

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210133-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner sowie Gerichtsschreiber
Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 24. November 2021

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsgegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

- "1. Es sei dem Gesuchsgegner vorsorglich zu verbieten, die Gesuchstellerin ab dem 1. Januar 2022 im Raum Schweiz zu konkurrenzieren, d.h. Dienstleistungen im Bereich Verbandsmanagement anzubieten oder zu erbringen, wobei dem Gesuchsgegner sowohl der Betrieb eines Geschäfts auf eigene Rechnung als auch die Tätigkeit in einem solchen Geschäft als auch die Beteiligung an einem solchen Geschäft zu untersagen ist;
2. Es sei dem Gesuchsgegner insbesondere vorsorglich zu verbieten, ab dem 1. Januar 2022 direkt oder indirekt (z.B. via eine juristische Person) oder in Zusammenarbeit mit Dritten oder als Arbeitnehmer folgende Leistungen für folgende Rechtseinheiten zu erbringen:
 - Für den Verein «C. _____»:
 - i. Leistungen, welche Gegenstand des «Rahmenvertrages Mandat Verbandsmanagement» [= Beilage 10] sind;
 - ii. Leistungen, welche Gegenstand des «Rahmenvertrages Mandat Prüfungssekretariat» [= Beilage 11] sind;
 - iii. Leistungen, welche Gegenstand des «Mandatsvertrages Bildungsprojektleitung C1. _____» [= Beilage 14] sind;
 - iv. Leistungen, welche Gegenstand des sog. Vermarktungsmandats sind, insbesondere:
 1. Vermarktung C1. _____ (Cross Selling) auf Stufe Management
 2. Zielgruppenidentifikation / Verkaufsdatenbank Aufbau
 3. Akquisition (Cross Selling) und Betreuung
 4. Identifikation und Erfassen von Potenzialen
 5. Identifikation der bestehenden C1. _____ Firmenmitglieder mit Umsatzpotenzial
 6. Identifikation und Erfassung neuer Zielgruppen-segmente in Verbindung mit spezifischen Massnahmen wie Veranstaltungen, Projekten (D1. _____) Themenschwerpunkte im Magazin usw.
 7. Akquisition & Betreuung

8. Telefonakquisition / Mailansprache mit Nachfasssen
 9. Dokumentation der Kontakte und erstellen bedürfnisorientierter Angebote
 10. Persönliche Kontakte / Networking (Veranstaltungen)
- Für den Verein «D._____ - D1._____»:
Verbandsmanagement, insbesondere:
 - i. Führung Mitglieder und Interessenten Datenbank
 - ii. Vertragsmanagement und Rechnungsstellung
 - iii. Führung der Buchhaltung von D1._____ inklusive Abwicklung der Revision
 - iv. Abrechnung Mehrwertsteuer und Einreichung Steuern
 - v. Mutationen im Handelsregister bei notwendigen Anpassungen
 - vi. Organisation und Kommunikation D1._____ Event
 - vii. Content Management der D1._____ Website
 - viii. Allgemeine Marketing und Kommunikationsarbeit des Verbandes
3. Die vorsorglichen Verbote gemäss Ziff. 1-2 seien mit der Androhung der Bestrafung des Gesuchsgegners gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie einer Ordnungsbusse von CHF 300 für jeden Tag der Nichtbefolgung zu verbinden;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners.

Erwägungen:

1. Ausgangslage

1.1. Die Gesuchsgegnerin wurde 1998 unter der Firma "E._____ GmbH" gegründet und bezweckte den Handel mit Waren. Ihre Gründer waren F._____ und G._____. 2014 stiegen der Gesuchsgegner, B._____, und H._____ bei der Gesuchstellerin ein. Gleichzeitig kam es zu einer Änderung des Zwecks und zu einer Umbenennung der Firma der Gesuchstellerin. Seither erbringt sie Dienstleistungen insbesondere im Bereich Verbandsmanagement und heisst "A._____ GmbH". Von den fortan 200 Stammanteilen verblieben deren 66 bei G._____ und 67 bei

F._____. Sie beide fungierten gemäss Handelsregistereintrag als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift. Dem Gesuchsgegner fielen 66 Stammanteile zu, und er hatte die Funktion des Vorsitzenden der Geschäftsführung mit Einzelunterschrift. H._____ verfügte über einen Stammanteil, jedoch über keine Zeichnungsberechtigung. Die Verteilung der Stimmrechte ist streitig (act. 1 Rz. 18; act. 9 S. 5, S. 8; act. 14 Rz. 15 f.).

