

Inhaltsverzeichnis

IV

Rechtspflege	5
1 Anwaltsrecht	5
2 Zivilprozessrecht	9
3 Zivilrechtspflege	12

B

Stichwortverzeichnis	43
----------------------	----

IV. Rechtspflege

1. Anwaltsrecht

1.1 Art. 12 lit.a BGFA

Regeste:

Art. 12 lit. a BGFA – Die Kontaktaufnahme eines Rechtsanwalts mit einem potentiellen Zeugen ist nur ausnahmsweise mit der anwaltlichen Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung vereinbar und sollte mit Zurückhaltung und Vorsicht vorgenommen werden. Generell ist die Wahrheitsfindung bzw. die Zeugenbefragung Aufgabe des Gerichts und nicht der Parteien oder ihrer Anwälte. Die Kontaktierung eines möglichen Zeugen ist nur dann zulässig, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht, die Befragung im Interesse des Mandaten liegt und so ausgestaltet wird, dass jede Beeinflussung vermieden und die störungsfreie Sachverhaltsermittlung durch das Gericht bzw. die Untersuchungsbehörde gewährleistet wird.

Aus den Erwägungen:

5. Schliesslich wirft die Anzeigeerstatteerin dem Verzeigten vor, in unerlaubter Weise einen (möglichen) Zeugen beeinflusst zu haben.

5.1 Zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung gemäss Art. 12 lit. a. BGFA gehört auch, dass der Anwalt grundsätzlich jegliches Verhalten unterlässt, das die Gefahr einer Beeinflussung von Zeugen hat. Die selbständige Kontaktaufnahme mit einer Person, die als Zeuge in Betracht kommt, erscheint unter diesem Gesichtspunkt als problematisch, da mit einem solchen Vorgehen stets eine zumindest abstrakte Gefahr einer Beeinflussung verbunden ist. Eine Kontaktaufnahme mit einem potentiellen Zeugen ist daher nur ausnahmsweise mit der anwaltlichen Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung vereinbar und sollte nur mit Zurückhaltung und Vorsicht vorgenommen werden. Generell ist die Wahrheitsfindung bzw. die Zeugenbefragung Aufgabe des Gerichts und nicht der Parteien oder ihrer Anwälte. Die Kontaktierung eines möglichen Zeugen ist nur dann zulässig, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht, die Befragung im Interesse des Mandaten liegt und so ausgestaltet wird, dass jede Beeinflussung vermieden und die störungsfreie Sachverhaltsermittlung durch das Gericht bzw. die Untersuchungsbehörde gewährleistet wird. Als sachlicher Grund für eine private Zeugeneinvernahme ist namentlich das Einschätzen der Erfolgsaussichten von Prozesshandlungen wie etwa die Prozesseinleitung, das Einlegen bzw. der Rückzug eines Rechtsmittels oder das Stellen eines Beweisantrages anzusehen; entscheidend sind aber die Umstände des konkreten Einzelfalls. Um der Gefahr einer Beeinflussung des potentiellen Zeugen bzw. dem blossen Anschein einer unzulässigen Einflussnahme in solchen Fällen entgegenzuwirken, sind entsprechende Vorsichtsmassnahmen zu treffen. So soll der Anwalt den Zeugen schriftlich um ein Gespräch ersuchen und ihn darauf hinweisen, dass er weder verpflichtet ist zu erscheinen noch auszusagen. Ebenfalls hat der Anwalt dem Zeugen

mitzuteilen, im Interesse welches Mandanten das Gespräch stattfinden soll. Das Gespräch soll ohne den Mandanten und wenn immer möglich in den Räumlichkeiten des Anwalts stattfinden, wobei gegebenenfalls eine Drittperson als Gesprächszeugin hinzugezogen werden soll. Der Anwalt darf keinen Druck auf den Zeugen ausüben und ihn insbesondere nicht zu einer bestimmten Aussage oder überhaupt zu irgendeiner Aussage drängen und ihm für den Fall des Schweigens nicht mit Nachteilen drohen. Verpönt ist auch das Stellen von Suggestivfragen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_909/2010 vom 12. April 2010 E. 2.1 unter Hinweis auf BGE 136 II 551 E. 3 ff.; vgl. zum Ganzen auch Fink, Private Zeugenbefragung im Zivilprozess, 2015, Rz 106 ff., und Züger, Privater Zeugenkontakt der Verteidigung in der Praxis, ZStrR 131/2013 S. 247 ff., 253 ff.).

5.2 In der abschliessenden Stellungnahme vom 3. Mai 2016 führte der Verzeigte aus, die Kontaktnahme mit A._ sei gleich zu Beginn der Mandatierung erfolgt; sie sei notwendig und geboten gewesen. A._ sei von seiner Mandantin (der B._ AG) über den Kontakt und die Konstellation vorinformiert gewesen. Dieser habe an der Befragung vom 13. April 2016 bestätigt, dass er sich «in keinsten Weise» unter Druck gesetzt gefühlt habe. Er (der Verzeigte) habe weder am Telefon noch in der E-Mail detaillierte Fragen oder Suggestivfragen gestellt. A._ habe seine Wahrnehmungen frei erzählt; diese seien festgehalten und bestätigt worden. Weitere Kontakte seien nicht erfolgt. Vor diesem Hintergrund könne ihm (dem Verzeigten) kein Fehlverhalten oder gar eine Verletzung von Berufspflichten vorgeworfen werden. Er habe der Gefahr, einen allfälligen Zeugen unter Umständen beeinflussen zu können, mit der gebotenen Sorgfalt und Vorsicht vorgebeugt. Würden seine Handlungen bereits als Beeinflussung eines Zeugen qualifiziert, bedeutete dies, dass bei ähnlichen Fällen praktisch blind rechtliche Wege beschritten werden müssten, ohne dass erste wichtige Abklärungen zum Sachverhalt, zu Chancen/Risiken und zu möglichen Vorgehen gemacht werden könnten. Das wiederum könne nicht im Sinne der Beteiligten und Behörden sein, nicht einmal der Anzeigerstatteerin (act. 12 S. 3).

5.3 Der Auffassung des Verzeigten kann nicht gefolgt werden, und zwar aus folgenden Gründen:

5.3.1 Allgemein ist vorab festzuhalten, dass ein Rechtsanwalt den Sachverhalt eines Falles sorgfältig zu prüfen hat. Seine primären Informationsquellen sind der eigene Klient bzw. die ihm von diesem zur Verfügung gestellten Unterlagen. Grundsätzlich darf der Rechtsanwalt auf die Richtigkeit der Angaben seines Klienten vertrauen. Eine Überprüfung ist allenfalls notwendig, wenn begründeter Anlass besteht, an der Wahrheit der Angaben zu zweifeln, oder wenn diese ungenau sind. Im Grundsatz ist der Anwalt jedoch nicht verpflichtet, eigene Ermittlungen anzustellen, um zu prüfen, ob die von seinem Klienten erteilten Informationen richtig sind. Wenn der Klient somit angibt, ein Zeuge könne zu einer bestimmten Tatsache bzw. einem Sachverhalt Angaben machen, darf der Rechtsanwalt diesen Angaben grundsätzlich vertrauen. Er ist nicht verpflichtet, die Aussagen eines Zeugen im Vorfeld eines allfälligen Verfahrens (ohne begründete Zweifel) zu überprüfen. Eine private Zeugenbefragung durch

den Anwalt ist bei gegebenen Voraussetzungen vielmehr eine Befugnis des Rechtsanwalts und keine Pflicht. Sagt der Zeuge im Verfahren nachteilig für den eigenen Klienten aus, hat die negativen Folgen dieser Zeugenaussage der Klient zu tragen (vgl. Fink, a.a.O., Rz 107 ff. m.w.H.). Davon abweichend kann es allenfalls im Strafprozess geboten sein, eigene Ermittlungen durchzuführen, wenn es um die Frage geht, ob ein Zeuge zur Entlastung des Mandanten beitragen kann (vgl. Züger, a.a.O., S. 250 f., und Fink, a.a.O. Rz 165 ff., je m.w.H.). Eine solche Konstellation ist vorliegend jedoch nicht gegeben, weshalb nicht näher darauf einzugehen ist.

5.3.2 Die Befragung von Zeugen ist – wie bereits dargelegt – Aufgabe der Gerichte und nicht Obliegenheit der Parteien oder ihrer Anwälte. Ausnahmsweise kann eine Kontaktierung von Zeugen dann zulässig sein, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht. Ein solcher fehlt, wenn sich der Anwalt die erforderlichen Informationen auch mit weniger einschneidenden Mitteln beschaffen und das gleiche Resultat, z. B. auch über einen Antrag an die verfahrensleitende Stelle, erreicht werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_909/2010 vom 12. April 2011 E. 2.1 und 2.3; Fellmann, a.a.O., Art. 12 BGFA N 22; ZR 106/2007 Nr. 81 S. 307; vgl. auch Fink, a.a.O., Rz 199 ff., und Züger, a.a.O., S. 254 f., die allerdings den sachlichen Grund als Kriterium der Zulässigkeit ablehnen und einzig als massgebend erachten, dass der Zeuge bei der Befragung durch den Rechtsanwalt nicht beeinflusst wurde).

Der Verzeigte rechtfertigt sein Vorgehen lediglich mit dem allgemeinen Hinweis, es sei zunächst darum gegangen, «den Prozessstoff überhaupt abzuklären»; die Befragung von A._ sei mit Blick auf die Wahl bzw. Einleitung des Verfahrens und die Beurteilung der damit verbundenen Risiken notwendig und geboten gewesen sei. Auf solche Gründe dürfte sich ein Rechtsanwalt wohl praktisch bei jeder privaten Zeugenbefragung berufen. Weshalb diese im vorliegenden Fall sachlich notwendig gewesen sei und weshalb die erforderlichen Information vorab nicht schon von der eigenen Klientin oder zu einem späteren Zeitpunkt über einen Antrag an die verfahrensleitende Stelle hätten beschafft werden können, legt der Verzeigte hingegen nicht dar. Wenn er im Übrigen vorbringt, dass es im Zeitpunkt der Befragung noch völlig offen gewesen sei, ob und allenfalls welche rechtlichen Schritte gegen wen eingeleitet werden sollten, drängt sich die Frage auf, warum der Verzeigte A._ zu diesem Zeitpunkt überhaupt befragt hat. Ein konkreter sachlicher Grund, welcher die Befragung als notwendig erscheinen liesse, ist unter den gegebenen Umständen nicht ersichtlich.

5.3.3 Im Weiteren hat der Verzeigte nicht alle erforderlichen Vorsichtsmassnahmen getroffen, um eine Beeinflussung zu vermeiden und die störungsfreie Sachverhaltsermittlung durch das Gericht bzw. die Untersuchungsbehörden zu gewährleisten. Zwar ist aufgrund der im vorliegenden Verfahren durchgeführten Befragung von A._ davon auszugehen, dass der Verzeigte den Befragten «in keinsten Weise» unter Druck gesetzt und ihn auch nicht aufgefordert hat, bestimmte Aussagen zu machen oder gewisse Sachen zu verschweigen (vgl. act. 10 Ziff. 22, 25, 27 und 32). Auf der anderen Seite ist unbestritten, dass der Verzeigte A._ ohne vorherige schriftliche Anfrage direkt und ohne Beizug einer Drittperson telefonisch kontaktiert hat. Im Weiteren muss aufgrund der Aussagen von A._ angenommen werden, dass er nicht genau

darüber informiert war, wofür seine Angaben verwendet werden sollten. So führte er einerseits aus, er sei von einer Klage [in einem Zivilverfahren] ausgegangen, da er gewusst habe, dass es um eine Schadenersatzforderung in einer bestimmten Höhe gehe (act. 10 Ziff. 18-20). An anderer Stelle erklärte er dann, er habe gewusst, dass sich die B._ AG und C._ bei der Staatsanwaltschaft oder der Kriminalpolizei treffen würden, dass ein Verfahren eingeleitet werde oder laufe und dass seine Bestätigung für dieses Verfahren verwendet werde (act. 10 Ziff. 30). Hinzu kommt, dass der Verzeigte A._ beim Telefongespräch nicht bloss allgemein danach fragte, ob er zur Beendigung des Auftragsverhältnisses zwischen der Anzeigerstatlerin und der B._ AG (aus eigener Wahrnehmung) Angaben machen könne (act. 10 Ziff. 21 a.E.). Vielmehr «diskutierten» sie beide «konkret über die Kommunikation zwischen C._ und der B._ AG und wie der Mandatswechsel hätte von statten gehen sollen» (act. 10 Ziff. 16). Dabei wurde A._ offenbar vom Verzeigten «über die Situation befragt», wobei der Verzeigte «beispielsweise die Frage [stellte], wie ich [A._] die Aussage von C._ beurteilen würde, dass Daten nur gegen Zahlung der geforderten Summe geliefert würden. Dabei wollte der Verzeigte wissen, ob dies so von statten gegangen sei und ob C._ dies als Druckmittel verwendet habe. Der Verzeigte fragte mich, wie ich das erlebt hätte» (act. 10 Ziff. 17 und 21). Diese (unbestrittenen) Aussagen von A._ zeigen, dass es sich beim fraglichen Telefongespräch nicht bloss um eine prozessökonomisch motivierte, untergeordnete Vorabklärung, sondern vielmehr um eine Besprechung handelte, bei welcher der Verzeigte zumindest einzelne Fragen mit suggestivem Charakter stellte und sich von seinem Gesprächspartner offensichtlich entscheidende Informationen erhoffte (vgl. BGE 136 II 551 E. 3.3.2 a.E.). Damit kann nicht mehr bloss von einer abstrakten Gefahr einer Beeinflussung des Zeugen gesprochen werden. Im Übrigen hat A._ zwar bestätigt, dass der Verzeigte seine Aussagen in der (zweiten) E-Mail vom 3. Februar 2015 (act. 1/4) richtig wiedergegeben hat (act. 10 Ziff. 28). Daraus folgt aber nicht zwingend, dass dort die Wahrnehmungen des Zeugen vollständig und korrekt festgehalten wurden. Dies zeigt sich an der Aussage von A._, wonach für eine Mehrforderung [der Anzeigerstatlerin gegenüber der B._ AG] kein Raum bestanden habe, da im Vertrag eine pauschale Vergütung abgemacht worden sei. Diese Aussage war in der ersten E-Mail vom 30. Januar 2015 (act. 7/3) noch enthalten, wurde von A._ dann aber vollständig gestrichen, weil er diesen Satz zwar vielleicht so gesagt habe, er aufgrund seiner damaligen Position aber nicht habe beurteilen können, ob dies zutroffen habe (vgl. act. 10 Ziff. 24, 25 und 27). Dagegen ist zwar grundsätzlich nichts einzuwenden. Problematisch ist allerdings, dass der Verzeigte die Aussagen von A._ zumindest faktisch protokolliert hat, indem er sie in E-Mails schriftlich festhielt und vom Zeugen explizit bestätigten liess. Mit einem solchen Vorgehen wird der Zeuge auf seine Aussagen «festgenagelt», was dazu führt, dass er sich daran gebunden fühlt und sich bei einer behördlichen Einvernahme nicht mehr frei äussern kann (vgl. Züger, a.a.O., S. 265 m.w.H.). Eine störungsfreie Sachverhaltsermittlung durch das Gericht bzw. die Untersuchungsbehörde ist damit nicht mehr gewährleistet. Schliesslich verletzt das unvorsichtige Vorgehen des Verzeigten aber auch die Interessen seiner Klientin, weil aufgrund der unzulässigen privaten Befragung die Aussagen des Zeugen in den staatlichen Verfahren u.U. nicht (mehr) verwertbar sind und damit das Beweisergebnis erheblich gefährdet wird (vgl.

Reichart/Hafner, Private Zeugenbefragung durch den Anwalt im Zivilprozess, SJZ 107/2011 S. 201 ff., 205).

5.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Verzeigte mit seinem Vorgehen die Anforderungen, die an eine private Zeugenbefragung zu stellen sind, nicht erfüllt und damit seine Berufspflichten im Sinne von Art. 12 lit. a BGFA verletzt hat.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, 7. Juli 2016

2. Zivilprozessrecht

2.1 Art. 154 ZPO

Regeste:

Art. 154 ZPO – Vor der Beweisabnahme werden die erforderlichen Beweisverfügungen getroffen. Das Fehlen einer Beweisverfügung an sich bedeutet noch nicht ohne weiteres, dass der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben wäre. Entscheidend ist letztlich, ob und inwieweit eine Partei beschwert ist, d.h. ob ihr aus dem Fehlen einer (korrekten) Beweisverfügung ein erheblicher Nachteil entsteht und ob insbesondere ihr grundrechtlicher Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt worden ist.

