

Inhaltsverzeichnis

V

Zivilrecht	5
1 Familienrecht	5
2 Markenrecht	34
3 Obligationenrecht	46

B

Stichwortverzeichnis	53
----------------------	----

V. Zivilrecht

1. Familienrecht

1.1 Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

Regeste:

Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB – Trägt die unterhaltsberechtignte Partei selber vor, dass bei überdurchschnittlich hohem Einkommen sparsam gelebt wurde, ist die Anwendung der sog. einstufig-konkreten Methode zur Unterhaltsberechnung gerechtfertigt, zumal ein überdurchschnittliches Einkommen ein Indiz dafür ist, dass eine Sparquote verbleiben sollte. Dabei ist es Sache des unterhaltsberechtignten Ehegatten, den konkreten Lebensbedarf mit Angaben der Einzelbedürfnisse darzutun. Die Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien nicht von ihrer Pflicht, aktiv am Verfahren mitzuwirken und ihre eigenen Behauptungen darzulegen.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. In beiden Berufungsverfahren ist die Höhe der vom Gesuchsgegner zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge strittig. (...)

(...)

3.2 Die Gesuchstellerin moniert, die Vorinstanz habe zur Berechnung der Unterhaltsbeiträge zu Unrecht die einstufig-konkrete Methode angewandt. Die finanziellen Verhältnisse seien nicht derart gut, dass die Anwendung der einstufig-konkreten Methode zwingend wäre. Zudem habe der Gesuchsgegner eine Sparquote weder behauptet noch bewiesen. Richtigerweise sei die Methode des betriebsrechtlichen Existenzminimums mit Überschussverteilung anwendbar. Im Übrigen habe die Vorinstanz den gebührenden Bedarf nicht nach der einstufig-konkreten Methode ermittelt, sondern sei von ihrem erweiterten Grundbedarf ausgegangen.

3.2.1 Bei der Festsetzung von Geldbeträgen des einen Ehegatten an den anderen gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB geht der Richter grundsätzlich von den bisherigen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen der Ehegatten über Aufgabenteilung und Geldleistungen aus, die der ehelichen Gemeinschaft eine bestimmte Struktur gegeben haben. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz in Erwägung 7.2.1 des angefochtenen Entscheides verwiesen werden. Zielgrösse des Unterhalts ist somit die Fortsetzung des ehelichen Lebensstandards zuzüglich allfälliger trennungsbedingter Mehrkosten. Nach gefestigter, auf die massgebliche einschlägige Lehre abgestützter Praxis des Obergerichts ist die Unterhaltsberechnung grundsätzlich nach der Methode der Notbedarfsberechnung mit Überschussverteilung (sog. zweistufige Methode) vorzunehmen, wobei ein allfälliger Über-

schuss im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Ehegatten i.d.R. hälftig zu teilen ist (sog. Halbteilungsgrundsatz). Die vereinbarte und bis zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts tatsächlich gelebte Lebenshaltung ist aber obere Schranke für den Unterhaltsanspruch, zumal bei hohem Familieneinkommen regelmässig nicht dessen Gesamtheit für den Unterhalt der Familie verwendet, sondern ein Teil zur Vermögensbildung zurückgelegt wird. Auf diesen Teil darf nur soweit zurückgegriffen werden, als damit die durch das Getrenntleben verursachten Mehrkosten gedeckt werden sollen. Denn der Grundsatz der Gleichbehandlung der Ehegatten bei der Regelung des Getrenntlebens darf nicht dazu führen, dass über den Umweg der hälftigen Teilung des den Ehegatten insgesamt zustehenden Einkommens eine Vermögensverschiebung eintritt, welche die güterrechtliche Auseinandersetzung vorwegnehmen würde. Die hälftige Teilung muss vielmehr dort ihre Grenze finden, wo das vorhandene Einkommen mehr ausmacht, als es die Wahrung der von den Gatten gewählten angemessenen Lebenshaltung erfordert (BGE 114 II 26 E. 8 S. 32; BGE 119 II 314 E. 4bb S. 318; Urteil des Bundesgerichts 5P.6/2004 vom 12. März 2004 E. 3.1; BGE 140 III 485 E. 3.3 S. 488).

3.2.2 Die Gesuchstellerin führte im erstinstanzlichen Verfahren selber aus, dass der Gesuchsgegner bzw. die Familie während des Zusammenlebens sparsam gelebt habe. So habe sich der Gesuchsgegner die Haare selber geschnitten, die Ersatzteile für sein Fahrzeug habe er auf dem Schrottplatz gekauft, aus Kostengründen sei lediglich eine Wechselnummer eingelöst worden und es sei jeweils der minimale Versicherungsschutz bei der günstigsten Krankenkasse abgeschlossen worden. Die Familie habe zudem lediglich Reka-Ferien gemacht (Vi-act. 30 S. 8, 14). Das Einkommen der Parteien bezifferte die Vorinstanz auf monatlich rund CHF 17 000.- (Vi-act. 48 Erw. Ziff. 7.2.3). Dabei handelt es sich um ein überdurchschnittlich hohes Einkommen, welches die Anwendung der einstufig-konkreten Methode zu rechtfertigen vermag (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_288/2008 vom 27. August 2008 E. 5.4). Aufgrund der Ausführungen der Gesuchstellerin und vor dem Hintergrund, dass ein überdurchschnittliches Einkommen ein Indiz dafür ist, dass eine Sparquote verbleiben sollte (BGE 140 III 485 E. 3.5.2 S. 490), ist die Vorinstanz zu Recht von der Bildung von Ersparnissen während der Ehe ausgegangen. Entgegen der Argumentation der Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegner im Übrigen durchaus auch selbst eine Sparquote behauptet, indem er ausführte, dass jedenfalls monatlich CHF 500.- an die 3. Säule je Partei einbezahlt wurden. Beim hier überdurchschnittlich hohen Familieneinkommen ist offenkundig, dass die Sparquote durch die anfallenden Mehrkosten für die Führung zweier Haushalte nicht aufgebraucht wird (Vi-act. 7 S. 14). In Bezug auf die Höhe der Sparquote ist dabei anzumerken, dass Tatfragen auch ohne Beweiserhebung auf Grund von Indizien (z. B. Einkommen und Ersparnisse während der Ehe), Erfahrungssätzen (z. B. durchschnittliche Lebenskosten für eine vierköpfige Familie) oder eigenem Wissen des Sachgerichts beantwortet werden können (Urteil des Bundesgerichts 5A_288/2008 vom 27. August 2008 E. 5.2). Die Anwendung der einstufig-konkreten Methode ist aufgrund der Verhältnisse im vorliegenden Fall – entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin – jedenfalls gerechtfertigt, da die Aufteilung des gemeinsamen Überschusses gemäss den vorstehenden Erwägungen nicht zu höheren Unterhaltsbeiträgen führen darf, als zur Wahrung einer angemessenen Lebenshaltung nötig ist. Zum gebühren-

den Bedarf macht die Gesuchstellerin keine substantiierten Ausführungen. Sie trägt vor, die Parteien hätten wegen des Verfahrensverlaufes nicht davon ausgehen müssen, dass ihr Bedarf konkret behauptet und bewiesen werden müsse (Z2 2015 20: act. 1 S. 5). Dem kann nicht gefolgt werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind in jedem Fall die relevanten Lebensverhältnisse festzustellen. Es geht nicht an, die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen unabhängig vom konkreten Einzelfall durch die Methode der hälftigen Überschussverteilung zu ersetzen (vgl. BGE 134 III 577 E. 3 S. 580).

3.2.3 Die Gesuchstellerin rügt weiter, die Vorinstanz habe ihr lediglich den erweiterten Bedarf als gebührenden Lebensstandard zugestanden. Einen (höheren) gebührenden Bedarf hat die Gesuchstellerin indes – wie bereits erwähnt – auch im Berufungsverfahren nicht konkret dargelegt. Es ist Sache des unterhaltsberechtigten Ehegatten, den konkreten Lebensbedarf mit Angaben der Einzelbedürfnisse – für Wohnung, Haushalt, Garderobe, Gesundheitspflege, Kommunikation, Mobilität, soziale Kontakte, kulturelle und sportliche Aktivitäten, Reisen, usw. – darzutun (Vetterli, in: FamKommentar Bd. I: ZGB, 2. A., Bern 2011, Art. 176 N 29; BGE 115 II 424 E. 3 S. 426). Die Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien nicht von ihrer Pflicht, aktiv am Verfahren mitzuwirken und ihre eigenen Behauptungen darzulegen (BGE 128 III 411 E. 3.2.1 = Pra 2003 Nr. 5; Urteil des Bundesgerichts 5A_555/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 3.3). Hat es die Gesuchstellerin unterlassen, ihren gebührenden Bedarf substantiiert zu behaupten und zu belegen, ist nicht zu beanstanden, dass ihr die Vorinstanz lediglich den erweiterten Bedarf zugestanden hat.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 2. September 2015

1.2 Art. 176 Abs. 3 ZGB, Art. 6 Abs. 1 EMRK

Regeste:

Art. 176 Abs. 3 ZGB, Art. 6 Abs. 1 EMRK – Wird den elterlichen Parteien der Inhalt der Kindesanhörung aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes nicht in vollem Umfang eröffnet, verletzt dies den Gehörsanspruch grundsätzlich nicht, sofern ihnen das Ergebnis summarisch mitgeteilt wird. Bei der Obhutszuteilung hat das Wohl des Kindes Vorrang vor allen anderen Überlegungen. Ist aufgrund der fehlenden Beziehungstoleranz eines Elternteils eine Entfremdung der Kinder vom anderen Elternteil und damit eine Gefährdung des Kindeswohls zu befürchten, so spricht dies gegen eine Obhutszuteilung an diesen Elternteil.

Aus den Erwägungen:

2. Die Gesuchstellerin moniert eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Vorinstanz habe den Parteien das Ergebnis der Kinderanhörung vorenthalten. Zwar stütze

sich der Vorrichter bei der Begründung des angefochtenen Entscheides nicht auf die Kinderanhörung. Möglicherweise habe er sich aber vom Ergebnis der Kinderanhörung beeinflussen lassen, zumal die Begründung der Zuteilung der elterlichen Obhut als gesucht erscheine (act. 1 S. 6).

2.1 Gemäss Art. 53 Abs. 1 ZPO haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Damit wird der ohnehin geltende verfassungsmässige Grundsatz gemäss Art. 29 Abs. 2 BV wiederholt, der zudem in Art. 6 Abs. 1 EMRK enthalten ist. Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet u.a., sich vor Erlass des Entscheids zur Sache äussern, erhebliche Beweise beibringen, Einsicht in die Akten nehmen und an der Erhebung von Beweisen mitwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern zu können, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Das Akteneinsichtsrecht umfasst dabei alle Dokumente, die sich mit den Grundlagen des Entscheids befassen (Gehri, Basler Kommentar zur ZPO, 2. A., 2013, Art. 53 N 28). Indes kann aus triftigen Gründen das Recht auf umfassende Information und Mitwirkung ohne Verletzung der Verfassung eingeschränkt werden. Insbesondere im Bereich des Kindesschutzes kann sich, wie in allen persönlichkeitsbezogenen Angelegenheiten, eine Einschränkung des Rechts auf Teilnahme an Beweiserhebungen ergeben, die freilich immer aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein muss. Als verfassungskonform erachtet das Bundesgericht gerade auch die formlose Anhörung des Kindes in Abwesenheit der Eltern und ihrer Vertreter im Zusammenhang mit der Regelung von Kinderzuteilung und Besuchsrecht. In solchen Fällen genügt es, wenn die Parteien nachträglich Gelegenheit bekommen, sich zum Beweisergebnis zu äussern. Inwieweit sie von der Beweisaufnahme ausgeschlossen werden, entscheidet der Richter in Würdigung der auf dem Spiel stehenden Interessen, hier insbesondere des Kindeswohles, nach Ermessen (BGE 122 I 53 E. 4a S. 55). Grundsätzlich verletzt es den verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch nicht, den elterlichen Parteien den Inhalt der Kinderanhörung aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes nicht in vollem Umfang, sondern nur summarisch mitzuteilen (Urteil des Bundesgerichts 5A_361/2010 vom 10. September 2010 E. 2.2).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist grundsätzlich formeller Natur. Stellt die Rechtsmittelinstanz eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz fest, so leidet der Entscheid an einem schweren Mangel und ist aufgrund der sogenannten formellen Natur des Gehörsanspruchs aufzuheben, unabhängig davon, ob das Urteil ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre. Eine Heilung ist immerhin zulässig, wenn die Gehörsverletzung nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 53 N 26 f. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

2.2 Aus den vorinstanzlichen Akten ist nicht ersichtlich, dass den Parteien der Inhalt der Kinderanhörung zumindest summarisch mitgeteilt wurde. Einzig der Wunsch der Kinder, dass die Eltern weiter zusammenbleiben, sollte gemäss Vermerk in der Aktennotiz über die An-

hörung den Parteien eröffnet werden. Besondere Gründe, weshalb der Inhalt der Anhörung den Parteien nicht zumindest summarisch mitgeteilt werden kann, erschliessen sich aus der Aktennotiz nicht. Zwar hat der erstinstanzliche Richter die Anhörung der Kinder zur Begründung der Obhutszuteilung nicht herangezogen. Die Besorgnis der Gesuchstellerin, dass er sich möglicherweise dennoch von der Kinderanhörung habe beeinflussen lassen, kann nicht völlig von der Hand gewiesen werden. Nachdem die Vorinstanz ihren Entscheid betreffend die Obhutszuteilung aber nicht im Wesentlichen auf die Anhörung abstützte – was die Gesuchstellerin auch gar nicht behauptet –, liegt keine schwerwiegende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor, die im oberinstanzlichen Verfahren nicht geheilt werden könnte. Wie bereits erwähnt, besteht ohnehin kein Anspruch der Eltern, vom Inhalt der Anhörung vollumfänglich Kenntnis zu erhalten. Dem Antrag der Gesuchstellerin auf Zustellung der Aufzeichnungen über die Kinderanhörung kann nach dem Gesagten nicht entsprochen werden. Aufgrund der nachstehenden Erwägungen (Ziff. 5 ff.) erhalten die Parteien indes cursorisch vom Ergebnis der Kinderanhörung insoweit Kenntnis, als dieses für die Frage der Obhutszuteilung relevant erscheint. Aus den Ausführungen der Gesuchstellerin in ihrer Berufung erhellt, dass sie – zutreffend – davon ausgeht, die Kinder hätten an der Anhörung im Ergebnis den Wunsch geäußert, beim Gesuchsgegner leben zu wollen. Sie nimmt in ihrer Berufung dazu denn auch Stellung (vgl. act. 1 S. 15), womit sich erübrigt, ihr vor dem Berufungsentscheid noch die Möglichkeit einer Stellungnahme zum Ergebnis der Kinderanhörung einzuräumen. Nachdem die Rechtsmittelinstanz im Berufungsverfahren die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die erste Instanz, wird, indem sie sich damit in den nachfolgenden Erwägungen (Ziff. 5 ff.) auseinandersetzt, eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt.

3. (...)

4. Streitig ist vorliegend insbesondere die Zuteilung der Obhut über die unmündigen Kinder. Wie aus den nachfolgenden Erwägungen erhellt, hängen die weiteren Berufungsanträge wie die Zuweisung der Wohnung sowie die Beurteilung der Unterhaltspflicht wesentlich von der Obhutszuteilung ab, weshalb nachfolgend vorab über diese zu befinden ist.

5. Der erstinstanzliche Eheschutzrichter stellte die Kinder A. und B. unter die Obhut des Gesuchsgegners. Zur Begründung hielt er im Wesentlichen fest, beide Parteien seien erziehungsfähig und könnten nach der Trennung ihr derzeitiges Vollzeitpensum auf 80 % reduzieren. Insofern hätten beide Parteien die gleichen Möglichkeiten zur persönlichen Betreuung der Kinder. Der Vorwurf einer Beeinflussung der Kinder durch den Gesuchsgegner könne gestützt auf die vorliegenden Akten nicht bestätigt werden. Dass die Tochter am Verhandlungstag dem Gesuchsgegner telefoniert habe, lasse nicht auf eine Beeinflussung schliessen, sondern eher auf ein Vertrauen in den Vater. Mit dem Umzug von Schwyz nach Zug Ende Oktober 2011 – ohne gegenseitige Absprache und mitten im Schulsemester – habe die Gesuchstellerin die Kinder aus ihrer gewohnten Umgebung gerissen. Sie hätten sich nicht einmal richtig von ihren Freunden verabschieden können. Auch dürfte sich die plötzliche Trennung von der Grossmutter für die Kinder belastend ausgewirkt haben. Mit dem Umzug von Schwyz nach Cham habe

die Gesuchstellerin nicht auf die Kinder Rücksicht genommen. Ein wichtiger Grund für das Vorgehen der Gesuchstellerin sei nicht ersichtlich. Das Ziel, dass die Kinder in einer stabilen, durch Zuwendung und Verantwortung geprägten Beziehung aufwachsen könnten und vor Krisen soweit möglich geschützt seien, werde mit einem solchen Vorgehen nicht erreicht. Gleiches gelte auch für das Vorenthalten der Ausweispapiere der Kinder. Indizien für eine Entführungsgefahr hätten nicht bestanden. Wohl nicht zuletzt wegen des Verhaltens der Gesuchstellerin sei es zu einer gewissen Entfremdung seitens der Kinder gekommen. Es entspreche daher eher dem Kindeswohl, wenn A. und B. unter die Obhut des Gesuchsgegners gestellt würden.

5.1 Die Gesuchstellerin hält daran fest, dass der Gesuchsgegner die Kinder gegen sie aufhetze. Er bringe die Kinder dazu, sämtliche Wochenenden mit ihm bei seiner Mutter in Schwyz zu verbringen. Dabei habe er sie nie darüber orientiert, dass er mit den Kindern auswärts übernachtete. Aufgrund des Alters der Kinder sei die Obhutzuteilung nicht einzig und schon gar nicht hauptsächlich vom geäußerten Wunsch der Kinder abhängig. Sie seien dem Elternteil zuzuteilen, welcher für ihre Betreuung wie auch für ihre Aufsicht und Erziehung am besten aufkommen könne. Der Gesuchsgegner kümmere sich nicht um die schulischen Belange der Kinder, andernfalls würde er die Namen ihrer Klassenlehrer kennen. Weiter sei er nicht in der Lage, für die Kinder eine gesunde Mahlzeit zuzubereiten und die Haushaltsarbeiten zu erledigen. Der Umzug von Schwyz nach Cham liege schon Jahre zurück und sei angesichts der Streitigkeiten mit der Schwiegermutter begründet gewesen. Nach der Abreise der Schwiegermutter ins Ausland sei die Kinderbetreuung nicht mehr sichergestellt gewesen, weshalb sie die Betreuung sofort neu organisieren müssen. Das Pendeln zwischen Schwyz und ihrem Arbeitsort in Cham, um die Kinder am Mittag zu versorgen, sei auf Dauer nicht tragbar gewesen. Die Kinderbetreuung habe einzig durch den Umzug nach Cham sichergestellt werden können. Der Gesuchsgegner habe sich vor der Eskalation des Streites zwischen ihr und der Schwiegermutter nicht um die Erziehung der Kinder gekümmert. Während sie die Kinder selber betreuen könne, sei der Gesuchsgegner auf eine Fremdbetreuung angewiesen, das heisst auf die Betreuung durch die Schwiegermutter. Bei einer Obhutzuteilung an den Gesuchsgegner sei zu befürchten, dass er mit den Kindern zurück nach Ibach ziehen würde. Ein weiterer Wohnortwechsel könne aber den Kindern nicht zugemutet werden (act. 1 S. 7 ff.).

5.2 Der Gesuchsgegner bestreitet, den Haushalt nicht führen zu können. Seit Einreichung des Eheschutzbegehrens habe er seine Wäsche weitgehend selber erledigt und für sich gekocht bzw. am Abend gemeinsam das Nachtessen mit den Kindern eingenommen. Die Sommerferien hätten die Kinder praktisch mit ihm verbracht. Während dieser Zeit habe er sich um sie gekümmert und sie gepflegt. Die Stabilität der Verhältnisse spreche für eine Zuteilung der Obhut an ihn. Die Kinder würden von sich aus den Kontakt und die Nähe zu ihm suchen. Praktisch ihre gesamte Freizeit verbrächten sie mit ihm. Der Umzug von Schwyz nach Cham Ende Oktober 2011 von einem Tag auf den anderen habe die Kinder stark belastet und zu einem Vertrauensverlust gegenüber der Gesuchstellerin geführt. Die Kinder seien aus ihrer gewohnten Umgebung gerissen worden und hätten ihre Spielgefährten verloren. Vor dem

Umzug nach Cham sei seine Mutter bzw. die Grossmutter der Kinder deren Hauptbezugsperson gewesen. Nach dem Umzug seien die Kinder von beiden Parteien betreut worden, wobei er für die Freizeitaktivitäten zuständig gewesen sei. Bei einer Reduktion des Arbeitspensums könne er über Mittag nach Hause kommen und zusammen mit den Kindern das Mittagessen einnehmen. Am Abend könne er aufgrund der flexiblen Arbeitszeiten zwischen 16 Uhr und 17 Uhr zuhause sein. Er sei am schulischen Fortkommen der Kinder interessiert und frage jeweils nach, ob er ihnen bei den Hausaufgaben helfen könne (act. 6 S. 7 ff.).