1.2. Die beiden einzigen Kunden der Gesuchsgegnerin waren und sind einerseits seit 1. Oktober 2014 der "C._____" (fortan C1._____) sowie seit 2017 die "D._____ - D1._____" (fortan D1._____) (act. 1 Rz. 25 ff, Rz. 41 ff.). Mit diesen beiden Verbänden unterhielt der Gesuchsgegner direkt bzw. über juristische Personen bereits vor seinem Engagement bei der Gesuchstellerin vertragliche Beziehungen (act. 9 S. 7 f.; act. 11/10-12; act. 14 N 24).

1.3. Unbestritten ist, dass es Meinungsverschiedenheiten zwischen den geschäftsführenden Gesellschaftern gab (act. 1 Rz. 44 ff.; act. 9 S. 9 ff.). Seit Frühjahr 2021 fanden Gespräche bzw. Verhandlungen zwischen F._____ und G._____ einerseits sowie dem Gesuchsgegner andererseits betreffend eine Übernahme der Stammanteile durch den Gesuchsgegner statt, welche nicht von Erfolg gekrönt waren. Es war namentlich nicht möglich, eine Einigkeit hinsichtlich eines Übernahmepreises der Anteile von F._____ und G._____ zu erzielen (act. 9 S. 9; act. 11/15; act. 14 Rz. 33). Am 10. Juni 2021 erklärte der Gesuchsgegner die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses per 31. Dezember 2021 und seinen Rücktritt als Geschäftsführer der Gesuchstellerin mit sofortiger Wirkung (act. 3/18).

1.4. Am 24. Juni 2021 kündigte der C1._____ alle mit der Gesuchstellerin bestehenden Verträge ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per 31. Dezember 2021 (act. 3/22). Mit Datum vom 27. Juni 2021 kündigte auch die D1._____ ihre mit der Gesuchstellerin bestehende Vertragsbeziehung per Jahresende ohne die gemäss Gesuchstellerin anwendbare Kündigungsfrist einzuhalten (act. 3/25).

1.5. Mit Eingabe vom 14. Oktober 2021 (Datum Poststempel) stellte die Gesuchstellerin ihr Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit oben wiedergegebenen Rechtsbegehren (act. 1). Mit Verfügung vom 15. Oktober 2021 wurde von der Gesuchstellerin ein Vorschuss eingefordert, der fristgerecht einging (act. 5/1), und dem Gesuchsgegner wurde Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 4). Die entsprechende Rechtsschrift des Gesuchsgegners datiert vom 8. November 2021 (act. 9). Kurz zuvor, am 5. November 2021 erstattete die Gesuchstellerin noch eine Noveneingabe (act. 7). Am 22. November 2021 liess sich die Gesuchstellerin unaufgefordert zur Stellungnahme des Gesuchsgegners verlauten (act. 14). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Zuständigkeit

2.1. Der Gesuchsgegner bestreitet die Zuständigkeit des Handelsgerichts mit dem Argument, der Streitwert der Angelegenheit liege nicht über CHF 30'000.00. Allenfalls verlorene Kunden könnten durch andere ersetzt werden, weshalb es nicht angehe, einen ganzen Jahresgewinn der Gesuchstellerin als Streitwert anzusetzen. Angesichts der personellen Ressourcen sowie der erfolgten Kündigungen von C1._____ und D1._____ sei auch die Begründung, diese beiden Kunden müssten noch ein weiteres Jahr die Leistungen der Gesuchstellerin in Anspruch nehmen, verfehlt, weshalb es auch nicht angängig sei, den Jahresgewinn der Gesuchsteller als Streitwert zu verwenden. Wenn schon wäre hinsichtlich Jahresgewinn auf einen Durchschnitt von Gewinnen/Verlusten der letzten sieben Jahre abzustellen, welcher bei CHF 1'357.18 liege. Schliesslich taue auch sein Lohn (des Gesuchsgegners) bzw. die Behauptung, er würde ein halbes Jahr für eine berufliche Neuorientierung benötigen, nicht als Ausgangspunkt für die Streitwertbemessung (act. 9 Rz. 2).

2.2. In der Verfügung vom 15. Oktober 2021 wurde auf den von der Gesuchstellerin angegebenen Streitwert von CHF 50'000.00 abgestellt (act. 4). Die Gesuchstellerin stützte sich einerseits auf den Jahresgewinn 2020 von CHF 45'000.00 sowie andererseits auf den bei ihr erzielten Jahreslohn des Gesuchsgegners von knapp CHF 100'000.00 bzw. die Hälfte, zumal zu erwarten sei, dass er sich in sechs Monaten beruflich neu orientieren könne (act. 1 Rz. 11 f.).

2.3. Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Dass die Gegenpartei mit solchen Rechtsbegehren selten konform geht, liegt in der Natur der Sache und ist für die Bemessung des Streitwertes völlig unerheblich. Mit ihren Rechtsbegehren verlangt die Gesuchstellerin vorab, dem Gesuchsgegner sei ab 1. Januar 2022 eine geschäftliche Tätigkeit in seinem angestammten Bereich auf dem Gebiet der Schweiz zu verbieten. Für die Streitwertbemessung ist nicht massgebend, ob bzw. in welchem Umfang ein solches Begehren Aussichten auf Erfolg hat. In erster Linie geht es im vorliegenden Verfahren um die berufliche Zukunft und die künftigen Verdienstmöglichkeiten des Gesuchstellers und um für die Gesuchstellerin existenzielle Fragen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Streitwertschätzung der Gesuchstellerin eher moderat, aber vertretbar. Es ist daher weiterhin von einem Streitwert von CHF 50'000.00 auszugehen.

2.4. Insgesamt erweist sich das Einzelgericht des Handelsgerichts als gemäss Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 lit. b, Abs. 5 sowie Art. 10 Abs. 1 lit. a und Art. 13 ZPO sowie § 44 und § 45 GOG zur Beurteilung des Massnahmegesuchs der Gesuchstellerin zuständig.

3. Voraussetzungen zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen

3.1. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Weiter wird vorausgesetzt, dass die anzuordnende Massnahme verhältnismässig ist (ANDREAS GÜNGERICH, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 2 zu Art. 262 ZPO).

3.2. Die gerichtliche Prüfung beschränkt sich mithin auf die Fragen, ob diese Voraussetzungen zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen erfüllt sind, wobei das Massnahmegesuch bereits abgewiesen werden muss, wenn es an einer der Voraussetzungen fehlt. Dabei genügt ein Glaubhaftmachen. Die Prüfung des Sachverhalts und der Rechtslage beschränkt sich auf diese Prämissen.

4. Nachteilsprognose

4.1. Da die Nachteilsprognose vor dem Hintergrund der von der Gesuchstellerin gegen den Gesuchsgegner erhobenen Vorwürfe zu erfolgen hat, ist allem Weiteren vorzuschicken, dass die Gesuchstellerin die dem Gesuchsgegner vorgeworfenen Pflichtverletzungen darin sieht, dass dieser *erstens* in Eigenregie und entgegen anderslautender Weisungen der Gesuchstellerin C1._____ und D1._____ über die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses mit ihr (der Gesuchstellerin) informiert habe, dass der Gesuchsgegner *zweitens* die C1._____ und D1._____ zur Kündigung ihrer vertraglichen Beziehungen zu ihr (der Gesuchstellerin) animiert bzw. deren Kündigungsabsicht aktiv unterstützt sowie deren Kündigungen vorbereitet und koordiniert habe, dass er *drittens* C1._____ die Telefonnummer von I._____ bekannt gegeben habe, damit C1._____ diese habe kontaktieren können sowie dass er *viertens* Details aus den Verträgen mit den Subunternehmern ausgeplaudert habe (act. 1 Rz. 91 ff.). Die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Verstösse des Gesuchsgegners gegen vertragliche oder statutarische Pflichten können gegebenenfalls zu dessen Schadenersatzpflicht führen. Die Beurteilung, ob vorab einstweiliger Rechtsschutz – hier im Sinne der verlangten Anordnungen zur Beseitigung eines angeblich rechtswidrigen Zustandes – zu gewähren ist, folgt indessen teilweise anderen Regeln.

4.2. Dabei obliegt der Gesuchstellerin namentlich dazulegen, dass ihr ohne den Erlass der vorsorglichen Massnahmen aus einer bestehenden oder noch bevorstehenden Verletzung ihrer Rechte ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil zu entstehen droht. Zu betonen ist, dass ein solcher Nachteil (erst) drohen muss, d.h. noch nicht abschliessend eingetreten sein darf. Wenn dies der Fall ist – der Nachteil also schon eingetreten ist, und sich auch nicht zu vergrössern droht – besteht kein Anspruch auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme, weil es dann nichts mehr vorzusorgen gibt (BSK OR I-Sprecher, Art. 261 N 28a mit Hinweisen).

