

der Gesuchstellerin erst nach Einreichung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auferlegt worden sei, weshalb sie bei Gutheissung des Gesuchs von der Vorschusspflicht befreit wäre. Bei rechtskräftiger Abweisung des Antrages auf Prozesskostenvorschuss müsse deshalb zuerst das Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege erledigt werden, bevor die Folgen von Art. 102 Abs. 3 ZPO eintreten würden. Sie zieht daraus indes den falschen Schluss, dass sich eine Fristabnahme bzw. -erstreckung erübrige (Vi-act. 4 Erw. Ziff. 9). Da das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bereits lange vor dem Beschluss vom 2. Juli 2014 anhängig gemacht wurde, hätte die Gesuchstellerin vor Erledigung des hängigen Verfahrens betreffend unentgeltliche Rechtspflege nicht vorbehaltslos zur Bezahlung eines Kostenvorschusses verpflichtet werden dürfen (Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO). Dementsprechend ist die angesetzte Frist zur Leistung der Beweiskostenvorschüsse antragsgemäss abzunehmen. Sie ist gegebenenfalls nach dem Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege vom Scheidungsrichter neu anzusetzen.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 19. August 2015

#### 1.5 Art. 276 ZPO, Art. 274 Abs. 2 ZGB

##### **Regeste:**

Art. 276 ZPO, Art. 274 Abs. 2 ZGB – Ein Entzug des Besuchsrechts kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet wird, die Eltern das Besuchsrecht pflichtwidrig ausüben, sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert haben oder andere wichtige Gründe vorliegen. Es entspricht in der Regel nicht dem Wohl des Kindes, wenn jeglicher Kontakt zwischen ihm und dem nicht obhutsberechtigten Elternteil verhindert wird. Wurde die Belastung der Kinder durch die Besuchskontakte bei der Gestaltung des Besuchsrechts berücksichtigt, so rechtfertigt sich eine Änderung bzw. ein Entzug des angeordneten Besuchsrechts nicht, wenn die ersten Besuche erwartungsgemäss nicht reibungslos verliefen.

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

(...)

4. Mit (...) Eheschutzverfügung 18. Juni 2012 regelte der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug die Verhältnisse während des Getrenntlebens. Er stellte die drei Kinder unter die elterliche Obhut der Gesuchstellerin. Von der Einräumung eines Besuchs- und Ferienrechts sah er ab. (...)

5. Die dagegen erhobene Berufung des Gesuchsgegners hiess das Obergericht gut

und wies die Sache mit Urteil vom 20. März 2013 zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

6. Mit Endentscheid vom 3. Februar 2014 nahm der Einzelrichter davon Vormerk, dass die Parteien den gemeinsamen Haushalt für unbestimmte Zeit aufgehoben haben. Die beiden unmündigen Töchter stellte er unter die Obhut der Gesuchstellerin. Ein Besuchs- und Ferienrecht wurde nicht eingeräumt. Weiter legte er die vom Gesuchsgegner zu bezahlenden Kinderunterhaltsbeiträge fest.

7. In teilweiser Gutheissung der dagegen erhobenen Berufung wurde der Gesuchsgegner mit Urteil vom 7. Mai 2014 des Obergerichts Zug berechtigt und verpflichtet, die Kinder V. und E. je am zweiten Sonntag des Monats zwischen 14.00 Uhr und 16.00 Uhr im Rahmen der begleiteten Besuchstage Zug BBT (Kinder- und Jugendberatung Zug) auf eigene Kosten zu besuchen. Die Begleitung wurde auf sechs Monate befristet. Weiter ordnete das Obergericht eine Besuchsrechtsbeistandschaft an.

8. Mit Eingabe vom 6. Oktober 2014 beantragte die Gesuchstellerin beim Einzelrichter des Kantonsgerichts Zug, in Abänderung des Urteils des Obergerichts vom 7. Mai 2014 sei dem Gesuchsgegner für die Dauer des Scheidungsverfahrens kein Besuchs- und Ferienrecht zuzusprechen. Das Besuchsrecht sei für die Dauer des Verfahrens superprovisorisch zu sistieren. Eventualiter sei dem Gesuchsgegner eine kurze, nicht erstreckbare Frist für eine Stellungnahme anzusetzen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners.

9. Der Einzelrichter am Kantonsgericht wies das Gesuch mit Entscheid vom 9. Oktober 2014 vollumfänglich ab und auferlegte die Gerichtskosten von CHF 500.– der Gesuchstellerin.

