

Art 261 ZPO – Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen geknüpft. Als formelle Voraussetzungen gelten dabei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sowie das Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers. Als materielle Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gelten das Vorhandensein eines Verfügungsanspruchs, d.h. eines wahrscheinlich begründeten, vorsorglich zu schützenden materiellrechtlichen Anspruchs, sowie eines Verfügungsgrundes, d.h. eines Anlasses zu beschleunigtem richterlichem Handeln.

Aus den Erwägungen:

1.1 Der vorsorgliche Rechtsschutz ist provisorischer, umfassender oder beschränkter, richterlicher Schutz der Rechtsposition des Massnahmegesuchstellers zur Abwehr von Nachteilen, die diesem aus der Dauer des Verfahrens um definitiven Rechtsschutz entstehen können. Wie der definitive Rechtsschutz ist auch der Erlass vorsorglicher Massnahmen an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen geknüpft. Als formelle Voraussetzungen gelten dabei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sowie das Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers, welches etwa dann fehlt, wenn ein Massnahmebegehren bereits beurteilt wurde (*res iudicata*) oder nicht genügend bestimmt ist. Als materielle Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gelten das Vorhandensein eines Verfügungsanspruchs, d.h. eines wahrscheinlich begründeten, vorsorglich zu schützenden materiellrechtlichen Anspruchs, sowie eines Verfügungsgrundes, d.h. eines Anlasses zu beschleunigtem richterlichem Handeln. Diese beiden materiellen Voraussetzungen ergeben sich ausdrücklich aus Art. 261 Abs. 1 ZPO (vgl. zum Ganzen etwa Thomas Sprecher, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Vor Art. 261-269 N 1 ff. u. Art. 261 N 10 ff.; Damian Schai, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Basel 2010, Rz. 33, Rz. 44 und Rz. 102 ff. mit zahlreichen Hinweisen; auch Stephen Berti, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, in: ZSR 1997 II, S. 173 ff.; speziell zu den Voraussetzungen auch Daniel Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bern 1993, S. 63 ff.; ferner n. publ. Entscheide JZ 2008 96 E. 2.1; JZ 2010 83 E. 2.2).

1.2 Das Tatsachenfundament, auf welches die Parteien ihre Rechtsbegehren stützen, muss im Prozess grundsätzlich bewiesen werden. Da der vorsorgliche Rechtsschutz schnell gewährt werden soll, ist die Beweisstrenge in Massnahmeverfahren reduziert; das Gesetz verlangt gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO bloss das Glaubhaftmachen der tatsächlichen Grundlagen der vorgenannten Massnahmevoraussetzungen. Die Gesuchstellerin muss demnach im vorliegenden Massnahmeverfahren keinen vollen Beweis für ihre Behauptungen erbringen, sondern bloss

eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Richtigkeit dartun. Dabei genügen aber nicht blosse Behauptungen, sondern sie hat dem Richter objektive Anhaltspunkte zu liefern, die für eine erhebliche Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhaltes sprechen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache aber immerhin schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Die Reduktion des Beweismasses gilt im Übrigen für beide Parteien (zum Ganzen BGE 132 III 715 ff. E. 3.1; BGE 130 III 321 E.3.3; BGE 103 II 287 ff. E.2; JZ 2003 53.104 E.1; ausführlich Thomas Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 50 ff.).

1.3 Trotz Beweismassreduktion gilt im vorliegenden Massnahmeverfahren die Verhandlungsmaxime, weshalb es nach Art. 55 Abs. 1 ZPO den Parteien obliegt, dem Richter die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Es trifft sie mithin je eine subjektive Behauptungs- und Beweislast. Die Gesuchstellerin muss das tatsächliche Fundament ihres Begehrens dabei schlüssig behaupten, d.h. jedenfalls so detailliert schildern, dass ihre Tatsachbehauptungen für den Richter nachvollziehbar sind und von diesem – soweit er sie als glaubhaft gemacht erachtet – unter eine bestimmte Norm subsumiert werden können. Folge dieser sog. Substanziierungslast ist, dass rechtserhebliche Sachverhaltselemente, die nicht, oder nicht genügend substantiiert behauptet werden, als nicht glaubhaft gemacht anzusehen sind (vgl. zum Ganzen Paul Oberhammer, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 55 N 12; Thomas Sutter-Somm/Gregor von Arx, in: Sutter-Somm u.a. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 55 N 20 ff.; je m.w.H.).

2. Beide Parteien haben ihren Sitz bzw. Wohnsitz im Kanton Zug und die Gesuchstellerin stützt ihr Massnahmebegehren auf das Urheberrecht. Die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Einzelrichters ist daher zu Recht unstreitig (vgl. Art. 10 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 13 ZPO; Art. 5 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 19 Bst. a und § 23 Abs. 3 GOG sowie § 5 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Obergerichts).

3.1 Die Gesuchstellerin macht mit Bezug auf den Verfügungsgrund im Wesentlichen geltend, sie habe Grund zur Annahme, dass der Gesuchsgegner mit der Verletzung von absoluten Schutzrechten der Gesuchstellerin, namentlich der Werksintegrität durch Ersatzvornahme seitens eines Dritten, fortfahren werde. Das Know How der Gesuchstellerin bzw. das von ihr erarbeitete Zwischenergebnis werde im Falle einer Ersatzvornahme an einen Unberechtigten weitergegeben, welcher diese Informationen verwende. Der nicht leicht wieder gutzumachende

Nachteil liege somit einerseits darin, dass ein Dritter in den unberechtigten Besitz des ProgrammSourceCodes gelange, welcher allein ihr gehöre und an welchem sie die alleinigen Urheberrechte besitze. Dadurch werde es kaum mehr möglich, das in den einzelnen Programmen enthaltene Programmierfachwissen weiterhin als Urheberin allein zu nutzen und daraus die sich allenfalls ableitenden Nutzungsrechte wahrnehmen zu können. Nebst der unmittelbaren Verletzung ihrer Geschäftsgeheimnisse, ihres Know Hows und ihrer Arbeitsleistung, welche beim Vertragsrücktritt ohnehin ausschliesslich bei der Gesuchstellerin verblieben, drohten ihr somit auch direkte finanzielle Nachteile. Zusätzlich resultiere eine Verwirrung des Markes, falls der Gesuchsgegner ein Produkt der Gesuchstellerin unter eigenem Namen zur Steuerung seines Gerätes XYZ anbieten würde. Auch ein Imageschaden sei denkbar, welcher definitiv nicht leicht wieder gutzumachen wäre.

3.2 Diese Ausführungen der Gesuchstellerin erscheinen schon an sich nicht geeignet, einen Verfügungsgrund glaubhaft zu machen. Denn sie zeigt damit nicht in nachvollziehbarer Weise auf, inwiefern ihr bei Zuwarten bis zum Urteil im Hauptprozess aufgrund der (behaupteten) Verletzung der geltend gemachten Urheberrechte ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne des Gesetzes (Vereitelung oder erhebliche Erschwerung der Realvollstreckung oder anderer nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil) droht (vgl. zum Verfügungsgrund ausführlich Thomas Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 16 ff.; Damian Schai, a.a.O., Rz. 189 ff.). So ist zunächst nicht ersichtlich, worin ein solcher Nachteil bei der befürchteten Verletzung der Werksintegrität bestehen sollte, könnten doch entsprechende Änderungen bei Obsiegen der Gesuchstellerin im Hauptprozess ohne Weiters rückgängig gemacht oder ein unrechtmässig verändertes Werk einfach zerstört werden. Nicht nachvollziehbar ist weiter, inwiefern aus der befürchteten Weiterverbreitung oder Bearbeitung der Software eine Marktverwirrung oder ein Imageschaden der Gesuchstellerin drohen sollte. Denn entsprechende Gefahren sind primär im kennzeichen- und wettbewerbsrechtlichen Kontext von Bedeutung und die Gesuchstellerin liefert in ihren Ausführungen keinerlei konkrete Anhaltspunkte für ihre Relevanz im vorliegenden Fall. Analoges gilt hinsichtlich der seitens der Gesuchstellerin offenbar befürchteten «Verletzung» ihrer Geschäftsgeheimnisse, ihres Know Hows und ihrer Arbeitsleistung sowie daraus allenfalls resultierender finanzieller Nachteile. Auch diesbezüglich entbehren ihre Ausführungen jeglicher Substanziierung, so dass nicht nachvollziehbar ist, worin die entsprechenden Nachteile konkret bestehen sollen und inwiefern diese in casu nicht leicht wieder gutzumachen sein sollen. Hinzu kommt schliesslich, dass das vorprozessuale Verhalten der Gesuchstellerin erhebliche Zweifel an ihrer heutigen Darstellung der Sachlage weckt. Der Gesuchsgegner hat mit seiner Ge-

suchsantwort nämlich ein an ihn adressiertes Schreiben der Gesuchstellerin vom 3. September 2010 ins Recht gelegt, in welchem diese ihn ausdrücklich dazu aufgefordert hatte, die streitgegenständliche Software durch Dritte weiter entwickeln zu lassen. Obgleich dieses Schreiben der Gesuchstellerin in der Folge zur Kenntnisnahme zugestellt wurde, hat sie dazu von sich aus keine Replik eingereicht (vgl. zum Replikrecht bei gesetzlich vorgesehenem einfachem Schriftenwechsel BGE 132 I 42 ff. E.3.3.3 f. ), und mithin weder dessen Echtheit bestritten noch dargelegt, inwiefern sich die Situation mittlerweile dergestalt verändert haben sollte, dass ihr heute aus der Weiterentwicklung des Programms durch Dritte nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile drohen sollten, welche sie offenbar vor einigen Monaten selbst noch nicht befürchtete. Gerade auch weil sie dies unterlassen hat, erscheint das behauptete Massnahmeinteresse zweifelhaft. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin keinen Verfügungsgrund glaubhaft gemacht hat, weshalb ihr Gesuch schon unter diesem Aspekt abzuweisen ist.

