

ständig ist. In diesem Sinne hat die Justizkommission entschieden, dass – auch während eines hängigen Berufungsverfahrens – der Einzelrichter im summarischen Verfahren und nicht der Referent für die Beurteilung eines Gesuchs um Anordnung eines vorsorglichen Konkurrenzverbots zuständig ist (GVP 2001, S. 171 ff.; vgl. auch GVP 1977/78, S. 196 f.; GVP 1983/84, S. 140). Der Referent des Kantonsgerichts hätte daher auf das vorsorgliche Unterlassungsbegehren der Beschwerdeführer wegen sachlicher Unzuständigkeit nicht eintreten dürfen.

Justizkommission, 24. März 2005

*§ 129 Ziff. 3 ZPO; Art. 59 Abs. 1 MSchG, Art. 14 UWG, Art. 65 Abs. 1 URG und Art. 28c Abs. 1 ZGB. – Vorsorgliche Massnahmen. Eine Wiederholungsgefahr ist zu verneinen, wenn die Antragsgegnerin als juristische Person ihre Auflösung beschlossen und bereits publiziert hat, soweit es bei den beanstandeten Verletzungshandlungen einzig um solche im Rahmen der Geschäftstätigkeit geht (Erw. 4). Kostentragung bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens (Erw. 5).*

*Aus den Erwägungen:*

4. Die Beschwerdegegnerin hatte bereits im vorinstanzlichen Verfahren in ihrer Gesuchsantwort geltend gemacht, dass sie an ihrer ausserordentlichen Generalversammlung vom 26. Januar 2005 ihre Liquidation beschlossen habe, weshalb sich die Anträge der Beschwerdeführerin in der Zwischenzeit ohnehin erledigt hätten. Die Vorinstanz hat sich zu dieser Frage nicht geäussert. In der Tat ist aber nicht einzusehen, inwiefern bei dieser Sachlage noch ein rechtsgenügendes Rechtsschutzinteresse für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme gegeben sein soll. Der Erlass solcher Massnahmen und insbesondere die dabei angebehrten Unterlassungsansprüche setzen ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse voraus. Eine entsprechende Gefährdung der Rechtssphäre liegt vor, wenn nach bereits erfolgter Rechtsverletzung ernsthaft eine erneute Beeinträchtigung droht – sog. Wiederholungsgefahr (Daniel Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Zürcher Diss., Bern 1993, 96 f.). Aus dem von der Beschwerdegegnerin eingereichten Handelsregistrauszug geht hervor, dass der Auflösungsbeschluss (Art. 820 Ziff. 2 OR) am ... im Handelsregister eingetragen und im SHAB vom ... publiziert worden ist (Art. 821 OR). Damit ist die Beschwerdegegnerin ins Liquidationsstadium getreten. Ihr Zweck ist auf die Liquidation beschränkt. Sie darf deshalb ihren ursprünglichen Geschäftszweck nicht mehr weiter verfolgen und hat ihre Geschäftstätigkeit von Gesetzes wegen einzustellen (Art. 823 i.V.m. Art. 739 ff. OR). Mit dem Auflösungsbeschluss hat