10. Gegen diesen Entscheid reichte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 15. Oktober 2014 (fristgerecht) Berufung beim Obergericht des Kantons Zug ein, (...)

### **Aus den Erwägungen:**

1. (...)

2. Die Gesuchstellerin erachtet das Kindeswohl bei einer Weiterführung des mit Urteil des Obergerichts vom 7. Mai 2014 angeordneten Besuchsrechts als extrem gefährdet.

2.1 Der erstinstanzliche Einzelrichter am Kantonsgericht Zug verneinte das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Abänderung des angeordneten Besuchsrechts. Zur Begründung hielt er fest, dass sich das Obergericht mit den Aussagen der Kinder an der Anhörung durch die Vorinstanz auseinandergesetzt habe. Es habe erwogen,

dass eine Abwehrhaltung des Kindes gegen den nicht obhutsberechtigten Eltern teil noch keine Gefährdung des Kindeswohls darstelle, welche eine gänzliche Verweigerung des Besuchsrechts rechtfertigen würde. Das Wohl des Kindes sei nicht nur mit Blick auf sein momentanes Befinden, sondern mit Blick auf seine künftige Entwicklung zu beurteilen. Dabei habe das Obergericht nicht verkannt, dass die Zusammenführung von V. und E. mit dem Gesuchsgegner – zumindest anfänglich – aufgrund des seit längerer Zeit fehlenden Kontaktes belastend sein würde. Die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Belastungssituation sei somit im Zeitpunkt der Anordnung des Besuchsrechts voraussehbar gewesen. Das Obergericht habe eine Abwägung der Interessen vorgenommen und die tatsächlichen Verhältnisse umfassend gewürdigt. Diese Verhältnisse hätten sich seither weder erheblich noch dauerhaft verändert. Dass der erste Besuchstag am 24. August 2014 nicht habe optimal verlaufen können, sei aufgrund des langen Beziehungsunterbruchs und der Abwehrhaltung der Kinder zu erwarten gewesen. Zudem sei nicht erstellt, dass der Gesuchsgegner die von der Gesuchstellerin geschilderte Situation am ersten Besuchstag alleine zu vertreten habe. Gemäss dem – nicht unterzeichneten – Bericht von Y. habe dieser den Gesuchsgegner am Besuchstag offenbar zur Rede stellen wollen, weshalb er seine Familie während vieler Jahre vernachlässigt und nun plötzlich Interesse am Kontakt zu V. und E. habe. Es sei offensichtlich, dass V. und E. durch den Streit zwischen ihrem Bruder Y. und dem Gesuchsgegner in einen weiteren Loyalitätskonflikt geraten seien. Weiter sei nicht erstellt, dass die von der Gesuchstellerin angeführten gesundheitlichen Probleme der Kinder einzig auf das angeordnete Besuchsrecht zurückzuführen seien. So sei Tochter V. der leitenden Ärztin beim APD-KJ, Dr. R.B., als Patientin bereits bekannt gewesen, als sie am 19. September 2014 vom Kinderarzt über die Problematik informiert worden sei. Dennoch habe sie es nicht für erforderlich gehalten, aufgrund der vom Kinderarzt geschilderten Situation weitere Abklärungen zu treffen. Auch die von der Gesuchstellerin in der Folge beigezogene Psychotherapeutin K.W. schliesse weitere Besuchstage nicht kategorisch aus. Eine Abänderung des Besuchsrechts rechtfertige sich somit nicht.

2.2 Die Gesuchstellerin hält dagegen, die Kinder seien letztmals vor über einem Jahr angehört worden. Bereits damals hätten sie klar ausgesagt, den Gesuchsgegner nicht sehen zu wollen. Zum damaligen Zeitpunkt sei nicht bekannt gewesen, wie die Kinder auf ein tatsächlich eingeräumtes und durchgeführtes Besuchsrecht reagieren würden. Es habe daher einzig vermutet werden können, dass das Kindeswohl durch ein begleitetes Besuchsrecht nicht gefährdet werde. Seit das begleitete Besuchsrecht angeordnet worden sei und die Kinder einen Besuchstag wahrgenommen hätten, würden sie unter ernstzunehmenden gesundheitlichen Problemen leiden. Die Kinder könnten mit dem Besuchsrecht nicht umgehen. Diese Entwicklung sei nicht voraussehbar gewesen. Aufgrund der gesundheitlichen Probleme der Kinder hätte die Vorinstanz zumindest weitere Abklärungen treffen müssen.