5.3 Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen für die Entscheidung über die Obhut zuteilung zutreffend wiedergegeben, weshalb darauf verwiesen werden kann (Vi act. 50 Erw. Ziff. 3.1). Demnach hat das Wohl des Kindes Vorrang vor allen anderen Überlegungen, insbesondere vor den Wünschen der Eltern. Der betreuende Elternteil muss zur Erziehung geeignet sein. Es bedarf eines wachen, aber doch nicht grenzenlosen Gespürs für die Bedürfnisse des Kindes. Zu den Erziehungsmängeln gehört u.a. die fehlende Toleranz gegenüber dem früheren Partner. Von der Hauptbetreuungsperson wird die Bereitschaft erwartet, den Kontakt des Kindes mit dem anderen Elternteil zu fördern (Vetterli, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKommentar Band I: ZGB, 2. A., Bern 2011, Art. 176 N 4). Es spricht zu Gunsten des die Obhut innehabenden Elternteils, wenn er den Kontakt des Kindes zum andern nicht negativ beeinflusst, sondern fördert und sich damit über Bindungstoleranz ausweisen kann (BGE 115 II 206 E. 4b S. 210; Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 11. Februar 2002, in: FamPra 1/2003 S. 193). Bei der Kinderzuteilung soll derjenige Elternteil Vorrang haben, der den Kontakt zum anderen Elternteil ermöglicht und fördert (vgl. FamPra 1/2003 S. 192 ff.).

Ist die Erziehungsfähigkeit bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil anzuvertrauen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzungen ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Die Obhut soll demjenigen anvertraut werden, der zurzeit eher imstande ist, das Kind persönlich und in der bisherigen Umgebung zu betreuen, ohne dass schon umfassend zu prüfen wäre, wer ihm in Zukunft stabileren Halt verschaffen könnte (BGE 111 II 223). Dadurch mag zwar dem Grundsatz der Beziehungs- und Erlebniskontinuität eine übertragende Bedeutung beigemessen werden; in Einzelfällen kann es aber durchaus angezeigt sein, davon abzuweichen (vgl. Vetterli, a.a.O., Art. 176 N 2). Schliesslich ist – je nach Alter des Kindes – seinem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Zusätzlich zu diesen Kriterien können weitere Gesichtspunkte berücksichtigt werden, so die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, der Grundsatz, die Geschwister nach Möglichkeit nicht zu trennen, oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte. Bei der Beurteilung der für die Obhut zuteilung massgebenden Kriterien verfügen die Behörden über einen grossen Ermessensspielraum (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_160/2009 vom 13. Mai 2009 mit Hinweisen auf BGE 115 II 206 E. 4a S. 209; 117 II 353 E. 3 S. 354 f.; Urteil des Bundesgerichts 5P.6/2004 vom 12. März 2004 E. 2.1, in: FamPra.ch 2004 S. 665 mit Hinweisen).

5.4.1 Die Gesuchstellerin erachtet die Erziehungsfähigkeit des Gesuchsgegners als fraglich, da dieser die Kinder gegen sie aufgehetzt habe und A. und B. dazu bringen wolle, sämtliche Wochenenden mit ihm bei seiner Mutter in Schwyz zu verbringen. Ständig frage er die Kinder, beim wem sie leben wollten. Kinder würden sich in der Regel mit beiden Elternteilen verbunden fühlen. Indem man von ihnen die Entscheidung für einen Elternteil erwarte, verlange man von ihnen, dass sie sich gegen den anderen Elternteil stellten. Die Tochter habe ihr erzählt, vom Gesuchsgegner dazu angestiftet worden zu sein, einen Streit mit ihr zu provozieren und diesen Streit dann aufzunehmen. Sollte dies zutreffen, so wäre die Erziehungsfähigkeit des Gesuchsgegners zu verneinen. Der Vorrichter habe es unterlassen, die Tochter zu dieser Angelegenheit zu befragen (act. 1 S. 7 f.). Im Schreiben an das Amt für Kindes- und Erwachsenenschutz vom 8. November 2014 beklagt sich die Gesuchstellerin erneut darüber, dass der Gesuchsgegner die Kinder völlig von ihr abschirme. Während den dreiwöchigen Ferien in Bosnien habe sie den Sohn nur einmal erreichen können. Jeden Tag gehe der Gesuchsgegner mit der Tochter nach der Schule zu seiner Mutter. Auch die Wochenenden verbringe er mit den Kindern bei seiner Mutter. Er schliesse die Türen zu den Kinderzimmern ab, damit sie keinen Zugriff auf die Hausaufgaben habe. Die Kinder würden das von ihr zubereitete Essen nicht mehr einnehmen, da der Gesuchsgegner ihnen erzählt habe, dieses sei vergiftet. Er habe die Kinder angewiesen, nicht mehr mit ihr zu sprechen (act. 8).

5.4.2 Mit der Darstellung der Gesuchstellerin konfrontiert, wonach sie die Kinder bzw. A. während den dreiwöchigen Ferien in Bosnien nur einmal habe erreichen können, gab der Gesuchsgegner an der Parteibefragung vom 19. Dezember 2014 zuerst zu Protokoll, die Kinder würden frei entscheiden, mit wem sie kommunizieren wollten. Sie seien von ihm nicht instruiert worden, Kontaktversuche der Gesuchstellerin abzulehnen. Seine weiteren Ausführungen, wonach er den Kindern angeboten habe, für Anrufe bei der Gesuchstellerin sein Telefon zu benutzen, bestätigen aber faktisch die Aussage der Gesuchstellerin, wonach er den Kindern die Natels während den Ferien weggenommen habe. Indem er den Kindern gemäss seinen Angaben gesagt hat, er würde sie nicht zwingen, die Mutter anzurufen (act. 10 S. 6), gibt er ihnen zu verstehen, dass er es vorziehen würde, sie würden es unterlassen. Es wäre vom Gesuchsgegner zu erwarten gewesen, dass er die Kinder während des immerhin dreiwöchigen Auslandsaufenthaltes zu einer Kontaktaufnahme mit ihrer Mutter motiviert.

Weiter bestätigte der Gesuchsgegner, dass er sich mit den Kindern jedes Wochenende von Freitag- bis Sonntagabend bei seiner Mutter in Schwyz aufhalte, ohne dies mit der Gesuchstellerin abzusprechen (act. 10 S. 4). Unter der Woche geht er jeden Nachmittag mit Tochter B. nach der Schule weg und kehrt gemäss seinen eigenen Angaben um ca. 20.30 Uhr oder 21.00 Uhr wieder zurück (act. 10 S. 1 f.). Sohn A. bleibt jeweils zuhause (act. 10 S. 2 und 4). Damit reduziert der Gesuchsgegner den Kontakt zwischen den Kindern und der Gesuchstellerin erheblich. Der Gesuchsgegner nimmt die Kinder offenkundig stark für sich ein. Dafür spricht auch, dass er unbestrittenermassen im Zimmer der Tochter übernachtet. Demgegenüber wird die Gesuchstellerin durch das Abschiessen der Kinderzimmer aus den Räumen der Kinder verbannt. Dadurch wird ihr die Möglichkeit genommen, Einsicht in die schulischen

Belange wie die Hausaufgaben nehmen zu können. So führt der Gesuchsgegner selber aus, dass etwa Einladungen für Elternabende auf den Pulten der Kinder liegen würden und er die Gesuchstellerin selber nicht über Anlässe an der Schule informiere (act. 10 S. 5). Die vorgebrachten Gründe für das Abschiessen der Zimmer erscheinen wenig glaubhaft. Zwar gestand die Gesuchstellerin ein, die Zahnpasta vom Zimmer der Tochter ins Badezimmer gebracht zu haben und sie bestritt den Vorwurf des Gesuchsgegners nicht substantiiert, wonach sie die Matratze, auf welcher er im Zimmer von B. übernachtet hatte, versteckt oder weggeworfen habe (act. 10 S. 3). Dass die Gesuchstellerin aber immer wieder Gegenstände aus den Kinderzimmern entfernt, eine Unordnung angerichtet und die Türen und Fensterbretter verschmiert haben soll, erscheint nicht glaubhaft (act. 10 S. 3). Der Gesuchsgegner machte dazu – bis auf die verschwundene Matratze und die Zahnpasta der Tochter – keine näheren Angaben. Es ist nicht nachvollziehbar, welche Gründe die Gesuchstellerin für ein solches Verhalten gegenüber ihren Kindern gehabt hätte. Dem Vorwurf der Gesuchstellerin, wonach er den Kinder gesagt haben soll, sie vergifte das Essen, entgegnete der Gesuchsgegner an der Parteibefragung, die Kinder würden das Essen von sich aus ablehnen oder die Gesuchstellerin frage die Kinder nicht bzw. koche nicht für sie. Dass die Kinder das Essen der Gesuchstellerin ablehnen, bestritt er indes nicht (act. 10 S. 3). Unbestrittenermassen hat bisher – d.h. bis Juli 2014 (act. 10 S. 5) – die Gesuchstellerin das Essen zubereitet. Es ist nicht glaubhaft, dass die Kinder von sich aus das Essen der Gesuchstellerin plötzlich ablehnen oder diese nicht mehr für die Kinder kochen soll.

Insgesamt erscheinen die Ausführungen der Gesuchstellerin, wonach der Gesuchsgegner den Kontakt zwischen ihr und den Kindern erheblich beeinträchtigt, glaubhaft. Aus den Angaben der Parteien muss geschlossen werden, dass der Gesuchsgegner die Kinder stark für sich einnimmt und sie an den Wochenenden, die Tochter zudem auch unter der Woche, weitgehend von der Gesuchstellerin fernhält. Es ist zwar nachvollziehbar, dass er der Gesuchstellerin – um Konflikte zu vermeiden – ausweicht. Dies darf aber nicht dazu führen, dass auch der Kontakt zwischen der Gesuchstellerin und den Kindern erheblich reduziert wird. Im Gegenteil soll der obhutsberechtigte Elternteil – wie vorstehend bereits ausgeführt – den Kontakt zum anderen Elternteil ermöglichen und fördern. Dies fällt dem Gesuchsgegner offenkundig schwer. In schulischen Belangen informiert er die Gesuchstellerin nicht (vgl. act. 10 S. 5). Es fehlt ihm am Willen, den Kontakt zwischen den Kindern und ihrer Mutter uneingeschränkt zuzulassen und zu fördern.

5.4.3 Die Vorinstanz wertete den von der Gesuchstellerin – ohne Vorankündigung – veranlasste Wegzug aus Ibach und damit das abrupte Herausreissen aus der gewohnten Umgebung mitten im Schulsemester für die Kinder als verunsichernd. Die Gesuchstellerin habe keine Rücksicht auf die Kinder genommen (Vi act. 50 S. 7). Dies kann nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden. Es mag sein, dass die Gesuchstellerin Gründe für eine räumliche Distanzierung von der Schwiegermutter gehabt hatte, welche wiederum eine andere Gestaltung der Kinderbetreuung notwendig machte. Mit dem – für den Gesuchsgegner wie auch für die Kinder – unerwarteten Umzug und damit abrupten Herausnehmen der Kinder aus dem

bisherigen Umfeld, insbesondere während des Semesters aus der Schule und aus ihrem bisherigen Kollegenkreis, hatte sie aber wenig Gespür für die Bedürfnisse der Kinder gezeigt. Aufgrund der Begleitumstände stellte der Umzug offenkundig eine ungleich grössere Belastung für die Kinder dar als die Streitereien zwischen der Gesuchstellerin und der Schwiegermutter, welche die Kinder angeblich jeweils mitbekommen haben. Immerhin will die Gesuchstellerin heute den Kindern selber keinen weiteren Wohnortswechsel zumuten und kündigt bereits die Einleitung eines weiteren Verfahrens an, sollte der Gesuchsgegner diese – angeblich bestehende – Absicht umsetzen wollen (act. 1 S. 10).

5.4.4 In Abwägung der für die Zuteilung der Obhut relevanten Kriterien fällt seitens des Gesuchsgegners die mangelnde Beziehungstoleranz stark zu seinen Ungunsten ins Gewicht. Bei einer Obhutzuteilung an ihn wäre eine Verstärkung der offenbar bereits bestehenden Entfremdung der Kinder von ihrer Mutter zu befürchten, was gemäss den Erwägungen hiervor das Kindeswohl gefährdet. Demgegenüber erscheint der vor drei Jahren ohne Absprache mit der Familie veranlasste Umzug von Schwyz nach Cham für die künftige Regelung der Betreuung der Kinder während des Getrenntlebens weniger bedeutend. Mit ihrem Vorgehen hatte die Gesuchstellerin damals zwar eine ungenügende Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der Kinder gezeigt. Die geltend gemachten Gründe für den Umzug, so die immer wieder aufkeimenden Streitigkeiten zwischen ihr und der unter demselben Dach wohnenden Schwiegermutter sowie die Notwendigkeit einer Neuorganisation der Kinderbetreuung, nachdem die Schwiegermutter vorübergehend ins Ausland verreist war, erscheinen immerhin nachvollziehbar (act. 1 S. 8 f.). Auch der Streit im Mai 2014 zwischen der Gesuchstellerin und Tochter B., wovon der Gesuchsgegner eine Aufzeichnung zu den Akten gegeben hat (Vi act. 47/28), vermag die fehlende Bindungstoleranz als Vorbehalt bei der Erziehungsfähigkeit seitens des Gesuchsgegners nicht aufzuwiegen, zumal die Umstände, wie es zu diesem Streit kam, umstritten sind. Zwar äusserten die Kinder an der Anhörung den Wunsch, lieber beim Gesuchsgegner leben zu wollen. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass der geäusserte Wunsch letztlich auf die fehlende Bindungstoleranz des Gesuchsgegners zurückzuführen ist. Im Übrigen dürfte zumindest die erst neun Jahre alte Tochter B. an der Anhörung aufgrund ihres Alters kaum in der Lage gewesen sein, einen autonomen und stabilen Willen in Bezug auf Frage, bei welchem Elternteil sie künftig leben möchte, bilden und äussern zu können (vgl. Vetterli, a.a.O., Art. 176 N 3). Wie der Gesuchsgegner kann auch die Gesuchstellerin ihr Arbeitspensum auf 80 % reduzieren, um die Betreuung der Kinder zu gewährleisten (act. 1 S. 11; Vi act. 23/1).

5.4.5 Unter Berücksichtigung dieser Umstände entspricht es dem Kindeswohl besser, die Kinder vorläufig unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen und ihr zur Pflege und Erziehung zuzuweisen.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 14. Januar 2015

1.3 Art. 276 ZPO

Regeste:

Art. 276 ZPO – Die Abänderung von vorsorglichen Massnahmen ist zulässig, wenn sich die Umstände seit deren Erlass erheblich und dauernd geändert haben. Wird der geltend gemachte Wegfall von bisher erhaltenen Taggeldern durch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens kompensiert, fehlt es an der vorausgesetzten Veränderung der Verhältnisse. Ein hypothetisches Einkommen kann grundsätzlich nur nach einer gewissen Umstellungsfrist angerechnet werden.

Aus dem Sachverhalt:

Der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug verpflichtete den Gesuchsgegner mit Entscheid vom 12. Oktober 2011 zur Bezahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen für Sohn A. sowie zur Leistung eines persönlichen Unterhaltsbeitrages an die Gesuchstellerin für die Dauer des hängigen Scheidungsverfahrens. Die Gesuchstellerin verlangte mit Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 26. April 2013 die Abänderung des Entscheides vom 12. Oktober 2011 und beantragte, der Gesuchsgegner sei zur Leistung eines monatlichen Unterhaltsbeitrages von mindestens CHF 5100.– ab 1. Mai 2013 zu verpflichten. Mit Entscheid vom 8. September 2014 hiess der Einzelrichter am Kantonsgericht das Gesuch teilweise gut. Dagegen erhoben beide Parteien Berufung beim Obergericht.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Die SUVA stellte mit Verfügung vom 27. Februar 2013 die Zahlung von Taggeldern an die Gesuchstellerin in der Höhe von monatlich CHF 3240.– per 30. April 2013 ein (Vi act. 1/1). Die dagegen erhobene Einsprache wies die SUVA mit Entscheid vom 14. Oktober 2013 ab (Vi act. 16/1). Umstritten ist vorliegend insbesondere, ob aufgrund des Wegfalls der Taggelder die gemäss Entscheid vom 12. Oktober 2011 vom Gesuchsgegner an die Gesuchstellerin zu bezahlenden persönlichen Unterhaltsbeiträge anzupassen sind.

3.1 Die Abänderung von vorsorglichen Massnahmen ist zulässig, wenn sich die Umstände seit deren Erlass erheblich und dauernd geändert haben (Sutter-Somm / Vontobel, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 276 N 34). Eine Neuurteilung ist auch zulässig, wenn sich der Entscheid nachträglich im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmengericht wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren (Leuenberger, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKommentar Bd. II: Anhänge, 2. A., Bern 2011, Anh. ZPO Art. 276 N 8 f.). Im Übrigen kann für die Vor-aussetzungen einer Abänderung von vorsorglichen Massnahmen auf die zutreffenden Aus-führungen der Vorinstanz verwiesen werden (Vi act. 29 Erw. 3).

3.2 Der erstinstanzliche Richter rechnete der Gesuchstellerin ab 1. Januar 2015 ein hypothetisches Erwerbseinkommen an und verneinte deshalb ab diesem Zeitpunkt das Vorliegen einer erheblichen Veränderung. Zur Begründung seines Entscheides hielt er im Wesentlichen fest, da der zwölfjährige Sohn A. eine Tagesschule besuche und aufgrund seines Alters ab und zu allein zu Hause sein könne, sei der Gesuchstellerin die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in ihrem angestammten Beruf in einem Arbeitspensum von 50 % zumutbar. Die Gesuchstellerin habe ein Studium als promovierte Pharmazeutin abgeschlossen und während sechs Jahren als Managerin in einem Pharmaunternehmen in Mailand gearbeitet. Auch nach ihrer Einreise in die Schweiz im Jahr 1991 habe sie wiederum vollzeitig als Managerin in der Pharmaindustrie gearbeitet. Im Januar 1996 habe die Gesuchstellerin einen Verkehrsunfall erlitten, ihre Arbeit jedoch zu 100 % weitergeführt. Infolge eines weiteren Unfalls im Jahr 1998 beim Karate-Training habe sie ihr Pensum bei P. auf 50 % reduzieren müssen. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei P. habe sie im Rahmen von Umschulungsmassnahmen der IV ein Nachdiplomstudium in Humanernährung der ETH Zürich absolviert, danach jedoch nie in diesem Beruf gearbeitet. Die Ausbildung zur Ernährungsberaterin habe die Gesuchstellerin abgebrochen. Im Jahr 2008 habe sie während acht Monaten in einem Pensum von 30 % bei der H.I. AG gearbeitet. Danach sei sie 2009 für die P.C. AG in einem Teilzeitpensum tätig gewesen. Seit 24. März 2011 habe die Gesuchstellerin keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung mehr. Es falle auf, dass die eingereichte Dokumentation ihrer Stellenbemühungen ab diesem Zeitpunkt keine ordentliche Bewerbung mit Motivations schreiben und Lebenslauf enthalte. Zudem habe sich die Gesuchstellerin überwiegend spontan bei potentiellen Arbeitgebern beworben. Die darauf eingegangenen Antwortschreiben würden nur sehr begrenzt Rückschlüsse auf ihre Berufschancen zulassen, da die angeschriebenen Unternehmen über keine Vakanz verfügt hätten. Bewerbungen in Form von Standardschreiben vermöchten ohnehin in keiner Weise das Interesse eines Arbeitgebers an der sich bewerbenden Person zu wecken. Mithin habe die Gesuchstellerin nicht dargetan, dass sie ihr Bewerbungspotential voll ausschöpfe. Sie sei überdurchschnittlich gut ausgebildet und verfüge über langjährige Erfahrung in der Pharmaindustrie sowie über ein grosses Beziehungsnetz. Dass ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt intakt seien, belege der Schlussbericht der Firma K. (...) vom 6. Dezember 2010. Die Firma K. habe einen Arbeitgeber gefunden, welcher der Gesuchstellerin die passende Plattform geboten hätte, um im Erwerbsleben wieder Fuss zu fassen. Die Gesuchstellerin habe die Stelle nicht einmal versuchsweise angetreten. Weiter sei nicht nachvollziehbar, weshalb sie während des Aufenthaltes des Sohnes im Internat ab Januar 2010 keine Weiterbildungen absolviert habe. Es sei zwar notorisch, dass eine jahrelange Praxisferne eine Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens darstelle. Immerhin sei es der Gesuchstellerin aber bereits im Jahr 2008 nach einem sechsjährigen Unterbruch und trotz Sensibilität auf Stressexpositionen gelungen, im Pharmamarkt wieder Fuss zu fassen. Es sei ihr möglich, ihre Arbeitsfähigkeit von 50 % im Pharmamarkt zu verwerten, etwa in einer – wie zuletzt ausgeübten – Tätigkeit in der Lehre, bei der Durchführung von Präsentationen für ein Pharmaunternehmen oder der strategischen und operativen Beratung im Pharmamarkt, wo die langjährige Erfahrung älterer Mitarbeiter geschätzt werde. Dazu sei ihr eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2014 zu gewähren.

3.3 Demgegenüber erachtet die Gesuchstellerin die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit mit einem Pensum von 50% innerhalb von nur 3 1/2 Monaten als unrealistisch. Sie gibt zu bedenken, dass sie gemäss – bestrittener – Einschätzung von Prof. Dr. med. M. in ihrem angestammten Beruf nur zu 50% arbeitsfähig sei, sofern eine erheblich konflikthafte interpersonelle Interaktion und eine Akkumulation von Stressbelastung vermieden würden. Könne ein solches eingeschränktes Belastungsprofil in der Tätigkeit als Produktmanagerin nicht realisiert werden, so bestehe eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Die Vorinstanz habe nicht geprüft, ob es ihr unter diesen Erschwernissen im heutigen Arbeitsmarkt trotz fortgeschrittenen Alters und trotz jahrelanger erfolgloser Suchbemühungen tatsächlich möglich sei, eine Stelle zu finden. Seit 2002 bis heute sei sie nur während acht Monaten in einem Pensum von 30% erwerbstätig gewesen. Selbst die erfahrene Arbeitsvermittlerin der IV habe in neun Monaten keinen geeigneten Arbeitsplatz gefunden. Gemäss der Studien- und Laufbahnberaterin des Berufsinformationszentrums Zug (BLZ) sei sie in ihrem angestammten Berufsfeld nicht mehr auf dem neusten Stand und für eine Stelle im Bereich Administration, Sekretariat, Sachbearbeitung würden ihr die spezifische Aus- und Weiterbildung sowie die notwendige Berufserfahrung fehlen. Im Übrigen seien andere Experten von einer viel tieferen Arbeitsfähigkeit ausgegangen und auch dies nur bei bestmöglichen Bedingungen. Im Scheidungsverfahren sei mit Beschluss vom 2. Juli 2014 ein Gutachten über die Frage der Arbeitsfähigkeit angeordnet worden. Da der Gesuchsgegner leistungsfähig sei, rechtfertige es sich, dieses Gutachten abzuwarten.

3.4 Die Gesuchstellerin stellt die Pflicht zur Aufnahme der Erwerbstätigkeit grundsätzlich nicht in Abrede, erachtet aber die tatsächliche Möglichkeit als nicht vorhanden (Z2 2014 45: act. 1 S. 4). Entgegen ihrem Einwand hat die Vorinstanz durchaus geprüft, ob sie angesichts des Umstandes, dass sie seit 2008 keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgeht, auf dem aktuellen Arbeitsmarkt wieder Fuss fassen kann. Der Vorrichter hat dabei nicht verkannt, dass ein mehrjähriger Unterbruch der Erwerbstätigkeit das wirtschaftliche Fortkommen erschwert (Vi act. 29 Erw. 5.5.3 S. 14). Er kam aber nachvollziehbar zum Schluss, dass die Gesuchstellerin angesichts ihrer Ausbildung und ihres im Beruf erworbenen Erfahrungsreichtums in der Lage sei, ihre Arbeitsfähigkeit von 50% im Pharmamarkt zu verwerten. Die Vorinstanz stützte sich bei ihrer Beurteilung auch auf die Tatsache, dass die Gesuchstellerin nach einem sechsjährigen Erwerbsunterbruch und trotz Sensibilität auf Stressexposition im Jahr 2008 – damals war sie 47 Jahre alt – im Pharmamarkt wieder eine Erwerbstätigkeit aufnehmen konnte. Nachdem sie diese Stelle bei der H.I. AG aufgrund einer Sistierung des Projekts nach sechs Monaten verloren hatte, konnte sie im Jahr 2009 eine Teilzeitanstellung bei der A. AG organisieren (Vi act. 15 S. 6). Sodann fand die Firma Knecht ein Jahr später eine passende Arbeitsstelle, welche die Gesuchstellerin – unbestrittenermassen – nicht einmal versuchsweise angetreten hat (vgl. Vi act. 8/2 S. 12 f.). Es trifft zwar zu, dass dieses Stellenangebot inzwischen rund vier Jahre zurückliegt. Diese Tatsache zeigt aber dennoch, dass trotz des langjährigen Erwerbsunterbruchs und trotz ihres Alters von damals 49 Jahren sowie der gesundheitlichen Beeinträchtigung Chancen auf dem Arbeitsmarkt vorhanden waren. Dass dies vier Jahre später anders sein soll, ist vor dem Hintergrund der guten Ausbildung der Gesuchstellerin, ihrer Beruf-

serfahrung und ihres bestehenden Beziehungsnetzes nicht glaubhaft. Eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes seit 2010 macht sie nicht geltend. Der Arbeitsmarkt hat sich für Fachkräfte seither in der Schweiz eher positiv entwickelt. Dem Einwand der Gesuchstellerin, wonach sie in ihrem angestammten Berufsfeld nicht mehr auf dem neusten Stand sei und für eine Stelle im Bereich Administration, Sekretariat, Sachbearbeitung nicht über eine spezifische Aus- bzw. Weiterbildung verfüge, sind die Ausführungen im angefochtenen Entscheid entgegenzuhalten, wonach die Absolvierung einer Weiterbildung zumutbar gewesen wäre bzw. nach wie vor zumutbar ist, zumal sie Sohn A. nicht persönlich zu betreuen hatte (Vi act. 29 Erw. 5.5.3 S. 14). Dass es gemäss Bericht des BIZ schwierig ist abzuschätzen, inwieweit eine adäquate Weiterbildung einen Wiedereinstieg ermöglichen würde (act. 1/3), entbindet die Gesuchstellerin nicht davon, jegliche Möglichkeiten zur Verbesserung ihrer Aussichten auf einen Wiedereinstieg in das Erwerbsleben wahrzunehmen. Zwar hatte die Gesuchstellerin bis zur Einstellung der Leistung einer Arbeitslosenentschädigung (Aussteuerung) vollen Anspruch auf das Taggeld, worin ein Indiz für genügende Stellenbemühungen liegen kann (Urteil des Bundesgerichts 5P.445/2004 vom 9. März 2005). Der Vorrichter erachtete aber die eingereichten Absagen auf die Spontanbewerbungen der Gesuchstellerin ab März 2011 zur Beurteilung ihrer Berufschancen zu Recht nur sehr begrenzt als aussagekräftig, da die angeschriebenen Unternehmen über keine Vakanz verfügt haben (vgl. Vi act. 16/2). Ausserdem lassen die Absageschreiben tatsächlich keinen Schluss auf die Qualität der Bewerbungen zu. Die Vorinstanz hielt treffend fest, dass Bewerbungen in Form von Standardschreiben in keiner Weise das Interesse eines Arbeitgebers an der sich bewerbenden Person zu wecken vermöge (Vi act. 29 Erw. 5.5.3 S. 13; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_76/2009 vom 4. Mai 2009 E. 6.2.1, 6.3). Zur Glaubhaftmachung, dass sie sich ohne Erfolg ernsthaft und seriös um eine Stelle bemüht hat, hätte die Gesuchstellerin weitere Unterlagen (die Bewerbungsunterlagen) einreichen müssen, insbesondere auch weil sie noch im Jahr 2010 eine angebotene Stelle ohne hinreichende Begründung abgelehnt hatte. Die Zweifel des Gesuchsgegners am Willen der Gesuchstellerin, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, erscheinen vor diesem Hintergrund nachvollziehbar (Z2 2014 45: act. 4 S. 11 in fine).

3.5 Nach dem Gesagten ist der Schluss der Vorinstanz, wonach sich die Gesuchstellerin aufgrund ihrer guten Ausbildung, ihrer Berufserfahrung und ihres Beziehungsnetzes (Vi act. 15 S. 18) trotz ihres Alters von über 50 Jahren wieder im Arbeitsmarkt integrieren könne, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände nicht zu beanstanden. Der erstinstanzliche Richter hat – entgegen der Vorbringen der Gesuchstellerin – konkret angegeben, welche Arbeit in Frage käme, etwa die zuletzt ausgeübte Tätigkeit in der Lehre, Durchführung von Präsentationen für eine Pharmafirma oder strategische und operative Beratung im Pharmamarkt (Vi act. 29 Erw. 5.5.3 S. 14). Tatsächlich kann im Internet unter anderem eine Stelle in der Berufsausbildung von Pharma-Assistenten gefunden werden. So suchte die Frei's Schulen in Luzern noch bis Ende November 2014 eine Lehrperson für berufskundliche Fächer, wobei die Möglichkeit bestanden hätte, die pädagogische Ausbildung berufsbegleitend zu absolvieren. Das Pensum hätte zwar nur ca. 25% betragen, wäre aber immerhin eine Möglichkeit gewesen, wieder in das Erwerbsleben einzusteigen und hätte gleichzeitig eine zusätzliche Ausbil-

dung beinhaltet (<http://de.pharmapro.ch>). Sodann erscheint der Einwand der Gesuchstellerin, dass eine passende Teilzeitstelle während längerer Zeit nicht zur Verfügung stehe, nicht glaubhaft, insbesondere auch angesichts der Tatsache, dass sie im Jahre 2008 eine geeignete Stelle in einem Pensum von 30 % gefunden hatte, sie auch ein Jahr später wieder eine Teilzeitstelle hat finden können und ihr sodann im Jahr 2010 eine Stelle angeboten wurde.

4. Umstritten ist sodann auch die Höhe des erzielbaren Einkommens. Die Gesuchstellerin erachtet einen Lohn von CHF 3200.– aufgrund ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung als unrealistisch. Sie stellt sich auf den Standpunkt, der sich aus der SUVA-Abrechnung ergebende Nettolohn von CHF 3442.50 müsse aufgrund der erhöhten Anforderungen an eine Arbeitsstelle um mindestens 30 % gekürzt werden. Entsprechend dürfe ihr ein hypothetisches Einkommen von höchstens CHF 2400.– angerechnet werden. Damit liege – im Vergleich zur bisherigen SUVA-Rente von CHF 3240.– eine wesentliche und dauerhafte Änderung vor, so dass der Unterhaltsbeitrag nach Ablauf einer Übergangsfrist auf CHF 2454.60 zu erhöhen sei (Z2 2014 45: act. 1 S. 8).

Demgegenüber kritisiert der Gesuchsgegner, das vom Vorrichter angerechnete Einkommen von CHF 3200.– sei zu tief (Z2 2014 45: act. 4 S. 12). Zur Begründung trägt er vor, die Vorinstanz habe bei einem Pensum von 50 % auf der Basis der halben SUVA-Rente immerhin ein Erwerbseinkommen von CHF 3442.50 pro Monat errechnet. Nach den weiteren Erwägungen im angefochtenen Entscheid ergäbe sich gemäss Lohnstrukturhebung ein Einkommen von CHF 4105.–, gestützt auf das Lohnbuch 2013 als Beraterin in der pharmazeutischen Industrie sogar ein Nettoeinkommen von CHF 5173.–, ein solches von CHF 4572.50 in der Forschung und Entwicklung sowie von CHF 4004.50 im Projektmanagement (Z2 2014 46: act. 1 S. 20).

4.1 Der Auffassung der Gesuchstellerin, wonach das Nettoeinkommen gestützt auf die SUVA-Abrechnung aufgrund der Anforderung an eine Arbeitsstelle – nämlich geringe Stressbelastung und keine konflikthafte interpersonelle Interaktionen – um 30 % zu reduzieren sei, kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz ging gestützt auf das Gutachten von Prof. Dr. med. M. vom 13. März 2012 von einer Arbeitsfähigkeit von nur 50 % aus. Gemäss Gutachten ist ein Pensum von acht Stunden pro Tag mit einer Einschränkung auf gesamthaft 50 % der effektiven Arbeitsleistung denkbar, um eine Akkumulation von Stressbelastungen im Sinne von Zeitdruck bei Arbeitshäufung zu vermeiden (Vi act. 29 Erw. 5.5.2 S. 10 f.). Mithin wurde bei der Annahme einer Arbeitsfähigkeit von nur 50 % die eingeschränkte Leistungsfähigkeit berücksichtigt, weshalb das angerechnete Einkommen nicht zusätzlich um 30 % zu reduzieren ist.

4.2 Zur Bemessung des hypothetischen Einkommens bei einer Arbeitsfähigkeit von 50 % stellte die Vorinstanz im Übrigen nicht auf eine Abrechnung der SUVA ab, sondern auf das von der Gesuchstellerin in der Zeit vom 1. März bis 31. Oktober 2008 erzielte Erwerbseinkommen, als sie in einem Pensum von 30 % bei der H.I. AG tätig war. Der Nettolohn betrug unbestrittenermassen CHF 1913.50 pro Monat, aufgerechnet auf ein Pensum vom 50 % errechnete

die Vorinstanz ein Einkommen von CHF 3189.15 und setzte das anzurechnende hypothetische Einkommen dementsprechend auf CHF 3200.– fest (Vi act. 29 Erw. 5.5.4). Zwar zog der erstinstanzliche Richter Vergleichszahlen wie die Höhe der inzwischen eingestellten SUVA-Rente, die Lohnstrukturerhebung 2010 sowie das Lohnbuch 2013 heran. Letztlich stellte er aber angesichts des Erfordernisses einer tiefen Stressbelastung auf das im Jahr 2008 aus der Tätigkeit bei der H.I. AG erzielte Einkommen ab. Dies ist nicht zu beanstanden. Zwar ergaben die anderen im angefochtenen Entscheid aufgeführten Methoden bzw. Berechnungen ein höheres Einkommen. Dabei handelt es sich jedoch – bis auf die Berechnung gestützt auf die SUVA-Rente – um statistische Zahlen. Ein Abstellen auf den im Jahr 2008 – bei eingeschränkter Stressbelastbarkeit – effektiv erzielten Lohn dürfte dem tatsächlich realisierbaren Einkommen am nächsten kommen.

5. Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin das hypothetische Einkommen von CHF 3200.– ab 1. Januar 2015 an (Vi act. 29 Erw. 5.5.4 S. 15). Der Gesuchsgegner hält die Gewährung einer Übergangsfrist als nicht gerechtfertigt. Er gibt zu bedenken, dass die Gesuchstellerin schon lange wisse, dass ihr eine Arbeitsfähigkeit von 50 % attestiert werde. Seit dem 24. März 2011 sei sie ausgesteuert. Sohn A. besuche eine Tagesschule oder ein Internat. Die Voraussetzungen für einen sanften Wiedereinstieg seien somit optimal gewesen. Es sei willkürlich, wenn der Gesuchstellerin – nachdem die Leistungen aus der Arbeitslosenkasse eingestellt worden sind – nun zusätzlich eine Übergangsfrist von fast vier Jahren bis zur Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens gewährt werde (Z2 2014 46: act. 1 S. 19).

Demgegenüber verlangt die Gesuchstellerin aufgrund der Rehabilitationszeit nach einer Schuleroperation am 30. September 2014 eine Verlängerung der Übergangsfrist bis 1. Januar 2016 (Z2 2014 45: act. 1 S. 9).

5.1 Ein hypothetisches Einkommen kann grundsätzlich nur nach einer gewissen Umstellungsfrist angerechnet werden. Dabei reichen Fristen von einigen wenigen Monaten für eine seriöse Stellensuche in der Regel nicht aus (Schwenzer, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKommentar Band I: ZGB, 2. A., Bern 2011, Art. 125 N 16). Massgebend sind aber die konkreten Umstände des einzelnen Falles. Von Bedeutung ist etwa, ob die geforderte Umstellung für den betroffenen Ehegatten voraussehbar war (Urteil des Bundesgerichts 5P.388/2003 vom 7. Januar 2004 E. 1.2, in: Pra 2004 Nr. 96 S. 556). So hat das Bundesgericht im Falle einer Ehefrau, welche seit drei Jahren vom Ehemann getrennt gelebt und keine Anstalten für die von diesem verlangte Ausdehnung ihrer Erwerbstätigkeit getroffen hatte, die Einräumung einer nur sehr kurzen – zum Zeitpunkt der Fällung des bundesgerichtlichen Urteils bereits verstrichenen – Frist geschützt (Urteil des Bundesgerichts 5P.418/2001 vom 7. März 2002 E. 5c). Einer anderen Ehefrau wurde für eine abgeschlossene und in der Vergangenheit liegende Zeitspanne ein hypothetisches Einkommen angerechnet, weil sie sich während besagter Zeit gar nicht um eine Arbeitsstelle bemüht hatte, obwohl ihr eine Erwerbstätigkeit tatsächlich möglich und zuzumuten gewesen wäre (Urteil des Bundesgerichts 5P.170/2004 vom 1. Juli 2004 E. 1.2.2).

5.2 Vorstehend wurde bereits festgehalten, dass die Gesuchstellerin gewisse Bemühungen für den Wiedereinstieg ins Erwerbsleben unternommen hatte (vgl. Vi act. 16/2). Es ist ihr zwar vorzuwerfen, dass sie die angebotene Stelle, welche die K. AG gefunden hatte, ohne hinreichende Begründung nicht angetreten hat und sie auch nach dem Wegfall der Arbeitslosenentschädigung im März 2011 keine Massnahmen zur Verbesserung ihrer Chancen auf dem Arbeitsmarkt, zum Beispiel die Absolvierung einer Weiterbildung, getroffen hat. Da Sohn A. damals im Internat weilte, wäre ihr dies durchaus zumutbar gewesen. Wie bereits erwähnt, hat die Gesuchstellerin alle Möglichkeiten zur Verbesserung ihrer Chancen auf dem Arbeitsmarkt auszuschöpfen. Dennoch ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Gesuchstellerin eine kurze Frist von drei Monaten bis Ende 2014 eingeräumt hat. Zum einen blieb die Gesuchstellerin nicht gänzlich untätig, sondern hat sich nach der Aussteuerung weiterhin spontan beworben, wie die Absageschreiben belegen (Vi act. 16/2). Zum andern ist eine Frist von drei Monaten eher knapp bemessen, erscheint aber nach dem Gesagten aufgrund der konkreten Umstände in diesem Fall angemessen.

5.3 (...)

5.4 Sodann ist auch ein Abwarten bis zum Vorliegen des im Scheidungsverfahren zur Arbeitsfähigkeit veranlassten Gutachtens nicht angezeigt. Die Vorinstanz erachtete das Gutachten von Prof. Dr. med. M. als schlüssig sowie nachvollziehbar begründet und stellte darauf ab. Die Gesuchstellerin hält dagegen, bei Professor M. handle es sich um einen Arzt der SUVA. Zwei andere Experten seien von einer tieferen Arbeitsfähigkeit ausgegangen. Damit vermag sie indes nicht substantiiert darzutun, dass die Vorinstanz nicht hätte auf das Gutachten von Prof. M. abstellen dürfen. Im Rahmen der Begründungspflicht hat sich die Berufungsklägerin mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheides auseinanderzusetzen und die Fehlerhaftigkeit der angefochtenen Begründung darzulegen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Entsprechend ist eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage, welche nicht darauf eingeht, was von der Vorinstanz vorgebracht worden ist, unzureichend (Hungerbühler, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 311 N 37). Die Vorinstanz hat nachvollziehbar begründet, weshalb sie auf das Gutachten von Prof. M. abstellte (Vi act. 29 Erw. 5.5.2). Damit setzt sich die Gesuchstellerin nicht ansatzweise auseinander, sondern wiederholt die bereits vor erster Instanz vorgebrachten Einwände gegen das Gutachten von Prof. M. (vgl. Vi act. 29 Erw. 5.5). Da sich der erstinstanzliche Richter in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit bei seinem Entscheid demnach auf eine Fachmeinung abstützen konnte, brauchte er im Summarverfahren das Vorliegen des im Scheidungsverfahren veranlassten – bei Erlass des angefochtenen Entscheides noch nicht in Auftrag gegebenen – Gutachtens nicht abzuwarten, um der Gesuchstellerin ein hypothetisches Einkommen anrechnen zu können (vgl. Vi act. 29 Erw. 5.5.2).

6. Der Gesuchsgegner rügt, die Vorinstanz habe der Gesuchstellerin keine hypothetischen Mieterträge aus ihrer Wohnung in Mailand angerechnet, obschon sie bis heute trotz entsprechender Aufforderung keinen Grundbuchauszug eingereicht habe. Es liege einzig ein handschriftlich-

es Papier in den Akten, welches ein Nutzniessungs- oder Wohnrecht zugunsten der Mutter behaupte. Damit sei aber nicht glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin jährlich EUR 8000.- bis EUR 10'000.- für die Wohnung aufbringe, ohne aber einen Ertrag daraus zu erwirtschaften. Weiter moniert der Gesuchsgegner, der Verkaufspreis von EUR 22'400.- für die Immobilie am Gardasee habe nicht dem Verkehrswert entsprochen. In Bezug auf das von der Gesuchstellerin ihm (dem Gesuchsgegner) gewährte Darlehen in der Höhe von CHF 550'000.- trägt er vor, die Gesuchstellerin habe nicht belegt, dass sie den Soll-Saldo von CHF 256'221.- ihres Bankkontos durch ein Darlehen ihrer Familie in der Höhe von CHF 256'000.- ausgeglichen habe. Sodann liege bis heute kein Nachlassinventar betreffend das Erbe des Vaters der Gesuchstellerin vor (Z2 2014 46: act. 1 S. 14 ff.). Den Kauf einer Eigentumswohnung in Zug habe die Gesuchstellerin dem Gericht verschwiegen. An der Parteibefragung vom 12. Dezember 2013 habe sie auf Fragen zu ihrer Wohnsituation hin den Anschein vermittelt, dass sie durch die Kündigung der bisherigen Wohnung einen günstigeren Mietzins zu erlangen versucht habe (Z2 2014 46: act. 1 S 6).

Der Gesuchsgegner macht bezüglich keines seiner Vorbringen eine erhebliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse seit dem Entscheid vom 12. Oktober 2011 geltend. Im angefochtenen Entscheid wird festgehalten, dass die Gesuchstellerin bereits im Verfahren ES 2010 770, in welchem der Entscheid vom 12. Oktober 2011 ergangen ist, unter Wahrheitspflicht zu Protokoll gegeben habe, dass sie zur Gewährung des Darlehens an den Gesuchsgegner einen Kredit von CHF 550'000.- habe aufnehmen müssen. Dieser sei zurückbezahlt worden, weshalb sie nicht mehr über dieses Vermögen verfüge (Vi act. 29 Erw. 5.3.3). Eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ist nicht ersichtlich. Vielmehr rügt der Gesuchsgegner die bereits im Entscheid vom 12. Oktober 2011 vorgenommene Beweiswürdigung, womit er im vorliegenden Verfahren betreffend Abänderung von vorsorglichen Massnahmen grundsätzlich nicht zu hören ist. Darüber hinaus legt der Gesuchsgegner nicht ansatzweise dar, in welcher Höhe ein hypothetischer Vermögensertrag seiner Ansicht nach hätte angerechnet werden müssen. Dasselbe gilt in Bezug auf die von ihm verlangte Anrechnung eines hypothetischen Einkommens aus der Vermietung der Wohnung in Mailand. Auch im Entscheid vom 12. Oktober 2011 wurden keine Erträge aus der Wohnung angerechnet, wobei bereits damals kein Grundbuchauszug vorlag. Die Vorinstanz hielt zu Recht fest, dass der Gesuchsgegner eine Veränderung der Entscheidungsgrundlage nicht glaubhaft gemacht habe (Vi act. 29 Erw. 5.3.2). Immerhin bestreitet die Gesuchstellerin nicht, bis jetzt keinen Grundbuchauszug betreffend die Wohnung in Mailand eingereicht zu haben. Sollte sich in einem späteren Zeitpunkt – insbesondere im Scheidungsverfahren – herausstellen, dass das behauptete Wohnrecht der Mutter nicht besteht, könnte dies wegen missbräuchlichen Verhaltens berücksichtigt werden (vgl. Leuenberger, a.a.O., Anh. ZPO Art. 276 N 10; vgl. LGVE 2007 I Nr. 7). Selbiges würde auch in Bezug auf das noch fehlende Nachlassinventar gelten, sollte die Gesuchstellerin dieses – obschon vorhanden – bewusst nicht einreichen, wie dies der Gesuchsgegner sinngemäss behauptet (Z2 2014 46: act. 1 S. 16). Was der Gesuchsgegner aus seinem weiteren Einwand, wonach der Kaufpreis der Immobilie am Gardasee nicht dem Verkehrswert des Grundstückes entsprochen habe, für das vorliegende Verfahren zu seinen Gunsten ableiten

will, legt er wiederum nicht substantiiert dar. Er erachtet selber als belegt, dass die Gesuchstellerin die Immobilie effektiv für EUR 22'400.- an ihren Bruder Riccardo Pincini verkauft hat (Z2 2014 46: act. 1 S. 15 f.).

7. Nach dem Gesagten ist die im angefochtenen Entscheid vorgenommene Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von CHF 3200.- ab 1. Januar 2015 zu bestätigen. (...)

8. Der Gesuchsgegner verlangt die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheides und beantragt, er sei zu verpflichten, an den Unterhalt des Sohnes A. mit Wirkung ab 1. Mai 2013 bis 31. August 2014 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 1685.-, inkl. allfälliger Kinderzulagen, und mit Wirkung ab 1. September 2014 einen solchen von CHF 500.- zu bezahlen, zuzüglich der Hälfte der über dem jährlich bereits erhobenen Betrag von CHF 2700.- liegenden ausgewiesenen Kosten für die Fremdplatzierung. Zur Begründung trägt er im Wesentlichen vor, gemäss Entscheid der KESB Zug vom 29. August 2014 sei A. nun im Wocheninternat Horbach untergebracht und besuche nicht mehr die Tagesschule, wovon der erstinstanzliche Richter noch ausgegangen sei. Für die Wochenend- und Ferienplatzierung habe die Beiständin eine passende Pflegefamilie zu organisieren. Die Kosten für Ernährung, Unterkunft sowie Pflege und Erziehung würden daher wegfallen. Da der Gesuchstellerin die Obhut über A. entzogen und dieser fremdplatziert worden sei, könne sie derzeit keinerlei Leistungen in natura erbringen. Sobald die Beiständin das Besuchsrecht organisiert habe, würden mit der Ausübung des Besuchsrechts bei beiden Eltern gleichermaßen Kosten anfallen. Im Moment sei eine Kostenbeteiligung am Kinderunterhalt von CHF 500.- ausreichend. Sollten für die Fremdplatzierung höhere Kosten als die ursprünglich erhobenen CHF 2700.- pro Jahr anfallen, werde er sich an diesen Mehrkosten zur Hälfte beteiligen (Z2 2014 46: act. 1 S. 8 ff.).

8.1 Der Entscheid der KESB vom 29. August 2014 lag der Vorinstanz im Zeitpunkt der Entscheidung offenkundig noch nicht vor, sondern wurde vom Gesuchsgegner erst im Berufungsverfahren eingereicht. Die KESB übermittelte den Entscheid dem Rechtsvertreter des Gesuchsgegners am 29. August 2014 vorgängig per Fax (Z2 2014 46: act. 1/3). Bis zur Urteilsfällung hätte die Vorinstanz neue Tatsachen und Beweismittel noch berücksichtigt (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Ob diese neue Tatsache im Berufungsverfahren überhaupt berücksichtigt werden kann (vgl. BGE 138 III 625 E. 2.2), braucht indes nicht abschliessend geklärt zu werden. So oder anders erweisen sich die Vorbringen des Gesuchsgegners als unbegründet. Denn im Zeitpunkt des Entscheides vom 12. Oktober 2011 war A. im Internat Dr. Bosshard in Unterägeri untergebracht. Seinen Grundbetrag hatte der Einzelrichter dennoch allein der Gesuchstellerin angerechnet. Gemäss Entscheid der KESB besucht er nun wieder ein Internat. Da die Unterbringung von A. an den Wochenenden sowie in den Ferien bei einer Pflegefamilie nur anfänglich vorgesehen ist, haben sich die tatsächlichen Verhältnisse, welche dem Entscheid vom 12. Oktober 2011 zugrunde lagen, nicht erheblich und dauerhaft verändert (Z2 2014 46: act. 1/3). Gegen die Erhöhung des Grundbetrages von CHF 400.- auf CHF 600.- aufgrund des Alters von A. opponiert der Gesuchsgegner nicht.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 14. Januar 2015

Eine dagegen von der Gesuchstellerin erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 13. August 2015 (5A_144/2015) ab.

1.4 Art. 276 ZPO, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 2 BV

Regeste:

Art. 276 ZPO, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV – Wird einer Partei die Eingabe der Gegenpartei zur Kenntnisaufnahme zugestellt, ist mit der Entscheidfällung zuzuwarten, bis angenommen werden darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet, damit das Äusserungsrecht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs nicht beschnitten wird (E. 2.3.2 f.). Die Kostenvorschusspflicht setzt unter anderem die Bedürftigkeit des ansprechenden Ehegatten voraus. Konnte dieser unbestritten zur Finanzierung einer Eigentumswohnung bei einer Bank eine Hypothek von CHF 800 000.– aufnehmen, setzt die Tragbarkeit der Hypothek entsprechende finanzielle Mittel voraus. Mithin ist nicht glaubhaft, dass der ansprechende Ehegatte bedürftig ist (E. 3). Hat eine Partei ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt, so darf sie nicht vorbehaltlos zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet werden, wenn über das Gesuch noch nicht befunden worden ist (E. 4).

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Die Gesuchstellerin verlangt vom Gesuchsgegner die Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses von CHF 39 000.–, falls er die ausstehenden Unterhaltsbeiträge nicht begleicht. Sollte die offene Unterhaltsforderung hingegen nun bezahlt werden, würde sie die Berufung im materiellen Teil zurückziehen (act. 1 S. 5).

2.1 Die Kostenvorschusspflicht geht als Ausfluss der ehelichen Solidarität der staatlichen Fürsorge vor. Deshalb hat ein bedürftiger Ehegatte keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung, soweit der andere Gatte leistungsfähig ist (Isenring / Kessler, in: Basler Kommentar ZGB I, 5. A., 2014, Art. 163 N 17 mit weiteren Hinweisen). Voraussetzung für die Zurechnung eines solchen Vorschusses ist in erster Linie, dass die Sache nicht aussichtslos ist. Im Weiteren setzt sie einerseits die Bedürftigkeit des ansprechenden und andererseits die Leistungsfähigkeit des angesprochenen Ehegatten voraus (Bräm / Hasenböhler, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich 1998, Art. 159 ZGB N 135). Die Beistandsbedürftigkeit ist gegeben, wenn der Ansprecher ohne Beeinträchtigung des angemessenen Lebensunterhalts nicht über eigene Mittel rechtlich oder tatsächlich und binnen nützlicher Frist verfügen kann, die für die

gehörige Prozessführung erforderlich sind. Solange ein Ehegatte den Prozess aus eigenen Mitteln finanzieren kann, ohne bedürftig zu werden, bedarf es keines Vorschusses, selbst wenn der andere Teil zu dessen Leistung in der Lage wäre oder sogar wirtschaftlich besser gestellt ist (vgl. Bühler/Spühler, Berner Kommentar, 1980, Art. 145 aZGB N 268 f. und 273).

2.2 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass das Scheidungsverfahren (A1 2010 116), auf welches sich das Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses bezieht, nicht aussichtslos ist.

2.3 Die Vorinstanz erwog in Bezug auf die Bedürftigkeit, die Gesuchstellerin habe aus rückständigen Unterhaltszahlungen für die Zeit von Mai 2013 bis September 2014 gestützt auf den Entscheid vom 8. September 2014 noch einen Betrag von CHF 58 480.– bzw. CHF 61 880.– (für den Sohn CHF 3 400.– bzw. CHF 6 800.– [je nachdem, ob die Kinderzulagen bisher geleistet worden seien] und CHF 55 080.– für sie persönlich) zugute. Dieser Betrag liege weit über den Kostenvorschüssen für die Gutachten. Nach der Tilgung der zur Bestreitung des Lebensunterhaltes in der Zeit von Mai 2013 bis Ende September 2014 angehäuften Schulden von CHF 22 661.– (monatliche Verschuldung CHF 1 333.– während 17 Monaten), verbleibe ihr immer noch ein Betrag von mindestens CHF 35 819.–. Damit sei die Gesuchstellerin in der Lage, den grössten Teil der Vorschüsse zu begleichen. Den Restbetrag von CHF 3 181.– könne sie mit vier monatlichen Raten von CHF 700.– und einer Rate von CHF 381.– tilgen.

2.3.1 Die Gesuchstellerin stellt ihren Anspruch auf Unterhaltszahlungen in der Höhe von über CHF 60 000.– nicht in Abrede. Sie wendet aber ein, weil der Gesuchsgegner seiner Verpflichtung trotz Betreibung bislang nicht nachgekommen sei, könne sie die Kostenvorschüsse für die Erstellung der Gutachten nicht bezahlen. Der Gesuchsgegner handle krass gegen Treu und Glauben, wenn er einerseits in der Stellungnahme vom 9. März 2015 ausführe, er müsse Unterhaltsbeiträge von rund CHF 60 000.– bezahlen, was die Gutachterkosten bei Weitem übersteige, andererseits diesen Betrag aber treuwidrig nicht bezahle. Indem die Vorinstanz ihr die Stellungnahme des Gesuchsgegners erst mit dem angefochtenen Entscheid zugestellt habe, sei ihr das rechtliche Gehör verwehrt worden.

2.3.2 Als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs haben die Parteien Anspruch darauf, im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu replizieren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV). Dementsprechend ist es den Gerichten verboten, einer Partei das Äusserungsrecht zu eingegangenen Stellungnahmen bzw. Vernehmlassungen der übrigen Verfahrensparteien, unterer Instanzen und weiterer Stellen abzuschneiden. Die Partei ist vom Gericht nicht nur über den Eingang dieser Eingaben zu orientieren; sie muss ausserdem die Möglichkeit zur Replik haben. Wird einer Partei eine Eingabe zur Kenntnisnahme zugestellt und möchte sie nochmals zur Sache Stellung nehmen, so hat sie dies nach Treu und Glauben umgehend zu tun. In der Regel ist mit der Entscheidung zuzuwarten, bis angenommen werden darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGE 133 I 98 E. 2.1 S. 99; Urteil des Bundesgerichts 5A_370/2009 vom 4. August 2009 E. 4.3).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist grundsätzlich formeller Natur. Stellt die Rechtsmittelinstanz eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz fest, so leidet der Entscheid an einem schweren Mangel und ist aufgrund der sogenannten formellen Natur des Gehörsanspruchs aufzuheben, unabhängig davon, ob das Urteil ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre. Eine Heilung ist immerhin zulässig, wenn die Gehörsverletzung nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (Sutter-Somm/Chevalier in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 53 N 26 f. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

2.3.3 Das Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses hat die Gesuchstellerin am 24. September 2014 bei der Vorinstanz eingereicht. In diesem Zeitpunkt waren die gegen den Entscheid vom 8. September 2014 von den Parteien eingeleiteten Berufungsverfahren noch hängig (Z2 2014 45/46). Da der Berufung des Gesuchsgegners in dem Sinne aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, dass die im Entscheid vom 8. September 2014 verfügten Unterhaltsbeiträge einstweilen ab 1. Oktober 2014 galten, bestand für die Unterhaltsbeiträge von Mai 2013 bis September 2014 in der Höhe von über CHF 60 000.- (inkl. Kinderzulagen) erst nach der Abweisung der Berufungen durch das Obergericht am 14. Januar 2015 ein vollstreckbarer Titel. Dieses Urteil wurde seitens des Gesuchsgegners nicht mehr angefochten. Damit hat sich die Ausgangslage im Hinblick auf das Verfahren um Leistung eines Prozesskostenvorschusses geändert. Der Gesuchsgegner stellte in seiner Vernehmlassung vom 9. März 2015 die Bedürftigkeit der Gesuchstellerin unter anderem aufgrund der ihr nun zustehenden Unterhaltsbeiträge in Abrede. Eine Zustellung der Gesuchantwort vor Erlass des angefochtenen Entscheides hätte sich aufgedrängt, um der Gesuchstellerin die Einreichung einer Replik zu ermöglichen, falls sie dies als notwendig erachtet hätte. Indem die Vorinstanz dies unterlassen hat, wurde der Gehörsanspruch der Gesuchstellerin verletzt. Ob die Verletzung des rechtlichen Gehörs im Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann, braucht gestützt auf die nachstehenden Erwägungen aber nicht abschliessend geklärt zu werden.

3. Der Gesuchsgegner moniert, die Vorinstanz habe den Umstand, dass die Gesuchstellerin zwischenzeitlich mit Eigenmitteln von CHF 400 000.- eine Eigentumswohnung zum Preis von rund CHF 1.2 Mio. erworben habe, nicht beachtet. Die Gesuchstellerin habe es bis heute unterlassen, die Belege betreffend die Finanzierung der Wohnung einzureichen. Insbesondere sei von Interesse, wie das finanzierende Institut die Tragbarkeit der Hypothek über CHF 800 000.- berechnet habe. Um eine Hypothek in dieser Höhe finanzieren zu können, müsse die Gesuchstellerin über ein Einkommen von rund CHF 150 000.- verfügen. Es sei somit mehr als glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin über unbelegte Einnahmequellen und Geldmittel verfügen müsse, ansonsten ihr die Finanzierung der Wohnung nicht gewährt worden wäre. Bei einem Einkommen von CHF 150 000.- sei die Gesuchstellerin ohne Weiteres in der Lage, die bei ihr erhobenen Vorschüsse zu bezahlen (act. 5).

3.1 Der Gesuchsgegner hat bereits in seiner Stellungnahme im erstinstanzlichen Verfahren

die Bedürftigkeit der Gesuchstellerin insbesondere unter Verweis auf den Erwerb einer Eigentumswohnung zum Preis von CHF 1.2 Mio. in Abrede gestellt. Da die Vorinstanz ihren Entscheid einzig mit dem Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin begründete, brauchte die Gesuchstellerin in ihrer Berufung zwar grundsätzlich nicht zwingend substantiiert auf diese Vorbringen des Gesuchsgegners einzugehen. Nachdem der Gesuchsgegner aber in der Stellungnahme zur Berufung – welche der Gesuchstellerin am 29. Juni 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde – erneut vor allem den Erwerb der Eigentumswohnung ins Feld führte, um die Bedürftigkeit der Gesuchstellerin zu verneinen, hätte für die Gesuchstellerin Anlass bestanden, spätestens in diesem Zeitpunkt zu den Ausführungen des Gesuchsgegners substantiiert Stellung zu nehmen. In ihrer Berufung stellte sie lediglich in Abrede, dass ihr liquide Mittel zur Verfügung stünden und sie die Hypothek aufstocken könne. Sie habe gegenüber der Bank kein Einkommen von CHF 150 000.– deklarieren müssen (act. 1 S. 6). Es ist indes notorisch, dass Finanzinstitute bei der Prüfung der Tragbarkeit in der Regel von einem Hypothekarzins von 5% sowie Nebenkosten von 1% des Verkehrswertes ausgehen, wobei dieser Betrag nicht mehr als rund einem Drittel des Einkommens entsprechen soll (vgl. Websites diverser Banken und der Basler Versicherungen). Wie der Gesuchsgegner richtig festhält, ergäbe dies vorliegend ein notwendiges Jahreseinkommen von rund CHF 150 000.–. Vor diesem Hintergrund reicht es für eine substantiierte Bestreitung nicht aus, wenn die Gesuchstellerin die Deklaration eines Einkommens von CHF 150 000.– in allgemeiner Weise in Abrede stellt, ohne aber nachvollziehbar darzutun, wie sie den Kaufpreis von CHF 1.2 Mio. konkret hat aufbringen und wie sie insbesondere das finanzierende Institut von der Tragbarkeit einer Hypothek von CHF 800 000.– hat überzeugen können. Da sie dies auch nach Zustellung der Berufungsantwort weiterhin unterlässt, muss Verzicht auf eine weitere Stellungnahme zu den Vorbringen des Gesuchsgegners angenommen werden (Urteil des Bundesgerichts 4A_747/2012 vom 5. April 2013 E. 3.3). Mithin wurden die Vorbringen des Gesuchsgegners in der Berufungsantwort nicht substantiiert bestritten, wonach die Gesuchstellerin über ein jährliches Einkommen von CHF 150 000.– verfügen müsse, da andernfalls kein Finanzinstitut die Tragbarkeit der Hypothek von CHF 800 000.– bejaht hätte. Dementsprechend gelingt der Gesuchstellerin die Glaubhaftmachung ihrer Bedürftigkeit nicht.

(...)

4. Die Gesuchstellerin stellt – wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren – erneut den Antrag, die Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses gemäss Beschluss vom 2. Juli 2014 sei bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Gesuch betreffend unentgeltliche Rechtspflege abzunehmen.

Die Vorinstanz führt diesbezüglich zwar zutreffend aus, dass der Kostenvorschuss der Gesuchstellerin erst nach Einreichung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auferlegt worden sei, weshalb sie bei Gutheissung des Gesuchs von der Vorschusspflicht befreit wäre. Bei rechtskräftiger Abweisung des Antrages auf Prozesskostenvorschuss müsse

deshalb zuerst das Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege erledigt werden, bevor die Folgen von Art. 102 Abs. 3 ZPO eintreten würden. Sie zieht daraus indes den falschen Schluss, dass sich eine Fristabnahme bzw. -erstreckung erübrige (Vi-act. 4 Erw. Ziff. 9). Da das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bereits lange vor dem Beschluss vom 2. Juli 2014 anhängig gemacht wurde, hätte die Gesuchstellerin vor Erledigung des hängigen Verfahrens betreffend unentgeltliche Rechtspflege nicht vorbehaltlos zur Bezahlung eines Kostenvorschusses verpflichtet werden dürfen (Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO). Dementsprechend ist die angesetzte Frist zur Leistung der Beweiskostenvorschüsse antragsgemäss abzunehmen. Sie ist gegebenenfalls nach dem Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege vom Scheidungsrichter neu anzusetzen.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 19. August 2015

1.5 Art. 276 ZPO, Art. 274 Abs. 2 ZGB

Regeste:

Art. 276 ZPO, Art. 274 Abs. 2 ZGB – Ein Entzug des Besuchsrechts kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet wird, die Eltern das Besuchsrecht pflichtwidrig ausüben, sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert haben oder andere wichtige Gründe vorliegen. Es entspricht in der Regel nicht dem Wohl des Kindes, wenn jeglicher Kontakt zwischen ihm und dem nicht obhutsberechtigten Elternteil verhindert wird. Wurde die Belastung der Kinder durch die Besuchskontakte bei der Gestaltung des Besuchsrechts berücksichtigt, so rechtfertigt sich eine Änderung bzw. ein Entzug des angeordneten Besuchsrechts nicht, wenn die ersten Besuche erwartungsgemäss nicht reibungslos verliefen.

Aus dem Sachverhalt:

(...)

4. Mit (...) Eheschutzverfügung 18. Juni 2012 regelte der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug die Verhältnisse während des Getrenntlebens. Er stellte die drei Kinder unter die elterliche Obhut der Gesuchstellerin. Von der Einräumung eines Besuchs- und Ferienrechts sah er ab. (...)

5. Die dagegen erhobene Berufung des Gesuchsgegners hiess das Obergericht gut und wies die Sache mit Urteil vom 20. März 2013 zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

6. Mit Endentscheid vom 3. Februar 2014 nahm der Einzelrichter davon Vormerk, dass die Parteien den gemeinsamen Haushalt für unbestimmte Zeit aufgehoben haben. Die beiden

unmündigen Töchter stellte er unter die Obhut der Gesuchstellerin. Ein Besuchs- und Ferienrecht wurde nicht eingeräumt. Weiter legte er die vom Gesuchsgegner zu bezahlenden Kinderunterhaltsbeiträge fest.

7. In teilweiser Gutheissung der dagegen erhobenen Berufung wurde der Gesuchsgegner mit Urteil vom 7. Mai 2014 des Obergerichts Zug berechtigt und verpflichtet, die Kinder V. und E. je am zweiten Sonntag des Monats zwischen 14.00 Uhr und 16.00 Uhr im Rahmen der begleiteten Besuchstage Zug BBT (Kinder- und Jugendberatung Zug) auf eigene Kosten zu besuchen. Die Begleitung wurde auf sechs Monate befristet. Weiter ordnete das Obergericht eine Besuchsrechtsbeistandschaft an.

8. Mit Eingabe vom 6. Oktober 2014 beantragte die Gesuchstellerin beim Einzelrichter des Kantonsgerichts Zug, in Abänderung des Urteils des Obergerichts vom 7. Mai 2014 sei dem Gesuchsgegner für die Dauer des Scheidungsverfahrens kein Besuchs- und Ferienrecht zuzusprechen. Das Besuchsrecht sei für die Dauer des Verfahrens superprovisorisch zu sistieren. Eventualiter sei dem Gesuchsgegner eine kurze, nicht erstreckbare Frist für eine Stellungnahme anzusetzen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners.

9. Der Einzelrichter am Kantonsgericht wies das Gesuch mit Entscheid vom 9. Oktober 2014 vollumfänglich ab und auferlegte die Gerichtskosten von CHF 500.- der Gesuchstellerin.

10. Gegen diesen Entscheid reichte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 15. Oktober 2014 (fristgerecht) Berufung beim Obergericht des Kantons Zug ein, (...)

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. Die Gesuchstellerin erachtet das Kindeswohl bei einer Weiterführung des mit Urteil des Obergerichts vom 7. Mai 2014 angeordneten Besuchsrechts als extrem gefährdet.

2.1 Der erstinstanzliche Einzelrichter am Kantonsgericht Zug verneinte das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Abänderung des angeordneten Besuchsrechts. Zur Begründung hielt er fest, dass sich das Obergericht mit den Aussagen der Kinder an der Anhörung durch die Vorinstanz auseinandergesetzt habe. Es habe erwogen, dass eine Abwehrhaltung des Kindes gegen den nicht obhutsberechtigten Elternteil noch keine Gefährdung des Kindeswohls darstelle, welche eine gänzliche Verweigerung des Besuchsrechts rechtfertigen würde. Das Wohl des Kindes sei nicht nur mit Blick auf sein momentanes Befinden, sondern mit Blick auf seine künftige Entwicklung zu beurteilen. Dabei habe das Obergericht nicht verkannt, dass die Zusammenführung von V. und E. mit dem Gesuchsgegner – zumindest anfänglich – aufgrund des seit längerer Zeit fehlenden Kontaktes belastend sein würde. Die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Belastungssituation sei somit im Zeitpunkt der Anordnung des Be-

suchsrechts voraussehbar gewesen. Das Obergericht habe eine Abwägung der Interessen vorgenommen und die tatsächlichen Verhältnisse umfassend gewürdigt. Diese Verhältnisse hätten sich seither weder erheblich noch dauerhaft verändert. Dass der erste Besuchstag am 24. August 2014 nicht optimal verlaufen können, sei aufgrund des langen Beziehungsunterbruchs und der Abwehrhaltung der Kinder zu erwarten gewesen. Zudem sei nicht erstellt, dass der Gesuchsgegner die von der Gesuchstellerin geschilderte Situation am ersten Besuchstag alleine zu vertreten habe. Gemäss dem – nicht unterzeichneten – Bericht von Y. habe dieser den Gesuchsgegner am Besuchstag offenbar zur Rede stellen wollen, weshalb er seine Familie während vieler Jahre vernachlässigt und nun plötzlich Interesse am Kontakt zu V. und E. habe. Es sei offensichtlich, dass V. und E. durch den Streit zwischen ihrem Bruder Y. und dem Gesuchsgegner in einen weiteren Loyalitätskonflikt geraten seien. Weiter sei nicht erstellt, dass die von der Gesuchstellerin angeführten gesundheitlichen Probleme der Kinder einzig auf das angeordnete Besuchsrecht zurückzuführen seien. So sei Tochter V. der leitenden Ärztin beim APD-KJ, Dr. R.B., als Patientin bereits bekannt gewesen, als sie am 19. September 2014 vom Kinderarzt über die Problematik informiert worden sei. Dennoch habe sie es nicht für erforderlich gehalten, aufgrund der vom Kinderarzt geschilderten Situation weitere Abklärungen zu treffen. Auch die von der Gesuchstellerin in der Folge beigezogene Psychotherapeutin K.W. schliesse weitere Besuchstage nicht kategorisch aus. Eine Abänderung des Besuchsrechts rechtfertige sich somit nicht.

2.2 Die Gesuchstellerin hält dagegen, die Kinder seien letztmals vor über einem Jahr angehört worden. Bereits damals hätten sie klar ausgesagt, den Gesuchsgegner nicht sehen zu wollen. Zum damaligen Zeitpunkt sei nicht bekannt gewesen, wie die Kinder auf ein tatsächlich eingeräumtes und durchgeführtes Besuchsrecht reagieren würden. Es habe daher einzig vermutet werden können, dass das Kindeswohl durch ein begleitetes Besuchsrecht nicht gefährdet werde. Seit das begleitete Besuchsrecht angeordnet worden sei und die Kinder einen Besuchstag wahrgenommen hätten, würden sie unter ernstzunehmenden gesundheitlichen Problemen leiden. Die Kinder könnten mit dem Besuchsrecht nicht umgehen. Diese Entwicklung sei nicht voraussehbar gewesen. Aufgrund der gesundheitlichen Probleme der Kinder hätte die Vorinstanz zumindest weitere Abklärungen treffen müssen.

3. Eine Abänderung von gerichtlich angeordneten vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens ist zulässig, wenn seit der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauerhafte Veränderung eingetreten ist oder sich die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmenentscheid zugrunde lagen, nachträglich als unrichtig erwiesen haben. Eine Änderung ist ferner für den Fall angebracht, dass sich der Entscheid als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmengericht wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Entscheides einer Abänderung entgegen. Eine Änderung ist ferner ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches oder missbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (Urteil des Bundesgerichts 5A_101/2013 vom 25. Juli 2013 E. 3.1; 5A_618/2009 vom 14. Dezember 2009 E. 2; vgl. Sutter-Somm/Vontobel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf

2013, Art. 276 N 34; Leuenberger, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Bd. II: Anhänge, 2. A., Bern 2011, Anh. ZPO Art. 276 N 8 f.). Das Abänderungsverfahren bezweckt nicht, das erste Urteil zu korrigieren, sondern es an veränderte Umstände anzupassen (Urteil des Bundesgerichts 5A_148/2014 vom 8. Juli 2014 E. 4).

Ein Entzug des Besuchsrechts kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet wird, die Eltern das Besuchsrecht pflichtwidrig ausüben, sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert haben oder andere wichtige Gründe vorliegen (Art. 274 Abs. 2 ZGB). 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).

3.1 Gestützt auf den eingereichten – weder unterzeichneten noch datierten – Bericht des Sohnes Y. verlief der erste Besuchstag nicht reibungslos (Vi act. 1/3). Zu Recht hielt der Vorrichter im angefochtenen Entscheid fest, dass dies aufgrund des langen Kontaktunterbruchs und der Abwehrhaltung der Kinder zu erwarten gewesen sei (Vi act. 2, Erw. 7). Die – zumindest anfänglich – bestehende Belastung der Kinder bei der Zusammenführung mit dem Gesuchsgegner ist bei der im Urteil vom 7. Mai 2014 vorgenommenen Interessensabwägung denn auch berücksichtigt worden (Erw. 2.3.1 f.). Der Gesuchstellerin ist beizupflichten, dass das Kindeswohl oberste Priorität hat. Wie das Obergericht im Urteil vom 7. Mai 2014 unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung erwogen hatte, ist das Wohl des Kindes aber nicht nur mit Blick auf sein momentanes Befinden, sondern mit Blick auf seine künftige Entwicklung zu beurteilen (Erw. 2.3.1). Es entspricht gerade nicht dem Wohl des Kindes, wenn jeglicher Kontakt zwischen ihm und dem nicht obhutsberechtigten Elternteil verhindert wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_341/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 4.3). Dass das begleitete Besuchsrecht das Kindeswohl derart gefährdet, dass von weiteren Besuchen abzusehen ist und sich mithin die Verhältnisse seit dem Urteil – bereits beim ersten durchgeführten Treffen – erheblich und dauerhaft verändert haben sollen bzw. sich die zugrunde gelegten tatsächlichen Umstände nachträglich als unrichtig erwiesen haben sollen, ist nicht glaubhaft. Die Gesuchstellerin hat mit den Töchtern den Kinderarzt I. P. wegen Angstzuständen und Panikattacken aufgesucht. Die vom Kinderarzt kontaktierte leitende Ärztin des APD-KJ, Dr. R.B., sah keine Veranlassung für weitere Abklärungen (Vi act. 1/7). Die Psychotherapeutin K.W. schliesst in ihrem Bericht vom 24. September 2014 Besuche des Gesuchsgegners nicht aus, erachtet aber eine Begleitung der Eltern und der Kinder als un-

abdingbar (Vi act 1/10). Indem das Besuchsrecht nur an einem Tag im Monat während zwei Stunden in einem geschützten Rahmen vorgesehen und ein Beistand beigegeben wurde, hat das Gericht die konkreten Umstände berücksichtigt, insbesondere die als schwierig erachtete und für die Kinder belastende Annäherung zum Gesuchsgegner. Inwiefern eine psychotherapeutische Begleitung, insbesondere auch der Eltern, die Situation verbessern könnte und wie diese konkret auszugestalten wäre, geht aus dem Bericht der Therapeutin nicht hervor. Aufgrund der Vorgeschichte kann im jetzigen Zeitpunkt, solange das Scheidungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist, kaum eine merkliche Verbesserung der Verhältnisse zwischen den Parteien herbeigeführt werden. Die Gesuchstellerin beantragt denn auch keine Anordnung einer psychotherapeutischen Begleitung.

3.2 Sodann dürften die beim Kinderarzt geschilderten Ängste der Töchter auch auf das Verhalten der Gesuchstellerin zurückzuführen sein. Gemäss Auszug aus der Krankengeschichte von V. hat die Gesuchstellerin dem Kinderarzt P.I. geschildert, dass der Gesuchsgegner nach sechs oder sieben Jahren nun über den Rechtsweg mit den Kindern Kontakt aufnehmen wolle (Vi act. 1/7). Auch beim Arztbesuch mit E. gab sie im Beisein der Tochter an, dass diese nach der ersten Visitation unter Bauschmerzen, Anspannungen, Schweissausbrüche und Schlafstörungen leiden würde und sie diese Visitationen (Besuche) auf gar keinen Fall möchte (Vi act. 1/8). Damit bringt die Gesuchstellerin – vor den Kindern – ihre eigene Ablehnung des angeordneten Besuchsrechts zum Ausdruck und verstärkt damit offenkundig die Abwehrhaltung der Kinder gegen einen Kontakt mit dem Gesuchsgegner. So hielt denn auch die Psychotherapeutin K.W. in ihrem Bericht fest, dass der Gesuchsgegner als Verursacher der psychosozialen Instabilität der Familie betrachtet werde und sein jetziger Wunsch, Kontakt zu den Töchtern zu haben, nicht verstanden werde und sehr viel Widerstand und Unruhe verursache (Vi act. 1/10). Da zumindest seit 2010 bis zum Treffen im August 2014 zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner kein Kontakt mehr bestand (act. 1 S. 6), wobei in der Krankengeschichte des Kinderarztes sogar von einem Kontaktunterbruch von sechs oder sieben Jahren die Rede ist (Vi act. 1/7), gründen die von den Töchtern beim Arzt und bei der Psychotherapeutin geschilderten Ängste wohl überwiegend auf der Haltung der Gesuchstellerin und weniger auf eigenen Erfahrungen mit dem Gesuchsgegner. Ist die Ablehnung des Kindes wesentlich durch die Einstellung der sorge- bzw. obhutsberechtigten Partei geprägt, lässt sich die Aufhebung des Besuchsrechts selbst dann nicht rechtfertigen, wenn ein urteilsfähiges und bald mündiges Kind den Kontakt kategorisch ablehnt. Andernfalls würde das Besuchsrecht gleichsam in die Hand des sorge- und obhutsberechtigten Elternteils gelegt (Urteil des Bundesgerichts 5C.170/2001 vom 31. August 2001 E. 5/a/cc, in: FamPra.ch 2002 S. 389). In diesem Sinne kann den Ausführungen der Gesuchstellerin, wonach ein Besuchsrecht auszuschliessen sei, wenn ein urteilsfähiges Kind den Umgang mit einem Elternteil kategorisch ablehne, nicht gefolgt werden.

Im Interesse der Kinder hat die Gesuchstellerin die Beziehung zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner zu fördern und das Kind für die Kontaktpflege positiv vorzubereiten, auch wenn ihr dies zurzeit schwer fällt. Es geht nicht an, bei einer Weigerung der Kinder die

vereinbarten Besuchskontakte ohne Weiteres ausfallen zu lassen (vgl. VI act. 3; vgl. BGE 127 III 295 E. 4b). Der obhutsberechtigter Elternteil soll im Rahmen der Erziehung auf das Kind einwirken mit dem Ziel, psychologische Widerstände gegen den andern Elternteil abzubauen und eine positive Einstellung zu gewinnen (Schwenzer/Cottier, Basler Kommentar ZGB I, 5. A., 2014, Art. 274 N 3 mit Verweis auf BGE 120 II 181). Vom Gesuchsgegner ist zu erwarten, dass er die anstehenden Besuchsnachmittage behutsam angeht, ohne die Kinder unter Druck zu setzen. Es obliegt letztlich ihm, das Bild, welches die Kinder offenbar von ihm haben, durch sein Verhalten positiv zu korrigieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_341/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 4.2).

3.3 Nach dem Gesagten liegen die Voraussetzungen für eine Abänderung des Urteils vom 7. Mai 2014 in Bezug auf das Besuchsrecht nicht vor. Eine Sistierung der Besuche nach nur einem Treffen ist nicht angezeigt. Denn ein weiteres Hinausschieben würde die eingetretene Entfremdung zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner weiter verstärken. Es wurde bereits im Urteil vom 7. Mai 2014 festgehalten, dass aufgrund des schicksalhaften Kind-Eltern-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen wichtig ist und bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann (BGE 130 III 585 E. 2.2.2 S. 590). Der eingesetzte Beistand wird die Ausübung des Besuchsrechts überwachen und hat das Wohl der Kinder sicherzustellen. Indem der Gesuchsgegner die festgelegten Unterhaltsbeiträge nicht bezahlt (act. 1 S. 12), verletzt er seine Pflicht, für die Kinder finanziell aufzukommen, in flagranter Weise. Dies vermag aber – nach Lehre und Rechtsprechung – eine Verweigerung des Besuchsrechts nicht zu rechtfertigen (vgl. Böhler/Wirz, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Bd. I: ZGB, a.a.O., Art. 273 N 28a).

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 14. Januar 2015

2. Markenrecht

2.1 Art. 12 Abs. 1 MSchG

Regeste:

Art. 12 Abs. 1 MSchG – Die Benützungsschonfrist von fünf Jahren wirkt nicht zugunsten von Marken, die ohne jegliche Gebrauchsabsicht hinterlegt wurden. Die Unzulässigkeit solcher Marken stellt neben dem Nichtgebrauch einen eigenständigen Tatbestand für den Verlust des Markenrechts dar. Sodann kann der Nichtgebrauch einer Marke mit Löschungsklage geltend gemacht werden, wenn der Inhaber die Marke im Zusammenhang mit den Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren nach unbenütztem Ablauf der Widerspruchsfrist oder nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens nicht gebraucht hat. Werden den Nichtgebrauch der Marke geltend macht, hat ihn glaubhaft zu machen; der Beweis des Gebrauchs obliegt sodann dem Markeninhaber.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.1 Die Marke ist ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Art. 1 MSchG). Das Markenrecht entsteht mit der Eintragung im Register (Art. 5 MSchG). Es verleiht dem Inhaber das ausschliessliche Recht, die Marke zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, zu gebrauchen und darüber zu verfügen (Art. 13 Abs. 1 MSchG). Die Marke ist – nach Ablauf der gesetzlichen Schonfrist von fünf Jahren (vgl. Art. 12 Abs. 1 MSchG) – aber nur soweit geschützt, als sie im Zusammenhang mit den Waren und Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, auch tatsächlich gebraucht wird (vgl. Art. 11 Abs. 1 MSchG). Diese Gebrauchslast reflektiert die wettbewerbsbezogene Funktion der Marke: Einzig bei denjenigen Zeichen, die auch effektiv benutzt werden und damit im Wettbewerb die ihr zugeordnete Unterscheidungs- und Herkunftsfunktion erfüllen, rechtfertigt sich nach Ablauf der Schonfrist das markenschutzrechtliche Monopol (Marbach, Markenrecht, SIWR Bd. III/1, 2. A., Basel 2009, Rz 1287; vgl. auch Wang, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 11 N 2). Mit dem Gebrauchserfordernis soll gleichzeitig verhindert werden, dass Marken gewissermassen auf Vorrat hinterlegt werden und damit der Registerbestand künstlich aufgebläht sowie die Schaffung neuer Marken behindert wird (vgl. Marbach, a.a.O., Rz 1287; Wang, a.a.O., Art. 11 N 2; Willi, Markenschutzgesetz, Das schweizerische Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 11 N 1; David, in: Honsell/Vogt/David [Hrsg.], Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, 2. A., Basel 1999, Art. 11 MSchG N 1).

3.2 Der rechtserhaltende Gebrauch muss nach Rechtsprechung und Lehre ernsthaft sein, das

heisst von der Absicht getragen werden, jede Nachfrage zu befriedigen, ohne dass allerdings ein bestimmter Mindestumsatz erzielt werden muss. Um ernsthaft zu sein, muss der Gebrauch wirtschaftlich sinnvoll und nicht bloss zum Schein erfolgen. Der Gebrauch muss sodann im Inland nachgewiesen sein (BGE 107 II 356 E. 1c S. 360), und zwar muss das Kennzeichen im Wirtschaftsverkehr gebraucht werden (Marbach, SIWR Bd. III, Basel 1996, S. 172). Schliesslich muss der Gebrauch funktionsgerecht als Mittel der Kennzeichnung für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen erfolgen, um rechtserhaltend zu sein; die Marke muss in einer Weise verwendet werden, die vom Verkehr als kennzeichnender Hinweis verstanden wird (Marbach, a.a.O., S. 169; David, a.a.O., Art. 11 MSchG N 5). Diese Funktion ist ohne weiteres erstellt, wenn die Marke auf der Ware oder deren Verpackung angebracht ist (BGE 88 II 28 E. 3b S. 34). Die Marke kann jedoch auch in anderer Weise im Zusammenhang mit den beanspruchten Produkten gebraucht werden, sofern der Verkehr die Verwendung konkret als Kennzeichnung versteht, z. B. in Angeboten, Rechnungen, Katalogen oder Ähnlichem (Urteil des Bundesgerichts 4C.159/2005 vom 19. August 2005 E. 2.2).

