

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF190006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie
Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

Urteil vom 18. März 2019

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG in Law Y._____,

betreffend
vorsorgliche Massnahmen

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom
27. Dezember 2018 (ET180008)

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(act. 1 S. 2 f.)

- " 1. Der Gesuchgegner, Inhaber der C._____ (CHE-...), sei anzuweisen, ab sofort jegliches Tätigsein als Vertreter der Aktionäre der Gesuchstellerin, Herr D._____, ... [Adresse 1], Herr E._____, ... [Adresse 2], Herr F._____, ... [Adresse 3], G._____, ... [Adresse 4] und H._____, ... [Adresse 5], einzustellen und zukünftig zu unterlassen.
2. Dem Gesuchgegner sei ab sofort zu verbieten, Geschäftsgeheimnisse der Gesuchstellerin zu verwerten oder anderen mitzuteilen. Dies umfasst insbesondere das Kontaktieren von Aktionären der Gesuchstellerin zum Zweck der Vertretung derselben gegenüber der Gesuchstellerin.
3. Der Gesuchgegner sei anzuweisen, ab sofort jegliches rufschädigende Verhalten betreffend die Gesuchstellerin gegenüber den bereits kontaktierten (unter Ziff. 1 genannten) Aktionären einzustellen und zukünftig gegenüber Aktionären generell sowie gegenüber der Gesuchstellerin, deren Mitarbeiter sowie jeglicher Drittperson zu unterlassen; insbesondere hat der Gesuchgegner jegliche Drohung zu unterlassen, die Gesuchstellerin bei Medien, Presse, Kassensturz, Beobachter etc. anzuschwärzen oder bei der Staatsanwaltschaft oder Finma zu verzeigen, sowie zu behaupten, dass die Gesuchstellerin oder deren Organe betrügerisch oder unlauter handeln würden, insbesondere dass die Gesuchstellerin in Spanien keine Tankstelle betreibe, und dass der Verwaltungsrat der Gesuchstellerin nicht in der Lage sei, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen.
4. Für jeden einzelnen Fall der Nichtbeachtung der Verbote aus Ziff. 1 bis Ziff. 3 seien dem Gesuchgegner Ordnungsbussen und eine Bestrafung nach Art. 292 StGB anzudrohen.
5. Der Gesuchgegner sei unter Androhung von Ordnungsbussen und Bestrafung gem. Art. 292 StGB im Säumnisfall unter Ansetzung einer Frist von fünf Werktagen zu verpflichten, der Gesuchstellerin sämtliche in digitaler oder physischer Version vorhandene Dokumente, Informationen, Datenträger, etc., welche Geschäftsgeheimnisse der Gesuchstellerin enthalten, herauszugeben. Die Herausgabe hat dabei insbes. die Aktionärsliste bzw. sämtliche die Aktionäre der Gesuchstellerin betreffende Daten sowie sämtliche Geschäfts- oder E-Mailkorrespondenz an oder von der ehemals geschäftlichen E-Mailadresse des Gesuchgegners (A.____@B.____.com) und solche E-Mailkorrespondenz zu umfassen, welche der Gesuchgegner von seiner ehemals geschäftlichen E-Mailadresse (A.____@B.____.com) direkt oder in Kopie („cc“) an seine private E-Mailadresse (A.____@gmail.com) geschickt hat, soweit hiervon eine Druckversion existiert. In dem Umfang, in welchem eine Herausgabe nachweislich nicht möglich ist, ist der Gesuchgegner zu verpflichten sämtliche solcher Daten von eigenen Datenträgern zu löschen. Innert anberaumter Frist ist der Gesuchgegner ferner zu verpflichten, der Gesuchstelle-

rin schriftlich anzuzeigen und zu bestätigen, welche der betroffenen Daten von ihm gelöscht wurden.

6. Die unter Ziffern 1 - 5 beantragten Massnahmen seien superprovisorisch ohne Anhörung des Gesuchgegners zu erlassen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchgegners."

