

ZK 15 129, publiziert Oktober 2015

Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 01. Juli 2015

Besetzung

Oberrichter Studiger (Referent), Oberrichterin Grütter und Oberrichter Josi
Gerichtsschreiber Nuspliger

Verfahrensbeteiligte

A. AG

vertreten durch Rechtsanwalt B.

Gesuchstellerin/Berufungsklägerin

gegen

C.

vertreten durch Rechtsanwalt D.

Gesuchsgegner/Berufungsbeklagter

Gegenstand

vorsorgliche Massnahmen

Regeste:

- Art. 227 ZPO; Art. 230 ZPO; 317 Abs. 2 ZPO

Eine Klageänderung ist eine Änderung des Streitgegenstands. Sie liegt vor, wenn ein inhaltlich geänderter oder neuer Rechtsschutzanspruch geltend gemacht wird. Demgegenüber ist von einer Klagebeschränkung auszugehen, wenn die neue Klage gegenüber der alten Klage ein quantitatives oder qualitatives Minus darstellt.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Berufungsklägerin hatte erstinstanzlich ein unbestimmtes und damit unzulässiges Unterlassungsbegehren gestellt (zu den Anforderungen an Unterlassungsbegehren siehe E./II.7 sowie BGE 131 III 70 E. 3.3). Dessen erstmalige Präzisierung vor Obergericht stellt keinen Teilabstand (von etwas Unbestimmtem kann nicht teilweise Abstand genommen werden),

sondern eine erstmalige Individualisierung des Streitgegenstands und damit eine Klageänderung dar, die vorliegend – da nicht durch neue Tatsachen und/oder Beweismittel veranlasst (Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO) – nicht mehr zulässig war (E./II.6.2 und 6.3). Sowohl auf das geänderte als auch auf das ursprüngliche Massnahmegesuch war deshalb nicht einzutreten.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

II.

6.

6.1. Die Berufungsklägerin unterbreitet dem Obergericht in der Berufung ein **abweichend formuliertes Rechtsbegehren (Hauptbegehren)**.

Erstinstanzlich beantragte die Berufungsklägerin, dem Berufungsbeklagten sei zu verbieten, sie „in irgendeiner Form und/oder durch irgendeine Tätigkeit zu konkurrenzieren“, insbesondere als Arbeitnehmer oder Gesellschafter irgendeiner Unternehmung, namentlich der X. AG.

Zweitinstanzlich hat die Berufungsklägerin die zu verbietenden Tätigkeiten näher umschrieben mit „Anpreisung, Beratung, Verkauf, Erbringung von Serviceleistungen oder Reparatur von Geräten der Marke A. und Zubehör“. Das Verbot soll zudem neu die Positionen des Arbeitnehmers, Gesellschafters, Aktionärs oder Beraters umfassen, insbesondere der A. AG.

6.2. In prozessualer Hinsicht stellt sich die Frage, ob das neu formulierte Rechtsbegehren 1 der Berufung eine (nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässige) Klageänderung im Sinne von Art. 317 Abs. 2 ZPO oder aber eine jederzeit mögliche Beschränkung der Klage darstellt (Teilabstand, Art. 227 Abs. 3 ZPO; zur Anwendbarkeit im Summar- bzw. im Berufungsverfahren siehe KILLIAS bzw. STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012 [zit. hiernach: BK-ZPO-AUTOR], N 4 zu Art. 227 bzw. N 13 zu Art. 317).

Die Zulässigkeit der Klageänderung stellt eine Prozessvoraussetzung dar; die diesbezügliche Prüfung hat von Amtes wegen zu erfolgen (vgl. BK-ZPO-KILLIAS, N 24 zu Art. 227; WILLISEGGER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013 [zit. hiernach: BSK-ZPO-AUTOR], N 39 zu Art. 227).

6.2.1. Klageänderung bedeutet eine Änderung des Streitgegenstandes. Sie liegt vor, wenn ein inhaltlich geänderter oder neuer Rechtsschutzanspruch geltend gemacht wird, was durch den Vergleich der Rechtsbegehren und/oder des Tatsachenfundaments (Lebensvorgangs) zu eruieren ist (zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff; BGer 4A_439/2014 vom 16. Februar 2015, E 5.4.3; BGE 139 III 126 E. 3.2.3. S. 131; BSK-ZPO-WILLISEGGER, N 18 zu Art. 227; PAHUD, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, Schweizerische Zivilprozessordnung, Dike-Verlag 2011 [zit. hiernach: DIKE-ZPO-AUTOR], N 26 zu Art. 261).

- 6.2.2. Von einer Klagebeschränkung ist demgegenüber auszugehen, wenn die neue Klage gegenüber der alten Klage ein quantitatives oder qualitatives Minus darstellt.

Eine quantitative Beschränkung erfolgt durch Reduktion des Leistungsbegehrens (die Klage wird bspw. zeitlich oder ziffernmässig beschränkt), wogegen die qualitative Beschränkung den Rückzug einzelner Begehren erfasst; das Rechtsbegehren in seiner Gesamtheit mit mehreren Begehrensziffern wird auf ein Weniger beschränkt.

Nach Zustellung der Klage an die beklagte Partei zeitigt die Klagebeschränkung grundsätzlich Abstandswirkungen (Art. 65 ZPO) und ist bei der Kostenverteilung (Art. 104 ff. ZPO) relevant (BSK-ZPO-WILLISEGGER, N 47 ff. zu Art. 227; BK-ZPO-KILLIAS, N 43 zu Art. 227).

- 6.2.3. Zur Unterscheidung der Klageänderung von der Klagebeschränkung ist der konkrete Streitgegenstand vor und nach der Klageänderung zu vergleichen.

Wie bereits die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat (Erwägung 38, pag. 63), erschliesst sich weder aus dem Rechtsbegehren noch aus der Begründung des Gesuchs vom 8. Dezember 2014 (pag. 1 ff.), welche konkreten Tätigkeiten dem Berufungsbeklagten zu verbieten sind. Die Tätigkeit des „Konkurrenzierens in irgendeiner Form / durch irgendeine Tätigkeit“ sagt für sich alleine nichts aus und ist auslegungsbedürftig. Der Streitgegenstand war damit bei Gesuchseinreichung nicht hinreichend klar definiert (zu den Rechtsfolgen siehe Ziff. 7 hiernach). Erst seit der oberinstanzlichen Konkretisierung auf den Vertrieb von Geräten der Marke A. liegt ein umrissenes und damit vollstreckbares Rechtsbegehren vor.

Aus dem Gesagten folgt, dass es sich bei der oberinstanzlichen Anpassung des Rechtsbegehrens nicht um eine Klagebeschränkung (Art. 227 Abs. 3 ZPO analog) handelt: Von etwas Unbestimmtem kann nicht teilweise Abstand genommen werden. Vielmehr liegt eine erstmalige Individualisierung eines vormals unbestimmten Streitgegenstands und damit eine Klageänderung i.S.v. Art. 317 Abs. 2 ZPO vor.

- 6.3. Eine **Klageänderung im Berufungsverfahren** (Art. 317 Abs. 2 ZPO) ist nur noch möglich, wenn einerseits die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind (d.h. der neue Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang mit dem bisher geltend gemachten steht oder die Gegenpartei der Klageänderung zustimmt) und andererseits die verlangte Klageänderung auf zulässigen neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht.

Mit dem zweiten Kriterium wird zum Ausdruck gebracht, dass die Klageänderung durch die neuen Tatsachen und/oder Beweismittel veranlasst worden sein und gleichzeitig mit diesen begründet werden muss, womit ein Kausalzusammenhang gefordert ist (ZK-ZPO-REETZ/HILBER, N 86 zu Art. 317). Zu berücksichtigen ist dabei, dass im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nur noch dann zulässig sind, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO; siehe Ziff. 5 hiervor).

Während der sachliche Zusammenhang des alten mit dem geänderten Rechtsbegehren auf der Hand liegt, hat die Berufungsklägerin dagegen weder begründet noch ist ersichtlich, dass die Klageänderung auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruhen würde. Die Klageänderung erweist sich folglich als unzulässig.

- 6.4. Sind die Voraussetzungen der Klageänderung nicht gegeben, tritt das Gericht auf die geänderten Teile der Klage nicht ein und beurteilt die ursprüngliche Klage, soweit diese nicht zurückgezogen wurde (DIKE-ZPO-PAHUD, N 20 zu Art. 227; BSK-ZPO-WILLISEGGER, N 55 zu Art. 227; ZK-ZPO-LEUENBERGER, N 12 zu Art. 227).

Besagte Rechtsfolge ist vorliegend anzuordnen, soweit die Berufung das Verbot der Tätigkeiten „Anpreisung, Beratung, Verkauf, Erbringung von Serviceleistungen und die Reparatur“ in Bezug auf Geräte und Zubehör der Marke A. verlangt und soweit das Verbot von Beratungstätigkeiten beantragt wird.

Angesichts der Ausführungen auf S. 12 f. der Berufung ist nicht von einem Rückzug des ursprünglichen Rechtsbegehrens auszugehen. Zur Beurteilung verbleibt das Rechtsbegehren in der ursprünglichen Fassung, welches auf das Verbot der Konkurrenzierung der Berufungsklägerin „in irgendeiner Form“ und/oder „durch irgendeine Tätigkeit“ abzielt (Ziff. 7 hiernach).

7. Das **Rechtsbegehren** muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage bzw. des Gesuchs **ohne Ergänzung und Verdeutlichung zum Inhalt des Entscheiddispositivs** erhoben und alsdann vollstreckt werden kann.

Unterlassungsklagen müssen auf das Verbot eines genau umschriebenen Verhaltens gerichtet sein. Die verpflichtete Partei soll erfahren, was sie nicht mehr tun darf, und die Vollstreckungs- oder Strafbehörden müssen wissen, welche Handlungen sie zu verhindern oder mit Strafe zu belegen haben. Werden diese Behörden mit der Begründung angerufen, der Beklagte habe eine ihm untersagte Handlung trotz des Verbots des Zivilrichters (erneut) begangen, haben sie einzig zu prüfen, ob die tatsächliche Voraussetzung erfüllt ist; dagegen haben sie das Verhalten nicht rechtlich zu qualifizieren (BGE 131 III 70 E. 3.3 S. 73 f.; BGer 5A_888/2011 vom 20. Juni 2012, E. 8.3.1; BSK-ZPO-WILLISEGGER, N 18 zu Art. 221; BK-ZPO-KILLIAS, N 12 zu Art. 221; DIKE-ZPO-PAHUD, N 5 und Fn 8 zu Art. 262).

Das vorliegend von der Berufungsklägerin gestellte Rechtsbegehren, dem Beklagten zu verbieten, sie in „irgendeiner Form“ und/oder „durch irgendeine Tätigkeit“ zu konkurrenzieren, ist zu unbestimmt, um vollstreckt werden zu können. Der Vollstreckungsrichter müsste die beanstandete Tätigkeit konkret prüfen und in rechtlicher Hinsicht würdigen, ob eine Konkurrenzierung vorliegt. Dies eröffnet Ermessensspielraum, was unzulässig ist. Die rechtliche Qualifikation hat im Erkenntnis- und nicht im Vollstreckungs- oder Strafverfahren zu erfolgen.

Da mit einem Urteil der angebliche Unterlassungsanspruch nicht durchgesetzt werden kann, besteht an der Beurteilung des Gesuchs kein schutzwürdiges Interesse (Art. 59 Abs. 2 Bst. a ZPO; siehe BK-ZPO-ZINGG, N 39 zu Art. 59). Auf das Gesuch kann deshalb nicht eingetreten werden.

(...)

Hinweis:

Das Urteil ist rechtskräftig.