

# ZH\_OBERGERICHT LF190007 vom 18. März 2019

ZH Obergericht, 2019-03-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LF190007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF190007)

FR: ZH\_OBERGERICHT LF190007 du 18 mars 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LF190007 del 18 marzo 2019

## Erwägungen

### E. 1

Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchstellerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich (act. 3/2, act. 41 S. 2 und act. 42).

- 6 - Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Gesuchsgegner) war vom 30. Oktober 2017 bis zum 5. März 2018 Mitglied des Verwaltungsrats der Gesuchstellerin (act. 29 S. 4). Die Gesuchstellerin wirft dem Gesuchsgegner im Wesentlichen vor, er habe nach seinem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat über die von ihm neu gegründete Einzelunternehmung (C.\_\_\_\_; act. 3/4) zwei Aktionäre der Gesuchstellerin kontaktiert und diesen gegenüber rufschädigende Äusserungen gemacht; namentlich habe er die Gesuchstellerin des Betrugs bezichtigt. Über seine Einzelunternehmung habe er sodann die Vertretung der Aktionäre übernommen und in deren Namen die Herausgabe von Geschäftsunterlagen sowie den Rückkauf der jeweiligen Aktien durch die Gesuchstellerin verlangt (act. 1 S. 6 ff., 9 f., 15, act. 4 S. 1 f., act. 29 S. 5 f.).

### E. 2

November 2018 (act. 6, act. 13) die superprovisorisch angeordnete Herausgabe- bzw. Lösungsverpflichtung einstweilen aufzuheben. Diesem Antrag gab die Vorinstanz mit Verfügung vom 23. November 2018 (act. 18) statt und hob Dispositivziffer 4 der Verfügung vom 2. November 2018 (act. 6, act. 13) auf. Mit Eingabe vom 12. Dezember 2018 (act. 21) nahm der Gesuchsgegner zum Massnahmebegehren Stellung. Mit Urteil vom 27. Dezember 2018 (act. 29) hiess die Vorinstanz das Gesuch der Gesuchstellerin gemäss dem einleitend wiedergegebenen Dispo-

- 7 - sitiv gut und setzte ihr eine Frist von 60 Tagen ab Zustellung des Entscheids an, um den Hauptsacheprozess anhängig zu machen.

### E. 3

Mit Eingabe vom 24. Januar 2019 (act. 30; Datum Poststempel) erhob der Gesuchsgegner rechtzeitig Berufung (vgl. act. 26) und stellte die eingangs erwähnten Anträge. Seine Berufung richtet sich ausschliesslich gegen Dispositivziffer 4 des vorerwähnten Urteils, mit welcher er zur Herausgabe bzw. Löschung verschiedener Dokumente, Informationen und Datenträger bis zum 8. Februar 2019 verpflichtet wurde. Mit Verfügung vom 31. Januar 2019 (act. 34) wurde der Berufung antragsgemäss einstweilen die aufschiebende Wirkung in dem Sinne zuerkannt, dass dem Gesuchsgegner die Frist zur Herausgabe bzw. Löschung der in Dispositivziffer 4 des angefochtenen Urteils genannten Dokumente, Informationen und Datenträger nicht läuft. Gleichzeitig wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zur Frage der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen, und die Prozessleitung delegiert. Der mit derselben Verfügung vom Gesuchsgegner eingeforderte Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 36). Mit Verfügung vom 12. Februar 2019 (act.

39) wurde der Gesuchstellerin sodann Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten. Die Gesuchstellerin nahm mit Eingabe vom 15. Februar 2019 (act. 41) rechtzeitig zur Frage der aufschiebenden Wirkung Stellung und beantwortete die Berufung ebenfalls innert Frist (Eingabe vom 25. Februar; act. 43). Diese Eingaben wurden dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 26. Februar 2019 (act. 45) zugestellt. Gleichzeitig wurde den Parteien Frist angesetzt, um sich zur Frage der sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz zu äussern. Beide Parteien reichten ihre Stellungnahmen innert Frist ein (act. 47 und act. 49); diese Eingaben wurden jeweils der Gegenpartei zugestellt (act. 50).