Anträge des Gesuchsgegners:
(act. 19 S. 2)

" Es sei das Gesuch vollumfänglich abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten der Gesuchstellerin."

Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom
27. Dezember 2018
(act. 27)

- " 1. Der Gesuchsgegner hat mit sofortiger Wirkung und unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Falle der Nichtbeachtung jegliches Tätigsein als Vertreter der Aktionäre der Gesuchstellerin, Herr D.____ (... [Adresse 1]), Herr E.____ (... [Adresse 2]), Herr F.____ (... [Adresse 3]), G.____ (... [Adresse 4]) und H.____ (... [Adresse 5]) einzustellen und zukünftig zu unterlassen.
2. Dem Gesuchgegner wird mit sofortiger Wirkung und unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Falle der Nichtbeachtung verboten, Geschäftsgeheimnisse der Gesuchstellerin zu verwerten oder anderen mitzuteilen. Dies umfasst insbesondere das Kontaktieren von Aktionären der Gesuchstellerin zum Zweck der Vertretung derselben gegenüber der Gesuchstellerin.
3. Der Gesuchgegner hat mit sofortiger Wirkung und unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Falle der Nichtbeachtung jegliches rufschädigende Verhalten betreffend die Gesuchstellerin gegenüber den bereits kontaktierten (unter Dispositiv Ziffer 1 genannten) Aktionären der Gesuchstellerin einzustellen und zukünftig gegenüber Aktionären der Gesuch-

stellerin generell sowie gegenüber der Gesuchstellerin, deren Mitarbeiter sowie jeglicher Drittperson zu unterlassen. Insbesondere hat der Gesuchgegner jegliche Drohung zu unterlassen, die Gesuchstellerin bei Medien, Presse, Kassensturz, Beobachter etc. anzuschwärzen oder bei der Staatsanwaltschaft oder FINMA zu verzeigen sowie zu behaupten, dass die Gesuchstellerin oder deren Organe betrügerisch oder unlauter handeln würden, insbesondere dass die Gesuchstellerin in Spanien keine Tankstelle betreibe und dass der Verwaltungsrat der Gesuchstellerin nicht in der Lage sei, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen.

4. Der Gesuchgegner wird mit sofortiger Wirkung und unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Falle der Nichtbeachtung verpflichtet, der Gesuchstellerin bis und mit Freitag, 8. Februar 2019, sämtliche in digitaler oder physischer Version vorhandene Dokumente, Informationen, Datenträger, etc., welche Geschäftsgeheimnisse der Gesuchstellerin enthalten, herauszugeben. Die Herausgabe hat dabei insbesondere die Aktionsliste bzw. sämtliche die Aktionäre der Gesuchstellerin betreffenden Daten sowie sämtliche Geschäfts- oder E-Mailkorrespondenz an oder von der ehemals geschäftlichen E-Mailadresse des Gesuchgegners (A.____@B.____.com) und solche E-Mailkorrespondenz zu umfassen, welche der Gesuchgegner von seiner ehemals geschäftlichen E-Mailadresse (A.____@B.____.com) direkt oder in Kopie („cc“) an seine private E-Mailadresse (A.____@gmail.com) geschickt hat, soweit hiervon eine Druckversion existiert. In dem Umfang, in welchem eine Herausgabe nachweislich nicht möglich ist, wird der Gesuchgegner unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Falle der Nichtbeachtung verpflichtet, sämtliche solche Daten von eigenen Datenträgern zu löschen und der Gesuchstellerin innert angesetzter Frist schriftlich anzuzeigen und zu bestätigen, welche der betroffenen Daten von ihm gelöscht wurden.
5. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von 60 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um den Hauptsachenprozess direkt beim zuständigen Gericht anzuheben, unter der Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf der

Frist die vorsorglichen Massnahmen gemäss vorstehenden Dispositiv-Ziffern 1 bis 4 ohne weiteres dahinfallen würden.

6. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'900.– festgesetzt und dem Gesuchsgegner auferlegt.
7. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'400.– (exkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
8. [Mitteilung]
9. [Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (act. 28 S. 2):

- " 1. Es sei die Dispositivziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Affoltern vom 27. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr.: ET180008-A) aufzuheben und es sei das Rechtsbegehren gemäss Ziff. 5 des Gesuchs der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten vom 26. Oktober 2018 abzuweisen.
2. Es sei die Dispositivziffer 6 des Urteils des Bezirksgerichts Affoltern vom 27. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr.: ET180008-A) aufzuheben und die Gerichtsgebühr sei auf CHF 1'900.– festzusetzen und im Umfang von CHF 1'425.– dem Gesuchsgegner und im Umfang von CHF 475.– der Gesuchstellerin aufzuerlegen.
3. Es sei die Dispositivziffer 7 des Urteils des Bezirksgerichts Affoltern vom 27. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr.: ET180008-A) aufzuheben und der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 1'200.– (exkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten der Berufungsbeklagten.

[prozessualer Antrag um aufschiebende Wirkung]"

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (act. 40):

- " 1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchstellerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in I. _____ ZG (act. 3/2). Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Gesuchsgegner) war vom 7. August 2017 bis zum 5. März 2018 Mitglied des Verwaltungsrats der Gesuchstellerin (act. 27 S. 3). 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) diverse Aktionäre der Gesuchstellerin kontaktiert, diesen gegenüber zu Unrecht behauptet, Tankstellenprojekte der Gesuchstellerin in Spanien würden gar nicht existieren und es hätten sich die Gesuchstellerin bzw. deren Organe während der Tätigkeit des Gesuchsgegners als Verwaltungsrat rechtswidrig verhalten. Über seine Einzelunternehmung habe er die Vertretung verschiedener Aktionäre übernommen und in deren Namen die Herausgabe von Geschäftsunterlagen sowie den Rückkauf der jeweiligen Aktien durch die Gesuchstellerin verlangt. Ferner habe er damit gedroht, Anzeige bei der Staatsanwaltschaft und bei der FINMA zu erstatten und verschiedenen Medienhäusern eine entsprechende Mitteilung zukommen zu lassen (act. 1 S. 7 ff.; act. 27 S. 5 f.).

2. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2018 (act. 1) stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Affoltern (nachfolgend Vorinstanz) die einleitend wiedergegebenen Rechtsbegehren um einstweiligen Rechtsschutz, verbunden mit dem Antrag, es seien diese Massnahmen bereits superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung des Gesuchsgegners, anzuordnen. Mit Verfügung vom 29. Oktober 2018 (act. 4, act. 12) hiess die Vorinstanz das beantragte Superprovisorium gut,

untersagte dem Gesuchsgegner diverse Handlungen und verpflichtete ihn zur Herausgabe- bzw. Löschung verschiedener Dokumente, Informationen und Datenträger bis zum 7. November 2018. Gleichzeitig setzte sie ihm Frist an, um zu den Massnahmebegehren der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 7. November 2018 (act. 8) beantragte der Gesuchsgegner, es sei in Wiedererwägung von Dispositivziffer 4 der Verfügung vom 29. Oktober 2018 (act. 4, act. 12) die superprovisorisch angeordnete Herausgabe- bzw. Löschungsverpflichtung einstweilen aufzuheben. Diesem Antrag gab die Vorinstanz mit Verfügung vom 23. November 2018 (act. 16) statt und hob Dispositivziffer 4 der Verfügung vom 29. Oktober 2018 (act. 4, act. 12) auf. Der Gesuchsgegner nahm mit Eingabe vom 12. Dezember 2018 (act. 19) zum Massnahmebegehren Stellung. Mit Urteil vom 27. Dezember 2018 (act. 27) hiess die Vorinstanz das Gesuch der Gesuchstellerin gemäss dem einleitend wiedergegebenen Dispositiv gut und setzte ihr eine Frist von 60 Tagen ab Zustellung des Entscheids an, um den Hauptsacheprozess anhängig zu machen.