4.3. Aufgrund der Ausführungen der Parteien steht fest, dass die Gesuchstellerin Dienstleistungen für lediglich zwei Verbände, nämlich für C1._____ und D1._____ erbringt, was mit Bezug auf diesen Geschäftszweck einem bereits seit Jahren bestehenden Zustand entspricht. Ebenfalls klar ist, dass diese beiden ein-

zigen Kunden bereits die Kündigung ihrer Vertragsbeziehungen zur Gesuchstellerin ausgesprochen haben, und zwar auf den 31. Dezember 2021. Der C1. _____ hat auf Versuche der Gesuchstellerin hin, ihn zu einer Weiterführung der Vertragsbeziehung zu bewegen sowie auf Mitteilungen der Gesuchstellerin hin, wonach dessen Kündigung per Ende 2021 nicht statthaft sei und von ihr erst per Ende 2022 akzeptiert werde, zudem mehrfach deutlich kommuniziert, dass für ihn eine weitere Zusammenarbeit mit der Gesuchstellerin nach dem 1. Januar 2022 nicht in Frage komme (act. 1 Rz. 47 ff., Rz. 81; act. 3/21-24; act. 3/30+33; act. 3/36-41). Ähnliches gilt für die D1. _____ (vgl. act. 1 N 50; act. 3/25-27; act. 3/31+34). Aufgrund der Parteidarstellungen ist daher zu schliessen, dass die beiden Kunden für die Gesuchstellerin endgültig verloren sind.

4.4. Selbst in Anbetracht dessen, dass der Gesuchsgegner weiterhin der gesetzlichen und statutarischen Treuepflicht (Art. 803 Abs. 1 und 2 OR; act. 3/3 Art. 10 Ziff. 2) sowie dem statutarischen Konkurrenzverbot (act. 3/6 Art. 10 Ziff. 3) unterliegt, und selbst wenn es zuträfe, dass er gedenkt, ab 1. Januar 2022 diejenigen Dienstleistungen für die beiden Kunden C1. _____ und D1. _____ zu erbringen, welche bislang unter den Verträgen der Gesuchstellerin mit diesen beiden Kunden von der Gesuchstellerin erbracht wurden, ist für die vorliegende Beurteilung ausschlaggebend, dass mit den unwiderruflichen und überdies mehrfach bestätigten Kündigungen von C1. _____ und D1. _____ der Nachteil für die Gesuchstellerin bereits eingetreten ist. Da es sich um ihre beiden einzigen Kundinnen handelt, ist ferner eine weitere Vergrösserung des Nachteils undenkbar.

4.5. Worin sodann darüber hinaus – d.h. nebst dem Verlust der einzigen beiden Kunden –, in der anscheinend durch C1. _____ (und nicht durch den Gesuchsgegner) erfolgten Kontaktierung zweier Subunternehmer der Gesuchstellerin, nämlich I. _____ und J. _____, ein weiterer oder zusätzlich drohender, nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil liegen soll, wird im Gesuch nicht aufgezeigt. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass es sich bei diesen beiden Personen nicht um Angestellte der Gesuchstellerin handelt und die Mutmassung der Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner habe C1. _____ über Details aus den Verträgen zwischen ihr (der Gesuchstellerin) und den Subunternehmern informiert, vage,

wenn nicht spekulativ ausfallen und durch nichts belegt sind. Ferner erfolgte die Kontaktaufnahme wie gesagt durch C1._____ und bezüglich I._____ sind Kontaktmöglichkeiten über das Internet ersichtlich, namentlich auch via C1._____ selber (act. 9 S. 18; www.A._____.ch/team/ sowie C1._____-swiss.ch/markt-und-medien/fachzeitschrift-C1._____-service [je zuletzt besucht am tt.mm.2021]) womit der Behauptung, dass C1._____ deren Koordinaten nicht bekannt gewesen seien, der Boden entzogen sein dürfte. Insofern mangelt es bereits an der ansatzweise genügenden Glaubhaftmachung einer Pflichtverletzung des Gesuchsgegners.

4.6. Insgesamt fehlt es jedenfalls an einer positiven Nachteilsprognose, weshalb das Gesuch um Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes bereits aus diesem Grund abzuweisen ist. Damit braucht zu weiteren Streitpunkten der Parteien nicht Stellung genommen zu werden, und es kann auch offen gelassen werden, ob und inwiefern die übrigen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt wären.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig. Angesichts des erwähnten Streitwerts von CHF 50'000.00 ergibt sich in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG eine Gerichtsgebühr von CHF 4'000.00.

5.2. Die Gesuchstellerin ist bei diesem Ausgang ferner zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine dem Streitwert angemessene Parteientschädigung von CHF 4'850.00 (inkl. MWSt) zuzusprechen (§4 Abs. 1 und 2 und § 9 AnwGebV OG).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 4'000.00 festgelegt.

3. Die Gerichtskosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von CHF 4'850.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage von act. 14 und act. 15/1-7.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 50'000.00. Es liegt ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen vor (Art. 98 BGG).

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen **nicht** (Art. 46 Abs. 2 lit. a BGG).

Zürich, 24. November 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler