

BLÄTTER FÜR ZÜRCHERISCHE RECHTSPRECHUNG

REDAKTION

OBERGERICHT ZÜRICH
IN ZUSAMMENARBEIT MIT DEN JURISTEN
UND JURISTINNEN DER ZÜRCHERISCHEN
GERICHTE

59. Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG, Art. 34a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 205 Abs. 2 AHVV. Keine definitive Rechtsöffnung zugunsten der Ausgleichskasse für die in einem Mahnschreiben ohne Entscheidcharakter erhobenen Mahngebühren.

60. Art. 117 lit. a ZPO. Anforderungen an die Mittellosigkeit bei Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren. Bei der Beurteilung von Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren sind sehr strenge Massstäbe anzulegen. Die in einem Schlichtungsverfahren entstehenden Kosten sind sehr beschränkt und können deshalb bereits bei relativ wenig Vermögen oder einem geringen Überschuss des Einkommens über den zivilprozessualen Notbedarf bestritten werden.

61. Art. 8 i.V.m. Art. 105 FusG, § 176 ZPO ZH, § 39 ZPO ZH. Die Passivlegitimation bei Dreiecksfusionen bestimmt sich danach, an welche Gesellschaften das Vermögen der übertragenden Gesellschaft geflossen ist (Erw. II.6.4). Die Verletzung von wesentlichen Sorgfaltspflichten bei der Festlegung der Höhe der Abfindungszahlung durch den Verwaltungsrat der übertragenden Gesellschaft gibt dem Gericht genügend Anlass, ein Gutachten zwecks Eruiierung der angemessenen Bandbreite einer Abfindungszahlung erstellen zu lassen (Erw. II. 8.1.2). Der Gutachter kann zur Erhebung von rechtserheblichen Tatsachen in Abwesenheit der Gegenpartei in Kontakt mit einer Partei bzw. deren Rechtsvertreter treten, solange er die Umstände und Inhalte dieser Kontakte in einer Aktennotiz ordnungsgemäss dokumentiert (Erw. II. 7.11.2.2). Der Gutachter muss sein Gutachten gestützt auf eine in der Schweiz am für die Unternehmensbewertung massgeblichen Zeitpunkt gängige Methode erstellen (Erw. II.7.11.6.1). Die vom Gutachter unter ökonomischen Aspekten eruierte Bandbreite einer angemessenen Abfindungszahlung muss im Sinne von Art. 105 FusG durch das Gericht für jeden Einzelfall nach den jeweils konkreten Umständen frei geprüft und allenfalls auch in geeigneter Weise eingeschränkt werden (Erw. II.8.2.6). Es kommt einer zu grossen Einschränkung des Ermessens des obersten Leitungs- und Verwaltungsorganes einer Gesellschaft gleich, wenn die Bandbreite einer angemessenen Abfindung geringer ausfällt, als die Aktienkursschwankungen an der Börse während eines repräsentativen Zeitraums (Erw. II. 8.3.7). Besondere Umstände zum Entzug des Kostenprivilegs der Kläger im Sinne von Art. 105 Abs. 3 FusG können nicht in der regelmässigen Erhebung von Ausgleichsklagen bei Fusionen erblickt werden, sondern müssen im jeweiligen Einzelfall nachgewiesen werden (Erw. III.1.4).

62. Art. 117 lit. a ZPO. Anforderungen an die Mittellosigkeit bei Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren. Bei der Beurteilung von Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren sind sehr strenge Massstäbe anzulegen. Die in einem Schlichtungsverfahren entstehenden Kosten sind sehr beschränkt und können deshalb bereits bei relativ wenig Vermögen oder einem geringen Überschuss des Einkommens über den zivilprozessualen Notbedarf bestritten werden.

63. Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 3 Abs. 2 lit. c, Art. 101 Abs. 1 und 3, Art. 108 Abs. 1 StPO. Akteneinsichtsrecht von Dritten. Das Akteneinsichtsrecht von Dritten findet seine Grenze an überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen. Dabei kann der Zweck der Strafuntersuchung und das öffentliche Interesse an einer raschen und ungestörten Durchführung des Strafverfahrens der Akteneinsicht durch Drittpersonen entgegenstehen (Erw. II/3). Akteneinsichtsrecht im konkreten Fall verneint (Erw. II/4).

64. Art. 125 und Art. 11 StGB. Fahrlässige Körperverletzung durch Unterlassung; Voraussetzungen. Einwilligung des Verletzten bei schwerer Körperverletzung. Ärztliche Aufklärungspflicht. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassung setzt einen (hypothetischen) Kausalzusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung (durch Unterlassung) und dem strafbaren Erfolg voraus. Der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht vor der Einwilligung in eine schwere Körperverletzung richtet sich nach dem konkreten Aufklärungsbedürfnis und fällt dahin, wenn der Patient ausdrücklich oder durch sein unmissverständliches Verhalten auf nähere Informationen verzichtet.

65. Art. 261 ff. ZPO, Art. 15 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 sowie Art. 6 Abs. 2 DSG. Auslieferung von Bankmitarbeiterdaten an US-Behörden – Vorsorgliches Massnahmebegehren. Eine grenzüberschreitende Datenbekanntgabe im Sinne des DSG darf nicht durch ein überwiegendes privates Interesse des Datenbearbeiters gerechtfertigt werden (Erw. 3.2.13.). Bei der Interessenabwägung überwiegt das Interesse einer ehemaligen Bankmitarbeiterin am Schutz vor allfälliger Strafverfolgung gegenüber dem öffentlichen Interesse einer möglichen Gefährdung des Finanzplatzes Schweiz (Erw. 3.2.18.).

66. Art. 4 ZPO, Art. 91 ZPO; §§ 19 ff. GOG. Sachliche Zuständigkeit. Für die Streitwertbestimmung ist der Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht massgeblich und nicht der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit.

59.

Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG, Art. 34a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 205 Abs. 2 AHVV.

Keine definitive Rechtsöffnung zugunsten der Ausgleichskasse für die in einem Mahnschreiben ohne Entscheidcharakter erhobenen Mahngebühren.

(Aus den Erwägungen)

«[...]»

3.1. Hinsichtlich der Mahngebühr von Fr. 20.– stützt die Gesuchstellerin, eine Ausgleichskasse, ihr Gesuch auf Art. 34a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 205 Abs. 2 AHVV. Sie macht geltend, die Mahngebühren seien gemäss diesen Bestimmungen mit deren Auferlegung vollstreckbar, weshalb (auch) diesbezüglich die Rechtsöffnung zu erteilen sei.

Der Gesuchsgegner und Beitragspflichtige beantragte demgegenüber an der heutigen Verhandlung die Abweisung des Gesuchs.

3.2. Das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, erteilte bis anhin praxisgemäss Rechtsöffnung für die verlangten Mahngebühren gestützt auf Art. 34a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 205 Abs. 2 AHVV, sofern die Ausgleichskasse eine entsprechende Mahnung eingereicht hatte. An dieser Praxis ist nicht festzuhalten:

Die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung setzt voraus, dass die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid oder einer gleichgestellten Urkunde beruht (Art. 80 SchKG). Gesetzliche Bestimmungen über das Bestehen einer Leistungspflicht bilden als allgemein-abstrakte Normen keine Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 SchKG (siehe BGE 113 III 9). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern Art. 34a in Verbindung mit Art. 205 AHVV eine Ausnahme bilden sollte. Zunächst hält Absatz 2 von Art. 205 AHVV fest, dass die Mahngebühren «mit der Auferlegung vollstreckbar» seien. Sowohl der Begriff der Auferlegung als auch jener der Vollstreckbarkeit sprechen dafür, dass die Mahngebühr in einem hoheitlichen Akt festgelegt werden muss, nicht in einem einfachen Schreiben. Zudem ist nicht denkbar, dass die erwähnte Bestimmung auf Verordnungsstufe

das Titelerfordernis auf Gesetzesstufe ausser Kraft setzen wollte. Art. 34a in Verbindung mit Art. 205 Abs. 2 AHVV befreit die Ausgleichskasse somit nicht davon, die Mahngebühr dem säumigen Beitragspflichtigen mittels einer individuell-konkreten Verfügung aufzuerlegen (siehe auch BLSchK 2013, S. 155).

Um als Rechtsöffnungstitel zu dienen, muss eine Verfügung unmissverständlich als autoritativer Entscheid erkennbar sein, sei es mittels Rechtsmittelbelehrung, sei es mittels Bezeichnung (Verfügung, Beschluss etc.) oder mittels eines entsprechenden Übertitels innerhalb des Textes («Die Behörde erkennt/verfügt/beschliesst ...»; siehe *Peter Stücheli*, Die Rechtsöffnung, S. 216 f.). Die eingereichte Mahnung der Ausgleichskasse enthält keine Rechtsmittelbelehrung. Sie ist auch bloss als «Mahnung» bezeichnet und nicht als Entscheid, Verfügung oder dergleichen. Die Gesuchstellerin «erinnert» den Gesuchsgegner sodann in der Mahnung lediglich daran, dass noch eine Forderung ausstehend sei, die sich aus einem Rechnungsbetrag und einer Mahngebühr zusammensetze. Die Mahnung enthält somit keine autoritativen Elemente, die darauf schliessen liessen, dass es sich dabei um eine Verfügung im Sinne von Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG handelt.

3.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Gesetz, das einen Anspruch ausweist, keine hinreichende Grundlage für die Erteilung der Rechtsöffnung darstellt. Auch macht die in Art. 34a in Verbindung mit Art. 205 AHVV statuierte gesetzliche Regelung aus dem ins Recht gelegten einfachen Mahnschreiben keinen Rechtsöffnungstitel für die betriebene Mahngebühr von Fr. 20.–. Das Rechtsöffnungsgesuch für diesen Betrag ist daher abzuweisen.

[...]»

Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz
Entscheid vom 2. April 2014
EB140329

60.

Art. 117 lit. a ZPO. Anforderungen an die Mittellosigkeit bei Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren.

Bei der Beurteilung von Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren sind sehr strenge Massstäbe anzulegen. Die in einem Schlichtungsverfahren entstehenden Kosten sind sehr beschränkt und können deshalb bereits bei relativ wenig Vermögen oder einem geringen Überschuss des Einkommens über den zivilprozessualen Notbedarf bestritten werden.

Sachverhalt:

Der Gesuchsteller beabsichtigt, bei einem Friedensrichteramt ein Schlichtungsverfahren betreffend eine Vindikationsklage anhängig zu machen. Beim Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Schlichtungsverfahren.

(Aus den Erwägungen:)

«2.4. Die Mittellosigkeit wird gemeinhin dann bejaht, wenn der Aufwand des notwendigen Lebensunterhalts (sog. «zivilprozessualer Notbedarf») das massgebliche Einkommen übersteigt bzw. aus der Differenz nur ein kleiner Überschuss resultiert, welcher es dem Gesuchsteller nicht erlauben würde, die Prozesskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen. Nebst dem Einkommen ist auch das Vermögen zur Bestreitung des Prozessaufwands einzusetzen. Zu berücksichtigen ist vorhandenes Vermögen jeglicher Art, soweit es effektiv verfügbar, realisierbar und sein Verbrauch zumutbar ist. Sind ausreichend liquide Mittel wie bspw. Bankkonten oder Wertpapiere vorhanden, sind diese zur Bezahlung des Prozesses zu verwenden, es sei denn, sie werden mangels ausreichenden Einkommens für den laufenden Lebensunterhalt benötigt (*Emmel*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010,

N. 7 zu Art. 117 ZPO). Als Lebensaufwandkosten sind grundsätzlich zu berücksichtigen der Grundbetrag, rechtlich geschuldete Unterhaltsbeiträge, Wohnkosten, obligatorische Versicherungen, Transportkosten zum Arbeitsplatz, Steuern sowie Verpflichtungen gegenüber Dritten, wenn sie tatsächlich erfüllt werden (*Emmel*, a.a.O., N. 9 zu Art. 117 ZPO). Massgebend sind die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung (*Emmel*, a.a.O., N. 4 zu Art. 117 ZPO).

2.5. Die gesuchstellende Person hat gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO die zur Beurteilung ihres Gesuchs relevanten Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen – es trifft sie bei der Abklärung der wirtschaftlichen Verhältnisse eine umfassende Mitwirkungspflicht. Kommt sie dieser Mitwirkungspflicht nicht oder nur ungenügend nach und kann als Folge davon ihre Bedürftigkeit nicht hinreichend beurteilt werden, ist der Anspruch um unentgeltliche Rechtspflege zu verweigern (BGE 120 Ia 179).

2.6. Der Gesuchsteller liess zu seinen finanziellen Verhältnissen ausführen, er erhalte aktuell von der Pensionskasse Fr. 2778.70 und von der IV Fr. 2321.– pro Monat. Eine Überbrückungsrente erhalte er nicht mehr. Die entsprechenden Belege wurden ins Recht gelegt, weshalb von monatlichen Einnahmen von insgesamt Fr. 5099.70 auszugehen ist.

Betreffend seine monatlichen Auslagen machte der Gesuchsteller geltend, diese betrügen insgesamt Fr. 2717.50 (Miete Fr. 1380.–, Krankenkassenprämie KVG Fr. 464.15, Hausrat-/Haftpflcht Fr. 13.90, ...-Abonnement Fr. 59.–, Anteil Steuern je Monat Fr. 800.–. Ob und in welchem Umfang die geltend gemachten monatlichen Auslagen tatsächlich zu berücksichtigen sind, kann vorliegend offen bleiben. Selbst wenn sämtliche geltend gemachten Auslagen vollumfänglich berücksichtigt werden, beträgt der monatliche Bedarf des Gesuchstellers unter Hinzurechnung des Grundbetrages gemäss Kreischreiben von Fr. 1200.– insgesamt Fr. 3917.50 und liegt damit rund Fr. 1180.– unter den monatlichen Einnahmen. Hinzu kommt, dass der Gesuchsteller gemäss eigenen Angaben (Fr. 12 704.–) bzw. gemäss den

eingereichten Unterlagen (Fr. 9560.25) über Vermögen von nicht unerheblicher Höhe verfügt.

Bei diesen finanziellen Verhältnissen ist es dem Gesuchsteller möglich, für die relativ geringen Kosten des Schlichtungsverfahrens und der anwaltlichen Vertretung im Schlichtungsverfahren innert nützlicher Frist aufzukommen. Die Mittellosigkeit des Gesuchstellers ist damit zu verneinen und das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Schlichtungsverfahren ist abzuweisen.»

Obergericht, Präsident

Urteil vom 28. November 2013

VO130171-O

(Mitgeteilt von lic. iur. A. Gürber)

61.

Art. 8 i.V.m. Art. 105 FusG, § 176 ZPO ZH, § 39 ZPO ZH.

Die Passivlegitimation bei Dreiecksfusionen bestimmt sich danach, an welche Gesellschaften das Vermögen der übertragenden Gesellschaft geflossen ist (Erw. II.6.4).

Die Verletzung von wesentlichen Sorgfaltspflichten bei der Festlegung der Höhe der Abfindungszahlung durch den Verwaltungsrat der übertragenden Gesellschaft gibt dem Gericht genügend Anlass, ein Gutachten zwecks Eruierung der angemessenen Bandbreite einer Abfindungszahlung erstellen zu lassen (Erw. II. 8.1.2).

Der Gutachter kann zur Erhebung von rechtserheblichen Tatsachen in Abwesenheit der Gegenpartei in Kontakt mit einer Partei bzw. deren Rechtsvertreter treten, solange er die Umstände und Inhalte dieser Kontakte in einer Aktennotiz ordnungsgemäss dokumentiert (Erw. II. 7.11.2.2).

Der Gutachter muss sein Gutachten gestützt auf eine in der Schweiz am für die Unternehmensbewertung massgeblichen Zeitpunkt gängige Methode erstellen (Erw. II.7.11.6.1).

Die vom Gutachter unter ökonomischen Aspekten eruierte Bandbreite einer angemessenen Abfindungszahlung muss im Sinne von Art. 105 FusG durch das Gericht für jeden Einzelfall nach den jeweils konkreten Umständen frei geprüft und allenfalls auch in geeigneter Weise eingeschränkt werden (Erw. II.8.2.6).

Es kommt einer zu grossen Einschränkung des Ermessens des obersten Leitungs- und Verwaltungsorganes einer Gesellschaft gleich, wenn die Bandbreite einer angemessenen Abfindung geringer ausfällt, als die Aktienkursschwankungen an der Börse während eines repräsentativen Zeitraums (Erw. II. 8.3.7).

Besondere Umstände zum Entzug des Kostenprivilegs der Kläger im Sinne von Art. 105 Abs. 3 FusG können nicht in der regelmässigen Erhebung von Ausgleichsklagen bei Fusionen erblickt werden, sondern müssen im jeweiligen Einzelfall nachgewiesen werden (Erw. III.1.4).

Sachverhalt:

Die AltX Schweiz AG wurde von der Y AG mittels Fusion absorbiert. Die Y AG firmierte sich anschliessend auf X [Schweiz] Holding AG (Beklagte) um und führte die Geschäfte der AltX Schweiz AG unverändert weiter. Ziel dieser Fusion war die Straffung des Aktionariats der AltX Schweiz AG, um es der Muttergesellschaft der AltX Schweiz AG (X S.p.A.) zu ermöglichen, die umfassende Kontrolle über die AltX Schweiz AG zu erlangen. Vor der Fusion gelang es der X S.p.A. mittels eines öffentlichen Kaufangebots ihren Aktienanteil auf 94,92 % zu erhöhen. Die verbleibenden Aktionäre verloren anlässlich der Fusion ihre Beteiligungsrechte und wurden mit einer Barabfindung gemäss Art. 8 Abs. 2 FusG abgefunden. Die Kläger

waren der Ansicht, dass die Abfindungszahlung nicht angemessen sei und machten deshalb beim Bezirksgericht Horgen eine Klage auf Überprüfung der Angemessenheit der Abfindungszahlung im Sinne von Art. 105 FusG geltend.

(Aus den Erwägungen:)

(*Erwägungen zur Passivlegitimation:*)

II.6.1–2 Die Beklagte bringt vor, dass sie in Bezug auf die Überprüfungsklage nicht passivlegitimiert sei. Nebst der Beklagten und der AltX Schweiz sei auch die X S.p.A. in die Fusion miteinbezogen gewesen. Sie habe nämlich die fragliche Barabfindung bezahlt. Würde im vorliegenden Prozess die Barabfindung tatsächlich als unangemessen qualifiziert und nachträglich erhöht, wäre neu plötzlich die Beklagte abfindungspflichtig, obwohl das im Fusionsvertrag so nie vorgesehen gewesen war. Das Gericht würde somit in den Fusionsvertrag eingreifen und diesen umgestalten, obwohl es im Rahmen der Überprüfungsklage nicht einmal die Höhe der Abfindungszahlung abändern darf, sondern nur eine Ausgleichszahlung festlegen kann. Nach Ansicht der Beklagten hätte deshalb auch zwingend die X S.p.A. als eigentliche Schuldnerin der Barabfindung als notwendige Streitgenossin in den Prozess miteinbezogen werden müssen.

II.6.3 Bei einer Fusion wird die übertragende Gesellschaft mit der Eintragung der Fusion im Handelsregister gelöscht (Art. 21 Abs. 3 FusG). Die Lehre ist sich einig, dass für die Bestimmung der Passivlegitimation bei der Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG entscheidend ist, wohin das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft übertragen wird. Aus diesem Grund ist die Lehre der Ansicht, dass bei einer Fusion der übernehmende Rechtsträger in Bezug auf die Überprüfungsklage passivlegitimiert ist, bei einer Spaltung hingegen die beiden neu entstehenden Gesellschaften als notwendige Streitgenossen einzuklagen sind (*Gozzi*, Schutz der Aktionäre bei Fusion, Spaltung gemäss Fusionsgesetz, Diss., Zürich/St. Gallen 2009, S. 265 f.; *Bürgi/Glanzmann*, in: Fusionsgesetz, Baker

& McKenzie [Hrsg.], 2003, Art. 105 N. 15 ff; *Meier-Dieterle*, a.a.O., Art. 105 N. 7 ff.; *Eugster*, Die Überprüfungsklage der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte nach Art. 105 FusG, Diss., Zürich/St. Gallen 2006, S. 143 ff.).

II.6.4 Zur vorliegenden Konstellation, in welcher die Beklagte zwar das Vermögen der übertragenden Partei übernimmt, aber die Auszahlung von einer Drittgesellschaft getätigt wird, nimmt die Lehre keine Stellung. Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass bei einer solchen sog. Dreiecksfusion, in der eine Tochtergesellschaft eine Gesellschaft absorbiert und die Abfindung von der Muttergesellschaft bezahlt wird, ein analoger Fall der Spaltung vorliege. Schliesslich würde sowohl bei der Spaltung als auch bei der Dreiecksfusion eine Gesellschaft aufgelöst, während zwei Gesellschaften weiterexistieren. Die Beklagte verkennt dabei aber, dass nicht entscheidend ist, wie viele Gesellschaften nach der Fusion noch bestehen oder aufgelöst worden sind, sondern wohin sich das Vermögen der übertragenden Gesellschaft verschoben hat. Schliesslich ist es der übernehmende Rechtsträger resp. die durch die Spaltung entstehenden Gesellschaften, welche das Vermögen der übertragenden Gesellschaft erhalten. Da bei der Spaltung das Vermögen der übertragenden Gesellschaft auf zwei Rechtsträger aufgespalten wird, sind diese auch als notwendige Streitgenossenschaft gemeinsam einzuklagen. Bei der Dreiecksfusion geht das Vermögen der übertragenden Gesellschaft hingegen nur auf die übernehmende Tochtergesellschaft und nicht auf die Muttergesellschaft über. Die analoge Anwendung der Spaltung auf die Dreiecksfusion in Bezug auf die Passivlegitimation ist daher nicht sachgerecht.

II.6.5 Eine notwendige Streitgenossenschaft bedingt, dass aufgrund eines Rechtsverhältnisses, an welchem mehrere Parteien beteiligt sind, für diese Parteien gleichlautende Urteil erlassen werden müssen (§ 39 ZPO ZH). Klassische Fälle von notwendigen Streitgenossenschaften sind Gestaltungsklagen, da das Urteil für alle am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien gleich ausfallen muss. Bei Leistungsklagen handelt es sich hingegen nur

in den wenigsten Fällen um passive notwendige Streitgenossenschaften (*Frank/Streuli/Messmer*, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 39 N. 3 ff.). Schliesslich besteht bei Forderungsklagen kein Grund für gleich lautende Urteile, können Geldforderungen doch individuell und im Falle von Solidarschuldnerschaft sogar jeweils im ganzen Betrag von einem Schuldner gefordert werden.

II.6.6 Es trifft zu, dass die X S.p.A. nicht an der Fusion im Sinne der Verschmelzung der Gesellschaften beteiligt war und insofern nur von ihr betroffen war, als sie die Abfindungszahlung an die ausscheidenden Gesellschafter ausgerichtet hat. Dass sie den Fusionsvertrag mitunterzeichnet hat, ändert daran nichts. Es geht denn auch explizit aus dem Fusionsvertrag hervor, dass die Unterschrift der X S.p.A. nur bedeutet, dass sie mit dem Fusionsvertrag im sie betreffenden Umfang einverstanden ist. Im Übrigen ist im Fusionsvertrag zu keinem Zeitpunkt von der X S.p.A. als Partei der Fusion die Rede, sondern es werden explizit die Beklagte sowie die AltX Schweiz als Parteien bezeichnet. Das Vermögen der AltX Schweiz geht mit der Fusion auch nur auf die Beklagte über, auch wenn die Auszahlung der Abfindung von der X S.p.A. geleistet wird. Daher hat der übernehmende Rechtsträger die Abfindungszahlung zu leisten. In der Übernahme der Pflicht zur Leistung der Abfindungszahlung durch die X S.p.A. ist eine vom Gesetz abweichende Regelung getroffen worden. Diese Regelung stellt einen separaten – von der Fusion losgelösten – Vertrag zwischen der übernehmenden Gesellschaft (AltX Schweiz [recte: die Beklagte]) und der die Abfindung leistenden Gesellschaft (X S.p.A.) zugunsten Dritter (ausgeschlossene Gesellschafter der AltX Schweiz) dar. Dass die per Gesetz bestehende Pflicht der Beklagten zur Leistung der Abfindung gemäss Fusionsgesetz mittels eines solchen Vertrages zugunsten Dritter, welcher vorliegend zeitlich und räumlich mit dem Fusionsvertrag zusammenfällt, auf eine Drittgemeinschaft übertragen wird, ändert nichts an der gesetzlichen Grundverpflichtung der Beklagten zur Leistung der Abfindungszahlung

gegenüber den ausgeschlossenen Gesellschaftern. Für eine allfällige Ausgleichszahlung nach Art. 105 FusG müssen konsequenterweise dieselben Regeln gelten wie für die Abfindungszahlung. Das heisst, dass die Pflicht zur Leistung der Ausgleichszahlung von Gesetzes wegen nur die Beklagte als übernehmende Gesellschaft und Empfängerin des Vermögens der übertragenden Gesellschaft trifft. Ob sie diese Pflicht vertraglich einer Drittgemeinschaft überbindet, ist ihr freigestellt für Dritte jedoch nur bedingt beachtlich. Der vorliegende Fusionsvertrag kann daher in den «eigentlichen Fusionsvertrag», welcher die Verschmelzung der AltX Schweiz und der Y AG zum Gegenstand hat und in einen «Vertrag zugunsten Dritter», welcher die Pflicht zur Zahlung der Abfindung an die Gesellschafter der AltX Schweiz regelt, aufgesplittet werden. In Bezug auf die Abfindungszahlung und somit auch auf die Ausgleichszahlung nach Art. 105 FusG besteht daher kein einheitliches Rechtsverhältnis zwischen den Fusionsparteien und der X S.p.A. Eine notwendige Streitgenossenschaft ist daher ausgeschlossen.

II.6.7 Damit kann auch gleichzeitig der zweite Einwand der Beklagten beseitigt werden. Die Beklagte hat nämlich beanstandet, dass das Gericht in unzulässiger Weise in den Fusionsvertrag eingreife, wenn es der Beklagten alleine eine allfällige Ausgleichszahlung auferlege. Die Übertragung der Pflicht zur Leistung der Abfindungszahlung war aber nicht Gegenstand des «eigentlichen Fusionsvertrages», sondern Bestandteil des Vertrages zugunsten Dritter zwischen der Beklagten und der X S.p.A. Mit der Verpflichtung der Beklagten zur Leistung der Ausgleichszahlung greift das Gericht daher nicht in unzulässiger Weise in den eigentlichen Fusionsvertrag ein, sondern hält sich im Gegenteil exakt an das vom Gesetzgeber vorgesehene Modell, welches vorsieht, dass bei einer Fusion die übernehmende Gesellschaft die Ausgleichszahlung leistet.

(Erwägungen betr. die Folgen einer Verletzung der Bestimmungen des FusG zur Bemessung der Abfindungszahlung:)

II.7.6 Da es sich im vorliegenden Fall um eine Barabfindungsfusion handelt, bei der die Kläger zwangsweise als Aktionäre aus der AltX Schweiz ausschieden und eine Barabfindung erhielten, ist zunächst zu prüfen, welche speziellen Umstände bei dieser Art von Fusion zu beachten sind. Insbesondere sind die Interessen der Minderheitsaktionäre bei einer Barabfindungsfusion gefährdet. Während in einer Fusion mit Fortsetzung der Beteiligung der Gesellschafter beider beteiligten Gesellschaften die Fusionsbewertung «nur» das Austauschverhältnis bestimmt und auf beiden Seiten gleichermaßen begangene Bewertungsfehler sich ausgleichen können, und schliesslich die Investition im unternehmerischen Bereich mit Chancen und Risiken weitergeht, wird der Minderheitsaktionär in der Barabfindungsfusion endgültig aus seiner Stellung als Gesellschafter verabschiedet (*Böckli*, a.a.O., S. 406). Es ist daher vorab zu prüfen, ob das Verfahren zur Festlegung der Abfindung mit Mängeln behaftet war.

(...)

II.7.7.1 Die Kläger bringen vor, dass die Verwaltungsräte, welche mit der Festlegung der Abfindung betraut waren, in einem Interessenkonflikt gestanden hätten, gegen den keine Vorsorge getroffen worden sei.

II.7.7.2 Die Lehre ist sich einig, dass sogenannte squeeze-out Fusionen ein Interessenkonflikt inhärent ist. Der vom Hauptaktionär gewählte Verwaltungsrat der übertragenden Gesellschaft steht in einem direkten Interessenkonflikt mit den hinauszudrückenden Minderheitsaktionären (*Böckli*, a.a.O. S. 406; vgl. *von der Crone et. al.*, www.fusg.ch – die Internetplattform zum Transaktionsrecht, <<http://www.fusg.ch/site/prozess/ueberpruef/intkonflikte/-index.php?datum=2004-07-01>>, [Stand: 01.07.2004, zuletzt besucht am 17.12.2010], *Vischer*, a.a.O., Art. 8 N. 22).

II.7.7.3 Ein solcher Interessenkonflikt liegt auch im vorliegenden Fall vor. Der die Abfindung aushandelnde Verwaltungsrat der übertragenden Gesellschaft (AltX Schweiz) wurde vom Mehrheitsaktionär (X S.p.A.) gewählt. Auf der anderen Seite wird die Beklagte als übernehmende Gesellschaft ebenfalls von der X S.p.A kontrolliert. Zudem

befanden sich die Verwaltungsräte K, L und M in einem direkten Interessenkonflikt mit den hinauszudrückenden Minderheitsaktionären, weil sie gleichzeitig bei der X S.p.A. eine Organfunktion einnahmen. Zudem hatten die Verwaltungsräte N und zuvor O als CEO der AltX Schweiz gedient. Die übrigen vier Verwaltungsräte hatten keine besonderen Beziehungen zur AltX Schweiz. Damit kann die Mehrheit des Verwaltungsrates nicht als unabhängig betrachtet werden.

II.7.7.4 Dieser Interessenkonflikt wurde von der Beklagten nicht gelöst. Zur Lösung des Interessenkonflikts hätte ein Ausschuss unabhängiger Verwaltungsräte eingesetzt werden müssen, der die Aufgaben der Verhandlung und sachgerechten Gestaltung der Transaktion hätte erfüllen müssen (*Böckli*, a.a.O., S. 406). Im vorliegenden Fall wurde die Fusion aber von den bestehenden Verwaltungsräten selbst beschlossen, ohne dass ein Ausschuss unabhängiger Verwaltungsräte eingesetzt worden wäre. Zwar wurde ein unabhängiges Komitee von Verwaltungsräten eingesetzt. Dieses wirkte aber nur bei der Beurteilung des öffentlichen Kaufangebots, nicht bei der Barabfindungsfusion mit.

II.7.7.5–6 Der Interessenkonflikt wurde auch nicht genügend gelöst, indem die P AG einen Prüfbericht erstellte. Da es sich bei einer Barabfindungsfusion um ein privatrechtliches Enteignungsverfahren handelt, haben die Minderheitsaktionäre Anrecht darauf, dass unabhängige Verwaltungsräte ihre Interessen schon bei der Verhandlung und bei der sachgerechten Gestaltung der Fusion einbringen (so auch *Böckli*, a.a.O., S. 406). Angesichts der oben erwähnten Missbrauchsgefahr kann ein Fusionsprüfer durch eine bloss nachträgliche Überprüfung des Abfindungspreises die Interessen der Minderheitsaktionäre nicht genügend schützen.

(...)

II.7.8.2 Gemäss Art. 14 Abs. 3 lit. d FusG hat der Verwaltungsrat im Fusionsbericht die Höhe der Abfindung rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen. Im Falle einer zwangsweisen Abfindung sind besonders hohe Anforderungen an die Erläuterung zu stellen (*Triebold*, Handkommentar zum

Privatrecht, FusG, Art. 14, N. 19). Der vom Hauptaktionär gewählte Verwaltungsrat der übertragenden Gesellschaft hat hinsichtlich der Begründung und Offenlegung eine erhöhte Sorgfaltspflicht (*Böckli*, a.a.O., S. 406).

II.7.8.3 Der Verwaltungsrat der AltX Schweiz wurde seinen erhöhten Sorgfaltspflichten nicht gerecht. Wie von den Klägern gerügt, verwendete er im Fusionsbericht vom 29. Juni 2006 nicht die aktuellsten, ihm zur Verfügung stehenden Zahlen. Er begründet die Abfindungssumme nur mit dem Angebotspreis und der Fairness Opinion im öffentlichen Kaufangebot und stellt Überlegungen zur Prämie gegenüber dem Börsenpreis bis zum März 2006 an. Die jüngsten Daten, auf welchen die Fairness Opinion basierte, waren aber nur der Jahresabschluss 2005 und die Planzahlen vom 18. November 2005. Da es sich im vorliegenden Fall um ein privatrechtliches Enteignungsverfahren handelt, hätten zumindest folgende aktuellere Daten in die Bewertung der Aktien der AltX Schweiz und in die detaillierte Begründung einfließen müssen:

Quartalszahlen per März 2006;

Prognostizierte Ist-Zahlen per Juni 2006;

Aktualisierung der Planzahlen per Juni 2006.

II.7.8.4–8 Dem Fusionsprüfer (P AG) stand ein Forecast der Finanzberichterstattung per Juni 2006, das heisst prognostizierte Ist-Zahlen per Juni 2006 zur Verfügung. Diese fanden aber keinen Eingang in die Begründung des Verwaltungsrates im Fusionsbericht vom 29. Juni 2006.

II.7.8.9 Damit bleibt festzuhalten, dass der Fusions-Prüfbericht nicht den Anforderungen von Art. 15 Abs. 4 lit. d FusG genügt und dass die Begründung der Angemessenheit nicht schlüssig ist.

II.7.9 Die erhöhten Anforderungen an das Verfahren bei einer Barabfindungsfusion wurden in mehreren Punkten nicht erfüllt. Der vorhandene Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der AltX Schweiz wurde nicht gelöst. Die Sorgfaltspflichten bei der Begründung der Abfindungszahlung wurden nicht erfüllt. Die Begründung der Abfindung basierte nicht auf den eigentlich im damaligen Zeitpunkt bereits greifbaren Daten. Schliess-

lich genügte der Fusions-Prüfbericht nicht den Anforderungen von Art. 15 Abs. 4 lit. d FusG und die Begründung der Angemessenheit war nicht schlüssig. Unter diesen Umständen kann das privatrechtliche Enteignungsverfahren, bei dem die Minderheitsaktionäre zwangsabgefunden wurden als nicht genügend bezeichnet werden. Das Gericht muss daher im Rahmen der Festsetzung der Ausgleichszahlung die Abfindungszahlung an die Minderheitsaktionäre engmaschig und detailliert unter Mitwirkung eines Gutachters überprüfen.

(...)

II.8.1.2 In der Lehre unbestritten ist, dass die Angemessenheit einer Abfindungszahlung nicht unmittelbar mit dem pflichtgemässen Verhalten des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaft bei der Festlegung dieser Abfindungszahlung zusammenhängt. So führt die Verletzung einer Sorgfaltspflicht bei der Festlegung der Abfindungszahlung nicht automatisch zur Unangemessenheit dieser Zahlung. Dies gilt auch für die Verletzung einer prozeduralen Vorschrift, die dem Schutz der mitgliederschaftlichen Kontinuität dient (*Eugster*, a.a.O., N. 347 und N. 355). Dass allfällige Massnahmen zur Neutralisierung des Interessenkonflikts bei der Fusion nicht ergriffen worden sind und dass dem Fusionsbericht nicht die neusten Zahlen und Forecasts zugrunde gelegen haben, lässt daher nicht automatisch den Schluss zu, die errechnete und bezahlte Abfindung sei unangemessen. Dies hat lediglich dazu geführt, dass ein vom Gericht bestellter Gutachter den Unternehmenswert und damit auch den Abfindungspreis unter Berücksichtigung sämtlicher in der Schweiz zum damaligen Zeitpunkt geltender Standards errechnet und bestimmt hat. Alleine gestützt auf dieses Gutachten lässt sich allerdings ebenfalls noch nicht abschliessend beurteilen, ob die bezahlte Abfindung angemessen war. Da bei handelt es sich nämlich um eine von Amtes wegen frei durch das Gericht zu prüfende Rechtsfrage, deren Beantwortung nicht an den Gutachter delegiert werden kann. Das Gericht ist diesbezüglich auch nicht an die Parteivorbringen gebunden.

(Erwägungen zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der Parteien bei eigenständigen Sachverhaltserhebungen des Gutachters:)

II.7.11.2.1 Die Kläger bringen vor, dass ihr Vertrauen in den Gutachter erschüttert sei, da dieser im Rahmen der Datenerhebung für sein Gutachten mit der Beklagten und dessen Vertretern in Kontakt gestanden sei und nicht klar sei, was anlässlich dieser Treffen besprochen wurde. Mit Verfügung vom 30. September 2013 wurden den Klägern daher Aktennotizen sowie die Korrespondenz des Gutachters mit den Vertretern der Beklagten zugestellt. Es erfolgte zudem der explizite Hinweis, dass alle diese Dokumente auch unter Berufung auf das Akteneinsichtsrecht erhältlich seien. Den Klägern stand es also jederzeit offen, die weiteren Akten für die Würdigung des Verhaltens des Gutachters einzusehen. Dass die Aktennotiz betreffend das Treffen des Gutachters mit den Vertretern der Beklagten vom 7. November 2012 den Klägern irrtümlicherweise nicht zugestellt worden ist, ändert nichts daran, dass die Parteien für die Akteneinsicht selber besorgt sein müssen. Es wäre daher die Aufgabe der Kläger gewesen, selber aktiv zu werden und Einsicht in diese Aktennotiz zu verlangen. Der von den Klägern gestellte Antrag, dass ihnen infolge der versäumten Zustellung erneut Frist zur Stellungnahme zu gewähren sei, ist daher abzuweisen.

II.7.11.2.2 Wie schon in der Verfügung vom 30. September 2013 ausgeführt, gehört es zu den im Gutachtensauftrag formulierten Pflichten des Gutachters, dass dieser die für sein Gutachten notwendigen Daten erhebt. Dass er dazu mit der Beklagten korrespondieren muss, ist selbstverständlich. Da die Kontakte mit der Beklagten vom Gutachter anordnungsgemäss dokumentiert worden sind, war es den Klägern durch Geltendmachung ihres Akteneinsichtsrechts jederzeit möglich, über Anzahl und Inhalt dieser Kontakte auf dem Laufenden zu sein. Die Korrespondenz und die Aktennotizen weisen denn auch keine Anzeichen auf, die Zweifel an der Unabhängigkeit des Gutachters aufkommen lassen. Es sind daher keine formellen Unzulänglichkeiten ersichtlich, die an der Unab-

hängigkeit des Gutachters Zweifel aufkommen lassen.

(Erwägungen zur vom Gutachter in seinem Gutachten anzuwendenden Methodik:)

II.7.11.6.1 Zur Festlegung der Wertbandbreite ist das Gericht mangels eigenen Fachkenntnissen auf einen Gutachter angewiesen. Aus diesem Grund hat sich der Richter bei der Würdigung des Gutachtens Zurückhaltung aufzuerlegen und nicht sein eigenes Fachwissen über jenes des Gutachters zu stellen. Gleichzeitig darf der Richter aber nicht seine Urteilskompetenz an den Gutachter delegieren. Die Prüfung des Gutachtens durch den Richter beschränkt sich im Allgemeinen auf die Aufdeckung von offensichtlichen Widersprüchen und die Wahl der Methode als nachvollziehbar, plausibel und anerkannt. Es ist weder die Aufgabe des Gerichts, einen Theorienstreit über Unternehmensbewertungen zu entscheiden, noch geht es im vorliegenden Verfahren um die «methodisch richtige» Bestimmung eines Unternehmenswertes. Die Kläger erklären selber, sich im Interesse der Allgemeinheit gegen missbräuchliche Bewertungspraktiken zu wehren, mit denen Minderheitsaktionäre angeblich «über den Tisch gezogen werden». Dabei verkennen die Kläger, dass es im vorliegenden Verfahren nicht darum geht, die Bewertungspraktiken in der Schweiz im Sinne eines ganzheitlichen Ansatzes zu vereinheitlichen oder einen allfälligen Missbrauch in der Bewertungsbranche im Allgemeinen zu thematisieren. Das vorliegende Verfahren verfolgt einzig den Zweck, eine potenzielle wirtschaftliche Schlechterstellung der Kläger zu beseitigen. Aus diesem Grund ist nicht von Belang, welche Methoden zur Unternehmensbewertung die Kläger aus allgemeiner akademischer Warte bevorzugen, sondern ob der Gutachter eine im Zeitpunkt der vorliegenden Unternehmensbewertung in der Schweiz gängige Methode zur Bestimmung des Wertes einer schweizerischen Unternehmung verwendet hat. Der Gutachter hat für sämtliche von den Klägern kritisierten Punkte des Eigenkapitalkostensatzes (Marktrisikoprämie, Betafaktor und Small Cap Premium) Belege für deren An-

wendbarkeit im verwendeten Umfang präsentiert. (...) Im Endergebnis scheint die Methodik des Gutachters daher den in der Schweiz damals wie heute gängigen Methoden zu entsprechen. Es gibt daher keinen Grund, den vom Gutachter bestimmten Eigenkapitalkostensatz zu senken (...).

(Erwägungen betr. Einschränkung der Grösse der Bandbreite einer angemessenen Ausgleichszahlung damit Art. 105 FusG seine Zwecksetzung erreichen kann:)

II.8.1.1 Bei der Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG geht es im ersten Schritt nicht um die Bestimmung eines konkreten Wertes, sondern darum, ob das vertraglich festgelegte Umtauschverhältnis bzw. die Abfindungszahlung angemessen ist. Dafür ist aufgrund der vielen Unsicherheitsfaktoren bei Unternehmensbewertungen auf eine Bandbreite abzustellen. Wo sich der effektiv zu bezahlende Preis innerhalb dieser Bandbreite befindet, hängt nicht zuletzt von den konkreten Interessen der beteiligten Parteien ab. Es ist daher von der Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass sich auch ein Abfindungspreis innerhalb einer bestimmten Bandbreite bewegen muss, damit er als angemessen bezeichnet werden kann. Nur wenn die Abfindungszahlung ausserhalb dieser Bandbreite liegt, ist eine Ermessensüberschreitung gegeben, welche vom Gericht mittels Ausgleichszahlung zu beseitigen ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_341/2011 vom 31. März 2012 E. 5.2, von der *Crone/Dobler/Eugster*, Privatrechtliche Aspekte der Ausgleichsleistung und Abfindungen gemäss FusG, S. 250, Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, S. 243–259; *Eugster*, a.a.O., Art. 105 FusG S. 133 N. 346).

(...)

II.8.2.1–2 Der Gutachter erachtet eine Preisspanne pro Aktie von Fr. 416.– bis Fr. 476.– aus betriebswirtschaftlichen Gründen als vertretbar. Nach den Berechnungen des Gutachters entspräche eine Abfindungszahlung von Fr. 444.– pro Aktie dem Unternehmenswert. Die vom Gutachter angeführte Bandbreite der angemessenen Abfindungszahlung umfasst 13,5% (ausgehend von

Fr. 444.–) und erscheint als sehr gross. Sie resultiert, da der Gutachter schwierig abschätzbare Faktoren, wie das nachhaltige Wachstum sowie die Eigenkapitalkosten schätzen musste bzw. gestützt auf empirische Daten erhoben hat. (...)

II.8.2.2 Das Bundesgericht hat sich bisher noch nicht zur Grösse der Bandbreite und der Bestimmung des sich darin befindlichen angemessenen Spielraums bei der Festsetzung einer Abfindungszahlung geäussert. Generell hat das Bundesgericht ausgeführt, dass die bei der Fusion ausgeschlossenen Gesellschafter entsprechend dem verfassungsmässigen Prinzip der vollen Entschädigung bei Enteignung Anspruch auf eine Abfindung haben, welche dem wirklichen Wert der bisherigen Anteils- und Mitgliedschaftsrechte entspricht. Dieser Wert ist durch eine Bewertung der Anteilsrechte zu ermitteln. Bezüglich der Unangemessenheit hat das Bundesgericht ausgeführt, dass eine Abfindung dann unangemessen ist, wenn sie auf falschen oder unvollständigen tatsächlichen Annahmen beruht oder anerkannte Bewertungsgrundsätze und -methoden nicht oder unzutreffend angewendet worden sind (Urteil des Bundesgerichts 4A_96/2011 vom 20. September 2011, E. 5.4). Das Bundesgericht hat damit nur festgehalten, unter welchen Voraussetzungen es eine Abfindung als unangemessen betrachtet, sich jedoch nicht zur Grösse der Bandbreite einer angemessenen Abfindung geäussert, die ein Gutachter festzulegen hat. In einem anderen Entscheid führte das Bundesgericht aus, dass bei der Bestimmung des Umtauschverhältnisses alle relevanten Umstände zu berücksichtigen seien. Es verwies dabei auf das Vermögen der beteiligten Gesellschafter, die Verteilung der Stimmrechte, die Entwicklungsaussichten der an der Fusion beteiligten Gesellschaften sowie die sich aus der Fusion ergebenden Synergien (Urteil des Bundesgerichts 4A_341/2011 vom 21. März 2012, E. 5.1). Konkret erachtete ein Gutachter in diesem Fall unter Berücksichtigung der DCF Methode ein Umtauschverhältnis in einer Bandbreite von 63.7 bis 72.2 als angemessen (Urteil des Bundesgerichts 4A_341/2011 vom 21. März 2012, E. 5.3.1).

Ausgehend vom Mittelwert dieser Bandbreite zeigt sich, dass das Bundesgericht in diesem Fall eine Bandbreite von 12,5 % als angemessen erachtet hat. All diese bundesgerichtlichen Erwägungen betreffen allerdings nicht einen Abfindungspreis, sondern ein Umtauschverhältnis. Bei einem Umtauschverhältnis behalten die Aktionäre ihre Gesellschafterstellung, womit sie auch an der zukünftigen Entwicklung des Unternehmens partizipieren. Im Gegensatz dazu verlieren die Aktionäre mit der Abfindungszahlung die Gesellschafterstellung. Diese unterschiedliche Ausgangslage muss sich insofern auf den Umfang des Ermessensspielraums auswirken, als bei einer angemessenen Abfindung dem obersten Leitungs- und Verwaltungsorgan einer Gesellschaft ein kleinerer Ermessensspielraum zusteht als bei der Festlegung eines Umtauschverhältnisses. Aus dem Urteil 4A_341/2011 können aber keine Schlüsse über die Auslegung von Art. 105 FusG in Bezug auf die effektive Grösse der Bandbreite für eine angemessene Abfindungszahlung gezogen werden. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid zumindest ausgeführt, dass keine unzulässige Entscheiddelegation vorliegt, wenn das Gericht ein Umtauschverhältnis innerhalb der vom Gutachter ermittelten Wertbandbreite als angemessen erachtet (Urteil des Bundesgerichts 4A_341/2011 vom 21. März 2012, E. 5.2). Umgekehrt heisst das aber nicht, dass eine Abfindungszahlung innerhalb der vom Gutachter ermittelten Bandbreite ohne wenn und aber zwingend als angemessen im Sinne von Art. 105 FusG zu betrachten ist und damit automatisch auf die vom Gutachter festgesetzte Bandbreite abzustellen ist. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts kann daher so zusammengefasst werden, dass den fusionierenden Gesellschaften ein erheblicher Spielraum bei der Bemessung der Abfindungszahlung zur Verfügung steht. Wie gross dieser Ermessensspielraum effektiv ist und ob dieser Ermessensspielraum deckungsgleich mit der vom Gutachter unter Berücksichtigung methodischer und ökonomischer Aspekte errechneten Bandbreite zu sein hat, lässt sich der Rechtsprechung jedoch nicht entnehmen. Bei der Bestimmung der Band-

breite, in welcher eine Abfindung noch als angemessen im Sinne von Art. 105 FusG betrachtet werden kann, handelt es sich um eine Rechtsfrage. Art. 105 FusG ist daher auszulegen, um eine Bestimmung der zulässigen Grösse der Bandbreite vorzunehmen zu können.

II.8.2.3 Aus dem Wortlaut oder der Systematik von Art. 105 FusG ergeben sich keine Hinweise darauf, wie gross die Bandbreite für eine angemessene Abfindungszahlung sein darf. Es sind in der Lehre auch keine fixen Kriterien ersichtlich, welche für die Bestimmung einer angemessenen Bandbreite für Abfindungszahlungen heranzuziehen wären (vgl. bspw. *Meier-Dieterle*, a.a.O., Art. 105 FusG, *Eugster*, a.a.O., S. 133 ff., *Böckli*, a.a.O., S. 405 f.). Auch in der Botschaft zum FusG finden sich diesbezüglich keine Angaben. Dort heisst es lediglich, dass den beteiligten Gesellschaften ein erheblicher Ermessensspielraum bei der Bestimmung der Abfindung eingeräumt werden müsse (Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, BBl. 2000 S. 4337 ff., S. 4404).

II.8.2.4 Eindeutig ist hingegen der Zweck von Art. 105 FusG. Diese Bestimmung dient dem Minderheitenschutz (*Eugster*, a.a.O., S. 20). Dass sie als Instrument für Anleger geschaffen worden ist, zeigt sich nur schon in der gesellschafterfreundlichen Kostenregelung und in der erga omnes Wirkung nach Art. 105 Abs. 2 FusG. Die Bestimmung der Grösse der Bandbreite für eine Abfindungszahlung hat daher unter Berücksichtigung dieses Zwecks zu erfolgen. Bei einer zu grosszügigen Bestimmung der Bandbreite besteht das Risiko, dass die Anwendung von Art. 105 FusG in der Praxis vollkommen verunmöglicht wird und die Bestimmung damit toter Buchstabe bliebe. Es mag in der Praxis durchaus vorkommen, dass sich die Bandbreiten von auf unterschiedlichen Methoden beruhenden verschiedenen Unternehmensbewertungen stark unterscheiden und sich über einen weiten Bereich erstrecken können. Dies ist in Bezug auf die individuellen Eigenschaften einer jeden Fusion und Gesellschaft auch sicher sinnvoll. Mit einer gross-

sen Bandbreite trägt der Unternehmensbewerter nämlich dem Umstand Rechnung, dass bei einer Berechnung des Unternehmenswertes viele Schätzungen und Annahmen (gestützt auf empirische Daten) getroffen werden müssen. Eine grosse Bandbreite bietet sich daher vor allem für Unternehmensbewertungen im Zuge eines Unternehmenskaufes an. Schliesslich sind bei einem Unternehmenskauf neben den betriebswirtschaftlichen Grundsätzen noch viele weitere Interessen, wie z.B. die persönliche und finanzielle Situation der Parteien und die Erwartungen über die Marktentwicklung entscheidend. Aufgrund dieses breit gefächerten Strausses von Interessen scheint es dort wohl angemessen, den Parteien einen grösseren Spielraum für die Preisverhandlungen zu belassen.

II.8.2.5 Vorliegend liegt jedoch eine andere Situation vor. Es geht um die zwangsweise Abfindung von Aktionären im Rahmen einer squeeze-out Fusion. Naturgemäss ist die Möglichkeit der Minderheitsaktionäre, ihre Interessen in die Verhandlungen einzubringen, sehr gering. Anders als bei einem Unternehmenskauf stehen die Aktionäre nicht vor einer «take it or leave it»-Situation. Es steht ihnen also nicht frei, auf einen Verkauf ihrer Anteile zu verzichten, wenn sie mit dem gebotenen Preis nicht einverstanden sind. Im Gegenteil, das Ziel ist bei der squeeze-out Fusion von Anfang an klar, nämlich dass die Aktionäre ihre Gesellschafterstellung verlieren. Fraglich ist nur zu welchem Preis dies geschieht. Auf solche Fälle können daher nicht die gleichen Massstäbe in Bezug auf die Grösse der Bandbreite eines angemessenen Preises wie bei einem Unternehmenskauf als Investitionsentscheid angelegt werden. Die Bandbreite einer angemessenen Abfindungszahlung hat daher kleiner auszufallen, als die Bandbreite eines angemessenen Preises im Rahmen eines Unternehmenskaufes.

II.8.2.6 Aus der Stellungnahme der Kläger zum Gutachten ist deutlich hervorgegangen, dass im Bereich der Unternehmensbewertung sehr unterschiedliche Ansätze in Bezug auf viele gewichtige Faktoren bestehen und so der Wert eines Unternehmens je

nach Sichtweise stark variieren kann. Die Haltung der Unternehmensbewerter in Bezug auf diese Faktoren ist meist bekannt, weshalb die Ansiedelung der Bandbreite mit einer geschickten Wahl des Unternehmensbewerter bereits erheblich beeinflusst werden kann. Ist von einem Unternehmensbewerter zudem bekannt, dass er jeweils grosse Bandbreiten errechnet, kann dies zu einer relevanten Vergrösserung des Ermessensspielraumes des obersten Leitungs- und Verwaltungsorganes der übertragenden Gesellschaft führen. Hat ein Unternehmen also die Möglichkeit, die Höhe der Abfindungszahlung mit einer taktischen Wahl des Unternehmensbewerter im eigenen Interesse zu beeinflussen und stellt das Gericht zudem auch noch in einem Akt blinden Gehorsams auf die von diesem errechnete Bandbreite ab, würde die Anwendung von Art. 105 FusG nur noch auf grösste Missbrauchsfälle beschränkt. Es ist zumindest fraglich, ob dies der Ratio von Art. 105 FusG entspricht, die der Gesetzgeber dieser Bestimmung zukommen lassen wollte. Auch wenn der Bundesrat gemäss Botschaft davon ausgegangen ist, dass den Unternehmen ein grosser Ermessensspielraum zu belassen sei und dass es nur zu wenigen Fällen der Überprüfungsklage kommen werde (Botschaft zum FusG a.a.O., S. 4488), kann daraus nicht geschlossen werden, dass eine erfolgreiche Erhebung der Überprüfungsklage nur in Fällen von offensichtlicher Unangemessenheit möglich sein soll. Dies gilt auch für das vorliegende Verfahren, wo als Folge von diversen Mängeln in der Fairness Opinion und im Verfahren zur Festsetzung des Abfindungspreises ein gerichtlicher Gutachter die Bandbreite einer angemessenen Abfindungszahlung errechnet hat. Selbst bei der Bandbreite eines gerichtlichen Gutachters darf das Gericht daher nicht automatisch davon ausgehen, dass diese in jedem Fall die Grenzen der Angemessenheit der Abfindungszahlung markiert. Andernfalls würde es seine Entscheidungskompetenz in pflichtwidriger Weise an den Gutachter delegieren. Gestützt auf diese Ausführungen ist es daher die Aufgabe des Gerichts, die vom Gutachter eruierte Bandbreite unter dem

Gesichtspunkt von Art. 105 FusG für jeden Einzelfall nach den jeweils konkreten Umständen zu plausibilisieren und allenfalls auch in geeigneter Weise zusätzlich einzuschränken, damit Art. 105 FusG seine Zwecksetzung erfüllen kann.

(Erwägungen betr. konkrete Einschränkung der vom Gutachter ermittelten Bandbreite im Sinne von Art. 105 FusG:)

II.8.3.1 Konkret erstreckt sich die vom Gutachter ermittelte betriebswirtschaftliche Bandbreite für einen angemessenen Abfindungspreis von Fr. 416.– bis Fr. 476.–. Ausgehend vom gutachterlich ermittelten Preis der Aktien von Fr. 444.– ergibt sich somit eine Bandbreite von 13,5 %. Diese Bandbreite ist 1 % grösser als jene, die das Bundesgericht im Urteil 4A_341/2011 vom 21. März 2012 für ein Umtauschverhältnis als angemessen erachtete. Es ist jedoch bereits festgehalten worden, dass es sich bei Abfindungszahlungen aufgrund ihres Zwangscharakters und ihrer Endgültigkeit aufdrängt, von einer engeren Bandbreite auszugehen. Wie die grosse Bandbreite der angemessenen Abfindungszahlung entsteht, lässt sich aus einer Tabelle im Gutachten ersehen. Dabei wird die Bandbreite von einem Szenario, in welchem mit einem sehr kleinen Wachstum von 2,75 % und mit hohen Eigenkapitalkosten (10,6 %) gerechnet wird, nach unten begrenzt. Die obere Grenze der Bandbreite bestimmt der Gutachter mit einem Szenario, in welchem ein grosses Wachstum von 3,25 % mit einem tiefen Eigenkapitalsatz (10,1 %) zusammengebracht wird. Es ist nachvollziehbar, dass aufgrund der vielen Unsicherheitsfaktoren das nachhaltige Wachstum nur beschränkt bestimmt werden kann. Gleichzeitig basiert die Ermittlung von Eigenkapitalkosten auf empirischen Daten und kann daher auch nicht als mathematisch exakt definierte Grösse verstanden werden. Eliminiert man nun die zwei Extrema dieser vom Gutachter errechneten Bandbreite, also das pessimistischste und das optimistischste Szenario (Wert der Aktien Fr. 416.– bzw. Fr. 476.–) ergibt sich eine Restbandbreite, welche sich von Fr. 428.– bis Fr. 461.– erstreckt. Dabei ist fest-

zustellen, dass die von der AltX Schweiz festgesetzten Abfindung von Fr. 428.– immer noch, wenn auch nur ganz knapp, im Bereich der angemessenen Bandbreite zu liegen kommt. Ausgehend vom gutachterlich ermittelten Aktienwert von Fr. 444.– ergibt sich somit eine Bandbreite von 7,4 %. Wird die Bandbreite verkleinert, so dass die extremsten Abweichungen der Annahmen beim erwarteten nachhaltigen Wachstum und bei der Ermittlung der Eigenkapitalkosten gestrichen werden, kann der geleistete Abfindungspreis also gerade noch als angemessen qualifiziert werden.

II.8.3.2 Zur Plausibilisierung der Bandbreite einer angemessenen Abfindungszahlung wäre auch denkbar, dass auf die Aktienkursschwankungen während den letzten Jahren vor der Dekotierung der Aktien abgestellt wird. Diese Betrachtung erlaubt es, einen individuelleren, auf die konkrete Unternehmung ausgerichteten Ermessensspielraum zu bestimmen.

II.8.3.3 Insofern scheint es angemessen, bei Gesellschaften mit zuvor stark fluktuierenden Kursen in der Tendenz eher eine breitere Bandbreite zuzulassen, als wenn die Kursentwicklung bloss beschränkten Schwankungen unterlag. Betrachtet man zu diesem Zweck den Aktienkurs der AltX Schweiz während den letzten knapp zwei Jahren vor der Dekotierung der Aktien, lassen sich zwei generelle Kursentwicklungstendenzen feststellen. In der Periode vom August 2004 bis Juli 2005 zeigt sich eine relativ steile Aufwärtstendenz des Aktienkurses. Für die Periode vom August 2005 bis zur Vorankündigung des öffentlichen Kaufangebots vom 3. März 2006 lässt sich ebenfalls ein Kursanstieg beobachten, allerdings fiel die Kurserrhöhung erheblich flacher als im Zeitraum von August 2004 bis Juli 2005 aus.

II.8.3.4 Unter Berücksichtigung des Kursanstiegs der Aktien lässt sich eine Bandbreite eruieren, innerhalb welcher der Aktienkurs während diesen beiden Perioden geschwankt hat. Zur Bestimmung dieser Schwankungen wird auf sogenannte Trendlinien zurückgegriffen. Eine Trendlinie entsteht, wenn man die höchsten Aktienkurswerte während einer

bestimmten Zeitperiode mittels einer Geraden verbindet. Verschiebt man die so entstehende Trendlinie parallel nach unten, bis sie den tiefsten Aktienkurs der ausgewählten Periode trifft und zieht eine zur oberen Trendlinie parallel verlaufende Gerade, entsteht ein sogenannter Trendkanal, welcher die normalen Schwankungen des Aktienkurses einer Gesellschaft innerhalb der gewählten Zeitperiode abbildet, soweit diese nicht durch atypische Grossereignisse wie beispielsweise global relevante Terroranschläge, Naturkatastrophen oder dem Platzen von Spekulationsblasen beeinflusst worden sind.

(...)

II.8.3.7 Es ist daher festzuhalten, dass bei Berücksichtigung der steilen bzw. weniger steilen Steigerungstendenz des Aktienkurses der AltX Schweiz, sich die grössten Kursauschläge im Bereich von Fr. 40.– bis Fr. 45.– befunden haben. Es ist davon auszugehen, dass die soeben berechneten Kursschwankungen der Aktien der AltX Schweiz in der Zeit vor der Dekotierung mindestens dem Ermessensspielraum des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans bei der Bestimmung der Abfindungszahlung entsprechen. Es ist notorisch, dass Aktienkurse volatil sein können. Es käme daher einer zu grossen Einschränkung des Ermessens der obersten Leitungs- und Verwaltungsorgan einer Gesellschaft gleich, wenn die Bandbreite einer angemessenen Abfindung geringer ausfallen müsste, als die regulären, markt- und spekulationsbedingten Aktienkursschwankungen an der Börse. Es ist daher festzuhalten, dass das Ermessen der Unternehmensleitung bei der Festsetzung der Abfindungszahlung mindestens diese Schwankungen des Aktienkurses umfassen muss.

II.8.3.8–9 Die kleinsten Schwankungen des Aktienkurses an der Börse während den letzten knapp zwei Jahren vor der Dekotierung der Aktien betragen Fr. 40.–. Im Zentrum der zu bestimmenden Bandbreite hat der vom Gutachter ermittelte Wert der Gesellschaft zu stehen. Schliesslich wurde bereits festgehalten, dass dieser Wert unter Berücksichtigung sämtlicher in der Schweiz geltenden Standards berechnet worden ist. Da die

Unsicherheiten und Annahmen bei der Bewertung des Unternehmens gleichermaßen in Bezug auf einen höheren Unternehmenswert, wie auch auf einen tieferen Unternehmenswert bestehen, bietet es sich an, die Bandbreite gleichmässig vom gutachterlich ermittelten «richtigen» Wert einer Aktie auszugehen zu lassen. Ausgehend vom Wert einer Aktie von Fr. 444.– ergibt sich daher eine Bandbreite von +/- Fr. 20.–. Die Bandbreite für eine angemessene Abfindung bewegt sich folglich zwischen Fr. 424.– bis Fr. 464.– (+/- 4,5 %). Diese Bandbreite kommt der von den Extremszenarien bereinigten Bandbreite sehr nahe. Resultierte bei dieser Methode doch eine Bandbreite von Fr. 428.– bis Fr. 461.–. Es ist daher festzuhalten, dass sowohl die Einschränkung der Bandbreite durch Eliminierung der Extremszenarien, wie auch die Einschränkung der Bandbreite unter Berücksichtigung der minimalen Aktienkursschwankungen vor der Dekotierung zu ähnlichen Ergebnissen führt, in welchen die effektiv ausgerichtete Abfindung von Fr. 428.– jeweils innerhalb dieser verkürzten Bandbreite zu liegen kommt. Die Kursschwankungen vom August 2005 bis zum 3. März 2006 waren mit Fr. 45.– sogar noch um Fr. 5.– grösser, was auch einen entsprechend grösseren Spielraum des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans der AltX Schweiz für die Angemessenheit bedeutet (+/- 5 %).

II.8.4 (...) Die gewährte Abfindungszahlung beläuft sich auf Fr. 428.– zuzüglich einer Dividendenzahlung von Fr. 12.–. Diese Abfindungszahlung ist – wenn auch nur äusserst knapp – von der verkürzten Bandbreite von Fr. 428.– bis Fr. 461.– (7,4 %) umfasst, wenn die beiden vom Gutachter bestimmten Extremszenarien eliminiert werden. Stützt man sich für die Bestimmung der Bandbreite aber auch auf die über mehrere Monate beobachteten Aktienkursschwankungen in den knapp zwei Jahren vor der Dekotierung der Aktien, ergibt sich eine Bandbreite von mindestens Fr. 424.– bis Fr. 464.– (9 %). Auch in dieser Bandbreite ist der von der AltX Schweiz ausgerichtete Abfindungspreis enthalten. (...) Im Lichte der bundesgerichtlichen Recht-

sprechung, dass bei der Bestimmung der Abfindungszahlung der Gesellschaft ein erhebliches Ermessen zuzugestehen ist, ist die vorliegende Abfindungszahlung als angemessen zu bezeichnen. Dementsprechend ist die Klage abzuweisen.

(...)

(Erwägungen betr. Vorliegen besonderer Umstände bei der Kostenverteilung in Verfahren nach Art. 105 FusG:)

III.1.2 Die Beklagte ist der Ansicht, dass die Klage offensichtlich nicht begründet und ökonomisch unhaltbar gewesen sei. So läge die von den Klägern geforderte Ausgleichszahlung von Fr. 70.– pro Aktie weit über dem Ermessensspielraum der verantwortlichen Entscheidungsträger. Die Kläger hätten sich der Unbegründetheit der Klage aufgrund ihrer Tätigkeit als Ökonomeprofessoren mit Erfahrungen in der Unternehmensbewertung bewusst sein müssen. Die Kläger hätten die Überprüfungsklage somit ausschliesslich zu Spekulationszwecken eingereicht. Dass der Kläger 1 seit Einführung des Fusionsgesetzes beinahe routinemässig die Überprüfungsklage bei Umstrukturierungen von Schweizer Gesellschaften erhoben habe, sei ein weiteres Indiz für die Missbräuchlichkeit der Klageerhebung.

III.1.3 Nach Art. 105 Abs. 3 FusG trägt die Kosten des Verfahrens zur Überprüfung der Abfindungszahlung der übernehmende Rechtsträger. Nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Umstände können die Kosten ganz oder teilweise den Klägern auferlegt werden. Diese Regelung betrifft nicht nur die Gerichtskosten, sondern auch die Entschädigung des Rechtsvertreters der Gegenseite. Die Regelung von Art. 105 Abs. 3 FusG soll es den Gesellschaftern ermöglichen, eine Klage ohne das immense Kostenrisiko anzuhängen, wenn sie denn legitime Gründe für die Klage haben (Urteil des Bundesgerichts 4A_440/2007 vom 6. Februar 2008, E. 1.1.2). Besondere Umstände im Sinne des Gesetzes liegen namentlich dann vor, wenn die Klage offensichtlich unbegründet ist und wenn sich der Kläger dessen bewusst war oder hätte bewusst sein müssen (Botschaft zum FusG,

a.a.O., S. 4488). Als besondere Umstände hat das Bundesgericht bisher vor allem sog. Berufskläger taxiert, welche in Kenntnis der Abfindung Aktien gekauft haben, und dabei auf eine Ausgleichszahlung spekuliert haben (Urteil des Bundesgerichts 4A_96/2011 vom 20. September 2011 E 8.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_100/2009 vom 15. September 2009, E 1.4; Urteil des Bundesgerichts 4A_440/2007 vom 6. Februar 2008, E 1.1.2).

III.1.4 Dass der Kläger 1 systematisch Überprüfungsklagen erhebt, wurde von der Beklagten zwar behauptet, jedoch nicht hinreichend belegt. Selbst wenn er dies zum Schrecken der Verwaltungsräte hin und wieder täte, kann darin nicht per se eine Missbräuchlichkeit erblickt werden, solange er als Aktionär im jeweils zu beurteilenden Einzelfall tatsächlich Anspruch auf eine angemessene Abfindung hat und ein Rechtsschutzinteresse für eine gerichtliche Überprüfung vorweisen kann. Es wurde bereits in Erw. III. 5 festgestellt, dass die Kläger ein solches Rechtsschutzinteresse an der Erhebung der Überprüfungsklage hatten, da sie schon vor der Voranmeldung des öffentlichen Kaufangebots Aktionäre der AltX Schweiz waren. Auch diesbezüglich können die Kläger daher nicht als «Berufskläger» im Sinne von BGE 135 III 607, E. 2.4 bezeichnet werden, welche Aktien lediglich zum Zweck der Anhebung der Überprüfungsklage erwerben. Selbst wenn es zutreffen würde, dass der Kläger 1 systematisch bei sämtlichen Umstrukturierungen die Überprüfungsklage erhebt, würde dies nicht automatisch dazu führen, dass auch im vorliegenden Verfahren besondere Umstände vorliegen, welche die Auferlegung der Kosten an die Kläger rechtfertigen würde. Für das Vorliegen von besonderen Umständen gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG ist stattdessen auf den konkreten Einzelfall abzustellen. Es ist bereits oben festgehalten worden, dass in Bezug auf die Abwicklung der Fusion verschiedene Ungereimtheiten aufgetreten sind. So wurden insbesondere die Interessenkonflikte der beteiligten Verwaltungsräte der AltX Schweiz nicht mittels geeigneter Massnahmen kompensiert und der Prüfbericht für die Fusion basierte nicht auf den aktuellsten

Daten, weshalb ein gerichtliches Gutachten über den Unternehmenswert eingeholt werden musste. Es gab daher genügend Anhaltspunkte für die Kläger, an der Angemessenheit der Höhe der Abfindungszahlung zu zweifeln. Die Tatsache, dass die Kläger Ökonomieprofessoren sind, vermag sie zwar in die Lage zu versetzen, die Berechnung der Abfindungszahlung teilweise nachzuvollziehen und zu hinterfragen. Zur Bestimmung einer angemessenen Ausgleichszahlung waren sie allerdings mangels Einsicht in die internen Unterlagen der AltX Schweiz nicht fähig. Dies zeigt sich auch anhand der umfangreichen Editionsanträge der Kläger und später auch an den umfangreichen Erhebungen des Gutachters im Rahmen der Vorbereitung seines Gutachtens. Im Zeitpunkt der Klageeinreichung war es für die Kläger daher nicht offensichtlich, dass ihr Begehren mit den Worten der Beklagten «ökonomisch unhaltbar» gewesen sei. Im Gegenteil ist es genau Sinn und Zweck von Art. 105 Abs. 3 FusG, dass der Kläger kein Kostenrisiko trägt, weil er seine Prozessaussichten nur sehr schlecht beurteilen kann und sich die Kosten angesichts des hohen Streitwerts prohibitiv wirken könnten. Die Beklagte ist sodann mit ihrem Nichteintretensantrag und mit ihrem Antrag auf Abweisung mangels notwendiger Passivlegitimation unterlegen. Es ist daher vorliegend nicht von besonderen Umständen auszugehen und die Kosten dieses Verfahrens sind daher vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen.»

Berzirksgericht Horgen, II. Abteilung
Urteil vom 30. April 2014
CG060058
rechtskräftig
(Mitgeteilt von Gerichtsschreiber MLaw
Christian Stoll)

62.

Art. 117 lit. a ZPO. Anforderungen an die Mittellosigkeit bei Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren.

Bei der Beurteilung von Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren sind sehr strenge Massstäbe anzulegen. Die in einem Schlichtungsverfahren entstehenden Kosten sind sehr beschränkt und können deshalb bereits bei relativ wenig Vermögen oder einem geringen Überschuss des Einkommens über den zivilprozessualen Notbedarf bestritten werden.

Sachverhalt:

Der Geschwächter machte bei einem Friedensrichteramt ein Schlichtungsverfahren anhängig betreffend eine arbeitsrechtliche Forderungsklage (Streitwert Fr. 30 000.–). Beim Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren.

(Aus den Erwägungen:)

«2.4. Die Mittellosigkeit wird gemeinhin dann bejaht, wenn der Aufwand des notwendigen Lebensunterhalts (sog. «zivilprozessualer Notbedarf») das massgebliche Einkommen übersteigt bzw. aus der Differenz nur ein kleiner Überschuss resultiert, welcher es dem Geschwächter nicht erlauben würde, die Prozesskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen. Nebst dem Einkommen ist auch das Vermögen zur Bestreitung des Prozessaufwands einzusetzen. Zu berücksichtigen ist vorhandenes Vermögen jeglicher Art, soweit es effektiv verfügbar, realisierbar und sein Verbrauch zumutbar ist. Sind ausreichend liquide Mittel wie bspw. Bankkonten oder Wertpapiere vorhanden, sind diese zur Bezahlung des Prozesses zu verwenden, es sei denn, sie werden mangels ausreichenden Einkommens für den laufenden Lebensunterhalt benötigt (*Emmel*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N. 7 zu Art. 117 ZPO). Als Lebensaufwand-

kosten sind grundsätzlich zu berücksichtigen der Grundbetrag, rechtlich geschuldete Unterhaltsbeiträge, Wohnkosten, obligatorische Versicherungen, Transportkosten zum Arbeitsplatz, Steuern sowie Verpflichtungen gegenüber Dritten, wenn sie tatsächlich erfüllt werden (*Emmel*, a.a.O., N. 9 zu Art. 117 ZPO). Massgebend sind die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung (*Emmel*, a.a.O., N. 4 zu Art. 117 ZPO).

2.5. Die gesuchstellende Person hat gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO die zur Beurteilung ihres Gesuchs relevanten Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen – es trifft sie bei der Abklärung der wirtschaftlichen Verhältnisse eine umfassende Mitwirkungspflicht. Kommt sie dieser Mitwirkungspflicht nicht oder nur ungenügend nach und kann als Folge davon ihre Bedürftigkeit nicht hinreichend beurteilt werden, ist der Anspruch um unentgeltliche Rechtspflege zu verweigern (BGE 120 Ia 179).

2.6. Der Gesuchsteller machte geltend, er verdiene monatlich netto Fr. 3696.– und seine Ehefrau erziele einen monatlichen Verdienst von netto Fr. 2864.10 (inkl. Kinderzulagen von Fr. 250.–; inkl. 13. Monatslohn). Die entsprechenden Belege wurden zu den Akten gereicht, wobei der monatliche Anteil des 13. Monatslohnes der Ehefrau des Gesuchstellers lediglich Fr. 123.95 beträgt und die Kinderzulagen für die Tochter C. nicht zu berücksichtigen sind. Es ist damit von monatlichen Einnahmen des Gesuchstellers und seiner Ehefrau von Fr. 6237.35 auszugehen.

Betreffend monatliche Auslagen machte der Gesuchsteller geltend, diese betrügen insgesamt Fr. 3207.85 (Miete Fr. 1928.–, Krankenkassenprämie KVG Gesuchsteller Fr. 305.55, Krankenkassenprämie KVG Ehefrau Fr. 290.15, Krankenkassenprämie KVG Tochter Fr. 64.95, Fahrkosten Ehefrau Fr. 200.–, Hausrat-/Haftpflichtversicherung Fr. 11.56, Anteil Steuern Fr. 407.65). Die geltend gemachte monatliche Miete ist belegt und setzt sich zusammen aus der Wohnungsmiete Fr. 1800.– und der Miete für einen Parkplatz von Fr. 40.– und einen Einstellplatz von Fr. 88.–. Da sich die mündige Tochter noch in Ausbildung befindet, ist von einer Reduktion der

ausgewiesenen Wohnkosten von Fr. 1800.– abzusehen (vgl. *Rüegg*, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N. 13 zu Art. 117 ZPO). Die Ehefrau des Gesuchstellers arbeitet von 4:30h bis 7:00 als Reinigungsmitarbeiterin, weshalb davon auszugehen ist, dass sie zur Berufsausübung auf ein Auto angewiesen ist. Damit sind die Kosten für den Einstellplatz von Fr. 88.– wie auch die gemäss Kreisschreiben angemessen erscheinenden monatlichen Auslagen von Fr. 200.– für das Auto im Bedarf zu berücksichtigen. Nicht zu berücksichtigen ist jedoch der ebenfalls gemietete weitere Parkplatz zu monatlich Fr. 40.–, ergibt sich aus den Akten doch nicht, dass der Gesuchsteller und seine Ehefrau ein zweites Fahrzeug besitzen und dass ein solches für die Berufsausübung notwendig wäre. Ausgewiesen sind die geltend gemachten Krankenkassenprämien KVG des Gesuchstellers und seiner Ehefrau von insgesamt Fr. 595.70, die Krankenkassenprämie KVG der Tochter von Fr. 64.95 und die Steuern von monatlich Fr. 407.65. Die Prämie für die Hausrat-/Haftpflichtversicherung beträgt gemäss dem eingereichten Beleg Fr. 34.90 pro Monat. Unter Hinzurechnung des Grundbetrages gemäss Kreisschreiben von Fr. 1700.– für den Gesuchsteller und seine Ehefrau sowie von Fr. 600.– für die Tochter ist von einem monatlichen Bedarf des Gesuchstellers und seiner Ehefrau von Fr. 5491.20 auszugehen. Damit verfügen der Gesuchsteller und seine Familie über einen monatlichen *Freibetrag von mindestens Fr. 746.15* (der Lehrlingslohn der Tochter von monatlich brutto Fr. 900.– blieb dabei unberücksichtigt). Hinzu kommt gemäss den Angaben des Gesuchstellers *Vermögen von ca. Fr. 5000.–*.

Bei diesen finanziellen Verhältnissen ist es dem Gesuchsteller möglich, für die relativ geringen Kosten des Schlichtungsverfahrens innert nützlicher Frist aufzukommen. Die Mittellosigkeit des Gesuchstellers ist damit zu verneinen und das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren ist abzuweisen.»

Obergericht, Präsident
Urteil vom 28. November 2013
VO130170-O
(Mitgeteilt von lic. iur. A. Gürber)

63.

Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 3 Abs. 2 lit. c, Art. 101 Abs. 1 und 3, Art. 108 Abs. 1 StPO. Akteneinsichtsrecht von Dritten.

Das Akteneinsichtsrecht von Dritten findet seine Grenze an überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen. Dabei kann der Zweck der Strafuntersuchung und das öffentliche Interesse an einer raschen und ungestörten Durchführung des Strafverfahrens der Akteneinsicht durch Drittpersonen entgegenstehen (Erw. II/3). Akteneinsichtsrecht im konkreten Fall verneint (Erw. II/4).

Sachverhalt:

Im Rahmen der laufenden Strafuntersuchung gegen X. (Beschuldigte) wegen mehrfacher Amtsgeheimnisverletzung im Zusammenhang mit der medialen Berichterstattung über die Tätigkeit von Y. (Privatkläger) bei einer staatlichen Institution ersuchte Z. als Vorgesetzter der Beschuldigten um Zustellung sämtlicher ihn selbst betreffenden Akten aus diesem Strafverfahren. Die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich wies das Akteneinsichtsgesuch von Z. mangels eines überwiegenden privaten Interesses an der Akteneinsicht ab. Gegen die Abweisung des Akteneinsichtsgesuchs erhob Z. Beschwerde. Er macht geltend, der Privatkläger lasse gegen ihn und die Beschuldigte eine perfide Medienkampagne führen. In den Zeitungsberichten seien gegen ihn und die Beschuldigte Vorwürfe des Mobbing und der Amtsgeheimnisverletzung erhoben worden. Sämtliche Vorwürfe seien mit einem Verweis auf die Akten der Strafuntersuchung gegen die Be-

schuldigte, welche ihn angeblich massiv belasten, begründet worden. Ohne Kenntnis dessen, was tatsächlich in den Verfahrensakten enthalten sei, könne er sich gegen die Zeitungsberichte nicht wirkungsvoll zur Wehr setzen. Insbesondere werde es ihm durch die verweigte Akteneinsicht verunmöglicht, eine Strafanzeige gegen die Autoren der Zeitungsberichte bzw. gegen die verantwortlichen Redaktoren wegen übler Nachrede und Verleumdung ausreichend zu substantiieren oder eine Beschwerde an den Presserrat zu richten.

(Aus den Erwägungen:)

«II/3. Das Akteneinsichtsrecht ist Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO). Der Umfang des Akteneinsichtsrechts im Strafverfahren bestimmt sich nach Massgabe von Art. 101 und 108 StPO. Nach Art. 101 Abs. 1 StPO können die Parteien unter Vorbehalt von Art. 108 StPO spätestens nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigen Beweise durch die Staatsanwaltschaft die Akten des Strafverfahrens einsehen. Gemäss Art. 108 Abs. 1 StPO können die Strafbehörden das rechtliche Gehör einschränken, wenn der begründete Verdacht besteht, dass eine Partei ihre Rechte missbraucht (lit. a) oder dies für die Sicherheit von Personen oder zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen erforderlich ist (lit. b). Das Akteneinsichtsrecht kann den Parteien namentlich verweigert werden, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte Kollusionsgefahr zu befürchten ist (vgl. BGE 139 IV 25 E. 5.5.4).

Art. 101 Abs. 3 StPO regelt das Akteneinsichtsrecht von Drittpersonen. Danach können Dritte die Akten einsehen, wenn sie dafür ein wissenschaftliches oder ein anderes schützenswertes Interesse geltend machen und der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Als Dritter gilt, wer weder Partei (Art. 104 StPO) noch anderer Verfahrensbeteiligter (Art. 105 Abs. 1 StPO) ist (Urteil

des Bundesgerichts 1B_33/2014 vom 13. März 2014 E. 2.3).

Nach dem Gesetzeswortlaut genügt ein schutzwürdiges Interesse an der Akteneinsicht; ein rechtlich geschütztes Interesse wird nicht vorausgesetzt (*Markus Schmutz*, in: Basler Kommentar zur Strafprozessordnung, 2011, N. 23 zu Art. 101 StPO). Ein solches Interesse ist aber leichthin zu bejahen (*Daniela Brüscheiler*, Zürcher Kommentar zur Strafprozessordnung, 2010, N. 11 zu Art. 101 StPO). Das geltend gemachte Interesse muss daher zumindest glaubhaft sein.

Das Akteneinsichtsrecht findet seine Grenze an überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen. Mangels Nähe zum Verfahrensgegenstand der Drittpersonen ist die Interessenabwägung besonders sorgfältig vorzunehmen (*Schmutz*, a.a.O., N. 23 zu Art. 101 StPO; *Niklaus Schmid*, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 19 zu Art. 101 StPO; vgl. auch BGE 129 I 249 E. 3 betr. Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens). Dabei ist auch der Zweck der Strafuntersuchung zu berücksichtigen, der durch die Akteneinsicht nicht gefährdet werden darf. Auch das öffentliche Interesse an einer raschen und ungestörten Durchführung des Strafverfahrens kann der Akteneinsicht durch Drittpersonen entgegenstehen (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff., 1162).

Den Verfahrensbeteiligten, deren Geheimhaltungsinteressen tangiert sind, ist allenfalls vorgängig das rechtliche Gehör einzuräumen (*Brüscheiler*, a.a.O., N. 11 zu Art. 101 StPO; *Schmid*, a.a.O., N. 19 zu Art. 101 StPO).

Gestützt auf diese Erwägungen und die konkrete Verfahrenssituation ist im Folgenden das Akteneinsichtsgesuch des Beschwerdeführers zu prüfen.

II/4. Der Beschwerdeführer macht zum einen geltend, die Einsichtnahme in die Akten der Strafuntersuchung gegen die Beschuldigte sei notwendig, damit er eine allfällige Strafanzeige gegen die verantwortlichen Journalisten und Redaktoren der <...> [Name der Zeitung] wegen Ehrverletzung und Verleumdung substantiieren könne. Zur Begrün-

dung des Anfangsverdachts auf ein Ehrverletzungsdelikt im Sinn von Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO reicht es entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers jedoch aus, wenn dieser die betreffenden Medienberichte der Strafanzeige beilegt. Der Beschwerdeführer ist nicht zum Nachweis verpflichtet, dass die Medienberichte unwahr sind. Im Gegenteil ist es Sache der angezeigten Personen, den Wahrheitsbeweis der Medienberichte zu erbringen (vgl. Art. 173 Ziff. 2 StGB). Eine allfällig erforderliche weitere Sachverhaltsabklärung ist Aufgabe der Staatsanwaltschaft. Für den Beschwerdeführer, dem laut Staatsanwaltschaft die ihn betreffenden Akten (E-Mails, ... Berichte über den Privatkläger) zugänglich sind, erübrigt sich damit die Einsichtnahme in die Untersuchungsakten der Beschuldigten. Zu dem fällt in Betracht, dass – sofern sich in einem späteren Zeitpunkt Bedarf zeigt – ein Begehren um Beizug der Untersuchungsakten in einem vom Beschwerdeführer initiierten Strafverfahren gegen den Privatkläger noch nachträglich gestellt werden könnte.

Zum andern macht der Beschwerdeführer geltend, die Einsichtnahme in die Untersuchungsakten der Beschuldigten sei notwendig, um eine Beschwerde an den Presserat zu richten. Beim Presserat handelt es sich um den operativen Arm einer Stiftung, die sich die freiwillige Selbstregulierung der Medienethik zum Ziel gesetzt hat. Der Presserat nimmt Beschwerden wegen Verletzung des Journalistenkodex binnen sechs Monaten seit der Publikation oder Ausstrahlung eines Berichts entgegen. Die Beschwerde an den Presserat hat eine Beschreibung des Sachverhalts und eine Begründung der Beanstandungen unter Angabe der verletzten Kodex-Ziffern und unter Beilegung des beanstandeten Medienberichts zu enthalten. Die Aufgabe des Presserates beschränkt sich auf die Prüfung, ob in den beanstandeten Berichten der Journalistenkodex eingehalten wurde (vgl. zum Ganzen <http://ratgeber.presserat.ch>, letztmals besucht am 22. Juli 2014). Dem Beschwerdeführer ist es ohne Weiteres möglich, die besagten Berichte in der <...> [Name der Zeitung] entsprechend den genannten Anforderungen beim Presserat zu

beanstanden. Dazu benötigt er keinen Einblick in die Untersuchungsakten der Beschuldigten.

Damit vermag der Beschwerdeführer kein schutzwürdiges Interesse an der Akteneinsichtnahme im oben dargelegten Sinn glaubhaft zu machen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass der Privatkläger als Verfahrenspartei allfällig zur Begründung einer Zivilforderung gegen die Beschuldigte (teilweise) Akteneinsicht nehmen konnte (vgl. zum Akteneinsichtsrecht der Privatklägerschaft *Schmutz*, a.a.O., N. 8 zu Art. 101 StPO). Dieser Umstand hindert den Beschwerdeführer nicht daran, seine Interessen in einem Verfahren gegen die Journalisten oder vor dem Presserat sachgerecht wahrzunehmen. Auch nach dem Fairnessgebot (Waffengleichheit) ist es daher nicht erforderlich, dem Beschwerdeführer Einsicht in die Akten der Beschuldigten zu gewähren.

Umgekehrt ist unter dem Blickwinkel der öffentlichen Interessen davon auszugehen, dass Strafuntersuchungen grundsätzlich geheim geführt werden. Die Einsicht in die Strafakten ist in der Strafprozessordnung nur in engen Grenzen zugelassen und auch für Parteien und Betroffene nicht absolut (vgl. E. II/3 hiervor). Im vorliegenden Fall ist zu bedenken, dass der Beschwerdeführer der direkte Vorgesetzte der Beschuldigten ist (bzw. war) und die mutmasslichen Straftaten im Arbeitsumfeld erfolgten. Der Beschwerdeführer ist in diesem Zusammenhang mittlerweile ebenfalls wegen Amtsgeheimnisverletzung angezeigt worden (vgl. Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts vom 17. Juni 2014 [TB140023]). Eine Einsichtnahme in die Untersuchungsakten könnte der ungestörten Durchführung des Strafverfahrens gegen die Beschuldigte, die sich demnächst vor dem Bezirksgericht zu verantworten haben wird, sowie auch der Wahrheitsfindung in einem allfälligen Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer abträglich sein. Daraus ergeben sich gewichtige öffentliche Interessen, welche der Einsichtnahme zumindest im jetzigen Zeitpunkt entgegenstehen.

Bei einer gesamthaften Abwägung der unterschiedlichen Interessen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer keine schutzwürdigen Interessen an einer Einsichtnahme in die Untersuchungsakten der Beschuldigten geltend machen kann und einer solchen gewichtige öffentliche Interessen entgegenstehen. Damit hält die angefochtene Verfügung der Staatsanwaltschaft vor Bundesrecht stand und erweist sich die Beschwerde insoweit als unbegründet.»

Obergericht, III. Strafkammer

Beschluss vom 24. Juli 2014

UH140119

(Mitgeteilt von Dr. iur. C. Schoder)

64.

Art. 125 und Art. 11 StGB. Fahrlässige Körperverletzung durch Unterlassung; Voraussetzungen. Einwilligung des Verletzten bei schwerer Körperverletzung. Ärztliche Aufklärungspflicht.

Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassung setzt einen (hypothetischen) Kausalzusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung (durch Unterlassung) und dem strafbaren Erfolg voraus. Der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht vor der Einwilligung in eine schwere Körperverletzung richtet sich nach dem konkreten Aufklärungsbedürfnis und fällt dahin, wenn der Patient ausdrücklich oder durch sein unmissverständliches Verhalten auf nähere Informationen verzichtet.

Sachverhalt:

Nachdem der Beschwerdeführer am Morgen des 11. September 2010 seinen Hausarzt, Dr. H., aufgesucht hatte, weil er in der Hodenregion rechts Schmerzen verspürte, wurde er von diesem mit Verdacht auf Hodentorsion

rechts (Verdrehung des rechten Hodens) notfallmässig ins Spital X. überwiesen, wo er um 10.00 Uhr eintraf. Auch im Spital X. wurde die Verdachtsdiagnose Hodentorsion gestellt und beschlossen, den Beschwerdeführer ins Spital Z. zu überweisen. Um 16.31 Uhr kam er im Spital Z. an, wo er um 17.50 Uhr in den Operationssaal gebracht wurde. Im Rahmen der Operation erfolgten eine Orchidektomie rechts (Entfernung des Hodens), eine Orchidopexie links (Fixierung des Hodens) sowie eine Vasektomie links (Unterbindung des Samenleiters).

In der Folge erhob der Beschwerdeführer den Vorwurf der fahrlässigen schweren Körperverletzung. Zum einen hätten die behandelnden Ärzte des Spitals X. – Dr. B., Dr. C., Dr. D. – nicht schnell genug gehandelt. Dass der rechte Hoden habe entfernt werden müssen, sei allein auf deren stundenlange Untätigkeit zurückzuführen. Zum anderen warf er den behandelnden Ärzten des Spitals Z. – Dr. E. und Dr. F. – vor, die Vasektomie links ohne gültige Einwilligung seinerseits vorgenommen zu haben.

(Aus den Erwägungen:)

«[...]»

II.5.2 Eine fahrlässige Körperverletzung im Sinne von Art. 125 StGB begeht, wer fahrlässig, das heisst aufgrund pflichtwidriger Unvorsichtigkeit, einen Menschen an Körper oder Gesundheit schädigt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist (Art. 12 Abs. 3 StGB). Ein Schuldspruch wegen fahrlässiger Körperverletzung setzt somit voraus, dass der Täter den Erfolg durch Verletzung einer Sorgfaltspflicht verursacht hat. Sorgfaltswidrig ist die Handlungsweise, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat aufgrund der Umstände sowie seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte erkennen können und müssen und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten hat (BGE 135 IV 56 Erw. 2.1; BGE 127 IV 62 Erw. 2d; Urteil BGer 6B_165/2013 vom

17.1.2014 Erw. 2.2; Urteil BGer 6B_604/2012 vom 16.1.2014 Erw. 4.3.2; je mit Hinweisen). Eine fahrlässige Körperverletzung kann auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben begangen werden (vgl. BGE 129 IV 119 = Pra 92 [2003] Nr. 165 Erw. 2.2, m.H.). Pflichtwidrig untätig bleibt, wer die Gefährdung oder Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes nicht verhindert, obwohl er die Möglichkeit dazu hat (Tatmacht) und obwohl er aufgrund seiner Rechtsstellung so sehr dazu verpflichtet ist, dass die Unterlassung der Erfolgsherbeiführung durch aktives Handeln gleichwertig erscheint (Garantenstellung; BGE 117 IV 130 = Pra 80 [1991] Nr. 212 Erw. 2a). Die Garantenstellung kann sich namentlich ergeben aus Gesetz, Vertrag, freiwillig eingegangener Gefahrengemeinschaft oder vorausgegangenem gefährdendem Tun (sog. Ingerenz; Art. 11 Abs. 1, 2 und 3 StGB). Fehlt es dem Garanten dabei am Vorsatz (Wissen und Wollen, vgl. Art. 12 Abs. 2 StGB), beruht das Unterlassen geeigneter Rettungsmassnahmen allenfalls auf einer pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit (Sorgfaltspflichtverletzung). Eine Sorgfaltspflichtverletzung liegt jedoch nur vor, wenn der Erfolg sowie die zum Erfolg führenden Geschehensabläufe für den Täter zumindest in ihren wesentlichen Zügen voraussehbar sind, was sich wiederum nach seinen persönlichen Verhältnissen und den Umständen des konkreten Einzelfalls beurteilt. Ob dies der Fall ist, wird vom Bundesgericht gestützt auf den Massstab der Adäquanz geprüft. Danach muss das Verhalten geeignet sein, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen (BGE 135 IV 56 Erw. 2.1; BGE 130 IV 7 Erw. 3.2; BGE; BGE 127 IV 62 Erw. 2d). Schliesslich ist zu prüfen, ob der strafbare Erfolg auch vermeidbar war. Untersucht wird dabei anhand eines hypothetischen Kausalzusammenhangs, ob bei Vornahme der gebotenen Handlung der Erfolg mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre und ob deren Nichtvornahme für den eingetretenen Erfolg adäquat kausal war (BGE 117 IV 130 = Pra

80 [1991] Nr. 212 Erw. 2a; Urteil BGer 6B_924/2009 vom 18.3.2010 Erw. 2.4.2).

[...]

II.5.4 Damit stellt sich vorliegend zunächst die Frage, ab welchem Zeitpunkt sich der rechte Hoden des Beschwerdeführers in einem Zustand befand, welcher die Entfernung desselben erforderlich machte, bzw. ob der Hoden hätte gerettet werden können, wenn der Beschwerdeführer nach seinem Eintreffen im Spital X. früher operiert worden wäre. Nur dann wäre der strafbare Erfolg – irreversible Schädigung des rechten Hodens, welche die Entfernung desselben notwendig machte – allenfalls vermeidbar gewesen und nur dann ist eine fahrlässige Körperverletzung durch Unterlassung durch die behandelnden Ärzte des Spitals X. überhaupt in Betracht zu ziehen.

[...]

II.5.5 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass vorliegend keine Abklärungsmöglichkeiten bestehen, mit welchen sich der genaue Zustand des rechten Hodens zu einem früheren Zeitpunkt als bei dessen Freilegung anlässlich der Operation im Spital Z. feststellen liesse. Dementsprechend können die Fragen, seit wann die Hodentorsion bestand und ab welchem Zeitpunkt das Gewebe in welchem Ausmass nekrotisch war, im heutigen Zeitpunkt nicht mehr zuverlässig beantwortet werden.

[...]

II.5.6 Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass sich vorliegend nicht verlässlich nachweisen lässt, die behandelnden Ärzte des Spitals X. – Dr. B., Dr. C. und Dr. D. – hätten den strafbaren Erfolg, mithin die Nekrose des rechten Hodens in einem Ausmass, welches die Entfernung des Hodens erforderlich machte, verhindern können. Damit fehlt es indes am adäquaten Kausalzusammenhang zwischen einer allfälligen Sorgfaltsverletzung der betreffenden Ärzte und der die Entfernung des Hodens gebietenden Nekrose. Untersuchungshandlungen, welche zu einem anderen Ergebnis führen könnten, sind wie ausgeführt nicht ersichtlich. Lässt sich indessen der (hypothetische) Kausalzusammenhang zwischen der den Ärzten

Dr. B., Dr. C. und Dr. D. vom Beschwerdeführer vorgeworfenen Sorgfaltspflichtverletzung in Form einer Unterlassung und dem strafbaren Erfolg nicht nachweisen, fällt eine fahrlässige Körperverletzung (durch Unterlassung) nicht in Betracht. Dementsprechend ist die Frage, ob den Ärzten überhaupt eine Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht vorzuwerfen ist, indem sie nicht für eine schnellere Operation gesorgt hätten, unerheblich und daher nicht weiter zu prüfen. Diesbezügliche Abklärungen sind daher entbehrlich.

[...]

II.6.1 Anlässlich der Operation wurde beim Beschwerdeführer neben der Orchidektomie rechts auch eine Vasektomie links durchgeführt. D.h. es wurde ein ca. 3 cm-langes Stück des Samenleiters entfernt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfüllt indes auch ein kunstgerecht ausgeführter ärztlicher Heileingriff den Tatbestand der Körperverletzung (BGE 124 IV 258 Regeste und Erw. 2). Bei der Vasektomie handelt es sich grundsätzlich um einen irreversiblen Eingriff, der die Unfruchtbarkeit des Betroffenen zur Folge hat. Dementsprechend ist bei einer Vasektomie von einer schweren Körperverletzung i.S.v. Art. 122 StGB auszugehen.

Unter bestimmten Umständen kann ein grundsätzlich tatbestandsmässiges Verhalten durch die Einwilligung des Verletzten gerechtfertigt sein. Dabei muss im Zusammenhang mit einer schweren Körperverletzung gemäss Art. 122 StGB der Eingriff in die körperliche Integrität einem als positiv zu wertenden Zweck dienen und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Dies ist bei medizinisch indizierten Massnahmen durchwegs gegeben und gilt ohne Rücksicht auf die Motivation auch für die Sterilisation einer urteilsfähigen Person über 18 Jahren (*Donatsch*, Strafrecht III, 10. Aufl., Zürich 2013, S. 51; vgl. Art. 5 Abs. 1 Sterilisationsgesetz, SR 211.111.1). Wirksam ist die Einwilligung allerdings nur, wenn sie frei und in eigenverantwortlicher Weise erfolgt. Der Betroffene muss in dem Sinne urteilsfähig sein, als er Bedeutung und Tragweite des Eingriffs einsehen und abschätzen kann. Dies setzt bei

medizinischen Eingriffen grundsätzlich eine eingehende ärztliche Aufklärung über den Gesundheitszustand und die Erfolgsaussichten bzw. Risiken des Eingriffs voraus. Der Patient soll über den Eingriff soweit unterrichtet sein, dass er seine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage geben kann (BGE 133 III 121 = Pra 96 [2007] Nr. 105 Erw. 4.1.1; BGE 117 Ib 197 Erw. 3b). Willensmängel wie Täuschung, Irrtum, Drohung und Zwang machen die Einwilligung unwirksam. Schliesslich muss die Zustimmung grundsätzlich vor dem Eingriff erfolgen und der Täter muss um sie wissen (vgl. *Stratenwerth/Wohlers*, Handkommentar StGB, 3. Aufl., Bern 2013, Vorbem. zu den Art. 14 ff. N 2).

II.6.2 Der Beschwerdeführer wirft den behandelnden Ärzten des Spitals Z. – Dr. E. und Dr. F. – vor, anlässlich der Operation neben der Orchidektomie rechts auch eine Vasektomie links vorgenommen zu haben. Zwar findet sich in den Akten ein «Aufklärungsprotokoll über die Unterbindung (Vasektomie)», in welchem der Beschwerdeführer unterschriftlich bestätigte, dass Dr. F. und Dr. E. mit ihm ein abschliessendes Aufklärungsgespräch geführt hätten und er, der Beschwerdeführer, die Erläuterungen verstanden habe und mit dem Eingriff einverstanden sei. Der Beschwerdeführer macht jedoch geltend, diese Einwilligung sei nicht gültig. Zum einen habe die Zeit für ein sorgfältiges Aufklärungsgespräch gefehlt, zumal er nach seiner Notfallaufnahme im Spital Z. um 16.31 Uhr bereits nach 59 Minuten zur Operation auf die Abteilung überwiesen worden sei. Zudem hätten Dr. F. und Dr. E. der von ihm vor der Operation thematisierten Vasektomie sofort zugestimmt und diese anlässlich der Orchidektomie auch gleich vorgenommen, ohne ihm eine hinreichende Bedenkfrist von mindestens 24 Stunden einzuräumen. Zum anderen habe er sich angesichts der bevorstehenden Operation in einem Ausnahmezustand befunden, da er seit Stunden unter grossen Schmerzen gelitten und unter dem Eindruck von Schmerzmitteln gestanden habe.

[...]

II.6.4 Die ärztliche Aufklärung soll den Betreffenden in die Lage versetzen, selbstverantwortlich zu entscheiden, ob er sich dem Eingriff unterziehen will oder nicht. Dazu muss er über alle Informationen verfügen, die für eine Abwägung des möglichen Nutzens der Operation und der mit ihr verbundenen Risiken erforderlich und somit zu einer sachgerechten Meinungsbildung notwendig sind (ZBl 97 [1996] 278 Erw. 4c). Dabei kann jedoch der Arzt im Allgemeinen davon ausgehen, dass er es mit einem verständigen Patienten zu tun hat, der im Rahmen seiner Lebenserfahrung um die allgemein bekannten Gefahren der in Frage stehenden Operation weiss. Nicht aufzuklären ist daher über Komplikationen, die mit einem grösseren Eingriff regelmässig verbunden sind oder ihm folgen können, wie zum Beispiel Blutungen, Infektionen, Thrombosen oder Embolien (BGE 117 Ib 197 Erw. 3b). Im Übrigen richtet sich der Umfang der Aufklärungspflicht insbesondere nach dem Vorwissen des Patienten (*Jäger/Schweiter*, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflicht- und Arztstrafrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, S. 186; vgl. Urteil BGer 1P.219/2004 vom 6.8.2004 Erw. 3.3) und der aufklärungspflichtige Arzt hat sich nach Möglichkeit an dessen Aufklärungsbedürfnis zu orientieren (Urteil BGer 4C.276/1993 vom 1.12.1998 = Pra 89 [2000] Nr. 28 Erw. 3b.aa). Die Einräumung einer vernünftigen Frist für die Entscheidung des Patienten ist dabei grundsätzlich von erheblicher Bedeutung, damit dieser ohne äussere Einflüsse wie namentlich Zeitdruck entscheiden und allenfalls den Rat von Angehörigen oder Freunden einholen kann (Urteil BGer 4P.265/2002 vom 28.4.2003 Erw. 5.2). Die Aufklärungspflicht fällt indes dahin, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Betreffende bereits hinreichend orientiert ist, oder wenn er bei der Erteilung der Zustimmung ausdrücklich oder durch sein unmissverständliches Verhalten auf nähere Informationen verzichtet (BGE 105 II 284 = Pra 69 [1980] Nr.135 Erw. 6c a.E.; *Jäger/Schweiter*, a.a.O., S. 84).

II.6.5 Dr. F. und Dr. E. machen beide geltend, der Beschwerdeführer habe den Ein-

druck vermittelt, sich bereits einlässlich und seit einiger Zeit mit der Frage einer Vasektomie auseinandergesetzt und sich insoweit bereits entschieden zu haben. Anlässlich der polizeilichen Befragung vom 31. März 2011 bzw. 14. April 2011 gaben sie im Wesentlichen übereinstimmend an, als Dr. F. den Beschwerdeführer über die bevorstehende Hodenfreilegung und Orchidopexie links aufgeklärt habe, habe dieser sich erkundigt, ob man gleichzeitig eine Vasektomie durchführen könne. Dabei sei es nicht nur darum gegangen, ob dies möglich sei, sondern er habe den expliziten Wunsch geäußert, dies auch zu tun. Daraufhin habe Dr. F. entgegnet, es sei nicht üblich, dies im Rahmen eines Notfalleingriffes vorzunehmen, und er würde dies so nicht machen. Er müsse Dr. E. fragen. Als Dr. F. auf entsprechende Bitte des Beschwerdeführers hin Dr. E. angerufen habe, habe auch dieser gemeint, sie würden das nicht machen. Nachdem Dr. F. dies dem Beschwerdeführer weitergeleitet habe, habe Letzterer entgegnet, das sei jetzt irritierend, zumal er dies schon seit längerem vorgehabt habe, und Dr. F. gebeten, Dr. E. zu holen, um dies zu besprechen. In diesem Gespräch, welches in Anwesenheit von Dr. F. stattgefunden habe, habe Dr. E. dem Beschwerdeführer erklärt, dass dies unüblich sei. Der Beschwerdeführer habe jedoch gemeint, er habe sich das schon seit längerem überlegt. Er habe bereits ein Kind, das Zweite sei unterwegs und er sei eigentlich mit zwei Kindern zufrieden. Wenn man ohnehin einen Eingriff vornehmen müsse, könne man dies doch in einem machen. Dabei habe der Beschwerdeführer nicht aufgeregt, sondern sehr gefasst und überlegt gewirkt und den Eindruck hinterlassen, er wisse, worum es geht. Sie hätten mehrfach nachgefragt. Der Beschwerdeführer habe jedoch wiederholt klar, deutlich und glaubhaft zu verstehen gegeben, dass er sich schon seit längerem mit diesem Thema auseinandergesetzt und den Entschluss dazu bereits vor längerer Zeit gefasst habe, er keine weitere Zeit mehr benötige und die Vasektomie nun wünsche. Daher und da er auf der Vasektomie bestanden habe, hätten sie sich zur Durchführung derselben bereit erklärt.

Auf entsprechende Anweisung von Dr. E. hin habe Dr. F. den Beschwerdeführer über die Vasektomie aufgeklärt, ihn das diesbezügliche Aufklärungsprotokoll unterzeichnen lassen und erneut ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein solches Verfahren unüblich sei und nur auf seinen, des Beschwerdeführers, Wunsch hin geschehe.

Der Beschwerdeführer seinerseits bestätigte, anlässlich des Operationsvorbereitungsgesprächs das Thema einer Vasektomie von sich aus zur Sprache gebracht zu haben. Er habe gedacht, wenn er ohnehin operiert werden müsse, könne man alles miteinander machen, dann sei es vorbei. Sich nur für eine Vasektomie unters Messer legen zu müssen, sei für ihn schon immer eine grosse Hemmschwelle gewesen. Dabei habe er sich schon mal gefragt, ob er dies machen wolle. Jedoch habe er sich nicht konkret damit auseinandergesetzt. Die Frage habe er aus der Situation heraus gestellt. Sie hätten ihm gesagt, dass man normalerweise eine bestimmte Anzahl Tage warten müssen. Aber wenn er sich jetzt sicher sei, könne man das trotzdem durchführen. Als sie ihn gefragt hätten, ob er sich sicher sei und ob er das wirklich wolle, habe er dies bejaht. Jedoch habe er nicht darauf bestanden, sondern dies als Wunsch geäußert. Wenn sie ihm gesagt hätten, er solle sich das nochmals überlegen und eine Bedenkzeit einhalten, hätte er dies akzeptiert. Er sei darüber, was es bedeute, oder über allfällige Risiken nicht informiert worden.

II.6.6 Bei einer Vasektomie handelt es sich um eine irreversible Methode der Empfängnisverhütung, mit welcher die Unfruchtbarkeit des Betreffenden herbeigeführt werden soll (vgl. <http://www.urologie.usz.ch/PATIENTENUNDBESUCHER/ANGEBOT/Seiten/Unterbindung.aspx>), weshalb ein solcher Eingriff fraglos als schwerwiegend erscheint. Der Entscheid für eine solche Operation sollte daher gut durchdacht und nicht aus einer Laune heraus getroffen werden. Da die damit verbundenen Risiken und möglichen Komplikationen eher geringfügig erscheinen (vgl. <Aufklärungsprotokoll über die Unterbindung [Vasektomie]>), ist im Meinungsbildungsprozess der Schwerpunkt auf die Frage

zu richten, ob die mit dem Eingriff letztlich bezweckte Unfruchtbarkeit wirklich gewollt ist. Der Beschwerdeführer indessen vermittelte durch sein Verhalten im Vorfeld der Operation den Eindruck, sich bereits einlässlich mit dem Thema «Vasektomie» und den Folgen eines solchen Eingriffs auseinandergesetzt zu haben und den Eingriff sicher durchführen zu wollen. So war es gemäss seinen eigenen Angaben nicht nur er selber, welcher auf die Vasektomie zu sprechen kam, sondern er äusserte auch den Wunsch, eine solche sogleich vorzunehmen; dies in einer Situation, in welcher eigentlich eine andere Operation kurz bevorstand. Auch der Umstand, dass er – wie er selber aussagte – dahingehend argumentierte, wenn er sowieso operiert werden müssen, könne man alles miteinander machen, dann sei es vorbei, deutete darauf hin, es sei für ihn keine Frage mehr, *ob* eine Vasektomie durchgeführt werden sollte, sondern nur noch *wann*. Dabei wurde im Gespräch mit den Ärzten offenbar auch über die familiäre Situation des Beschwerdeführers gesprochen, zumal die Beteiligten – auch der Beschwerdeführer – übereinstimmend angaben, der Beschwerdeführer habe erklärt, er habe bereits ein Kind und die Geburt des Zweiten stehe kurz bevor. Dennoch und obwohl er – auch nach eigenen Angaben – darauf hingewiesen wurde, dass normalerweise eine bestimmte Anzahl Tage gewartet würde, bejahte er die Frage, ob er sich sicher sei und das wirklich wolle, und blieb bei seinem Anliegen. Schliesslich unterzeichnete er das «Aufklärungsprotokoll über die Unterbindung (Vasektomie)» und bestätigte damit unterschriftlich, dass Dr. F. und Dr. E. mit ihm ein abschliessendes Aufklärungsgespräch geführt hätten, er die Erläuterungen verstanden habe, alle ihn interessierenden Fragen habe stellen können und mit dem Eingriff einverstanden sei. Durch dieses Verhalten indes vermittelte er den Eindruck, sich in punkto Vasektomie bereits eine feste Meinung gebildet und sich dementsprechend – um zu dieser Meinung zu gelangen – bereits seit einiger Zeit mit diesem Thema auseinandergesetzt zu haben. Zumindest dem Anschein nach hatte sich somit der Beschwer-

deführer hinsichtlich derjenigen Frage, auf welcher im Meinungsbildungsprozess im Zusammenhang mit einer Vasektomie der Schwerpunkt liegt, bereits eine feste Meinung gebildet und war zur Durchführung einer solchen fest entschlossen. Dabei durften Dr. F. und Dr. E. ohne Weiteres davon ausgehen, der Beschwerdeführer sei sich der gravierenden Folgen eines solchen Eingriffs – die dauerhafte Unfruchtbarkeit – durchaus bewusst gewesen, zumal dieser das Thema «Vasektomie» von sich aus zur Sprache brachte und mit einer solchen ja gerade diese Folgen bezweckt werden. Mit der Unterzeichnung des «Aufklärungsprotokolls über die Unterbindung (Vasektomie)» bestätigte der Beschwerdeführer schliesslich, auch über die – vorliegend geringfügigen – Risiken und Komplikationen des Eingriffs aufgeklärt worden zu sein und sie verstanden zu haben.

Dabei wirkte der Beschwerdeführer gemäss den Aussagen von Dr. F. und Dr. E. unangeregt, gefasst und überlegt und war in der Lage, sein Problem präzise zu schildern und nachvollziehbar zu erklären, warum die Vasektomie gleich durchgeführt werden sollte. Damit letztlich übereinstimmend wird im Einsatzprotokoll des Rettungsdienstes festgehalten, der Beschwerdeführer antwortete orientiert und wirke bei der Übernahme bzw. während des Transports stabil und unauffällig. Die Schmerzen seien im Ruhezustand gut erträglich. Ebenso ist im Eintrittsbericht des Spitals Z. vermerkt, der Beschwerdeführer sei wach und allseits orientiert. Ferner wird sowohl im Notfallbericht und im Austrittsbericht des Spitals X. als auch im Einsatzprotokoll des Rettungsdienstes festgehalten, dass keine Medikamente ausgegeben worden seien, und auch im Anästhesieprotokoll des Spitals Z. wird vermerkt, am Operationstag seien keine Medikamente abgegeben worden. Der Beschwerdeführer selber schliesslich gab an, er glaube, Schmerzmittel erhalten zu haben, erklärte aber auch, es nicht wirklich zu wissen. Zwar enthält das Überwachungsblatt unter der Rubrik «Infusionen/Medikamente» den Hinweis «1000 ml PL». Dr. E. lässt diesbezüglich ausführen, es handle sich nicht um Schmerzmittel, sondern um

Ringer Lactat, eine Grundinfusionsflüssigkeit. Inwieweit dies zutrifft, kann das Gericht nicht beurteilen. Doch selbst wenn es sich um Schmerzmittel gehandelt haben sollte, ist zu berücksichtigen, dass aufgrund des gemäss Krankengeschichte stabilen, wachen und allseits orientierten Zustandes des Beschwerdeführers keine Anhaltspunkte dafür bestehen, jener sei im Zeitpunkt, als er das «Aufklärungsprotokoll über die Unterbindung (Vasektomie)» unterzeichnete, aufgrund von Medikamenten oder Schmerzen, nicht in der Lage gewesen, die Tragweite seiner Einwilligung abzuschätzen. Untersuchungshandlungen, welche zu einem anderen Ergebnis führen könnten, sind nicht ersichtlich. Die Krankengeschichte liegt bereits bei den Akten. Gleichzeitig liess wie ausgeführt das Verhalten des Beschwerdeführers darauf schliessen, dieser habe sich mit dem Thema «Vasektomie» auseinandergesetzt und sich bereits dazu entschlossen, einen solchen Eingriff vornehmen zu lassen. Indem der Beschwerdeführer zudem erklärte, die Vasektomie im Rahmen derselben Operation vornehmen lassen zu wollen wie die Hodenfreilegung, verzichtete er letztlich auf eine Bedenkzeit. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass eine Bedenkfrist primär dazu dient, dem Patienten die Möglichkeit zu geben, sich hinsichtlich eines von den Ärzten vorgeschlagenen Eingriffs in aller Ruhe eine Meinung zu bilden. Vorliegend indessen ging der Vorschlag einer Vasektomie ausschliesslich vom Beschwerdeführer selber aus. Eine Vasektomie zielt wie gesagt darauf ab, die dauerhafte Unfruchtbarkeit des Betroffenen herbeizuführen, und ist daher als schwerwiegender Eingriff einzustufen. Wünscht jemand also eine Vasektomie, will er die dauerhafte Unfruchtbarkeit und damit letztlich gerade das, was den Eingriff so gravierend macht. Vorliegend äusserte der Beschwerdeführer von sich aus den Wunsch einer (sofortigen) Vasektomie und aufgrund seines – nach eigenen Angaben geschilderten – Verhaltens war davon auszugehen, er sei sich sicher. Dementsprechend war nicht nur anzunehmen, er sei sich der gravierenden Folgen und Tragweite eines solchen Eingriffs

bewusst – besteht doch der Zweck eines solchen gerade darin, diese Folgen herbeizuführen –, sondern auch, diese seien ihm bereits vor dem Aufklärungsgespräch am tt. September 2010 bekannt gewesen und er habe dementsprechend Zeit gehabt, in aller Ruhe darüber nachzudenken. Neu waren für den Beschwerdeführer somit lediglich allenfalls die mit einem solchen Eingriff verbundenen Risiken und Komplikationen, auf welche in dem vom Beschwerdeführer unterzeichneten «Aufklärungsprotokoll über die Unterbindung (Vasektomie)» hingewiesen wird, die jedoch geringfügig erscheinen.

Nach dem Gesagten indessen bestanden keinerlei Anhaltspunkte dafür, es habe sich beim Wunsch des Beschwerdeführers nach einer Vasektomie um einen übereilten Entscheid gehandelt, welcher – zum Selbstschutz, wie der Beschwerdeführer geltend macht – zwingend die Einräumung einer Bedenkfrist erfordert hätte. Vielmehr war vorliegend aufgrund seines Verhaltens davon auszugehen, er habe sich bereits eingehend mit dem Thema «Vasektomie» auseinandergesetzt. Dabei hielt er auch nach Nachfrage, ob er sich sicher sei, und trotz Hinweis, dass normalerweise eine gewisse Zeit gewartet würde, an seinem Wunsch einer sofortigen Vasektomie fest und verzichtete damit letztlich nicht nur eine weitergehende Aufklärung, sondern auch auf die Einräumung einer Bedenkfrist. Da sich jedoch wie ausgeführt der Umfang der Aufklärungspflicht nach dem konkreten Aufklärungsbedürfnis richtet und dahin fällt, wenn der Patient bei Erteilung der Zustimmung zur vorgeschlagenen Behandlung ausdrücklich oder durch sein unmissverständliches Verhalten auf nähere Informationen verzichtet, bestand für Dr. F. und Dr. E. keine Veranlassung, entgegen dem Wunsch des Beschwerdeführers auf der Einhaltung einer Bedenkfrist zu bestehen.

II.6.7 Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass unter den gegebenen Umständen keine objektiven Anhaltspunkte für eine Verletzung der Aufklärungspflicht durch die beiden Ärzte Dr. F. und Dr. E. vorliegen, auch wenn das Gespräch betreffend die Vasektomie gemäss Aufklärungsprotokoll

lediglich zehn Minuten dauerte. Insgesamt, namentlich aufgrund des Verhaltens des Beschwerdeführers, durften Dr. F. und Dr. E. nicht nur davon ausgehen, der Beschwerdeführer habe sich bereits einlässlich mit dem Thema «Vasektomie» auseinandergesetzt und verzichte auf nähere Informationen, sondern auch, er sei sich der Tragweite seines Entschlusses durchaus bewusst.

Untersuchungshandlungen, welche zu einem anderen Ergebnis führen könnten, sind nicht ersichtlich. Damit fehlt es jedoch auch mit Bezug auf Dr. F. und Dr. E. an erheblichen und konkreten Hinweisen für ein strafrechtlich relevantes Verhalten und damit an einem hinreichenden Tatverdacht, welcher die Einleitung eines Strafverfahrens rechtfertigen würde. Dementsprechend hat die Staatsanwaltschaft zu Recht eine Untersuchung gegen Dr. F. und Dr. E. nicht an die Hand genommen. Die Beschwerde ist daher auch insoweit abzuweisen.

[...]

Obergericht, III. Strafkammer
Beschluss vom 25. Juni 2014
UE130227
(Mitgeteilt von lic. iur. S. Borer)

65.

Art. 261 ff. ZPO, Art. 15 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 sowie Art. 6 Abs. 2 DSGVO. Auslieferung von Bankmitarbeiterdaten an US-Behörden – Vorsorgliches Massnahmebegehren.

Eine grenzüberschreitende Datenbekanntgabe im Sinne des DSGVO darf nicht durch ein überwiegendes privates Interesse des Datenbearbeiters gerechtfertigt werden (Erw. 3.2.13.). Bei der Interessenabwägung überwiegt das Interesse einer ehemaligen Bankmitarbeiterin am Schutz vor allfälliger

Strafverfolgung gegenüber dem öffentlichen Interesse einer möglichen Gefährdung des Finanzplatzes Schweiz (Erw. 3.2.18.).

Sachverhalt:

Im Rahmen des Programms zur Beilegung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten von Amerika kündigte eine Bank einer ehemaligen Bankmitarbeiterin (Gesuchstellerin) brieflich an, dass sie beabsichtige, deren Personendaten an das US Department of Justice auszuliefern. Dagegen stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen i.S.v. Art. 261 ff. ZPO und beehrte u.a., dass der Gesuchsgegnerin gestützt auf Art. 15 DSGVO zu verbieten sei, ihre persönlichen Informationen dem US Department of Justice bekannt zu geben.

(Aus den Erwägungen:)

«[...]»

3.1.1. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die Gesuchstellerin glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist (Hauptsachenprognose) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Nachteilsprognose). Weiter wird verlangt, dass die Massnahme zeitlich dringend ist (*Zürcher*, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, 2011, Art. 261 N. 8). Zudem muss die vorsorgliche Massnahme, obwohl nicht ausdrücklich in Art. 261 ZPO genannt, dem Prinzip der Verhältnismässigkeit standhalten. [...]

3.2. Hauptsachenprognose

3.2.1. Mit Bezug auf die Hauptsachenprognose muss die Gesuchstellerin, damit die beantragten Massnahmen bewilligt werden können, glaubhaft machen, dass ihr der einzuklagende Anspruch gegenüber der Gesuchsgegnerin zusteht, d.h. ihre Klage Aussicht auf Erfolg hat. Der Anspruch kann auf positive oder negative Leistung gerichtet sein (*Stahelin/Stahelin/Grolimund*, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2013, S. 425). Glaubhaft

zu machen sind weiter die Tatsachen, aus denen die Gesuchstellerin ihren Anspruch ableitet. Ferner muss der Anspruch unter den behaupteten tatsächlichen Voraussetzungen aufgrund einer summarischen Prüfung rechtlich begründet sein (*Huber*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, 2013, Art. 261 N. 25 m.w.H.).

3.2.2. Die Gesuchstellerin stützt ihren Anspruch auf Nichtauslieferung der sie betreffenden Personendaten auf Art. 15 DSGVO. Gemäss diesem Artikel kann die klagende Partei bei einer drohenden widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung u.a. verlangen, dass keine Daten an Dritte bekannt gegeben werden (Art. 15 Abs. 1 DSGVO).

3.2.3 Personendaten dürfen nur rechtmässig bearbeitet werden (Art. 4 Abs. 1 DSGVO); die Persönlichkeit der betroffenen Personen darf dabei nicht widerrechtlich verletzt werden (Art. 12 Abs. 1 DSGVO). Eine Verletzung ist per Legaldefinition von Art. 13 Abs. 1 DSGVO nicht widerrechtlich, wenn sie durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (vgl. auch Art. 15 Abs. 1 DSGVO i.V.m. Art. 28 Abs. 2 ZGB).

3.2.4. Art. 6 Abs. 1 DSGVO bestimmt sodann, dass Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden dürfen, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Person schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet. Fehlt eine solche Gesetzgebung, so können Personendaten ins Ausland u.a. nur dann bekannt gegeben werden, wenn die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt hat (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO) oder die Bekanntgabe im Einzelfall für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich ist (Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO).

3.2.5. Die Parteien sind sich einig, dass die allfällige Bekanntgabe der persönlichen Daten der Gesuchstellerin an das US Department of Justice eine Bearbeitung von Personendaten im Sinne des DSGVO darstellt. Auch klar ist, dass die Daten ins Ausland bekannt gegeben werden sollen. Strittig ist

jedoch, ob die Bekanntgabe der in Frage stehenden Personendaten durch ein überwiegendes öffentliches bzw. privates Interesse der Gesuchsgegnerin gerechtfertigt werden kann.

3.2.6. [...]

3.2.7. Es ist offensichtlich, dass die Bekanntgabe der fraglichen Personendaten nicht durch die – vorliegend fehlende – Einwilligung oder – nach dem Scheitern der sog. «Lex USA» (Amtliches Bulletin 2013 N. 1108 a.E., Geschäfts-Nr. 13.046) – durch Gesetz gerechtfertigt werden kann (Art. 13 DSGVO). Es kommen vorliegend als allfällige Rechtfertigungsgründe somit nur überwiegende private oder öffentliche Interessen in Frage.

3.2.8. Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei den Rechtfertigungsgründen des «überwiegenden privaten bzw. öffentlichen Interesses» rechtlich gesehen um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, bei denen der rechtsanwendenden Behörde ein weiter Interpretationsspielraum zukommt (*Rosenthal*, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, Art. 13 Abs. 1 N. 6 sowie N. 21 sowie BGE 132 III 641 E. 3.2 m.w.H.). Die diesbezügliche Rechtsanwendung verlangt regelmässig eine wertende Abwägung der Interessen im Einzelfall. Systematisch sind die betroffenen Interessen zunächst zu ermitteln, einander gegenüber zu stellen und im Anschluss unter Berücksichtigung aller massgebenden Umstände zu beurteilen und gegeneinander abzuwägen (ähnlich: *Rosenthal*, a.a.O., Art. 13 N. 9 ff.).

3.2.9. Die Gesuchstellerin macht geltend, dass sich die Gesuchsgegnerin nicht auf ein überwiegendes privates Interesse i.S.v. Art. 13 Abs. 1 DSGVO berufen dürfe. Dies namentlich, weil bei einer Datenbekanntgabe ins Ausland die Rechtfertigungsgründe auf die Gründe in Art. 6 Abs. 2 DSGVO beschränkt seien, welche den Rechtfertigungsgründen des Art. 13 Abs. 1 DSGVO vorgehen würden. Dies stellt die Gesuchsgegnerin unter Berufung auf das Merkblatt für Banken zur Übermittlung von Personendaten an US-Behörden des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 20. Juni

2013 (Merkblatt) in Abrede. Nach Ziffer 4 des Merkblatts würden nämlich auch bei einer Übermittlung von Personendaten an US-Behörden die Rechtfertigungsgründe des Art. 13 DSGVO zur Anwendung kommen.

3.2.10. [...]

3.2.11. [...]. Soweit ersichtlich, liegt [...] noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung bezüglich der zulässigen Rechtfertigungsgründe bei einer Datenbekanntgabe in Ausland gemäss DSGVO vor. Jedoch ist die Systematik und die ratio legis des Gesetzestextes eindeutig. Der Gesetzgeber will Personen vor einer grenzüberschreitenden Bekanntgabe in seines Erachtens datenschutzrechtlich unsichere Länder wie die USA (vgl. die «Liste der Staaten, deren Gesetzgebung einen angemessenen Datenschutz gewährleistet [Art. 6 Abs. 1 DSGVO]» des EDÖB, Stand 2. Juni 2014, S. 11) schützen und erliess dazu als lex specialis Art. 6 DSGVO, der höhere Hürden enthält als eine rein schweizerische «Binnenbearbeitung» (vgl. BBl 2003 2101 ff., S. 2129). Insbesondere ist die Aufzählung in Art. 6 Abs. 2 lit. a–g DSGVO nach dem klaren Willen des Gesetzgebers abschliessend (BBl 2003 2101 ff., S. 2129).

3.2.12. Auch die Lehre erachtet Art. 6 Abs. 2 DSGVO als lex specialis zu den übrigen Datenbearbeitungsgrundsätzen des DSGVO (*Rosenthal*, a.a.O., Art. 6 N. 2 f. sowie N. 37; vgl. ferner auch *Rohner/Furrer*, Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, ST 8/2013, 515 ff., S. 520 f.).

3.2.13. Es kann somit festgehalten werden, dass die eingeschränkten Rechtfertigungsgründe von Art. 6 Abs. 2 DSGVO denjenigen von Art. 13 DSGVO vorgehen. Da Art. 6 Abs. 2 DSGVO keinen Rechtfertigungsgrund des überwiegenden privaten Interesses vorsieht, kann sich die Gesuchsegerin – entgegen ihrer Ansicht – auch nicht darauf berufen (gl. M. *Rosenthal*, a.a.O., Art. 6 N. 37; *Rohner/Furrer*, a.a.O., S. 520 f.).

3.2.14. Daran ändert im Übrigen auch das Merkblatt nichts. Zunächst ist festzuhalten, dass das Merkblatt für die Gerichte nicht verbindlich ist (*Rosenthal*, a.a.O., Art. 13 N. 6). Weiter kommt dem Merkblatt keine eigene

rechtliche Bedeutung zu, da es sogar nach eigenen Angaben lediglich «die Prinzipien des DSGVO, die bei Übermittlungen von Personendaten von Mitarbeitenden sowie Dritten zwingend beachtet werden müssen, nochmals auf[listed].» (vgl. den Ingress des Merkblattes). Darüber hinaus hält das Merkblatt fest, dass «die Bank sowohl einen Rechtfertigungsgrund für die Übermittlung nach Art. 13 DSGVO geltend machen als auch die [einschränkenden] Voraussetzungen von Art. 6 DSGVO erfüllen [muss], [...]». In diesem Merkblatt findet sich somit keineswegs die Meinung, dass für die Rechtfertigungsgründe ausschliesslich Art. 13 DSGVO anzuwenden sei. Vielmehr scheint auch der EDÖB der Ansicht zu sein, dass bei einer grenzüberschreitenden Datenbekanntgabe die eng gefassten Rechtfertigungsgründe von Art. 6 Abs. 2 DSGVO zur Anwendung kommen.

3.2.15. Für die notwendige Interessenabwägung sind somit lediglich die betroffenen Interessen der Gesuchstellerin sowie ein allfälliges rechtfertigendes öffentliches Interesse zu ermitteln, einander gegenüber zu stellen und gegenseitig abzuwägen.

3.2.16. Die Gesuchstellerin macht bezüglich ihrem Interesse geltend, dass eine Bekanntgabe ihrer Daten schwere Auswirkungen auf ihr geschäftliches sowie privates Leben hätte. Es sei nicht auszuschliessen, dass sie im Falle einer Bekanntgabe durch die US-Behörden strafrechtlich verfolgt werden würde. Weiter seien (strafrechtliche) Zwangsmassnahmen gegen die Gesuchstellerin innerhalb und ausserhalb der USA denkbar, was ihre künftige private und berufliche Reisetätigkeit auf die Schweiz beschränken würde. Dadurch wäre ihre Lebensqualität gravierend eingeschränkt.

3.2.17. Demgegenüber macht die Gesuchsegerin geltend, dass aufgrund der enormen Tragweite des US-Steuerstreits überwiegende öffentliche Interessen der Eidgenossenschaft bestünden. So sei offensichtlich, dass bei Strafverfahren infolge mangelnder Kooperation gegen mehrere Finanzinstitute nicht mehr allein private, sondern auch öffentliche Interessen tangiert wären. Generell seien die Folgen mangelnder Kooperation nur schwer

einzuschätzen und bergen für den Finanzplatz und damit die Schweiz insgesamt unabsehbare Folgen. Weiter verlöre die Schweiz ihre Glaubwürdigkeit, wenn die Finanzinstitute an der vollen Kooperation mit den US-Behörden gehindert würden.

3.2.18. Es besteht kein Zweifel, dass sowohl die geltend gemachten Interessen der Geschwisterin als auch die öffentlichen Interessen real und konkret sind. Das Interesse der Geschwisterin, nicht einer einschneidenden Strafverfolgung ausgesetzt sein zu müssen, ist als sehr gewichtig einzustufen (gl. M. Rohner/Furrer, a.a.O., S. 521). Demgegenüber steht das öffentliche Interesse einer möglichen Gefährdung des Finanzplatzes Schweiz bei mangelnder Kooperation durch die Geschwisterin. Auch dieses Interesse wiegt schwer. Aufgrund des seit 2008 stark veränderten Umfelds, dem Fall UBS, dem Fall CS (vgl. NZZ vom 20. Mai 2014, S. 1) [und] dem Fall Wegelin (Rohner/Furrer, a.a.O., S. 516) [...] ist es jedoch kaum denkbar, dass das hier in Frage stehende und ohnehin schon stark angeschlagene Ansehen des Finanzplatzes Schweiz durch einen erneuten Fall noch weiteren substantiellen Schaden nehmen würde. Die [...] Unsicherheit auf dem Finanzplatz kann durch einen weiteren Fall nicht grösser werden, als sie ohnehin schon ist. Nach wertender Betrachtungsweise überwiegen somit die Interessen der Geschwisterin. Die angedrohte Datenbearbeitung kann nicht durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden.

3.2.19. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass man bei der Interessenabwägung zu keinem anderen Ergebnis kommt, auch wenn ein überwiegendes privates Interesse der Geschwisterin als Rechtfertigungsgrund zugelassen würde. Ein solches ist vorliegend nämlich nicht gegeben. Zwar trifft es zu, dass – sollte die Geschwisterin nicht genügend kooperieren – existenzgefährdende operationelle Risiken im Falle einer anschliessenden Strafverfolgung durch die US-Behörden zu gewärtigen sind. Auch das private Interesse der Geschwisterin, nicht angeklagt zu werden, ist deshalb nicht zu vernachlässigen.

3.2.20. Jedoch macht die Geschwisterin selbst geltend, dass die Geschwisterin, da sie nur *eine* relevante «US Person» mit einem Maximalguthaben von USD 3.02 Mio. in einer noch unkritischen Phase betreut habe, als «kleiner Fisch» gelte. Die zu übermittelnden Daten seien harmlos und würden aller Wahrscheinlichkeit nach in der Rasteruntersuchung durch die US-Behörden sogleich wieder aussortiert werden. Weiter räumt die Geschwisterin ein, dass die relevanten Daten geschwärzt und ohne Bekanntgabe der Identität der Geschwisterin übermittelt werden könnten.

3.2.21. Aufgrund dieser Umstände ist denn auch nicht einzusehen, weshalb die US-Behörden nicht bereits nach Sichtung der geschwärzten Daten von einer weiteren Verfolgung ablassen würden. Dass die Daten – wie die Geschwisterin sogar selbst einräumt – harmlos sind, ergibt sich auch, wenn die Daten geschwärzt übermittelt werden, ohne dass die Identität der Geschwisterin preisgegeben werden müsste. Zudem ist es [...] nur schwer vorstellbar, dass die Geschwisterin wegen diesem Einzelfall gleich einer existenzgefährdenden Anklage ausgesetzt sein wird, wenn sie – wie sie auch selbst geltend macht – gewillt ist, im Übrigen vollumfänglich zu kooperieren. Aufgrund dieser Umstände kann die Preisgabe der Identität der Geschwisterin auch nicht aufgrund eines überwiegenden privaten Interesses der Geschwisterin gerechtfertigt werden.

3.2.22. Mit Brief vom [...] hat die Geschwisterin angekündigt, dass sie gedenke, die Personendaten der Geschwisterin an die US-Behörden auszuliefern. Es ist offensichtlich, dass die Geschwisterin damit die drohende Verletzung ihres Anspruchs i.S.v. Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO glaubhaft gemacht hat.

3.2.24. Zusammengefasst kann für die Hauptsachenprognose somit festgehalten werden, dass die Geschwisterin die drohende Verletzung eines ihr zustehenden Anspruchs (Nichtauslieferung von Personendaten ins Ausland) ausreichend glaubhaft gemacht hat und den Anforderungen von Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO damit genügt.

3.3. Nachteilsprognose

3.3.1. Gemäss Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO hat die Gesuchstellerin weiter einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil glaubhaft zu machen, der ihr aus der befürchteten Verletzung droht. Unter «Nachteil» ist jede Beeinträchtigung zu verstehen, welche durch das inkriminierte Verhalten verursacht werden kann, egal ob diese rechtlicher oder tatsächlicher Natur ist (*Zürcher*, a.a.O., Art. 261 N. 20 m.w.H.). In der Botschaft zur Schweizerischen ZPO wird der relevante Nachteil im Falle der Verletzung absoluter Rechte, wie der vorliegend einschlägigen Persönlichkeitsrechte, als Fiktion allgemein bejaht (BBl 2006 7221 ff., S. 7354).

3.3.2. Ferner sind in die Nachteilsprognose beide Parteien einzubeziehen. Es ist abzuwägen, welcher Nachteil einer Partei überwiegt: der Nachteil des Klägers, welcher dann droht, wenn er den Hauptprozess gewinnt, diesen Prozessgewinn aber wegen der Ablehnung der vorsorglichen Massnahme nicht (mehr) durchsetzen kann, oder der Nachteil des Beklagten, welcher dieser für den Fall seines Obsiegens im Hauptprozess dadurch erleidet, dass er während der Prozessdauer wegen der vorsorglichen Massnahmen in der Ausübung seiner Rechte eingeschränkt war (*Sprecher*, in: Basler Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 261 N. 15 ff.).

3.3.3. Der die Gesuchstellerin treffende nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil der drohenden Strafverfolgung und damit einhergehender persönlicher Einschränkung ist im Falle einer tatsächlichen Auslieferung der Personendaten real und würde sie empfindlich treffen. Bezüglich der Interessensabwägung kann auf die obenstehenden Ausführungen unter Ziffer 3.2.15 ff. verwiesen werden. Die Interessen der Gesuchstellerin haben deshalb nach wertender Betrachtungsweise den Interessen der Gesuchsgegnerin bzw. der Öffentlichkeit vorzugehen.

3.3.4. Es ist denn auch klar, dass der Auslieferung der fraglichen Daten zum jetzigen Zeitpunkt definitiver Charakter zukäme und sich ein nachträgliches Verfahren wegen Verletzung des DSGVO als sinnlos erwiese. Auch die Zusage, dass die Gesuchsgegnerin all-

fällige Kosten einer amerikanischen Rechtsvertretung der Gesuchstellerin übernehmen würde ändert daran nichts, da dies die entstandene Schädigung nicht wieder gutmachen würde. Es kann somit festgehalten werden, dass die Gesuchstellerin auch die Nachteilsprognose im Sinne des Gesetzes ausreichend glaubhaft gemacht hat (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO).

3.4. Dringlichkeit

3.4.1. Die erforderliche Dringlichkeit einer Massnahme wird in Art. 261 ff. ZPO zwar nicht ausdrücklich erwähnt, stellt aber eine selbstverständliche Voraussetzung der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen dar (*Sprecher*, Art. 261 N. 39 m.w.H.; *Zürcher*, a.a.O., Art. 261 N. 8).

3.4.2. Dringlichkeit liegt vor, wenn ein Zuwarten bis zum rechtskräftigen Sachentscheid nicht zumutbar erscheint (BBl 2006 7221 S. 7353 ff.; *Stahelin/Stahelin/Grolimund*, a.a.O., S. 426 m.w.H.; *Zürcher*, a.a.O., Art. 261 N. 8 m.w.H.). Dies ist vorliegend gegeben, da ein ordentliches Verfahren über die nachträgliche Feststellung einer DSGVO-Verletzung sinnlos wäre und der vorgeschalteten Bekanntgabe der Personendaten definitiver Charakter zukäme. [...]

3.5. Verhältnismässigkeit

3.5.1. Vorsorgliche Massnahmen müssen zudem dem Prinzip der Verhältnismässigkeit genügen. Die Massnahme soll zwischen den Interessen der Gesuchstellerin und denjenigen der Gesuchsgegnerin nicht weiter gehen, als es zum vorläufigen Schutz des durch die Gesuchsgegnerin glaubhaft gemachten Anspruchs notwendig ist (*Huber*, a.a.O., Art. 261 N. 23).

3.5.2. Sollte die Auslieferung der Personendaten durch die Gesuchsgegnerin an die US-Behörden erfolgen, erwiese sich – wie schon erwähnt – ein nachträgliches Verfahren wegen Verletzung des DSGVO als sinnlos. Das beantragte Verbot der Bekanntgabe auf dem Wege der (vorerst) provisorischen Massnahme i.S.v. Art. 261 ff. ZPO ist damit sicherlich geeignet und erforderlich, da zum jetzigen Zeitpunkt kein milderes Mittel mehr in Frage kommt.

3.5.3. Zur Frage der Zumutbarkeit sei auf die obenstehenden Ausführungen unter Ziffer 3.2.15 ff. sowie Ziff. 3.3.3 verwiesen. Da insbesondere keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen der Gesuchsgegnerin vorliegen, ist das beantragte Verbot verhältnismässig im Sinne des Gesetzes.

3.5.4. Zusammengefasst kann somit festgehalten werden, dass die Gesuchstellerin sämtliche Voraussetzungen zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen i.S.v. Art. 261 ff. ZPO glaubhaft gemacht hat, weshalb ihrem Antrag zu entsprechen ist.»

Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht

Urteil vom 24. Juli 2014

ET140003

(Mitgeteilt von Gerichtsschreiber MLaw Philipp Klaus)

66.

Art. 4 ZPO, Art. 91 ZPO; §§ 19 ff. GOG. Sachliche Zuständigkeit. Für die Streitwertbestimmung ist der Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht massgeblich und nicht der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit.

(Aus den Erwägungen:)

«II./3. Der Kläger hatte seine Forderung wegen missbräuchlicher Kündigung im Schlichtungsverfahren mit Fr. 62 500.– beziffert und alsdann eine Klage über Fr. 30 000.– zuzüglich Zinsen bei der Vorinstanz eingereicht. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist das Einzelgericht zuständig, wenn der Streitwert Fr. 30 000.– nicht übersteigt (§ 24 lit. a GOG – bzw. als Arbeitsgericht § 25 GOG – in Verbindung mit Art. 243 Abs. 1 ZPO). Dessen Berechnung erfolgt nach Art. 91 ff. ZPO (Art. 4 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt. Geht das Rechtsbegehren auf Geldzahlung,

deckt sich der Streitwert mit dem Begehren, wobei Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens nicht zu berücksichtigen sind, ebenso Eventualbegehren (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Im Schlichtungsgesuch wie auch in der Klagebewilligung sind das Rechtsbegehren und der Streitgegenstand zu bezeichnen (Art. 202 Abs. 2 und Art. 209 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert ist explizit erst in der Klage anzugeben (Art. 221 Abs. 1 lit. c und Art. 244 Abs. 1 lit. d ZPO). Für die Streitwertbestimmung in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit des Gerichts ist denn der Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht massgeblich und nicht der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (*Diggelmann*, in: DIKE-Kommentar ZPO [online-Stand 20. Oktober 2013], Art. 91 N. 3 mit Verweis auf *Rüegg*, in: BSK ZPO, Art. 91 N. 7, sowie *Mohs*, in: Gehri/Kramer, ZPO Kommentar, Zürich 2010, Art. 91 N. 7; vgl. auch *Stein-Wigger*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 91 N. 12, sowie *Sterchi*, in: BK ZPO, Bd. I, Bern 2012, Vorbem. zu Art. 91–94 N. 3; anderer Ansicht: *Van de Graaf*, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkomm. ZPO, 2. A., Basel 2014, Art. 91 ZPO N. 10, *Stahelin/Stahelin/Grolimund*, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 12 N. 15). Während die Einreichung des Schlichtungsbegehrens Rechtshängigkeit begründet, kommt der Formulierung des Rechtsbegehrens (Art. 202 Abs. 2 ZPO) für den Streitwert nur beschränkte Bedeutung zu, nämlich insoweit, als dadurch die Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde gemäss Art. 210 Abs. 2 lit. c bzw. Art. 212 Abs. 1 ZPO bestimmt wird (*Sterchi*, a.a.O., Vorbem. zu Art. 91–94 N. 3, *Mohs*, a.a.O., Art. 91 N. 7). Es ist streitwertrelevant, wenn die klagende Partei im gerichtlichen Verfahren weniger fordert als noch im Schlichtungsverfahren (*Stein-Wigger*, a.a.O., Art. 91 N. 12). Der Streitwert wird m.a.W. vermindert, wenn die klagende Partei ihren Anspruch nach dem unvermittelten Schlichtungsgesuch reduziert hat (*Rüegg*, a.a.O., Art. 91 N. 7). Daher ist die Streitwertangabe in der Klagebewilligung nicht entscheidend für die sachliche Zuständigkeit des Gerichts. Diese richtet sich, wie gesehen,

nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Eingangs der Sache beim Gericht.

4. Die Fortführungslast wird von Art. 65 ZPO geregelt. Die ZPO lässt die prozessuale Obliegenheit der klagenden oder gesuchstellenden Partei, das Verfahren fortzuführen, grundsätzlich erst im Hauptverfahren eintreten. Fortsetzungslast und Rechtshängigkeit treten nach der Konzeption der ZPO somit nie zum gleichen Zeitpunkt ein, selbst dann nicht, wenn die Rechtshängigkeit ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren durch direkte Klageeinleitung begründet wird (*Berger-Steiner*, in: BK ZPO, Art. 65 N. 11, 13). Entscheidend ist, ob die Klage mit einem bestimmten Rechtsbegehren vom Sachgericht der beklagten Partei zugestellt worden ist oder nicht. Nur dann führt ein Klagerückzug zur materiellen Rechtskraft. Das Rechtsbegehren, welches vom Kläger mit der Klageschrift formuliert worden ist, betrifft einen Betrag von Fr. 30000.– (und nicht wie in der Klagebewilligung noch festgehalten Fr. 62500.–). Bei Zustellung dieser Klageschrift kann die Fortführungslast von vornherein nur für einen Klagebetrag von Fr. 30000.– eintreten.»

Obergericht, I. Zivilkammer
Beschluss vom 8. Juli 2014
LA140011

«Blätter für Zürcherische Rechtsprechung»

Redaktion:

Obergericht Zürich, in Zusammenarbeit mit den Juristen und Juristinnen
der zürcherischen Gerichte

Erscheint jährlich in 10 Nummern – ISSN 0006-4491

Nachdruck nur unter deutlicher Quellenangabe gestattet

Abonnementspreise: jährlich CHF 155.00
Mitglieder ZAV CHF 130.00, Studenten CHF 102.00

Anzeigenverkauf und -Beratung:

Publicitas Publimag AG, Mürtschenstrasse 39, Postfach, 8010 Zürich
Telefon 044 250 31 31, Fax 044 250 31 32, service.zh@publimag.ch, www.publimag.ch

Verlag und Abonnementsverwaltung:

Schulthess Juristische Medien AG

Zwingliplatz 2, Postfach, 8022 Zürich, Telefon 044 200 29 19, Fax 044 200 29 08

E-Mail: zs.verlag@schulthess.com, Internet: <http://www.schulthess.com>