

5.6.4.6 Dem sich aus Gläubigersicht daraus ergebende Nachteil, dass eine am Versendungsort rechtzeitig (z.B. am letzten Tag einer vereinbarten Frist) geleistete Willenserklärung regelmässig verspätet an seinem Wohnort ankommt, kann mit der Vereinbarung eines Erfolgstermins begegnet werden (*Haimo Schack*, a.a.O., S. 28). Soll der Leistungserfolg – wie in dem vom OLG Stuttgart beurteilten Sachverhalt – im Sinne eines Fixgeschäftes an einem bestimmten Termin eintreten, übernimmt der Schuldner aufgrund der besonderen Umstände (Art. 74 Abs. 1 OR) in der Regel stillschweigend auch die Übermittlungs- und Verspätungsgefahr.

5.6.4.7 Die Festlegung des Erfüllungsortes einer geschuldeten rechtsgeschäftlichen Erklärung am Sitz des Schuldners sagt im Übrigen noch nichts darüber aus, ob der Schuldner durch den (rechtzeitigen) Versand auch von seiner entsprechenden vertraglichen Pflicht befreit wird. Auch bei der Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung gilt es, Leistungsort und Erfolgsort auseinanderzuhalten. Die gehörige Leistung am Erfüllungsort bewirkt nicht die Erfüllung der Obligation, sondern verhindert nur, dass der Schuldner in Verzug gerät. Nach der allgemeinen Empfangstheorie schuldet er weiterhin den Zugang der Willenserklärung im Machtbereich des Gläubigers. Die zitierte Lehrmeinung von Schack und Stürner, wonach nur die Abgabe der Willenserklärung, nicht auch der Zugang geschuldet sei, erscheint insofern unpräzis.

OGer, 21.05.2012

Das Bundesgericht hat eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde am 21. Oktober 2013 abgewiesen (Urteil BGer 4A_686/2012).

3590

Abänderung eines Scheidungsurteils (Art. 134 ZGB). Aktivlegitimation.

Im Verfahren auf Abänderung eines Scheidungsurteils, in dem es um die Höhe der seinerzeit festgelegten Kinderunterhaltsbeiträge geht, ist das unmündige Kind nicht aktivlegitimiert.

Sachverhalt:

Die 12-jährige Klägerin wuchs bei ihren Eltern in den Niederlanden auf. Mit Urteil des Gerichts von s'Hertogenbosch (NL) vom 28. April 2006 wurde die Ehe ihrer Eltern geschieden und die elterliche Sorge und Obhut über die Klägerin sowie ihren Bruder der Mutter übertragen. Der Vater, im vorliegenden Verfahren Beklagter, wurde verpflichtet, der Mutter an den Unterhalt der Klägerin monatlich EUR 440.00 zu bezahlen. Dieser Pflicht kommt der Beklagte offenbar regelmässig nach. Unter Berücksichtigung der Teuerungsan-

passung beläuft sich der monatliche Unterhaltsbeitrag gemäss den Ausführungen der Klägerin mittlerweile auf Fr. 490.50.

Weil sich die Mutter der Klägerin wieder verheiratete, leben die Mutter sowie die Klägerin und deren Bruder seit dem 1. September 2008 im Kanton Appenzell Ausserrhoden, wozu die Mutter mit Urteil des Gerichts von Arnheim (NL) vom 30. Juli 2008 ermächtigt wurde.

Aus den Erwägungen:

2.2 Der Abänderungsprozess dient unter anderem der Anpassung der Unterhaltspflicht an die veränderten Verhältnisse (*Daniel Summermatter*, Zur Abänderung von Kinderalimenten, in: FamPra.ch 2012, S. 49). Der Begriff der Aktivlegitimation zielt auf die Frage, ob die klagende Partei das Recht hat, das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis geltend zu machen. Fehlt sie, so fällt das Gericht ein Sachurteil in Form einer Klageabweisung (*Spühler/Dolge/Gehri*, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, Bern 2010, 5. Kapitel, N 105; *Markus Kriech*, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St.Gallen 2011, N 16 zu Art. 236).

Die Grundlage eines Abänderungsverfahrens kann je nach Konstellation eine unterschiedliche sein. Sie richtet sich danach, in welchem Verfahren und vor welcher Behörde der ursprüngliche Entscheid gefällt wurde (*Spycher/Hausheer*, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, N 09.31). Im vorliegenden Fall geht es um die Abänderung eines Unterhaltsbeitrages, welcher in einem früheren Scheidungsverfahren festgesetzt wurde. Gemäss Art. 133 ZGB regelt das Gericht im Rahmen der elterlichen Ehescheidung auch die Elternrechte und -pflichten. Für den Fall der Veränderung der Verhältnisse sieht Art. 134 Abs. 2 ZGB vor, dass sich die Voraussetzungen für eine Abänderung der (im Scheidungsverfahren festgelegten) Unterhaltsbeiträge nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses, somit Art. 273 ff. ZGB, richten. Materiellrechtlich stützt sich die Klage also auf Art. 286 Abs. 2 ZGB (Art. 134 Abs. 2 i.V.m. Art. 286 Abs. 2 ZGB). Die Voraussetzungen einer Abänderung orientieren sich an den Bestimmungen für die Abänderung eines im selbständigen Unterhaltsklageverfahren des Kindes festgelegten Unterhaltsbeitrages (Art. 279 ff. ZGB). Die Abänderung eines im Ehescheidungsverfahren festgelegten Unterhaltsbeitrages kommt also inhaltlich nur dann in Frage, wenn erhebliche Veränderungen der Verhältnisse eingetreten sind, welche von gewisser Dauer sind (*Stephan Wullschlegler*, in: Ingebor Schwenzer [Hrsg.], FamKommentar Scheidung, Bern 2011, N 5 zu Art. 286).

Der Beklagte bestreitet nun die Aktivlegitimation der Klägerin zur Abänderungsklage und lässt zur Begründung anführen, der Unterhalt für die Klägerin sei im Scheidungsurteil vom 28. April 2006 festgelegt worden. Parteien jenes Verfahrens seien nur der Beklagte und die Mutter der Klägerin gewesen. Die Klägerin selbst hingegen sei weder aktuell noch damals Haupt- oder Neben-

partei im Scheidungsverfahren ihrer Eltern gewesen, weswegen sie nicht berechtigt sei, selbständig auf eine Abänderung jenes Urteils zu klagen. Dieses Recht würde alleine den seinerzeitigen Parteien zustehen, sofern nicht eine Neufestsetzung des nicht beurteilten Mündigenunterhalts des Kindes zur Diskussion stehe, was hier jedoch nicht der Fall sei. Daher sei die Klage zufolge fehlender Aktivlegitimation der unmündigen Klägerin abzuweisen. Die Klägerin lässt vortragen, der Beklagte versuche offensichtlich, sich mit immer neuen formellen Argumenten seinen Verpflichtungen gegenüber seinen Kindern zu entziehen, was keinen Rechtsschutz verdiene. Im vorliegenden Fall gehe es um eine Klage auf Abänderung des Kindesunterhalts. Gemäss Art. 286 Abs. 2 ZGB sei auch das Kind selbst antragsberechtigt, woraus sich die Aktivlegitimation des Kindes bei einer Klage auf Abänderung des Kindesunterhalts explizit ergebe.

Es trifft zweifellos zu, dass gemäss dem Gesetzeswortlaut von Art. 286 Abs. 2 ZGB auch dem Kind ein Antragsrecht für den Abänderungsfall zusteht. Die Bestimmung ist in gesetzessystematischer Hinsicht jedoch in die Bestimmungen der selbständigen Unterhaltsklage des Kindes gemäss Art. 279 ff. ZGB eingebettet. Es stellt sich daher zu Recht die Frage, ob diese Regel bezüglich des Klagerechts des Kindes für die Abänderung eines Scheidungsurteils, sei es auch ausschliesslich bezüglich der Kinderbelange, überhaupt herangezogen werden kann. Die Frage wäre sicher dann zu verneinen, wenn der Verweis in Art. 134 Abs. 2 ZGB sich einzig auf die inhaltlichen Voraussetzungen der Abänderung beziehen würde, nicht aber auf die Frage der Aktivlegitimation. Aufgrund der bestehenden Rechtsprechung und Literatur zeigt sich eine unklare Situation. Während die Aktivlegitimation des Kindes teilweise bejaht wird, finden sich ebenso auch Vertreter, welche dies verneinen. Die Literatur, welche die Aktivlegitimation des Kindes im Abänderungsprozess für Scheidungsfolgen bejaht (*Cyril Hegnauer*, Die Unterhaltspflicht der Eltern, Berner Kommentar ZGB, Bern 1997, N 58 zu Art. 286; *Bühler/Spühler*, Familienrecht, Die Ehescheidung, Berner Kommentar ZGB, Bern 1980, N 67 zu Art. 157), stützt sich im Wesentlichen auf einen einzigen Bundesgerichtsentscheid zu dieser Frage. In BGE 90 II 351 hatte sich das Bundesgericht mit der Abänderung von Kinderunterhaltsbeiträgen zu befassen, welche in einem vom ausländischen Scheidungsprozess getrennten Nachverfahren festgelegt worden waren. Die Eltern hatten sich in Deutschland scheiden lassen. Eine Klage der Kinder gegen den Vater auf Zahlung von Unterhaltsbeiträgen wurde vom Gericht wegen Unvermögens des Vaters abgewiesen. Im Rahmen eines später von den Kindern separat angehobenen Unterhaltsverfahrens verneinte dasselbe Gericht seine örtliche Zuständigkeit, nachdem der Vater seinen Wohnsitz in die Schweiz verlegt hatte. Schliesslich sprach ein Schweizer Gericht den Kindern vom Vater zu bezahlende Unterhaltsbeiträge zu. Das Bundesgericht kam nun zum Schluss, dass ausserhalb des eigentlichen Scheidungsprozesses die Abänderung dieser Unterhaltsbeiträge durch eine im

Namen der Kinder angehobene Klage ebenso zulässig sei wie die Klageführung im eigenen Namen durch den Inhaber der elterlichen Gewalt, wenn denn die wahren Gläubiger die Kinder seien (BGE 90 II 351 E. 3). Die die Aktivlegitimation des Kindes bejahenden Vertreter der Literatur stützen sich weitgehend und ausschliesslich auf diesen Entscheid. Zumindest einzelne von ihnen schenken dabei dem Umstand zu wenig Beachtung, dass der durch das Bundesgericht zu entscheidende Fall ganz speziell gelagert ist. Es ging dort nicht um die Abänderung eines im Ehescheidungsverfahren festgelegten Unterhaltsbeitrages, sondern vielmehr um die Anpassung von Beiträgen, welche in einem separaten Verfahren nachträglich zur Ehescheidung bestimmt worden waren. Insofern ist die Situation vergleichbar mit dem Fall einer separaten Unterhaltsklage, welche anderen Regeln untersteht, wie noch zu zeigen sein wird. Nicht ohne Grund vertreten sogar die in diesem Zusammenhang vielzitierten Bühler/Spühler die in sich widersprüchlich erscheinende Auffassung zum früheren Art. 157 ZGB, die Praxis habe die Aktivlegitimation des Kindes bei den Kinderunterhaltsbeiträgen bejaht (mit Verweis auf BGE 90 II 351 E. 3), am Abänderungsverfahren hätten aber wegen des inneren Zusammenhanges mit dem Scheidungsprozess notwendigerweise die beiden geschiedenen Ehegatten als Partei beteiligt zu sein (*Bühler/Spühler*, a.a.O., N 68 zu Art. 157). Ebenso vertritt Stephan Wullschleger die Auffassung, Parteien im Prozess auf Abänderung eines Scheidungsurteils seien die Eltern und ehemaligen Parteien des Scheidungsprozesses. Ausgenommen sei einzig der Fall, wenn der im Scheidungsurteil festgesetzte Unterhaltsbeitrag für ein mündiges Kind abgeändert werden solle. In jenem Verfahren sei das Kind klagende oder beklagte Partei (*Stephan Wullschleger*, a.a.O., N 14 zu Art. 286).

Dieser Auffassung ist denn auch der Vorzug zu geben. Es mag zwar zutreffen, dass am Unterhaltsbeitrag letztlich das Kind und nicht der Inhaber der elterlichen Gewalt, dem die Beiträge zugesprochen werden, wirtschaftlich begünstigt und gemäss Gesetz auch Gläubiger ist (Art. 289 ZGB). Dennoch ist insbesondere Markus Dörig zu folgen, welcher die Legitimation des Kindes nach Art. 286 Abs. 2 ZGB auf sein selbständiges Klagerecht nach Art. 279 Abs. 1 ZGB beschränkt sieht und dessen Klagelegitimation bezogen auf einen im Scheidungsverfahren ausgesprochenen und bemessenen Unterhaltsbeitrag abspricht (*Markus Dörig*, Nachverfahren im zürcherischen Ehescheidungsprozess, Diss., Zürich 1987, S. 143 ff.). Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb das unmündige Kind, welches zumindest im altrechtlichen Scheidungsverfahren keinerlei Parteieigenschaft aufwies, im späteren Abänderungsprozess plötzlich unter eigenem Namen am Prozess teilnehmen und eigene Anträge stellen können sollte. Daran ändern auch die Ausführungen von Daniel Summermatter nichts, welcher die Klagelegitimation des Kindes ohne nähere Auseinandersetzung bejaht (*Daniel Summermatter*, a.a.O., S. 39).

Dass das Kind in einer Unterhaltsklage nach Art. 279 ff. ZGB selbständig als Partei, wenn auch vertreten durch den gesetzlichen Vertreter oder einen

Beistand, auftritt, ist nachvollziehbar, handelt es sich dabei doch um einen von der Beziehung der Eltern unter sich losgelösten Prozess, dem insbesondere auch kein Verfahren zwischen den Eltern vorangeht. Der Abänderungsprozess über entschiedene Scheidungsfolgen ist hingegen eine logische Fortsetzung bzw. Anpassung des Ehescheidungsurteils zwischen den Kindseltern. Im Scheidungsprozess tritt das unmündige Kind nur als Dritter auf und wird nicht als Partei behandelt (*Urs Gloor*, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, N 11.13). Zwar handelt es sich bei der Prüfung der Aktivlegitimation zweifellos um eine Frage des materiellen Rechts. Dennoch ist im vorliegenden Fall aber auch die Art des anwendbaren Verfahrensrechts ein Indiz für die Nähe des Abänderungsprozesses zum Ehescheidungsverfahren. Daraus zeigt sich im Weiteren, dass auf das Abänderungsverfahren mit Bezug auf entschiedene Scheidungsfolgen die Regeln der selbständigen Unterhaltsklage gerade nicht unbesehen übernommen werden können. Während nach Art. 295 ZPO für selbständige Klagen in Kinderbelangen das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt, sieht Art. 284 Abs. 3 ZPO für streitige Abänderungsverfahren unter der Marginalie "Änderung rechtskräftig entschiedener Scheidungsfolgen" die sinngemässe Anwendung des Scheidungsverfahrens vor. In der Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, Art. 295 ZPO sei im Scheidungsabänderungsverfahren nicht anwendbar, und zwar selbst dann nicht, wenn es einzig um die Abänderung der Kinderbelange gehe (*Jonas Schweighauser*, in: Ingeborg Schwenzer [Hrsg.], FamKommentar Scheidung, Bern 2011, Anhang ZPO, N 6 zu Art. 295; *Jonas Schweighauser*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N 7 zu Art. 295; *Daniel Steck*, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2010, N 7 zu Art. 295; *Urs Gloor*, a.a.O., N 11.26). Damit wird deutlich, dass die selbständige Unterhaltsklage im Vergleich zum Abänderungsverfahren einen besonderen Charakter aufweist und das Letztere den Regeln des Scheidungsprozesses viel näher ist, so dass diese darauf Anwendung finden. Damit drängt sich auch der Schluss auf, dass sich der Verweis in Art. 134 Abs. 2 ZGB lediglich auf die inhaltlichen Voraussetzungen der Abänderung bezieht. Die Aktivlegitimation richtet sich somit nach den Regeln des Scheidungsverfahrens und ist für die Klägerin vorliegend also zu verneinen.

Damit führt auch die Schweizerische Zivilprozessordnung unweigerlich zur Erkenntnis, dass dem Kind die Aktivlegitimation im Abänderungsverfahren abgesprochen werden muss. Im neuen Scheidungsverfahren ist vorgesehen, dem Kind, über welches Anordnungen im Prozess zu treffen sind, einen Vertreter gemäss Art. 299 ZPO beizustellen, sofern das Gericht dies für nötig erachtet oder das Kind einen entsprechenden Antrag stellt. Zwar wird dem Kind damit in gewissem Masse eine Parteirolle zugestanden, denn die Kindesvertretung kann eigene Anträge für das Kind stellen und Rechtsmittel einlegen (Art. 300 ZPO). Diese Kompetenzen hat der Gesetzgeber jedoch auf die Zu-

teilung der elterlichen Obhut oder Sorge, wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs sowie Kindesschutzmassnahmen beschränkt. Damit ist es dem Kind nach neuem Prozessrecht bereits im Ehescheidungsverfahren verwehrt, Anträge in eigenem Namen hinsichtlich seines Kinderunterhalts zu stellen oder Rechtsmittel einzulegen (Art. 300 ZPO). Wenn ihm dieses Recht somit aber bereits bei der ursprünglichen Festlegung des Unterhaltsbeitrages verweigert wird, so ist nicht einzusehen, weshalb es im späteren Abänderungsverfahren dazu legitimiert sein soll. Vielmehr hätte die sorgeberechtigte Mutter als Prozessstandschafterin in eigenem Namen oder aber ein Beistand die Interessen des Kindes vertreten können.

Selbst aber wenn das Kind grundsätzlich legitimiert wäre, die Abänderung des Ehescheidungsurteils seiner Eltern hinsichtlich der Kindesbelange zu verlangen, so wäre die Klageeinleitung durch die Klägerin im vorliegenden Fall nicht zulässig. Wie bereits ausgeführt wurde, bejahen *Bühler/Spühler* zwar die Aktivlegitimation des Kindes bezüglich der Kindesunterhaltsbeiträge. Gleichzeitig vertreten sie aber die Auffassung, dass am Abänderungsverfahren wegen des inneren Zusammenhanges mit dem Scheidungsprozess notwendigerweise beide geschiedenen Ehegatten als Parteien mitzuwirken hätten, ob dies auf der einen, auf der anderen oder aber der gleichen Seite sei (*Bühler/Spühler*, a.a.O., N 67 f. zu Art. 157). Dies kann nichts anderes bedeuten, als dass das Kind – gesetzt den Fall, es wäre aktivlegitimiert – also gegen beide Elternteile hätte klagen müssen. Dazu hätte die unmündige Klägerin sich jedoch durch eine Beiständin oder einen Beistand vertreten lassen müssen.

Es muss somit abschliessend festgestellt werden, dass die Klägerin für die vorliegend eingelegte Abänderungsklage nicht aktivlegitimiert ist. Die Klage ist daher abzuweisen.

KGer, 27.06.2012

3591

Markenrecht. Vorsorgliche Massnahmen. Die jüngere Marke „Adexxa Services AG“ unterscheidet sich nicht genügend von der älteren Marke „Axxeva“ und geniesst deshalb keinen Markenschutz (Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben [MSchG, SR 232.11]).

Sachverhalt:

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in B. Sie ist seit dem 10. August 2009 im Handelsregister des Kantons Z eingetragen und zweckt den Betrieb einer Personalvermittlung, eines Personalverleihs sowie