3. Eine Abänderung von gerichtlich angeordneten vorsorglichen Massnahmen für

die Dauer des Scheidungsverfahrens ist zulässig, wenn seit der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauerhafte Veränderung eingetreten ist oder sich die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmenentscheid zugrunde lagen, nachträglich als unrichtig erwiesen haben. Eine Änderung ist ferner für den Fall angebracht, dass sich der Entscheid als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmengericht wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Entscheides einer Abänderung entgegen. Eine Änderung ist ferner ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches oder missbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (Urteil des Bundesgerichts 5A\_101/2013 vom 25. Juli 2013 E. 3.1; 5A\_618/2009 vom 14. Dezember 2009 E. 2; vgl. Sutter-Somm/Vontobel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 276 N 34; Leuenberger, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Bd. II: Anhänge, 2. A., Bern 2011, Anh. ZPO Art. 276 N 8 f.). Das Abänderungsverfahren bezweckt nicht, das erste Urteil zu korrigieren, sondern es an veränderte Umstände anzupassen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_148/2014 vom 8. Juli 2014 E. 4).

Ein Entzug des Besuchsrechts kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet wird, die Eltern das Besuchsrecht pflichtwidrig ausüben, sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert haben oder andere wichtige Gründe vorliegen (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Gefährdet ist das Wohl des Kindes, wenn seine ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist. Dabei fallen Vernachlässigung, physische und psychische Misshandlung, insbesondere sexueller Missbrauch des Kindes, in Betracht. Erforderlich ist sodann, dass dieser Bedrohung nicht durch geeignete andere Massnahmen begegnet werden kann. Dies folgt aus dem Gebot der Verhältnismässigkeit, dem die Verweigerung oder Entziehung des persönlichen Verkehrs als Kindesschutzmassnahme unterliegen. Der vollständige Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr bildet daher die «ultima ratio» und darf im Interesse des Kindes nur angeordnet werden, wenn die nachteiligen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs sich nicht in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lassen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_331/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2.2.1).

3.1 Gestützt auf den eingereichten – weder unterzeichneten noch datierten – Bericht des Sohnes Y. verlief der erste Besuchstag nicht reibungslos (Vi act. 1/3). Zu Recht hielt der Vorrichter im angefochtenen Entscheid fest, dass dies aufgrund des langen Kontaktunterbruchs und der Abwehrhaltung der Kinder zu erwarten gewesen sei (Vi act. 2, Erw. 7). Die – zumindest anfänglich – bestehende Belastung der Kinder bei der Zusammenführung mit dem Gesuchsgegner ist bei der im Urteil vom 7. Mai 2014 vorgenommenen Interessensabwägung denn auch berücksichtigt worden (Erw. 2.3.1 f.). Der Gesuchstellerin ist beizupflichten, dass das Kindeswohl oberste Priorität hat. Wie das Obergericht im Urteil vom 7. Mai 2014 unter Verweis

auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung erwogen hatte, ist das Wohl des Kindes aber nicht nur mit Blick auf sein momentanes Befinden, sondern mit Blick auf seine künftige Entwicklung zu beurteilen (Erw. 2.3.1). Es entspricht gerade nicht dem Wohl des Kindes, wenn jeglicher Kontakt zwischen ihm und dem nicht obhutsberechtigten Elternteil verhindert wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_341/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 4.3). Dass das begleitete Besuchsrecht das Kindeswohl derart gefährdet, dass von weiteren Besuchen abzusehen ist und sich mithin die Verhältnisse seit dem Urteil – bereits beim ersten durchgeführten Treffen – erheblich und dauerhaft verändert haben sollen bzw. sich die zugrunde gelegten tatsächlichen Umstände nachträglich als unrichtig erwiesen haben sollen, ist nicht glaubhaft. Die Gesuchstellerin hat mit den Töchtern den Kinderarzt I. P. wegen Angstzuständen und Panikattacken aufgesucht. Die vom Kinderarzt kontaktierte leitende Ärztin des APD-KJ, Dr. R.B., sah keine Veranlassung für weitere Abklärungen (Vi act. 1/7). Die Psychotherapeutin K.W. schliesst in ihrem Bericht vom 24. September 2014 Besuche des Gesuchsgegners nicht aus, erachtet aber eine Begleitung der Eltern und der Kinder als unabdingbar (Vi act 1/10). Indem das Besuchsrecht nur an einem Tag im Monat während zwei Stunden in einem geschützten Rahmen vorgesehen und ein Beistand beigegeben wurde, hat das Gericht die konkreten Umstände berücksichtigt, insbesondere die als schwierig erachtete und für die Kinder belastende Annäherung zum Gesuchsgegner. Inwiefern eine psychotherapeutische Begleitung, insbesondere auch der Eltern, die Situation verbessern könnte und wie diese konkret auszugestalten wäre, geht aus dem Bericht der Therapeutin nicht hervor. Aufgrund der Vorgeschichte kann im jetzigen Zeitpunkt, solange das Scheidungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist, kaum eine merkliche Verbesserung der Verhältnisse zwischen den Parteien herbeigeführt werden. Die Gesuchstellerin beantragt denn auch keine Anordnung einer psychotherapeutischen Begleitung.

3.2 Sodann dürften die beim Kinderarzt geschilderten Ängste der Töchter auch auf das Verhalten der Gesuchstellerin zurückzuführen sein. Gemäss Auszug aus der Krankengeschichte von V. hat die Gesuchstellerin dem Kinderarzt P.I. geschildert, dass der Gesuchsgegner nach sechs oder sieben Jahren nun über den Rechtsweg mit den Kindern Kontakt aufnehmen wolle (Vi act. 1/7). Auch beim Arztbesuch mit E. gab sie im Beisein der Tochter an, dass diese nach der ersten Visitation unter Bauschmerzen, Anspannungen, Schweissausbrüche und Schlafstörungen leiden würde und sie diese Visitationen (Besuche) auf gar keinen Fall möchte (Vi act. 1/8). Damit bringt die Gesuchstellerin – vor den Kindern – ihre eigene Ablehnung des angeordneten Besuchsrechts zum Ausdruck und verstärkt damit offenkundig die Abwehrhaltung der Kinder gegen einen Kontakt mit dem Gesuchsgegner. So hielt denn auch die Psychotherapeutin K.W. in ihrem Bericht fest, dass der Gesuchsgegner als Verursacher der psychosozialen Instabilität der Familie betrachtet werde und sein jetziger Wunsch, Kontakt zu den Töchtern zu haben, nicht verstanden werde und sehr viel Widerstand und Unruhe verursache (Vi act. 1/10). Da zumindest seit 2010 bis zum Treffen im August 2014 zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner kein

Kontakt mehr bestand (act. 1 S. 6), wobei in der Krankengeschichte des Kinderarztes sogar von einem Kontaktunterbruch von sechs oder sieben Jahren die Rede ist (Vi act. 1/7), gründen die von den Töchtern beim Arzt und bei der Psychotherapeutin geschilderten Ängste wohl überwiegend auf der Haltung der Gesuchstellerin und weniger auf eigenen Erfahrungen mit dem Gesuchsgegner. Ist die Ablehnung des Kindes wesentlich durch die Einstellung der sorge- bzw. obhutsberechtigten Partei geprägt, lässt sich die Aufhebung des Besuchsrechts selbst dann nicht rechtfertigen, wenn ein urteilsfähiges und bald mündiges Kind den Kontakt kategorisch ablehnt. Andernfalls würde das Besuchsrecht gleichsam in die Hand des sorge- und obhutsberechtigten Elternteils gelegt (Urteil des Bundesgerichts 5C.170/ 2001 vom 31. August 2001 E. 5/a/cc, in: FamPra.ch 2002 S. 389). In diesem Sinne kann den Ausführungen der Gesuchstellerin, wonach ein Besuchsrecht auszuschliessen sei, wenn ein urteilsfähiges Kind den Umgang mit einem Elternteil kategorisch ablehne, nicht gefolgt werden.

Im Interesse der Kinder hat die Gesuchstellerin die Beziehung zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner zu fördern und das Kind für die Kontaktpflege positiv vorzubereiten, auch wenn ihr dies zurzeit schwer fällt. Es geht nicht an, bei einer Weigerung der Kinder die vereinbarten Besuchskontakte ohne Weiteres ausfallen zu lassen (vgl. Vi act. 3; vgl. BGE 127 III 295 E. 4b). Der obhutsberechtigte Elternteil soll im Rahmen der Erziehung auf das Kind einwirken mit dem Ziel, psychologische Widerstände gegen den andern Elternteil abzubauen und eine positive Einstellung zu gewinnen (Schwenzer/Cottier, Basler Kommentar ZGB I, 5. A., 2014, Art. 274 N 3 mit Verweis auf BGE 120 II 181). Vom Gesuchsgegner ist zu erwarten, dass er die anstehenden Besuchsnachmittage behutsam angeht, ohne die Kinder unter Druck zu setzen. Es obliegt letztlich ihm, das Bild, welches die Kinder offenbar von ihm haben, durch sein Verhalten positiv zu korrigieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_341/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 4.2).

3.3 Nach dem Gesagten liegen die Voraussetzungen für eine Abänderung des Urteils vom 7. Mai 2014 in Bezug auf das Besuchsrecht nicht vor. Eine Sistierung der Besuche nach nur einem Treffen ist nicht angezeigt. Denn ein weiteres Hinausschieben würde die eingetretene Entfremdung zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner weiter verstärken. Es wurde bereits im Urteil vom 7. Mai 2014 festgehalten, dass aufgrund des schicksalhaften Kind-Eltern-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen wichtig ist und bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann (BGE 130 III 585 E. 2.2.2 S. 590). Der eingesetzte Beistand wird die Ausübung des Besuchsrechts überwachen und hat das Wohl der Kinder sicherzustellen. Indem der Gesuchsgegner die festgelegten Unterhaltsbeiträge nicht bezahlt (act. 1 S. 12), verletzt er seine Pflicht, für die Kinder finanziell aufzukommen, in flagranter Weise. Dies vermag aber – nach Lehre und Rechtsprechung – eine Verweigerung des Besuchsrechts nicht zu rechtfertigen (vgl. Bächler/Wirz, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Bd. I: ZGB, a.a.O., Art. 273 N 28a).

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 14. Januar 2015

## 2. Markenrecht

### 2.1 Art. 12 Abs. 1 MSchG

#### **Regeste:**

Art. 12 Abs. 1 MSchG – Die Benützungsschonfrist von fünf Jahren wirkt nicht zugunsten von Marken, die ohne jegliche Gebrauchsabsicht hinterlegt wurden. Die Unzulässigkeit solcher Marken stellt neben dem Nichtgebrauch einen eigenständigen Tatbestand für den Verlust des Markenrechts dar. Sodann kann der Nichtgebrauch einer Marke mit Löschungsklage geltend gemacht werden, wenn der Inhaber die Marke im Zusammenhang mit den Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren nach unbenütztem Ablauf der Widerspruchsfrist oder nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens nicht gebraucht hat. Wer den Nichtgebrauch der Marke geltend macht, hat ihn glaubhaft zu machen; der Beweis des Gebrauchs obliegt sodann dem Markeninhaber.

#### **Aus den Erwägungen:**

(...)

3.1 Die Marke ist ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Art. 1 MSchG). Das Markenrecht entsteht mit der Eintragung im Register (Art. 5 MSchG). Es verleiht dem Inhaber das ausschliessliche Recht, die Marke zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, zu gebrauchen und darüber zu verfügen (Art. 13 Abs. 1 MSchG). Die Marke ist – nach Ablauf der gesetzlichen Schonfrist von fünf Jahren (vgl. Art. 12 Abs. 1 MSchG) – aber nur soweit geschützt, als sie im Zusammenhang mit den Waren und Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, auch tatsächlich gebraucht wird (vgl. Art. 11 Abs. 1 MSchG). Diese Gebrauchslast reflektiert die wettbewerbsbezogene Funktion der Marke: Einzig bei denjenigen Zeichen, die auch effektiv benutzt werden und damit im Wettbewerb die ihr zugedachte Unterscheidungs- und Herkunftsfunktion erfüllen, rechtfertigt sich nach Ablauf der Schonfrist das markenschutzrechtliche Monopol (Marbach, Markenrecht, SIWR Bd. III/1, 2. A., Basel 2009, Rz 1287; vgl. auch Wang, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 11 N 2). Mit dem Gebrauchserfordernis soll gleichzeitig verhindert werden, dass Marken gewissermassen auf Vorrat hinterlegt werden und damit der Registerbestand künstlich aufgebläht sowie die Schaffung neuer Marken behindert wird (vgl. Marbach, a.a.O.,