3. Mit Eingabe vom 24. Januar 2019 (act. 28; Datum Poststempel) erhob der Gesuchsgegner rechtzeitig Berufung (vgl. act. 24) 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, sowie gegen die vorinstanzliche Verteilung der Prozesskosten. Mit Verfügung vom 31. Januar 2019 (act. 32) 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. 34). Mit Verfügung vom 12. Februar 2019 (act. 37) wurde der Gesuchstellerin sodann Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten. Die Gesuchstellerin nahm mit Eingabe vom 15. Februar 2019 (act. 39) rechtzeitig zur Frage der aufschiebenden Wirkung Stellung und beant-

wortete die Berufung ebenfalls innert Frist (Eingabe vom 25. Februar 2019; act. 40). Diese Eingaben wurden dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 26. Februar 2019 (act. 42) 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. 44 und act. 46); diese Eingaben wurden jeweils der Gegenpartei zugestellt (act. 47).

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.

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1 - 25). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO). In analoger Anwendung von Art. 51 Abs. 1 lit. b und lit. c BGG ist bei vorsorglichen Massnahmen in der Regel nicht auf den wirtschaftlichen Wert bzw. die Rechtsnatur der *Massnahme als solchen* abzustellen, sondern es ist der Streitwert bzw. die Natur der (allenfalls noch anhängig zu machenden) *Hauptsache* massgebend, jedenfalls dann, wenn die Massnahme der Sicherung oder der Durchsetzung des Hauptsacheanspruches dient (OGer ZH, LF110134, Verfügung vom 12. Januar 2012, E. 4; DIGGELMANN, in: Brunner et al [Hrsg.], ZPO-Komm., 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 8; MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 480; a.A. SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 659; ZK-REETZ/THEILER, Art. 308 N 41; BLICKENSTORFER, in: Brunner et al [Hrsg.], ZPO-Komm., 2. Aufl. 2016, Art. 308 N 32; KUNZ/HOFFMANN-NOWOTNY/STAUBER, ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 308 N 62; BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 308 N 8). Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn eine vorprozessuale Massnahme nach Art. 263 ZPO im Streit liegt.

2. Wie noch im Einzelnen auszuführen sein wird, ist die hier zu beurteilende Streitigkeit als nicht vermögensrechtlich zu qualifizieren (s. dazu unten, E. III.6-9), weshalb die Berufung ohne Weiteres zulässig ist (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Selbst wenn die Angelegenheit als vermögensrechtlich betrachtet würde, wäre das Streitwerterfordernis von CHF 10'000.– ohne Weiteres erreicht (s. dazu unten, E. III.10).

3. Die Berufung ist gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO zu begründen und muss hinreichende Rechtsmittelanträge enthalten. Beiden Anforderungen kommt die Berufungsschrift des Gesuchsgegners nach, weshalb darauf einzutreten ist.

III.

1. Im Gegensatz zur örtlichen Zuständigkeit, die in der Regel nur auf entsprechende Beanstandung hin zu überprüfen ist (und in Bezug auf welche eine Einlassung möglich ist), ist die sachliche Zuständigkeit – wie auch die Verfahrensart – von der kantonalen Rechtsmittelinstanz auch ohne entsprechende Rüge von Amtes wegen zu prüfen; sie ist der Disposition der Parteien entzogen (BGer, 4A_359/2017 vom 16. Mai 2018, E. 4.2, 4.5; 4A_291/2015 und 4A_301/2015 vom 3. Februar 2016, E. 3.2; 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).

