

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.12 vom 23. Juni 2017

BS Appellationsgericht, 2017-06-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2017.12

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.12 du 23 juin 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.12 del 23 giugno 2017

Erwägungen

E. 1

1.1 Angefochten ist der im Rahmen eines Verfahrens über die Bestätigung bzw. Aufhebung einer superprovisorischen Massnahme ergangene Entscheid des Zivilgerichts vom 31. Januar 2017 hinsichtlich der Prozesskosten. Hiergegen steht als Rechtsmittel alleine die Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 110 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) zur Verfügung. Auf die form- und fristgemässe Beschwerde ist einzutreten. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 320 ZPO).

1.2 Zum Entscheid über die vorliegende Beschwerde ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft [GOG, SG 154.100]).

E. 2

2.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Vorinstanz bei der Verteilung der Prozesskosten Art. 107 ZPO falsch angewendet habe bzw. ohne sachlichen Grund die Verteilungsgrundsätze gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO nicht angewendet habe. Soweit die Vorinstanz davon ausgegangen sei, dass die superprovisorische Massnahme vom 10. November 2016 zum Zeitpunkt des Erlasses gerechtfertigt gewesen sei, wende sie Art. 261 und Art. 265 ZPO unrichtig an und gehe von einem offensichtlich falschen Sachverhalt aus (Beschwerde Ziffer 7 ff.). Die Beschwerdegegner bringen vor, dass die superprovisorische Massnahme zum Zeitpunkt des Erlasses gerechtfertigt sei. Die Vorinstanz habe festgehalten, dass die Beschwerdegegner in ihrer Persönlichkeit verletzt worden seien und weitere Persönlichkeitsverletzungen drohten. Der Kostenentscheid basiere auf diesen materiellen Feststellungen, weshalb es die Vorinstanz zu Recht als unbillig angesehen habe, die Kosten gesamthaft den Beschwerdegegnern aufzuerlegen (Beschwerdeantwort Ziffer 3 ff.).

2.2 Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. Insbesondere wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (lit. b) oder wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (lit. f), kann das Gericht gemäss Art. 107 Abs. 1 ZPO von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen. Die Anwendung des Auffangtatbestands von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO kommt grundsätzlich in Betracht, wenn zwischen den Parteien eine erhebliche wirtschaftliche Disparität besteht oder wenn und soweit die nicht unterliegende Partei durch ihr Verhalten ungerechtfertigten

Aufwand verursacht hat (BGE 139 III 33 E. 4.2 S. 36). Bei der Prozessführung in guten Treuen geht es um Fälle, in denen die klagende Partei entweder zu Unrecht, aber in Unkenntnis eines Rechtsmangels einen Prozess eingeleitet hat, ohne damit ihre Sorgfaltspflichten gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB zu verletzen, oder sich die massgebenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse nach Einleitung des Prozesses zuungunsten der klagenden Partei verändert haben (Schmid, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 107 ZPO N 3; vgl. Riemer, Prozessführung ■in guten Treuen■ [§ 64 Abs. 3 ZPO, Art. 156 Abs. 3 OG] ■ zwischen ■Treu und Glauben■ [Art. 2 ZGB] und ■gutem Glauben■ [Art. 3 ZGB], in: Donatsch et al. [Hrsg.], Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 279 ff., 282 f.). Ein vorwerfbares Verhalten der Gegenpartei ist nicht erforderlich (Schmid, a.a.O., Art. 107 ZPO N 3; Tappy, CPC commenté, Basel 2011, Art. 107 N 15; vgl. Riemer, a.a.O., S. 288). Hingegen wäre es unbillig und deshalb ausgeschlossen, der Gegenpartei trotz Obsiegens Kosten aufzuerlegen, wenn die klagende Partei die Veränderung der Verhältnisse, die zur Abweisung ihrer Klage geführt hat, ohne hinreichenden Grund selber verursacht hat. Ob die Prozessführung in guten Treuen erfolgt ist, ist für jeden einzelnen Verfahrensschritt gesondert zu beurteilen (vgl. Riemer, a.a.O., S. 288).

2.3 Über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen kann gemäss Art. 104 Abs. 3 ZPO zusammen mit der Hauptsache entschieden werden. Dies bedeutet, dass das Gericht über die Prozesskosten entweder im Massnahmeentscheid oder zusammen mit der Hauptsache im Endentscheid entscheiden kann (KGer BL 430 12 61 vom 21. Mai 2012 E. 4 in: CAN 2012 Nr. 50 S. 145 ff. 148; Rüegg, in: Basler Kommentar, 2. Auflage, 2013, Art. 104 ZPO N 6; Tappy, a.a.O., Art. 104 N 11; Fischer, in: Stämpfli Handkommentar ZPO, Bern 2010, Art. 104 N 10).

Wenn das Gesuch um eine vorsorgliche Massnahme abgewiesen wird, ist grundsätzlich im Massnahmeentscheid über die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme zu entscheiden (Schmid, a.a.O., Art. 104 N 5; Tappy, a.a.O., Art. 104 N 14; Urwyler/Grütter, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 104 N 5 und FN 11 und 12). Wenn das Gesuch um eine vorsorgliche Massnahme gutgeheissen wird, ist danach zu unterscheiden, ob die Klage in der Hauptsache im Zeitpunkt des Entscheids über die vorsorgliche Massnahme rechtshängig ist oder nicht. Wenn die Klage in der Hauptsache im Zeitpunkt des Entscheids über die vorsorgliche Massnahme bereits rechtshängig ist, ist bei Gutheissung des Gesuchs grundsätzlich im Hauptverfahren über die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme zu entscheiden (Sterchi, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 104 ZPO N 10; Tappy, a.a.O., Art. 104 N 12; Urwyler/Grütter, a.a.O., Art. 104 N 5). Wenn die Klage in der Hauptsache im Zeitpunkt des Entscheids über die vorsorgliche Massnahme noch nicht rechtshängig ist, kommt es möglicherweise nicht zu einem Hauptsachverfahren. Um zu verhindern, dass mangels Hauptprozesses über die Kosten gar nicht befunden wird, ist in diesem Fall bei Gutheissung des Gesuchs im Massnahmeentscheid über die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme zu entscheiden (vgl. KGer GR ZK1 13 35 vom 24. Juli 2013 E. 5; Rüegg, a.a.O., Art. 104 ZPO N 6; Sterchi, a.a.O., Art. 104 ZPO N 12; Urwyler/Grütter, a.a.O., Art. 104 N 5; für ein Wahlrecht des Gerichts Tappy, a.a.O., Art. 104 N 14).

E. 2.4

2.4.1 Wenn das Gesuch um eine vorsorgliche Massnahme abgewiesen wird, sind die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme nach einhelliger Auffassung grundsätzlich der

gesuchstellenden Partei aufzuerlegen (KGer BL 430 16 237 vom 20. September 2016 E. 4; KGer GR ZK1 13 35 vom 24. Juli 2013 E. 5; HGer ZH HE160142 vom 1. September 2016 E. 6.1; Sterchi, a.a.O., Art. 104 ZPO N 10; Tappy, a.a.O., Art. 104 N 12; Urwyler/Grütter, a.a.O., Art. 104 N 5 FN 11 und 12). Von diesem Grundsatz darf nur abgewichen werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die es unbillig erscheinen lassen, die Kosten der gesuchstellenden Partei aufzuerlegen (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO; Fischer, a.a.O., Art. 104 N 10 und 17).

Wenn das Gesuch um eine vorsorgliche Massnahme gutgeheissen worden ist und im Endentscheid über die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme entschieden wird, sind diese in der Regel entsprechend dem Ausgang des Hauptsacheverfahrens zu verteilen (vgl. Fischer, a.a.O., Art. 104 N 14; Tappy, a.a.O., Art. 104 N 12; BGer 5P.496/2006 und 5P.497/2006 vom 22. Januar 2007 E. 4.2).

2.4.2 Wem die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme im Falle der Gutheissung des Gesuchs um eine vorsorgliche Massnahme im Massnahmeentscheid aufzuerlegen sind, ist umstritten.

Gemäss der einen Auffassung sind bei Anordnung der vorsorglichen Massnahme deren Prozesskosten grundsätzlich dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Fischer, a.a.O., Art. 104 N 17; Sterchi, a.a.O., Art. 104 ZPO N 12a und 13; Urwyler/Grütter, a.a.O., Art. 104 N 5 FN 12; Pesenti, Gerichtskosten [insbesondere Festsetzung und Verteilung] nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Basel 2017, Rz. 755 f.).

Nach einer anderen Ansicht sind bei Anordnung der vorsorglichen Massnahme die Gerichtskosten unter Vorbehalt eines abweichenden Entscheids im Hauptverfahren einstweilen der gesuchstellenden Partei aufzuerlegen und dem Gesuchsgegner eine Parteienschädigung zuzusprechen für den Fall, dass die gesuchstellende Partei die Klage in der Hauptsache nicht einreicht. Dieser Kostenentscheid wird definitiv, wenn die vorsorgliche Massnahme nicht rechtzeitig prosequiert wird (Schmid, a.a.O., Art. 104 N 5; vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Bern 2016, N 10.34; vgl. für die Gerichtskosten auch Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 2017, N 665; für die Möglichkeit einer vorläufigen Verteilung der Prozesskosten im Massnahmeentscheid unter Vorbehalt einer anderen Verteilung im Hauptprozess auch Jenny, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 104 N 10 und Rüegg, a.a.O., Art. 104 ZPO N 6; gegen eine einstweilige Kostenverteilung demgegenüber Pesenti, a.a.O., Rz. 759 ff.).

Die erste Variante entspricht der Praxis des Obergerichts des Kantons Aargau (OGer AG ZSU.2015.268 vom 17. Dezember 2015 E. 2.4.2 in: CAN 2016 Nr. 27 S. 78 f.) und des Kantonsgerichts Basel-Landschaft (KGer BL 430 12 61 vom 21. Mai 2012 E. 4 in: CAN 2012 Nr. 50 S. 145 ff. 148). Für diese Variante haben sich auch das Obergericht des Kantons Solothurn (OGer SO ZKEIV.2014.1 vom 2. Juni 2014 E. 4.5 in: SOG 2014 Nr. 4 S. 25 ff., 27 f.) und das Handelsgericht des Kantons St. Gallen (HGer SG HG.2011.286 vom 26. März 2012 E. III.1) ausgesprochen. Gemäss Spühler dürfte der Entscheid des Obergerichts des Kantons Solothurn allerdings nur aufgrund des spezifischen Sachverhalts richtig sein (Spühler, in: CAN 2014 Nr. 66 S. 206 ff., 207).

Die zweite Variante entspricht der ständigen Praxis des Handelsgerichts des Kantons Zürich (HGer ZH HE160142 vom 1. September 2016 E. 6.1; HE150090 vom 18. Mai 2016 E. 7.2 f.; HE150500 vom 7. April 2016 E. 5; HE150348 vom 18. Februar 2016 E. 9; HE120020

vom 20. April 2012 E. 5.10 in: ZR 2012 Nr. 63 S. 177 ff., 182 f.) und der Praxis des Bundespatentgerichts (Bundespatengericht S2014_006 vom 6. Oktober 2014 E. 15.1, S2013_004 vom 12. Mai 2014 E. 5.1).

Bei der vorsorglichen Massnahme der vorsorglichen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts hat das Gericht nach fester Praxis des Kantonsgerichts Graubünden entweder die zweite Variante zu wählen oder im Massnahmeentscheid auf eine Kostenregelung zu verzichten und diese dem späteren Hauptverfahren oder, für den Fall, dass kein solches eingeleitet wird, einem separaten summarischen Verfahren zur Kostenregelung vorzubehalten. Dabei wird der Gesuchsteller im Verfahren auf provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts unter Vorbehalt einer nachträglichen abweichenden Verteilung in einem allfälligen Hauptprozess auch dann kostenpflichtig, wenn das Gesuch gutgeheissen wird (KGer GR ERZ 13 131 vom 13. September 2013 E. 2 f.; ERZ 13 205 vom 22. Juli 2013 E. 3). Beim Bauhandwerkerpfandrecht spricht sich auch das Kantonsgericht Wallis dafür aus, dass die Gerichtskosten unter Vorbehalt eines abweichenden Entscheids im Hauptverfahren vorläufig der gesuchstellenden Partei auferlegt und dem Gesuchsgegner für den Fall, dass die gesuchstellende Partei die Klage in der Hauptsache nicht einreicht, eine Parteientschädigung zugesprochen werden (vgl. KGer VS TCV C3 15 14 vom 9. September 2015 E. 2 in: ZWR 2016 S. 133 ff., 134 ff.).

Die bisherige Praxis des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt ist uneinheitlich. In einem Entscheid vom 15. April 2011 wurden die ordentlichen Kosten vorläufig den Gesuchstellern auferlegt und die ausserordentlichen Kosten wettgeschlagen, obwohl die superprovisorische Massnahme bestätigt wurde (AGE ZK.2011.1 vom 15. April 2011 E. 7; vgl. auch ZK.2014.3 vom 22. Januar 2014 E. 7). Damit brachte das Gericht zumindest teilweise die zweite Variante zur Anwendung. In einem Entscheid vom 17. Dezember 2012, mit dem das Verfahren bezüglich der mit den ersten drei Rechtsbegehren beantragten vorsorglichen Massnahmen als gegenstandslos abgeschrieben und die mit dem vierten Rechtsbegehren beantragte superprovisorische Massnahme bestätigt wurden, erwog das Appellationsgericht, ■[d]ie ordentlichen Kosten sind zwar in der Regel von der Gesuchstellerin zu tragen■. Die Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin unter dem Druck des Verfahrens bereits drei von vier Rechtsbegehren erfüllt und damit insoweit das Gesuch anerkannt und das Gegenstandsloswerden des Prozesses zu vertreten habe, und die Tatsache, dass sie auch bezüglich des vierten Rechtsbegehrens nicht durchdringe, rechtfertigten es allerdings, die ordentlichen Kosten vorläufig ihr aufzuerlegen. Dementsprechend wurden unter Vorbehalt der endgültigen Verteilung im Prosektionsprozess die ordentlichen Kosten vorläufig der Gesuchsgegnerin auferlegt und die ausserordentlichen Kosten vorläufig wettgeschlagen (AGE ZK.2012.20 vom 17. Dezember 2012 E. 4). Aus der Begründung des Kostenentscheids ist zu schliessen, dass das Gericht auch in diesem Fall davon ausgegangen ist, dass die Gerichtskosten entsprechend der zweiten Variante grundsätzlich einstweilen der gesuchstellenden Partei aufzuerlegen sind, und dass es nur aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls von dieser Kostenverteilung abgewichen ist. In einem Entscheid vom 1. Juni 2016 wählte das Appellationsgericht hingegen die zweite Variante, indem es die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme unter Vorbehalt einer abweichenden Kostenverteilung im allfälligen Hauptprozess nach dem Ausgang des Massnahmeverfahrens verteilte und vorläufig der Gesuchsgegnerin auferlegte (AGE ZK.2016.2 vom 1. Juni 2016 E. 7). In