Aus den Erwägungen:

1. Die Klägerin vertrat an der Hauptverhandlung im erstinstanzlichen Verfahren die Ansicht, dass der vorliegende Prozess nicht spruchreif sei. Insbesondere fehle eine Beweisverfügung und es hätten die Beweise durch das Kollegialgericht und nicht durch den Instruktionsrichter (Referenten) abgenommen werden müssen. Diese Einwendungen der Klägerin taxierte die Vorinstanz als unbegründet. Die Existenz der von den Parteien eingereichten Beweismittel sei in tatsächlicher Hinsicht unbestritten. Die Klägerin habe zudem nicht dargelegt, bezüglich welcher konkreten Tatsachen eine Beweisverfügung hätte erlassen werden sollen. Der vorliegende Prozess sei daher nach der Hauptverhandlung auch ohne Beweisverfügung spruchreif gewesen. Die Beweisabnahme könne gemäss Art. 155 Abs. 1 ZPO zudem an eines oder mehrere Gerichtsmitglieder delegiert werden, was im vorliegenden Fall mit der Präsidialverfügung vom 6. April 2011 erfolgt sei.

1.1 Vorab ist festzuhalten, dass die Klägerin im Berufungsverfahren die Delegation der Beweisabnahme an ein Gerichtsmitglied zu Recht nicht mehr rügt. Die Legitimation für die Delegation ist in Art. 155 Abs. 1 ZPO ausdrücklich verankert.

Die Klägerin moniert jedoch, die Vorinstanz habe weder vor der persönlichen Befragung der Parteien noch vor der Einholung der Expertise und auch nicht vor Durchführung der Hauptverhandlung eine Beweisverfügung erlassen. Während des ganzen vorinstanzlichen

Verfahrens habe das Kantonsgericht die Klägerin im Ungewissen gelassen. Es sei ihr nicht möglich gewesen, sich im Hinblick auf die Parteibefragung gehörig vorzubereiten. X.Y. als Organ der Klägerin habe quasi zu einem strafrechtlichen Verhör erscheinen müssen. Er habe nicht klar und eindeutig gewusst, was ihm bevorstehe und zu welchen bestrittenen Tatsachenbehauptungen er werde aussagen müssen. Dasselbe gelte für die Hauptverhandlung. Aufgrund des Vorgehens der Vorinstanz sei den Parteien nicht klar gewesen, was ihnen an der Hauptverhandlung bevorstehe. Ein ordentliches Verfahren ohne Beweisverfügung sei nicht spruchreif. Die Klägerin wisse selbst heute noch nicht, weshalb die Vorinstanz X.Y. nicht zu allen Sachverhaltsbehauptungen befragt und die Befragung mit der Beweisaussage verknüpft habe. Die Klägerin wisse zudem selbst heute nicht, weshalb das Gericht die angerufenen Zeugen nicht gehört habe.

1.2 Vor der Beweisabnahme werden die erforderlichen Beweisverfügungen getroffen. Darin werden insbesondere die zugelassenen Beweismittel bezeichnet und es wird bestimmt, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt. Beweisverfügungen können jederzeit abgeändert oder ergänzt werden (Art. 154 ZPO). Sie sind prozessleitende Verfügungen im Sinne von Art. 124 Abs. 1 ZPO (Leu, in: Brunner und andere [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, Art. 154 ZPO N 23; Brönnimann, Berner Kommentar, 2012, Art. 154 ZPO N 5; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung – Kurzkomentar, 2. A. 2014, Art. 124 ZPO N 3 und Art. 154 ZPO N 1).

Die Beweisverfügung leitet das Beweisstadium ein und legt das Programm des Beweisverfahrens fest. Ihr Erlass setzt voraus, dass das Gericht den vorhandenen Prozessstoff analysiert, anhand der in Frage stehenden materiellen Rechtsnormen die erheblichen von den irrelevanten Sachvorbringen trennt, sich Klarheit darüber verschafft, welche der rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen bestritten und demnach beweisbedürftig sind, die form- und fristgerecht angerufenen Beweismittel auf ihre Tauglichkeit hin prüft und schliesslich im Idealfall auch noch die Reihenfolge von deren Abnahme festlegt (Priorisierung). Im Verhältnis zu den Parteien hat die Beweisverfügung Informationsfunktion: Die Parteien sollen wissen, was nach Ansicht des Gerichts erheblich ist und wer was womit zu beweisen hat (Brönnimann, a.a.O., Art. 154 ZPO N 3 f.; Leu, a.a.O., Art. 154 ZPO N 26 ff.). (...)

Die Beweisverfügung kann sehr summarisch gehalten sein und muss nicht einmal begründet werden. Sie kann (als prozessleitende Verfügung) jederzeit abgeändert oder ergänzt werden (Art. 154 Satz 3 ZPO), so dass auch ein stufenweises Vorgehen möglich ist. Dem Gericht steht diesbezüglich ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. Guyan, Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 154 ZPO N 7 ff.; Hasenböhler, a.a.O., Art. 154 ZPO N 31 ff.; Urteil des Obergerichts Zug Z1 2014 27 vom 28. April 2015 E. 4.1).

1.3 Die Klägerin macht geltend, die von der Vorinstanz vertretene Auffassung verletze Art. 154 ZPO. Das Kantonsgericht erkenne zudem den von ihm zitierten Bundesgerichtsentscheid (4A_541/2013 vom 2. Juni 2014 E. 3.4), wenn es der Klägerin vorwerfe, sie hätte im Rahmen

der Hauptverhandlung nicht dargelegt, im Zusammenhang mit welchen konkreten Tatsachen die Vorinstanz eine Beweisverfügung hätte erlassen sollen.

1.4 Soweit die Vorinstanz das Fehlen einer Beweisverfügung mit dem Verweis auf das bundesgerichtliche Urteil 4A_541/2013 vom 2. Juni 2014 E. 3.4 zu begründen versucht, kann ihr nicht gefolgt werden. Wie sich aus der Erwägung 3.4.2 des bundesgerichtlichen Urteils ergibt, hatte im dortigen Verfahren der Präsident der Vorinstanz an der Hauptverhandlung die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass und aus welchen Gründen kein Beweisverfahren durchgeführt werde. Mithin fand – anders als im vorliegenden Prozess – gar kein Beweisverfahren statt, weshalb es auch keiner Beweisverfügung bedurfte (vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 4A_78/2014 und 4A_80/2014 vom 23. September 2014 E. 8.1). Diese Konstellation lässt sich mit dem vorliegenden Verfahren nicht vergleichen.

1.5 Wenn die Vorinstanz ausführt, die Klägerin habe nicht dargelegt, bezüglich welcher konkreten Tatsachen eine Beweisverfügung hätte erlassen werden sollen, verkennt sie, dass gemäss der expliziten Regelung in Art. 154 ZPO vor der Beweisabnahme die erforderlichen Beweisverfügungen zu treffen sind. Demnach ist grundsätzlich eine Beweisverfügung zu erlassen, damit die Parteien insbesondere von der gerichtlichen Sicht der streitigen oder sonst feststellungsbedürftigen Tatsachen, der entsprechenden Beweisführungslast und von den zugelassenen Beweismitteln Kenntnis nehmen können. Art. 154 ZPO bildet indes mit dem Wortlaut, wonach nur die «erforderlichen» Beweisverfügungen zu treffen sind, der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Beweisverfügung Ansatzpunkt für eine Auslegung, welche das Gericht davon befreit, Beweisverfügungen in jedem Verfahren vor jeder Abnahme zu erlassen (vgl. Hasenböhler, a.a.O., Art. 154 ZPO N 33 m.w.H.). Es ist jedoch unbestritten, dass im ordentlichen Verfahren – wie es vorliegend zur Anwendung kommt – grundsätzlich Beweisverfügungen zu erlassen sind (vgl. Guyan, a.a.O., Art. 154 ZPO N 12 f.; ders., Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO, ZZZ 2011/2012, S. 3 ff., 13 f.; Brönnimann, a.a.O., Art. 154 ZPO N 8; Leu, a.a.O., Art. 154 ZPO N 13; Passadelis, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2010, Art. 154 ZPO N 7-9).

(...)

1.7 Das Fehlen einer Beweisverfügung an sich bedeutet noch nicht ohne weiteres, dass der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben wäre. Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass die Vorinstanz mit Entscheid vom 20. März 2013 (act. 37) und ergänzend mit Entscheid vom 24. April 2013 (act. 40) ein gerichtliches Gutachten über die von der Klägerin behaupteten Zusatzleistungen und das Vordach anordnete, mit A.B., einen entsprechenden Sachverständigen mit der Erstellung des Gutachtens beauftragte und diesem die als wesentlich eingestuften Fragen unterbreitete. Bei diesen Entscheiden handelt es sich letztlich um – zwar sehr rudimentäre – Beweisverfügungen, in denen das zugelassene Beweismittel bezeichnet und mit der Fragestellung das Beweisthema dem Grundsatz nach festgelegt wurde. Diese Beweisverfügungen erweisen sich jedoch insoweit als unvollständig und deshalb mangelhaft, als sie

entgegen Art. 154 ZPO nicht bestimmen, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt (vgl. dazu Leuenberger, ZZZ 2011/2012 S. 109 ff.).

Entscheidend ist letztlich, ob und inwieweit eine Partei beschwert ist, d.h. ob ihr aus dem Fehlen einer (korrekten) Beweisverfügung ein erheblicher Nachteil entsteht und ob insbesondere ihr grundrechtlicher Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs (vgl. dazu Leu, a.a.O., Art. 150 ZPO N 25 f.) verletzt worden ist. Diese Fragen sind nachfolgend im Rahmen der von der Klägerin erhobenen Rügen im Einzelnen zu prüfen.

Urteil des Obergerichts, I. Zivilabteilung, vom 22. März 2016
(Z1 2015 5)

3. Zivilrechtspflege

3.1 Art. 1 IPRG, Art. II Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958

Regeste:

Art. 1 IPRG, Art. II Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 – Sieht eine Schiedsvereinbarung ein Schiedsgericht mit Sitz ausserhalb der Schweiz vor, gelangt das Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 zur Anwendung. Nach diesem Übereinkommen hat jeder Vertragsstaat eine schriftliche Schiedsvereinbarung anzuerkennen und auf Antrag die Parteien auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, dass die Vereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist.

Aus den Erwägungen:

1. Die Beklagte bestreitet die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts. Sie stellt sich auf den Standpunkt, die norwegische E. ASA als Konzernobergesellschaft der E. Gruppe – und damit auch der Beklagten – habe mit den Klägern am 19. Januar 1999 ein sog. «Settlement Agreement B» sowie ein zugehöriges «Mutual Release» abgeschlossen. Das «Settlement Agreement B» enthalte in Section 10.04 eine Schiedsklausel, aus welcher auch die Tochtergesellschaften der E. ASA berechtigt seien. Demnach sei für sämtliche Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem Vergleich ein Schiedsgericht in New York zuständig. Das «Settlement Agreement B» sei abgeschlossen worden, um sämtliche gegenwärtigen und künftigen Ansprüche zu bereinigen, welche die Kläger sowie weitere zugewandte Gesellschaften im Zusammenhang mit dem angeblich vom Kläger 1 entdeckten Erdöl- und Gasvorkommen in Kasachstan gegenüber D. und/oder E. ASA oder deren Tochtergesellschaften, verbundenen Gesellschaften, Arbeitnehmern etc. allenfalls geltend machen könnten (act. 10 S. 7 ff.).

2. Die Kläger haben Wohnsitz bzw. Sitz in den USA. Die Beklagte hat ihren Sitz in Zug. Es liegt damit ein internationales Verhältnis i.S. von Art. 1 IPRG vor. Das «Settlement Agreement B» vom 19. Januar 1999 enthält eine Schiedsklausel, wonach über Streitigkeiten aus dem Agreement oder aus dem gleichentags abgeschlossenen «Mutual Release» ein Schiedsgericht mit Sitz in New York zu entscheiden hat. Als Schiedsrichter wurde J. bestimmt (act. 10/2 section 10.4 S. 59 f.). Sieht eine Schiedsvereinbarung ein Schiedsgericht mit Sitz ausserhalb der Schweiz vor, gelangen nicht die Bestimmungen des IPRG zur Anwendung, sondern das Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (nachfolgend: New Yorker Übereinkommen oder abgekürzt NYÜ; SR 0.277.12, für die Schweiz 1965 in Kraft getreten; Berti/Droese, Basler Kommentar, 3. A. 2013, Art. 7 IPRG N 4 mit Hinweis auf BGE 138 III 681 E. 3.1). Das IPRG behält in Art. 1 Abs. 2 denn auch ausdrücklich völkerrechtliche Verträge vor.

Gemäss Art. II NYÜ hat jeder Vertragsstaat eine schriftliche Schiedsvereinbarung anzuerkennen und auf Antrag die Parteien auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, dass die Vereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist. Der staatliche Richter hat dabei die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung mit voller Kognition zu prüfen (BGE 121 III 38 E. 2b). Die Schiedsvereinbarung ist nur gültig, wenn sie der in Art. II Ziff. 2 NYÜ vorgeschriebenen Schriftform genügt. Allgemeine Voraussetzung einer Schiedsvereinbarung ist zudem ihre Klarheit und Bestimmtheit hinsichtlich der privaten Jurisdiktion, d.h. das zur Entscheidung berufene Schiedsgericht muss entweder eindeutig bestimmt oder jedenfalls bestimmbar sein (Urteil des Bundesgerichts 4A_279/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 2; BGE 121 III 38 E. 2 = Pra 84 Nr. 205). Die Prüfung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung in materieller Hinsicht erfolgt grundsätzlich nach der *lex arbitri*, d.h. das Recht des Landes in dem der Schiedsspruch ergehen würde. Vorbehalten bleibt eine hinsichtlich der Schiedsklausel getroffene Rechtswahl (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_279/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 2).

2.1 Die D. Company Ltd. und die Kläger schlossen das erwähnte «Settlement Agreement B» am 19. Januar 1999 in Denver ab. Die Vereinbarung wurde von den Parteien und einem Zeugen im Beisein eines Notars unterzeichnet (act. 10/2 S. 66 ff.). Die vom Übereinkommen verlangte Schriftform ist damit grundsätzlich erfüllt. Section 5.04 des «Settlement Agreement B» sieht die Möglichkeit einer Parteiänderung (als *Novation* bezeichnet) vor, so dass die E. ASA die D. Company Ltd. als Partei vollständig ersetzt (act. 10/2 S. 42 f.). Davon haben die Parteien mit Vereinbarung vom 19. Januar 1999 Gebrauch gemacht, da D. ihre strategische Zusammenarbeit mit E. ASA beendet hatte (act. 10/4, 10/5). Damit wurden die E. ASA und ihre «affiliates» (direkt oder indirekt kontrollierten Gesellschaften; act. 10/2 S. 2) selber Partei des «Settlement Agreement B» vom 19. Januar 1999. Bei der Beklagten handelt es sich unbestrittenermassen um eine Tochtergesellschaft der E. ASA (act. 10 Rz 49). Damit die Schiedsvereinbarung auch hinsichtlich der Tochtergesellschaften gilt, ist es nicht notwendig, dass die Tochtergesellschaften in der Vereinbarung namentlich genannt werden und sie diese ebenfalls unterzeichnet haben (Gränicer, Basler Kommentar, 3. A. 2013, Art. 178 IPRG N 8).

