



# Inhaltsverzeichnis

## **II**

Zivilrecht	5
1 Familienrecht	5
2 Firmenschutz	14
3 Gleichstellung von Frau und Mann	20
4 Handelsregister	23
5 Obligationenrecht	27
6 Vollstreckung	28
7 Zivilrechtspflege	30

## **B**

Stichwortverzeichnis	33
----------------------	----

## II. Zivilrecht

### 1. Familienrecht

#### 1.1 Art. 172 ff. ZGB, Art. 273 Abs. 1 ZGB, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK

##### **Regeste:**

Art. 172 ff., Art. 273 Abs. 1 ZGB, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK – Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Eine allfällige Stellungnahme ist umgehend einzureichen (E. 2). In der Regel ist mit der Entscheidung zu warten, bis angenommen werden darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (E. 3). Der persönliche Verkehr bestimmt sich anhand der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Zwecks des Besuchsrechts (E. 4). Die Bemessung des Unterhalts im Eheschutzverfahren erfolgt bei durchschnittlichen finanziellen Verhältnissen in der Regel nach der zweistufigen Methode. Bei sehr guten finanziellen Verhältnissen muss die Unterhaltsberechnung indes nach der einstufigen-konkreten Methode vorgenommen werden. Dieser aufgrund der einstufig-konkreten Methode ermittelte Bedarf stellt in jedem Fall die Obergrenze des Unterhaltsanspruchs dar (E. 5).

##### **Aus den Erwägungen:**

1. (...)

2. Mit Eingabe vom 23. Mai 2016 nahm der Gesuchsgegner unaufgefordert Stellung zur Berufungsantwort vom 4. Mai 2016 (act. 5). Darauf liess sich die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 31. Mai 2016 ebenfalls spontan vernehmen (act. 6).

2.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör (BGE 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197). Diese Garantie umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Hält eine Partei eine Stellungnahme von seiner Seite zu einer zur Kenntnisnahme zugestellten Vernehmlassung für erforderlich, so hat er diese unverzüglich zu beantragen bzw. einzureichen (BGE 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47). Als unverzüglich gilt in der Regel noch eine Frist von maximal 10 Tagen (vgl. Leuenberger, in: Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur ZPO, 3. A. 2016, Art. 229 ZPO N 9a; ZR 2008 Nr. 22 E. 3). Das Replikrecht kann zudem nur insoweit für Ergänzungen angerufen werden, 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; BGE 135 I 19 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_533/2013 vom 27. März 2014 E. 2.3).

2.2 Der Gesuchsgegner macht in seiner Eingabe vom 23. Mai 2016 zur vorausgesetzten rechtzeitigen Ausübung des Replikrechts keine Ausführungen. Die Berufungsantwort wurde ihm am 11. Mai 2015 (Postfach) zugestellt. Demnach liess sich der Gesuchsgegner mehr als 10 Tage später dazu vernehmen und mithin – gemäss den vorstehenden Erwägungen – zu spät. Im Übrigen ist aber ohnehin nicht ersichtlich, inwiefern ihn erst die Berufungsantwort veranlasst haben soll, die angebliche Beeinträchtigung des Kontaktes zwischen ihm und E. durch die Gesuchstellerin seit seinem Auszug zu thematisieren. Der Gesuchsgegner hätte diese Vorbringen bereits in seiner Berufung vortragen können und müssen. Dasselbe gilt hinsichtlich des von der Gesuchstellerin bereits im erstinstanzlichen Verfahren erhobenen Vorwurfs, dass sich der Gesuchsgegner wenig bis gar nicht um E. gekümmert habe (Vi act. 23 Rz 3.1 S. 5). Die als zu hoch gerügte Sparquote ergab sich aus dem erstinstanzlich festgesetzten Unterhaltsbeitrag, weshalb auch die diesbezüglichen Einwände mit der Berufung vorzutragen waren. Im Übrigen bringt der Gesuchsgegner in seiner Eingabe vom 23. Mai 2016 dazu ohnehin nichts Neues vor. Selbiges gilt mutatis mutandis auch betreffend die Mietkosten. Kann die Eingabe des Gesuchsgegners vom 23. Mai 2016 schon wegen verspäteter Einreichung nicht beachtet werden, so braucht auf die Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 31. Mai 2016 nicht eingegangen zu werden.

3. Vorab rügt der Gesuchsgegner eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, da ihm die Vorinstanz die Eingabe der Gesuchstellerin vom 4. April 2016 erst mit dem angefochtenen Entscheid zugestellt habe (act. 1 S. 6).

3.1 Wie vorstehend bereits ausgeführt, haben die Parteien als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs Anspruch darauf, im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu replizieren (E. 2.1 hier vor). Dementsprechend ist es den Gerichten verboten, einer Partei das Äusserungsrecht zu eingegangenen Stellungnahmen bzw. Vernehmlassungen der übrigen Verfahrensparteien, unterer Instanzen und weiterer Stellen abzuschneiden. Die Partei ist vom Gericht nicht nur über den Eingang dieser Eingaben zu orientieren; sie muss ausserdem die Möglichkeit zur Replik haben. Wird einer Partei eine Eingabe zur Kenntnisnahme zugestellt und möchte sie nochmals zur Sache Stellung nehmen, so hat sie dies nach Treu und Glauben umgehend zu tun. In der Regel ist mit der Entscheidfällung zuzuwarten, bis angenommen werden darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGE 133 I 98 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 5A\_370/2009 vom 4. August 2009 E. 4.3).

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

3.2 Die Vorinstanz stellte die Eingabe der Gesuchstellerin vom 4. April 2016 dem Gesuchsgegner erst mit dem Endentscheid zu (Vi act. 23; Vi act. 24 S. 14). Gemäss den vorstehenden Ausführungen hätte die Eingabe aber vor der Entscheidung zugestellt werden müssen, um dem Gesuchsgegner die Einreichung einer allfälligen Vernehmlassung zu ermöglichen, falls er dies als notwendig erachtet hätte. Somit hat die Vorinstanz, insoweit sie die fragliche Eingabe der Gesuchstellerin bei ihrem Entscheid mitberücksichtigt hat, den Gehörsanspruch des Gesuchsgegners verletzt. Indes scheint dies – soweit ersichtlich – nicht der Fall zu sein. Die Vorinstanz äussert sich dazu allerdings nicht. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs würde aber vorliegend geheilt. Die Rechtsmittelinstanz hat im Berufungsverfahren die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen wie die erste Instanz. Der Gesuchsgegner konnte sich zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 4. April 2016 in diesem Verfahren äussern und hat es denn auch getan.

4. Der Gesuchsgegner beantragt, er sei in Ergänzung von Dispositiv-Ziffer 2.2 des erstinstanzlichen Entscheides zu berechtigen und zu verpflichten, E. an jenen Wochenenden, welche er bei der Gesuchstellerin verbringe, am Sonntagabend ab 16.00 Uhr bis Montagmorgen zu betreuen. Weiter verlangt er in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 2.3 die Einräumung des Ferienbesuchsrechts ab sofort und nicht erst ab dem vierten Altersjahr von E. Zur Begründung trägt er vor, die Verweigerung der beantragten zusätzlichen Betreuung alternierend von Sonntagabend bis Montagmorgen führe zu einem siebentägigen Bruch in der Kontinuität der Vater-Sohn-Beziehung. Die ersatzlose Aufgabe der gewohnten Betreuung am Wochenende widerspreche dem Kindeswohl. Für Kleinkinder sei ein Zeitabstand von sieben Tagen ein unüberbrückbarer Zeitraum, in dem sie immer wieder der Ungewissheit ausgesetzt seien, dass der andere Elternteil sie verlassen habe. Die Feststellung der Vorinstanz, er habe den Sohn wenig gesehen, sei falsch. Es sei unbestritten, dass er das Einschlafen von E. begleitet habe, wenn die Gesuchstellerin schwimmen gegangen sei. Mithin gelte die Auffassung der Vorinstanz, wonach sich E. zuerst an die einzelnen Übernachtungen beim Vater gewöhnen müsse, «analog auch für die Übernachtungen wie auch Ferien bei der Mutter». Es diene dem Kindeswohl, wenn E. während längerer Zeit allein vom Gesuchsgegner betreut werde (act. 1 S. 4 ff.).

4.1 Eltern, denen die persönliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 271 Abs. 1 ZGB). Das Recht steht den Betroffenen um ihrer Persönlichkeit willen zu. Als sogenanntes «Pflichtrecht» dient es freilich in erster Linie dem Interesse des Kindes. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts ist daher das Kindeswohl, welches anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen. Bei der Festsetzung des Besuchsrechts geht es nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln. Es ist allgemein anerkannt, dass aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen sehr wichtig und von hohem Wert ist und bei der Identitätsfindung des Kindes eine entscheidende Rolle spielen kann

(zum Ganzen BGE 122 III 404 ff. E. 3a m.w.H.; auch BGE 130 III 585 ff. E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 5A\_79/2014 vom 5. März 2015 E. 4; Bächler/Wirz, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung Bd. I, 2. A. 2011, Art. 273 ZGB N 21).

Die Vorstellungen darüber, was in durchschnittlichen Verhältnissen als angemessenes Besuchsrecht zu gelten habe, gehen in der Lehre und der Praxis auseinander, wobei auch regionale Unterschiede festzustellen sind: Während das Besuchsrecht in der Westschweiz üblicherweise jedes zweite Wochenende mit einer Übernachtung, die Hälfte der Schulferien und alternierend die Doppelfeiertage umfasst, wird in der Deutschschweiz – im Streitfall – das Besuchsrecht üblicherweise für Kinder im Vorschulalter auf ein bis zwei Halbtage monatlich, für Schulkinder auf ein Wochenende mit einer Übernachtung und zwei bis drei Wochen Ferien jährlich festgesetzt. Dabei ist eine Tendenz zur Ausdehnung des Besuchsrechts feststellbar (Urteil des Bundesgerichts 5A\_79/2014 vom 5. März 2015 E. 4.2). Auch wenn solchen Übungen bei der Bemessung des Besuchsrechts eine gewisse Bedeutung zukommt, kann im Einzelfall nicht allein darauf abgestellt werden (Urteil des Bundesgerichts 5C.176/2001 vom 15. November 2001 E. 2a; BGE 123 III 445 E. 3a). Was als «angemessener» persönlicher Verkehr im Sinne von Art. 273 Abs. 1 ZGB zu verstehen ist, lässt sich grundsätzlich nur anhand der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Zwecks des Besuchsrechts bestimmen (Bächler/Wirz, a.a.O., Art. 273 ZGB N 21; Schwenzer/Cottier, Basler Kommentar, 5. A. 2015, Art. 273 ZGB N 10; BGE 123 III 445; Urteil des Bundesgerichts 5A\_409/2008 vom 26. November 2008 E. 3.2; 5C.11/2006 vom 9. Februar 2007 E. 5.1). Dabei steht dem Richter ein grosser Ermessensspielraum zu (Art. 4 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 5A\_79/2014 vom 5. März 2015 E. 4.3; 5A\_168/2010 vom 1. Juni 2010 E. 2.1). Massgebend für die Gewährung, den Umfang und die Ausgestaltung des Rechts auf persönlichen Verkehr ist stets das Kindeswohl (Urteil des Bundesgerichts 5C.178/2006 vom 16. November 2006 E. 4.1.1). Dieses ist gefährdet, wenn die ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung des Kindes durch das Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist (BGE 122 III 404 E. 3b). Die Häufigkeit und Dauer der Besuchskontakte richten sich vor allem nach dem Alter des Kindes, seiner bisherigen Bindung zum anderen Elternteil (vgl. BGE 111 II 405), der Häufigkeit der bisherigen Kontakte, der Entfernung und Erreichbarkeit der Wohnung der Eltern und der Lebensausgestaltung des Kindes und beider Eltern in Beruf, Schule und Freizeit (Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 273 ZGB N 13). Aufgrund des kindlichen Zeitgefühls sollte bei Kleinkindern einerseits keine zu lange Trennung von der Hauptbezugsperson erfolgen und andererseits der Abstand zwischen den Besuchen zwei Wochen nicht überschreiten. Ob das Kind beim Besuchsberechtigten übernachtet, hängt neben dem Alter v.a. auch von der Qualität der Beziehung zwischen dem Besuchsberechtigten und dem Kind ab (Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art 274 N 14). Bei Kindern im Vorschulalter wird auf Übernachtungen beim Besuchsberechtigten zwar regelmässig verzichtet (Bächler/Wirz, a.a.O., Art. 273 ZGB N 24). Wie bereits erwähnt, ist jedoch vor allem auf die Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Zwecks des Besuchsrechts abzustellen. Es geht nicht an, das Besuchsrecht jeweils schematisch aufgrund von einmal aufgestellten Grundsätzen festzulegen.

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

4.2 Gemäss den vorstehenden Erwägungen sollten die Besuchskontakte bei Kleinkindern aufgrund deren Zeitgefühls in kürzeren Abständen erfolgen. Dem hat die Vorinstanz Rechnung getragen, indem sie den Gesuchsgegner berechtigt und verpflichtet hat, Sohn E. – zusätzlich zu jedem zweiten Wochenende – am Mittwochabend bis zum nächsten Morgen zu sich zu nehmen. Von einem weiteren Betreuungsrecht an denjenigen Sonntagabenden, wenn E. das Wochenende bei der Gesuchstellerin verbringt, sah der erstinstanzliche Richter hingegen ab, da ein solches zu unnötiger Unruhe für E. führen würde (Vi act. 24 E. 4.2). In der Tat erscheint es für ein Kind belastend, wenn es am Sonntagnachmittag seine bisherige Beschäftigung abbrechen und sich bis zum Schlafengehen an einen anderen Ort begeben und sich auf einen Wechsel der Betreuungsperson einstellen müsste. Dabei wäre der Kontakt mit dem Gesuchsgegner ohnehin eher von kurzer Dauer, da E. in der Regel um ca. 20.00 Uhr schlafen geht (Vi act. 10 Frage 7, 8). Zudem würde eine solche Betreuungsregelung dazu führen, dass E. – bis auf die Ferien – kein ganzes Wochenende mit der Gesuchstellerin verbringen könnte. Die Planung eines Ausfluges an einem Sonntag würde der Gesuchstellerin erheblich erschwert, wenn sie jeweils spätestens um 16.00 Uhr wieder zuhause sein müsste. Die Nachteile einer solchen Betreuungsregelung wiegen schwerer als der Vorteil, dass die Zeit bis zum nächsten Kontakt mit dem Gesuchsgegner kürzer wäre. Im Übrigen kommt es ohnehin nicht allein auf die Häufigkeit der Kontakte an, sondern vor allem auch auf ihren Gehalt (vgl. Vetterli, in: Schwenzer [Hrsg.], a.a.O., Art. 176 ZGB N 9). Vor dem Hintergrund, dass in der Literatur die Auffassung vertreten wird, die Besuche sollten bei Kleinkindern nicht mehr als zwei Wochen auseinanderliegen (Büchler/Wirz, a.a.O., Art. 273 ZGB N 24; Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 273 ZGB N 14; Schreiner, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung Bd. II, 2. A. 2011, Anh. Psych N 171), erscheint ein siebentägiger Unterbruch der väterlichen Betreuung alle zwei Wochen – nämlich wenn kein Besuchswochenende stattfindet – in Abwägung der Vor- und Nachteile der beantragten Betreuungsregelung durchaus vertretbar. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass der erstinstanzliche Richter von der beantragten weiteren Betreuung am Sonntagabend bis Montagmorgen durch den Gesuchsgegner abgesehen hat.

4.3 Der Vorderrichter berechtigte und verpflichtete den Gesuchsgegner, mit E. ab seinem vierten Altersjahr jährlich dreimal eine Woche Ferien zu verbringen. Er zog in Erwägung, dass E. bis anhin nie längere Zeit vom Gesuchsgegner allein betreut worden sei, sondern nur von der Gesuchstellerin oder von beiden Eltern zusammen. Es erscheine deshalb sinnvoll, E. Zeit einzuräumen, um sich zuerst an die einzelnen Übernachtungen beim Gesuchsgegner zu gewöhnen (Vi act. 24 E. 4.5). Wie bereits erwähnt, sollten Kleinkinder nicht zu lange von der Hauptbezugsperson getrennt werden (E. 4.1 hiervor). Gemeinsame Ferien werden bei Kindern im Vorschulalter deshalb eher zurückhaltend festgesetzt. Für Kinder im Kindergartenalter (4-6

Jahre) werden bei einer gut etablierten Beziehung und Bindung Ferien von einer Woche als gut zu bewältigen erachtet. Der telefonische Kontakt zum hauptbetreuenden Elternteil sollte dabei aber möglich sein (Schreiner, a.a.O., Anh. Psych N 172). Es kann nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden, dass die Gesuchstellerin, welche nach der Geburt von E. während 13 Monaten gar nicht und danach in einem Pensum von 50 % bzw. 40 % erwerbstätig war und seit Mai 2015 in einem Pensum von 60 % einer Arbeit nachgeht, während der Gesuchsgegner stets in einem Vollzeitpensum arbeitete, die Hauptbetreuungsperson von E. ist (Vi act. 1 S. 4; Vi act. 10 Frage 14, 15; act. 4 S. 5). Bisher brachte jeweils die Gesuchstellerin E. ins Bett. Lediglich falls er nicht einschlieft und die Gesuchstellerin zum Schwimmen ausser Haus war, kümmerte sich der Gesuchsgegner um ihn (Vi act. 10 Frage 7, 9). Der Gesuchsgegner führt denn auch selber aus, dass er insgesamt relativ wenig Kontakt zu E. gehabt habe. Früher hätten sie jedes Wochenende zu Dritt etwas unternommen und seien jedes zweite Wochenende zusammen essen gegangen (Vi act. 10 Frage 7). Der Schluss der Vorinstanz, wonach E. bis anhin nie längere Zeit vom Gesuchsgegner allein betreut worden sei, ist gestützt auf die Aussagen der Parteien im Rahmen der Parteibefragung nicht zu beanstanden. Mithin kann aufgrund der gesamten Umstände keine Rede davon sein, dass die Festsetzung eines Ferienrechts erst ab dem vierten Lebensjahr von E. dem Kindeswohl widersprechen soll. Im Gegenteil findet dieses Vorgehen nach dem Gesagten durchaus Stütze in der Literatur. Das Vorbringen des Gesuchsgegners, dass mit der Gewährung der beantragten Ferienregelung die Ferienzeit der Mutter kompensiert werden könne, ist unbehelflich. Die Gesuchstellerin weist zu Recht darauf hin, dass es bei der Festsetzung des Besuchsrechts nicht darum gehe, einen gerechten Interessensausgleich zwischen den Eltern zu finden (act. 4 S. 3; E. 4.1 hiervor). Die Berufung des Gesuchsgegners erweist sich auch diesbezüglich als unbegründet.

5.2.1 Die Vorinstanz bezifferte das monatliche Nettoeinkommen des Gesuchsgegners auf CHF 16'811.40, jenes der Gesuchstellerin auf CHF 5'383.60 inkl. Anteil 13. Monatslohn, zzgl. Kinderzulagen von CH 300.00. Dabei handelt es sich um ein überdurchschnittlich hohes Familieneinkommen, welches gemäss den Erwägungen im angefochtenen Entscheid den Parteien während des Zusammenlebens die Bildung von jährlichen Ersparnissen von CHF 108'000.00 erlaubt hat (Vi act. 24 E. 5.5 f.). Dementsprechend erachtete die Vorinstanz zu Recht die Anwendung der einstufig-konkreten Methode als angezeigt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_288/2008 vom 27. August 2008 E. 5.4), was denn auch unbestritten geblieben ist (act. 1 S. 6).

5.2.2 Wie bereits erwähnt, hat bei der einstufig-konkreten Bemessungsmethode der unterhaltsberechtigten Ehegatte den Lebensbedarf darzutun (E. 5.1 hiervor). Dieser beläuft sich gemäss der Berechnung der Vorinstanz auf CHF 7'059.00 (zu den einzelnen Positionen vgl. Vi act. 24 E. 5.7) und blieb seitens der Gesuchstellerin unbestritten. Dieser Bedarf bildet die Obergrenze des gebührenden Unterhalts. Auf mehr hat der unterhaltsberechtigten Ehegatte grundsätzlich keinen Anspruch. Der erstinstanzliche Richter zog zur Berechnung des Unterhaltsbeitrages indes den gesamten Familienbedarf von CHF 15'171.00 heran und verteilte diesen entsprechend der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Parteien zu 75 %

auf den Gesuchsgegner und zu 25% auf die Gesuchstellerin. Letztere hätte somit gemäss dem angefochtenen Entscheid ihren gebührenden Bedarf von CHF 7'059.00 lediglich im Betrag von CHF 3'793.00 selber zu tragen (Vi act. 24 E. 6), woraus ein Unterhaltsbeitrag von CHF 3'266.00 resultiert. Zusammen mit ihrem Einkommen von CHF 5'683.60 stünde der Gesuchstellerin somit zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts nach der Trennung ein Betrag von insgesamt rund CHF 8'950.00 zur Verfügung und damit deutlich mehr als der ermittelte gebührende Bedarf. Mithin würde die Berechnungsmethode der Vorinstanz zu einer unzulässigen Vermögensverschiebung zugunsten der Gesuchstellerin führen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_593/2014 vom 23. Dezember 2014 E. 4.2.2). Wäre der Vorderrichter der einstufig-konkreten Methode gefolgt, hätte er prüfen müssen, inwieweit die Gesuchstellerin ihren gebührenden Bedarf mit ihrem eigenem Einkommen zu decken in der Lage ist (vgl. E. 5.1 hiervor). In diesem Sinne ist nachfolgend in einem ersten Schritt der gebührende Bedarf der Gesuchstellerin zusammen mit Sohn E. – soweit dieser Bedarf vom Gesuchsgegner angefochten wird – zu ermitteln. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, inwieweit die Gesuchstellerin in der Lage ist, diesen Bedarf selber zu decken.

Bei der Frage, welcher Mietzins angemessen ist, sind die konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse zu berücksichtigen und ist auf die Gleichbehandlung der Parteien zu achten (vgl. Hausheer/Spycher, in: Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrecht, 2. A. 2010, Rz 02.33). Die Wohnkosten von CHF 3'020.00 gehörten zum zuletzt gemeinsam geführten Lebensstandard und entsprachen den finanziellen Möglichkeiten der Parteien. So belaufen sich die gesamten Wohnkosten der Familie – d.h. bei Hinzurechnung des Mietzinsens für die Wohnung des Gesuchsgegners von CHF 2'488.00 – auf weniger als 1/3 des Familieneinkommens. Der Gesuchsgegner führt den angeblich zu hohe Lebensstandard auf die mit seinem Auszug eingetretene Erhöhung der pro Kopf Wohnfläche zurück. Bei dieser Betrachtungsweise müsste die bisherige Wohnung indes bei einer Trennung wohl stets aufgegeben werden. Im Übrigen dürfte sich auch die dem Gesuchsgegner zur Verfügung stehende Wohnfläche von bisher 46 m<sup>2</sup> vor der Trennung mit dem Einzug in eine eigene Wohnung erhöht haben, zumal E. seinen ständigen Wohnsitz nicht beim Gesuchsgegner hat und sich nur im Rahmen des Besuchsrechts dort aufhält. Aufgrund der guten finanziellen Verhältnisse und unter Berücksichtigung der gerichtsnotorischen Tatsache, dass im Kanton Zug die Mietzinsen eher hoch sind, erscheint die Berücksichtigung der Wohnkosten von rund CHF 3'000.00 beim Bedarf der Gesuchstellerin und von Sohn E. jedenfalls noch im Rahmen des bisherigen Lebensstandards zu liegen. Immerhin betragen die Wohnkosten des Gesuchsgegners rund CHF 2'488.00 inkl. Nebenkosten (Vi act. 10 Frage 4), weshalb auch zur Wahrung der Gleichbehandlung der Parteien von der beantragten erheblichen Reduktion des Mietzinses im Eheschutzverfahren abzusehen ist (vgl. auch Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz 02.33 m.H. auf BGE 114 II 13 E. 6).

5.3.2 Die Vorinstanz berücksichtigte beim Bedarf der Gesuchstellerin Mobilitätskosten von CHF 250.00 pro Monat. Dagegen bringt der Gesuchsgegner vor, weder die Auslagen von CHF 100.00 für das Car-Sharing der Mobility Genossenschaft noch CHF 150.00 für den öffentlichen Verkehr hätten dem ehelichen Standard entsprochen (act. 1 S. 9).

Die Gesuchstellerin hat in ihrem Gesuch vom 19. Oktober 2015 im erstinstanzlichen Verfahren monatliche Auslagen für den öffentlichen Verkehr von CHF 150.00 und für das Car-Sharing von CHF 100.00 geltend gemacht (Vi act. 1 S. 6). Diese Kosten hat der Gesuchsgegner in der Gesuchsantwort vom 4. Dezember 2015 nicht bestritten (act. 7 S. 8). Erstmals in der Eingabe vom 21. März 2016 trug er vor, die Gesuchstellerin habe das Angebot der Mobility Genossenschaft nur sehr eingeschränkt genutzt, wofür monatliche Kosten von CHF 65.00 angefallen seien (Vi act. 18 S. 7). Entgegen der Darstellung des Gesuchsgegners in der Berufung hat die Gesuchstellerin diese tieferen Auslagen für die Mobilität in ihrer Eingabe vom 4. April 2016 durchaus bestritten (Vi act. 23 Rz 2.3 S. 3). Gemäss der vom Gesuchsgegner selber erstellten Aufstellung der bisherigen Kosten belaufen sich die monatlichen Fahrkosten für die Gesuchstellerin und E. auf CHF 241.00 (Ausflüge CHF 200.00, Mehrfahrtenkarte Zug CHF 26.00, Halbtax CHF 15.00). Hinzu kommen Auslagen für das Car-Sharing von CHF 66.00 pro Monat (Mitgliederbeitrag CHF 16.00, Fahrten CHF 50.00; Vi act. 7/7). Mithin ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz für die Mobilität Kosten von insgesamt CHF 250.00 pro Monat für die Gesuchstellerin und Sohn E. berücksichtigte.

5.3.3 Der Gesuchsgegner erachtet die von der Vorinstanz seitens der Gesuchstellerin ermessensweise angerechneten Steuern von CHF 350.00 pro Monat als zu hoch. Er trägt vor, nachdem der Unterhaltsbeitrag im angefochtenen Sinn neu festzusetzen sei, müsse der Betrag entsprechend reduziert werden (act. 1 S. 10).

Zum Nachweis des monatlichen Steuerbetrages von nur CHF 135.50 reichte der Gesuchsgegner im erstinstanzlichen Verfahren eine Steuerberechnung ein, wonach die Kantons- und Gemeindesteuern CHF 1'513.00 pro Jahr und die Bundessteuern CHF 113.00 betragen (Vi act. 18/25). Die Gesuchstellerin wendet zu Recht ein, dass diese Berechnung offenkundig lediglich auf dem Erwerbseinkommen der Gesuchstellerin fusst (act. 4 S. 8). Sie wird aber auch die Unterhaltsbeiträge zu versteuern haben. Da gemäss den nachfolgenden Erwägungen die erstinstanzlich festgelegten Unterhaltsbeiträge zu reduzieren sind, erscheint der von der Vorinstanz für die Steuern berücksichtigte Betrag zu hoch. Wird von einem steuerbaren Einkommen von ca. CHF 62'500.00 bzw. für die Bundessteuern von CHF 68'000.00 ausgegangen (Nettoeinnahmen CHF 92'000.00 abzgl. ermessensweise 3. Säule CHF 6'770.00, Berufsauslagen CHF 2'000.00 [vgl. Vi act. 18/22], Kinderbetreuung CHF 5'760.00 [E. 5.3.4 hiernach], Kinderabzug CHF 12'000.00 bzw. bei den Bundessteuern CHF 6'500.00, Versicherungsprämien und Zinsen CHF 3'000.00), resultiert eine jährliche Steuerlast von CHF 3'504.00 (Gemeinde- und Kantonssteuer CHF 3'091.00, Bundessteuer rund CHF 413.00). Der von der Vorinstanz angerechnete Steuerbetrag von CHF 350.00 ist somit auf CHF 290.00 zu reduzieren.

5.3.4 Die Vorinstanz ging von monatlichen Fremdbetreuungskosten von CHF 590.00 aus. Der Gesuchsgegner wendet ein, da der Unterhaltsbeitrag im angefochtenen Sinn neu festzusetzen sei, seien beim Bedarf der Gesuchstellerin Fremdbetreuungskosten von nur CHF 347.00 einzusetzen (act. 1 S. 10).

Im erstinstanzlichen Verfahren reichte der Gesuchsgegner eine Einstufung der Kinderbetreuung Zug (KiBiZ) gültig ab 1. April 2016 ein, wonach die Monatspauschale für die Betreuung von E. CHF 347.00 beträgt. Diese Einstufung basiert auf einem Nettoeinkommen der Gesuchstellerin von ca. CHF 69'000.00 (Vi act. 18/27). Darin sind die vom Gesuchsgegner zu leistenden Unterhaltsbeiträge offenkundig nicht enthalten, sondern lediglich das Erwerbseinkommen der Gesuchstellerin, welches sich auf CHF 5'683.60 inkl. Anteil 13. Monatslohn und CHF 300.00 Kinderzulagen beläuft. Aufgrund der vom Gesuchsgegner zu leistenden Unterhaltsbeiträge ist von einem Einkommen von rund CHF 92'000.00 auszugehen. Das Vermögen der Gesuchstellerin belief sich per Ende 2015 unbestrittenermassen auf rund CHF 76'000.00 (exkl. 3. Säule; act. 1 S. 12). Da die Gesuchstellerin seit April 2015 in einem Pensum von 60% arbeitet, beträgt das (Fremd-)Betreuungspensum ebenfalls 60% (act. 4 S. 11; act. 4/2). Daraus resultiert gemäss dem auf der Website [www.kibiz-zug.ch](http://www.kibiz-zug.ch) abrufbaren Tarifrechner, welchen auch die Parteien zur Berechnung der Fremdbetreuungskosten verwendet haben (Vi act. 7/12, 18/27; 11/24; act. 4/2), eine Monatspauschale von rund CHF 480.00.

5.4 Nach den vorstehenden Erwägungen beläuft sich der gebührende Bedarf der Gesuchstellerin auf CHF 6'889.00 (Bedarf gemäss Vorinstanz CHF 7'059.00 abzgl. um CHF 60.00 geringere Steuerbelastung und um CHF 110.00 tiefere Betreuungskosten). Gemäss den Ausführungen des Gesuchsgegners konnte die Gesuchstellerin vor der Trennung im Jahr 2015 Ersparnisse im Betrag von CHF 9'350.00 bilden (Vi act. 24 E. 5.4.2, act. 1 S. 12). Diese Sparquote gesteht er ihr ausdrücklich weiterhin zu. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Sparquote der Gesuchstellerin auf das rigide Haushaltsbudget zurückzuführen sei und bei Einhaltung der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung über die Aufteilung der Familienkosten hätte höher ausfallen müssen (Vi act. 24 E. 5.4.2). Massgebend kann aber – wenn überhaupt – nur die vor der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes tatsächlich erzielte Sparquote sein. Die Gesuchstellerin bestreitet die vom Gesuchsgegner vorgenommene Berechnung der Sparquote und insbesondere die zugrunde gelegten Vermögensverhältnisse nicht substantiiert, wendet aber ein, dass sich eine prozentual gleich hohe Sparquote ergebe, wenn sich die Parteien im Verhältnis ihrer Einkommen am Bedarf der Familie beteiligen würden (act. 4 S. 10 f.). Wie vorstehend dargelegt, kann dieser vorinstanzlich vorgenommenen Unterhaltsberechnung indes nicht gefolgt werden. Bei der Berechnung nach der einstufig-konkreten Methode bildet der gebührende Bedarf die Grundlage der Unterhaltsbemessung, wofür die Gesuchstellerin die Beweislast trägt. Dies gilt auch in Bezug auf ihre eigene Sparquote, soweit eine solche überhaupt berücksichtigt werden kann. Der Gesuchsgegner hat die Sparquote von jährlich CHF 9'350.00, welche er wie erwähnt der Gesuchstellerin zugesteht, nachvollziehbar dargetan (act. 1 S. 12). Mithin ist der Gesuchstellerin zusätzlich zu ihrem Bedarf von CHF 6'889.00 eine Sparquote von rund CHF 780.00 zu gewähren. Das monatliche Einkommen der Gesuchstellerin beläuft sich auf CHF 5'683.60, inkl. Anteil 13. Monatslohn und Kinderzulagen CHF 300.00. Dieser Betrag muss sich die Gesuchstellerin im Sinne der Eigenversorgungskapazität anrechnen lassen (vgl. E. 5.1 hiervor). Daraus resultiert ein Unterhaltsbeitrag von CHF 1'985.00 (zzgl. allfälliger Kinderzulagen, welche derzeit die Gesuchstellerin bezieht). Der Gesuchsgegner beantragt in seiner Berufung für

den Zeitraum ab 1. April 2016 bis 31. März 2017 die Festsetzung eines Unterhaltsbeitrages von CHF 2'138.00 zuzüglich allfälliger Kinderzulagen. Dementsprechend ist er zur Bezahlung dieses Beitrages an die Gesuchstellerin zu verpflichten. Ab 1. April 2017 ist der Gesuchsgegner, der ab diesem Zeitpunkt nur noch die Zusprechung eines Kinderunterhaltsbeitrages von CHF 1'053.00 beantragt, zu einem Unterhaltsbeitrag von CHF 1'985.00 zu verpflichten.

6. (...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 30. Juni 2016

## 2. Firmenschutz

### 2.1 Art. 956 OR

#### **Regeste:**

Art. 956 Abs. 2 OR – Jede später eingetragene Firma muss sich von der älteren hinreichend unterscheiden. Andernfalls besteht in der Regel Verwechselbarkeit. Dabei genügt die blosser Verwechslungsgefahr, worüber der Richter nach seinem Ermessen entscheidet.

#### **Aus den Erwägungen:**

1. Für Streitigkeiten über den Gebrauch einer Firma ist gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c ZPO in Verbindung mit § 90 Bst. a GOG und § 5 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Obergerichts die II. Zivilabteilung des Obergerichts als einzige kantonale Instanz sachlich und funktional zuständig. Ihre örtliche Zuständigkeit ergibt sich sodann aus Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO.

2. Gemäss Art. 223 ZPO setzt das Gericht der beklagten Partei eine kurze Nachfrist bei versäumter Klageantwort (Abs. 1). Wird auch diese Nachfrist nicht benützt, trifft das Gericht einen Entscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist; andernfalls lädt es zur Hauptverhandlung vor (Abs. 2).

Nachdem die Zustellung der Klage am Domizil der Beklagten fehlgeschlagen war, weil diese die eingeschriebene Postsendung innert der von der Post angesetzten Frist nicht abgeholt hatte, wurde die Klage dem einzigen Verwaltungsrat der Gesellschaft, P., an dessen Privatwohnsitz zur Beantwortung zugestellt. Gemäss Rückschein nahm er die Sendung am 4. November 2015 entgegen. Indes reichte er innert der angesetzten Frist keine Klageantwort ein. Die Beklagte versäumte es in der Folge auch, innert der ihr angesetzten Nachfrist eine Klageantwort einzureichen. Die Angelegenheit erscheint indes spruchreif. Da sich die beklagte Partei nicht geäussert hat, kann das Gericht die Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei als unbestritten betrachten. Anerkannt sind damit die Tatsachen, nicht aber die klägerischen Rechtsbegehren. Das Gericht kann diese Tatsachen seinem Entscheid zugrunde legen. Es

heisst die Klage gut, wenn die Voraussetzungen des Anspruchs aufgrund der nicht bestrittenen Tatsachenbehauptungen gegeben sind (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A. 2013, Art. 223 ZPO N 5). Gemäss Art. 153 Abs. 2 ZPO kann das Gericht allerdings trotz Geltung der Verhandlungsmaxime von Amtes wegen Beweis erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen. Nur bei offensichtlich unrichtigen Tatsachenbehauptungen kann es von sich aus eine Wahrheitsprüfung vornehmen; soweit es sich aber um plausible nichtstreitige Tatsachen handelt, hat es diese seinem Entscheid zugrunde zu legen (vgl. Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 153 ZPO N 8). Erheblich sind die Zweifel dann, wenn z. B. im Säumnisfall die Vorbringen nicht glaubhaft sind; das Gericht soll in diesem Fall nicht gezwungen sein, ein Urteil zu fällen, das auf einem unwidersprochenen Sachverhalt beruht (Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2011, Art. 153 ZPO N 21).

Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen zu den Rechtsfragen ergibt, kann auf die Tatsachendarstellung der Klägerin, die eben unbestritten sind, ohne Weiteres abgestellt werden, da sich keine Zweifel an ihrer Richtigkeit aufdrängen.

3. Gemäss Art. 950 OR können Aktiengesellschaften ihre Firma unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung frei wählen, wobei die Rechtsform angegeben werden muss. Die Firmen der Aktiengesellschaft müssen sich gemäss Art. 951 Abs. 2 OR aber von allen in der Schweiz bereits eingetragenen Firmen dieser Rechtsform deutlich unterscheiden. Die im Handelsregister eingetragene und im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlichte Firma steht dem Berechtigten zu ausschliesslichem Gebrauche zu (Art. 956 Abs. 1 OR). Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma beeinträchtigt wird, kann nach Art. 956 Abs. 2 OR auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen.

3.1 Die Ausschliesslichkeit der Firma einer AG (Art. 951 Abs. 2 OR) bedeutet, dass sich innerhalb der Schweiz jede später eingetragene Firma von der älteren hinreichend unterscheiden muss. Unterlässt sie dies, so besteht in der Regel Verwechselbarkeit. Dabei genügt die blosser Verwechslungsgefahr, worüber der Richter nach seinem Ermessen entscheidet (Guhl/Kummer/Druey, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. A. 2000, S. 785 f.). Massgebend ist dabei eine normal unterscheidungs-fähige Person bei Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt. Abgestellt wird primär darauf, ob im Erinnerungsbild eine deutliche Unterscheidbarkeit zwischen zwei Firmen vorliegt (Sic! 5/2000 S. 400; BGE 95 II 236). Unternehmen, die sich an ein breites Publikum richten, müssen sich mit ihrer Firma deutlicher von anderen Firmen unterscheiden als Unternehmen, welche mit einem enger begrenzten, speziellen Publikum verkehren (Altenpohl, Basler Kommentar, 4. A. 2013, Art. 951 OR N 6). Ob zwei Firmen sich hinreichend deutlich unterscheiden, ist aufgrund des Gesamteindrucks zu prüfen, den sie beim Publikum hinterlassen. Die Firmen müssen nicht nur bei gleichzeitigem, aufmerksamem Vergleich unterscheiden

dbar sein, sondern auch in der Erinnerung auseinandergehalten werden können. Im Gedächtnis bleiben namentlich Firmenbestandteile haften, die durch ihren Klang oder ihren Sinn hervorstechen; solchen Bestandteilen kommt daher für die Beurteilung des Gesamteindrucks einer Firma erhöhte Bedeutung zu (BGE 122 III 369 E. 1 mit Hinweis auf BGE 118 II 322 E. 1). Besonders strenge Massstäbe an die Unterscheidbarkeit sind bei reinen Fantasiebezeichnungen anzulegen, die in der Regel stark prägende Kraft besitzen. Umgekehrt verhält es sich bei Firmen, die gemeinfreie Sachbezeichnungen als wesentliche Bestandteile enthalten. Wer dieselben Sachbezeichnungen ebenfalls als Firmenbestandteile verwendet, hat deshalb für eine hinreichend deutliche Abhebung von der älteren Firma zu sorgen, indem er sie mit individualisierenden zusätzlichen Elementen ergänzt (BGE 118 II 322).

3.2 Der klägerischen Firma kommt gegenüber derjenigen der Beklagten Alterspriorität zu. Soweit sich also die Firma der Beklagten zu wenig deutlich von derjenigen der Klägerin unterscheidet und dadurch eine Verwechslungsgefahr hervorruft, kann die Klägerin von der Beklagten verlangen, dass diese auf die Führung ihrer Firma verzichtet bzw. diese entsprechend ändert, so dass eine Verwechslungsgefahr ausgeschlossen ist.

Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr kommt es vor allem auf jene Bestandteile an, die der Firma ihr charakteristisches Gepräge geben. Erhöhte Bedeutung kommt jenen Bestandteilen zu, die durch ihren Klang oder Sinn auffallen. Hauptbestandteil der klägerischen Firma ist die Bezeichnung «Credit Trust», welche einzig von der Bezeichnung der Rechtsform in der Abkürzung «AG» begleitet wird, die als reine und damit gemeinfreie Sachbezeichnung kennzeichnungsschwach ist (Altenpohl, a.a.O., Art. 951 OR N 9 mit Hinweis auf SMI 1989, S. 43). Die beiden englischen Wörter credit und trust prägen die Firma der Klägerin. Sie sind gemeingebräuchliche Sachbegriffe und werden – trotzdem sie aus der englischen Sprache stammen – auch in der Schweiz vom durchschnittlichen Publikum als solche verstanden. Sie sind demnach ebenfalls kennzeichnungsschwach. Daran ändert auch die Kombination der beiden Begriffe wenig, da die ins Deutsche übersetzten Begriffe wie etwa Kredit, Darlehen, Guthaben, Ansehen einerseits und Vertrauen, jemandem vertrauen, Stiftung andererseits übliche und vertraute Begriffspaare darstellen, ja teilweise sogar als Synonyme gebraucht werden können. Auch bei der Firma der Beklagten stellt den prägenden Bestandteil die Wortverbindung «Creditrust» dar, die sich sowohl klanglich als auch vom Schriftbild her kaum von «Credit Trust» unterscheidet. Die beiden Firmen sind in ihren Bestandteilen «Creditrust» und «Credit Trust» bis auf den fehlenden Buchstaben t und die Getrennt- bzw. Zusammen- sowie Grossschreibung der beiden englischen Wörter «credit» und «trust» identisch. Diese Unterschiede vermögen aber an der Identität der beiden Firmen nichts zu ändern. In aller Regel werden zwei Firmen als identisch beurteilt, die die gleiche Zeichenfolge besitzen, und zwar unabhängig davon, ob die eine gross und die andere klein geschrieben, ob in der einen Leerschläge, Interpunktionszeichen, Umlaute und andere diakritische Zeichen oder unterschiedliche, aber korrekte Rechtschreibweisen verwendet werden (Hilti, Firmenrecht, in: SIWR III/2, 2. A. 2005, S. 37). Der bei der beklagten Firma fehlende Buchstabe t beim Bestandteil Credit, ändert daran ebenfalls nichts, da dies weder klanglich noch

im Schriftbild auffällt. Je mehr aber eine Firma aus Bestandteilen des Gemeingebrauchs, wie z. B. beschreibenden Begriffen besteht, desto geringer ist der Schutzzumfang dieser Firma. Der Schutzzumfang des besser berechtigten Firmeninhabers kann sich dann im Extremfall darauf beschränken, einem Dritten den Gebrauch einer nahezu identischen Firma untersagen zu können. Bereits ein einzelner unterscheidungskräftiger Zusatz kann diesfalls zu einer ausreichenden Abgrenzung führen (Hilti, a.a.O., S. 76; vgl. auch BGE 130 III 478). Bei beschreibenden und daher kennzeichnungsschwachen Firmen können mit anderen Worten schon geringfügige Abweichungen eine ausreichende Abgrenzung bewirken. Da es sich bei der klägerischen Firma wie erwähnt um eine kennzeichnungsschwache Firma handelt, stellt sich die Frage, ob der Bestandteil «Switzerland» in der Firma der Beklagten einen unterscheidungskräftigen Zusatz darstellt, der zu einer ausreichenden Abgrenzung zur im Übrigen praktisch identischen Firma der Klägerin führt. Es handelt sich bei diesem Bestandteil um einen geografischen Begriff. Solche Angaben dürfen als Firmenbestandteile – unter Vorbehalt des Wahrheitsgebots, des Täuschungsverbots und des Schutzes öffentlicher Interessen – an sich frei verwendet werden (Hilti, a.a.O., S. 31). Grundsätzlich kann daher auch mit einem geografischen Zusatz bei identischen Firmen die Eintragung bereits erreicht werden (Hilti, a.a.O., S. 38 Fn 127 mit Hinweis auf SJZ 1969 S. 28). Bei der Beurteilung der Verwechselbarkeit sieht die Sache allerdings anders aus. Der zusätzliche Bestandteil «Switzerland» gehört als geografischer Begriff ebenfalls zum Gemeingut und ist daher gleichermassen kennzeichnungsschwach. Wie erwähnt geniesst die Firma der Klägerin, die aus einer Kombination von mehreren Sachbegriffen mit assoziativem Charakter zusammengesetzt ist, im Gegensatz etwa zu Fantasiebezeichnungen zwar einen engeren Schutz. Auf der anderen Seite ist aber zu bedenken, dass Firmen von publikumsnahen Branchen wie hier grundsätzlich einen etwas weiteren, Firmen von Spezialbranchen einen etwas engeren Firmenschutz geniessen. Des Weiteren nimmt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Verwechslungsgefahr mit bestehendem Wettbewerbsverhältnis und/oder geografischer Nähe zu (BGE 73 II 115). Im vorliegenden Fall sind die Parteien weitgehend in derselben Branche, dem Revisions- und Treuhandgeschäft, tätig. Die Verwechslungsgefahr wird hier besonders klar indiziert, da die Beklagte praktisch dieselben stark prägenden Firmenbestandteile enthält wie die Klägerin (vgl. sic! 5/2000 S. 400 f.). Auch wenn ein verhältnismässig schwacher Zusatz bei Firmen, die aus identischen oder ähnlichen Sachbezeichnungen bestehen, genügen mag (Urteil des Bundesgerichts 4C.199/2003 vom 20. Oktober 2003), kann die daraus resultierende fehlende deutliche Unterscheidbarkeit nicht allein durch die Hinzufügung schwacher Elemente, wie das der geografische Zusatz «Switzerland» darstellt, kompensiert werden (Kramer, «starke» und «schwache» Firmenbestandteile, in: Festschrift Pedrazzini, 1990, S. 683 ff.). Mit dem geografischen Zusatz «Switzerland» gelingt der jüngeren Firma der Beklagten keine genügende Abgrenzung gegenüber derjenigen der Klägerin, zumal Aktiengesellschaften ihre Firma frei wählen können und die Rechtsprechung daher an deren Unterscheidungskraft im Allgemeinen strengere Anforderungen stellt (BGE 122 III 369 E. 1). Es ist zumindest von einer mittelbaren Verwechslungsgefahr auszugehen, was aber genügt.

4. Ist mithin die Verwechselbarkeit der beiden Firmen gegeben, hat die Klägerin aufgrund

des firmenrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechts Anspruch auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma durch die Beklagte (Art. 956 Abs. 2 OR). Schon in Anbetracht der Firmengebrauchspflicht (Art. 954a OR) kann nicht zweifelhaft sein, dass die vorausgesetzte Wiederholungsgefahr gegeben ist bzw. der rechtswidrige Zustand andauert. Auch die Beeinträchtigung der rechtlich geschützten Interessen der Klägerin durch den unbefugten Firmengebrauch durch die Beklagte liegt auf der Hand.

Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob die Beklagte auch gegen Art. 3 lit. d UWG verstösst und der Klägerin auch Ansprüche unter diesem Aspekt zustehen.

5.1 Die Klage ist daher grundsätzlich gutzuheissen. (...)

5.2 Während es sich beim ersten Teil des Rechtsbegehrens Ziff. 1 um eine Unterlassungsklage handelt, stellt der zweite Teil des Rechtsbegehrens eine Beseitigungsklage in der Gestalt einer Leistungsklage dar. Dabei wird also von der Beklagten die Abgabe einer Willenserklärung verlangt, mithin eine Verpflichtung zu einem Tun. Gleichzeitig verlangt die Klägerin, dass der Beklagten bereits im Urteil sowohl mit Bezug auf die Unterlassungsklage als auch mit Bezug auf die Beseitigungsklage, die Bestrafung nach Art. 292 StGB als Vollstreckungsmassnahme gemäss Art. 236 Abs. 3 ZPO angedroht wird, was eine direkte Vollstreckung i.S. von Art. 337 ZPO darstellt. Was die Unterlassungsklage angeht, ist das die einzige Möglichkeit einer Vollstreckungsmassnahme, d.h. die Vollstreckung des Verbots kann nur indirekt durch Strafandrohung und/oder Ordnungsbusse (Art. 343 Abs. 1 lit. a-c ZPO) erzwungen werden. Durch diesen indirekten Zwang soll die Beklagte zur Realerfüllung angehalten werden (Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2.A. 2015, Art. 343 ZPO N 2).

5.3 Mit der Beseitigungsklage wird hingegen die Abgabe einer Willenserklärung durch die Beklagte verlangt. Auch hier ist an sich als Vollstreckungsmassnahme der indirekte Zwang zur Realerfüllung durch Androhung einer Bestrafung nach Art. 292 StGB und/oder Ordnungsbusse möglich und in aller Regel auch zweckmässig. Die Zivilprozessordnung sieht aber in Art. 344 als besondere Vollstreckungsmassnahme vor, dass die Abgabe einer Willenserklärung direkt durch den vollstreckbaren Entscheid ersetzt wird (Abs. 1). Betrifft die Erklärung ein öffentliches Register wie das Grundbuch und das Handelsregister, so erteilt das urteilende Gericht der registerführenden Person die nötigen Anweisungen (Abs. 2). Dabei kann Inhalt dieser Anweisungen grundsätzlich alles sein, was der Umsetzung bzw. der Vollstreckung des Entscheids auf Abgabe einer Willenserklärung dient (Rohner/Lerch, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], a.a.O., Art. 344 ZPO N 15; Kofmel Ehrenzeller, in: Oberhammer, Kurzkomentar ZPO, 2. A. 2014, Art. 344 ZPO N 6; Zinsli, Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 344 ZPO N 16; a.M. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2013, § 28 N 4). Dadurch soll der Vollzug erleichtert werden. In der Tat ist in Anbetracht des bisherigen Prozess- und sonstigen Geschäftsverhaltens der Beklagten bzw. ihres einzigen Verwaltungsratsmitglieds, P. (vgl. Sachverhalt Ziff. 2 ff. hiervor), zu befürchten, dass die Klägerin

mit dem indirekten Zwang nicht zum Ziel kommt und die Beklagte sich um die gerichtlichen Anordnungen foutiert. Die Klägerin verlangt daher, dass in analoger Weise vorzugehen sei wie vom Handelsgericht Zürich in einem Urteil vom 7. März 2014 in einem gleich gelagerten Fall vorgezeichnet. Das Handelsgericht wies dort das Handelsregisteramt für den Fall an, dass die Beklagte der Verpflichtung auf Löschung der inkriminierten und Eintragung einer nach Art. 944 OR zulässigen Firmenbezeichnung innert Frist nicht nachkommen sollte, in Stufenschritten weiter vorzugehen: Zunächst soll das Handelsregisteramt der Beklagten erneut eine Frist ansetzen, um ihre Firmenbezeichnung in ihren Statuten zu ändern und gestützt darauf die Änderung der Firma im Sinne von Art. 944 OR im Handelsregister zu veranlassen. Sollte die Beklagte weiterhin untätig bleiben, sei in einem weiteren Schritt ihre Auflösung im Sinne einer direkten Zwangsmassnahme nach Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO gerichtlich anzuordnen, wobei für das Liquidationsverfahren sinngemäss die Regeln über den Konkurs heranzuziehen seien. Dementsprechend sei das Handelsregisteramt gestützt auf Art. 344 Abs. 2 ZPO anzuweisen, beim zuständigen Vollstreckungsrichter die Anordnung des Liquidationsverfahrens nach den Regeln über den Konkurs sowie die Mandatierung des zuständigen Konkursamtes zu verlangen. Das Handelsgericht hielt in diesem Zusammenhang im Übrigen fest, dass sich das Eidgenössische Amt für das Handelsregister und das Handelsregisteramt des Kantons Zürich zur fraglichen Thematik hätten vernehmen lassen und keine bzw. keine grundlegenden Einwände gegen diese Lösung der vorliegenden vollstreckungsrechtlichen Problematik vorgebracht hätten (Urteil HG130059-O vom 7. März 2014).

5.4 Der vom Handelsgericht Zürich aufgezeigte Weg einer direkten Vollstreckung in der vorliegenden Konstellation erscheint durchaus sinn- und zweckmässig; die Lösung überzeugt auch in ihrer rechtlichen Begründung. Diese Lösung kann sich denn auch an das Vorgehen bei Mängeln in der gesetzlich vorgesehenen Organisation der Gesellschaft (Art. 941a OR) anlehnen, wo der Handelsregisterführer im Rahmen einer sog. Organisationsklage im summarischen Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO) an den Richter gelangen kann, welcher gemäss Art. 731b OR als ultima ratio die Auflösung der Gesellschaft und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen kann. Das Obergericht Zug schliesst sich daher dieser Rechtsprechung an.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 2. Februar 2016

### 3. Gleichstellung von Frau und Mann

#### 3.1 Art. 3 GIG, Art. 5 Abs. 1 und 2 GIG, Art. 6 GIG

##### **Regeste:**

Art. 3 GIG, Art. 5 Abs. 1 und 2 GIG, Art. 6 GIG – Glaubhaftmachen einer Geschlechterdiskriminierung; Untersuchungsmaxime (Erw. 3). Grundsätzlich spricht keine natürliche Vermutung dafür, dass eine Ungleichbehandlung im Zusammenhang mit der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses geschlechtsspezifisch begründet ist (Erw. 10.5).

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

Die Beklagten bilden einen internationalen Konzern. CEO war Q. Im Frühjahr 2008 wechselte die Klägerin, die bereits zuvor mit Q. im selben Unternehmen tätig war, zu den Beklagten. Im November 2010 verliess Q. den beklagten Konzern. Im März 2011 kündigten die Beklagten der Klägerin «aus gutem Grund» («for Cause»; Sachverhalt zusammengefasst).

##### **Aus den Erwägungen:**

3. Die Klägerin stützt alle geltend gemachten Ansprüche (...) alternativ zu den arbeitsrechtlichen Grundlagen auf eine unzulässige Geschlechterdiskriminierung im Sinne von Art. 3 sowie Art. 5 Abs. 1 lit. b und d GIG (...).

3.1 Gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft. Das Verbot gilt insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung (Art. 3 Abs. 2 GIG). Wer von einer Diskriminierung im erwähnten Sinne betroffen ist, kann gemäss Art. 5 Abs. 1 GIG dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde beantragen, dass eine drohende Diskriminierung zu verbieten oder zu unterlassen ist (lit. a), dass eine bestehende Diskriminierung beseitigt wird (lit. b), dass eine Diskriminierung festgestellt wird, wenn diese sich weiterhin störend auswirkt (lit. c) oder dass die Zahlung des geschuldeten Lohns angeordnet wird (lit. d). Das Diskriminierungsverbot hat absolut zwingenden Charakter. Art. 6 GIG sieht für die diskriminierte Person eine Beweislasteichterung vor. Demnach wird bezüglich der Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Mit der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung kehrt folglich die Beweislast um. Glaubhaftmachen bedeutet weniger als beweisen, aber mehr als behaupten. Die diskriminierte Person hat darzulegen, dass das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen wahrscheinlich ist (vgl. Freivogel, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], a.a.O., Art. 3 GIG N 2; Kofmel Ehrenzeller, in: Oberhammer/Domej/Haas

[Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2013, Art. 261 ZPO N 7 ff. und Art. 266 ZPO N 3 mit Hinweisen).

3.2 Bei Streitigkeiten nach dem GIG gilt die Untersuchungsmaxime. Das Gericht hat von Amtes wegen den Sachverhalt festzustellen (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO) und Beweise zu erheben (Art. 153 Abs. 1 ZPO). Nach Lehre und Rechtsprechung ist das Gericht jedoch nur zur Nachforschung verpflichtet, wenn an der Vollständigkeit der Behauptungen oder Beweise ernsthafte Zweifel bestehen. Ist eine Partei anwaltlich vertreten, so ist das Mass der gerichtlichen Mitwirkung auf krasse Fälle beschränkt. Das Gericht darf daher trotz Untersuchungsmaxime nicht darauf hinwirken, dass Einwendungen oder Einreden geltend gemacht oder nicht offerierte Beweise abgenommen werden (Hauk, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A. 2013, Art. 247 ZPO N 35; Hasenböhler, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 153 ZPO N 4).

3.3 Ob eine Diskriminierung vorliegt, ist für jede behauptete Ungleichbehandlung separat zu prüfen. Beruhte etwa die unterschiedliche Entlohnung auf einer geschlechterspezifischen Diskriminierung, trifft dies nicht ohne Weiteres auch für die Entlassung zu und umgekehrt. Wie an den entsprechenden Stellen zu zeigen ist, liegt der vorliegenden Streitigkeit indes keine (geschlechterspezifische) Diskriminierung zugrunde.

(...)

10.5 Schliesslich beruft sich die Klägerin darauf, dass die Kündigung «aus wichtigem Grund» («for Cause») diskriminierend gewesen sei, weil die in der Kündigung erhobenen Vorwürfe – falls sie zutreffen würden – umso stärker gegen Herrn Q. gelten würden. Doch hätten die Beklagten Q. gegenüber nie Vorwürfe erhoben (...). Die Beklagten entgegnen, dass sie erst im Februar 2011 auf das im Form 10 ausgewiesene Gesamtsalär der Klägerin aufmerksam geworden seien, Q. jedoch die Beklagte 1 bereits per 1. Dezember 2010 verlassen habe. Die Aufhebungsvereinbarung mit Q. (...) sei ihm bereits im November 2011 unterbreitet und von ihm am 14. Dezember 2010 unterzeichnet worden (...).

10.5.1 Besteht die Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung oder in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses, so hat die betroffene Person gestützt auf Art. 5 Abs. 2 GIG Anspruch auf eine Entschädigung. Im Verhältnis zur Sanktionsregelung für eine missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 336a OR geht die Regelung des Gleichstellungsgesetzes vor (Riemer-Kafka/Ueberschlag, a.a.O., Art. 5 GIG N 47).

10.5.2 Gestützt auf Art. 6 GIG ist zu prüfen, ob die Klägerin eine Diskriminierung, d.h. eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, glaubhaft gemacht hat. Glaubhaftzumachen ist einerseits die Benachteiligung (Ungleichbehandlung) als solche und andererseits der Um-

stand, dass der Grund der Benachteiligung im Geschlecht liegt. Betreffend Lohngleichheit beispielsweise ist nach Auffassung des Bundesgerichts bei ungleicher Entlohnung von Mitarbeitenden unterschiedlichen Geschlechts, welche eine ähnliche Position mit vergleichbarem Pflichtenheft innehaben, zu vermuten, dass die Lohndifferenz geschlechtsspezifisch begründet ist (vgl. Stauber-Moser, Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, AJP 11/2006, S. 1352 ff., 1359; BGE 127 III 207 E. 3b). Bei der erwähnten Vermutung handelt es sich um eine natürliche Vermutung. Dabei wird von bewiesenen Tatsachen (Vermutungsbasis; im erwähnten Beispiel: Lohnungleichheit) gestützt auf die Lebenserfahrung und den gewöhnlichen Lauf der Dinge (Erfahrungssatz) auf unbewiesene Tatsachen (Vermutungsfolge) geschlossen (Walter, Der Anscheinsbeweis im Haftpflichtrecht, in: Fuhrer [Hrsg.], Haftpflicht- und Versicherungsrecht – Liber amicorum Roland Brehm, 2012, S. 447 ff., 451 ff.; Kummer, Berner Kommentar, 2012, Art. 8 ZGB N 317 f. und 362). Die Erfahrungssätze bei Lohnungleichheit ergeben sich aus Lohnstatistiken. Derlei gibt es in Bezug auf Beförderungen oder Kündigungen nicht. Dort wäre eine natürliche Vermutung höchstens in Erwägung zu ziehen bei Kündigungen gegenüber Arbeitnehmerinnen, die schwanger sind oder aufgrund der familiären Situation Teilzeit arbeiten; diese zwei Beispiele kommen in der Gleichstellungspraxis bei Kündigungen nämlich besonders häufig vor (vgl. Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Diss. 1998, S. 178 ff.; Online-Datenbank für Verfahren betreffend Gleichstellungsgesetz [[www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch)]). Jedenfalls aber darf die natürliche Vermutung bei Lohnungleichheit nicht ohne Weiteres auf andere Diskriminierungsarten wie beispielsweise die Beförderung oder die Kündigung übertragen werden, dies umso weniger, wenn es um eine Kündigung geht, die keinen Zusammenhang mit einer wegen der familiären Situation bedingten Teilzeitarbeit oder mit einer Schwangerschaft aufweist.

10.5.3 Vorliegend ist nicht von der Hand zu weisen, dass einige der von den Beklagten an die Klägerin gerichteten Vorwürfe (z. B. das angeblich eigenmächtige Festlegen eines Umrechnungskurses [für ihr Salär] von 1,2213) nicht der Klägerin, sondern wenn, dann vielmehr dem Vergütungsausschuss bzw. Q. vorzuwerfen gewesen wären (...). Die Beklagten halten dem entgegen, dass sie die Pflichtverletzungen der Klägerin erst im Februar 2011 entdeckt hätten, d.h. nachdem die Aufhebungsvereinbarung mit Q. bereits abgeschlossen gewesen sei (...). Die Aufhebungsvereinbarung wurde von Q. am 14. Dezember 2010 gegengezeichnet. Sein Austritt erfolgte per 30. November 2010 («Separation Date»). Das Datum des Inkrafttretens («Effective Date») der Aufhebungsvereinbarung war acht Kalendertage nach Unterzeichnung, also am 22. Dezember 2010 (...). Ab dann waren die vereinbarten Leistungen gemäss Aufhebungsvereinbarung geschuldet, wobei die Fälligkeit gewisser Leistungen aufgeschoben wurde (vgl. Ziff. 2.1 der Aufhebungsvereinbarung). Im Gegensatz zu Q. hat die Beklagte 2 in der Aufhebungsvereinbarung nicht auf sämtliche Forderungen gegenüber Q. verzichtet (vgl. Ziff. 5.1 und 5.2 [...]). Insofern wäre es gemäss Aufhebungsvereinbarung nicht ausgeschlossen gewesen, dass die Beklagte 2 gegenüber Q. auch ab Februar 2011 noch Ansprüche hätte erheben können. Dies tat sie aber offenbar nicht. Eine Ungleichbehandlung ist damit glaubhaft.

10.5.4 Dass diese Ungleichbehandlung allerdings auf dem Geschlecht beruht, ist nicht glaubhaft. Hierfür liegen keinerlei Anhaltspunkte vor. Hingegen gibt es zahlreiche andere Unterschiede zwischen der Klägerin und Q., welche plausible Gründe für die Ungleichbehandlung darstellen. Erstens hätte Q. nämlich nicht vorgeworfen werden können, seinen eigenen Lohn in Eigenregie festgelegt zu haben. Im Falle der Klägerin ging es bei den angeblichen Pflichtverletzungen um ihren eigenen Lohn. Insofern wäre die behauptete Bereicherungsabsicht (vgl. schriftliche Kündigungsbegründung [...]: «uniquely enriching compensation arrangements») bei Q. ganz anders zu beurteilen. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass Q. im Gegensatz zur Klägerin nicht Jurist ist und nicht Leiter der Personalabteilung war (...). Selbst wenn er als CEO die Gesamtverantwortung trug, dürfte und müsste die Klägerin mit den Einzelheiten der Genehmigungserfordernisse besser vertraut (gewesen) sein als er. Dies ist ein ausbildungs- und tätigkeitsspezifisches Unterscheidungsmerkmal. Drittens bekleidete Q. eine andere Position als die Klägerin, weshalb auch aus diesem Grund eine Ungleichbehandlung nicht geschlechtsbedingt sein muss. Losgelöst von Q. spricht sodann gegen eine Geschlechterdiskriminierung, dass sich die Klägerin während des Arbeitsverhältnisses nie über Diskriminierung beklagt hat und sie namentlich lohnmassig sogar bessergestellt war als sämtliche männlichen Arbeitskollegen auf gleicher Stufe (...). Ferner ist den Beklagten dafürzuhalten, dass sie – soweit aktenkundig – gegen die (weiblichen) Mitarbeiterinnen T. (sie unterzeichnete die Ergänzungsvereinbarung der Klägerin mit dem Basissalär von CHF 400'000.00 [...]) und S. (sie war involviert bei der Ausgestaltung des Arbeitsvertrages der Klägerin [...]; zudem war sie am Kündigungsgespräch am 10. März 2011 anwesend) ebenfalls keine rechtlichen Schritte eingeleitet haben. Die Ungleichbehandlung der Klägerin im Vergleich zu Q. ist ein Einzelfall ohne erkennbaren Zusammenhang mit dem Geschlecht.

Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, 27. Mai 2016

## 4. Handelsregister

### 4.1 Art. 938a OR i.V.m. Art. 155 HRegV

#### **Regeste:**

Art. 938a OR i.V.m. Art. 155 HRegV – Der Handelsregisterführer kann eine Gesellschaft nach dreimaligem ergebnislosem Rechnungsruf im Handelsregister löschen, wenn diese keine Geschäftstätigkeit mehr aufweist und sie keine verwertbaren Aktiven mehr hat. Macht ein Gläubiger ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend, so entscheidet der Richter. Dabei hat der Gläubiger den Bestand einer Forderung und auch ein Interesse an der Beibehaltung der Gesellschaft geltend zu machen.

#### **Aus den Erwägungen:**

1. Die Gesuchsgegnerin 2 hat ihren Sitz während des laufenden Berufungsverfahrens nach Zürich verlegt. Im dortigen Handelsregister wurde die Gesellschaft am 4. Februar 2016 einge-

tragen. Die Sitzverlegung hat indes keinen Einfluss auf die einmal begründete örtliche Zuständigkeit, da sich diese nach den Tatsachen im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bestimmt (Courvoisier, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Handkommentar zur ZPO, 2010, Art. 59 ZPO N 16 m.H. auf BGE 116 II 209 E. 2b/bb).

2. Gegenstand dieses Verfahrens ist die Löschung bzw. die Aufrechterhaltung des Eintrages der Gesellschaft im Handelsregister. Aufgrund der erwähnten Sitzverlegung der Gesuchsgegnerin 2 wurde ihr Eintrag im Handelsregister des Kantons Zug zwar mittlerweile gelöscht. Damit hat sich dieses Verfahren aber nicht ohne Weiteres erledigt, da die Gesuchsgegnerin 2 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen wurde und ihr Eintrag somit auch im Zentralregister des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister enthalten ist, welches das öffentlich einsehbare Firmenzentralregister («Zefix») speist (Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 HRegV; vgl. Siffert, in: Siffert/Turin [Hrsg.], Handkommentar zur HRegV, 2013, Art. 13 HRegV N 1, 3). Die Bestimmung von Art. 155 HRegV, wonach eine Rechtseinheit ohne Geschäftstätigkeit und ohne verwertbare Aktiven aus dem Handelsregister zu löschen ist, soll den Handel mit Aktienmängeln verhindern und dient zudem der Registerwahrheit (Rüetsch, in: Siffert/Turin [Hrsg.], a.a.O., Art. 155 HRegV N 1). Solange der Eintrag in einem kantonalen Handelsregister und damit auch im Zentralregister besteht, ist das aktuelle und praktische Interesse an der Fortführung bzw. Entscheidung des Rechtsstreites weiterhin gegeben, wie dies der Gesuchsgegner 1 zu Recht sinngemäss geltend macht (act. 7 S. 1; vgl. Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. A. 2016, Art. 242 ZPO N 3). Mithin ist über die Löschung bzw. die beantragte Aufrechterhaltung des Eintrages im Handelsregister zu befinden.

3. Vorab verlangt die Gesuchstellerin erneut eine Prüfung, ob sie als Gläubigerin der zu löschenden Gesellschaft tatsächlich selbst Prozesspartei sei. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Vi act. 11 E. 9). Im vorliegenden Verfahren verlangt die Gesuchstellerin die Aufrechterhaltung des Eintrages im Handelsregister, weshalb ihr der erstinstanzliche Richter zu Recht die Rolle der gesuchstellenden Partei zugeschrieben hat.

4. Die Gesuchstellerin macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da der Gesuchsgegnerin 2 im erstinstanzlichen Verfahren zwar Parteistellung zuerkannt, sie aber nicht angehört worden sei (act. 1). Auf eine Gehörsverletzung kann sich indes nur berufen, wer selbst davon betroffen ist. Richtet sich der behauptete Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör gegen Dritte, kann dies nicht geltend gemacht werden (Sutter-Somm / Chevalier, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 53 ZPO N 26 m.H. auf Urteil des Bundesgerichts 1C\_320/2011 vom 30. Mai 2012 E. 4.3.1). Die Rüge ist aber auch haltlos. Der erstinstanzliche Richter hat der Gesuchsgegnerin 2 mit Schreiben vom 29. Oktober 2015 die Eingabe des Gesuchsgegners 1 vom 24. August 2015 sowie die Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 13. Oktober 2015 zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt. Das

Schreiben wurde von der Gesuchsgegnerin 2 am 2. November 2015 in Empfang genommen (Vi act. 9). Mithin kann von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs keine Rede sein.

5. Gemäss Art. 938a Abs. 1 OR kann der Handelsregisterführer eine Gesellschaft nach dreimaligem ergebnislosem Rechnungsruf im Handelsregister löschen, wenn diese keine Geschäftstätigkeit mehr aufweist und sie keine verwertbaren Aktiven mehr hat. Macht ein Gläubiger ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend, so entscheidet der Richter (Art. 938a Abs. 2 OR). Dabei hat der Gläubiger mehr geltend zu machen als nur den Bestand einer Forderung, nämlich ein Interesse an der Beibehaltung der Gesellschaft (Eckert, Basler Kommentar, 4. A. 2012, Art. 938b OR N 5). Die Vorinstanz zog dabei zu Recht die Rechtsprechung zur Frage der Wiedereintragung heran (vgl. Eckert, a.a.O., Art. 938b OR N 5). Es kann auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Vi act. 11 E. 8).

5.1 Die Gesuchstellerin hält im Berufungsverfahren daran fest, dass die Gesuchsgegnerin 2 über Aktiven verfüge, diese aber gemäss Abtretungsvertrag vom 22. März 2011 im vollen Umfang an sie abgetreten worden seien. Die Ausstellung eines definitiven Verlustscheines bedeute nicht, dass keine verwertbaren Aktiven mehr vorhanden seien. Als Gläubigerin könne sie nicht Kenntnis von weiteren verwertbaren Aktiven beim Schuldner haben. Nach Löschung einer juristischen Person bestehe keine Möglichkeit mehr, die Forderung erfüllt zu erhalten.

5.1.1 Die Vorinstanz zog im angefochtenen Entscheid zutreffend in Erwägung, dass die Gesuchstellerin ihre Behauptung, wonach ihr eine Forderung gegenüber der Gesuchsgegnerin 2 zustehe, nicht rechtsgenügend dargelegt habe (Vi act. 11 E. 11.3). Auch im Berufungsverfahren macht sie keine substantiierten Angaben dazu, aus welchem Rechtsgeschäft und in welcher Höhe ihr eine Forderung gegenüber der Gesuchsgegnerin 2 zustehen soll. Ist sie aber nicht Gläubigerin, fehlt es an der Aktivlegitimation, wie dies die Vorinstanz zur Recht festgehalten hat. Die Berufung ist bereits aus diesem Grund abzuweisen.

5.1.2 Im Übrigen lässt das Vorliegen eines Verlustscheines - entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin - durchaus vermuten, dass die Geschäftstätigkeit aufgehört hat und keine verwertbaren Aktiven mehr vorhanden sind (Eckert, a.a.O., Art. 938a OR N 3; Rüetsch, a.a.O., Art. 155 HRegV N 8). Der Gesuchstellerin ist es nicht ansatzweise gelungen, diese Vermutung umzustossen. Sie behauptet zwar weiterhin, dass die Gesuchsgegnerin 2 mit Abtretungsvertrag vom 22. März 2011 sämtliche Aktiven an sie abgetreten habe. In ihrer Eingabe vom 13. Oktober 2015 im erstinstanzlichen Verfahren führte sie die angebliche Abtretungsvereinbarung als Beilage 2 auf, ohne diese aber tatsächlich einzureichen (Vi act. 7). Die vom erstinstanzlichen Richter angesetzte Frist zur Einreichung der Vereinbarung liess die Gesuchstellerin unbenutzt verstreichen (Vi act. 8). Im Berufungsverfahren verlangt sie nun die Wiederherstellung der Frist. Zur Begründung trägt sie vor, der zuständige Sachbearbeiter sei krankheitsbedingt abwesend gewesen, weshalb das Versäumnis entschuldbar sei. Das Gericht kann eine Frist gestützt auf Art. 148 ZPO nur wiederherstellen bzw. eine Nachfrist gewähren, wenn

die säumige Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Gesuchstellerin – hätte sie die zu erwartende Sorgfalt nur ansatzweise beachtet – innerhalb der laufenden Frist nicht eine Fristerstreckung zur Einreichung der Abtretungsvereinbarung verlangt hat. Sollte sie dazu aufgrund der angeblichen Krankheit eines Mitarbeiters innerhalb der laufenden Frist nicht in der Lage gewesen sein, was sie aber nicht geltend macht und was ohnehin nicht plausibel wäre, so hätte sie immerhin noch im erstinstanzlichen Verfahren um Wiederherstellung der Frist ersuchen müssen. Die Editionsaufforderung hat die Gesuchstellerin am 4. November 2015 in Empfang genommen (Vi act. 8), der Entscheid erging erst am 25. November 2015. Die Gesuchstellerin hat keine Ausführungen gemacht, wie lange der zuständige Mitarbeiter krankheitsbedingt abwesend gewesen sein soll. Ein Arztzeugnis hat sie nicht eingereicht, obschon die Wiederherstellungsgründe genau anzugeben und durch entsprechende Nachweise zu belegen sind (Merz, in: Brunner / Gasser / Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2011, Art. 148 ZPO N 19). Im Übrigen ist ohnehin nicht nachvollziehbar, dass aufgrund des angeblichen krankheitsbedingten Ausfalls eines Sachbearbeiters der Aufforderung zur Einreichung des Abtretungsvertrages nicht hätte Folge geleistet werden können. Arbeitsunfähigkeit ist zudem nicht mit Verhandlungsunfähigkeit gleichzusetzen (vgl. Merz, a.a.O., Art. 148 ZPO N 21). Die Gesuchstellerin hat somit nicht ansatzweise glaubhaft dargelegt, dass sie im erstinstanzlichen Verfahren die angesetzte Frist aufgrund eines nur leichten Verschuldens verpasst hat. Keine Erklärung liefert die Gesuchstellerin zudem, weshalb sie die als Beilage aufgeführte Vereinbarung nicht bereits ihrer Eingabe vom 13. Oktober 2015 beigelegt hat, was zu erwarten gewesen wäre. Auch im Berufungsverfahren hat sie die erwähnte Abtretungsvereinbarung vom 22. März 2011 weiterhin nicht eingereicht, sondern verlangt nun – anders als noch im erstinstanzlichen Verfahren – deren Edition, ohne Angaben zu machen, durch wen der Vertrag ediert werden soll. Dieses Verhalten ist trölerisch und treuwidrig. Da sie um Wiederherstellung der Frist zur Einreichung der Vereinbarung ersucht, ist sie offenbar in der Lage, den Vertrag selber beizubringen, weshalb dem Editionsbegehren ohnehin nicht Folge geleistet werden könnte (Higi, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], a.a.O., Art. 160 ZPO N 11). Die Gesuchstellerin hat somit auch ihre Behauptung, wonach die Gesuchsgegnerin 2 über Aktiven verfüge, diese aber an sie abgetreten worden seien, nicht ansatzweise glaubhaft gemacht.

5.1.3 Sodann hat die Gesuchstellerin auch ihr Interesse am Weiterbestand der Gesuchsgegnerin 2 nicht dargetan. Wie vorstehend bereits ausgeführt, behauptet die Gesuchstellerin, dass die Aktiven der Gesuchsgegnerin 2 an sie abgetreten worden seien. Zur Höhe der angeblichen Forderung gegenüber der Gesuchsgegnerin 2 machte sie keinerlei Angaben. Würde ihrer Darstellung gefolgt, wäre von ihr vernünftigerweise zu erwarten, dass sie zur Befriedigung der angeblichen Schuld die an sie abgetretenen Aktiven verwertet. Somit hat sie aber kein schützenswertes Interesse am Weiterbestand der Gesuchsgegnerin 2 (vgl. BGE 132 III 734 = Pra 2007 Nr. 17).

6. Zusammenfassend hat die Gesuchstellerin nicht belegt, dass sie überhaupt Gläubigerin der Gesuchsgegnerin 2 ist und ihr somit die Aktivlegitimation zukommt. Sodann vermochte

sie aber auch nicht glaubhaft darzutun, dass die Gesuchsgegnerin 2 über verwertbare Aktiven verfügt und eine Geschäftstätigkeit betreibt. Schliesslich hat die Gesuchstellerin nicht substantiiert vorgetragen, inwiefern sie überhaupt ein schutzwürdiges Interesse am Weiterbestehen der Gesuchsgegnerin 2 hat. Die Berufung erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Der angefochtene Entscheid ist demnach zu bestätigen und – aufgrund der vorgenommenen Sitzverlegung – das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anzuweisen, die Gesuchsgegnerin 2 aus dem Handelsregister zu löschen.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 16. März 2016

## 5. Obligationenrecht

### 5.1 Art. 404 OR

#### **Regeste:**

Art. 404 OR – Bei Krippenverträgen kann das jederzeitige Widerrufs- und Kündigungsrecht von Art. 404 Abs. 1 OR gültig wegbedungen werden (Bestätigung der Rechtsprechung). Selbst wenn die Wegbedingung nicht gültig ist, ist es zulässig, für den Fall des Widerrufs oder der Kündigung zur Unzeit eine Konventionalstrafe entsprechend den Betreuungsgebühren bis zum Kündigungstermin zu vereinbaren.

#### **Aus den Erwägungen:**

3.2 Der Betreuungsvertrag (ein Krippenvertrag) ist ein Vertrag sui generis, auf den hauptsächlich Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) zur Anwendung gelangt (Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 14. Juli 2005, in: GVP 2005 S. 178). Die Beklagte bestreitet nicht, dass für die Betreuung ihres Sohnes ein Honorar bzw. eine Gebühr in Höhe von CHF 1'906.60 pro Monat vereinbart wurde. Weiter ist unbestritten, dass der Betreuungsvertrag gemäss Ziff. Y. der AGB nur unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf das Ende des Monats gekündigt werden kann und vorliegend kein Grund für eine fristlose oder sofortige Auflösung gegeben war. Gemäss Rechtsprechung des Kantonsgerichts Zug ist das zwingende Widerrufsrecht von Art. 404 Abs. 1 OR bei Kinderkrippenverträgen nicht anwendbar (Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 14. Juli 2005, in: GVP 2005 S. 178 f.; Rusch/Hochstrasser, Verträge mit Kinderkrippen, Jusletter 22. Oktober 2007, Rz 42 ff.). (...)

Selbst wenn jedoch Art. 404 Abs. 1 OR, wonach der Auftrag von jeder Partei jederzeit widerrufen oder gekündigt werden kann, anwendbar wäre, führte dies vorliegend zu keinem anderen Resultat. Denn falls die Auflösung des Auftrags zur Unzeit erfolgt, ist die zurücktretende Partei gemäss Art. 404 Abs. 2 OR zum Ersatz des der Gegenpartei verursachten Schadens verpflichtet. Das Bundesgericht erachtet es als zulässig, für den Fall eines Widerrufs zur Un-

zeit eine Konventionalstrafe vorzusehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_141/2011 vom 6. Juli 2011 E. 2.4). Aufgrund der Ausführungen der Klägerin an der Hauptverhandlung erfolgte die Kündigung des Betreuungsvertrages durch die Klägerin am 30. April 2016 zur Unzeit. Die Kündigung sei – so die unbestritten gebliebene Darstellung der Klägerin – für sie überraschend gekommen. Man habe den Betreuungsplatz zudem nicht besetzen können. Die (kurzfristige) Neubesetzung sei sehr schwierig (act. 6 S. 2). Es ist notorisch, dass eine Kinderkrippe eine Organisation darstellt, die Räume, Personal und Material bereitzustellen hat und entsprechend planen können muss (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 14. Juli 2005, in: GVP 2005 S. 179; Rusch/Hochstrasser, a.a.O., Rz 46). Dass im Falle einer sofortigen Auflösung des Betreuungsvertrages, ohne dass die Kinderkrippe dazu begründeten Anlass gegeben hat (vgl. act. 6 S. 1), noch die Betreuungsgebühr (im Sinne einer Konventionalstrafe) für drei Monate bis zum Ende des Monats (bis zum Kündigungstermin) als geschuldet vereinbart wird (s. in casu Ziff. Y. der AGB), ist zulässig (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_141/2011 vom 6. Juli 2011 E. 2.4).

Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, 18. Oktober 2016

## 6. Vollstreckung

### 6.1 Art. 319 ff. ZPO, Art. 327a ZPO, Art. 38 ff. LugÜ

#### Regeste:

Art. 319 ff. ZPO, Art. 327a ZPO, Art. 38 ff. LugÜ – Ein Rechtsöffnungsentscheid mit expliziter Exequaturerteilung gemäss Lugano-Übereinkommen ist ausschliesslich mit Beschwerde nach Art. 319 - Art. 327 ZPO anfechtbar, und zwar ohne die Modifikationen gemäss Art. 327a ZPO.

#### Aus den Erwägungen:

1.1 Vorliegend geht es um die Vollstreckung einer in einem italienischen Mahnbescheid zugesprochenen Geldforderung. Die Vollstreckbarerklärung eines solchen Entscheids richtet sich in der Schweiz nach dem Lugano Übereinkommen (LugÜ, SR 0.275.12; Art. 1 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 1 LugÜ und LugÜ nach Anhang IX). Danach steht dem Gläubiger zunächst der ordentliche Weg über das Exequaturverfahren nach Art. 38 ff. LugÜ beim kantonalen Vollstreckungsgericht mit daran anschliessender Betreibung offen. Der erstinstanzliche Richter – im Kanton Zug der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Kantonsgericht (Anhang II des LugÜ i.V.m. Art. 339 Abs. 2 ZPO, § 27 Abs. 3 lit. b GOG und § 28 Abs. 2 lit. k GOG) – entscheidet über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung gemäss Art. 41 LugÜ sofort und ohne Anhörung des Schuldners. Gegen den Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht kann jede Partei beim oberen kantonalen Gericht, d.h. bei der Beschwerdeabteilung des Obergerichts, innert eines Monats bzw. zwei Monaten einen Rechtsbehelf einlegen (Art. 43 LugÜ i.V.m. Anhang III des LugÜ, Art. 309 lit. a ZPO, Art. 319 lit. a ZPO und § 21 Abs. 1 lit. a GOG).

Die Rechtsmittelinstanz prüft die im LugÜ vorgesehenen Verweigerungsgründe mit voller Kognition und die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung (Art. 327a ZPO).

1.2.1 Daneben steht dem Gläubiger eine weitere Vollstreckungsmethode offen. Er kann nämlich den Weg über die ordentliche Betreuung wählen. Damit wird über die Vollstreckbarerklärung im Rahmen des kontradiktorischen Rechtsöffnungsverfahrens entschieden. Diese Alternative kommt in zweierlei Ausprägungen vor: Zum einen kann die Vollstreckbarerklärung bei der Rechtsöffnung bloss vorfrageweise bzw. inzident erfolgen. Zum anderen kann der Gläubiger im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens eine ausdrückliche Vollstreckbarerklärung beantragen (Hofmann / Kunz, Basler Kommentar, 2.A. 2016, Art. 38 LugÜ N 288 f.). Im Kanton Zug ist für diese Entscheidungen erstinstanzlich der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Kantonsgericht zuständig (Art. 339 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 27 Abs. 3 lit. b GOG und § 28 Abs. 2 lit. k GOG sowie Art. 251 lit. a ZPO i.V.m. § 28 Abs. 2 lit. c GOG).

1.2.2 Gegen den Rechtsöffnungsentscheid sowie die damit inzident ausgesprochene Vollstreckbarerklärung sind nach herrschender Lehre die Rechtsmittel nach innerstaatlichem Recht und nicht etwa der Rechtsbehelf nach dem LugÜ gegeben. Der erstinstanzliche Rechtsöffnungsentscheid kann entsprechend nur mittels Beschwerde nach Art. 319–Art. 327 ZPO angefochten werden. Die in Art. 327a ZPO für den Rechtsbehelf nach dem LugÜ enthaltenen Sonderregeln finden keine Anwendung. Die Frist für die Erhebung des Rechtsmittels richtet sich nach nationalem Recht und beträgt zehn Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Die Kognition der Rechtsmittelinstanz ist beschränkt (Art. 320 ZPO) und Noven sind unzulässig (Art. 326 ZPO). Der Beschwerde kommt sodann keine aufschiebende Wirkung zu, sofern das Gericht nicht Gegenteiliges anordnet (Art. 325 ZPO; vgl. ferner Hofmann/Kunz, a.a.O., Art. 38 LugÜ N 316 ff.).

1.2.3 Die Anfechtungsmöglichkeiten eines Rechtsöffnungsentscheids mit expliziter Exequaturerteilung sind in der Lehre umstritten. Nach einem Teil der Lehre ist, wie bei Rechtsöffnungsentscheiden mit inzident ausgesprochener Vollstreckbarerklärung, ausschliesslich die Beschwerde nach Art. 319–Art. 327 ZPO zulässig, und zwar ohne die Modifikationen gemäss Art. 327a ZPO. Demgegenüber geht ein anderer Teil der Lehre von einer Gabelung des Rechtsmittelweges für die Rechtsöffnung und das Exequatur aus. Danach ist gegen die Vollstreckbarerklärung die LugÜ-Beschwerde nach Art. 327a ZPO zu ergreifen, während der Rechtsöffnungsentscheid mit der herkömmlichen Beschwerde nach Art. 319–Art. 327 ZPO anzufechten ist. Schliesslich wird postuliert, dass für die Anfechtung des Rechtsöffnungsentscheids mit ausdrücklicher Exequaturerteilung insgesamt die LugÜ-Beschwerde nach Art. 327a ZPO zur Verfügung steht (Hofmann/Kunz, a.a.O., Art. 38 LugÜ N 344 ff.). Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, zu den Anfechtungsmöglichkeiten nach Inkrafttreten des revidierten LugÜ im Jahre 2011 noch nicht geäussert. Unter dem alten Recht vertrat es die Meinung, die Bestimmungen des aLugÜ über die Vollstreckung seien in einem solchen Fall nicht anwendbar. Es erachtete für den Rechtsmittelzug die Regelung des innerstaatlichen

Rechts, d.h. des damals gültigen kantonalen Zivilprozessrechts, als massgebend (BGE 125 III 386 E. 3.b = Pra 2000 Nr. 13 E. 3.b).

1.3 Nach Auffassung der Beschwerdeabteilung ist der Rechtsöffnungsentscheid mit ausdrücklicher Exequaturerteilung nach den gleichen Regeln wie der Rechtsöffnungsentscheid mit inzidenter Exequaturerteilung anzufechten. In beiden Verfahren gibt der Einzelrichter am Kantonsgericht dem Schuldner die Möglichkeit, sowohl zur Exequaturerteilung als auch zur Erteilung der definitiven Rechtsöffnung Stellung zu nehmen. Eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs auf Letzteres findet nicht statt, da solches nicht praktikabel wäre. Wird dem Schuldner somit das rechtliche Gehör im erstinstanzlichen Verfahren vollumfänglich gewährt, ist ein umfassendes Beschwerderecht nach Art. 327a ZPO nicht gerechtfertigt. Andernfalls würde unsorgfältiges Prozessieren belohnt. Mit der Möglichkeit, sich vor dem Einzelrichter erschöpfend vernehmen zu lassen und im Beschwerdeverfahren die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts im erstinstanzlichen Verfahren rügen zu können (Art. 320 ZPO), werden die Rechte des Schuldners ausreichend gewahrt. Er erfährt damit sogar einen besseren Rechtsschutz, als wenn er im erstinstanzlichen Verfahren zur Frage der Vollstreckbarerklärung nicht angehört würde und sich erst im Beschwerdeverfahren dazu vernehmen lassen könnte. Ein unterschiedlicher Rechtsmittelzug für Rechtsöffnungsentscheide mit inzidenter und ausdrücklicher Vollstreckbarerklärung ist damit nicht angezeigt, auch wenn Letztere nicht nur für das konkret eingeleitete Betreibungsverfahren, sondern allgemein Gültigkeit hat (Hofmann/Kunz, a.a.O., Art. 38 N 337).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 2. Juni 2016

## 7. Zivilrechtspflege

### 7.1 Art. 5 Abs. 1 lit. a und d ZPO

#### **Regeste:**

Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO – Know-How als solches ist kein Gegenstand geistigen Eigentums im Sinne der genannten Prozessbestimmung, da es kein vom Gesetzgeber anerkanntes Immaterialgut darstellt.

Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO – Die blosser Nennung von Art. 6 UWG in der Klageschrift reicht nicht aus, um die Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz nach Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO zu begründen.

#### **Aus den Erwägungen:**

(...)

2.2 Gemäss Art. 5 Abs. 1 ZPO bezeichnet das kantonale Recht das Gericht, welches als einzige kantonale Instanz zuständig ist (lit. a) für Streitigkeiten im Zusammenhang mit geistigem

Eigentum einschliesslich der Streitigkeiten betreffend Nichtigkeit, Inhaberschaft, Lizenzierung, Übertragung und Verletzung solcher Rechte und (lit. d) für Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 über den unlauteren Wettbewerb (UWG), sofern der Streitwert mehr als CHF 30'000.00 beträgt oder der Bund sein Klagerecht ausübt. Nach § 19 Abs. 1 lit. a GOG i.V.m. § 5 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Obergerichts ist die II. Zivilabteilung des Obergerichts die einzige kantonale Instanz nach Art. 5 ZPO.

2.3 Soweit die Klägerin im vorliegenden Fall eine «Streitigkeit im Zusammenhang mit geistigem Eigentum» erblickt und die obergerichtliche Zuständigkeit dementsprechend aus Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO herleiten will, kann ihren Ausführungen nicht gefolgt werden. Gegenstand der infrage stehenden Lizenzverträge ist Know-How der Klägerin in Bezug auf die Herstellung bzw. Zulassung pharmazeutischer Substanzen. Der Begriff «Know-How» ist gesetzlich nicht definiert. Grundsätzlich sind darunter technische, kaufmännische oder betriebswirtschaftliche Kenntnisse und Erfahrungen zu verstehen, deren Benutzung dem Know-How-Nehmer Herstellung und Vertrieb von Produkten, aber auch sonstige betriebliche Tätigkeiten wie Organisation und Verwaltung gestattet bzw. ermöglicht (Zehnhäusern, Der internationale Lizenzvertrag, 1991, S. 18; vgl. Troller, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, 2. A. 2005, S. 176). Know-How ist als solches kein Gegenstand geistigen Eigentums im Sinne der genannten Prozessbestimmung, da es kein vom Gesetzgeber anerkanntes Immaterialgut darstellt (Urteil des Obergerichts Zug, Einzelrichter, vom 13. Dezember 2013 E. 1.2.1, in: CAN 2014 S. 16 f.). Zum geistigen Eigentum im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO zählen nur diejenigen immateriellen Güter, welche die Merkmale eines absoluten Rechts aufweisen, d.h. an denen ihrem Inhaber Verfügungs- und Abwehrrechte zustehen, die mit jenen des Eigentümers einer Sache vergleichbar sind. Dazu gehören das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URG), der Schutz von Topographien von Halbleitererzeugnissen (ToG) sowie die verschiedenen Formen des gewerblichen Rechtsschutzes, d.h. der Marken (MSchG), Designs (DesG) und Pflanzenzüchtungen (Sortenschutzgesetz) (Berger, Berner Kommentar, 2012, Art. 5 ZPO N 6; vgl. auch Vock/Nater, Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 5 ZPO N 4; Wey, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 5 ZPO N 9). Diese Rechte sind alle durch Spezialgesetze näher umschrieben (Härtsch, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, SHK, 2010, Art. 5 ZPO N 3). Daran ändert nichts, dass Know-How Gegenstand eines Lizenzvertrages sein kann. Es gehört dennoch nicht zu den absolut geschützten Immaterialgütern gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO (Urteil des Obergerichts Zug, Einzelrichter, vom 13. Dezember 2013 E. 1.2.1, in: CAN 2014 S. 16 f.; Berger, a.a.O., Art. 5 ZPO N 6; gl.M. Wey, a.a.O., Art. 5 ZPO N 9; a.M. Härtsch, a.a.O., Art. 5 ZPO N 4). Der Schutz des Know-Hows ergibt sich aus Vertrag bzw. – sofern es als Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis qualifiziert werden kann – aus Straf- oder Lauterkeitsrecht. Im Weiteren legt die Klägerin weder ausdrücklich dar, inwiefern ein immaterielles Gut verletzt sein soll, welches die Merkmale eines absoluten Rechts aufweist und damit von der infrage stehenden prozessrechtlichen Bestimmung erfasst ist, noch lassen sich entsprechende Anhaltspunkte der Klageschrift entnehmen. In dieser wird zwar vereinzelt auf bestehende Patente – welche einen absoluten Schutz geniessen –

hingewiesen. Die Klägerin stützt die geltend gemachten Ansprüche jedoch nicht auf Patentrecht. Kommt hinzu, dass in diesem Bereich ohnehin das Bundespatentgericht zuständig wäre (Vock/Nater, a.a.O., Art. 5 N 5a). Die obergerichtliche Zuständigkeit lässt sich somit nicht mit Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO begründen.

2.4 Die Klägerin erwähnt sodann auch Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO als zuständigkeitsbegründende Norm. Die Streitwertgrenze von CHF 30'000.00 wäre vorliegend offensichtlich erfüllt. Die Klägerin führt in der Klageschrift aus, dass ihre Geschäftsgeheimnisse durch Art. 6 UWG geschützt seien (act. 1 Rz 33) und ihr unter anderem aus dieser lauterkeitsrechtlichen Bestimmung Auskunftsansprüche gegenüber der Beklagten zustünden (act. 1 Rz 291). Lauterkeitsrechtliche Hauptansprüche nach Art. 9 UWG macht sie hingegen keine geltend. Nach einem allgemeinen prozessualen Grundsatz ist bei der Beurteilung der Zuständigkeit im Falle von sog. doppelrelevanten Tatsachen primär auf den eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hängt von der gestellten Frage ab und nicht von deren Beantwortung, die im Rahmen der materiellen Prüfung zu erfolgen hat. In Bezug auf die rechtliche Würdigung der klägerischen Vorbringen ist das Gericht aber nicht an die Auffassung des Klägers gebunden. Hängt die Zuständigkeit davon ab, ob Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsgebiet geltend gemacht werden, ist im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung von Amtes wegen abzuklären, ob solche ausgeschlossen sind. Ist dies zu bejahen, kann auf die Klage nicht eingetreten werden (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 4A\_461/2010 vom 22. November 2010 E. 2.2). Die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen kann nicht dazu dienen, eine Zuständigkeit zu konstruieren (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. A. 2013, § 9 N 33a). Das UWG gewährt – im Gegensatz zu den immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetzen – nach herrschender Lehre und Rechtsprechung keine selbständigen Auskunftsansprüche (Baudenbacher/Glöckner, in: Baudenbacher [Hrsg.], Kommentar zum UWG, 2001, Art. 9 UWG N 265; Rüetschi, Basler Kommentar, 2013, Art. 9 UWG N 150; Spitz, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, SHK, 2010, Art. 9 UWG N 114; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 15. November 2004, in: sic! 11/2007, S. 845). Wenn überhaupt, bestehen solche Auskunftsansprüche lediglich im Hinblick auf die Durchsetzung eines lauterkeitsrechtlichen Hauptanspruches (vgl. Baudenbacher/Glöckner, a.a.O., Art. 9 UWG N 265). Ein solcher wird von der Klägerin mit keinem Wort behauptet. Die blosser Nennung von Art. 6 UWG in der Klageschrift reicht mithin nicht aus, um die Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz nach Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO zu begründen.

2.5 Nach dem Gesagten mangelt es an der sachlichen Zuständigkeit des Obergerichtes als einziger kantonalen Instanz gemäss Art. 5 Abs. 1 ZPO. Auf die Klage ist nicht einzutreten.

(...)

Urteil des Obergerichtes, II. Zivilabteilung, 9. November 2016 (Z2 2016 34)

# B

Stichwortverzeichnis

Auftragsrecht: Zur Gültigkeit einer Konventionalstrafe bei Widerruf eines Krip-  
penvertrages zur Unzeit, 27

Besuchsrecht: Besuchsrecht bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls,  
5

Direkten Vollstreckung, 14

Firmenschutz, 14

Gleichstellung von Frau und Mann: Gleichstellungsgesetz (GIG); Glaubhaftmachen  
einer Diskriminierung im Zusammenhang mit Kündigung eines Ar-  
beitsverhältnisses, 20

Lösung einer Gesellschaft von Amtes wegen, 23

Rechtliches Gehör: Ausrussungsrecht zu einer Eingabe der Gegenpartei darf  
grundsätzlich nicht abgeschnitten werden, 5

Unterhaltsberechnung: Bei sehr guten finanziellen Verhältnissen ist die Unter-  
haltsberechnung im Eheschutzverfahren nach der einstufigen-konkreten  
Methode vorzunehmen, 5

Vollstreckung: Rechtsöffnungsentscheid mit Exequaturerteilung gemäss LugU-  
umf; ist ausschliesslich mit Beschwerde nach Art. 319 - 327 ZPO anfecht-  
bar, 28

Zuständigkeit Obergericht als einzige kantonale Instanz; Nichteintreten: Blosser  
Nennung von Art. 6 UWG in der Klageschrift reicht nicht aus, um die  
Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz nach Art. 5 Abs. 1 lit.  
d ZPO zu begründen., 30

Zuständigkeit Obergericht als einzige kantonale Instanz; Nichteintreten: Know-  
How als solches ist kein Gegenstand geistigen Eigentums im Sinne von  
Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO, da es kein vom Gesetzgeber anerkanntes Imma-  
terialgut darstellt., 30