#### **E. 4**

Mit dem vorliegenden Urteil erübrigt sich ein definitiver Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Das entsprechende Gesuch des Berufungsklägers ist folglich als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

#### **E. 5**

Für Streitigkeiten, die im vereinfachten Verfahren zu beurteilen sind, ist eine Zuständigkeit des Handelsgerichts nach Art. 6 ZPO bzw. der einzigen kantonalen Instanz nach Art. 5 ZPO wegen des Vorrangs der Verfahrensart ausgeschlossen (Art. 243 Abs. 3 ZPO; BGE 139 III 457, E. 4; 143 III 137, E. 2.2). Insofern kommt es hier – aufgrund der vorerwähnten Verknüpfung der sachlichen Zuständigkeit für vorprozessuale vorsorgliche Massnahmen mit der sachlichen Hauptsachezuständigkeit – entscheidend darauf an, nach welcher Verfahrensart die Hauptsache zu beurteilen wäre, im Hinblick auf welche die vorprozessualen Massnahmen beantragt werden.

#### **E. 6**

Vermögensrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert von weniger als oder genau CHF 30'000.– sind im vereinfachten Verfahren zu beurteilen (Art. 243 Abs. 1 ZPO), während vermögensrechtliche Streitigkeiten mit einem diesen Betrag übersteigenden Streitwert sowie nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sind, sofern sie nicht in die von Art. 243 Abs. 2 ZPO erwähnten Bereiche oder in den Anwendungsbereich des summarischen Verfahrens (Art. 248 ff. ZPO) fallen (BGE 142 III 145, E. 4). Ob eine Streitigkeit vermögensrechtlicher oder nicht vermögensrechtlicher Natur ist, entscheidet die Berufungsinstanz ohne Bindung an die Auffassung der Parteien oder der Vorinstanz; für eine analoge Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO besteht kein Raum (BGE 142 III 145, E. 5). Als nicht vermögensrechtlich gelten Rechte, die ihrer Natur nach nicht in Geld geschätzt werden können und die weder zum Vermögen einer Person gehören noch mit einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis eng verbunden sind. Dass die genaue Berechnung des Streitwerts nicht möglich oder dessen Schätzung schwierig ist, genügt nicht, um eine Streitsache als nicht vermögensrechtlich erscheinen zu lassen (BGE 108 II 77, E. 1a; BGer, 4A\_237/2014 vom 2. Juli 2014, E. 2.3). Weist ein Streitgegenstand als solcher sowohl vermögensrechtliche wie auch nicht vermögensrechtliche Aspekte auf, so ist darauf abzustellen, ob letztlich das geldwerte oder das ideelle Interesse der klagenden bzw. gesuchstellenden Partei überwiegt (BGE 116 II 379, E. 2a; 108 II 77, E. 1a; DIGGELMANN, a.a.O., Art. 91 N 1; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 9). Klagen aus Persönlichkeitsrecht gelten als nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten, auch wenn damit vermögensrechtliche Interessen verbunden sein mögen, es

- 12 - sei denn, es werden ausschliesslich Vermögensleistungen wie Schadenersatz oder Genugtuung beansprucht (BGer, 5A\_531/2014 vom 8. Dezember 2014, E. 3.1.2; 5A\_205/2008 vom 3. September 2008, E. 2.3; 5C.1/2006 vom 22. Mai 2006, E. 1.1). Werden auf das Persönlichkeitsrecht gestützte oder andere nicht vermögensrechtliche Begehren mit vermögensrechtlichen Streitgegenständen gehäuft, was ohne Weiteres zulässig ist, so ist das Verfahren in analoger Anwendung von Art. 93 Abs. 1 ZPO entweder insgesamt als vermögensrechtlich oder insgesamt als nicht vermögensrechtlich zu qualifizieren. Hierbei ist in aller Regel dem nicht vermögensrechtlichen Element der Vorrang einzuräumen, es sei denn, der vermögensrechtliche Teil stehe ausnahmsweise dermassen im Vordergrund, dass auf ihn abzustellen wäre (OGer ZH, RB180014 vom 23. Juli 2018, E. 2.4; vgl. auch BGE 91 II 401, E. 1; BGer, 5A\_205/2008 vom 3. September 2008, E. 2.3 [betreffend ideelle und vermögenswerte Begehren, die im Rahmen des Persönlichkeitsrechtes gestellt werden]; vgl. auch BK ZPO-STERCHI, Art. 93 N 3).