Dies gilt auch unter dem New Yorker Recht, was sich aus dem von der Beklagten eingereichten Urteil des «District Court New York» vom 3. März 2011 ergibt (act. 10/6). Aus dem Agreement geht sodann unmissverständlich hervor, dass die Parteien ein Schiedsgericht mit Sitz in New York bestimmt haben, wobei sie sich – wie bereits erwähnt – auch auf einen Schiedsrichter geeinigt haben (act. 10/2 section 10.4 S. 59). Das Schiedsverfahren ist gemäss den «Commercial Arbitration Rules» der «American Association» durchzuführen. Allfällige Streitigkeiten in Bezug auf die Durchführung und das Verfahren sollen vor einem «state court in the state of New York» vorgetragen werden (act. 10/2 section 10.4 S. 59). Damit ist das zur Entscheidung berufene Schiedsgericht eindeutig bestimmt (vgl. BGE 133 III 66 E. 3.1 S. 70). Der Notar bestätigte, dass die Parteien den Inhalt der Vereinbarung verstanden haben (act. 10/2 S. 68). Dementsprechend stellen die Kläger die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung denn auch nicht in Abrede. Der staatliche Richter hat aber grundsätzlich nicht von Amtes wegen zu prüfen, ob die Schiedsvereinbarung über eine schiedsfähige Streitsache abgeschlossen wurde (Berger/Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, Rz 660, a.M. namentlich Lalive/Poudret/Reymond, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, 1989, Art. 7 N 2).

2.2 Mit dem «Settlement Agreement B» wollten die Parteien allfällige Ansprüche im Zusammenhang mit Kasachstan bzw. den dortigen Rohstoffen regeln (act. 10/2 Präambel und section 6.02 S. 44 f.). Gemäss dem zugehörigen «Mutual Release» vom 19. Januar 1999 – für welches die Schiedsklausel im «Settlement Agreement B» ebenfalls gilt (act. 10/2 section 10.4 S. 59) – wurde die E. ASA und damit auch die Beklagte als Tochtergesellschaft derselben von sämtlichen Ansprüchen der Kläger im Zusammenhang mit der kasachischen sozialistischen Sowjetrepublik, der Republik Kasachstan oder deren Öl, Gas oder natürlichen Rohstoffen befreit (act. 10/3 Ziff. II S. 1, Incident Ziff. 4 S. 3 und S. 5 Ziff. 2). Die geltend gemachten Ansprüche fallen somit unter die Regelungen des «Settlement Agreement B» und des «Mutual Release», was die Kläger denn auch nicht bestreiten. Dementsprechend gelangt die vereinbarte Schiedsklausel zur Anwendung.

2.3 Im Geltungsbereich des New Yorker Übereinkommens führt der Umstand, dass eine Partei vor einem ordentlichen Gericht die Schiedseinrede erhebt, unter den Voraussetzungen von Art. II Ziff. 3 NYÜ wie erwähnt dazu, dass die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts zur Beurteilung der Streitsache derogiert wird (BGE 124 III 83 E. 5b).

3. Nach dem Gesagten ist auf die Klage nicht einzutreten und die Parteien sind auf das schiedsgerichtliche Verfahren gemäss dem «Settlement Agreement B» vom 19. Januar 1999 zu verweisen.

(...)

3.2 Art. 29 Abs. 2 BV

Regeste:

Art. 29 Abs. 2 BV – Eine Partei, die eine Eingabe ohne Fristansetzung zur Kenntnisnahme zugestellt erhält und sich dazu äussern will, hat das ihr zustehende Replikrecht in aller Regel innert einer Frist von zehn Tagen geltend zu machen. Versäumt es eine Partei, das Replikrecht rechtzeitig geltend zu machen, wird angenommen, sie habe (definitiv) auf eine weitere Eingabe verzichtet.

Aus den Erwägungen:

1. In prozessualer Hinsicht ist vorab zu prüfen, ob die Klägerin ihre Stellungnahme vom 6. Juli 2015 rechtzeitig eingereicht hat und daher ihre dortigen Ausführungen noch zu berücksichtigen sind.

1.1 Die Berufungsantwort des Beklagten vom 9. Juni 2015 wurde am 15. Juni 2015 zur Kenntnisnahme an die Klägerin versandt. Sie ging der Klägerin am 16. Juni 2015 zu, welche mit Eingabe vom 6. Juli 2015 unaufgefordert dazu Stellung nahm und sich dabei auf das sog. «Replikrecht» berief.

1.2 Die ZPO sieht im Berufungsverfahren als Regel einen Schriftenwechsel vor (Art. 312 ZPO); ein zweiter Schriftenwechsel wird nur ausnahmsweise angeordnet (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Wird die Berufungsantwort der Gegenpartei lediglich zur Kenntnisnahme zugestellt, gilt der Schriftenwechsel grundsätzlich als geschlossen. Nach Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien indes Anspruch auf rechtliches Gehör. Aus dieser verfassungsmässigen Garantie folgt unter anderem das Recht einer Partei, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu den Stellungnahmen und Vernehmlassungen der anderen Verfahrensparteien zu äussern. Dieses Äusserungsrecht steht einer Prozesspartei unabhängig davon zu, ob die eingereichte Eingabe neue und/oder wesentliche Vorbringen enthält und ob sie im Einzelfall geeignet ist, den richterlichen Entscheid zu beeinflussen. Es ist Sache der Parteien und nicht des Gerichts zu beurteilen, ob eine neue Eingabe oder ein neues Beweismittel Bemerkungen erfordert. Damit die Partei ihr Replikrecht auch tatsächlich wahrnehmen kann, muss ihr die fragliche Eingabe vor Erlass des Urteils zugestellt werden. Nur so kann sie sich darüber schlüssig werden, ob sie sich dazu äussern will. In diesem Sinne ist der Prozesspartei die konkrete Möglichkeit zu einer effektiven Replik einzuräumen. Hierzu reicht es grundsätzlich aus, die fragliche Eingabe der Partei zur Information zuzustellen. Begnügt sich das Gericht in diesem Sinne mit einer blossen Zustellung zur Kenntnisnahme, ohne dem Adressaten eine Frist zur Stellungnahme zu setzen, so bringt es damit zum Ausdruck, dass der Schriftenwechsel geschlossen ist und von den Parteien auch sonst keine zusätzlichen Eingaben mehr erwartet werden, es die Sache mithin als spruchreif erachtet. Dementsprechend wird erwartet, dass eine Partei, die eine Eingabe ohne Fristansetzung zur Kenntnisnahme zugestellt erhält und sich dazu äussern will, dies umgehend und spontan tut oder wenigstens um Ansetzung einer Frist nachsucht; andernfalls

wird angenommen, sie habe auf eine weitere Eingabe verzichtet. Das soeben Gesagte gilt erst recht für den Rechtsanwalt, der von Berufs wegen als Parteivertreter auftritt und kraft seines Mandats in der Pflicht steht, die Rechte seiner Klientschaft zu wahren. Sieht sich der Anwalt ausserstande, umgehend eine ausformulierte Stellungnahme für seinen Mandanten auszuarbeiten, so muss er dem Gericht ankündigen, dass er eine Stellungnahme einzureichen beabsichtige, oder die Justizbehörde wenigstens um Ansetzung einer Frist ersuchen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5D_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.2 f. mit weiteren Hinweisen).

1.3 Nach der Praxis des Obergerichts hat eine Partei das ihr zustehende Replikrecht in aller Regel innert einer Frist von zehn Tagen geltend zu machen. Eine solche Frist ist in den allermeisten Fällen ausreichend, damit eine Partei schlüssig beurteilen kann, ob sie sich zu einer Eingabe der Gegenpartei äussern will bzw. ob eine Stellungnahme (aus ihrer Sicht) erforderlich ist. Dabei genügt es, wenn sie innert der Frist von zehn Tagen mitteilt, dass sie eine Stellungnahme einreichen will, oder um Ansetzung einer Frist für die Einreichung einer Stellungnahme ersucht. In solchen Fällen wird der betroffenen Partei eine (weitere) Frist angesetzt, die den konkreten Umständen Rechnung trägt und bspw. in dringenden Angelegenheiten nur für eine kurze Dauer und ohne Möglichkeit einer Erstreckung gewährt werden kann. Selbstverständlich ist es der Partei aber auch unbenommen, schon in den ersten zehn Tagen nach Zugang der Eingabe der Gegenseite eine umfassende Stellungnahme einzureichen. Versäumt es eine Partei, das Replikrecht rechtzeitig geltend zu machen, wird angenommen, sie habe (definitiv) auf eine weitere Eingabe verzichtet (vgl. zum Ganzen auch Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A. 2016, Art. 225 ZPO N 17 ff.; Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A. 2016, Art. 225 ZPO N 5). Mit einem solchen Vorgehen wird nicht zuletzt ein ordnungsgemässer Gang des Verfahrens gewährleistet.

1.4 Im vorliegenden Fall hat die Klägerin nach Zugang der Berufungsantwort 20 Tage zugewartet, bis sie ihre Replik am 6. Juli 2015 der Post übergeben hat. Nachträglich berief sie sich dabei einzig auf E. 1.4 des Urteils des Bundesgerichts 5A_155/2013 vom 17. April 2013, legte indes nicht dar, weshalb es ihr im konkreten Fall nicht zumutbar oder möglich gewesen sein soll, das Replikrecht innert zehn Tagen geltend zu machen. Die Eingabe vom 6. Juli 2015 ist daher verspätet und dementsprechend nicht mehr zu berücksichtigen.

Obergericht, I. Zivilabteilung, 27. Oktober 2016 (Z1 2015 15)

3.3 Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK**Regeste:**

Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK – Die Replik ist nur zu Darlegungen zu verwenden, zu denen die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben. Das Replikrecht dient nicht der Ergänzung oder Verbesserung des Rechtsmittels.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Die Gesuchstellerin liess sich zur Berufungsantwort des Gesuchsgegners vom 4. April 2016 mit Eingabe vom 15. April 2016 unaufgefordert vernehmen und reichte weitere Urkunden ein (act. 6). Der Gesuchsgegner erachtet diese Eingabe der Gesuchstellerin als unzulässig (act. 7).

3.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Ergänzung eines Rechtsmittels auf dem Weg der Replik nur insoweit statthaft, als die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten dazu Anlass geben. Ausgeschlossen sind hingegen in diesem Rahmen Anträge und Rügen, die bereits vor Ablauf der Rechtsmittelfrist hätten erhoben werden können. Die Replik darf nicht dazu verwendet werden, ein Rechtsmittel zu ergänzen oder zu verbessern (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3.4; vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2013 vom 27. März 2014 E. 2.3).

3.2 Die Gesuchstellerin verlangt bereits in ihrer Berufung die Anrechnung des doppelten betriebsrechtlichen Grundbetrages sowie die Berücksichtigung von Treuhandkosten. Inwiefern erst die Stellungnahme des Gesuchsgegners diesbezüglich zu weiteren Ausführungen Anlass gegeben haben soll, ist nicht ersichtlich. Die Auslagen für das Golfen hat die Vorinstanz nicht angerechnet, da der eingereichte Beleg aus der Zeit nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts stammt (Vi act. 34 E. 4.4 S. 12). Somit hätte die Anrechnung dieser Auslagen unter Beilage eines entsprechenden Beleges bereits in der Berufungsschrift verlangt werden müssen. Es geht gemäss den vorstehenden Ausführungen nicht an, die Berufung im Rahmen des Replikrechts zu ergänzen. Dasselbe gilt bezüglich der geltend gemachten Kosten für die Fensterreinigung sowie für die Lymphdrainage und die psychologische Beratung. Die Vorinstanz berücksichtigte die Auslagen für die Fensterreinigung mangels eines entsprechenden Beleges aus der Zeit des Zusammenlebens nicht (Vi act. 34 E. 4.4. S. 11). Es hätte daher für die Gesuchstellerin Anlass bestanden, allfällige Unterlagen bereits mit der Berufung einzureichen. Hinsichtlich der angeblich fehlenden Bestreitung dieser Auslagen durch den Gesuchsgegner wird auf Erwägung Ziffer 7.2 hiernach verwiesen. Ebenso hätte die Gesuchstellerin Belege für die behauptete psychologische Behandlung während des Zusammenlebens mit der Berufung einreichen müssen. Solche hat sie zudem auch mit der Eingabe

vom 15. April 2016 nicht nachgereicht, sondern Rechnungen einer Naturheilpraxis aus dem Jahr 2015. Im Übrigen wird in Bezug auf die Kosten für die Lymphdrainage, Massage und psychologische Beratung auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen (E. 7.4 hiernach). Nach dem Gesagten kann die Eingabe der Gesuchstellerin vom 15. April 2016 nicht berücksichtigt werden.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 1. Juni 2016

3.4 Art. 74 ZPO, Art. 731b OR

Regeste:

Art. 74 ZPO, Art. 731b OR – Die Nebenintervention kommt grundsätzlich auch erst zur Ergreifung eines Rechtsmittels in Betracht. Der Gesuchsteller hat die materiellen Voraussetzungen für die Zulassung einer Nebenintervention glaubhaft zu machen.

Aus den Erwägungen:

1. Der Berufungskläger hat am erstinstanzlichen Verfahren nicht teilgenommen. Mit Eingabe vom 6. April 2016 beantragte er beim Kantonsgericht zwar die Einsetzung eines Sachwalters. Da in diesem Zeitpunkt der angefochtene Entscheid bereits gefällt war, wurde die Eingabe des Berufungsklägers aber nicht mehr entgegengenommen. Mit Eingabe vom 18. April 2016 wandte er sich fristgerecht an das Obergericht und legte Berufung ein.

2. Zur Begründung der Aktivlegitimation bzw. der Zulässigkeit der Nebenintervention trägt der Berufungskläger im Wesentlichen vor, durch die Ausübung eines vorgemerkten Kaufrechts habe ihm die Gesuchsgegnerin im Januar 2013 ein Grundstück in Vico Morcote abgekauft. Am 17. November 2015 sei gegen die wirtschaftlich berechnete Person der Gesuchsgegnerin, L., ein Verfahren wegen Veruntreuung und Geldwäscherei eröffnet worden. Aufgrund der Eröffnung dieses Strafverfahrens hinterfrage er die Rechtmässigkeit des Kaufvertrages und prüfe derzeit die Möglichkeit einer Anfechtung. Da er zudem im Rahmen des Grundstückverkaufs gegenüber der finanzierenden Bank eine Bürgschaft zugunsten der Gesuchsgegnerin eingegangen sei, habe er ein berechtigtes Interesse an der Rückabwicklung des Kaufvertrages. Denn die Auflösung der Gesuchsgegnerin würde zur sofortigen Geltendmachung der Bürgschaft durch die Gläubigerbank führen.

2.1 Gemäss Art. 74 ZPO kann im Prozess jederzeit als Nebenpartei intervenieren und zu diesem Zweck beim Gericht ein Interventionsgesuch stellen, wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zugunsten der einen Partei entschieden werde. Da die Intervention grundsätzlich auch erst zur Ergreifung eines Rechtsmittels denkbar ist, kann die Berufung inhaltlich gleichzeitig als Interventionsgesuch i.S. von Art. 75 ZPO ent-

gegen genommen werden (vgl. Beschluss des Kassationsgerichts Zürich vom 2. März 2009, AA080067; Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. A. 2016, Vorbem. Art. 308-318 ZPO N 35).

Das Interventionsgesuch hat gemäss Art. 75 Abs. 1 ZPO den Grund der Intervention zu enthalten. Der Gesuchsteller hat also die materiellen Voraussetzungen für die Zulassung einer Nebenintervention glaubhaft zu machen (Graber/Frei, Basler Kommentar zur ZPO, 2. A. 2013, Art. 74 ZPO N 2, Art. 75 ZPO N 1). Wie bereits erwähnt, wird ein rechtliches Interesse verlangt, dass die Rechtsstreitigkeit zugunsten einer Partei ausgeht. Folglich müssen Rechte oder Pflichten des Intervenienten vom Ausgang des Erstprozesses abhängen (Zuber/Gross, Berner Kommentar zur ZPO, 2012, Art. 74 ZPO N 21). Rein tatsächliche, wirtschaftliche Interessen genügen nicht. Ein rechtliches Interesse ist gegeben, wenn das Urteil aus dem Hauptprozess auf die materielle Rechtslage zwischen Hauptpartei und Nebenintervenient einwirkt. Dabei ist nicht erforderlich, dass diese Wirkung unmittelbar eintritt, es genügt dafür eine Reflexwirkung des Urteils. Die Wirkung kann in einer Beeinträchtigung, einer Gefährdung oder einer Verschlechterung der Rechtslage des Nebenintervenienten liegen (Staehelin/Schweizer, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. A. 2016, Art. 74 ZPO N 33 f.). Das vorausgesetzte rechtliche Interesse besteht m.a.W. namentlich dann, wenn eigene Rechte und Verbindlichkeiten des Nebenintervenienten vom Bestand oder Nichtbestand der Rechte oder Rechtsverhältnisse abhängen, die Gegenstand des Prozesses zwischen den Hauptparteien bilden. Die Nebenintervention ist somit zuzulassen, wenn die intervenierende Partei befürchten muss, eine der Hauptparteien werde im Falle ihres Unterliegens gegen sie Ansprüche auf Gewährleistung oder Schadloshaltung erheben oder sie werde Rechte gegenüber einer der Hauptparteien einbüssen, wenn diese im Prozess unterliegt, aber auch wenn das Urteil nur faktisch gegenüber dem Intervenienten präjudiziell wirkt, so dass die Annahme begründet ist, je nach dem Ausgang des Prozesses werde es zu einem Prozess zwischen einer Hauptpartei und dem Dritten kommen (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. 1979, S. 306; Göksu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A. 2016, Art. 74 ZPO N 11; Graber/Frei, Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 74 ZPO N 4).