3.3 Hat der Inhaber die Marke im Zusammenhang mit den Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren nach unbenütztem Ablauf der Widerspruchsfrist oder nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens nicht gebraucht, so kann er sein Markenrecht nicht mehr geltend machen, ausser wenn wichtige Gründe für den Nichtgebrauch vorliegen (Art. 12 Abs. 1 MSchG). Der Nichtgebrauch kann mit Löschungsklage geltend gemacht werden. Das Markenschutzgesetz erwähnt eine solche Klage zwar nicht ausdrücklich, setzt diese aber stillschweigend voraus (BGE 139 III 424 E. 2.2.1 mit Hinweis auf BGE 130 III 267 E. 2.2).

3.4 Wer ein rechtliches Interesse nachweist, kann vom Richter u.a. feststellen lassen, dass ein Recht nach diesem Gesetz nicht besteht (Art. 52 MSchG). Der Kläger muss grundsätzlich ein Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit (bzw. an der nachfolgenden Löschung) der Marke dartun. Ein Feststellungsinteresse liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind, die Ungewissheit durch die Feststellung über Bestand und Inhalt des Rechtsverhältnisses beseitigt werden kann und ihre Fortdauer der Klagepartei nicht zugemutet werden kann, weil sie sie in ihrer Bewegungsfreiheit behindert (BGE 136 III 102 E. 3.1; 135 III 378 E. 2.2; 123 III 414 E. 7b; 120 II 144 E. 2; je mit Hinweisen). Stützt sich aber die Nichtigkeitsklage auf den Nichtgebrauch der angefochtenen Marke (Art. 11 und 12 MSchG), genügt bereits das Interesse an der Freihaltung des Registers; ein spezieller Interessensnachweis ist nicht erforderlich (Staub, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], a.a.O., Art. 52 N 47 mit Hinweisen; BGE 136 III 102 E. 3.4). Zur Geltendmachung des Nichtgebrauchs ist mithin grundsätzlich jedermann befugt; das allgemeine Interesse, bei der freien Zeichenbildung nicht durch zufolge Nichtgebrauchs ungültiger Marken behindert zu werden, genügt in der Regel (vgl. Marbach, a.a.O., S. 188; abweichend David, a.a.O., Art. 12 MSchG N 14). Das Feststellungsinteresse fehlt ausnahmsweise dann, wenn der Kläger das fragliche Zeichen oder ein diesem ähnliches Zeichen aus anderen Gründen gar nicht benützen kann oder benützen darf, so dass für ihn die Markeneintragung zum vornherein

keine weitere Behinderung in der freien Zeichenbildung bewirken kann; so etwa, wenn die Marktstellung, welche die Marke des Klägers erreicht hat, auf einem unbefugten Markengebrauch basiert (BGE 125 III 193). Das Gleiche gilt, wenn sich der Kläger in einer Nichtangriffsklausel verpflichtet hat, die Marke der Beklagten nicht anzugreifen oder wenn zwischen den Parteien eine Vereinbarung mit Saldoklausel besteht, wobei dann aber jeweils auch zu prüfen ist, ob die Saldoklausel die Streitigkeit über die Gültigkeit der Marke wirklich umfasst (Staub, a.a.O., Art. 52 N 47 f.).

3.5 Wer den Nichtgebrauch der Marke geltend macht, hat ihn glaubhaft zu machen; der Beweis des Gebrauchs obliegt sodann dem Markeninhaber (Art. 12 Abs. 3 MSchG). Unter Glaubhaftmachen wird eine belegte und wahrscheinliche Darstellung des Sachverhalts verstanden, die dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck vermittelt, dass die in Frage stehende Tatsache wahrscheinlich ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_253/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 4.1).

4. Es ist zu Recht unbestritten, dass die Klägerin für die vorliegende Nichtigkeits- bzw. Löschungsklage aktivlegitimiert ist. Sie tritt denn auch bereits seit längerer Zeit unter dem Kennzeichen «C.» auf dem Schweizer Markt auf (act. 1/6-12). Sie hat daher durchaus ein Interesse, bei der Benutzung dieses Zeichens für allfällige weitere Waren und Dienstleistungen als diejenigen, für die der Schutz bereits aufgrund der IR-Marke besteht, nicht durch eine allenfalls ungültige Marke behindert zu werden.

5. Die Klägerin beruft sich für die Nichtigkeit der Schweizer Marke «C.» zum einen auf den Nichtgebrauch während der Benützungsschonfrist (Art. 12 Abs. 1 MSchG) und zum andern auf die Missbräuchlichkeit der Markenhinterlegung mangels ursprünglicher Gebrauchsabsicht.

5.1 Mit der Benützungsschonfrist von fünf Jahren will der Gesetzgeber die Markteinführung, welche oft einer sehr sorgfältigen Vorbereitung bedarf, erleichtern. Manchmal ist anfänglich auch die genaue Positionierung eines neuen Angebotes noch wenig bestimmt, was den vorsichtigen Hinterleger zu einer offenen Formulierung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses zwingt. Während dieser Unsicherheitsphase soll deshalb ein Zeichen nicht allzu schnell wegen Nichtgebrauchs gefährdet sein. Dieser Aufschub entfällt hingegen bei rein defensiven Eintragungen: Vorsätzliches Sperren von Kennzeichen, so z. B. um dem Konkurrenten den Marktzutritt zu erschweren, um den Schutzbereich der eigenen Marke künstlich zu erweitern oder vom bisherigen Benutzer finanzielle oder andere Vorteile zu erlangen, ist rechtsmissbräuchlich. Marken, welche mit diesen Zielen und ohne ernsthafte Gebrauchsabsicht hinterlegt werden, sanktioniert die Rechtsprechung daher mit Nichtigkeit (Marbach, a.a.O., Rz 1267 f., 1438 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_429/2011 vom 23. Februar 2012 E. 3.2). Fehlender Gebrauchs Zweck ist mithin ein eigenständiger, ungeschriebener Nichtigkeitsstatbestand, wobei die theoretische Möglichkeit späteren Gebrauchs bei Defensivzeichen unbeachtlich bleibt. Von entscheidender Bedeutung ist mithin, ob zum Zeitpunkt der Anmeldung

einer Marke zur Registrierung beim Hinterleger eine ernsthafte Gebrauchsabsicht vorliegt. Dabei kann es nicht auf einen vom Markeninhaber subjektiv geäußerten Willen ankommen, das registrierte Zeichen inskünftig zu gebrauchen; entscheidend ist vielmehr, ob nach den äusseren Umständen die betreffende Marke vorwiegend zu Behinderungszwecken erworben worden ist. Von einer unlauteren Markenhinterlegung kann demnach nur gesprochen werden, wenn zusätzliche Indizien dafür vorliegen, dass eine solche Registrierung in der nach aussen erkennbaren Absicht erfolgt ist, um vom bisherigen Benutzer des Zeichens einen sachfremden Vorteil wie die Veranlassung einer Kaufpreiszahlung zu erzwingen, ein ausländisches Unternehmen vom Inlandmarkt fernzuhalten oder ein Konkurrenzunternehmen systematisch zu behindern (Urteil des Bundesgerichts 4C.82/2007 vom 30. Mai 2008). Typische Konstellationen, bei denen die defensive Absicht auf der Hand liegt, sind unter anderem die Beanspruchung eines Zeichens für marketingmässig inkompatible Waren und Dienstleistungen oder kaskadenhafte Neuanmeldungen kurz vor Ablauf der Gebrauchsschonfrist (Urteil des Bundesgerichts 4A_429/2011 vom 23. Februar 2012 E. 5.2.1).

Da die Benützungsschonfrist nicht zugunsten von Marken wirkt, die ohne jegliche Gebrauchsabsicht hinterlegt wurden, und die Unzulässigkeit solcher Marken neben dem Nichtgebrauch einen eigenständigen Tatbestand für den Verlust des Markenrechts darstellen (Wang, a.a.O., Art. 12 N 7), ist dieser Tatbestand nach den Gesetzen der Logik vorab zu prüfen. Allerdings spielt auch hier die Tatsache, dass die Marke tatsächlich benützt wurde, insofern eine Rolle, als dadurch die mangelnde Gebrauchsabsicht allenfalls widerlegt werden kann.

5.2 Die Klägerin führt dazu aus, die sieben Jahre seit der Hinterlegung der Schweizer Marke Nr. (...) «C.», in welchen diese Marke weder für einzelne der breit beanspruchten Waren noch für einzelne der breit beanspruchten Dienstleistungen verwendet worden sei, führe nicht nur zu einer Lösungsreife dieser Marke wegen eben dieser Nichtbenutzung, sondern sie bestätige auch im Nachhinein, dass gar nie eine Absicht bestanden habe, diese Marke tatsächlich zu verwenden. A.B. (als Anmelder über die Z. Treuhand und als Inhaber über die Beklagte) habe es von je her an einer wirklichen Gebrauchsabsicht gefehlt; er habe die Marke offensichtlich als reine Spekulationsmarke angemeldet (wohl gerade im Hinblick auf die auch in der Schweiz aufstrebende Marke «C.», welche von der bekannten Y. Gruppe vertrieben werde). Die Klägerin führt sodann verschiedene Indizien für die von ihr geltend gemachte fehlende Gebrauchsabsicht an.

Die Beklagte bestreitet das ursprüngliche Fehlen jeglicher Gebrauchsabsicht und damit eine missbräuchliche Markenmeldung. Sie hält den von der Beklagten ins Feld geführten Indizien im Wesentlichen entgegen, es sei erwiesen, dass sie die Marke für sämtliche registrierten Waren- und Dienstleistungen tatsächlich benützt habe.

5.3 Bei der Gebrauchsabsicht handelt es sich um eine innere Tatsache, die dem direkten Beweis nicht zugänglich ist. Es kann deshalb nur von äusseren Tatsachen darauf geschlossen werden.

Die von der Klägerin genannten Indizien weisen darauf hin, dass die Gebrauchsabsicht fehlte und es sich bei der beklaglichen Marke um eine Defensivmarke oder eine Sperr- bzw. Spekulationsmarke handelt. So wurde die Marke für verschiedene Klassen eingetragen, welche marketingmässig kaum kompatibel sind (vgl. Erw. 5.1 hiervor; vgl. Marbach, a.a.O., Rz 1442). Zwar erlaubt ein breit abgefasstes Waren- und Dienstleistungsverzeichnis noch nicht zwangsläufig den Rückschluss auf defensive Ziele des Hinterlegers. Es kann ein berechtigtes Anliegen des Markeneigentümers sein, sich dadurch im Zeitpunkt der Hinterlegung einen gewissen Spielraum zur späteren Positionierung des Zeichens offen zu halten und künftigen Entwicklungen des Unternehmens Rechnung zu tragen (Marbach, a.a.O., Rz 1439). Im vorliegenden Fall ist aber in der Tat nicht ersichtlich, wie das Einzelunternehmen von A.B., welches die Marke «C.» im Januar 2006 hinterlegen liess (act. 1/22, 23), die Benützung der Marke für die breite registrierte Waren- und Dienstleistungspalette hätte bewerkstelligen sollen. Die Beklagte äussert sich dazu denn auch nicht weiter. Sie legt nicht dar, dass und in welcher Weise sie bzw. im Zeitpunkt der Eintragung der Marke die Z. Treuhand einen bestimmten Businessplan verfolgte, der u.a. die Marke «C.» entwickeln und kommerzialisieren sollte. Wenn die Beklagte in diesem Zusammenhang geltend macht, A.B. habe als Laie im Zuge des kontinuierlichen Geschäftsaufbaus bzw. bereits in der Start-Up Phase im Jahre 2006 aus Unwissenheit die Oberbegriffe der beanspruchten Klassen 34-36 und 39 bzw. ursprünglich die Klassen 32-36, 39 und 41 registrieren lassen und nicht etwa um gesamte Bereiche aufs Geratewohl zu sperren, vermag dies jedenfalls nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich und kaum nachvollziehbar, wie die ursprünglich als Markeninhaberin eingetragene Einzelunternehmung Z. Treuhand, die unbestrittenermassen im Treuhandbereich tätig war, in sieben höchst unterschiedlichen Klassen die fragliche Marke entwickeln sollte. Wenn das für die Klassen 35 (Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten) und 36 (Versicherungswesen; Finanzwesen; Geldgeschäfte; Immobilienwesen) noch grundsätzlich vorstellbar ist, kann davon in den übrigen beanspruchten Klassen jedenfalls keine Rede sein. Es ist nicht ansatzweise ersichtlich, dass das Einzelunternehmen Z. Treuhand bei der Hinterlegung der CH-Marke «C.» die Möglichkeiten bzw. notwendigen Kapazitäten hatte, die Marke sowohl für Werbendienstleistungen, Versicherungen, Geldgeschäfte, Transportwesen und das Veranstellen von Reisen als auch für Getränke sowie Tabak und Streichhölzer markenmässig gebrauchen zu können. Wenn die Beklagte diesbezüglich einwirft, bei der Z. Group AG handle es sich um die Konzernmuttergesellschaft der verschiedenen Z. Gesellschaften, u.a. auch der Z. Treuhand, die teilweise in den verschiedenen Tätigkeitsbereichen der Gruppe aufgegangen sei (act. 7 Rz 36), ist daran zu erinnern, dass die Z. Group AG erst im November 2011 gegründet wurde und damit über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Markengebrauchsabsicht mehr als fünf Jahre früher nichts auszusagen vermag. Zu bemerken ist aber immerhin, dass die Klägerin im Jahr 2006 den Fortbestand der Marke «C.» in den Klassen 34-36 und 39 offenbar akzeptiert hatte (act. 1 Rz 10, act. 1/15, vgl. act. 1/16-21), weshalb die Beklagte im nun erhobenen Vorwurf der böswilligen Hinterlegung der Marke als Pirateriemarke ein widersprüchliches und damit rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin sieht (act. 7 Rz 43). Ob das gewichtige Indiz – nämlich die Eintragung der Marken für marketingmässig kaum kompatible Klassen – für die Bejahung einer Defensivmarke letztlich ausreicht, braucht nicht

abschliessend geklärt zu werden. Gemäss den nachstehenden Erwägungen ergibt sich die Nichtigkeit der Marke jedenfalls aufgrund des fehlenden Nachweises eines ernsthaften Gebrauchs während der Schonfrist.

6. Im Zusammenhang mit der geltend gemachten Nichtigkeit der Marke wegen Nichtgebrauchs stellt sich beweisrechtlich zunächst die Frage, ob es der Klägerin gelungen ist, den Nichtgebrauch der CH-Marke Nr. (...) «C.» während der fünfjährigen Karenzfrist bis zum 6. Juli 2011 sowie in der Folge bis zur erstmaligen Geltendmachung des Nichtgebrauchs durch die Klägerin im März 2013 glaubhaft darzutun. Da sich der Nichtgebrauch als negative Tatsache kaum beweisen lässt, hat der Gesetzgeber nämlich hierfür insofern eine Beweiserleichterung geschaffen, als nach Art. 12 Abs. 3 MSchG derjenige, der den Nichtgebrauch geltend macht, diesen lediglich glaubhaft zu machen hat. Es obliegt dann dem Markeninhaber, den Gebrauch zu beweisen (Wang, a.a.O., Art. 12 N 61). Unter Umständen muss es deshalb genügen, wenn der Markeninhaber vorprozessual zum Nachweis des Gebrauchs aufgefordert wird, dieser aber jegliche Mitwirkung verweigert (Willi, a.a.O., Art. 12 N 33).

6.1 Die Klägerin hält dafür, dass die interne Gebrauchsrecherche der S. AG im März 2013 und auch die externe Recherche der T.C. von Ende April 2013 eindeutig ergeben hätten, dass die Beklagte die Schweizer Marke Nr. (...) «C.» nicht benütze. Der einzige Verwaltungsrat der Beklagten, A.B., habe gegenüber der T.C. sogar ausdrücklich bestätigt, dass derzeit keine Benutzung der Marke «C.» vorliege.

6.2 Demgegenüber bestreitet die Beklagte, dass die Klägerin den Nichtgebrauch glaubhaft gemacht habe und hält die Nichtigkeitsklage der Klägerin schon deswegen für unbegründet. Sie wendet insbesondere ein, im Rahmen der Recherche durch die T.C. sei festgestellt worden, dass sie (die Beklagte) unter der Marke «C.» Investment Produkte anbiete und über eine Internetseite www.____.li Zigarren vertreibe. Die Recherche habe weiter bestätigt, dass die Beklagte unter der Bezeichnung «C.» ein Ladenlokal in D. betreibe. Lediglich die Zigarren der Marke «C.» befänden sich derzeit noch in der Testphase. Der Markengebrauch erscheine daher höchstwahrscheinlich bzw. in bestimmten Klassen geradezu bewiesen. Im Rahmen der Recherche seien aus unbrauchbaren Abklärungen die falschen Schlüsse gezogen worden. Die von der Klägerin in Auftrag gegebene Recherche stelle ohnehin lediglich eine Parteibeauptung dar (act. 7 S. 3 ff.).

6.3 Glaubhaftmachung bedeutet auch in diesem Zusammenhang, dass eine belegte und wahrscheinliche Darstellung des Sachverhalts erfolgen muss, die dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck vermittelt, dass die infrage stehende Tatsache nicht bloss möglich, sondern wahrscheinlich ist (Bundesgericht Urteil 4A.253/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 4.1; BGE 88 I 14). An die Glaubhaftmachung des Nichtgebrauchs einer Marke sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen (David, a.a.O., Art. 12 MSchG N 16). Als Mittel zur Glaubhaftmachung eignen sich insbesondere Nachforschungsberichte, welche die ergebnislos gebliebene Umfrage bei den massgebenden Lieferanten und Händlern dokumen-

tieren, aber auch private Gebrauchsrecherchen, wie sie von spezialisierten Firmen (so z. B. CompuMark) angeboten werden (Marbach, a.a.O., Rz 1361 und FN 1697; Wang, a.a.O., Art. 12 N 63). Auch in der Rechtsprechung werden Benutzungsrecherchen und Benutzungsumfragen bei Händlern und Lieferanten als gängige Mittel zur Glaubhaftmachung des Nichtgebrauchs anerkannt (vgl. Tribunal Cantonal Fribourg, sic! 2006, 662, 664; Handelsgericht Bern, in: sic! 2008, 805, 806 f.).

6.4 Die Klägerin hat bei der T.C., einer professionellen, spezialisierten Marktrechercheurin (vgl. Marbach, a.a.O., FN 1697), eine Gebrauchsrecherche zur beanstandeten Schweizer Marke Nr. 544 142 «C.» für Waren und Dienstleistungen der Klassen 34, 35, 36 und 39 in der Schweiz vornehmen lassen. Diese ergab nach den damals vorhandenen Informationen, dass die streitgegenständliche Marke zum damaligen Zeitpunkt nicht in Gebrauch war, wobei im Zusammenhang mit Waren der Klasse 34 der Inhaber der Marke selbst eine entsprechende Auskunft erteilte. Die Marke war für die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen der Klassen 34, 35, 36 und 39 gemäss Recherchebericht nicht bekannt (act. 1/37-39).

6.5 Die Behauptungen der Beklagten im Einzelnen zur angeblich fehlenden Glaubhaftmachung des Nichtgebrauchs überzeugen nicht:

6.5.1 Im Bericht der T.C. ist zwar festgehalten, dass die Marke «C.» am 4. Dezember 2010 auf der Website «www.__invest.com» im Zusammenhang mit einem Investitionsprodukt erwähnt worden sei. Bei einem späteren Besuch der Website im Februar 2012 sei dies nicht mehr der Fall gewesen (act. 1/37 S. 5, act. 1/38 encs. 2-4, 2-5). Demnach wurde die Marke bereits ein Jahr nach Ablauf der Benutzungsschonfrist auf der Website nicht mehr als Bezeichnung eines Investitionsprodukts aufgeführt. Zudem stellt die blossе Präsenz einer Marke im Internet ohnehin noch keinen ernsthaften Gebrauch dar (vgl. Karin Bürgi Locatelli, Der rechtserhaltende Markengebrauch in der Schweiz, Bern 2008, S. 44 f.). Weiter fällt auf, dass auf der Website die für einen Investitionsentscheid eines potentiellen Kunden relevanten Informationen nirgends aufgeführt waren, insbesondere in welche Werte konkret investiert wird (Diversifikation), zum Anlagehorizont, zur Fondsleitung oder zur Höhe des Fondsvermögens (act. 1/38 enc. 2-4). Aufgrund der gesamten Umstände ist die Erwähnung der Marke «C.» auf einer Website im Zusammenhang mit einem Investitionsprodukt – entgegen der Auffassung der Klägerin – kein Beleg für den ernsthaften Markengebrauch bzw. steht der Glaubhaftmachung des Nichtgebrauchs nicht entgegen.

6.5.2 Die T.C. stiess im Rahmen ihrer Recherche auch auf die Website «www.__li», auf welcher die Marke «C.» als Name für selber produzierte Zigarren aufgeführt wird (act. 1/37 S. 5). Gemäss Recherchebericht konnte bei einer telefonischen Kontaktaufnahme mit der Markeninhaberin in Erfahrung gebracht werden, dass die Zigarren zurzeit aber noch nicht vermarktet würden, sondern zu Testzwecken bisher nur für die Markeninhaberin produziert worden seien (act. 1/37 S. 4). Vorbereitungs-handlungen wie die Durchführung von Tests innerhalb der Planungs- und Experimentierphase eines Produkts, so zum Beispiel Packung-

stests für Zigarettenpackungen oder Mischungstests für eine Tabakmischung, stellen keinen Markengebrauch im Wirtschaftsverkehr dar (Karin Bürgi Locatelli, a.a.O., S. 37). Wie bereits erwähnt, ist in der blossen Präsenz einer Marke im Internet kein ernsthafter Gebrauch der Marke zu sehen (Karin Bürgi Locatelli, a.a.O., S. 45). Wurden die Zigarren zwar auf einer Website aufgeführt, konnten aber im Zeitpunkt der Recherche effektiv nicht gekauft werden, ist demnach der Nichtgebrauch der Marke glaubhaft. Daran ändert die Bestreitung des im Recherchebericht erwähnten Telefongesprächs bzw. wiedergegebenen Gesprächsinhaltes durch die Beklagte nichts (act. 7 S. 4). Gemäss den vorstehenden Ausführungen sind an die Glaubhaftmachung des Nichtgebrauchs einer Marke keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Dass eine professionelle Marktrechercheurin ein Telefongespräch mit dem Markeninhaber erfindet, erscheint ohnehin nicht glaubhaft, würde darin doch letztlich eine Täuschung ihres Auftraggebers liegen. Im Übrigen gestand die Beklagte ein, auf Telefonanfragen zu «C.-Zigarren» negierend reagiert zu haben (act. 20 S. 5). Die Begründung dieses Verhaltens überzeugt indes nicht. Es ist nicht einzusehen, weshalb bei telefonischen Anfragen einer englisch sprechenden Person jeweils abschlägig geantwortet wurde, wenn die Beklagte unter der Marke «C.» ernsthaft Zigarren zum Kauf anbieten wollte. Daran ändert das Vorbringen der Beklagten, wonach zwischen den Parteien betreffend die Marke «C.N.» bereits Differenzen bestanden, offenkundig nichts. Will die Beklagte damit insinuiieren, dass sie die Klägerin als Initiatorin der Anrufe vermutet habe, hätte sie die Zigarren erst recht zu verkaufen versucht, um der Klägerin im Hinblick auf eine allfällige Geltendmachung des Nichtgebrauchs der Marke nicht geradezu in die Hände zu spielen.

6.5.3 Sodann ist auch der Betrieb eines Ladenlokals entgegen der Auffassung der Beklagten kein Beleg für den Markengebrauch (act. 7 S. 5, act. 1/38 enc. 3-2). Denn eine rechtserhaltende Benutzungshandlung liegt nur vor, wenn eine Marke in Bezug auf konkret definierte Waren oder Dienstleistungen verwendet wird. Mithin ist ein ausschliesslich firmenmässiger Gebrauch sowie die blosser Verwendung eines Kennzeichens zur Beschriftung des Ladens grundsätzlich nicht rechtserhaltend, da damit der funktionelle Bezug zwischen Marke und Waren oder Dienstleistungen fehlt (Karin Bürgi Locatelli, a.a.O., S. 19 mit Hinweis auf BGE 88 II 28, sic! 5/2001 S. 428, sic! 2004 S. 930).

6.5.4 Schliesslich erscheint auch der Vorwurf der Beklagten unbegründet, wonach bei der Recherche auf unmassgebliche Internetquellen abgestellt worden sei. Immerhin wurde im Rahmen der Recherche die Erwähnung der Marke im Zusammenhang mit einem Investitionssprodukt, Zigarren und einem Ladenlokal in D. erkannt, woraus die Beklagte einen Beleg für den Markengebrauch ableiten möchte (vgl. Erw. Ziff. 6.5.1-6.5.3 hiervor; act. 14 S. 8). Ergab die Recherche einer spezialisierten Markenrechercheurin keinen rechtserhaltenden ernsthaften Gebrauch der Marke, so ist der Nichtgebrauch in der Regel glaubhaft gemacht, was nach dem Gesagten auch hier der Fall ist. Weitergehende Abklärungen können zur Glaubhaftmachung grundsätzlich nicht erwartet werden (vgl. Erw. Ziff. 6.3 f. hiervor).

7. Ist der Klägerin gemäss den vorstehenden Erwägungen zuzugestehen, den Nichtgebrauch

der CH-Marke Nr. (...) der Beklagten für sämtliche von ihr beanspruchten Waren und Dienstleistungen glaubhaft gemacht zu haben, ist im Folgenden zu prüfen, ob der Beklagten der Hauptbeweis des Gebrauchs der fraglichen Marke gelungen ist.

7.1.1 Während der Karenzfrist ist die Marke für alle beanspruchten Waren und Dienstleistungen geschützt (SMI 1995, 319, 322). Wird nach Ablauf der Karenzfrist der Nichtgebrauch geltend bzw. glaubhaft gemacht, sind lediglich diejenigen eingetragenen Waren und Dienstleistungen zu berücksichtigen, welche tatsächlich rechtserhaltend benutzt worden sind (Joller, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], a.a.O., Art. 3 N 235). Denn der Markenschutz besteht nie abstrakt, sondern er bleibt beschränkt auf die bei der Hinterlegung konkret beanspruchten Waren und Dienstleistungen resp., nach Ablauf der gesetzlichen Gebrauchsschonfrist, auf die Waren und Dienstleistungen, für die die Marke effektiv gebraucht wird (Marbach, a.a.O., Rz 778). Das Zeichen muss dabei im Wirtschaftsverkehr benutzt worden sein (Marbach, a.a.O., Rz 1560).

7.1.2 Rechtserhaltend ist nur der ernsthafte Gebrauch einer Marke. Zur Beurteilung, ob der Gebrauch eine genügende Ernsthaftigkeit aufweist, sind die branchenüblichen Gepflogenheiten eines wirtschaftlich sinnvollen Handelns massgebend. Zu berücksichtigen sind die Art, der Umfang und die Dauer des Gebrauchs sowie die besonderen Umstände des Einzelfalls. Verlangt wird immerhin eine minimale Marktbearbeitung über einen längeren Zeitraum (Karin Bürgi Locatelli, a.a.O., S. 38, 40). Dabei werden bei Alltagsgütern grössere Stückzahlen resp. zahlreiche Verkäufe vorausgesetzt, während bei Investitionsgütern bereits punktuelle Verkäufe einen ernsthaften Gebrauch darstellen können (Marbach, a.a.O., Rz 1340). Eine blosser Einzelaktion ist kein ernsthafter Gebrauch. Marketinganstrengungen sind längerfristig zu konzipieren, indem Prospekte und Informationsbroschüren regelmässig gestreut, Inserate wiederholt, Kongresse und Messen turnusgemäss besucht werden (Karin Bürgi Locatelli, a.a.O., S. 43). Die Marktbearbeitung muss so intensiv sein, dass sie bei neuen Produkten geeignet erscheint, Marktanteile hinzuzugewinnen resp. (bei eingeführten Produkten) eine gewisse Marktpräsenz zu halten. Grundsätzlich ist nur der Markengebrauch in der Schweiz rechtserhaltend (Karin Bürgi Locatelli, a.a.O., S. 46 mit Hinweis auf BGE 107 II 356; Marbach, a.a.O., Rz 1347). Ab dem Zeitpunkt, in welchem der Inhaber der nicht gebrauchten Marke erstmals vom Vorwurf der Nichtbenutzung erfährt, sind Gebrauchshandlungen unbeachtlich. Das Gesetz enthält keine Bestimmungen zu den Modalitäten der Geltendmachung des Nichtgebrauchs. Gemäss der herrschenden Lehrmeinung ist ein gerichtliches Vorgehen dazu nicht nötig, sondern der Nichtgebrauch kann durch eine ausserprozessuale Erklärung rechtswirksam geltend gemacht werden. Andernfalls würde ein Dritter gezwungen, direkt einen Prozess einzuleiten, um zu verhindern, dass der Markeninhaber die löschungsreife Marke doch noch in Gebrauch nimmt. Die Folge wäre eine unnötige Prozessflut (David, a.a.O., Art. 12 MSchG N 12; Wang, a.a.O., Art. 12 N 41; Marbach, a.a.O., Rz 1419; Karin Bürgi Locatelli, a.a.O., S. 183).

7.2 Die Beklagte macht geltend, seit 2012 unter der Marke «C.» in Mexiko hergestellte Zigarren in die Schweiz zu importieren und zu verkaufen. Der Vertrieb erfolge über das Ladengeschäft,

an Grossanlässen und über die Website «www.____.li» (act. 7 S. 7 ff.). Dagegen wendet die Klägerin ein, die einmalige Bestellung von lediglich 725 Zigarren zum Kaufpreis von CHF 350.– sei offensichtlich ungeeignet, einen ernsthaften Markengebrauch zu belegen; dies umso mehr, als die Marke über sieben Jahre nicht benutzt worden und die Benutzungsschonfrist längst abgelaufen sei. Der Import sei ohnehin nicht belegt. Sodann habe die Beklagte die Vorschriften der Verordnung über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (TabV) nicht eingehalten (act. 11 S. 11 ff.).

7.3 Die Klägerin hat den Nichtgebrauch der Marke «C.» vorprozessual unbestritten mit Schreiben vom 13. März 2013 geltend gemacht, welches die Beklagte am 25. März 2013 abgeholt hat (act. 1/26). Bei der Rechtsvertreterin der Beklagten ist das Schreiben bereits am 15. März 2013 eingegangen (act. 1/32). Auch dem einzigen Verwaltungsrat der Beklagten, A.B., hat die Klägerin das Abmahnschreiben am 15. März 2013 zugestellt, welches am 19. März 2013 in Empfang genommen wurde (act. 1/35).

Die Beklagte hat zum Nachweis der Verwendung der Marke in der Klasse 34 (Tabak, Raucherartikel, Streichhölzer) die E-Mail-Korrespondenz vom Dezember 2012 zwischen ihr bzw. ihrem einzigen Verwaltungsrat A.B. und der Kontaktperson in Mexiko eingereicht, dem Geschäftsführer der in Mexiko domizilierten «Grupo C.B. International de Mexico SA» R.P. Daraus geht hervor, dass offenbar 725 Zigarren durch das Kurierunternehmen FedEx in die Schweiz transportiert werden sollten (act. 7/15). Die Klägerin erachtet damit den tatsächlich erfolgten Import in die Schweiz zu Recht als nicht nachgewiesen. Entsprechende Lieferscheine und Zolldokumente liegen in der Tat nicht vor. Der Import von lediglich 725 Zigarren – gemäss Angaben der Beklagten allerdings 775 Zigarren (act. 14 S. 14: 31 Schachteln à 25 Stück) – reicht zum Beweis eines ernsthaften Markengebrauchs ohnehin nicht aus. Die Zigarren werden einzeln zu Preisen zwischen CHF 4.50 bis CHF 9.50 oder in Holzkisten à 25 Zigarren zu Preisen von CHF 100.– bis CHF 200.– angeboten (act. 7/8). Es handelt sich dabei grundsätzlich um ein Massenprodukt, wofür auch der jährliche Import von rund 58 Mio. Zigarren und Zigarillos in die Schweiz spricht (act. 11/43). Entsprechend wird gemäss den vorstehenden Ausführungen für einen ernsthaften Markengebrauch eine grössere Stückzahl verkaufter Produkte vorausgesetzt. Auch wenn die Beklagte ihre Zigarren als Nischenprodukt verstanden haben will (act. 14 S. 16), kann bei einem Import von lediglich 725 oder 775 Zigarren offenkundig nicht von einem ernsthaften Gebrauch der Marke gesprochen werden. Die Beklagte hat zudem ohnehin einzig Belege für Verkäufe im April 2013 im Betrag von insgesamt lediglich CHF 392.– eingereicht, welche aber allesamt nach der Geltendmachung des Nichtgebrauchs im März 2013 erfolgten und gemäss den vorstehenden Ausführungen nicht berücksichtigt werden können (Erw. 7.1.2 hiervor). Dasselbe gilt in Bezug auf die Rechnung der R.ch AG, welche für Dienstleistungen in der Zeit vom 30. April bis 10. Mai 2013 gestellt wurde (act. 14/49). Ebenso fand die Messe «Wohnen & Genuss» in W. erst nach der Geltendmachung des Nichtgebrauchs statt, gemäss Angaben der Beklagten nämlich vom 4. bis 7. April 2013 (act. 14 Rz 28, act. 14/44). An der Messe in F. nahm die Beklagte vom 20. bis 24. März 2013, und damit nach der Zustellung des Abmahnschreibens an den einzigen Verwaltungsrat, teil (act.

14/41-43). Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist sodann ohnehin nur ein Markengebrauch in der Schweiz rechtserhaltend (Erw. 7.1.2 hiervor). Darüber hinaus waren die gesetzlichen Vorgaben für den Import und Weiterverkauf von Zigarren (noch) nicht erfüllt. Die Z. Trading GmbH, über deren Stimmanteile die Beklagte verfügt, ersuchte erst am 29. Mai 2013 um einen Revers für Importeure von Tabakfabrikaten zum Weiterverkauf, welcher am 3. Juni 2013 erteilt wurde (act. 14/53; Art. 14 des Bundesgesetzes über die Tabakbesteuerung [TStG]). Die notwendigen Vorkehrungen für den rechtmässigen Import und Weiterverkauf von Zigarren wurden somit erst nach Geltendmachung des Nichtgebrauchs der Marke im März 2013 getroffen. Waren aber bis dahin die rechtlichen Voraussetzungen gar nicht erfüllt, kann von einem ernsthaften Gebrauch der Marke für Tabakwaren keine Rede sein (vgl. sic! 2004 S. 421 E. 3.3). Nach dem Gesagten ist sodann nicht von Relevanz, dass bis Anfang 2014 angeblich über 23'000 Stück Zigarren importiert wurden (act. 14 S. 14), da diese Importe offenkundig – zumindest überwiegend – wiederum erst nach der Geltendmachung des Nichtgebrauchs durch die Klägerin im März 2013 erfolgten. Es braucht daher nicht geprüft zu werden, ob mit den geltend gemachten Importen überhaupt ein in der Schweiz rechtserhaltender Markengebrauch vorliegen würde, zumal die Lieferungen offenbar teilweise nach Deutschland erfolgten (act. 14/51).

7.4 Die Beklagte macht geltend, unter der Marke «C.» ausgewählten Personen ein Kapitalanlagevehikel anzubieten und die Marke somit in der Klasse 36 (Geldgeschäfte, Versicherungs-, Finanz- und Immobilienwesen) zu gebrauchen (act. 7 S. 9). Zum Beweis reichte sie zwei Honorarrechnungen für Vermögensverwaltung in den Jahren 2011 und 2012 über einen Betrag von je CHF 3 865.– ein (act. 7/18). Bei nur einem Auftrag in jenem Jahr, in welchem die Schonfrist ablief, sowie im darauffolgenden Jahr, kann nicht von einem ernsthaften Gebrauch der Marke gesprochen werden. Im Übrigen geht aus den Rechnungen ohnehin nicht hervor, dass diese überhaupt mit einem als «C.» bezeichneten Anlagevehikel in Zusammenhang stehen. Vielmehr scheint es sich um ein Vermögensverwaltungsmandat zu handeln und nicht um eine Investition in ein mit der betreffenden Marke bezeichnetes Produkt. Zu Recht stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass die Bezeichnung auf den Rechnungen «C. Vermögensverwaltung (...)» eine firmenmässige Nutzung darstellt. Wie bereits ausgeführt, liegt eine rechtserhaltende Benutzungshandlung nur vor, wenn eine Marke mit Bezug auf konkret definierte Waren oder Dienstleistungen verwendet wird. Mithin ist die Verwendung eines Zeichens als Firma oder als Geschäftsbezeichnung grundsätzlich nicht rechtserhaltend. Zwar mag sich bei Dienstleistungsbetrieben allenfalls eine gewisse Grosszügigkeit rechtfertigen, da der markenmässige und der firmenmässige Gebrauch bei Dienstleistungsmarken in der Praxis häufig kaum auseinander gehalten werden kann (Karin Bürgi Locatelli, a.a.O., S. 19 f.). Es ist aber zu beachten, dass die Markeninhaberin hier unter einer völlig anderslautenden Firma auftritt, nämlich im Zeitpunkt der Markenhinterlegung im Jahr 2006 als Z. Treuhand bzw. ab 2011 als Z. Group AG oder gemäss eingereicherter Broschüre zur Kapitalanlage «C.» offenbar auch als Z. Invest (act. 7/16). Es kann vorliegend daher keine Rede davon sein, dass die Firma nicht nur das Unternehmen individualisiert, sondern gleichzeitig auch dessen Dienstleistungen kennzeichnet (vgl. Karin Bürgi Locatelli, a.a.O., S. 20). Im Übrigen wurde

die Marke «C.» nicht nur für Dienstleistungen eingetragen, sondern auch für Produkte. Durch Aufführung der Marke auf den Rechnungen als Firma kann demnach nicht von einem rechtserhaltenden Gebrauch gesprochen werden. Da die Herstellung von Werbematerialien keinen Gebrauch im Wirtschaftsverkehr darstellt (Karin Bürgi Locatelli, a.a.O., S. 36, m.w.H.), ist auch mit der eingereichten Rechnung einer Druckerei vom 15. April 2009 für Broschüren und Visitenkarten ein ernsthafter Markengebrauch nicht nachgewiesen (act. 7/17).

7.5 Sodann führt die Beklagte aus, unter der Marke «C.» auch in der Klasse 35 (Werbung, Geschäftsführung, Unternehmensverwaltung, Büroarbeiten) Dienstleistungen zu erbringen, so etwa für die D. Bluesnights (act. 7 S. 10). Sie behauptet indes nicht substantiiert, um welche Dienstleistungen es sich konkret handeln soll. Die Klägerin wendet zu Recht ein, dass die Angabe auf der Website, wonach die Beklagte die D. Bluesnights unterstütze, ein Sponsoring impliziere (act. 11 Rz 81). Im Sponsoring liegt grundsätzlich aber keine rechtserhaltende Benutzungshandlung (Karin Bürgi Locatelli, a.a.O., S. 19). Aus den eingereichten Quittungen lässt sich nicht ansatzweise erkennen, dass diese im Zusammenhang mit – unter der Marke «C.» – erbrachten Dienstleistungen der Klasse 35 ausgestellt wurden (act. 7/19). Die Beklagte legt ohnehin nicht dar, dass sie auf dem Markt unter der Marke «C.» überhaupt bestimmte Dienstleistungen der Klasse 35 anbietet. Ein ernsthafter Markengebrauch ist demnach nicht nachgewiesen.

7.6 Schliesslich trägt die Beklagte vor, Transportdienstleistungen für Waren aus Mexiko zu erbringen und Reisen zu veranstalten, womit ein Markengebrauch in der Klasse 39 vorliege (act. 7 S. 9 f.). Welche Dienstleistungen in dieser Klasse unter der Marke «C.» auf dem Markt konkret angeboten und erbracht werden, legt die Beklagte indes nicht substantiiert dar. Dem eingereichten Auszug aus der Website der Beklagten kann einzig entnommen werden, dass die «Grupo C.B. Internacional de Mexico» die Warenexporte bündelt, v.a. die Blumentöpfe, Gläser und Sarapes (act. 7/20). Die Klägerin stellt sich zutreffend auf den Standpunkt, dass die Erbringung von Verpackungsdienstleistungen für die eigenen Produkte markenrechtlich irrelevant ist (act. 11 Rz 84). Ein Marktgebrauch ist nur rechtserhaltend, wenn er im wirtschaftlichen Verkehr bzw. Geschäftsverkehr erfolgt, indem die Marke den Abnehmern zur Kenntnis gebracht wird. Die blosse interne Benutzung innerhalb des Betriebs oder Konzerns ist kein Gebrauch im Sinne des Gesetzes (Karin Bürgi Locatelli, a.a.O., S. 35). Die Beklagte erbringt keinen Nachweis, dass sie in der Klasse 39 unter der Marke «C.» tatsächlich auf dem Markt Dienstleistungen anbietet und erbringt.

8. Die Klage erweist sich nach dem Gesagten als begründet. Antragsgemäss ist daher die Nichtigkeit der Marke «C.», Nr. (...), festzustellen (Art. 52 MSchG) und die Marke im Register zu löschen (Art. 35 lit. c MSchG).

(...)

3. Obligationenrecht

3.1 Art. 400 Abs. 1 OR

Regeste:

Art. 400 Abs. 1 OR – Auslegung der Klageanträge nach Vertrauensprinzip. Qualifikation als Stufenklage (E. 2). Der Rechenschaftsanspruch der Auftraggeberin kann sich bei gegebenem Kontrollinteresse auf Einsicht in die gesamte Buchhaltung der Auftragnehmerin erstrecken. Stehen der Einsicht Geheimhaltungsinteressen der Auftragnehmerin entgegen, so hat die Einsicht über einen gerichtlich zu bestellenden Sachverständigen zu erfolgen (E. 7).

Aus dem Sachverhalt:

Die Parteien schlossen am 17./23. Juni 1999 einen «Vermögensverwaltungs-Auftrag» ab, gemäss dem die Klägerin die Beklagte gegen Gebühr beauftragte, ihre Vermögenswerte im Rahmen der von ihr vorgegebenen Anlagestrategie zu verwalten. (...) Im Rahmen dieser Vermögensverwaltung fungierte als Depotbank anfänglich die Bank X., ab Mitte 2001 die Y. Das Vermögen der Klägerin war unter anderem in den 1997 gegründeten Anlagefonds I. und in den 2005 gegründeten Anlagefonds O. investiert. (...)

Aus den Erwägungen:

2. Gegenstand des vorliegenden Prozesses ist die Frage, inwiefern die Beklagte der Klägerin Rechenschaft über Entschädigungen, die die Beklagte von Drittparteien wie den Depotbanken, dem Anlagefonds I. und dem Anlagefonds O. allenfalls erhalten hat, ablegen und, falls solche Entschädigungen geflossen sind, inwiefern die Beklagte diese der Klägerin erstatten muss. Vorab ist zu ermitteln, was die Klägerin mit ihrer Klage bezweckt. Ihr Rechtsbegehren enthält mehrere Bestandteile: Anträge «betreffend Auskunft» (Klageanträge lit. A, Ziff. 1–3), Anträge «betreffend Herausgabe von Retrozessionen und anderen Vorteilen» (Klageanträge lit. B, Ziff. 4–6a), einen Antrag mit dem Titel «Teilklage/Nachklagevorbehalt» (Klageantrag lit. C, Ziff. 7) sowie einen Antrag zu den «Kosten» (Klageantrag lit. D, Ziff. 8). Das Rechtsbegehren ist nach Treu und Glauben auszulegen, wobei nicht nur dessen Wortlaut, sondern auch die dazu gegebene Begründung heranzuziehen sind (BGE 105 II 149 E. 2a; Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 38 zu Art. 221 ZPO).

2.1 Die Klägerin stützt ihre Anträge «betreffend Auskunft» auf Art. 400 OR. Damit macht sie ein materielles Informationsrecht geltend, welches grundsätzlich mittels Leistungsklage durchgesetzt werden kann. Von den materiellen Informationsrechten zu unterscheiden sind die prozessualen Informationsrechte wie etwa das Recht auf Aktenedition gemäss Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO, die auf den Beweis substantiiertter Behauptungen ausgerichtet und lediglich

den prozessualen Sanktionsmitteln zugänglich sind (Waldmann, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Diss. Basel 2009, S. 40 f.; vgl. auch BGE C.59/1980 E. 2 [nach ZR: E. 1], zit. in: ZR 80/1981, S. 73 f.). Dieser Unterscheidung wird die Klägerin in ihrer Klage nicht immer gerecht. Unter dem Stichwort «Beweis» verlangt sie in Ziff. 34 der Klagebegründung, es sei eine «Expertise über die Unterlagen der Beklagten» einzuholen. Damit bietet die Klägerin, wie sich aus dem Kontext ergibt, nicht den Beweis einer ihr bekannten, rechtserheblichen und streitigen Tatsache an. Vielmehr präzisiert sie an der besagten Stelle den von ihr in den voranstehenden Ziffern erläuterten, materiellen Auskunftsanspruch im Hinblick darauf, wie im Rahmen der Auskunftserteilung durch die Beklagte deren allfällige Geheimhaltungsinteressen zu wahren wären. Abgesehen davon läge darin – qualifiziert man die fragliche Formulierung als Beweisantrag – kein formgerechter Beweisantrag, denn es ist nicht klar, welcher substantiiert behaupteten Tatsache die Expertise zuzuordnen wäre (vgl. Art. 152 Abs. 1 ZPO; BGE 4A_56/2013 E. 4.4).

2.2 Die Klägerin verbindet in ihrer Klage Anträge «betreffend Auskunft» mit Anträgen «betreffend Herausgabe von Retrozessionen und anderen Vorteilen». Sie strebt dabei, wie sich aus Klageantrag Ziff. 3 und der Begründung ergibt, eine stufenweise Erledigung im dem Sinne an, dass sie die Herausgabebeträge gemäss den Klageanträgen Ziff. 4–6a im vorliegenden Prozess allenfalls ergänzen will, wenn die Beklagte Auskunft gemäss den Klageanträgen Ziff. 1–3 erteilt hat. Damit erhebt die Klägerin eine Stufenklage i.S.v. Art. 85 ZPO. Bei einer Stufenklage behandelt das Gericht in einer ersten Stufe nur den Informationsanspruch (Art. 125 lit. a ZPO), wobei es über diesen grundsätzlich einen anfechtbaren Teilentscheid fällt (vgl. BGE 123 III 140 E. 2). Nachdem die klagende Partei die Forderung gestützt auf die erlangte Information beziffert hat (Art. 85 Abs. 2 Satz 1 ZPO), befindet das Gericht in einer zweiten Stufe über den Hauptanspruch (vgl. Leumann Liebster, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel 2005, S. 174 ff.; Oberhammer, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. A., Basel 2014, N 13 f. zu Art. 85 ZPO).

2.3 In Klageantrag Ziff. 2 behält sich die Klägerin die Anrufung zusätzlicher Auskunftsmittel nach Offenlegung der Unterlagen und der Rechnungsablage gemäss Klageantrag Ziff. 1 vor. Neue (zusätzliche) Rechtsbegehren stellen eine Klageänderung im Sinne der Zivilprozessordnung dar (Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2010, N 1 zu Art. 227 ZPO). Die Klageänderung als prozessuales Instrument trägt bei Stufenklagen praktischen Schwierigkeiten Rechnung, die darin bestehen, dass die Klägerin das Informationsbegehren bereits zum Zeitpunkt der Klageerhebung hinreichend bestimmt formulieren muss, sie meist jedoch erst im Verlauf des Prozesses präzisere Kenntnis darüber erlangt, welche Informationen ihr überhaupt zustehen (Leumann Liebster, a.a.O., S. 141). Laut Art. 227 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht (lit. a) oder die Gegenpartei zustimmt (lit. b). Nach Aktenschluss, d.h. nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels oder der Durchführung einer Instruktionsverhandlung, in der repliziert und dupliziert werden konnte, muss die Klageänderung zusätzlich

auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruhen resp. darauf zurückgeführt werden können (Art. 230 Abs. 1 ZPO). Nicht vorausgesetzt ist, dass sich die Klägerin eine mögliche Klageänderung bereits zu Beginn des Prozesses vorbehält, wie dies die Klägerin vorliegend mit Klageantrag Ziff. 2 tut. Mangels eines schutzwürdigen Interesses ist auf diesen Antrag somit nicht einzutreten (Art. 59 ZPO).

(...)

7. Die Parteien streiten schliesslich über die Modalitäten der Rechenschaftsablegung. Die Beklagte bringt vor, das klägerische Auskunftsbegehren sei insoweit abzuweisen, als es auf die Vorlegung der gesamten Buchhaltung resp. auf eine Expertise über die gesamte Buchhaltung gerichtet sei. Der Anspruch auf Rechenschaftsabgabe sei zwar klagbar, doch erstrecke sich dieser nicht auf die gesamte Buchhaltung, sondern nur auf die Vorgänge des konkreten Auftrags. Abgesehen davon sei die Beklagte als Beauftragte nur zur Auskunftserteilung, nicht zur Offenlegung ihrer Buchhaltung verpflichtet (Beilage 5, Ziff. 245–248).

7.1 Gemäss Klageantrag Ziff. 1 verlangt die Klägerin «Vorlage der Buchhaltung (Ertragsrechnung und Belege)», was sie in der Replik dahingehend erläutert, die Beklagte habe «die gesamte Buchhaltung mitsamt den entsprechenden Belegen» vorzulegen. Der Begriff der Buchhaltung wird gemeinhin als Äquivalent für die Buchführung resp. für die Geschäftsbücher verwendet, die Grundlage der Rechnungslegung bilden (Druey/Druey, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, § 25 N 27). Zur Buchhaltung in diesem Sinne gehören das Hauptbuch mit den Konten und dem Journal sowie, je nach Art und Umfang des Geschäfts, die Hilfsbücher (vgl. Art. 1 der Verordnung über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher [Geschäftsbücherverordnung, SR 221.431]). Die Buchhaltung stützt sich ihrerseits auf die Buchungsbelege, als solche alle schriftlichen Aufzeichnungen auf Papier oder in elektronischer oder vergleichbarer Form gelten, die notwendig sind, um den einer Buchung zugrunde liegenden Geschäftsvorfall oder Sachverhalt nachvollziehen zu können, beispielsweise Verträge oder Quittungen (vgl. Art. 957a Abs. 3 OR; Druey/Druey, a.a.O., § 25 N 31). Mit dem Begriff «Ertragsrechnung», wie ihn die Klägerin in Klageantrag Ziff. 1 verwendet, dürfte gemeint sein, dass die Klägerin im Hinblick auf den Zweck der Rechenschaftsablegung im vorliegenden Fall vordergründig an den Erträgen resp. Vermögenszugängen, und nicht an den Aufwänden resp. den Vermögensabgängen, interessiert ist. Alternativ zur Vorlage der Buchhaltung (einschliesslich Belegen) verlangt die Klägerin die «richterliche Anordnung einer Expertise». Wie sich aus der Klagebegründung ergibt, stellt die Klägerin diesen Antrag im Hinblick darauf, dass die Offenlegung der Buchhaltung und der Belege allenfalls Geheimhaltungsinteressen Dritter tangiert. Die Einsichtnahme durch eine sachverständige Person anstelle der persönlichen Einsichtnahme durch die Auftraggeberin stellt für die Beauftragte eine mildere Massnahme dar, mit der ihren Geheimhaltungsinteressen Rechnung getragen werden kann (vgl. Leumann Liebster, a.a.O., S. 140).

7.2 Das Gesetz sieht bei manchen Informationsansprüchen ausdrücklich vor, dass der Infor-

mationsberechtigte ein Recht auf Einsicht in oder Vorlage von bestimmten Dokumenten des Informationsverpflichteten hat (vgl. z. B. Art. 256a Abs. 1 oder Art. 322c Abs. 2 OR). Diese Einsichts- oder Vorlagerechte tragen dem Kontrollinteresse des Informationsberechtigten Rechnung. Denn das Informationsinteresse des Informationsberechtigten wäre nur ungenügend befriedigt, wenn ihm die Möglichkeit fehlen würde, die Vollständigkeit und Richtigkeit der vom Informationsverpflichteten erteilten Informationen zu überprüfen. Erst die Informationskontrolle ermöglicht dem Informationsberechtigten ein Urteil darüber, ob der Informationsverpflichtete gehörig erfüllt hat und die Obligation dadurch erloschen ist. Nach der Lehre gelten diese Grundsätze auch dort, wo das Gesetz entsprechende Rechte nicht ausdrücklich statuiert: Wenn eine mündliche oder schriftliche Informationserteilung das Kontrollinteresse nicht umfassend befriedigt, steht dem Informationsberechtigten ein Anspruch auf weitergehende Information zu, damit er die Möglichkeit hat, die Vollständigkeit und Richtigkeit der ihm erteilten Information zu überprüfen. Dieser sich nach den Umständen des Einzelfalles unter Berücksichtigung der Verkehrsübung richtende Anspruch kann sich namentlich auf Einsicht oder Vorlage von Urkunden oder auf den Beizug von Sachverständigen beziehen (Affolter, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Diss. St. Gallen 1994, S. 25 ff.; Leumann Liebster, a.a.O., S. 126 f.; vgl. auch BGE 90 II 365 E. 3a). Das Urkundeneinsichtsrecht ist dabei auf die Duldung der Einsichtnahme gerichtet und begründet eine Handlungspflicht nur insofern, als die fraglichen Unterlagen durch die verpflichtete Partei ausgesucht und bereitgestellt werden müssen. Die Informationsbereitstellung erfolgt grundsätzlich dort, wo die Urkunde sich befindet (Leumann Liebster, a.a.O., S. 133 f.).

7.3 Es rechtfertigt sich, diese Grundsätze auch im vorliegenden Fall anzuwenden. Wie erwähnt, soll die Rechenschaftspflicht des Beauftragten die Kontrolle über seine Tätigkeiten ermöglichen (BGE 139 III 49 E. 4.1.2). Dieser Zweck bliebe unerreicht, könnte sich der Auftraggeber nicht selber anhand geeigneter Dokumente ein Bild von der Auftragserteilung verschaffen. Die Informationserteilung muss deshalb auch im Rahmen der mandatschaftlichen Rechenschaftsablegung gemäss Art. 400 OR durch sachgerechte Urkunden und Belege, auch wenn sie selbst nicht der Herausgabepflicht unterstehen, dokumentiert werden (vgl. BGE 139 III 49 E. 4.1.3; Urteil HG090087 des Handelsgerichts Zürich vom 23. Mai 2011, E. 5.1.3, publ. in: Roth, a.a.O., S. 115 ff.; Burg, Kundenschutz bei externer Vermögensverwaltung, Diss. Zürich 2013, N 294). Dieser Anspruch lässt sich nicht einfach dadurch verneinen, dass die Beauftragte diejenigen Dokumente auswählt, die nach ihrem Ermessen für die Klägerin von Bedeutung sind, und im Übrigen erklärt, damit sei die Rechenschaft vollständig im Sinne von Art. 400 OR erteilt, wie dies vorliegend die Beklagte tut. Denn damit bliebe die Klägerin letztlich doch im Ungewissen, ob die Beklagte wirklich vollständig und wahrheitsgetreu informiert hat, wozu sie gemäss Art. 400 OR verpflichtet ist.

Die Klägerin verlangt Vorlage der gesamten Buchhaltung einschliesslich der Belege. Nachdem die Beklagte erklärt hat, keine separate Buchhaltung für die Vermögensverwaltung für die Klägerin geführt zu haben, kommt vorliegend nur die Vorlage der ganzen Buchhaltung in Betracht. Als Aktiengesellschaft war die Beklagte zur Führung und Aufbewahrung der Geschäfts-

bücher verpflichtet (Art. 957 OR in den bis zum 31. Dezember 2012 geltenden Fassungen), wobei sie nach den Grundsätzen der ordnungsmässigen Buchführung auch allfällige Zahlungen Dritter im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung für die Klägerin als relevante Geschäftsvorfälle verbuchen musste. Die Geschäftsbücher, deren Offenlegung die Klägerin verlangt, stellen insoweit sachgerechte Urkunden dar, um zu ermitteln, inwiefern die Beklagte von Dritten Zahlungen im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung für die Klägerin empfangen hat. Um weiter beurteilen zu können, unter welchem Titel diese Zahlungen geflossen sind, ist zudem die Einsicht in die dazugehörigen Belege (Verträge, Quittungen etc.) nötig, wie dies die Klägerin ebenfalls verlangt. Der klägerische Antrag auf Vorlage der Buchhaltung einschliesslich der Belege ist demnach grundsätzlich zu bejahen.

7.4 Unterliegt ein internes Dokument der Rechenschaftspflicht, bedeutet dies nicht, dass es dem Auftraggeber ohne Weiteres vorzulegen ist. Vielmehr ist in diesem Fall eine Interessenabwägung mit den Geheimhaltungsinteressen des Beauftragten vorzunehmen (BGE 139 III 49 E. 4.1.3, mit Hinweisen). Vorliegend stehen dem Informations- und Kontrollinteresse der Klägerin einerseits Geschäftsgeheimnisse, die die Beklagte in eigenem Interesse wahren will, und andererseits Geheimhaltungs- und Diskretionspflichten, die die Beklagte allenfalls im Interesse von Geschäftspartnern und Kunden einhalten muss, entgegen.

7.4.1 Den Geheimhaltungsinteressen des Beauftragten kann dadurch Rechnung getragen werden, dass das Einsichtsrecht auf die Einsicht durch einen Sachverständigen beschränkt wird. Dies sieht das Gesetz bei verschiedenen materiellrechtlichen Informationsansprüchen ausdrücklich vor (vgl. z. B. Art. 322a Abs. 2 oder Art. 600 Abs. 3 OR). In solchen Fällen wird die Nachprüfung der erteilten Informationen dadurch ermöglicht, dass das Gericht als Schutzmassnahme einen neutralen, zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten – wenn nötig einen Fachexperten – einsetzt, der die für die Nachprüfung der bereits erteilten Informationen erforderlichen Erkenntnisse aus den vertraulichen Dokumenten zusammenfassen und gegebenenfalls deren Richtigkeit und Vollständigkeit bestätigen soll. Diese Zusammenfassung und Bestätigung ist schriftlich zu verfassen, damit der Informationsgläubiger im Prozess um den Hauptanspruch über ein liquides Beweismittel verfügt (Leumann Liebster, a.a.O., S. 135 ff.; Waldmann, a.a.O., S. 313 ff.).

7.4.2 Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich, die Einsichtnahme in die Buchhaltung und die Belege mit einer solchen Massnahme zum Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Beklagten zu verbinden. Denn die Einsichtnahme in die gesamte Buchhaltung und die dazugehörigen Belege würde der Klägerin auch Kenntnis von Tatsachen verschaffen, die für das Auftragsverhältnis zwischen den Parteien nicht relevant sind und potentiellen Geheimhaltungsinteressen der Beklagten unterliegen. Damit übereinstimmend verlangt die Klägerin denn auch selbst zum Schutz allfälliger Geheimhaltungsinteressen der Beklagten die Einsetzung eines Experten. Dies ist hier nicht zuletzt auch deshalb angezeigt, weil einerseits die Verhältnisse komplex sind und andererseits die Beklagte selber für den Fall, dass das Gericht zum Schluss kommt, dass die Vollständigkeit und Richtigkeit der bereits erteilten Auskunft mittels der

beklagtischen Buchhaltung zu beweisen ist, eventualiter (nach der Parteibefragung der Personen A. und B.) eine Expertise über die Buchhaltung der Beklagten durch die Revisionsstelle der Beklagten oder einen anderen, vom Gericht zu bezeichnenden Experten anbietet.

7.4.3 Sodann ist festzuhalten, dass die Klägerin ihre Ansprüche zwar nur für die Zeit der vertraglichen Beziehung zur Beklagten, d.h. vom 23. Juni 1999 bis zum 31. Dezember 2001, geltend machen kann. Da aber nicht auszuschliessen ist, dass für diese Zeitperiode relevante Buchungen später erfolgten, ist die Beklagte zu verpflichten, ihre gesamte Buchhaltung bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des vorliegenden Teilentscheids vorzulegen.

Teilentscheid des Kantonsgerichts Zug, 2. Abteilung, vom 8. Juli 2014 (A2 2011 43)

Die dagegen erhobene Berufung wurde vom Obergericht mit Entscheid vom 16. Juni 2015 abgewiesen (Z1 2014 26).

B

Stichwortverzeichnis

- Abauml;nderung von vorsorglichen Massnahmen: Voraussetzungen fuuml;r die Abaum;l;nderung von vorsorglichen Massnahmen, 15
- Besuchsrecht: Voraussetzungen fuuml;r den Entzug des Besuchsrechts, 28
- Hypothetisches Einkommen: Voraussetzungen fuuml;r die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens; Gewaum;l;hrung einer Umstellungsfrist, 15
- Markengebrauch: Geltendmachung des Nichtgebrauchs einer Marke mit Louml;schungsklage, 34
- Obhutszuteilung: Fehlende Beziehungstoleranz eines Elternteils , 7
- Prozesskostenvorschuss: Die Verpflichtung eines Ehegatten zur Leistungen eines Prozesskostenvorschusses setzt unter anderem voraus, dass die Beduuml;rftigkeit des ansprechenden Ehegatten glaubhaft erscheint, 24
- Rechenschaftsablage: Einsicht in die Buchhaltung durch einen gerichtlich zu bestellenden Sachverstauml;ndigen, 46
- Stufenklage: Qualifikation als Stufenklage, 46
- Unterhaltsberechnung: Methode zur Festsetzung von Geldbetraum;l;gen des einen Ehegatten an den anderen gemauml;ss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, 5
- Vertrauensprinzip: Auslegung der Klageantrauml;ge, 46