keinem der erwähnten Entscheide wurde die Wahl der jeweiligen Variante näher begründet. Zudem wurden die früheren, teilweise abweichenden Entscheide in den späteren Entscheiden nicht erwähnt. Die Frage, welche Variante den Vorzug verdient, ist deshalb im vorliegenden Fall näher zu prüfen.

2.4.3 Gemäss Art. 264 Abs. 2 ZPO haftet die gesuchstellende Partei grundsätzlich für den aus einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme erwachsenen Schaden. Der Schadenersatzanspruch gemäss Art. 264 Abs. 2 ZPO ist in einem selbständigen Forderungsprozess oder widerklageweise im Hauptprozess geltend zu machen (Sprecher, a.a.O., Art. 264 ZPO N 44 f.; Bohnet, CPC commenté, Basel 2011, Art. 264 N 16). Eine vorsorgliche Massnahme ist zumindest dann zweifellos ungerechtfertigt, wenn der Verfügungsanspruch im Zeitpunkt ihrer Anordnung nicht bestanden hat (Güngerich, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 264 ZPO N 25; Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., Art. 264 N 2; Sprecher, a.a.O., Art. 264 ZPO N 52a f.; Zürcher, a.a.O., Art. 264 N 15). Typische Schadenspositionen sind Verfahrenskosten, Verzögerungsschäden, entgangener Gewinn und Reputationsschäden (Huber, a.a.O., Art. 264 N 26; Sprecher, a.a.O., Art. 264 N 49).

Wenn die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme im Massnahmeentscheid dem Gesuchsgegner auferlegt worden sind, hat dieser dafür im Falle des Obsiegens im Hauptsacheverfahren Anspruch auf eine Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 ZPO (vgl. Fischer, a.a.O., Art. 104 N 10; Tappy, a.a.O., Art. 104 N 14; Sterchi, a.a.O., Art. 104 ZPO N 12a; Urwyler/Grütter, a.a.O., Art. 104 N 5 FN 12; a.M. Pesenti, a.a.O., N 760). Zudem kann der Gesuchsgegner für die ihm mit dem Massnahmeentscheid auferlegten Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 264 Abs. 2 ZPO Schadenersatz verlangen (vgl. Fischer, a.a.O., Art. 104 N 10; Tappy, a.a.O., Art. 104 N 14; vgl. Pesenti, a.a.O., N 765 und 767). Diese Möglichkeiten bestehen auch gemäss den Vertretern der Auffassung, dass die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme bei Gutheissung des Gesuchs im Massnahmeentscheid grundsätzlich dem Gesuchsgegner aufzuerlegen sind (vgl. Fischer, a.a.O., Art. 104 N 17). Damit sind die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme im Endergebnis auch nach dieser Ansicht von der gesuchstellenden Partei zu tragen, wenn sie im Hauptverfahren unterliegt bzw. ihr Verfügungsanspruch nicht besteht.

Da vorsorgliche Massnahmen im summarischen Verfahren gestützt auf bloss glaubhaft gemachte Tatsachen ergehen, besteht die Möglichkeit, dass sich der von der gesuchstellenden Partei geltend gemachte Verfügungsanspruch im Hauptsacheverfahren als nicht existent und die vorsorgliche Massnahme damit als ungerechtfertigt erweisen (Güngerich, a.a.O., Art. 264 ZPO N 1; Sprecher, a.a.O., Art. 264 ZPO N 1). Wenn die Klage in der Hauptsache im Zeitpunkt des Entscheids des Massnahmegerichts bereits rechtshängig ist, hat der Gesuchsgegner die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme auch bei Gutheissung des Gesuchs erst und nur dann zu tragen, wenn das Hauptsachegericht in einem Endentscheid gestützt auf eine umfassende Prüfung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht definitiv entschieden hat, dass der Verfügungsanspruch der gesuchstellenden Partei besteht. Bei Anordnung der vorsorglichen Massnahme vor Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache wird der Gesuchsgegner nach der ersten der vorstehend dargelegten Auffassungen hingegen gestützt auf bloss glaubhaft gemachte Tatsachen und eine nur summarische Prüfung der Rechtsfragen verpflichtet, die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme zu zahlen, obwohl noch nicht definitiv entschieden ist, ob die vorsorgliche Massnahme gerechtfertigt ist und der Gesuchsgegner deren Prozesskosten im