2.2 Der Berufungskläger erwägt die Anfechtung eines Grundstückskaufvertrages zwischen ihm und der Gesuchsgegnerin. Die Rückabwicklung dieses Kaufvertrages hält er nur für möglich, wenn die Gesuchsgegnerin über eine Geschäftsführung verfüge. Bei einer Liquidation der Gesuchsgegnerin sieht der Berufungskläger zudem seine Eigentümerrechte verletzt. Er werde anstelle der Gläubigerbank in die Rolle des Pfandgläubigers versetzt, da die Bank die vereinbarte Bürgschaft geltend machen würde. Dem kann indes nicht gefolgt werden. Die Liquidation der Gesuchsgegnerin wird nach den Vorschriften über den Konkurs durchgeführt (Vact. 7 E. 1; Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR). Das betreffende Grundstück wird – zusammen mit dem weiteren Vermögen der Gesuchsgegnerin – die Konkursmasse bilden (Art. 197 SchKG). Der Berufungskläger kann aber gegenüber der Konkursverwaltung geltend machen, dass die Liegenschaft etwa aufgrund eines ungültigen Kaufvertrages nicht zur Konkursmasse gehöre

(Art. 242 Abs. 1 SchKG). Sollte die Konkursverwaltung den Anspruch des Berufungsklägers als unbegründet erachten, so kann er den Richter anrufen (Art. 242 Abs. 2 SchKG). Demnach bedarf es entgegen der Auffassung des Berufungsklägers zur allfälligen Rückabwicklung des Kaufgeschäfts nicht der Einsetzung eines Sachwalters. Die Möglichkeit, den Kaufvertrag anzufechten und die Liegenschaft zurückzufordern, wird durch eine Liquidation der Gesuchsgegnerin nach den Bestimmungen des Konkursrechts nicht beeinträchtigt. Etwas anderes hat der Berufungskläger nicht substantiiert und nachvollziehbar dargetan. Soweit er sodann geltend macht, die Auflösung der Gesellschaft würde zur sofortigen Geltendmachung der Bürgschaft durch die Gläubigerbank führen und ihn folglich in die Rolle des Grundpfandgläubigers anstelle der Bank versetzen, ist das nicht nachvollziehbar. Bei der Solidarbürgschaft kann der Bürge vor der Verwertung des Grundpfandes nach Art. 496 Abs. 1 OR nur belangt werden, sofern die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners offenkundig ist. Davon kann aber im vorliegenden Fall keine Rede sein, ist doch die Auflösung der Gesuchsgegnerin und die Anordnung ihrer konkursamtliche Liquidation einzig wegen eines Organisationsmangels erfolgt und nicht wie im Konkursfall wegen Zahlungsunfähigkeit. Der Berufungskläger macht denn auch nicht geltend, dass die Gesuchsgegnerin zahlungsunfähig sei. Mithin ist nicht ersichtlich, inwiefern die Rechte und Pflichten des Berufungsklägers vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens abhängig sein sollen.

Von der Gläubigerbank würde er zudem ohnehin nur dann als Bürge in Anspruch genommen, wenn deren Forderung ungedeckt bliebe. Dazu macht er keine konkreten Ausführungen. Hierbei handelt es sich aber ohnehin um ein wirtschaftliches Interesse des Berufungsklägers, welches zur Begründung der Nebenintervention nicht ausreicht.

Nach dem Gesagten fehlt es somit an einem rechtlichen Interesse am vorliegenden Verfahren, weshalb das Gesuch um Nebenintervention abzuweisen ist.

3. Ist aber eine Nebenintervention des Berufungsklägers unzulässig, kann auf seine Berufung mangels Legitimation nicht eingetreten werden.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 30. Juni 2016

3.5 Art. 90 Abs. 2 IPRG, Art. 15 Abs. 1 IPRG**Regeste:**

Art. 90 Abs. 2 IPRG, Art. 15 Abs. 1 IPRG – Wurde der Nachlass eines ausländischen Staatsangehörigen im Ausland eröffnet und durch das dortige Gericht ein Nachlassbeauftragter bestellt, ist zur Beurteilung einer Vorfrage erbrechtlicher Natur – vorliegend die Aktivlegitimation des Nachlasses –, welche sich im Rahmen einer Vertragsklage stellt, die Anknüpfung an das Kollisionsrecht dieses Staates angezeigt. Damit kann die einheitliche Behandlung durch das ausländische Recht gewährleistet werden.

Aus den Erwägungen:

1. Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert im angefochtenen Zwischenentscheid auf CHF 30'001.00. Indes hat ein Zwischenentscheid zur Legitimation einer Partei keinen eigenen Streitwert, sondern folgt dem der Hauptsache (Diggelmann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2011, Art. 91 ZPO N 7). Der Gesuchsteller beziffert den Marktwert des betreffenden Grundstücks, für welches die Grundbuchsperrung verlangt wird, auf CHF 2'527'000.00 (Vi act. 1 Rz 103). Die Streitwertgrenze der Berufung gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO ist somit offenkundig erreicht. Auch die weiteren Sachurteils Voraussetzungen sind unbestrittenermassen erfüllt, weshalb auf die Berufung einzutreten ist.

2.1 Der erstinstanzliche Richter hat das Verfahren einstweilen auf die strittige Frage der Aktivlegitimation des Gesuchstellers beschränkt (Vi act. 17) und diese mit Zwischenentscheid vom 3. November 2015 bejaht (Vi act. 27). Zur Begründung führte er aus, grundsätzlich sei die Vorfrage an das Kollisionsrecht desjenigen Staates anzuknüpfen, in dem die Sache beurteilt werde (lex fori), d.h. an das schweizerische IPRG (sog. selbständige Anknüpfung). Habe aber der Sachverhalt eindeutig überwiegende Beziehung zum Ausland, so sei an das Kollisionsrecht desjenigen Staates anzuknüpfen, in dessen Recht die Vorfrage aufgetaucht sei (sog. unselbständige Anknüpfung). Vorliegend sei der Nachlass indes bereits im Januar 2015 in Schweden eröffnet und mit Entscheid des Amtsgerichts Stockholm vom 8. Juli 2015 Rechtsanwältin S. als Nachlassbeauftragte bestellt worden. Es sei deshalb – um die einheitliche Behandlung durch das ausländische Recht zu gewährleisten – auf den Nachlass das schwedische Erbrecht anwendbar. Hinzu komme, dass K. sel. seinen Nachlass im Testament vom 5. Dezember 2014 selber schwedischem Recht unterstellt habe. Nach diesem Recht sei der Nachlass unbestrittenermassen aktivlegitimiert (Vi act. 27).

2.2 Die Gesuchsgegnerin stellt insbesondere das Bestehen einer überwiegenden Beziehung des Sachverhalts zum Ausland in Abrede (act. 1 S. 3). So trägt sie vor, der letzte Wohnsitz von K. sel. habe sich in Unterägeri befunden, wo auch das streitgegenständliche Grundstück liege. Der vom Gesuchsgegner angefochtene Abtretungsvertrag vom 22. Oktober 2013 sei in der Schweiz abgeschlossen und vom Notar der Gemeinde Unterägeri öffentlich beurkundet worden. Sodann sei der Nachlass nicht nur von der Behörde in Schweden, sondern auch

von der Erbschaftsbehörde Unterägeri eröffnet worden. Zudem seien in der Schweiz gleich viele Entscheide ergangen wie in Schweden. Es sei deshalb die einheitliche Behandlung durch das schweizerische Recht auch im Rahmen einer vorfrageweisen Behandlung hinsichtlich der Aktivlegitimation zu beachten und entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht der unselbständigen Anknüpfung der Vorrang zu geben. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach K. sel. im Testament vom 5. Dezember 2014 seinen Nachlass dem Heimatrecht unterstellt habe, beziehe sich allein auf das Erbrecht, obschon die Vorinstanz selber festgehalten habe, dass kein erbrechtlicher Sachverhalt vorliege. Zudem hätte abgeklärt werden müssen, ob das Testament überhaupt gültig sei.

3. Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin hat die Vorinstanz ihren Entscheid – soweit ersichtlich – nicht damit begründet, dass aufgrund einer überwiegenden Beziehung zum Ausland die Vorfrage unselbständig anzuknüpfen ist (act. 1 S. 3). Vielmehr stellte die Vorinstanz darauf ab, dass im vorliegenden Fall der Nachlass bereits in Schweden eröffnet worden ist und zog – gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung – in Erwägung, dass unter diesen Umständen die einheitliche Behandlung durch das ausländische Erbrecht zu beachten sei. Deshalb sei für die Vorfrage in der Regel vollumfänglich auf das ausländische Erbrecht abzustellen (Vi act. 27 E. 3.4).

3.1 Die Vorinstanz stützte ihren Entscheid insbesondere auf BGE 119 II 281 ab. Im dortigen Urteil ging es um die Frage der Passivlegitimation, welche sich nicht im für die Hauptfrage anwendbaren Schuldrecht, sondern im Erbgang realisiert hat. Der Nachlass wurde in Frankreich eröffnet und, soweit behördliche Akte erfolgt waren, nach französischem Recht behandelt. Zudem hatten die Nachkommen ihre Ausschlagungserklärung nach französischem Recht vor der zuständigen französischen Instanz abgegeben. Das Bundesgericht hat daher eine möglichst mit dem französischen Erbrecht übereinstimmende Lösung gesucht (Schwander, in: AJP 1993 Ziff. 3 S. 1008).

3.2 Auch im vorliegenden Fall ist – wie die Vorinstanz richtig festhielt – zur Klärung der Vorfrage, d.h. ob dem Nachlass die Aktivlegitimation zukommt, das Erbrecht heranzuziehen, während aber die Streitsache selber nicht erbrechtlicher Natur ist (Vi act. 27 E. 3.2). Inwiefern darin ein Widerspruch zu sehen ist, vermag die Gesuchsgegnerin nicht nachvollziehbar darzutun. Die Vorinstanz führte zutreffend aus, dass es eine Frage des Erbrechts sei, wer die Rechte im Zusammenhang mit dem angefochtenen Abtretungsvertrag nach dem Ableben von K. sel. geltend machen könne (Vi act. 27 E. 3.2). Mithin berührt auch bei der vorliegenden Konstellation die Vorfrage der Aktivlegitimation ein anderes Rechtsgebiet als die Hauptsache. Der Nachlass des am 8. Januar 2015 in Schweden verstorbenen K. sel. wurde in Schweden eröffnet (Vi act. 1/71). In diesem Sinne ist das erwähnte Urteil des Bundesgerichts durchaus mit dem vorliegenden Fall vergleichbar. Die Behörden in Schweden erachteten sich als zuständig, da sich die gesetzliche Erbfolge eines schwedischen Staatsangehörigen gemäss dem schwedischen Kollisionsrecht ausschliesslich nach schwedischem Recht beurteilt, unabhängig vom letzten gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. Kapitel 1 § 1 Absatz 1 des schwedis-

chen Gesetzes über zwischenstaatliche Rechtsverhältnisse betreffend die Nachlässe von Verstorbenen vom 5. März 1937 [1937:81] (Anwendbares Recht Schweden¹); Vi act. 16/78 Rz 11, Vi act. 16/80 § 5). Sie erstellte denn auch die Todesfallbescheinigung und traf die Verwandtschaftsabklärung (Vi act. 1/71). Weiter betraute das Amtsgericht Stockholm mit Entscheid vom 20. Januar 2015 vorläufig Rechtsanwältin B., Genf, mit der Verwaltung des Nachlasses (Vi act. 1/74). In Aufhebung dieses Entscheides ernannte das Gericht am 8. Juli 2015 Rechtsanwältin S. aus Huddinge in Schweden zur Nachlassverwalterin (Vi act. 20/2). Zwar hat die Behörde in Unterägeri im April 2015 den Ehe- und Erbvertrag eröffnet (Vi act. 20/6). Anders als in Schweden wurden aber keine weitergehenden Anordnungen getroffen, insbesondere nicht in Bezug auf die Nachlassverwaltung. Die Erbschaftsbehörde Unterägeri hat die Ernennung von Rechtsanwältin B. als Willensvollstreckerin lediglich bescheinigt (Vi 16/85), nachdem diese vom Amtsgericht Stockholm als Nachlassverwalterin eingesetzt worden war. Dementsprechend hat die Erbschaftsbehörde denn auch die Bescheinigung am 28. September 2015 ohne Weiteres widerrufen, nachdem das Amtsgericht Stockholm mit Entscheid vom 8. Juli 2015 B. ihres Amtes als Nachlassverwalterin enthoben hatte (Vi act. 24/9, Vi act. 20/2). Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz – gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 119 II 281) – die Vorfrage nach schwedischem Recht beurteilt und damit dem internationalen Entscheidungseinklang Vorrang gegeben hat (Vi act. 27 E. 3.5). So wird auch dem Grundsatz einer einheitlichen Behandlung des Nachlasses am besten Genüge getan (vgl. Graham-Siegenthaler, in: Abt/Weibel [Hrsg.], Erbrecht, 3. A. 2015, Anhang IPR N 3). Der Einwand der Gesuchsgegnerin, wonach es im erwähnten Urteil des Bundesgerichts primär um die Anwendbarkeit eines Artikels eines Staatsvertrages gegangen sei (act. 5 S. 2), vermag daran nichts zu ändern. In der Lehre wird die überzeugende Auffassung vertreten, dass der Schweizer Richter im Rahmen der blossen vorfraglichen Beurteilung von erbrechtlichen Verhältnissen jedenfalls nicht ausser Acht lassen soll, wenn der Erbgang im Heimatstaat des Erblassers eröffnet worden und nach dem IPR des Heimatstaates Heimatrecht als Erbstatut anwendbar ist. Es liegt eine der Anerkennungsproblematik ähnliche Situation vor, auch wenn kein anerkennt- und vollstreckbarer ausländischer Entscheid vorliegt (Schwander, in: AJP 1993 Ziff. 5d S. 1009). In solchen Konstellationen geht es – wie bereits erwähnt – um die Beachtung einer einheitlichen Behandlung des Nachlasses durch das ausländische Erbrecht im Rahmen einer vorfragenweisen Behandlung vor schweizerischen Gerichten. Es ist daher vollumfänglich auf das ausländische Erbrecht abzustellen (Schnyder/Liatowitsch, Basler Kommentar, 3. A. 2013, Art. 92 IPRG N 4).

3.3 Selbst wenn aber die ausländische Rechtsordnung als nicht anwendbar erachtet würde, so käme der Richter nicht darum herum, zumindest Rücksicht auf die Rechtssätze der ausländischen Rechtsordnung zu nehmen, wenn sich der ausländische Staat selber als zuständig ansieht (Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, 1990, Rz 441), was hier gemäss den vorstehenden Ausführungen der Fall ist. Im Rahmen dieser Rücksichtnahme auf

¹http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_swe_de.htm

das schwedische Recht erschiene es aufgrund der gesamten Umstände angezeigt, dem Nachlass die Aktivlegitimation zuzugestehen.

4. Die Anwendung des schwedischen Rechts auf den Nachlass ist sodann auch angezeigt, weil K. sel. seinen Nachlass im Testament vom 5. Dezember 2014 ausdrücklich dem Heimatrecht unterstellt hat (Vi act. 5/72). Die Gesuchsgegnerin erachtet die Rechtswahl als ungültig, da K. sel. aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage gewesen sei, die Unterschiede der Rechtsordnungen hinsichtlich seines Nachlasses zu erfassen (Vi act. 7 S. 6). Dass das Testament angefochten worden ist, behauptet sie aber nicht.

Ihr Einwand erweist sich ohnehin als unbegründet. Eine Rechtswahlerklärung wird von der Gerichtspraxis grosszügig angenommen. So braucht das Bewusstsein, dass eine Rechtswahl getroffen wird, nicht vorhanden zu sein (Graham-Siegenthaler, a.a.O., Anhang IPR N 70 mit Hinweis auf BGE 125 III 35 [= Pra 1999 Nr. 153]). Es reicht aus, dass der Wille des Erblassers zur Anwendung des Heimatrechts vorhanden war, was sich in der Regel schon aus dem Wortlaut des Testaments ergibt (Schwander, in: AJP 1999 S. 491). Es war daher nicht erforderlich, dass der Erblasser die Unterschiede der Rechtsordnungen im Detail erfassen konnte. Die Wahl des Heimatrechts ist nach Art. 90 Abs. 2 IPRG zulässig.

5. Im Übrigen liesse sich die Anwendung des schwedischen Rechts auf die Vorfrage der Aktivlegitimation auch rechtfertigten, wenn das IPRG der Schweiz zur Anwendung gelangen würde. Denn Art. 15 Abs. 1 IPRG sieht vor, dass das Recht, auf welches das IPRG verweist, ausnahmsweise nicht anwendbar ist, wenn der Sachverhalt mit einem anderen Recht offensichtlich in viel engerem Zusammenhang steht. Dies trifft in diesem Fall aufgrund der konkreten Umstände zu (vgl. E. 3.2 hiervor).

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 12. Februar 2016

3.6 Art. 234 Abs. 1 ZPO, Art. 245 Abs. 1 ZPO

Regeste:

Art. 234 Abs. 1 ZPO, Art. 245 Abs. 1 ZPO – Enthält die Klage keine Begründung, sind die Parteien zur Hauptverhandlung vorzuladen. Erscheint die beklagte Partei, die bereits der Schlichtungsverhandlung unentschuldigt ferngeblieben ist, nicht zur Hauptverhandlung, ist sie nicht erneut vorzuladen. Das Gericht kann seinem Entscheid – unter Vorbehalt von Art. 153 ZPO – die Akten und die Vorbringen der an der Hauptverhandlung anwesenden klagenden Partei zu Grunde legen. Vorausgesetzt ist, dass in der Vorladung zur Hauptverhandlung auf die Säumnisfolgen hingewiesen wird.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Die Klage enthält keine Begründung im Sinne von Art. 245 Abs. 1 ZPO, weshalb direkt zur Hauptverhandlung vorgeladen wurde. Die Beklagte blieb der Hauptverhandlung unentschuldigt fern. Gemäss Art. 234 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO hat das Gericht daher jene Eingaben, die nach Massgabe der Zivilprozessordnung eingereicht worden sind, sowie die Akten und Vorbringen der anwesenden Partei an der Hauptverhandlung dem Entscheid zu Grunde zu legen. Darauf wurde in der Vorladung zur Hauptverhandlung hingewiesen (act. 4). Art. 234 Abs. 1 ZPO behält Art. 153 ZPO vor. Gemäss dieser Bestimmung erhebt das Gericht von Amtes wegen Beweis, wenn der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist, und es kann von Amtes wegen Beweise erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen. Diese Bestimmung ist hier nicht einschlägig. Vorliegend ist somit ohne Beweiserhebung auf die (unbegründete) Klageschrift, auf die von der Klägerin mit der Klage und an der Hauptverhandlung eingereichten Belege sowie auf die klägerischen Vorbringen an der Hauptverhandlung abzustellen. Gestützt auf diese Unterlagen ist die Angelegenheit, wie zu zeigen sein wird, spruchreif. Eine erneute Vorladung zur Hauptverhandlung – dies wird von einem Teil der Lehre analog zur Nachfristansetzung bei versäumter Klageantwort (vgl. Art. 223 Abs. 1 ZPO) gefordert (Literaturhinweise sogleich) – ist in der Zivilprozessordnung nicht vorgesehen und zwar auch nicht, wenn bei einer unbegründeten Klage (im vereinfachten Verfahren) direkt zur Hauptverhandlung vorgeladen wird. Mithin kann bei Säumnis der beklagten Partei ein Endentscheid ohne erneute Vorladung gefällt werden (vgl. Art. 245 Abs. 1 ZPO; Berti, Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, N 262; Grütter, Das vereinfachte Verfahren in seiner mündlichen Variante, Jusletter 14. November 2011, Rz 36; a.M. Scheiwiller, Säumnisfolgen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, N 425 f. mit Hinweisen auf die wohl überwiegende Lehre, die eine erneute Vorladung für erforderlich hält). Gegen das Erfordernis einer erneuten Vorladung spricht insbesondere der Grundsatz der Prozessbeschleunigung, der im vereinfachten Verfahren besonders hoch gewichtet wird (vgl. Art. 246 Abs. 1 ZPO). Währenddem beim Nichteinreichen einer Klageantwort bloss eine kurze Nachfrist – nach Praxis des Kantonsgerichts Zug eine Frist von fünf Tagen – angesetzt wird, dauern das Finden eines neuen Termins für eine Hauptverhandlung, die neuerliche Vorladung und die Protokollierung der Verhandlung bedeutend länger. Ausserdem müsste die klagende Partei zum neuen Verhandlungstermin nochmals erscheinen mit dem Risiko, dass die neuerliche Vorladung infolge wiederholten Ausbleibens der beklagten Partei obsolet ist. Bei der Nachfristansetzung für eine Klageantwort ergeben sich für die klagende Partei hingegen keine zusätzlichen Aufwendungen. Solche Aufwendungen bzw. Verfahrensverzögerungen sind einer klagenden Partei nicht zuzumuten, insbesondere dann nicht, wenn die beklagte Partei – wie vorliegend – bereits der Schlichtungsverhandlung beim Friedensrichter als auch der Hauptverhandlung vor Gericht unentschuldigt ferngeblieben ist und sie sich im Verfahren (...) nie hat vernehmen lassen. Ob es sich bei der beklagten Partei um eine Laiin handelt oder nicht, spielt dabei keine Rolle.

3.7 Art. 257 ZPO

Regeste:

Art. 257 Abs. 1 ZPO – Ein Sachverhalt ist dann sofort beweisbar im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann. Dabei hat der Kläger den vollen Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen zu erbringen. Die Rechtslage ist im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO klar, wenn die Anwendung und Auslegung einer Norm zu keinem Zweifel Anlass gibt. Die Rechtsfolge muss sich bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung ohne weiteres ergeben und die Rechtsanwendung damit zu einem eindeutigen Ergebnis führen.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist (lit. a) und die Rechtslage klar ist (lit. b). Der Rechtsschutz in klaren Fällen ermöglicht es der klagenden Partei, bei eindeutiger Sach- und Rechtslage rasch, d.h. ohne einlässlichen Prozess im ordentlichen Verfahren, zu einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu kommen (BGE 138 III 620 E. 5.1.1).

1.1 Ein Sachverhalt ist dann sofort beweisbar im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann. Der Rechtsschutz in klaren Fällen unterliegt keiner Beweisstrengebeschränkung. Blosses Glaubhaftmachen genügt für die Geltendmachung des Anspruchs nicht, sondern der Kläger hat den vollen Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen zu erbringen (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur ZPO, BBI 2006 7221, 7351 Ziff. 5.18 zu Art. 253 E-ZPO; Sutter-Somm / Lötscher in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 257 ZPO N 6; Hofmann, Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 257 ZPO N 10). Der Beweis ist in der Regel durch Urkunden zu erbringen (BGE 138 III 123 E. 2.1.1 m.H.). Bestreitet die Gegenpartei die Tatsachen, kann der schnelle Rechtsschutz grundsätzlich nicht gewährt werden, da kein liquider Sachverhalt vorliegt. Offensichtlich unbegründete oder haltlose Bestreitungen, über die sofort entschieden werden kann, genügen indes nicht, um einen klaren Fall auszuschliessen (Urteil des Bundesgerichts 5A_645/2011 vom 17. November 2011 E. 1.2 m.H.). Der Gesuchsteller hat sofort den vollen Beweis für die anspruchsbegründenden Tatsachen zu erbringen, so dass klare Verhältnisse herrschen. Dies allein ist der relevante gesetzliche Massstab und nicht, ob der Gesuchsgegner seine Einwendungen glaubhaft gemacht hat oder nicht. Demnach muss es für die Verneinung eines klaren Falles genügen, dass der Gesuchsgegner substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern. Demgegenüber ist ein klarer Fall zu bejahen, wenn das Gericht auf Grund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, der

Anspruch des Gesuchstellers sei ausgewiesen und eine eingehende Abklärung der beklaglichen Einwände könne daran nichts ändern (BGE 138 III 620 E. 5.1.1). Es kann immerhin gesagt werden, dass die Rechtslage, nach welcher der Gesuchsteller die anspruchsbegründenden Tatsachen voll zu beweisen hat und sich der Gesuchsgegner mit substantiierten und schlüssigen Einwendungen begnügen kann, dazu führt, dass der Gesuchsteller auch den Beweis für den Nichtbestand des diesen zugrunde gelegten Tatsachenfundaments erbringen muss, wenn er liquide Verhältnisse im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO schaffen will (BGE 138 III 620 E. 6.2 m.H. auf Jent-Sorensen in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. A. 2014, Art. 257 ZPO N 11). Eine Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug kann in diesem Verfahren sodann nur erfolgen, wenn sowohl der Haupt- als auch der Gegnanspruch liquid sind (Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., Art. 257 ZPO N 8 m.H. auf ZR 85 Nr. 108).

1.2 Die Rechtslage ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung klar, wenn die Anwendung und Auslegung einer Norm, namentlich auf Grund ihres Wortlauts, der Rechtsprechung oder bewährten Lehre, zu keinem Zweifel Anlass gibt (Urteil des Bundesgerichts 4A_447/2011 vom 20. September 2011 E. 2.3). Die Rechtsfolge muss sich bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung ohne weiteres ergeben und die Rechtsanwendung damit zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Dagegen ist die Rechtslage nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert (Urteil des Bundesgerichts 4A_688/2014 vom 15. April 2015 E. 3.1 m.w.H.; BGE 141 III 23). Unter klarem Recht im Sinne von Art. 257 ZPO ist grundsätzlich nur objektives Recht (einschliesslich Gewohnheitsrecht zu verstehen). Sind aber Verträge und Statuten auslegungsbedürftig, hat der Richter dabei auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückzugreifen und die Interessen der Parteien zu berücksichtigen und damit letztlich sein Ermessen auszuüben, besteht dafür im Verfahren nach Art. 257 ZPO ebenfalls kein Raum (Hofmann, a.a.O., Art. 257 ZPO N 11a m.w.H.). Fälle, in denen das Gericht Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip auslegen muss, können nicht im Verfahren nach Art. 257 ZPO behandelt werden (ZR 2012 Nr. 65 E. 3). Ist allerdings eine vertragliche Regelung oder privatrechtliche Satzung im (seltenen) Einzelfall klar, sollten diese nicht absolut und per se vom Anwendungsbereich von Art. 257 ZPO ausgeschlossen werden (Hofmann, a.a.O., Art. 257 ZPO N 11a).

2. Der Gesuchsteller stützt sich für sein Begehren auf die Bestimmung von Ziffer 3 der Vereinbarung «B». Darin erklärt sich die Gesuchsgegnerin – unter der Bedingung einer Darlehensgewährung der B. AG an die S. in Weissrussland über EUR 1,4 Mio. – bereit, vom Gesuchsteller 5 % der Aktien der B. AG zu einem Kaufpreis von EUR 1,4 Mio. zu erwerben, wobei die Tilgung des Kaufpreises in vier bestimmten Ratenzahlungen zu erfolgen hat. Es wird sodann festgehalten, dass die Parteien über diesen Kauf noch einen separaten Kaufvertrag abschliessen würden (Vi act. 1/3).

2.1 Mit Recht erblickt der Gesuchsteller darin einen Vorvertrag i.S. von Art. 22 OR. Er ist

aber der Auffassung, dass dieser im vorliegenden Fall dem Hauptvertrag gleichzusetzen sei, da er bereits alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages enthalte. Nach der gefestigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung könne daher direkt auf Erfüllung geklagt werden.

2.2 Der Vorvertrag i.S. von Art. 22 OR ist ein Schuldvertrag, in dem sich eine oder jede Partei zum Abschluss eines künftigen Schuldvertrages, des Hauptvertrages verpflichtet. Je nach dem Inhalt des Vorvertrages hat eine oder jede Partei das – oft bedingte oder zeitlich limitierte – Recht, von der anderen den Abschluss des Hauptvertrages zu verlangen (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 10. A. 2014, Rz 1076). Die wesentlichen Punkte des Hauptvertrages müssen nach herrschender Auffassung – im Sinne eines Gültigkeitserfordernisses – auf Grund des Vorvertrages bestimmt oder bestimmbar sein (BGE 98 II 307). Ist aber der Leistungsgegenstand bereits bestimmt oder bestimmbar, so ist der Hauptvertrag kein Vertrag mehr, ist er noch unbestimmt, so ist der Vorvertrag noch kein Vertrag (Merz, Vertrag und Vertragsschluss, 2. A. 1992, Rz 290 ff.; BGE 129 III 264 E. 3.2.1; 118 II 32 E. 3). Zumindest kann nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und einem Teil der Lehre bei einem Vorvertrag, der bereits alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages enthält und zwischen den gleichen Parteien zu den gleichen Bedingungen abzuschliessen ist, direkt auf Erfüllung geklagt werden (BGE 118 II 32 E. 3c; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz 1087, 1088a). Es muss aber in jedem Einzelfall geprüft werden, ob nicht die Parteien, indem sie explizit einen Vorvertrag und nicht einen Hauptvertrag eingegangen sind, stillschweigend die Möglichkeit der Real-exekution vertraglich ausschliessen wollten (Zellweger-Gutknecht, Basler Kommentar, 6. A. 2015, Art. 22 OR N 65). Ob die Parteien tatsächlich direkt, vorbehaltlos und rechtlich voll bindend einen Hauptvertrag schliessen wollten, kann nur eine Auslegung im Einzelfall zeigen. Dabei sind die konkreten Umstände zu beachten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_297/2013 vom 4. September 2013 E. 3.2.1). Nur dann stellt der von ihnen verwendete Terminus Vorvertrag eine falsa demonstratio dar (Zellweger-Gutknecht, a.a.O., Art. 22 OR N 16). Dass der Leistungsgegenstand bereits bestimmt oder bestimmbar ist, schliesst für sich allein die Annahme eines Vorvertrages keineswegs aus. Selbst wenn der spätere Vertrag unter den gleichen Parteien zustande kommt, ist er somit ein vom Vorvertrag verschiedener Vertrag. Welchen Sinn es macht und ob es vernünftig ist, einen entsprechenden Vorvertrag abzuschliessen, ist im Übrigen eine Frage, über die weder die Dogmatik noch die Gerichte, sondern die Parteien – in Ausübung ihrer Privatautonomie – selber zu entscheiden haben (Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, a.a.O., Rz 1080). Es ist zu respektieren, wenn die Parteien sich erst zum Abschluss eines fraglichen Hauptvertrages verpflichten wollten (Zellweger-Gutknecht, a.a.O., Art. 22 OR N 16). Parteien, die den Weg über einen Vorvertrag oder eine vorvertragsnahe Abrede wählen, bringen mitunter gerade damit zum Ausdruck, dass es sich im Hinblick auf das (hauptvertragliche) Endergebnis (noch) nicht mit letzter Konsequenz binden wollen (Zellweger-Gutknecht, a.a.O., Art. 22 OR N 18).

2.3 Im vorliegenden Fall bestreitet die Gesuchsgegnerin, dass gestützt auf den Vorvertrag direkt die versprochene Leistung des Hauptvertrages durchgesetzt werden könne. Aufgrund

der Komplexität der Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien könnten die Essentialia eines Vertrages nicht auf einige wenige, auf den ersten Blick primäre Punkte reduziert werden. Andernfalls hätte sich eine Verweisung auf einen separaten Kaufvertrag erübrigt. Es sei notorisch, dass bei vergleichbaren Transaktionen vielseitige Verträge mit zusätzlichen Beilagen und Einwilligungen üblich seien. Mit dem Verweis auf einen separaten Kaufvertrag habe sie (die Gesuchsgegnerin) ihren Willen dargetan, dass weitere für sie wesentliche Punkte noch nicht abschliessend dargelegt seien (act. 7 S. 6 f.).

Nach dem Wortlaut der in Frage stehenden Bestimmung von Ziffer 3 des Vertrags «B» erscheint es tatsächlich naheliegend, dass die Parteien darin noch nicht sämtliche relevanten Punkte des Aktienkaufvertrages regeln und sich für den Aktienkauf noch nicht in allen Teilen und unveränderlich binden wollten. Jedenfalls sind die Einwände der Gesuchsgegnerin nicht offensichtlich unbegründet oder haltlos. Das Vorbringen des Gesuchstellers, wonach die Parteien in vertraglicher Hinsicht einen unkomplizierten Umgang gepflegt hätten, ist unbehelflich. Für den Aktienkauf wollten es die Parteien nach dem Wortlaut der Vereinbarung offenbar gerade nicht bei den knappen Regelungen in Ziffer 3 des Vertrags «B» belassen, sondern beabsichtigten ausdrücklich den Abschluss eines Kaufvertrages (Vi act. 1/3 Ziff. 3). Diesbezüglich ist ergänzend zu bemerken, dass der Gesuchsteller sowie die von ihm beherrschten Gesellschaften der S. das Darlehen über EUR 1,4 Mio. – entgegen den Ausführungen im Gesuch – nicht aufgrund eines einzigen Satzes in Ziffer 3 des Vertrags «B» valuiert haben (act. 1 Rz 24, 28). Vielmehr haben der Gesuchsteller sowie die B. AG und die H. Holding AG mit der S. separate, jeweils dreiseitige Darlehensverträge abgeschlossen und es mithin nicht bei der Regelung in Ziffer 3 des Vertrags «B» belassen (Vi act. 1 Rz 13; Vi act. 3/6, 8, 10, 12). Gemäss den vorstehenden Erwägungen wäre deshalb zu prüfen, ob die Parteien die Möglichkeit der Realexekution des Vorvertrages – d.h. der Bestimmung Ziffer 3 im Vertrag «B» hinsichtlich des Aktienkaufes – nicht ausschliessen wollten, indem sie ausdrücklich auf einen noch abzuschliessenden separaten Kaufvertrag verwiesen haben (vgl. E. 2.2 hiavor). Wenn der Gesuchsteller hier anderer Auffassung ist, hätte er den Nachweis zu erbringen, dass die Parteien – entgegen dem Wortlaut des Vorvertrages – in Tat und Wahrheit direkt, vorbehaltlos und rechtlich voll bindend den Aktienkaufvertrag schliessen wollten und der Vorvertrag alle wesentlichen Elemente enthält. Für diese – subjektive – Auslegung hat er aber keine Beweise geliefert. Es müsste daher eine objektive, normative Auslegung des Vorvertrages Platz greifen (vgl. BGE 138 III 659 E. 4.2.1). Hierbei handelt es sich um eine Rechtsfrage. Diese Auslegung ist indes nur unter Rückgriff auf das Vertrauensprinzip möglich, das aus Art. 2 ZGB fliesst. Die Rechtslage ist aber wie erwähnt nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert (Urteil des Bundesgerichts 4A_688/2014 vom 15. April 2015 E. 3.1 m.w.H.). Ist ein Vertrag auslegungsbedürftig, so hat der Richter auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückzugreifen und die Interessen der Parteien zu berücksichtigen und damit letztlich sein Ermessen auszuüben, wofür im Verfahren nach Art. 257 ZPO aber kein Raum besteht (E. 1 hiavor mit Zitathinweisen). Da im vorliegenden Fall mithin die Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden müssen, kann

der Rechtsschutz für klare Fälle im summarischen Verfahren nicht gewährt werden (ZR 2012 Nr. 65 E. 3).

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 4. März 2016

3.8 Art. 266 i.V.m. 261 ZPO

Regeste:

Art. 266 i.V.m. 261 ZPO – Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen periodische Medien setzt unter anderem voraus, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund für die betreffende Publikation vorliegt. Vorsorgliche Massnahmen haben zudem stets verhältnismässig zu sein. Die gesuchstellende Partei hat die anspruchsbegründenden Behauptungen glaubhaft zu machen, die Gegenpartei ihre Einwendungen.

Aus den Erwägungen:

1. Der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen unterliegt gestützt auf Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO der Berufung, und zwar unabhängig von einem Streitwert, wenn es sich – wie im vorliegenden Verfahren – nicht um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handelt (Urteil des Bundesgerichts 5A_333/2012 vom 11. Juli 2012 E. 1). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt, weshalb auf die Berufung einzutreten ist.

2. Nach Art. 266 i.V.m. 261 ZPO trifft das Gericht auf Gesuch hin gegen periodisch erscheinende Medien die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn glaubhaft ist, dass ein dem Gesuchsteller zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung ernsthaft zu befürchten ist (Verfügungsanspruch; Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) und dass ihm aus der Verletzung ein besonders schwerer Nachteil droht (Verfügungsgrund; Art. 266 lit. a ZPO). Für die Beurteilung des Nachteils und der Bedrohungslage sind objektive Kriterien massgebend (Huber, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A. 2013, Art. 261 ZPO N 20). Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen periodische Medien setzt weiter voraus, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 266 lit. b ZPO). Weiter müssen die Massnahmen verhältnismässig sein (Art. 266 lit. c ZPO). Sodann wird Dringlichkeit vorausgesetzt; ein Zuwarten bis zum rechtskräftigen Entscheid darf nicht zumutbar sein (Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2011, Art. 261 ZPO N 8). Die gesuchstellende Partei hat die anspruchsbegründenden Behauptungen glaubhaft zu machen, die Gegenpartei ihre Einwendungen (Sprecher, Basler Kommentar zur ZPO, 2. A. 2013, Art. 261 ZPO N 58).

3. Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzungen für die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen als erfüllt. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, auf-

grund der an die Gesuchstellerin gerichteten Fragen der Gesuchsgegnerin sei davon auszugehen, dass im geplanten Artikel das Geschäft zwischen der Gesuchstellerin und B. dargestellt werde. Der Inhalt der geführten Gespräche sowie die Beweggründe, welche zum Vertragsabschluss geführt hätten, seien aber umstritten. Es erscheine glaubhaft, dass im geplanten Artikel Attribute wie «unverschämt hoch» und «Abzockerei» oder ähnliche Begriffe verwendet würden, wodurch die Reputation der Gesuchstellerin beeinträchtigt werde und es zu einer Vorverurteilung in den Medien komme. Auch wenn es sich bei den genannten Bezeichnungen um Werturteile handle, seien diese unter den gegebenen Umständen als unnötig herabsetzend und damit als ehrverletzend zu qualifizieren. Der geplante Artikel lasse den falschen Eindruck entstehen, dass der dem Mäklergeschäft zugrunde liegende Sachverhalt, wie ihn B. der Gesuchsgegnerin geschildert habe, gegeben sei. Es gehe nicht an, unsachgemässe Qualifikationen zu publizieren, die auf einen nicht verifizierten Sachverhalt beruhen würden. Zudem sei den Akten nicht zu entnehmen, dass die Gesuchstellerin aufgrund einer fragwürdigen Geschäftspolitik bereits mehrmals Probleme mit Kunden gehabt habe. Die Publikation lasse sich daher nicht mit einem öffentlichen Interesse rechtfertigen. Der Nachteil, welchen die Gesuchstellerin bei einer Publikation des fraglichen Artikels erleiden würde, sei ungleich grösser als der Nachteil seitens der Gesuchsgegnerin bei einem Publikationsverbot. Mithin sei ein Verbot verhältnismässig.

4. Dagegen bringt die Gesuchsgegnerin vor, die Vorinstanz habe eine bevorstehende widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung zu Unrecht allein aufgrund des der Gesuchstellerin vorgelegten Fragenkataloges – insbesondere aufgrund der Verwendung der Begriffe «unverschämt hoch» und «Abzockerei» – als glaubhaft erachtet. Weiter sei die Auffassung der Vorinstanz unzutreffend, wonach eine Veröffentlichung der Stellungnahme der Gesuchstellerin im geplanten Artikel an der herabsetzenden und ehrverletzenden Wirkung nichts ändere. Ein kritischer Durchschnittskonsumant sei fähig, sich mit den fraglichen Aussagen auseinanderzusetzen. Es obliege der Gesuchstellerin glaubhaft zu machen, dass die Publikation von unwahren Behauptungen zu befürchten sei. Aus der eingereichten SMS-Korrespondenz zwischen J. (seitens der Gesuchstellerin) und B. gehe hervor, dass die Gesuchstellerin auf einen Verkaufspreis von CHF 600'000.– gedrängt habe. Mithin seien die Vorbringen der Gesuchstellerin, wonach B. den Verkaufspreis selber festgelegt habe, nicht glaubhaft. Auch die weitere Behauptung der Gesuchstellerin, dass Vertragsklauseln mit Erfolgsprovision häufig vorkämen, sei nicht glaubhaft gemacht worden. Die Vorinstanz führe selber aus, dass der Sachverhalt umstritten sei, mithin sei dieser nicht manifest und zweifelsfrei widerrechtlich. Sie (die Gesuchsgegnerin) habe glaubhaft gemacht, dass ein Rechtfertigungsgrund für die Berichterstattung über das Mäklergeschäft zwischen der Gesuchstellerin und B. bestehe. Sodann sei das angeordnete Verbot unverhältnismässig. Die Vorinstanz habe über die Werturteile «unverschämt hoch» und «Abzockerei» hinaus keine weiteren Tatsachendarstellungen oder Werturteile zur Begründung ihrer Entscheidung herangezogen, weshalb sie das einstweilige Publikationsverbot auf diese Werturteile hätte beschränken müssen.

5. Wie vorstehend bereits erwähnt, setzt die Anordnung vorsorglicher Massnahmen unter an-

derem das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs voraus, d.h. einen zivilrechtlichen Anspruch der gesuchstellenden Partei, für den sie vorläufigen Rechtsschutz bedarf (Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 15).

5.1 Die Gesuchstellerin beruft sich auf Art. 28 ZGB. Sie befürchtet eine Verletzung ihrer Persönlichkeit, wenn die Gesuchsgegnerin einen Artikel über ihre Tätigkeit als Mäklerin publizieren würde, was die Vorinstanz als glaubhaft erachtete. Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, es dürfe nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass sie die im Fragenkatalog wiedergegebenen von Dritten geäusserten Werturteile *tel quel* in herabsetzender und ehrverletzender Manier im geplanten Artikel verwenden werde. Sie verzichte ausdrücklich und verbindlich darauf, die Begriffe «unverschämt hoch» und «Abzockerei» zu verwenden.

5.2 Art. 28 Abs. 1 ZGB gewährt dem in seiner Persönlichkeit widerrechtlich Verletzten Rechtsschutz. Auch juristische Personen können den Persönlichkeitsschutz in Anspruch nehmen, da sie gemäss Art. 53 ZGB aller Rechte und Pflichten fähig sind, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen zur notwendigen Voraussetzung haben (Meili, Basler Kommentar ZGB I, 4. A. 2010, Art. 28 ZGB N 33). Eine Verletzung der Persönlichkeit liegt namentlich vor, wenn die Ehre einer Person beeinträchtigt wird, indem ihr berufliches, wirtschaftliches oder gesellschaftliches Ansehen geschmälert wird. Ob eine Äusserung geeignet ist, dieses Ansehen herabzumindern, beurteilt sich objektiviert nach Massgabe eines Durchschnittslesers, wobei dies unter Würdigung der konkreten Umstände wie etwa des Rahmens der Presseäusserung zu erfolgen hat (BGE 127 III 481 E. 2b/aa S. 487 mit Hinweisen). Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Praxisgemäss ist in zwei Schritten zu prüfen, ob erstens eine Persönlichkeitsverletzung und zweitens ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Urteil des Bundesgerichts 5A_489/2012 E. 2.2), wie das denn auch die Vorinstanz getan hat.

5.3.1 Mit E-Mail vom 15. April 2015 lud der Redaktor der Gesuchsgegnerin, M., die Gesuchstellerin zu einer Stellungnahme ein. Die Kritik der Gesuchsgegnerin, die Vorinstanz hätte nicht einzig aus den der Gesuchstellerin unterbreiteten Fragen schliessen dürfen, sie werde die Begriffe «unverschämt hoch» und «Abzockerei» in ihrem Artikel verwenden und damit die Persönlichkeit der Gesuchstellerin widerrechtlich verletzen, überzeugt nicht. Zwar geht aus der E-Mail vom 15. April 2015 hervor, dass die Begriffe «Abzockerei» und «unverschämt hoch» von der Kundin der Gesuchstellerin B. bzw. von S., Präsident der Schweizerischen Maklerkammer, stammten (Vi act. 1/6). Die Gesuchsgegnerin bekundete im erstinstanzlichen Verfahren aber nicht die Absicht, auf die Begriffe «Abzockerei» und «unverschämt hoch» verzichten zu wollen. Sie gab lediglich an, der Inhalt des Artikels stehe erst nach Abschluss der Recherche fest (Vi act. 5 Rz 9.3.4), erachtete sich aber unter Berufung auf die Meinungsäusserungs- und Medienfreiheit zur Äusserung eines solchen Werturteils für berechtigt (Vi act. 5 Rz 9.3.3). S. wurde mit E-Mail vom 23. April 2015 angefragt, ob er mit dem Satz «dieses Honorar ist unverschämt hoch» zitiert werden dürfe (Vi act. 5/8). Vor diesem Hintergrund ist nicht zu bean-

standen, dass die Vorinstanz die Verwendung der Begriffe «Abzockerei» und «unverschämt hoch» im geplanten Artikel als glaubhaft erachtete. Ob darin eine Persönlichkeitsverletzung liegen würde, braucht im Berufungsverfahren indes nicht eingehend geprüft zu werden, nachdem die Gesuchsgegnerin verbindlich erklärt hat, im geplanten Artikel auf die erwähnten Begriffe zu verzichten. Zu beachten ist allerdings, dass die Vorinstanz die Reputation der Gesuchstellerin nicht nur durch die Verwendung der Attribute «unverschämt hoch» und «Abzockerei», sondern auch durch die Verwendung ähnlicher Begriffe als beeinträchtigt erachtete (Vi act. 14 E. 4.5). Würde der Berufungsantrag Ziff. 2 der Gesuchsgegnerin nicht auch ähnliche Begriffe umfassen, so müsste darüber im Berufungsverfahren befunden werden, was die Gesuchsgegnerin zur Vereinfachung des Verfahrens ausdrücklich verhindern wollte. Die Berufungsanträge sind – wie alle Rechtsbegehren – nach ihrem Sinn und Gehalt auszulegen, wobei eine objektive Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu erfolgen hat (vgl. Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 311 ZPO N 35). Die Gesuchsgegnerin sah sich zum Verzicht auf die genannten Attribute offenkundig erst durch den erstinstanzlichen Entscheid veranlasst. Sie verkannte indes, dass die Vorinstanz auch die Verwendung ähnlicher Begriffe als persönlichkeitsverletzend erachtete. Entsprechend seinem Sinn und Zweck ist der Berufungsantrag Ziff. 2 nach Treu und Glauben dahingehend auszulegen, dass auch auf die Verwendung ähnlicher Begriffe verzichtet wird. Nur so kann die von der Gesuchsgegnerin angestrebte Vereinfachung des Verfahrens überhaupt erreicht werden. Zudem wäre es aufgrund des erklärten Verzichtes treuwidrig, wenn die Gesuchsgegnerin an der Verwendung ähnlicher Begriffe festhalten wollte. Hat die Gesuchsgegnerin demnach aber verbindlich auf die Verwendung solcher Ausdrücke verzichtet, so ist das Gesuch insofern gegenstandslos geworden (vgl. Steck, Basler Kommentar zur ZPO, 2.A. 2013, Art. 242 ZPO N 11). Immerhin ist aber anzumerken, dass die Beurteilung der Begriffe «unverschämt hoch» und «Abzockerei» und dergleichen durch die Vorinstanz grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, da gemäss den nachfolgenden Erwägungen glaubhaft erscheint, dass ein Bericht über die Gesuchstellerin im Zusammenhang mit einem angeblich überhöhten Mäklerhonorar auch ohne Verwendung der erwähnten Begriffe die Persönlichkeit der Gesuchstellerin tangiert. Die Gesuchsgegnerin trägt denn auch in ihrer Berufung nicht substantiiert vor, dass die Vorinstanz eine allfällige Verwendung der erwähnten Begriffe im geplanten Artikel zu Unrecht als persönlichkeitsverletzend qualifiziert hat.

5.3.2 Die Gesuchstellerin wurde in der E-Mail des Redaktors vom 15. April 2015 auch mit dem Vorwurf konfrontiert, auf eine Senkung des Verhandlungspreises auf CHF 600'000.– gedrängt zu haben, um die zusätzliche Mäklerprovision von einem Drittel am Mehrbetrag generieren zu können (Vi act. 1/6). Diese Darstellung erachtete die Vorinstanz als strittig. Sie zog in Erwägungen, es gehe nicht an, unsachgemässe Qualifikationen gestützt auf einen nicht verifizierten Sachverhalt zu publizieren. Es sei umstritten und wohl in einem ordentlichen Verfahren zu klären, wie es zum vereinbarten Basiskaufpreis gekommen sei und wie detailliert die einzelnen Bestimmungen des Mäklervertrages besprochen worden seien (Vi act. 14 E. 4.5 f.). Dass aber die Darstellung in der erwähnten E-Mail glaubhaft Teil des geplanten Artikels geworden und zudem falsch gewesen wäre, hat die Vorinstanz nicht festgestellt. Ent-

gegen der Auffassung der Gesuchstellerin obliegt es grundsätzlich ihr, glaubhaft zu machen, dass die Gesuchsgegnerin in ihrem geplanten Artikel einen falschen Sachverhalt publizieren und dadurch ihre Persönlichkeit verletzen wird (E. 2 hiavor). Wie die Gesuchstellerin selber ausführt, kann aber die Frage, wie es zum Verhandlungspreis von CHF 600'000.– gekommen ist, letztlich offen bleiben (act. 4 Rz 38), da es um die Angemessenheit der Höhe des Honorars geht. Mit der eingereichten E-Mail des Präsidenten der Schweizerischen Maklerkammer und durch Verweis auf die Rechtsprechung zur Honorarhöhe eines Mäklers hat die Gesuchsgegnerin glaubhaft gemacht, dass ein Honorar von CHF 42'590.65 für den Verkauf einer Wohnung zum Preis von CHF 659'000.– – somit 6,4 % des Kaufpreises – zumindest als hoch bezeichnet werden darf (Vi act. 5 Rz 9.4.2 f., act. 5/6). Insofern erscheint ein Bericht zur Angemessenheit des Mäklerhonorars der Gesuchstellerin grundsätzlich nicht unnötig verletzend. Somit scheidet übrigens auch ein Verstoss gegen das UWG (Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG) aus, was die Gesuchstellerin ohnehin nicht substantiiert geltend macht. Die Gesuchsgegnerin behauptete im erstinstanzlich Verfahren nicht, dass das Honorar unrechtmässig sei, sondern hat dieses im Gegenteil selber als legal bezeichnet. Mithin ist nicht glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin das Honorar im Artikel als rechtswidrig erscheinen lassen wird. Immerhin soll aber der Gesuchstellerin ein aussergewöhnlich hohes Mäklerhonorar zum Vorwurf gemacht werden, so dass beim Durchschnittsleser der negative Eindruck erweckt werden könnte, die Gesuchstellerin sei über Gebühr auf den eigenen Vorteil bedacht. Die Behauptung eines solchen in der Gesellschaft missbilligten Verhaltens trifft die Gesuchstellerin in ihrer Geschäftsehre.

5.4.1 Wie bereits erwähnt, ist eine Persönlichkeitsverletzung grundsätzlich stets widerrechtlich, es sei denn, der Verletzer könne sich auf einen der gesetzlich vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berufen (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Bei persönlichkeitsverletzenden Presseäusserungen steht als Rechtfertigungsgrund der Informationsauftrag der Presse im Vordergrund. Die Rechtfertigung kann dabei stets nur so weit reichen, als ein Informationsbedürfnis besteht; der Auftrag der Presse, die Öffentlichkeit hier über unzulässiges Geschäftsgebaren frei zu informieren, ist deshalb kein absoluter Rechtfertigungsgrund. Es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei das Gericht zu prüfen hat, ob sowohl die Ziele, die der Verletzer verfolgt, als auch die Mittel, derer er sich bedient schutzwürdig sind. Damit ist ein gewisses Ermessen verbunden. An kritische Äusserungen dürfen aber nicht derart strenge Anforderungen gestellt werden, dass die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV; Art. 10 EMRK) in dem Sinne mittelbar beeinträchtigt wird, als sich der Betroffene aufgrund einer behördlichen Reaktion nicht mehr getraut, erneut von seinem Grundrecht Gebrauch zu machen, und selbst begründete Kritik nicht mehr vorzubringen wagt. Die Widerrechtlichkeit einer Ehrverletzung durch die Presse entscheidet sich im Wesentlichen danach, ob die beanstandete Äusserung tatsachenwidrig ist oder – im Vergleich zum wirklich gegebenen Sachverhalt – als korrekt erscheint (Urteil des Bundesgerichts 5C.248/2001 vom 7. Februar 2002 E. 2b; Treis, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Handkommentar zur ZPO, 2010, Art. 266 ZPO N 5). Die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen gegen Medien setzt weitergehend voraus, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 266 lit. b ZPO). Da ein Rechtfertigungsgrund offensichtlich fehlen

muss, hat die vorstehend erwähnte Interessenabwägung klar zugunsten der gesuchstellenden Partei auszufallen, damit die Voraussetzung gemäss Art. 266 lit. b ZPO erfüllt ist (Zürcher, a.a.O., Art. 266 ZPO N 17). Die Widerrechtlichkeit der Verletzung hat manifest und zweifelsfrei erwiesen zu sein (Huber, a.a.O., Art. 266 ZPO N 11 m.w.H.; Güngerich, Berner Kommentar, 2012, Art. 266 ZPO N 12; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 22. November 2013, HE130272-O; a.M. Zürcher, a.a.O., Art. 266 ZPO N 17).

Es liegt an der Trägerschaft des Mediums, die für eine Publikation sprechenden Gründe substantiiert vorzutragen, soweit sie sich nicht schon aus den Akten ergeben (Zürcher, a.a.O., Art. 266 ZPO N 18 m.w.H.). Grundsätzlich ist auch das Nichtvorhandensein bestimmter Tatsachen zu beweisen bzw. glaubhaft zu machen. Der Schwierigkeit, negative Tatsachen zu beweisen, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dadurch Rechnung zu tragen, dass die nicht beweisbelastete Partei an der Beweisführung und damit an der Sachverhaltsaufklärung durch Antritt des Gegenbeweises mitzuwirken hat (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 22. November 2013, HE130272-O, E. 7.3.2 mit Hinweis auf Hasenböhler, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 150 ZPO N 7 f.; BGE 119 II 305 E. 1b/aa).

5.4.2 Gemäss den vorstehenden Erwägungen in Ziffer 5.3.2 hat die Gesuchsgegnerin glaubhaft gemacht, dass das Mäklerhonorar der Gesuchstellerin für den Verkauf der Immobilie von B. zumindest als hoch bezeichnet werden darf. Verzichtet die Gesuchsgegnerin auf die Verwendung von Begriffen wie «Abzockerei» und «unverschämte hoch» in ihrem Artikel, was sie ausdrücklich zugesichert hat, erscheint ein Bericht über die Höhe des Honorars der Gesuchstellerin nach dem Gesagten als vertretbar. Entgegen der offenbar von der Gesuchstellerin vertretenen Ansicht ist nicht erforderlich, dass sie gegen das Gesetz verstossen hat, damit sich ein Bericht über die Angemessenheit ihres Honorars rechtfertigen lässt (act. 4 Rz 25 und 29). Die Höhe des Mäklerhonorars ist offenkundig von einem gewissen öffentlichen Interesse, sind davon doch Haus- und Wohnungseigentümer betroffen, die bei einem allfälligen Verkauf ihrer Immobilie die Hilfe eines Mäklers zu beanspruchen gedenken. Die Gesuchstellerin bzw. die D. & Partner, zu welcher die Gesuchstellerin unumstritten gehört (Vi act. 13 Rz 28.4), betreibt eine Website, über welche sie eine grosse Anzahl Kunden erreichen kann. Gemäss Angaben auf der Homepage bestehen vier Niederlassungen, nämlich in Thun, Bern, Solothurn und Zug (Vi act. 5/11). Mithin kann der Auffassung der Gesuchstellerin nicht gefolgt werden, wonach es sich bei ihr um einen Kleinbetrieb mit einem sehr beschränkten Wirkungskreis handle (act. 4 Rz 62). Dass sich bisher einzig die Kundin B. über das vereinbarte Mäklerhonorar bei der Gesuchstellerin beschwert hat, ist kein grosses Gewicht beizumessen, da die Gesuchstellerin die Auffassung vertritt, die vereinbarte Erfolgsprovision (über die Provision von 3 % hinaus) sei gerechtfertigt und käme in der Praxis häufig vor (Vi act. 1 Rz 19). Angesichts der konkreten Umstände erscheint der geplante Artikel zum Mäklerhonorar durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt und damit nicht widerrechtlich. Es kann zumindest keine Rede davon sein, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund für die Publikation eines Artikels über die Angemessenheit des Mäklerlohnes besteht. Fällt aber die Interessenabwägung nicht klar zu

Gunsten der Gesuchstellerin aus, so ist jedenfalls die Voraussetzung gemäss Art. 266 lit. b ZPO für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht erfüllt.

6. Fehlt es gemäss den vorstehenden Erwägungen an einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung bzw. an einem Verfügungsanspruch, so braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob ein Verfügungsgrund vorliegt, d.h. der Gesuchstellerin aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender, besonders schwerer Nachteil droht. Aber selbst wenn der Verfügungsanspruch zu bejahen wäre, müsste das Gesuch abgewiesen werden, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist:

6.1 Die besondere Schwere des Nachteils kann sich aus der Art der Verletzung ergeben; es muss sich dabei in aller Regel um eine qualifizierte Verletzung der Persönlichkeit des Gesuchstellers handeln. Die Verbreitung einer unwahren Tatsache ist in der Regel eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung, die jedenfalls zu einem besonders schweren Nachteil führen kann. Sodann ist auch das Ausmass der Verbreitung ein bedeutender Faktor bei der Beurteilung der Schwere des Nachteils (Huber, a.a.O., Art. 266 ZPO N 10).

6.2 Die Vorinstanz bejahte einen besonders schweren Nachteil. Sie erachtete es als glaubhaft, dass der Ruf der Gesuchstellerin durch die Publikation in den gewichtigen Medien der Gesuchsgegnerin einen erheblichen Schaden nehmen und die Gesuchstellerin Kunden verlieren würde (Vi act. 14 E. 5). Die Gesuchsgegnerin moniert, die Vorinstanz habe nicht ausgeführt, worin die Rufschädigung bestehe. Es fehle somit die Grundlage für einen besonders schweren Nachteil. Sie stellt aber nicht in Abrede, dass sie über gewichtige Medien verfügt, welche viele Adressaten erreichen. Dies spricht gemäss den vorstehenden Ausführungen für einen schweren Nachteil. Es ist nicht auszuschliessen, dass der Ruf der Gesuchstellerin durch die geplante Publikation beeinträchtigt wird. Allerdings ist dies in aller der Regel der Fall, wenn in einer Konsumentenzeitschrift über einen Anbieter von Waren oder Dienstleistungen kritisch berichtet wird. Die Gesuchsgegnerin gibt aber zutreffend zu bedenken, dass der Adressatenkreis der auf Konsumentenfragen spezialisierten Zeitschriften aus kritischen Durchschnitts-konsumenten besteht, die fähig sind, sich mit den fraglichen Aussagen auseinander zu setzen und dies auch tun (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.170/2006 vom 28. August 2008 E. 3.3). Einen besonders schweren Nachteil hat die Gesuchsgegnerin danach nicht glaubhaft gemacht.

7. Vorsorgliche Massnahmen haben sodann stets verhältnismässig zu sein. Es soll das mildeste Mittel verwendet werden. So ist von einem vollumfänglichen Verbot abzusehen, wenn es ausreichend ist, die vorgesehene Publikation mit Auflagen zu verbinden (Günther, a.a.O., Art. 266 ZPO N 15).

Aus den Erwägungen im angefochtenen Entscheid geht hervor, dass die Vorinstanz die (gemischten) Werturteile «unverschämt hoch» und «Abzockerei» oder ähnliche Begriffe als unnötig verletzend qualifizierte und dementsprechend das Gesuch guthiess (Vi act. 14 E. 4.5). Die

Gesuchsgegnerin stellt sich zu Recht auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz darüber hinaus über keine weiteren Tatsachendarstellungen und Werturteile befunden hat (act. 1 Rz 22, 49). Dennoch hat sie nicht geprüft, ob neben einem generellen Verbot einer Publikation im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit der Gesuchstellerin als Immobilienmaklerin der Erlass einer mildernden Massnahme zielführend gewesen wäre. Erkannte die Vorinstanz in der Verwendung der Wörter «unverschämt hoch» und «Abzockerei» oder ähnlicher Begriffe eine Persönlichkeitsverletzung, so hätte ein entsprechendes Verbot ausgereicht. Die Gesuchsgegnerin erachtet die Auferlegung eines totalen einstweiligen Publikationsverbotes aufgrund der mit E-Mail vom 15. April 2015 an die Gesuchstellerin gerichteten Fragen somit zu Recht als unverhältnismässig. Daran ändert nichts, dass die Möglichkeit einer Veröffentlichung eines Artikels über die Honorare von Mäklern ohne Namensnennung weiterhin bestehen würde. Erscheint gemäss den vorstehenden Erwägungen glaubhaft, dass das Honorar der Gesuchstellerin als hoch bezeichnet werden darf und verzichtet die Gesuchsgegnerin auf die von der Vorinstanz als persönlichkeitsverletzend beurteilten Begriffe, erscheint die Einschränkung auf die Publikation eines Artikels ohne Namensnennung unverhältnismässig. Konsumentenzeitschriften kritisieren in aller Regel ein bestimmtes Verhalten eines Marktteilnehmers und beschränken sich nicht auf theoretisch anmutende allgemeine Abhandlungen ohne Namensnennung zu einem bestimmten Thema, hier zur Angemessenheit der Mäklerhonorare bei Immobiliengeschäften. Im Übrigen wäre nicht auszuschliessen, dass die Darstellung im Artikel einem falschen Unternehmen bzw. Mäkler zugeschrieben werden könnte.

8. Zusammenfassend erweist sich die Berufung als begründet, soweit das Massnahmengesuch nicht gegenstandslos geworden ist. Nachdem die Gesuchsgegnerin auf die Verwendung der Werturteile «unverschämt hoch» und «Abzockerei» oder ähnlicher Begriffe verzichtet hat, erscheint eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nicht glaubhaft. Die Gesuchsgegnerin kann sich als Rechtfertigungsgrund auf das öffentliche Interesse berufen. Zumindest kann keine Rede davon sein, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Schliesslich wäre das von der Vorinstanz ausgesprochene Verbot der Publikation des geplanten Artikels auch unverhältnismässig.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 20. Januar 2016

3.9 Art. 311 ZPO

Regeste:

Art. 311 ZPO – Die Berufungsschrift hat Anträge und eine Begründung zu enthalten. Ein hinlänglich bestimmtes Rechtsbegehren bzw. konkrete Anträge sind als ungeschriebenes, aber selbstverständliches Formerfordernis der Berufungsschrift zu betrachten. Daraus muss sich mit hinlänglicher Deutlichkeit ergeben, dass die Partei die inhaltliche Überprüfung des angefochtenen Urteils durch eine obere Instanz verlangt und welchen Entscheid die anfechtende Partei anstrebt.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 10 Tagen seit Zustellung des Entscheides schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO).

2.1 In der Berufungsschrift ist im Einzelnen vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch sei und deshalb geändert werden müsse (Begründungslast). Sodann ist ein – mit Blick auf Art. 318 ZPO grundsätzlich reformatorischer – Antrag zu stellen (Gasser/Rickli, Kurzkommentar zur ZPO, 2010, Art. 311 ZPO N 5). Aus dem Wortlaut von Art. 311 ZPO geht zwar nicht explizit hervor, dass die Berufungsschrift Anträge zu enthalten hat. Dies ergibt sich jedoch aufgrund der Pflicht zur Begründung der Berufungsschrift, welche entsprechende (zu begründende) Berufungsanträge implizit voraussetzt, von selbst (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. A. 2016, Art. 311 ZPO N 34 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Spühler, Basler Kommentar zur ZPO, 2. A. 2013, Art. 311 ZPO N 12). Aber auch aus Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO, dessen Bestimmung für die Berufungsschrift sinngemäss zur Anwendung kommt, ergibt sich, dass die Berufung konkrete Anträge zu enthalten hat (Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, S. 371 Rz 872; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 ZPO N 33 mit Hinweis auf BGE 138 III 213 E. 2.3). Ein hinlänglich bestimmtes Rechtsbegehren bzw. konkrete Anträge sind als ungeschriebenes, aber selbstverständliches Formerfordernis der Berufungsschrift zu betrachten. Daraus muss sich mit hinlänglicher Deutlichkeit ergeben, dass die Partei die inhaltliche Überprüfung des angefochtenen Urteils durch eine obere Instanz verlangt und welchen Entscheid die anfechtende Partei anstrebt (Sterchi, in: Berner Kommentar zur ZPO, 2012, Art. 311 ZPO N 14). Der Berufungskläger muss somit einen Antrag in der Sache stellen, und zwar in den Rechtsbegehren der Berufungsschrift selbst, d.h. in den Berufungsanträgen, und nicht bloss in der Begründung (BGE 133 III 489 E. 3.1). Geht es um eine auf Geldleistung gerichtete Forderung, so ist demnach eine Bezifferung erforderlich (BGE 137 III 617 E. 4.3). Denn mit den Berufungsanträ-

gen soll (präzise) zum Ausdruck gebracht werden, wie genau die kantonale Berufungsinstanz entscheiden soll bzw. welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheides (bzw. dessen Dispositives) angefochten werden und inwiefern der erstinstanzliche Entscheid abzuändern ist (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 ZPO N 34). Die Anträge sollen grundsätzlich so lauten, dass sie vom Gericht ohne Weiteres zum Urteil erhoben werden können, wenn es das Rechtsmittel gutheisst. Sind die Berufungsanträge unklar formuliert, werden sie – wie alle Rechtsbegehren – nach ihrem Sinn und Gehalt ausgelegt, wobei eine objektive Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu erfolgen hat (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 ZPO N 35 mit Hinweis auf BGE 105 II 149 E. 2a; 82 III 145 E. 1). Die Berufungsanträge stellen gewissermassen das «Kernstück» der Berufungsschrift dar (Schüepf, Der Berufungsantrag im Zivilprozess, unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, 1979, S. 43).

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

2.2 Die Gesuchsgegner bestreiten nicht, dass die Gesuchstellerin auf ihrer Liegenschaft in Unterägeri Arbeit geleistet hat. Sie stellen sich aber auf den Standpunkt, dass lediglich der Betonboden des Küchenkorridors, der angrenzende Mauersockel sowie der PVC-Boden im Keller getrocknet worden seien und verlangen eine entsprechende Anpassung des Sachverhaltes. Inwiefern aber das Dispositiv des angefochtenen Entscheides falsch sein soll, legen die Gesuchsgegner in ihrer knappen Begründung der Berufung nicht dar. Aus dem angefochtenen Entscheid geht nicht hervor, dass die Vorinstanz – in Abweichung von der Darstellung der Gesuchsgegner – von der Entfeuchtung mehrerer Räume ausgegangen ist. In der Begründung wird lediglich von «Räume entfeuchtet» gesprochen, ohne diese näher zu bezeichnen (Vi act. 11). So oder anders hätten die Gesuchsgegner in ihrem Antrag entweder verlangen müssen, dass gar kein Bauhandwerkerpfandrecht zu gewähren oder aber – was aufgrund ihres Einwandes eher in Betracht käme – ein solches für eine geringere Forderung einzutragen wäre, wobei sie im zweiten Fall die Höhe des Betrages genau zu beziffern hätten. Denn die knappen Ausführungen der Gesuchsgegner zu den erbrachten Arbeiten könnten zwar immerhin zur Begründung der Höhe der einzutragenden Pfandsumme relevant sein. Es hätte aber offenkundig eines konkreten und begründeten Antrages bedurft, wie die Berufungsinstanz zu entscheiden hätte, zumal sich aus den Akten nicht eruieren lässt, um welchen Betrag die pfandgesicherte Summe aufgrund der behaupteten geringeren Leistung überhaupt herabzusetzen wäre. Nach

dem Gesagten sind die Anforderungen an die Berufungsanträge gemäss den vorstehenden Ausführungen nicht erfüllt, weshalb auf die Berufung nicht eingetreten werden kann.

3. Dieser Nichteintretensentscheid fällt gemäss § 23 Abs. 2 lit. c GOG in die Einzelkompetenz des Abteilungspräsidenten.

(...)

Obergericht, Präsident der II. Zivilabteilung, 30. März 2016

3.10 Art. 319 ZPO

Regeste:

Art. 319 ZPO – Gegen die im Endentscheid des Einzelrichters verfügte Ordnungsbusse kann Beschwerde geführt werden, auch wenn gleichzeitig Berufung gegen den Entscheid des Einzelrichters erhoben wurde.

Aus den Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 27. Januar 2016 erhob die Beschwerdeführerin «Einsprache» an die Gerichtskasse des Kantons Zug gegen die ihr im Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 19. Januar 2016 auferlegte Ordnungsbusse von CHF 100.00. Diese Eingabe wurde zuständigkeitshalber an die Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug weitergeleitet und als Beschwerde entgegengenommen. Gegen den Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 19. Januar 2016 reichte die Beschwerdeführerin zudem mit Eingabe vom 14. Februar 2016 Berufung beim Obergericht des Kantons Zug ein. Vorab stellt sich die Frage, ob Beschwerde gegen die im Entscheid des Einzelrichters verfügte Ordnungsbusse geführt werden kann, obwohl gleichzeitig Berufung gegen den Entscheid des Einzelrichters erhoben wurde.

1.1 Die vom Einzelrichter verfügte Ordnungsbusse ist eine prozessleitende Verfügung. Prozessleitende Verfügungen betreffen nicht den Streitgegenstand an sich, sondern lediglich die formelle Gestaltung und den Ablauf des Prozesses, und unterscheiden sich insofern von den Entscheiden, insbesondere den Zwischenentscheiden, welche die materiellen und formellen Anspruchsgrundlagen betreffen (vgl. Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, § 7 N 400). In den vom Gesetz bestimmten Fällen sind prozessleitende Verfügungen mit Beschwerde anfechtbar, ohne dass der Beschwerdeführer einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil nachweisen muss (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO); zu den voraussetzungslos mit Beschwerde anfechtbaren prozessleitenden Verfügungen zählt auch die Ausfällung einer Ordnungsbusse gemäss Art. 128 Abs. 1 und 3 ZPO (Art. 128 Abs. 4 ZPO). Andere prozessleitende Verfügungen, d.h. solche, die im Gesetz nicht ausdrücklich als beschwerdefähig bezeichnet sind, sind hingegen nur dann selbständig mit Beschwerde anfechtbar, wenn ein nicht leicht wieder gutzumachen-

der Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ausgeschlossen ist eine selbständige Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen mittels Berufung. Diese steht nur zur Verfügung für die Anfechtung von erstinstanzlichen End- oder Zwischenentscheiden oder von erstinstanzlichen Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen, sofern der minimale Streitwert erreicht ist (Art. 308 und 309 ZPO). Zwischenentscheide können sodann gemäss Art. 237 Abs. 2 ZPO selbständig mit Berufung oder Beschwerde angefochten werden, je nachdem ob der Entscheid gemäss Art. 308 und 309 ZPO berufungsfähig ist oder nicht; eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid ist ausgeschlossen. Auf prozessleitende Verfügungen ist Art. 237 Abs. 2 ZPO jedoch nicht direkt anwendbar, da prozessleitende Verfügungen keine Zwischenentscheide sind.

1.2 In der Frage, ob eine prozessleitende Verfügung im Rahmen der Berufung gegen den Endentscheid überprüft werden kann, herrscht keine Klarheit. Aus der Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung ergibt sich nichts Eindeutiges: «Weil diese Anordnungen [gemeint sind die prozessleitenden Verfügungen gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO] von besonderer Tragweite sind, sollen die Betroffenen sofort Beschwerde führen dürfen, um den angeblichen Verfahrensfehler zu rügen. Sie brauchen nicht den Endentscheid in der Sache abzuwarten» (BBl 2006 7221, S. 7376). Nach Seiler (a.a.O., § 7 N 409) hat die explizite Unterstellung «dieser Entscheide» (gemeint ist wiederum die prozessleitende Verfügung gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) zur Konsequenz, dass sie im Rahmen einer allfälligen Berufung gegen den Endentscheid nicht mehr mit überprüft werden können, und zwar unabhängig davon, ob dagegen tatsächlich Beschwerde geführt wurde oder nicht. Es sei nicht Art. 93 BGG, sondern Art. 237 Abs. 2 ZPO analog anwendbar, wonach die unterlassene Anfechtung bewirke, dass eine gemeinsame Anfechtung mit dem Endentscheid ausgeschlossen sei. Zur Begründung wird einerseits auf die frühere kantonale Rechtsprechung verwiesen; andererseits sei es sachgerecht, davon auszugehen, dass sich die entsprechende Partei bei unterlassener Beschwerde mit dem fraglichen Entscheid abgefunden habe. Bei gegenteiliger Auffassung resultiere als Konsequenz, dass die entsprechende Frage zweimal der kantonalen Oberinstanz vorgelegt werden könne, was nicht die Meinung des Gesetzgebers sein könne. Der gleichen Meinung sind auch Hoffmann-Nowotny (ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 319 ZPO N 16), Reetz (in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Vorbem. zu den Art. 308 - 318 ZPO N 5) und Staehelin/Staehelin/Grolimund (Zivilprozessrecht, 2. A. 2013, § 26 N 13h). Das Obergericht Zürich vertrat in einem Urteil vom 14. März 2012 ebenfalls diese Meinung und hielt fest, wenn ein prozessleitender Entscheid nicht kraft einer besonderen Bestimmung weiterziehbar sei, bedürfe es zum Weiterzug eines drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Art. 319 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 ZPO). In diesen Fällen sollten die Parteien nicht gezwungen sein, vorsichtshalber das Rechtsmittel zu ergreifen, auf die Gefahr hin, dass die Beschwerdeinstanz die besonderen Voraussetzungen als nicht vorhanden beurteile; solche Fragen könnten daher noch mit dem Rechtsmittel gegen den Entscheid thematisiert werden, freilich auch nur dann, wenn nicht die Zwischen-Beschwerde ergriffen und die Rüge behandelt worden sei; eine solche Beurteilung sei abschliessend. Wo hingegen die Beschwerde aufgrund ein-

er Sondernorm ohne weitere Voraussetzungen zur Verfügung stehe – was bedeute, dass die erste Instanz dafür eine Rechtsmittelbelehrung geben müsse –, könne sie nur unmittelbar gegen den entsprechenden Entscheid ergriffen werden. Wer darauf verzichte, müsse sich dabei behaften lassen, dass er sich mit dem Entscheid abgefunden habe, und könne den Punkt mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid nicht mehr aufwerfen (PP120005-O/U E. 2.2.2). Anderer Auffassung ist Meier (Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 491), wonach die Parteien bei prozessleitenden Entscheiden die Wahl hätten, «ob sie diese direkt mit der Beschwerde oder später – zusammen mit dem Endentscheid – mit Berufung anfechten wollen». Ob damit alle prozessleitenden Verfügungen gemeint sind oder nur diejenigen, die ohne weitere Voraussetzungen beschwerdefähig sind, wird nicht gesagt. Ebenfalls anderer Meinung sind Blickenstorfer (in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, Art. 319 ZPO N 20) und Spühler (Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 319 ZPO N 6).

1.3 Die II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug schliesst sich den überzeugenden Ausführungen von Seiler, Hoffmann-Nowotny, Reetz und Staehelin / Staehelin / Grolimund sowie der Auffassung des Obergerichts des Kantons Zürich im zitierten Entscheid an (vgl. E. 1.2 hier vor). War in einem konkreten Fall die Beschwerde gegen einen erstinstanzlichen Entscheid nach Massgabe von Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO zulässig, so es ist sachgerecht, davon auszugehen, dass sich die entsprechende Partei bei unterlassener Beschwerde mit dem fraglichen Entscheid abgefunden hat; wurde keine Beschwerde geführt, so hat es damit sein Bewenden und kann die Frage im Rahmen des Berufungsverfahrens nicht erneut aufgeworfen werden. Gleiches müsste im Übrigen gelten, wenn zwar die Beschwerde nur unter der Voraussetzung eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils zulässig war, die Beschwerdeinstanz diese Voraussetzung im konkreten Fall aber als gegeben erachtete und die Beschwerde daher materiell behandelte. Ihr Entscheid kann im Rahmen einer allfälligen Anfechtung des erstinstanzlichen Endentscheides nicht mehr (mit-)überprüft werden. Dies folgt aus dem Gebot der Prozessökonomie sowie aus dem Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes (vgl. Reetz, a.a.O., Vorbem. zu den Art. 308 – 318 ZPO N 5). Ansonsten könnte die entsprechende Frage zweimal der kantonalen Oberinstanz zur Überprüfung vorgelegt werden. Ausserdem wäre bei (erneuter) Überprüfungsmöglichkeit im Rahmen der Berufung (oder Beschwerde) gegen den Endentscheid die Frage der Verbindlichkeit des ersten Beschwerdeentscheides zu beantworten.

Aus all diesen Gründen ist auf die vorliegende Beschwerde gegen die vom Einzelrichter verfügte Ordnungsbusse (Art. 128 Abs. 4 ZPO) einzutreten. Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass gegen den Entscheid in der Sache Berufung geführt wurde, da die Verhängung der Ordnungsbusse als unbedingt beschwerdefähige prozessleitende Verfügung gemäss den vorstehenden Erwägungen im Berufungsverfahren nicht überprüft werden kann.

Obergericht des Kantons Zug, II. Beschwerdeabteilung, 6. April 2016

B

Stichwortverzeichnis

Anwaltsrecht: Kontaktaufnahme eines Rechtsanwaltes mit einem potentiellen Zeugen, 5

Berufungsantrag: Berufung hat konkrete Anträge zu enthalten, 38

Beschwerde: Beschwerde gegen verurteilte Ordnungsbusse, wenn gleichzeitig gegen den Entscheid in der Sache Berufung geführt wird, 40

Beweisverfälschung: Fehlen einer Beweisverfälschung; Entscheidend ist, ob der Partei aus dem Fehlen einer (korrekten) Beweisverfälschung ein erheblicher Nachteil entsteht und ob insbesondere ihr Anspruch auf Gewährleistung des rechtlichen Gehörs verletzt worden ist, 9

Hauptverhandlung bei unbegründeter Klage (im vereinfachten Verfahren): Erneute Vorladung zur Hauptverhandlung grundsätzlich nicht erforderlich, wenn beklagte Partei der Verhandlung unentschuldigt fernbleibt, 24

Kollisionsrecht: Anwendbares Kollisionsrecht zur Beurteilung einer Vorfrage, 21

Nebenintervention: Nebenintervention ist auch erst zur Ergreifung eines Rechtsmittels möglich, 18

Rechtsschutz in klaren Fällen: Voraussetzungen für die Gewährleistung des Rechtsschutzes in klaren Fällen, 26

Replikrecht: Replikrecht dient nicht der Verbesserung oder Ergänzung des Rechtsmittels, 17

Replikrecht: Replikrecht ist in aller Regel innert einer Frist von 10 Tagen geltend zu machen, 15

Schiedsvereinbarung: Anwendbarkeit des Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958, 12

Vorsorgliche Massnahmen gegen periodische Medien: Voraussetzungen der Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen periodische Medien, 30