klage abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 15. Juli 2014

# B

Stichwortverzeichnis

Besuchsrecht: Voraussetzungen fuuuml;r den Entzug, 22

Eheschutzverfahren, 15

Eheschutzverfahren: Zustauml;ndigkeit, 12

Nachahmung fremder Erzeugnisse, 26

Obhutszuteilung, 17

Organisationsmangel: Folgen, 10

Sonderpruuuml;fung: Voraussetzungen fuuuml;r die gerichtliche Anordnung, 5