Endergebnis zu tragen hat. Falls die gesuchstellende Partei die vorsorgliche Massnahme nicht rechtzeitig prosequiert, kann sich der Gesuchsgegner für die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme nur noch mit einer selbständigen Schadenersatzklage schadlos halten. Im Ergebnis wird der Gesuchsgegner damit deutlich schlechter gestellt, als wenn die Klage im Zeitpunkt des Entscheids des Massnahmegerichts bereits rechtshängig ist. Dies ist unbillig, weil der Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um eine vorsorgliche Massnahme und die Einreichung der Prosektionsklage dem Einfluss des Gesuchsgegners entzogen sind. Hingegen kann die gesuchstellende Partei selber entscheiden, ob sie das Gesuch um eine vorsorgliche Massnahme bereits vor oder erst nach der Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache einreicht und ob sie die vorsorgliche Massnahme nötigenfalls rechtzeitig prosequiert. Es ist deshalb gerechtfertigt, dass die gesuchstellende Partei die Risiken trägt, die damit verbunden sind, dass das Massnahmegericht die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme vor dem definitiven Entscheid über die Hauptsache verteilen muss, wenn das Gesuch um eine vorsorgliche Massnahme eingereicht wird, bevor die Klage in der Hauptsache rechtshängig ist. Damit liegen besondere Umstände im Sinn von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO vor, die es rechtfertigen, die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme entsprechend der zweiten Variante vorläufig der gesuchstellenden Partei aufzuerlegen (für die Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO auch KGer GR ERZ 13 205 vom 22. Juli 2013 E. 3g).

2.4.4 Die vorliegend vertretene Auffassung entspricht auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur vorsorglichen Beweisführung. Nach Art. 158 Abs. 2 ZPO sind auf das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen anzuwenden. Die Prozesskosten eines separaten Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO sind gemäss Bundesgericht nicht nach Art. 106 ZPO, sondern nach Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO zu verteilen, weil im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nicht über materiell-rechtliche Ansprüche entschieden wird und daher nicht im Sinne des grundsätzlich geltenden Unterliegerprinzips nach Art. 106 ZPO von obsiegender und unterliegender Partei gesprochen werden kann (BGE 140 III 30 E. 3.1 S. 31 und E. 3.5 S. 34). Im Falle der Gutheissung eines bestrittenen Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO in einem separaten Verfahren vor Einleitung eines Hauptprozesses sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Gerichtskosten unter Vorbehalt der Abwälzung auf die Gegenpartei bei Obsiegen im Hauptprozess der gesuchstellenden Partei aufzuerlegen und dem Gesuchsgegner unter Vorbehalt der Rückerstattung bei Unterliegen im Hauptprozess eine Parteientschädigung zuzusprechen. Diese Kostenverteilung wird vom Bundesgericht insbesondere mit den folgenden Erwägungen begründet: Das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung dient den Interessen der gesuchstellenden Partei. Diese zwingt die (potentielle zukünftige) Gegenpartei vor Einleitung eines Hauptprozesses in ein Verfahren. Die gesuchstellende Partei hat die Möglichkeit, den Hauptprozess einzuleiten und bei Obsiegen in der Sache auch die Kosten des vorsorglichen Beweisverfahrens auf die in der Sache unterliegende Gegenpartei abzuwälzen. Verzichtet sie nach erfolgter vorsorglicher Beweiserhebung auf die Einleitung eines Hauptprozesses zur Durchsetzung ihres behaupteten materiellen Anspruchs, kommt dies ihrem Unterliegen in einem solchen Prozess gleich und ist es sachgerecht, wenn sie die Kosten der vorsorglichen Beweisführung endgültig zu tragen hat. Demgegenüber hat es der Gesuchsgegner nicht in der Hand, einen Hauptprozess einzuleiten und sich so bei Obsiegen der Kosten zu entledigen (BGE 140 III 30 E. 3.3 ■ 3.6 S. 32 ff.).

Die Erwägungen des Bundesgerichts gelten sinngemäss auch für vorsorgliche Massnahmen. In einem Entscheid zum kantonalen Zivilprozessrecht erwog das Bundesgericht im Rahmen der Willkürprüfung, Beweissicherungsmassnahmen würden zwar oft zu den vorsorglichen Massnahmen gezählt, unterschieden sich von diesen aber dadurch, dass nur der drohende Verlust des Beweismittels glaubhaft zu machen sei, dagegen nicht wie bei den Sicherungsmassnahmen, die wahrscheinliche Begründetheit des Hauptbegehrens (BGer 5P.496/2006 + 5P.497/2006 vom 22. Januar 2007 E. 3.4). Unter der Herrschaft der ZPO besteht diesbezüglich hingegen kein prinzipieller Unterschied mehr zwischen vorsorglicher Beweisführung und vorsorglicher Massnahme. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine vorsorgliche Beweisführung nur mit Blick auf einen konkreten materiell-rechtlichen Anspruch verlangt werden. Die gesuchstellende Partei, die sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch gegen den Gesuchsgegner gewährt und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann. Lediglich für Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, kann keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt werden. Stellt das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem die gesuchstellende Partei ihren Anspruch beweisen kann, genügt es deshalb, dass sie das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich substantiiert und schlüssig behauptet (BGE 140 III 16 E. 2.2.2 S. 19; 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81 f.; BGer 5A_832/2012 vom 25. Januar 2013 E. 7.1.1; Brönnimann, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 158 ZPO N 13; vgl. Zürcher, a.a.O., Art. 158 N 21). Grundsätzlich setzt eine vorsorgliche Beweisführung damit wie eine vorsorgliche Massnahme die Glaubhaftmachung eines Hauptsacheanspruchs voraus (vgl. Zürcher, a.a.O., Art. 158 N 21). Das Bundesgericht weist zwar darauf hin, dass es beim Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme noch nicht um die Prüfung der Begründetheit des Hauptanspruchs gehe (BGE 140 III 16 E. 2.2.2 S. 20). Auch bei vorsorglichen Massnahmen ist der Verfügungsanspruch aber nicht Streitgegenstand. Das Massnahmegericht hat nur im Sinne einer Hauptsacheprognose zu prüfen, ob die gesuchstellende Partei den Verfügungsanspruch als Voraussetzung der vorsorglichen Massnahme glaubhaft gemacht hat (vgl. Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., Art. 261 N 6). Folglich ist es gerechtfertigt, die Kosten bei vorsorglichen Massnahmen grundsätzlich gleich zu verteilen wie bei der vorsorglichen Beweisführung. Damit spricht auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung für die zweite Variante.

2.4.5 Aus den vorstehenden Gründen verdient die Auffassung den Vorrang, dass die Gerichtskosten unter Vorbehalt eines abweichenden Entscheids im Hauptverfahren vorläufig der gesuchstellenden Partei aufzuerlegen sind und dem Gesuchsgegner für den Fall, dass die gesuchstellende Partei die Klage in der Hauptsache nicht einreicht, eine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

E. 3

3.1 Mit Entscheid vom 31. Januar 2017 hat die Vorinstanz die superprovisorische Massnahme aufgehoben und das Gesuch um weitergehende vorsorgliche Massnahmen abgewiesen. Insoweit ist der Entscheid in Rechtskraft erwachsen. Grundsätzlich sind deshalb die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme einschliesslich der superprovisorischen Massnahme den Beschwerdegegnern aufzuerlegen. Eine abweichende Kostenverteilung ist nur zulässig, wenn besondere Umstände vorliegen, die es unbillig erscheinen lassen, die Kosten den Beschwerdegegnern aufzuerlegen.

E. 3.2

3.2.1 Die Vorinstanz hat ihre Kostenverteilung unter Verweis auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO damit begründet, dass die superprovisorische Massnahme im Zeitpunkt ihrer Anordnung auch unter Berücksichtigung der Vorbringen der Beschwerdeführerin gerechtfertigt gewesen sei (Entscheid vom 31. Januar 2017 E. 5). Dabei hat sie sich entsprechend den für vorsorgliche Massnahmen geltenden Grundsätzen mit einer summarischen Prüfung der Voraussetzungen der superprovisorischen Massnahme und einer Glaubhaftmachung der rechtserheblichen Tatsachen begnügt (vgl. Entscheidung vom 31. Januar 2017 E. 4.3 f.).

3.2.2 Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, hätte die Vorinstanz die Prozesskosten grundsätzlich selbst dann vorläufig den Gesuchsgegnern auferlegen müssen, wenn die Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahmen auch im Zeitpunkt ihres Entscheids vom 31. Januar 2017 noch erfüllt gewesen wären und sie die superprovisorische Massnahme deshalb bestätigt und die zusätzlich beantragten vorsorglichen Massnahmen angeordnet hätte. Folglich kann der von der Vorinstanz ins Feld geführte Umstand, dass die superprovisorische Massnahme im Zeitpunkt ihrer Anordnung noch gerechtfertigt gewesen sei, keine Rechtfertigung dafür darstellen, die Prozesskosten nicht vollumfänglich den Beschwerdegegnern aufzuerlegen. Andere besondere Umstände, die eine abweichende Kostenverteilung rechtfertigen könnten, werden weder von der Vorinstanz noch von den Beschwerdegegnern geltend gemacht und sind nicht ersichtlich.

3.2.3 Selbst wenn fälschlicherweise davon ausgegangen würde, die Prozesskosten hätten bei Bestätigung der superprovisorischen Massnahme und Anordnung der zusätzlich beantragten vorsorglichen Massnahmen der Beschwerdeführerin auferlegt werden müssen, wäre es im vorliegenden Fall ausgeschlossen, trotz Aufhebung der vorsorglichen Massnahme und Abweisung des Gesuchs um weitere vorsorgliche Massnahmen einen Teil der Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Dies wäre nur möglich, soweit die Voraussetzungen einer Prozessführung in guten Treuen im Sinn von Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllt wären. Die Annahme einer solchen ist im vorliegenden Fall aus den folgenden Gründen ausgeschlossen.

Die Vorinstanz hat die Aufhebung der superprovisorischen Massnahme damit begründet, dass die Beschwerdegegner seit deren Anordnung am 10. November 2016 der Beschwerdeführerin keine weitere Stellungnahme haben zukommen lassen, obwohl am 14. November 2016 ein weiterer Artikel erschienen sei, Grund zur Annahme bestanden habe, das nochmals über das Thema berichtet wird, und den Beschwerdegegnern inzwischen entlastende Unterlagen vorgelegen haben. Daher sei es nicht mehr zweck- und verhältnismässig, die Beschwerdeführerin vorsorglich zu verpflichten, die Ansicht der Beschwerdegegner in einem allfälligen weiteren Artikel wiederzugeben (Entscheid vom 31. Januar 2017 E. 4.7). Diese Feststellungen werden von den Beschwerdegegnern zu Recht nicht bestritten. Damit haben die Beschwerdegegner die Veränderung der Verhältnisse, die zur Aufhebung der superprovisorischen Massnahme geführt hat, ohne vernünftigen Grund selber verursacht. Ihr Verhalten ist zudem widersprüchlich. Einerseits haben sie anlässlich der Verhandlung der Vorinstanz vom 26. Januar 2017 die Bestätigung der superprovisorischen Massnahme beantragt, mit welcher der Beschwerdeführerin verboten worden ist, redaktionelle Beiträge zu veröffentlichen, ohne die Ansicht der Beschwerdegegner wiederzugeben. Andererseits haben sie der Beschwerdeführerin die Wiedergabe ihrer aktuellen Ansicht ■ derjenigen der Beschwerdegegner ■ verunmöglicht, indem sie ihr seit dem 8. November 2016 keine Stellungnahme mehr haben zukommen

lassen.

Die Abweisung des Gesuchs um weitergehende vorsorgliche Massnahmen hat die Vorinstanz damit begründet, dass die anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner deren Voraussetzungen nicht näher substantiiert haben (Entscheidung vom 31. Januar 2017 E. 4.8). Auch diese Feststellungen werden von den Beschwerdegegnern zu Recht nicht bestritten. Die rechtserheblichen Tatsachen sind nicht nur pauschal oder global, sondern substantiiert zu behaupten (Gehri, in: Basler Kommentar, 2. Auflage, 2013, Art. 55 ZPO N 4; Glasl, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 55 N 22). Der Grund für die Abweisung des Gesuchs um weitere vorsorgliche Massnahmen hat somit darin bestanden, dass die anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner ihren prozessualen Obliegenheiten nicht nachgekommen sind. Unter diesen Umständen ist es ausgeschlossen, ihnen die Prozesskosten dieser vorsorglichen Massnahmen trotz Abweisung ihres Gesuchs nicht aufzuerlegen.

3.3 Schliesslich sind die hälftige Auferlegung der Gerichtskosten und das Wettschlagen der Parteikosten auch aus den folgenden Gründen ungerechtfertigt. Die Vorinstanz hat ihren Kostenentscheid einzig damit begründet, dass die superprovisorische Massnahme im Zeitpunkt ihres Erlasses gerechtfertigt gewesen sei. Folglich könnten die Beschwerdegegner in jedem Fall nur von der Tragung der Prozesskosten der Anordnung der superprovisorischen Massnahme befreit werden. Die superprovisorische Massnahme hat die Vorinstanz aufgrund eines mündlichen Gesuchs und der von den Beschwerdegegnern eingereichten Urkunden angeordnet. Bei der Aufhebung der superprovisorischen Massnahme und der Abweisung des Gesuchs um weitergehende vorsorgliche Massnahmen hat sie sich zusätzlich auf eine schriftliche Stellungnahme der Beschwerdegegner mit einem Umfang von 15 Seiten, von den Parteien zusätzlich eingereichte Urkunden und die Parteivorträge anlässlich der mündlichen Verhandlung gestützt. Der Aufwand der Vorinstanz betreffend die Aufhebung der superprovisorischen Massnahme und die Abweisung des Gesuchs um weitergehende vorsorgliche Massnahmen ist damit viel grösser gewesen als derjenige betreffend die Anordnung der superprovisorischen Massnahme. Selbst wenn es im vorliegenden Fall zulässig wäre, nicht die gesamten Prozesskosten den Beschwerdegegnern aufzuerlegen, könnte deshalb der Beschwerdeführerin höchstens ein Viertel der Gerichtskosten auferlegt werden. Im Verfahren auf Anordnung der superprovisorischen Massnahme sind die Beschwerdegegner nicht anwaltlich vertreten gewesen. Die Beschwerdeführerin ist in diesem Abschnitt am Verfahren nicht beteiligt gewesen. Die Parteien sind damit nur im kontradiktorischen Verfahren auf Prüfung der superprovisorischen Massnahme und Anordnung weitergehender vorsorglicher Massnahmen anwaltlich vertreten gewesen. Die von den Beschwerdegegnern in diesem Verfahrensabschnitt gestellten Anträge sind bereits im Zeitpunkt, als sie anlässlich der Verhandlung der Vorinstanz vom 26. Januar 2017 gestellt worden sind, unbegründet gewesen und von der Vorinstanz vollumfänglich abgewiesen worden. Damit besteht für diesen Verfahrensabschnitt kein Grund, die Prozesskosten nicht den Beschwerdegegnern aufzuerlegen. Folglich haben diese in jedem Fall die gesamten Parteikosten zu tragen und damit der Beschwerdeführerin eine volle Parteientschädigung zu bezahlen.

3.4 Da die Beschwerde aus den vorstehenden Gründen ohnehin gutzuheissen ist, kann offen bleiben, ob die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, dass die Voraussetzungen der superprovisorischen Massnahme im Zeitpunkt ihrer Anordnung erfüllt gewesen sind, und ob diese Feststellung in Rechtskraft erwachsen ist.

E. 3.5

3.5.1 Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren betragen CHF 800.■. Die Parteientschädigung berechnet sich in nichtvermögensrechtlichen Zivilsachen nach dem Zeitaufwand (§ 13 Abs. 1 Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt [SG 291.400]). Für die Berechnung der Parteientschädigung kommt praxismässig unabhängig vom mit dem Parteivertreter vereinbarten Stundenansatz im Regelfall ein Überwälzungstarif von CHF 250.■ pro Stunde zur Anwendung (AGE ZB.2016.1 vom 1. April 2016 E. 4). Da die Beschwerdeführerin keine Honorarnote eingereicht hat, ist der Zeitaufwand ihres Parteivertreters zu schätzen. Für das Gesuch um Zustellung der Verfahrensakten und Fristerstreckung vom 14. November 2016, die Stellungnahme vom 25. November 2016 und die Verhandlung vom 26. Januar 2017 erscheint ein Aufwand von knapp zwölf Stunden angemessen. Dies ergibt einschliesslich Auslagen eine Parteientschädigung von CHF 3■000.■.

Die Beschwerdeführerin beantragt, die Parteientschädigung sei ihr zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer zuzusprechen. Mit der Zusprechung einer Parteientschädigung soll der obsiegenden Partei der aus der anwaltlichen Parteivertretung im Verfahren erlittene Schaden ersetzt werden. Da die Parteientschädigung somit als Schadenersatz im Sinn von Art. 18 Abs. 2 lit. i des Mehrwertsteuergesetz (MWSTG, SR 641.20) zu qualifizieren ist, wird darauf keine Mehrwertsteuer erhoben. Wenn die Partei durch die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer finanziell belastet wird, rechtfertigt es sich, diesen Betrag auch bei der Bemessung der Parteientschädigung zu berücksichtigen. Fehlt eine entsprechende Belastung, so ist die Mehrwertsteuer bei der Parteientschädigung hingegen nicht zu berücksichtigen. Wenn die obsiegende Partei selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit geführt hat, kann sie die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer in der Regel als Vorsteuer abziehen (Art. 28 Abs. 1 lit. a MWSTG). In diesem Fall wird die Parteientschädigung deshalb ohne Mehrwertsteuer zugesprochen, sofern die betroffene Partei nicht ausdrücklich einen Zuschlag für die MWST beantragt und nachweist, dass sie durch die Mehrwertsteuer belastet ist (AGE ZB.2016.43 vom 12. April 2017 E. 3, ZB.2017.1 vom 29. März 2017 E. 4.3; vgl. zum Ganzen Honauer/Pietropaolo, Die Krux mit der Mehrwertsteuer, in: plädoyer 1/2011 S. 73 f.; Schmid, a.a.O., Art. 95 N 26; Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 95 N 39 und Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006). Gemäss dem UID-Register ist die Beschwerdeführerin mehrwertsteuerpflichtig. Das vorliegende Verfahren betrifft ihre unternehmerische Tätigkeit. Dass sie ausnahmsweise trotzdem durch die Mehrwertsteuer belastet sei, wird von ihr weder substantiiert behauptet noch belegt. Folglich ist ihr die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

3.5.2 Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden in Anwendung von § 11 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Ziff. 1.1 der Verordnung über die Gerichtsgebühren (SG 154.810) auf CHF 1■200.■ festgesetzt.

Die Parteientschädigung bemisst sich wiederum nach dem Zeitaufwand. Für das Ersuchen um schriftliche Begründung vom 2. Februar 2017 und die Beschwerde vom 20. März 2017 erscheint ein Aufwand von knapp zehn Stunden angemessen. Dies ergibt einschliesslich Auslagen eine Parteientschädigung von CHF 2■500.■.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.