### **E. 7**

Mit ihrem Massnahmebegehren ersuchte die Gesuchstellerin vor Vorinstanz einerseits (act. 1 S. 2 f., act. 4 S. 1 f., Rechtsbegehren Ziffern 1, 2 und 5) um einstweiligen Rechtsschutz im Hinblick auf einen Anspruch auf Unterlassung der Vertretung von Aktionären bzw. der Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen durch den Gesuchsgegner sowie hinsichtlich eines Anspruchs auf Herausgabe oder Löschung gewisser Dokumente, Informationen oder Datenträger. Diese Ansprüche leitet die Gesuchstellerin aus Art. 717 OR (act. 1 S. 11 ff.) sowie aus dem UWG (act. 1 S. 13 f.) ab. Andererseits (act. 1 S. 2, Rechtsbegehren Ziffer 3) ersuchte sie um einstweiligen Rechtsschutz im Hinblick auf einen persönlichkeitsrechtlichen Anspruch (Art. 28 ZGB), der auf Unterlassung ehrverletzender bzw. rufschädigender Handlungen gerichtet ist (act. 1 S. 15). Der letztere, auf das Persönlichkeitsrecht der Gesuchstellerin gestützte Teil der Streitigkeit erweist sich nach dem Gesagten ohne Weiteres als nicht vermögensrechtlicher Natur, selbst wenn damit (teilweise) auch vermögensrechtliche Interessen verbunden sein mögen (vgl. etwa BGer, 5A\_531/2014 vom 8. Dezember 2014, E. 3.1.2; 5A\_205/2008 vom 3. September 2008, E. 2.3; 5C.1/2006 vom 22. Mai 2006, E. 1.1). Daran ändert nichts, dass das Persönlichkeitsrecht einer juristischen Person betroffen ist. Der blosser Umstand, dass eine Aktiengesellschaft naturgemäss

- 13 - einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, macht ihre Persönlichkeit nicht zu einem Vermögensrecht (vgl. BGE 95 II 481, E. 1 und E. 3).

### **E. 8**

Bei näherer Betrachtung erweist sich aber auch der erstere Teil des Verfahrens (Rechtsbegehren Ziffern 1, 2 und 5) – jedenfalls aber das Verfahren insgesamt – als überwiegend nicht vermögensrechtlicher Natur. Obschon die geltend gemachten Unterlassungs-, Herausgabe- bzw. Löschanträge zweifelsohne auch vermögensrechtliche Aspekte aufweisen, stehen diese nicht dermassen im Vordergrund, dass darauf abzustellen wäre (vgl. hierzu OGer ZH, RB180014 vom 23. Juli 2018, E. 2.4; vgl. auch BGE 91 II 401, E. 1; BGer, 5A\_205/2008 vom 3. September 2008, E. 2.3). Zwar lässt die Gesuchstellerin etwa ausführen, es sei im Falle der Nichtanordnung der beantragten Massnahmen zu befürchten, dass sie Umsatz- bzw. Gewinneinbussen erleiden könne und dass sich die Suche nach neuen Investoren erschweren könnte (act. 1 S. 16, vgl. auch act. 43 S. 13, act. 49 S. 6 f.). Dennoch ist nicht zu übersehen, dass es ihr letztlich

primär darum geht, ihren guten Ruf, ihr Ansehen in der Öffentlichkeit und ihre wirtschaftliche Ehre bzw. Integrität zu schützen, indem sie dem Gesuchsgegner behauptetermassen persönlichkeitsverletzendes Verhalten bzw. rufschädigende Äusserungen gegen- über den Aktionären und Dritten untersagen will (act. 1 S. 9 f., 15 f.). So dienen namentlich auch das zulasten des Gesuchsgegners beantragte Verbot, Aktionäre der Gesuchstellerin zu vertreten und Geschäftsgeheimnisse zu offenbaren, sowie die beantragte Herausgabe bzw. Löschung von Dokumenten und Dateien, die Geschäftsgeheimnisse beinhalten, letztlich auch – und überwiegend – der Ver- hinderung diffamierender Äusserungen des Gesuchsgegners gegenüber Aktionä- ren oder Dritten. Konkret erwähnt die Gesuchstellerin in ihrem Massnahmebegeh- ren nämlich vorab die Zusammensetzung des Aktionariats als betroffenes Ge- schäftsgeheimnis. Mit dem beantragten Verbot, dieses Geheimnis zu verwenden, bzw. mit der beantragten Herausgabe der Aktionärslisten und Ähnlichem zielt die Gesuchstellerin insofern primär darauf ab, den Gesuchsgegner daran zu hindern, mit ihren Aktionären Kontakt aufzunehmen und diesen gegenüber rufschädigende Äusserungen zu machen (act. 1 S. 9 ff.). Vor diesem Hintergrund erscheinen die mit den geltend gemachten Ansprüchen verfolgten wirtschaftlichen Interessen (Vermeidung von Umsatz- bzw. Gewinneinbussen und Verhinderung eines Ver-  
- 14 - lusts potentieller Investoren) gegenüber den damit verfolgten ideellen Interessen (Bewahrung der geschäftlichen Ehre und Integrität) als untergeordnet bzw. bloss als indirekte Folge der Letzteren.

#### **E. 9**

Damit ist das Verfahren insgesamt – d.h. die mit den beantragten vorsorgli- chen Massnahmen gesicherten bzw. vorläufig durchgesetzten Hauptsachean- sprüche in ihrer Gesamtheit – als nicht vermögensrechtlich zu qualifizieren (vgl. dagegen noch die Verfügung der Kammer vom 31. Januar 2019; act. 34 S. 4). Ei- ne Aufteilung der Streitigkeit in vermögensrechtliche und nicht vermögensrechtli- che Teile ist entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin (vgl. act. 43 S. 3, act. 49 S. 3 ff. und S. 7 f.; vgl. auch die Stellungnahme des Gesuchsgegners; act. 47 S. 2) nicht möglich. In analoger Anwendung von Art. 93 Abs. 1 ZPO, wo- nach die Streitwerte gehäufte (vermögensrechtlicher) Streitgegenstände für die Frage der Verfahrensart und der sachlichen Zuständigkeit vorab zusammenzu- rechnen sind (vgl. hierzu BGE 142 III 788, E. 4.2), ist das Verfahren vielmehr ein- heitlich als vermögensrechtlich oder als nicht vermögensrechtlich zu qualifizieren, wobei dem nicht vermögensrechtlichen Element regelmässig der Vorrang einzu- räumen ist (OGer ZH, RB180014 vom 23. Juli 2018, E. 2.4; vgl. auch BGer, 5A\_205/2008 vom 3. September 2008, E. 2.3; BK ZPO-STERCHI, Art. 93 N 3). Folglich wäre in einem Hauptsacheprozess das ordentliche Verfahren anwendbar (Art. 243 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO e contrario), weshalb eine handelsgerichtliche Zuständigkeit grundsätzlich in Betracht kommt. Obschon nämlich vor Handelsge- richt regelmässig vermögensrechtliche Streitigkeiten im Vordergrund stehen, kön- nen auch nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten von der Spezialzuständig- keit nach Art. 5 f. ZPO erfasst sein (OGer ZH, LB150074 vom 25. Januar 2016, E. 3.3; LF130075 vom 24. Februar 2014, E. 4.2.3).

#### **E. 10**

Selbst wenn aber die Streitigkeit als vermögensrechtlich zu qualifizieren wä- re, würde dies nichts an der (hypothetischen) Anwendbarkeit des ordentlichen Verfahrens und damit an

einer möglichen handelsgerichtlichen Zuständigkeit in der Hauptsache ändern. Der Gesuchsgegner hat zwar einen von der Gesuchstellerin behaupteten Streitwert von "unter CHF 30'000.–" anerkannt (vgl. act. 1 S. 4, act. 21 Rz. 33, act. 30 Rz. 9, act. 49 S. 2 ff.); dies erscheint jedoch – unter der

- 15 - Prämisse einer vermögensrechtlichen Streitigkeit – als offenkundig unrichtig (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Angesichts der Schwere der gegenüber dem Gesuchsgegner erhobenen Vorwürfe scheint es unrealistisch, dass die der Gesuchstellerin dadurch drohenden Umsatz- bzw. Gewinneinbussen ein Volumen von CHF 30'000.– nicht überschreiten würden. So räumt die Gesuchstellerin denn auch selbst ein, dass der Schaden, der durch das dem Gesuchsgegner vorgeworfene Verhalten drohen würde, "sicherlich hoch" wäre (act. 49 S. 6 f., vgl. auch act. 43 S. 13). Ihr Argument, dass sich dieser Schaden ziffernmässig nicht exakt bestimmen lasse bzw. jeder Schätzung etwas Willkürliches anhafte, verfährt indes nicht. Jedenfalls führt der Umstand, dass sich ein Streitinteresse nicht exakt nachweisen lässt, nicht einfach dazu, dass aufgrund von "Beweislosigkeit" schlechterdings von einem Streitwert von CHF 0.– oder von einem solchen von "unter CHF 30'000.–" auszugehen wäre. Vielmehr wäre – würde es sich bei der Streitigkeit um eine vermögensrechtliche handeln – bereits unter dem Gesichtspunkt der der Gesuchstellerin drohenden wirtschaftlichen Einbussen schätzungsweise von einem wesentlich höheren Streitwert als CHF 30'000.– auszugehen. Ferner lässt die Gesuchstellerin im Rahmen der Nachteilsprognose ins Feld führen, bei Nichtanordnung der beantragten Massnahmen wäre zu erwarten, dass der Gesuchsgegner weitere Aktionäre kontaktieren und auch diese dazu bewegen würde, den Rückkauf ihrer Aktien durch die Gesellschaft zu verlangen (act. 1 S. 7 f., 10 f., 16, vgl. auch act. 49 S. 6 f.). Angesichts des Aktienkapitals der Gesuchstellerin von CHF 100'000.– (act. 3/2) ist auch unter diesem Aspekt von einem CHF 30'000.– übersteigendem Interesse auszugehen. Hinzu kommt schliesslich der Umstand, dass zwischen den Parteien – bzw. innerhalb der G.\_\_\_\_-Gruppe – andere Streitigkeiten (Rückforderung von zu viel bezogenem Honorar, Feststellung des Nichtbestandes von Lohnforderungen, Verantwortlichkeits- und andere Schadenersatzansprüche) in CHF 30'000.– bei weitem übersteigender Höhe bestehen, in Bezug auf welche die fraglichen Dokumente bzw. Dateien, die gemäss dem Rechtsbegehren Ziffer 5 der Gesuchstellerin herauszugeben bzw. zu löschen wären, potentiell als Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel dienen könnten (vgl. act. 1 S. 8, act. 30 Rz. 33, act. 43 S. 10 f.). Auch unter diesem Gesichtspunkt wäre – sollte die Streitigkeit vermögensrechtlicher Natur sein

- 16 - – insgesamt von einem CHF 30'000.– übersteigenden Streitwert auszugehen. Auf welchen Betrag dieser im Einzelnen genau festzusetzen wäre (vgl. Art. 91 Abs. 2 ZPO), kann hier indes offen bleiben.

## **E. 11**

Nach Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ist das Handelsgericht in der Hauptsache zuständig, wenn (i) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, (ii) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und (iii) beide Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind. Diese Voraussetzungen wären in einem Hauptsacheprozess erfüllt: Erstens ist in Bezug auf die gesamte Streitigkeit die geschäftliche Tätigkeit sowohl der Gesuchstellerin wie auch des Gesuchsgegners betroffen (ausreichend wäre es bereits, wenn die geschäftliche Tätigkeit nur einer Partei betroffen wäre). Ein nach Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO hinreichender Bezug zur "geschäftlichen

Tätigkeit" einer Partei kann insbesondere auch dann vorliegen, wenn die konkrete Streitigkeit – wie hier – nicht vermögensrechtlicher Natur ist (vgl. OGer ZH, LB150074 vom 25. Januar 2016, E. 3.3; LF130075 vom 24. Februar 2014, E. 4.2.3). So ist der beantragte Schutz der Persönlichkeit der Gesuchstellerin (geschäftliche Ehre und Integrität) zwar nicht vermögensrechtlichen Charakters, betrifft aber doch ihre geschäftliche Tätigkeit. Umgekehrt ist auch die geschäftliche Tätigkeit des Gesuchsgegners betroffen, zumal die Gesuchstellerin u.a. beantragt, es sei dem Gesuchsgegner zu verbieten, über sein Einzelunternehmen Aktionäre der Gesuchstellerin zu beraten und zu vertreten. Zweitens stünde eine Beschwerde an das Bundesgericht in der Hauptsache aufgrund der nicht vermögensrechtlichen Natur der Streitigkeit (bzw. aufgrund des CHF 30'000.– übersteigenden Streitwerts) ohne Weiteres offen (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 BGG). Drittens sind sowohl die Gesuchstellerin (act. 3/2) wie auch der Gesuchsgegner (act. 3/4, act. 48) im schweizerischen Handelsregister eingetragen, Letzterer unter der Firma "C. \_\_\_\_\_" als Einzelunternehmen. Demzufolge wäre in einem allfälligen Hauptsacheprozess umfassend das Handelsgericht nach Art. 6 Abs. 2 ZPO zuständig, womit offen bleiben kann, ob eine – allenfalls auch nur teilweise – handelsgerichtliche Zuständigkeit auch nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG bzw. nach Art. 5 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG gegeben wäre,

- 17 - soweit die Gesuchstellerin Ansprüche aus Art. 717 OR bzw. aus dem UWG geltend macht.

## **E. 12**

Für die Beurteilung der vorliegenden vorprozessualen vorsorglichen Massnahmen wäre damit nicht die Vorinstanz, sondern das Einzelgericht des Handelsgerichts sachlich zuständig gewesen (Art. 6 Abs. 5 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG). Der vorinstanzliche Entscheid ist daher im angefochtenen Umfang (Dispositivziffer 4) aufzuheben und es ist auf das Gesuch im selben Umfang (Rechtsbegehren Ziffer 5 der Gesuchstellerin) mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO). Soweit der Gesuchsgegner die Abweisung dieses Massnahmebegehrens verlangt, ist seine Berufung abzuweisen.

## **E. 13**

Im nicht angefochtenen Umfang (Dispositivziffern 1 - 3 und 5 - 6) bleibt das vorinstanzliche Urteil in Anwendung der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) bestehen, da sich dieses nicht als geradezu nichtig erweist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung leidet ein Entscheid einer sachlich unzuständigen Behörde zwar an einem schwerwiegenden Mangel, der je nach den Umständen die Nichtigkeitsfolge nach sich ziehen kann. Vorausgesetzt ist aber, dass der Mangel besonders schwer und überdies offensichtlich oder doch wenigstens leicht erkennbar ist und dass die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet würde. Dies ist wenigstens dann nicht der Fall, wenn der zu Unrecht in der Sache entscheidenden Behörde auf dem betreffenden Gebiet grundsätzlich eine allgemeine Entscheidungsgewalt zukommt (BGE 137 III 217, E. 2.4.3; 136 II 489, E. 3.3; 132 II 342, E. 2.1; 127 II 32, E. 3g; BGer, 4A\_229/2017 vom 7. Dezember 2017, E. 3.2; 4A\_100/2016 vom 13. Juli 2016, E. 2.1.1; 4A\_488/2014 vom 20. Februar 2015, E. 3.1). Die Voraussetzungen der Nichtigkeit sind hier nicht erfüllt. Die Vorinstanz war zwar in diesem konkreten Fall sachlich unzuständig, sie

hat aber im betroffenen Bereich, d.h. in zivilrechtlichen Streitigkeiten im Allgemeinen, eine grundsätzliche Entscheidungsbefugnis. Der Mangel war überdies nicht leicht erkennbar, weshalb die Nichtigkeitsfolge mit dem Postulat der Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren wäre.

- 18 - IV. 1. Die Verteilung der vorinstanzlichen Kosten gilt auch ohne explizites Begehren als implizit mitangefochten. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Gesuchstellerin im erstinstanzlichen Verfahren zu einem Viertel endgültig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb ihr rund ein Viertel der – in ihrer Höhe nicht beanstandeten – erstinstanzlichen Gerichtskosten (also rund CHF 240.–) definitiv aufzuerlegen sind. Ferner ist dem Gesuchsgegner für das erstinstanzliche Verfahren eine auf einen Viertel reduzierte Parteientschädigung definitiv zuzusprechen. Da die vorinstanzliche Bemessung der (vollen) Parteientschädigung (exklusive Mehrwertsteuer) nicht beanstandet wurde – und der Gesuchsgegner im Unterschied zur Gesuchstellerin seinerseits einen Mehrwertsteuerzuschlag beantragt hat (act. 1 S. 3 und act. 21 S. 2) –, ist diese auf CHF 323.10 (CHF 300.– zuzüglich 7.7 % MwSt.) festzusetzen. 2. Im Umfang der übrigen drei Viertel der erstinstanzlichen Prozesskosten, in Bezug auf welche das Massnahmegesuch unter Ansetzung einer Prosequenzfrist gutgeheissen wurde, drängt sich entgegen der vorinstanzlichen Anordnung eine variable Lösung auf. Unterbleibt das Einreichen einer entsprechenden Klage in der Hauptsache, hat die gesuchstellende Partei die Prozesskosten wie im Falle eines Unterliegens zu tragen; wird fristgerecht Klage erhoben, so fertigt es sich, in analoger Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO die Kosten des Massnahmeverfahrens zusammen mit der Hauptsache zu verlegen (HGer ZH, Urteil vom 20. April 2012, ZR 2012 Nr. 63, E. 5.10; ZÜRCHER, in: Brunner et al [Hrsg.], ZPO-Komm., 2. Aufl., 2016, Art. 263 N 8). Demzufolge sind drei Viertel der erstinstanzlichen Gerichtskosten (also rund CHF 710.–) der Gesuchstellerin für den Fall (bedingt) aufzuerlegen, dass die vorsorglichen Massnahmen wegen unbenutzten Ablaufs der Prosequenzfrist dahinfallen (Art. 263 ZPO am Ende). Für diesen Fall ist die Gesuchstellerin ferner (bedingt) zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine auf drei Viertel reduzierte Parteientschädigung von CHF 969.30 (CHF 900.– zuzüglich 7.7 % MwSt.) zu bezahlen. Wird der Hauptsacheprozess rechtzeitig beim zuständigen Gericht anhängig gemacht, so ist die Regelung der

- 19 - Verteilung von drei Vierteln der erstinstanzlichen Prozesskosten dem Endentscheid in der Hauptsache vorbehalten. 3. Im Berufungsverfahren unterliegt die Gesuchstellerin vollumfänglich (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb ihr die zweitinstanzlichen Kosten aufzuerlegen sind. Die Entscheidgebühr bemisst sich im Berufungsverfahren grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen (§ 12 Abs. 1 GebV OG); massgebend ist das, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Grundlage der Gebührenfestsetzung bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. In Anwendung von § 5 i.V.m. § 8 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 1 GebV OG ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr auf CHF 2'000.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen, wobei die Gesuchstellerin zu verpflichten ist, dem Gesuchsgegner den von ihm geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 2'000.– zu ersetzen (Art. 111 ZPO). Darüber hinaus ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine

Parteientschädigung von CHF 2'000.– (7.7 % MwSt. darin enthalten) zu bezahlen (§ 13 Abs. 1 i.V.m. § 5 i.V.m. § 9 AnwGebV). Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung werden Dispositivziffern 4, 7 und 8 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 27. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr. ET180009-A) aufgehoben und durch folgende Forderungen ersetzt: " 4. Auf das Rechtsbegehren Ziffer 5 der Gesuchstellerin wird nicht eingetreten. 7. Die erstinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf CHF 950.– festgesetzt. Davon wird rund ein Viertel (CHF 240.–) der Gesuchstellerin definitiv auferlegt. Rund drei Viertel (CHF 710.–) werden der Gesuchstellerin für

- 20 - den Fall auferlegt, dass die vorsorglichen Massnahmen wegen unbenutzten Ablaufs der Prosequierungsfrist gemäss Dispositivziffer 6 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 27. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr. ET180009-A) dahinfallen. Wird die Prosequierungsfrist eingehalten, so bleibt der Entscheid über die Verteilung von drei Vierteln der erstinstanzlichen Gerichtskosten dem Endentscheid in der Hauptsache vorbehalten. 8. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das erstinstanzliche Verfahren eine auf ein Viertel reduzierte Parteientschädigung von CHF 323.10 (inkl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen. Für den Fall, dass die vorsorglichen Massnahmen wegen unbenutzten Ablaufs der Prosequierungsfrist gemäss Dispositivziffer 6 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 27. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr. ET180009-A) dahinfallen, wird die Gesuchstellerin darüber hinaus verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das erstinstanzliche Verfahren eine auf drei Viertel reduzierte Parteientschädigung von CHF 969.30 (inkl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen. Wird die Prosequierungsfrist eingehalten, so bleibt der Entscheid über die Zusprechung einer Parteientschädigung für diesen Teil des erstinstanzlichen Verfahrens dem Endentscheid in der Hauptsache vorbehalten." 2. Im übrigen Umfang wird die Berufung abgewiesen. 3. Das Gesuch des Berufungsklägers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben. 4. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf CHF 2'000.– festgesetzt. 5. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den

- 21 - von ihm geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 2'000.– zu ersetzen. 6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'000.– (7.7 % MwSt. darin enthalten) zu bezahlen. 7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber: PD Dr. S. Zogg versandt am:

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