4. Die Gesuchstellerin hat aber auch den behaupteten Verfügungsanspruch nicht glaubhaft gemacht:

4.1 Bei dem zwischen den Parteien am 22. Januar bzw. 13. Februar 2009 abgeschlossenen Vertrag über die Erstellung und Lieferung der Software XYZ, Kommunikations-Tool zur Fernsteuerung des Gerätes der Gesuchsgegnerin, also sogenannter Individual- oder Bestellsoftware, handelt es sich offensichtlich um einen Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. OR (Gauch, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, Rz 334). Aufgrund der vertraglichen Abmachungen ist glaubhaft, dass das Eigentum an der fraglichen Software auf den Gesuchsgegner übergehen soll. Es erscheint denn auch nach der Offerte der Gesuchstellerin klar, dass mit der Übergabe des Source-Code dem Gesuchsgegner das Recht eingeräumt werden soll, über diesen zu verfügen. Der Gesuchsgegner soll mithin berechtigt werden, daran Änderungen vorzunehmen und die Software allenfalls weiterzuentwickeln oder entwickeln zu lassen. Er ist daher nur zur Rückgabe (bzw. Löschung, Zerstörung) des Source-Code verpflichtet, wenn die Gesuchstellerin tatsächlich berechtigt war, am 29. November 2010 vom vorliegenden Werkvertrag nach Art. 107 Abs. 2 / Art. 109 OR zurückzutreten.

4.2 Sie macht diesbezüglich geltend, der Gesuchsgegner habe dringende, unabdingbare Mitwirkungspflichten bzw. Mitwirkungshandlungen verweigert. In der Tat treffen den Besteller ganz allgemein vertragliche Nebenpflichten, die zu seiner Vergütungspflicht hinzutreten und aus dem vertraglichen Treueverhältnis, aus besonderer Vereinbarung oder aus richterlicher Vertragsergänzung fliessen (vgl.

Gauch, a.a.O., Rz 1320 ff.). Mangels anderer Abrede handelt es sich bei den «Mitwirkungspflichten» des Bestellers, die sich auf die Herstellung des Werkes beziehen, aber um Obliegenheiten und nicht um Rechtspflichten. Unterlässt oder verzögert der Besteller ungerechtfertigt eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung, die für die Herstellung des Werkes erforderlich ist, so gerät er bei gegebenen Voraussetzungen in Annahme-(Gläubiger-)Verzug gemäss Art. 91 ff. OR (Gauch, a.a.O., Rz 1326). Der Annahmeverzug des Bestellers bewirkt den Gefahrübergang nach Art. 376 Abs. 1 OR und steht einem Schuldnerverzug des Unternehmers entgegen. Sodann kann sich daraus allenfalls ein Mehrvergütungsanspruch des Festpreisunternehmers ergeben. Ein Schadenersatzanspruch steht dem Unternehmer indes nicht zu, da die «Mitwirkungspflicht» des Bestellers – wie bereits erwähnt – eine Obliegenheit, und keine Rechtspflicht ist, ausser der verletzte Mitwirkungspflicht komme der Charakter einer echten Verpflichtung zu (Gauch, a.a.O., Rz 1327, 1337 und 1341). Die Gesuchstellerin legt nun nicht dar, dass es sich bei den von ihr geltend gemachten Mitwirkungspflichten ausnahmsweise um echte Verpflichtungen handelt, deren Erfüllung der Unternehmer einklagen und bei deren Verletzung er allenfalls Schadenersatz fordern kann. Der Gesuchsteller bestreitet denn auch überhaupt, irgendwelche Vorleistungspflichten nicht erbracht zu haben.

4.3 Ist es der Gesuchstellerin aber nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass sie vom Bestellsoftwarevertrag vom 22. Januar bzw. 13. Februar 2009 zurückzutreten berechtigt ist, ist der vom Gesuchsgegner ausgesprochene Vertragsrücktritt bzw. die Vertragskündigung gemäss Art. 377 OR glaubhafter. Unbestrittenermassen ist nämlich die fragliche Software nicht vollständig entwickelt und das Werk dementsprechend unvollendet, womit dem Gesuchsgegner das Recht zur Kündigung bzw. zum Rücktritt gemäss Art. 377 OR zusteht. Dementsprechend hat er aber Anspruch auf den ausgeführten Teil des Werkes. Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk, soweit es im Zeitpunkt der Vertragsauflösung hergestellt ist, herauszugeben und ist weder berechtigt noch verpflichtet, ein teilweise hergestelltes Werk zurückzunehmen (Gauch, a.a.O., Rz 530). Nachdem wie erwähnt der Bestellsoftwarevertrag vorsah, dem Gesuchsgegner das Eigentum an dieser Software zu verschaffen und dementsprechend den Source-Code zu übergeben, stehen der Gesuchstellerin auch aus Urheberrecht keine Ansprüche zu. Damit fällt aber die Hauptsachenprognose zu Gunsten des Gesuchsgegners aus. (...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 12. Mai 2012