2. Im Rahmen des Gehörsanspruchs und zur Vermeidung einer allenfalls überraschenden Rechtsanwendung (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 53 ZPO) wurde den Parteien mit Verfügung vom 26. Februar 2019 (act. 42) Frist angesetzt, um sich zur Frage der sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz zu äussern. Die Gesuchstellerin stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, zwei der drei geltend gemachten Hauptsacheansprüche (nämlich der Anspruch auf Unterlassung geschäftlichen Kontakts des Gesuchsgegners mit den Aktionären der Gesuchstellerin und der Anspruch auf Herausgabe der Aktionärsliste und weiterer Geschäftsgeheimnisse durch den Gesuchsgegner) seien vermögensrechtlicher Natur, deren Streitwert insgesamt CHF 30'000.– nicht überschreite. Weil der Gesuchsgegner

diese Auffassung teile, könne der Streitwert nur dann anderweitig festgesetzt werden, wenn diese Angaben offensichtlich unrichtig seien (Art. 91 Abs. 2 ZPO), was hier nicht der Fall sei (act. 46 S. 4). Als betroffenes Streitinteresse erwähnt die Gesuchstellerin zunächst den Umstand, dass sie sich bei Nichtanordnung der beantragten Massnahmen "mit mehr als nur fünf Aktionären auseinandersetzen [müsse], wodurch Geschäftsabläufe erschwert" würden. Der damit verbundene Aufwand, der nötig sei, um die Vorwürfe gegenüber den Aktionären auszuräumen, betrage aber nicht mehr als CHF 5'000.– oder CHF 10'000.– (act. 46 S. 5, vgl. auch act. 40 S. 13 ["nicht unbeachtlicher finanzieller Schaden"]). Ferner führt die Gesuchstellerin aus, die herausverlangte Aktionärsliste (bzw. andere Geschäftsgeheimnisse) hätten "für sich genommen [...] maximal einen Wert von wenigen Franken" (act. 46 S. 5 f.). Die Gesuchstellerin bestreite zwar nicht, "dass prinzipiell mit personenbezogenen Daten sämtlicher Aktionäre natürlich ein grosser Schaden für die Gesellschaft angerichtet werden könnte", namentlich wenn ein Dritter wie der Gesuchsgegner Aktionäre gegen die Gesellschaft aufbringe und diese "gestützt auf falsche, rufschädigende Angaben dazu [verleite], rechtlich gegen die [Gesuchstellerin] vorzugehen". Darüber, wie hoch ein solcher Schaden im Einzelnen genau ausfallen würde, könne aber nur willkürlich spekuliert werden. Entsprechend sei von einem Streitwert von unter CHF 30'000.– auszugehen (act. 46 S. 6 f.). Mit Bezug auf den dritten der geltend gemachten Hauptsacheansprüche (den Anspruch auf Unterlassung rufschädigenden Verhaltens) lässt die Gesuchstellerin ausführen, dieser persönlichkeitsrechtliche Anspruch sei nicht vermögensrechtlicher Natur. Daraus scheint sie abzuleiten, dass eine handelsgerichtliche Zuständigkeit von vornherein ausser Betracht fällt (act. 46 S. 7, act. 40 S. 3).

3. Der Gesuchsgegner lässt zur sachlichen Zuständigkeit seinerseits ausführen, es sei wenigstens der von der Gesuchstellerin geltend gemachte persönlichkeitsrechtliche Anspruch nicht vermögensrechtlicher Natur. Ferner seien sowohl er selbst wie auch die Gesuchstellerin im Handelsregister eingetragen. Da sich die sachliche Zuständigkeit der Disposition der Parteien entziehe, stehe es in der Kompetenz der Berufungsinstanz, darüber zu entscheiden (act. 44).

4. Vorprozessuale vorsorgliche Massnahmen nach Art. 263 ZPO sind im summarischen Verfahren zu beurteilen (Art. 248 lit. d ZPO). Im Kanton Zürich ist hierfür grundsätzlich entweder das Einzelgericht des örtlich zuständigen Bezirksgerichts (§ 24 lit. c GOG) oder das Einzelgericht des Handelsgerichts (§ 45 lit. b GOG i.V.m. Art. 6 Abs. 5 bzw. Art. 5 Abs. 2 ZPO) sachlich zuständig. Letzteres ist dann der Fall, wenn das Handelsgericht nach Art. 6 Abs. 2 - 4 ZPO bzw. die vom kantonalen Recht bezeichnete einzige kantonale Instanz nach Art. 5 Abs. 1 ZPO in der Hauptsache zuständig ist bzw. wäre (vgl. ZK ZPO-VETTER, Art. 6 N 45). Insofern knüpft die sachliche Zuständigkeit des vorprozessualen Massnahmegerichts an die (hypothetische) sachliche Zuständigkeit in der Hauptsache an.