die Beschwerdegegnerin aber selbst manifestiert, dass sie die ihr im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit vorgeworfenen Handlungen nicht mehr vornehmen wird. Es ist zwar richtig, dass nach einhelliger Lehrmeinung eine Verletzungshandlung ihre erneute Begehung in der Regel vermuten lässt. Diese Vermutung greift namentlich Platz, wenn der Beklagte sich weigert, das geltend gemachte Recht anzuerkennen, oder zu Unrecht in Abrede stellt, dass die ihm vorgeworfenen Handlungen die Schutzrechte des Klägers verletzen (BGE 116 II 359 E. 2 lit. a. mit zahlreichen Hinweisen). Die Vermutung der Wiederholungsgefahr kann indes durch den Verletzer widerlegt werden, wenn er Umstände dartut, die eine Wiederholung im konkreten Fall ausschliessen oder als unwahrscheinlich erscheinen lassen. Sie wird allerdings nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weder durch die Einstellung der Verletzung umgestossen noch durch die blosser Erklärung des Beklagten, von künftigen Verletzungen Abstand zu nehmen, wenn nicht gleichzeitig der Anspruch des Klägers anerkannt wird (BGE 116 II 359 E. 2 lit. b mit Hinweis auf BGE 90 II 59 E. 9). Auch wenn mithin nach der Rechtsprechung an den Wegfall der Wiederholungsgefahr strenge Anforderungen zu stellen sind (Daniel Alder, a.a.O., S. 98 mit Hinweis auf BGE 116 II 360 und BGE 90 II 59), ist nach Auffassung der Justizkommission eine Wiederholungsgefahr zu verneinen, wenn die Antragsgegnerin als juristische Person ihre Auflösung beschlossen und bereits publiziert hat, soweit es bei den beanstandeten Verletzungshandlungen – wie hier – einzig um solche im Rahmen der Geschäftstätigkeit geht. Eine erneute Verletzung erscheint damit aus objektiven Gründen tatsächlich unmöglich, was die Vermutung der Wiederholungsgefahr zu widerlegen vermag (Daniel Alder, a.a.O., S. 97, Anm. 251). Wenn die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, die Beschwerdegegnerin könnte durch Gesellschafterentscheid die Liquidation jederzeit rückgängig machen, ist das reine Spekulation, wofür sie keinerlei Anhaltspunkte namhaft macht. Gleich verhält es sich mit dem weiteren Argument der Beschwerdeführerin, wonach die Beschwerdegegnerin im beschleunigten Verfahren unter Beizug eines besonders befähigten Revisors bereits nach drei Monaten liquidiert werden könnte. Abgesehen davon ist nicht einzusehen, weshalb der Beschwerdeführerin deswegen ein Anspruch auf eine vorsorgliche Massnahme zustehen sollte. Wenn die Beschwerdegegnerin nicht mehr existiert, ist eine Verletzung der Ansprüche der Beschwerdeführerin durch die Beschwerdegegnerin eben gerade nicht mehr möglich. Mit dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme würde aber auch keineswegs verhindert, dass die Beschwerdegegnerin rasch liquidiert werden könnte. Soweit die Beschwerdeführerin Schadenersatzansprüche gegen die Beschwerdegegnerin geltend machen will, ist sie nicht auf eine einstweilige Massnahme angewiesen. Ist aber die Wiederholungsgefahr im Laufe des Verfahrens entfallen, so wird das Unterlassungsbegehren gegenstandslos. Wäre demnach das vorinstanzliche Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit am Protokoll abzuschreiben gewesen, erweist sich die vorliegende Beschwerde insoweit als begründet. Sie

ist daher teilweise gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und das Verfahren ist als gegenstandslos geworden am Protokoll abzuschreiben.

5. Da das vorinstanzliche Verfahren nach dem Gesagten gegenstandslos geworden ist und dementsprechend ohne materielle Prüfung abgeschrieben wird, stellt sich die Frage nach der Kostenregelung.

a) Die Verteilung von Gerichts- und Parteikosten bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens ist in der zugerischen Prozessordnung nicht geregelt. Nach der Praxis werden die Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit vom Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt. Dabei sind die Kosten in erster Linie derjenigen Partei aufzuerlegen, welche die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat; hat keine Partei die Gegenstandslosigkeit verursacht, so sind sie derjenigen aufzuerlegen, die nach der Aktenlage vermutlich ganz oder teilweise unterlegen wäre. Kann dies nicht festgestellt werden, so wird diejenige Partei kosten- und entschädigungspflichtig, die das Verfahren veranlasst hat (GVP 1983/1984, S. 126 mit Hinweisen; GVP 1987/1988, S. 127). Das heisst nun allerdings nicht, wie die Justizkommission in einem neueren Entscheid vom 25. März 1994 (JZ 1993 105) präzierte, dass die Kosten in jedem Fall und ungeachtet der konkreten Umstände nach der in GVP 1987/1988, S. 127 festgelegten Reihenfolge zu verlegen sind. Zwar seien - und an dieser Rechtsprechung sei festzuhalten - die Kosten «in erster Linie» derjenigen Partei aufzuerlegen, welche die Gegenstandslosigkeit veranlasst habe. Der Entscheid über die Kostentragung bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens sei und bleibe aber ein Ermessensentscheid, bei welchem immer auch die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen seien. So sei nicht zu beanstanden, wenn der Richter in einem Verfahren, das spruchreif sei, bevor dieses gegenstandslos geworden sei, darauf abstelle, wer obsiegt hätte oder unterlegen wäre, wenn der Prozess nicht gegenstandslos geworden wäre. Es liege auf der Hand, dass es in einem solchen Fall unter Umständen geradezu unbillig sein könnte, derjenigen Partei die Kosten aufzuerlegen, welche den Prozess gewonnen hätte, wäre das Verfahren nicht aus prozessualen Gründen erledigt worden (vgl. Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel 1990, N 436).

b) Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdegegnerin die Gegenstandslosigkeit verursacht und die Kosten wären demnach in erster Linie ihr aufzuerlegen. Indes erscheint es angezeigt, die Kosten nach dem mutmasslichen Ausgang des Prozesses zu verlegen, zumal die Sache offensichtlich spruchreif war.

aa) Lehre und Rechtsprechung nehmen im Allgemeinen einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil auch an, wenn die Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei zu Zweifeln Anlass gibt (BGE 108 II 230 f.; vgl. auch Alder,

a.a.O., S. 89 f.; Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001, N 22 zu Art. 14 UWG; Leupold, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, in: sic! 2000, S. 270 f.). Auch nach der Praxis der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug wird ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil bejaht, wenn die Höhe des Schadens auf beweisrechtliche Schwierigkeiten stösst und dessen Erfüllung im Blick auf die Solvenz des Schuldners ungewiss ist (vgl. sic! 1997, S. 324).

bb) Im vorliegenden Fall kann entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht gesagt werden, die Beschwerdeführerin habe nicht substantiiert dargelegt, dass bzw. inwiefern die Beschwerdegegnerin bei einer objektiven Betrachtungsweise als nicht solvent bzw. als illiquid beurteilt werden müsse. Die Beschwerdegegnerin hat wie erwähnt am 26. Januar 2005 ihre Auflösung beschlossen. Sie begründete diesen Entschluss im Wesentlichen damit, dass sie seit ihrer Gründung im September 2003 die gesteckten Ziele nicht erreicht und nie gewinnbringend habe arbeiten können. Der wirtschaftliche Berechtigte der Gesellschaft, X., habe sich deshalb entschlossen, weil auch die Perspektiven gefehlt hätten, die Gesellschaft zu liquidieren. Diese Angaben sind ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Beschwerdegegnerin, die lediglich über ein Stammkapital von CHF 20'000.- verfügt, einer Schadenersatzklage der Beschwerdeführerin, die aber glaubhaft dargelegt, dass ihr durch das behauptete Verhalten der Beschwerdegegnerin ein Schaden entstanden sei, im vorliegenden Zusammenhang nicht gewachsen sein könnte.

Ist aber die Solvenz der Beschwerdegegnerin zweifelhaft, hätte – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – der Verfügungsgrund nicht verneint werden können. Angesicht der zweifelhaften Bonität der Beschwerdegegnerin genügt dies für die Annahme eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils.

cc) Die Beschwerdeführerin hat sodann auch glaubhaft gemacht, dass die Beschwerdegegnerin mit ihrem Handel von Brennsoftware der Beschwerdeführerin über die in Frage stehenden Internetseiten insbesondere die Urheber- und Markenrechte der Beschwerdeführerin verletzte und durch die Gestaltung des Internetauftritts wohl auch gegen die Regeln des lauterer Wettbewerbs versties.

dd) Wäre das Gesuch der Beschwerdeführerin mithin mutmasslich gutzuheissen gewesen, hat die Beschwerdegegnerin die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren zu tragen und die Beschwerdeführerin angemessen zu entschädigen.

Justizkommission, 13. Oktober 2005