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.

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 Ver-

mögen 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 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 Persönlichkeitsschutzes gestellt werden]; vgl. auch BK ZPO-STERCHI, Art. 93 N 3).

7. Mit ihrem Massnahmebegehren ersuchte die Gesuchstellerin vor Vorinstanz einerseits (act. 1 S. 2 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 Vertrag (act. 1 S. 6, 12), aus Art. 717 OR (act. 1 S. 12 ff.) so-

wie aus dem UWG (act. 1 S. 14 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. 16 f.). 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 einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, macht ihre Persönlichkeit nicht zu einem Vermögen (vgl. BGE 95 II 481, E. 1 und E. 3).

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. Löschungsansprüche 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 und sich die Suche nach neuen Investoren erschweren könnte (act. 1 S. 17, vgl. auch act. 40 S. 13, act. 46 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 gegenüber den Aktionären, den Behörden (Staatsanwaltschaft und FINMA) und sonstigen Dritten (insbesondere Medien) untersagen will (act. 1 S. 10 f., 17). 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 Verhinderung diffamierender Äusserungen des Gesuchsgegners gegenüber Aktionären oder Dritten. Konkret erwähnt die Gesuchstellerin in ihrem Massnahmebegehren nämlich vorab die Zusammensetzung des Aktionariats als betroffenes Geschäftsgeheimnis. 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. 8 f., 10, 12 ff.). Vor diesem Hintergrund erscheinen die mit den geltend gemachten Ansprüchen verfolgten wirtschaftlichen Interessen (Vermeidung von Umsatz- bzw. Gewinneinbussen und Verhinderung eines Verlusts potentieller Investoren) gegenüber den damit verfolgten ideellen Interessen (Bewahrung der geschäftlichen Ehre und Integrität) als untergeordnet bzw. bloss als indirekte Folge der Letzteren.

9. Damit ist das Verfahren insgesamt – d.h. die mit den beantragten vorsorglichen Massnahmen gesicherten bzw. vorläufig durchgesetzten Hauptsacheansprüche in ihrer Gesamtheit – als nicht vermögensrechtlich zu qualifizieren (vgl. dagegen noch die Verfügung der Kammer vom 31. Januar 2019; act. 32 S. 4). Eine Aufteilung der Streitigkeit in vermögensrechtliche und nicht vermögensrechtliche Teile ist entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin (vgl. act. 40 S. 3, act. 46 S. 3 ff. und S. 7; vgl. auch die Stellungnahme des Gesuchsgegners; act. 44 S. 2) nicht möglich. In analoger Anwendung von Art. 93 Abs. 1 ZPO, wonach die Streitwerte gehäufte (vermögensrechtlicher) Streitgegenstände für die Frage der Verfahrensart und der sachlichen Zuständigkeit *vorab* zusammenzurechnen sind (vgl. hierzu BGE 142 III 788, E. 4.2), ist das Verfahren vielmehr *einheitlich* als vermögensrechtlich oder als nicht vermögensrechtlich zu qualifizieren, wobei dem nicht vermögensrechtlichen Element regelmässig der Vorrang einzuräumen 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 Handelsgericht regelmässig vermögensrechtliche Streitigkeiten im Vordergrund stehen, können auch nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten von der Spezialzuständigkeit 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).

10. Selbst wenn aber die Streitigkeit als vermögensrechtlich zu qualifizieren wäre, 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. 19 Rz. 33, act. 28 Rz. 9, act. 46 S. 2 ff.); dies erscheint jedoch – unter der 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. 46 S. 6 f., vgl. auch act. 40 S. 13). Ihr Argument, dass sich dieser Schaden ziffernmässig nicht exakt bestimmen lasse bzw. jeder Schätzung etwas Willkürliches anhafte, verfängt 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 ff., 10 f., 17, vgl. auch act. 46 S. 6). Angesichts des Aktienkapitals der Ge-

suchstellerin von CHF 649'711.90 (act. 3/2) ist auch unter diesem Aspekt von einem CHF 30'000.– weit übersteigendem Interesse auszugehen. Hinzu kommt schliesslich der Umstand, dass zwischen den Parteien – bzw. innerhalb der B1.____-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. 6, 9, act. 28 Rz. 33, act. 40 S. 10 f.). Auch unter diesem Gesichtspunkt wäre – sollte die Streitigkeit vermögensrechtlicher Natur sein – 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.

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. 45) 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, soweit die Gesuchstellerin Ansprüche aus Art. 717 OR bzw. aus dem UWG geltend macht.

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.

13. Im nicht angefochtenen Umfang (Dispositivziffern 1 - 3 und 5) 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.

IV.

1. Der Gesuchsgegner ficht die vorinstanzliche Verteilung der Prozesskosten explizit an (Berufungsanträge Ziffern 2 und 3). Auch ohne entsprechende Anträge würde das Kostendispositiv als mitangefochten gelten. Die Kostenregelung unterliegt grundsätzlich der Oficialmaxime (Art. 58 Abs. 2 ZPO), sodass die in diesem Zusammenhang gestellten Anträge – abgesehen vom Erfordernis eines Antrags auf Zusprechung einer Parteientschädigung – als blosse Anregungen zu betrachten sind (BGer, 4A_692/2015 vom 1. März 2017, E. 8.2).
2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Gesuchstellerin im erstinstanzlichen Verfahren zu einem Viertel endgültig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb ihr ein Viertel der – in ihrer Höhe nicht beanstandeten – erstinstanzlichen Gerichtskosten (also CHF 475.–) 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. 19 S. 2) –, ist diese auf CHF 646.20 (CHF 600.– zuzüglich 7.7 % MwSt.) festzusetzen.
3. Im Umfang der übrigen drei Viertel der erstinstanzlichen Prozesskosten, in Bezug auf welche das Massnahmegesuch unter Ansetzung einer Prosequie-

rungsfrist 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 rechtfertigt 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 CHF 1'425.–) der Gesuchstellerin für den Fall (bedingt) aufzuerlegen, dass die vorsorglichen Massnahmen wegen unbenutzten Ablaufs der Prosequierungsfrist 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 1'938.60 (CHF 1'800.– zuzüglich 7.7 % MwSt.) zu bezahlen. Wird der Hauptsacheprozess rechtzeitig beim zuständigen Gericht anhängig gemacht, so ist die Regelung der Verteilung von drei Vierteln der erstinstanzlichen Prozesskosten dem Endentscheid in der Hauptsache vorbehalten.

4. 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, 6 und 7 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 27. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr. ET180008-A) aufgehoben und durch folgende Fassungen ersetzt:

" 4. Auf das Rechtsbegehren Ziffer 5 der Gesuchstellerin wird nicht eingetreten.

6. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 1'900.– festgesetzt. Davon wird ein Viertel (CHF 475.–) der Gesuchstellerin definitiv auferlegt. Drei Viertel (CHF 1'425.–) werden der Gesuchstellerin für den Fall auferlegt, dass die vorsorglichen Massnahmen wegen unbenutzten Ablaufs der Prosequierungsfrist gemäss Dispositivziffer 5 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 27. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr. ET180008-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.

7. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das erstinstanzliche Verfahren eine auf einen Viertel reduzierte Parteientschädigung von CHF 646.20 (inkl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen.

Für den Fall, dass die vorsorglichen Massnahmen wegen unbenutzten Ablaufs der Prosequierungsfrist gemäss Dispositivziffer 5 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 27. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr. ET180008-A) dahinfallen, wird die Gesuchstellerin darüber hinaus verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das erstinstanzliche Verfahren eine auf drei Viertel reduzierte Parteientschädigung von CHF 1'938.60 (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 Entscheidgebühr 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 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: