



---

Kass.-Nr. AA060117/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Karl Spühler, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Markus Nietlispach

## Zirkulationsbeschluss vom 21. Dezember 2006

in Sachen

X.,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_\_

gegen

Y.,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. \_\_\_\_\_

betreffend

**Urheberrecht**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren an der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Juni 2006 (LL050002/U1)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Mit Eingabe vom 8. September 2005 stellte die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachstehend Beschwerdeführerin) gestützt auf § 222 Ziff. 3 ZPO beim Einzelrichter im summarischen Verfahren der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) ein Gesuch um Erlass (vorprozessualer) vorsorglicher Massnahmen (OG act. 2). Damit beantragte sie unter Hinweis auf ihre urheberrechtliche Rechtsstellung als Architektin, den Beklagten und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) unter Androhung von Ordnungsbussen im Weigerungsfall zu verpflichten, ihr zwecks Herstellung einer Fotodokumentation sofort den Zugang zu den zum Ladenlokal gehörenden Geschossen in der Liegenschaft Q. in Zürich zu gewähren; für den Weigerungsfall sei die Beschwerdeführerin für berechtigt zu erklären, die betreffenden Geschosse auch ohne Zugangserlaubnis des Beschwerdegegners zu betreten. Zugleich stellte sie den Antrag, den angebehrten Befehl superprovisorisch ohne Anhörung der Gegenpartei zu erlassen und im Falle einer dagegen erhobenen Einsprache für weiterhin wirksam zu erklären (OG act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 9. September 2005 entsprach der Einzelrichter dem Begehren um superprovisorischen Rechtsschutz und verpflichtete den Beschwerdegegner (ohne vorherige Anhörung) unter Androhung der Ungehorsamsstrafe im Sinne von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle, der Beschwerdeführerin umgehend Zugang zu den erwähnten Lokalitäten zu gewähren (OG act. 4). In Ergänzung dazu befahl der Einzelrichter dem Beschwerdegegner, der im Anschluss an den superprovisorischen Befehl mehrere Eingaben an ihn gerichtet hatte (vgl. insbes. OG act. 5, 9, 11, 12 und 14), auf entsprechendes Begehren der Beschwerdeführerin hin (OG act. 16) am 15. September 2005 mit sofortiger Wirksamkeit sowie unter Androhung von Zwangsvollzug im Widerhandlungsfalle, der Beschwerdeführerin und den von ihr als unerlässlich bezeichneten Hilfspersonen darüber hinaus auch Zugang zum dortigen Technikraum zu gewähren und die von diesem Raum aus gesteuerten Funktionen (Beleuchtung, Innen- und Aussenrollen etc.) zu gewährleisten. Zugleich wies er

das Stadttammannamt Zürich 00 an, die erteilten Befehle gleichentags zu vollstrecken (OG act. 18).

Nachdem die (superprovisorische) Anordnung am Nachmittag des 15. September 2005 zwangsweise vollzogen worden war (vgl. OG act. 26), setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 21. Oktober 2005 eine zehntägige Frist an, um zu den Ausführungen des Beschwerdegegners Stellung zu nehmen, soweit sich diese auf die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Verfahrens auswirkten (OG act. 29). In seiner diesbezüglichen Stellungnahme vom 2. November 2005 beantragte die Beschwerdeführerin, den Beschwerdegegner für das ihrer Ansicht nach gegenstandslos gewordene Verfahren für vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig zu erklären (OG act. 30). Demgegenüber stellte der Beschwerdegegner, der ebenfalls von der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens ausging, mit Eingabe vom 29. November 2005 den Antrag, die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und ihm eine angemessene Prozessentschädigung zuzusprechen (OG act. 36).

Mit Verfügung vom 22. Juni 2006 (OG act. 39 = KG act. 2) schrieb der obergerichtliche Einzelrichter den Prozess als zufolge Gegenstandslosigkeit erledigt ab (Disp.-Ziff. 1), wobei er die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin auferlegte (Disp.-Ziff. 3) und diese verpflichtete, dem Beschwerdegegner eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- zuzüglich Fr. 91.20 (7,6% Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Disp.-Ziff. 4).

2. Gegen diese den Parteien am 27. Juni 2006 zugestellte (OG act. 40/1-2) Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Obergericht, deren Beschwerdefähigkeit als (nicht unter § 284 Ziff. 7 ZPO fallender) Endentscheid im Sinne von § 188 Abs. 2 ZPO ohne weiteres zu bejahen ist (vgl. § 281 ZPO in Verbindung mit § 69a GVG; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 1 und 9 zu § 281 ZPO; Hauser/Schweiri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 16 zu § 43 GVG [wo allerdings – wohl versehentlich – lediglich von Entscheiden nach § 222 Ziff. 2 ZPO die Rede ist] und N 1 zu § 69a GVG; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht,

2. A., Zürich 1986, S. 2 und 4; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62 f.), richtet sich die vorliegende, rechtzeitig (vgl. § 287 ZPO und § 140 Abs. 2 GVG) eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde vom 21. Juli 2006 (KG act. 1). Darin stellt die Beschwerdeführerin den Antrag, die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung (betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen) aufzuheben und die Sache zur diesbezüglichen Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 25. Juli 2006 (KG act. 5) wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 4 und 8) und der Beschwerdeführerin eine Prozesskaution von Fr. 1'000.-- auferlegt, welche rechtzeitig geleistet wurde (vgl. KG act. 5, 6/1 und 9). Währendem die Vorinstanz ausdrücklich auf Vernehmlassung verzichtet hat (KG act. 10), lässt der Beschwerdegegner in seiner fristwahrend (vgl. KG act. 5 und 6/2) erstatteten Beschwerdeantwort vom 16. August 2006 auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde schliessen, soweit auf diese eingetreten werden könne (KG act. 11, insbes. S. 2). Dazu nahm die Beschwerdeführerin mit fristwahrender (vgl. KG act. 12 und 13/1) Rechtsschrift vom 31. August 2006 Stellung (KG act. 14). Der Beschwerdegegner seinerseits liess sich mit rechtzeitiger (vgl. KG act. 15 und 16/2) Eingabe vom 12. September 2006 zu dieser Stellungnahme vernehmen (KG act. 17). Dabei hielten beide Parteien an ihren Rechtsmittelanträgen fest.

## II.

1.a) Die Vorinstanz führte in ihrer Entscheidbegründung aus, die Parteien gingen zu Recht davon aus, dass das bei ihr anhängig gemachte Verfahren (betreffend vorprozessualen einstweiligen Rechtsschutz) durch Erfüllung der (gemeint: superprovisorisch angeordneten) vorsorglichen Massnahme gegenstandslos geworden und deshalb als zufolge Gegenstandslosigkeit erledigt abzuschreiben sei (KG act. 2 S. 2, Erw. I).

Hinsichtlich der damit verbundenen Nebenfolgen erwog sie sodann unter Hinweis auf § 65 Abs. 1 ZPO, dass im Falle der Gegenstandslosigkeit eines Verfahrens das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen über die Kostenfolge zu entscheiden habe. Nach einhelliger Lehre und gefestigter Praxis könnten hierbei namentlich folgende Gesichtspunkte berücksichtigt werden: wer die Gegenstandslosigkeit veranlasst habe, welche Partei vermutlich obsiegt hätte oder welche Partei das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst habe. Nach neuerer Auffassung bestehe dabei keine bestimmte Rangordnung zwischen den einzelnen Kriterien. Ebenso wenig bräuchten dieselben stets kumulativ geprüft zu werden. Vielmehr sei die vom Gesetz angestrebte angemessene Lösung je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu treffen. Sei die klagende Partei vom Beklagten zur Erhebung der Klage provoziert worden, so werde Letzterer kosten- und entschädigungspflichtig. Es könne jedoch keineswegs darum gehen, die Notwendigkeit bzw. Begründetheit der Klage umfassend und abschliessend zu beurteilen, weil das Verfahren aufgrund der Gegenstandslosigkeit ohne materielle Prüfung zu erledigen sei. Schliesslich unterstrich die Vorinstanz, dass das vorliegende Massnahmeverfahren ein summarisches sei und demnach auch mit Bezug auf die Kostenverteilung das Prinzip des Glaubhaftmachens anwendbar sei (KG act. 2 S. 3, Erw. II/2).

In Anwendung dieser Grundsätze stellte die Vorinstanz alsdann fest, dass der Beschwerdegegner mehrmals behauptet habe, dass die Beschwerdeführerin bereits eine Fotodokumentation erstellt habe, weshalb das vorliegende Verfahren keiner Notwendigkeit entsprochen habe. Die Beschwerdeführerin habe es trotz entsprechender Fristansetzung unterlassen, diese Beteuerung zu bestreiten bzw. zu widerlegen. Zudem lasse sich den eingereichten Urkunden (OG act. 7/1 und 15) glaubhaft entnehmen, dass die Beschwerdeführerin nicht nur gemäss Auftrag des Beschwerdegegners den Umbau fotografisch begleitet, sondern auch am Tag vor der Bauabnahme, mithin nach Fertigstellung ihres Werkes, mit einem Berufsfotografen während zehn Stunden Fotos gemacht habe, ohne zu erläutern, weshalb diese Fotografien zur Ergänzung der Fotodokumentation notwendig gewesen seien. Demnach erscheine es durchaus plausibel, dass der Beschwerdeführerin bereits vor Einleitung des vorliegenden Verfahrens ausreichend Fotos des Wer-

kes zur Verfügung gestanden hätten. Weil ihr Anspruch gemäss Art. 14 URG somit bereits vorher erfüllt gewesen sei, sei einerseits die Anhängigmachung des Verfahrens glaubhafterweise überflüssig gewesen, und andererseits sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin bei dieser Sachdarstellung vermutlich unterlegen wäre. Demgegenüber erweise sich das Kriterium der Veranlassung der Gegenstandslosigkeit als nicht hilfreich, weil diese nicht von einer Partei herbeigeführt worden sei, sondern sich aus der Natur des eingeklagten Anspruchs ergebe.

Zusammenfassend hielt die Vorinstanz fest, dass die relevanten Kriterien der Veranlassung des Verfahrens und des mutmasslichen Unterliegens indizierten, die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und diese für entschädigungspflichtig zu erklären, wobei es bei der Bemessung der Prozessentschädigung zu beachten gelte, dass nur der notwendige Aufwand des Beschwerdegegners zu entschädigen sei (KG act. 2 S. 3 f., Erw. II/3).

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die von der Vorinstanz getroffene Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen verstosse gegen klares materielles Recht und leide daher am Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO. Daneben beruhe die vorinstanzliche Nebenfolgenfestsetzung auf aktenwidrigen und willkürlichen Annahmen im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO sowie auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (KG act. 1 S. 9 ff., Ziff. 9-12). Darauf wird nachstehend im Einzelnen einzugehen sein (vgl. Erw. II/5.1-6).

2.a) Zunächst sind die Parteien jedoch auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO); gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip). Hiefür hat er sich konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den darin enthaltenen, den

Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt) wird. Vielmehr sind in der Beschwerdebeurteilung insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. So muss beispielsweise, wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich (im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO) rügt, in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Schliesslich hat, wer den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO anruft, näher darzutun, inwiefern die Vorinstanz welche wesentlichen Verfahrensgrundsätze verletzt habe. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 72 f.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO).

Aus dem Wesen der Nichtigkeitsbeschwerde folgt, dass neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig sind; das gilt selbst dann, wenn die Voraussetzungen von § 115 ZPO erfüllt wären (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 ZPO [und N 7b zu § 115 ZPO]; von Rechenberg, a.a.O., S. 17/18; Spühler/Vock, a.a.O., S. 75; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 39 Rz 65; ZR 76 Nr. 26; RB 1996 Nr. 121).

b) Aufgrund des Novenverbots ist im Folgenden insoweit nicht weiter auf die Eingaben und Stellungnahmen der Parteien einzugehen, als diese erstmals im

Kassationsverfahren erhobene (und damit neue) positive Sachbehauptungen und Bestreitungen (und nicht bloss Hinweise auf entsprechende Vorbringen vor Vorinstanz) enthalten. Gleiches gilt für die von der Beschwerdeführerin erstmals im Kassationsverfahren ins Recht gereichte (neue) Fotodokumentation (KG act. 3), in der die Fotoaufnahmen vom 15. September 2005 den im Zeitpunkt der Fertigstellung des Bauwerkes im Januar/Februar 2004 erstellten Fotografien gegenübergestellt werden: Sie dient nicht dem Nachweis eines geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes (s. dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 ZPO), sondern der nachträglichen Vervollständigung des Prozessstoffes, indem damit (gleichsam als Entgegnung auf den entsprechenden vorinstanzlichen Vorhalt) nachträglich erläutert und dokumentiert werden soll, inwiefern die mittels des Massnahmebegehrens durchgesetzten Fotoaufnahmen entgegen vorinstanzlicher Ansicht notwendig gewesen seien.

3. Nach einhelliger Ansicht sind die als verletzt gerügten Bestimmungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen (§§ 64 ff. ZPO) dem materiellen Recht zuzuordnen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 64 ZPO, N 47a zu § 281 ZPO [m.w.Hinw.]; von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Spühler/Vock, a.a.O., S. 69; Weber, Die Prozessentschädigung mit besonderem Bezug auf ihre Ausgestaltung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1990, S. 15 und 81). Demnach kann – im Rahmen der erhobenen Rügen – nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel von § 281 Ziff. 3 ZPO geprüft werden, ob sie missachtet wurden. Ein Nichtigkeitsgrund liegt mithin nur vor, wenn diesbezüglich klares Recht verletzt wurde. Diese Kognitionsbeschränkung hat zur Folge, dass die Kassationsinstanz nicht in das dem Sachrichter durch §§ 64 ff. ZPO eingeräumte Ermessen eingreifen kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 52 f. zu § 281 ZPO). Vielmehr darf ein Entscheid betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen im Kassationsverfahren nur aufgehoben werden, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar erscheint bzw. ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung der einschlägigen Vorschriften, über deren Auslegung insoweit kein begründeter Zweifel bestehen kann, vorliegt (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Spühler/

Vock, a.a.O., S. 69; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281 ZPO); zum Ganzen auch ZR 102 Nr. 3, Erw. II/4).

4.a) Die Vorinstanz hat mit Recht und ohne dass dies von der Beschwerdeführerin bestritten würde (vgl. insbes. KG act. 1 S. 2 [wo lediglich die Aufhebung der Nebenfolgenregelung verlangt wird] und KG act. 14 S. 3 oben [wo die Abschreibungsart als solche als korrekt anerkannt wird]) angenommen, dass ein Entscheid über die von der Beschwerdeführerin beantragte vorsorgliche Massnahme (d.h. ein eigentlicher "ordentlicher" Massnahmeentscheid) aufgrund der besonderen Konstellation – der vorliegend geltend gemachte, vorsorglicherweise zu schützende Anspruch (auf Zutritt zu den Lokalitäten zwecks Erstellung einer Fotodokumentation) erlischt durch (einmalige) Erfüllung – durch die zwangsweise Vollstreckung des in Anwendung von § 224 Abs. 1 ZPO superprovisorisch erteilten Befehls hinfällig und das von der Beschwerdeführerin angestrebte Verfahren betreffend vorprozessualen einstweiligen Rechtsschutz (im Sinne von § 222 Ziff. 3 ZPO) somit gegenstandslos geworden ist. Demzufolge richten sich die Kostenfolgen dieses Verfahrens, die ihrerseits insoweit Auswirkungen auf die Entschädigungsregelung haben, als sich Letztere grundsätzlich nach der Kostenauflage richtet (vgl. § 68 Abs. 1 ZPO), nicht primär nach dem allgemeinen Grundsatz von § 64 Abs. 2 ZPO, sondern nach der für diesen Fall einschlägigen speziellen Vorschrift von § 65 ZPO (vgl. die Marginalien dieser beiden Bestimmungen).

b) Wird der Prozess gegenstandslos oder entfällt das rechtliche Interesse an der Klage, hat das Gericht nach (pflichtgemäsem) Ermessen über die Kostenfolge zu entscheiden (§ 65 Abs. 1 ZPO). Nach insoweit einhelliger Lehre und gefestigter Praxis können hierbei namentlich folgende Gesichtspunkte berücksichtigt werden: wer die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat, welche Partei vermutlich obsiegt hätte oder welche Partei das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 65 ZPO; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 406, Anm. 6/b; Addor, Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits, Bern 1997, S. 227 ff.; Walder, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966, S. 107 f.; ZR 81 Nr. 129; 82 Nr. 8; 82 Nr. 87; s.a. Weber, a.a.O., S. 41 f.). Nach neuerer, auch vom Kassati-

onsgericht vertretener Auffassung besteht dabei keine bestimmte Rangordnung zwischen den einzelnen Kriterien, die im Übrigen auch nicht als abschliessend zu verstehen sein dürften. Ebenso wenig brauchen dieselben notwendigerweise stets kumulativ geprüft zu werden. Vielmehr ist die vom Gesetz angestrebte angemessene Lösung je nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu treffen (Addor, a.a.O., S. 228; Kass.-Nr. 96/490 vom 29.1.1998 i.S. M.c.G., Erw. III/1/a m.w.Hinw.; 98/041 vom 28.3.1998 i.S. K.c.U., Erw. II/3/a; 99/107 vom 20.11.2000 i.S. P. und N.c.C., Erw. II/3/d; s.a. ZR 65 Nr. 119; 82 Nr. 8; 82 Nr. 87; Kass.-Nr. 2003/031 und 2003/032 vom 21.7.2003 i.S. B.c.R. bzw. W.c.R., je Erw. 7/a; Kass.-Nr. AA030120 vom 25.12.2003 i.S. H.c.M., Erw. III/2/a). Soweit dabei (überhaupt) auf das Kriterium des mutmasslichen Prozessausgangs abgestellt wird, welches umso bedeutender werden kann, je weiter fortgeschritten das Verfahren bei Eintritt der Gegenstandslosigkeit ist (vgl. Addor, a.a.O., S. 230 [und S. 229, Anm. 995]), kann es jedoch keineswegs darum gehen, die Begründetheit der Klage (bzw. – hier – des Massnahmebegehrens) umfassend und abschliessend zu beurteilen, ist das Verfahren aufgrund der Gegenstandslosigkeit ja gerade ohne materielle Prüfung derselben zu erledigen (Kass.-Nr. 96/490 vom 29.1.1998 i.S. M.c.G., Erw. III/1/a; 98/414 vom 10.10.1999 i.S. M.c.M., Erw. II/3; Kass.-Nr. AA030120 vom 25.12.2003 i.S. H.c.M., Erw. III/2/a). Das gilt umso mehr, wenn es sich – wie vorliegend – um ein summarisches Verfahren handelt, in welchem selbst dann, wenn der eingeklagte Anspruch materiell beurteilt werden muss, dessen blosser Glaubhaftmachung genügt (s.a. Zürcher, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Zürich 1998, S. 54). Diesfalls darf sich der Richter erst recht mit einer bloss summarischen Prüfung des mutmasslichen Prozessausgangs aufgrund der bestehenden Aktenlage begnügen.

c) Nachdem sich die Vorinstanz bei der Festsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen von diesen Grundsätzen hat leiten lassen, verstösst ihr Entscheid unter prinzipiellen Gesichtspunkten nicht gegen klares materielles Recht.

5.1.a) Die Beschwerdeführerin wendet gegen die ihr auferlegten Nebenfolgen zunächst ein, dass sie am 8. September 2005 um Erteilung eines superprovisorischen Befehls ohne vorgängige Anhörung des Beschwerdegegners ersucht

habe; mehr habe sie nicht verlangt. Mit der Verfügung vom 9. September 2005 sei diesem Begehren vollumfänglich entsprochen worden. Nachdem ein Hauptverfahren, in welchem sie hätte unterliegen können, aufgrund der Natur des eingeklagten Anspruchs nicht mehr möglich gewesen sei, sei das von der Vorinstanz (gestützt auf § 65 ZPO) angewendete Kriterium des mutmasslichen Unterliegens für die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen von vornherein untauglich. Statt dessen wäre nach beschwerdeführerischer Auffassung auf das Obsiegen und Unterliegen bezüglich der gestellten Rechtsbegehren abzustellen gewesen. Da die klägerischen Rechtsbegehren (um superprovisorischen Rechtsschutz) vollumfänglich gutgeheissen worden seien, hätte über die Nebenfolgen gemäss § 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO zugunsten der Beschwerdeführerin (bzw. zu Lasten des Beschwerdegegners) entschieden werden müssen. Insofern beruhe die alleinige Belastung der Beschwerdeführerin mit Kosten- und Entschädigungsfolgen auf einer aktenwidrigen Annahme und verletze klares materielles Recht (KG act. 1 S. 9 f., Ziff. 9; s.a. KG act. 14 S. 3 und 5).

b) Die Beschwerdeführerin scheint bei ihrer Argumentation zu verkennen, dass es nach zürcherischem Prozessrecht ein auf superprovisorische Anordnungen (ohne Anhörung der Gegenpartei) beschränktes (Massnahme-)Verfahren nicht gibt. Vielmehr stellt die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, innerhalb eines bestimmten (inner- oder vorprozessualen) Massnahmeverfahrens (nach § 110 ZPO bzw. § 222 Ziff. 3 ZPO) die mit dem Begehren als solche beantragte ("eigentliche" bzw. "ordentliche") vorsorgliche Massnahme einstweilen (d.h. provisorisch) ohne vorgängige Anhörung des Prozessgegners zu verlangen bzw. anzuordnen (vgl. § 110 Abs. 2 ZPO bzw. § 224 Abs. 1 ZPO), eine Art (besonders dringender) einstweiliger Rechtsschutz innerhalb des durch das Massnahmebegehren eingeleiteten Massnahmeverfahrens dar, ohne dasselbe bereits abzuschliessen. Das zeigt sich darin, dass nach erfolgter superprovisorischer Anordnung der Massnahmegegner (wenngleich allenfalls auch bloss auf Einsprache hin) anzuhören und alsdann über die Aufrechterhaltung der superprovisorischen Anordnung als "ordentliche" bzw. "eigentliche" vorsorgliche Massnahme zu entscheiden ist (soweit die superprovisorische Massnahme nicht zufolge unterlassener Einsprache als eigentliche vorsorgliche Massnahme aufrecht erhalten bleibt, was

einen weiteren Entscheid entbehrlich macht) (§ 110 Abs. 2 ZPO, § 224 Abs. 2 und 3 ZPO). Erst durch diesen nach Anhörung der Gegenpartei zu treffenden Entscheid wird das (durch das Massnahmebegehren anhängig gemachte) Massnahmeverfahren (als solches) abgeschlossen. (Diese Zweistufigkeit des Massnahmeverfahrens im Falle eines Gesuchs um Gewährung superprovisorischen Rechtsschutzes findet sich im Übrigen auch dann, wenn Letzteres abgewiesen wird. Auch diesfalls wird nämlich [meist zusammen mit der Abweisung des Gesuchs um Erlass superprovisorischer Massnahmen] dem Massnahmegegner Gelegenheit zur Beantwortung des [eigentlichen] Massnahmebegehrens gegeben und alsdann über dasselbe entschieden.) Ein selbständiges Verfahren, in welchem es allein um die Frage der Gewährung superprovisorischen Rechtsschutzes geht, gibt es somit nicht. Dementsprechend ist auch ein Antrag, mit dem einzig der Erlass einer superprovisorischen Massnahme angebeht wird, nicht denkbar. Vielmehr stellt die gerichtliche Beurteilung eines Begehrens um Erlass einer superprovisorischen Massnahme stets einen prozessleitenden Entscheid innerhalb des eigentlichen Massnahmeverfahrens dar, das sowohl bei Gutheissung wie auch bei Abweisung des Begehrens um superprovisorischen Rechtsschutz fortgesetzt werden muss.

Aufgrund dieser Konzeption des Massnahmeverfahrens kann es auch ohne weiteres (und durchaus folgerichtig) geschehen, dass eine angebehrte vorsorgliche Massnahme aufgrund der (naturgemäss unvollständigen) einseitigen Sachdarstellung des Klägers zwar zunächst superprovisorisch angeordnet bzw. ein Befehl superprovisorisch erteilt wird, sich nach Anhörung der Gegenpartei und damit verbundener Erweiterung der Entscheidungsgrundlagen aber als unberechtigt erweist und daher wieder aufgehoben resp. das Massnahmebegehren als solches (ungeachtet der vorgängigen superprovisorischen Bewilligung) abgewiesen wird (vgl. in diesem Zusammenhang auch § 229 ZPO, wonach [selbst "eigentliche", d.h. nicht bloss superprovisorische] vorsorgliche Massnahmen aufgehoben oder geändert werden können, wenn sie sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisen). Demzufolge ist auch "ein mutmassliches Unterliegen [im Massnahmeprozess] bei tatsächlichem Obsiegen" (hinsichtlich des Begehrens um superproviso-

rischen Rechtsschutz) entgegen beschwerdeführerischer Ansicht (KG act. 14 S. 5) keineswegs ausgeschlossen.

An dieser grundsätzlichen, im Falle eines Gesuchs um Gewährung superprovisorischen Rechtsschutzes zweistufigen Ausgestaltung des Massnahmeverfahrens nach § 110 ZPO bzw. § 222 Ziff. 3 ZPO ändert sich auch dann nichts, wenn das Massnahmebegehren aufgrund der besonderen Natur des geltend gemachten (und vorsorglicherweise zu schützenden) Anspruchs durch die Vollstreckung des vorerst superprovisorisch erteilten Befehls hinfällig wird. Auch in diesem Fall schliesst die superprovisorische Anordnung bzw. deren Vollstreckung das Massnahmeverfahren als solches nicht eo ipso ab. (Insofern treffen die Ausführungen in KG act. 1 S. 11 Mitte, wonach "das vorinstanzliche Verfahren ... mit der Erfüllung der einstweiligen vorsorglichen Massnahmen gemäss Verfügung vom 9. September 2005 [d.h. des superprovisorisch erteilten Befehls] abgeschlossen worden" sei, nicht zu.) Vielmehr führt sie lediglich dazu, dass sich der (im zweiten Schritt zu fällende) Entscheid über deren Aufrechterhaltung als (eigentliche) vorsorgliche Massnahme erübrigt, da das Begehren um Erteilung der angebehrten vorsorglichen Massnahme durch den Vollzug der superprovisorischen Anordnung hinfällig und der (eigentliche Massnahme-)Prozess (als solcher) gegenstandslos wird. Dementsprechend ist das Massnahmeverfahren auch nach Vollzug der superprovisorischen Anordnung formell abzuschliessen, d.h. durch einen entsprechenden Abschreibungsentscheid zu erledigen (vgl. § 188 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

Wenn die Vorinstanz in Beachtung dieser Grundsätze das durch das Massnahmebegehren vom 8. September 2005 anhängig gemachte (eigentliche Massnahme-)Verfahren als gegenstandslos geworden abgeschrieben und als Konsequenz davon die Kosten nicht nach der allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO, sondern gemäss der den Fall der Gegenstandslosigkeit des Rechtsbegehrens eigens regelnden besonderen Vorschrift von § 65 ZPO (und in deren Rahmen unter Mitberücksichtigung des mutmasslichen Prozessausgangs) verteilt hat, ist dies entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin somit nicht zu beanstanden. Zumindest liegt darin keine Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von

§ 281 Ziff. 3 ZPO, womit sich die Beschwerde diesbezüglich als unbegründet erweist.

c) Auch liegt die behauptete Aktenwidrigkeit nicht vor, soweit die (in der Stellungnahme zur Beschwerdeantwort in unzulässiger Weise ergänzend begründete; vgl. KG act. 14 S. 4) Beschwerde diesbezüglich den formellen Anforderungen an die Begründung einer solchen überhaupt genügt. So ist die Beschwerdeführerin zwar mit ihrem Begehren um superprovisorischen Rechtsschutz durchgedrungen. Im von ihr anhängig gemachten Massnahmeverfahren als solchem hat sie entgegen ihrer Meinung jedoch nicht obsiegt, wurde der Anspruch auf Erlass (bzw. Aufrechterhaltung) der angebehrten (und einstweilen superprovisorisch angeordneten) Massnahme selbst aufgrund der besonderen Konstellation doch gar nicht (mehr) materiell beurteilt (sondern nur einer mutmasslichen Prognose unterzogen, welche zudem gegen den von ihr eingenommenen Standpunkt ausfiel [vgl. dazu auch die nachfolgenden Erwägungen]). Hat die Beschwerdeführerin somit keineswegs vollständig obsiegt, ist nicht ersichtlich, inwiefern die als aktenwidrig gerügte vorinstanzliche Annahme, wonach sie mutmasslich unterlegen wäre, als "blanker Irrtum" erscheinen sollte (vgl. ZR 55 Nr. 115; 81 Nr. 88, Erw. 6; von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 zu § 281 ZPO).

5.2.a) Weiter pflichtet die Beschwerdeführerin der vorinstanzlichen Auffassung bei, wonach es bei der Kostenverteilung für ein gegenstandslos gewordenenes Verfahren nicht darum gehen könne, die Begründetheit der Klage umfassend und abschliessend zu beurteilen. Dementsprechend habe von ihr auch keine umfassende Replik im Sinne von § 128 ZPO verlangt werden können, wenn sie mit Verfügung vom 21. Oktober 2005 (OG act. 29) dazu aufgefordert worden sei, zu den beklagtischen Ausführungen Stellung zu nehmen, soweit sich diese auf die Regelung der Nebenfolgen auswirkten. In den im angefochtenen Entscheid genannten Eingaben des Beschwerdegegners (OG act. 5 S. 2, OG act. 11, OG act. 12 S. 2 und 3, OG act. 14), auf welche die Vorinstanz ihre Ansicht, wonach die Klage (mutmasslicherweise) überflüssig gewesen sei, entscheidend stütze, habe der Beschwerdegegner hauptsächlich geltend gemacht, dass unmittelbar vor der

Bauabnahme während zehn Stunden Fotos gemacht worden seien. Diese Behauptung in ihrer Stellungnahme zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestreiten, habe für die Beschwerdeführerin entgegen vorinstanzlicher Ansicht kein Anlass bestanden. Denn schon in ihrem bei den Akten (unter OG act. 3/3) liegenden Schreiben an den Beschwerdegegner vom 1. Juli 2005 habe sie erklärt, dass die Fotos damals nicht bei Tageslicht gemacht worden seien, weshalb sie nicht zur beabsichtigten Dokumentation des Objekts taugten. Dass schon *taugliche* Fotografien existiert hätten, habe die Beschwerdeführerin sodann auch durch ihr prozessuales Verhalten hinreichend widerlegt. Es sei schlicht nicht nachvollziehbar und die Vorinstanz bleibe jede Erklärung hierfür schuldig, weshalb die Beschwerdeführerin den Aufwand, die Kosten und die prozessualen Risiken hätte auf sich nehmen sollen, um die benötigten Fotografien zu beschaffen, wenn sie bereits in deren Besitz gewesen wäre. Dass das klägerische Vorgehen berechtigt gewesen sei, zeige auch ein (der Beschwerdeschrift in Form einer Fotodokumentation beigelegter) Vergleich der damals geschossenen mit den neuen Fotografien vom 15. September 2005.

Auf der Behauptungsgrundlage – so die Beschwerdeführerin weiter –, welche der Vorinstanz bekannt gewesen sei, wäre es für sie leicht gewesen, in einem Hauptverfahren – falls ein solches überhaupt hätte stattfinden können – die Begründetheit des eingeklagten Anspruchs zu belegen. Aufgrund der bekannten Aktenlage und des beschränkten Themas des vorsorglichen Massnahmeverfahrens sei die von der Vorinstanz gezogene Schlussfolgerung, wonach die Beschwerdeführerin mutmasslich unterlegen wäre, als aktenwidrig und willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO und die darauf gestützte alleinige Belastung der Beschwerdeführerin mit Kosten- und Entschädigungsfolgen als Verletzung klaren materiellen Rechts (§§ 65 und 68 ZPO) im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO zu betrachten (KG act. 1 S. 10 f., Ziff. 10).

b) Soweit die Beschwerdeführerin sich bei dieser Rüge, die in der Stellungnahme zur Beschwerdeantwort in unzulässiger Weise ergänzend begründet wird (vgl. KG act. 14 S. 3 und 4), auf das Argument der Untauglichkeit der bereits nach der Bauabnahme gemachten Fotografien stützt und dasselbe mit der erstmals im

Kassationsverfahren eingereichten Fotodokumentation (KG act. 3) untermauert, kann von vornherein nicht auf die Beschwerde eingetreten werden, handelt es sich dabei doch – entgegen beschwerdeführerischer Ansicht (KG act. 14 S. 3) und wie der Beschwerdegegner zutreffend einwenden lässt (KG act. 11 S. 5 f., Ziff. 4-6) – um ein nicht zu hörendes neues Vorbringen und ein unzulässiges neues Beweismittel, welche auf eine Ergänzung des Prozessstoffes abzielen und somit keine Beachtung finden können (vgl. bereits vorstehende Erw. II/2/b).

c) Im übrigen ist die Rüge unbegründet. So trifft es zwar zu, dass von der Beschwerdeführerin nach Vollzug des superprovisorisch erteilten Befehls, welcher das Verfahren gegenstandslos werden liess (vgl. vorne, Erw. II/4/a), keine umfassende Replik im Sinne von § 128 ZPO (mehr) erwartet werden konnte. Solches wurde denn auch nicht verlangt; vielmehr lud die Vorinstanz der Beschwerdeführerin lediglich ein, insoweit zu den Behauptungen des Beschwerdegegners Stellung zu nehmen, als sich diese auf die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des abzuschreibenden Verfahrens auswirken (vgl. OG act. 29). Da bei der Festsetzung der Nebenfolgen gemäss Lehre und (publizierter) Rechtsprechung unter anderem berücksichtigt werden kann, welche Partei im gegenstandslos gewordenen (hier: Massnahme-)Prozess mutmasslich obsiegt hätte, und da mit der Behauptung des Beschwerdegegners, die Beschwerdeführerin habe schon früher Fotografien erstellt, weshalb der eingeklagte urheberrechtliche Anspruch bereits erfüllt und das Massnahmebegehren folglich unbegründet sei, die (materiellen) Erfolgsaussichten der Klage in Frage gestellt (bzw. verneint) werden und diesem Argument somit offenkundig Relevanz für das Kriterium des (mutmasslichen) Prozessausgangs (und damit für die Kostenaufgabe) zukommt, hätte für die Beschwerdeführerin – ohne dass sie hierbei umfassend hätte replizieren müssen – aller Anlass bestanden, im Rahmen ihrer Stellungnahme zu den Nebenfolgen auf diese gegnerische Sachdarstellung Bezug zu nehmen. Insbesondere hätte sie, um zu vermeiden, dass aufgrund der beklagten Behauptungen angenommen würde, der eingeklagte Anspruch sei bereits erfüllt worden und die Klage daher mutmasslicherweise abzuweisen, (zumindest) die behauptete Entbehrlichkeit weiterer Fotografien unter Hinweis auf die Untauglichkeit der bereits erstellten Fotografien bestreiten und in Abrede zu stellen müssen, dass ihr

Anspruch bereits früher erfüllt worden sei. (Soweit diese Behauptung nunmehr in der Beschwerdeschrift nachgeschoben wird, ist sie – wie bereits ausgeführt – zufolge des im Beschwerdeverfahren geltenden Novenverbots nicht zu hören.)

An der Notwendigkeit einer solchen Bestreitung ändert auch der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner offenbar bereits mit dem als Klagebeilage zu den Akten gereichten Schreiben vom 1. Juli 2005 mitgeteilt hat, dass für ihre Dokumentation weitere Fotografien bei Tageslicht erforderlich seien (vgl. OG act. 3/3). So unterlässt es die Beschwerdeführerin (in Missachtung der in § 288 ZPO statuierten formellen Anforderungen an die Begründung einer Beschwerde), in der Beschwerdeschrift anhand von konkreten Hinweisen auf bestimmte Aktenstellen darzulegen, dass und wo bereits vor Vorinstanz (in einer Rechtsschrift) auf dieses Schreiben verwiesen und die darin enthaltenen bzw. sich daraus ergebenden Tatsachenbehauptungen dadurch in den Prozess eingeführt und damit zum Prozessstoff gemacht worden seien. (Die entsprechende Verweisung in der Stellungnahme zur Beschwerdeantwort [KG act. 14 S. 3 unten] muss als verspätete und damit unzulässige Ergänzung der Beschwerde unberücksichtigt bleiben [s.a. KG act. 12, Disp.-Ziff. 1 Abs. 2].) Letzteres wäre zu deren Berücksichtigung im Zusammenhang mit der Prognose über den Prozessausgang aber unabdingbar gewesen, geht die Rechtsprechung doch davon aus, dass im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime (§ 54 Abs. 1 ZPO), welcher der vorliegende Prozess unterliegt, Tatsachen, die sich aus Beilagen zu Rechtsschriften ergeben, nur dann als rechtsgenügend behauptet angesehen und bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt werden dürfen, wenn in einem (schriftlichen oder mündlichen) Parteivortrag erkennbar darauf Bezug genommen wird (RB 1986 Nr. 42; ZR 95 Nr. 12a; 97 Nr. 87; Kass.-Nr. 97/302 Z vom 3.3.1998 i.S. K.c.D., Erw. II/2/b; Urteil des Bundesgerichts 4P.22/2004 vom 6.10.2004, Erw. 3; Frank/Sträuli/

Messmer, a.a.O., N 7a zu § 54 ZPO; s.a. Frank, Ergänzungsband zu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Zürich 2000, N 2 zu § 54 ZPO). Genügt es unter dem Aspekt der Verhandlungsmaxime (§ 54 Abs. 1 ZPO) aber nicht, dass (bloss) in einer Klagebeilage (nicht aber – wenigstens durch genügend konkrete Verweisung auf diese Beilage – auch in einer Rechtsschrift) behauptet wurde, dass zur Erfüllung der

urheberrechtlichen Ansprüche der Beschwerdeführerin zusätzliche, bei Tageslicht zu erstellende Fotografien der betreffenden Räumlichkeiten notwendig seien (und dem eingeklagten Begehren um abermaligen Zutritt zu den Lokalitäten aus diesem Grund zu entsprechen sei), durfte die Vorinstanz diese Behauptung ungeachtet dessen, dass sie sich aus der erwähnten Klagebeilage (OG act. 3/3) ergibt, bei ihrem Entscheid nicht berücksichtigen. Vielmehr hätte diese Behauptung, um Berücksichtigung finden zu können, von der Beschwerdeführerin (in Form einer – zumindest durch schlüssige Verweisung auf besagtes Schreiben vorzunehmen – Bestreitung der beklagten Behauptung fehlender Notwendigkeit weiterer Aufnahmen) in der Stellungnahme vom 2. November 2005 vorgetragen werden müssen, zumal allein die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin das vorliegende Verfahren angestrengt und die damit verbundenen Risiken auf sich genommen hat, entgegen beschwerdeführerischer Auffassung (KG act. 1 S. 11 oben) dieselbe nicht zu implizieren oder zu ersetzen vermochte. Mangels einer entsprechenden Bestreitung durfte die Vorinstanz (und musste sie aufgrund von § 54 Abs. 1 ZPO) für ihre Prognose hinsichtlich des mutmasslichen Prozessausgangs folglich (allein) auf die Behauptungen des Beschwerdegegners (zur Entbehrlichkeit zusätzlicher Fotografien) abstellen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 54 ZPO; insoweit zutreffend KG act. 11 S. 5, Ziff. 3).

Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz auch dadurch weder eine aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme getroffen noch klares materielles Recht (insbesondere §§ 65/68 ZPO) verletzt, dass sie aufgrund der Aktenlage und insbesondere gestützt auf die von der Beschwerdeführerin nicht rechtsgenügend bestrittenen Behauptungen des Beschwerdegegners (wonach Erstere bereits unmittelbar vor der Bauabnahme Fotografien von den Räumlichkeiten erstellt habe und der eingeklagte Anspruch nach Art. 14 URG somit bereits erfüllt sei) annahm, dass die Beschwerdeführerin (ungeachtet des zuvor superprovisorisch erteilten Befehls) im (eigentlichen) Massnahmeverfahren mutmasslich unterlegen wäre, womit (auch) das Kriterium des mutmasslichen Prozessausgangs eine Kostenaufgabe zu deren Lasten sowie – daraus folgend – eine Pflicht zur Leistung einer Prozessentschädigung an den Beschwerdegegner rechtfertige. Auch diesbezüglich ist die Beschwerde unbegründet.

5.3. Unbehelflich ist ferner der weitere Einwand, wonach die dem Nebenfolgenentscheid zugrunde gelegten Entgegnungen des Beschwerdegegners bezüglich der früheren Fotografien (OG act. 5, 11, 12 und 14) dem obergerichtlichen Einzelrichter im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom 15. September 2005 (OG act. 18) bereits bekannt gewesen seien und der Einzelrichter daher konsequenterweise auf den Erlass dieser (zweiten) Verfügung hätte verzichten müssen (KG act. 1 S. 11 f., Ziff. 11):

Einerseits legt die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang nicht rechtsgenügend dar, dass und inwiefern im damit gerügten Mangel mit Bezug auf die angefochtene Festsetzung der Nebenfolgen ein sich zu ihrem Nachteil auswirkender Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO zu erblicken sein sollte, weshalb die Beschwerde diesbezüglich den formellen Anforderungen an die Begründung einer solchen nicht genügt (§ 288 ZPO und vorne, Erw. II/2/a).

Auf der anderen Seite scheint die Beschwerdeführerin zu übersehen, dass die am 9. September 2005 verfügte superprovisorische Anordnung gemäss deren Dispositiv-Ziffer 3 bis zum Entscheid über deren Aufrechterhaltung in Kraft blieb (OG act. 4; ebenso auch OG act. 18, Disp.-Ziff. 2). Ein solcher (formeller) Entscheid über die Aufrechterhaltung der Massnahme war bis zum 15. September 2005 nicht gefällt worden. Dementsprechend war die am 9. September 2005 getroffene superprovisorische Anordnung an diesem Tag noch immer in Kraft und vollstreckbar. Insbesondere stellt auch die Verfügung vom 15. September 2005 (OG act. 18) keinen derartigen Entscheid über die Aufrechterhaltung (im Sinne von OG act. 4, Disp.-Ziff. 3) dar. Vielmehr wurde damit – wie insbesondere aus deren Dispositiv-Ziffer 4 (betreffend Fristansetzung zur Beantwortung des Massnahmebegehrens) erhellt, der Sache nach im Wesentlichen bloss der (in Dispositiv-Ziffer 2 Abs. 2 der Verfügung vom 9. September 2005 ausdrücklich vorbehalten) Vollstreckungsbefehl für die (nach wie vor in Kraft stehende und mit Bezug auf die Zutrittsberechtigung [auch] zum Technikraum präzierte) superprovisorische Anordnung vom 9. September 2005 erteilt (vgl. insbes. Disp.-Ziff. 3 von OG act. 18). Hat sich der vorinstanzliche Einzelrichter in der Verfügung vom 15. September 2005 somit gar nicht mit der (nach dem Vollzug der superprovisorischen

Anordnung gegenstandslos gewordenen) Frage der Aufrechterhaltung des einstweilen erteilten bzw. der "endgültigen" Erteilung des angebehrten (vorsorglichen) Befehls befasst, sondern vorerst nur die (von der Beschwerdeführerin verlangte; vgl. OG act. 16, insbes. S. 2, Antrag 3) zwangsweise Vollstreckung der in Kraft stehenden, ohne Anhörung des Beschwerdegegners erlassenen superprovisorischen Anordnung befohlen, ist nicht ersichtlich, weshalb er nach Kenntnisnahme der beklagischen Vorbringen, welche erst im Rahmen der (später hinfällig gewordenen) Beurteilung des Massnahmebegehrens als solchem zu berücksichtigen waren, auf den Erlass dieser Verfügung hätte verzichten müssen.

Diesbezüglich ist ein Nichtigkeitsgrund weder dargetan noch ersichtlich.

5.4.a) Sodann macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO und damit eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 55 ZPO und N 36 zu § 281 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67) geltend. Diese Rüge begründet sie damit, dass die Vorinstanz – wenn sie in der angefochtenen Verfügung schon davon ausgehen wollen, dass der eingeklagte Anspruch als erfüllt zu gelten habe – ihr zumindest Gelegenheit hätte geben müssen, den scheinbaren Widerspruch zu ihrem Vorgehen zu erklären bzw. zu widerlegen (KG act. 1 S. 12, Ziff. 11 a.E.).

b) Dazu ist zunächst festzuhalten, dass in der Beschwerde nicht schlüssig dargelegt wird, zu welchem "scheinbaren Widerspruch zu ihrem Vorgehen" die Beschwerdeführerin hätte richterlich befragt werden sollen. Deshalb vermag die Beschwerde in diesem Punkt den formellen Anforderungen an die Begründung einer solchen nicht zu genügen (vgl. § 288 ZPO und vorne, Erw. II/2/a), weshalb insoweit nicht auf sie eingetreten werden kann.

c) Im Übrigen ist eine Verletzung der Fragepflicht auch nicht ersichtlich. So ist gemäss § 55 ZPO einer Partei, deren *Vorbringen* unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt, Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung. Wie aus der Formulierung dieser Vorschrift ("*bleibt* das Vorbringen ...") erhellt, entbindet die Fragepflicht die Parteien nicht

von ihrer prozessualen Obliegenheit, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen (§ 54 Abs. 1 ZPO) und die betreffenden Behauptungen in ihren Parteivorträgen bestimmt (d.h. genügend substantiiert) und vollständig aufzustellen oder zu bestreiten (§ 113 ZPO). Auch wenn die richterliche Fragepflicht primär der Sammlung des Prozessstoffes in tatsächlicher Hinsicht dient (Lieber, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung, in: Lieber/Rehberg/Walder/Wegmann [Hrsg.], Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 163 f.; einlässlich zur Funktion der richterlichen Fragepflicht Sarbach, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2003, S. 55 ff., 142 f.), erfüllt sie mithin insbesondere nicht den Zweck, der betreffenden Partei zu ermöglichen, zwar entscheidungswesentliche, aber – aus welchen Gründen auch immer – in den Parteivorträgen nicht aufgestellte Behauptungen oder darin nicht erfolgte Bestreitungen nachträglich noch in den Prozess einzuführen. Vielmehr greift die Fragepflicht nur hinsichtlich des bereits Vorgebrachten, sofern dasselbe unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt. Sie setzt mit anderen Worten voraus, dass zumindest der – prozessual rechtzeitig eingebrachte – Ansatz zu einer auf den Prozess gerichteten (Tatsachen-)Behauptung oder Erklärung vorliegt, d.h. dass ein bestimmter Sachverhalt von einer Partei zumindest andeutungsweise bzw. in rudimentärer Form behauptet oder bestritten wird und lediglich in gewissen Richtungen erkennbarerweise der Vervollständigung bedarf (Lieber, a.a.O., S. 165 f., 167 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 und 3 zu § 55 ZPO; RB 1980 Nr. 13; eingehend ferner Sarbach, a.a.O., S. 145 ff. [und 189]). Insofern stellt sie eine im Interesse der Wahrheitsfindung notwendige Ergänzung der Verhandlungsmaxime dar, die insbesondere dann greift, wenn das von den Parteien vortragene Tatsachenfundament (unbeabsichtigt und ungewollt) den Anforderungen an eine gehörige Substantiierung nicht genügt (Lieber, a.a.O., S. 173; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 113 ZPO; ausführlich dazu Sarbach, a.a.O., S. 187 ff.). Sie geht jedoch keineswegs so weit, dass das Gericht die Parteien auf den für die Entscheidungsfindung wesentlichen Sachverhalt hinzuweisen hätte

(s.a. Frank/Sträuli/

Messmer, a.a.O., N 2 zu § 55 ZPO; zum Ganzen auch ZR 104 Nr. 9, Erw. II/2.2/c).

In casu ist nicht erkennbar (und in der Beschwerde auch nicht dargetan), welche Vorbringen der Beschwerdeführerin unklar, unvollständig oder unbestimmt im – eben dargelegten – Sinne von § 55 ZPO geblieben sind, so dass sie durch richterliche Befragung hätten klargestellt werden müssen. Insbesondere schafft allein der Umstand, dass die Beschwerdeführerin trotz der beklaglichen Auffassung, wonach sie mangels Erforderlichkeit weiterer Fotografien keinen Anspruch auf abermaligen Zutritt zu den Lokalitäten habe, die Anordnung einer dahin gehenden superprovisorischen Massnahme anbegehrt und nach Erlass derselben deren Vollstreckung verlangt hat, keine derartige Unklarheit. Vielmehr ist (mit der Vorinstanz) davon auszugehen, dass es die Beschwerdeführerin, obwohl ihr mit Verfügung vom 21. Oktober 2005 eigens Gelegenheit hiefür geboten worden war (OG act. 29), unterlassen hat, die Vorbringen des Beschwerdegegners betreffend Entbehrlichkeit zusätzlicher Fotografien rechtsgenügend zu bestreiten. In diesem Zusammenhang wurde somit gar keine (auch nur ansatzweise) Behauptung oder Bestreitung vorgetragen, deren (unklare, unvollständige oder unbestimmte) Tragweite zu klären gewesen wäre. Eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht ist mithin nicht nachgewiesen.

5.5.a) Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in willkürlicher Weise völlig vernachlässigt, dass sie vom Beschwerdegegner zur Klage provoziert worden sei. Sie habe bereits in ihren Eingaben vom 8. September 2005 (OG act. 2) und 2. November 2005 (OG act. 30) eingehend dargetan, dass sie sich zunächst vergeblich um den Zutritt zum Ladenlokal bemüht und dass der Beschwerdegegner ihr diesen ohne nachvollziehbare Gründe verweigert habe. Aufgrund der durch die laufenden Umbauarbeiten geschaffenen akuten Gefahr, sich die Urheberrechte an ihrem Werk nicht mehr sichern zu können, habe für sie gar keine andere Möglichkeit als der Gang zum Richter bestanden. Jedenfalls habe ihre Befürchtung der Verletzung ihrer Urheberrechte, welche sich im Nachhinein als berechtigt herausgestellt habe, für die Klageeinleitung ausgereicht. Die Vorin-

stanz habe der Beschwerdeführerin damit zu Unrecht den Vorwurf gemacht, die Anhängigmachung der Klage sei unnötig gewesen (KG act. 1 S. 12 f., Ziff. 12).

Sei die Beschwerdeführerin vom Beschwerdegegner aber zur Klage provoziert worden, werde Letzterer bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens kosten- und entschädigungspflichtig. Zu demselben Resultat hätte die Vorinstanz nach beschwerdeführerischer Meinung selbst dann gelangen müssen, wenn sie die Beschwerdeführerin als mutmasslich unterliegende Partei habe betrachten wollen. Nach der Rechtsprechung könne die unterliegende Partei nämlich vollständig von der Kostentragungs- und Entschädigungspflicht befreit werden, wenn sie sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gesehen habe. In casu überwiege das vorprozessuale Verhalten des Beschwerdegegners (d.h. die Zutrittsverweigerung) das – wenn überhaupt – nur beschränkt taugliche Kriterium des mutmasslichen Unterliegens bei Weitem. Deshalb habe die Vorinstanz in willkürlicher und aktenwidriger Weise sowie in Verletzung klaren materiellen Rechts (§§ 64 Abs. 2 [recte: Abs. 3], 65 und 68 ZPO) entschieden, wenn sie allein die Beschwerdeführerin mit Kosten belastet und zur Leistung einer Entschädigung an die Gegenpartei verpflichtet habe (KG act. 1 S. 13, Ziff. 12).

b) Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang eine Verletzung von § 64 Abs. 2 (recte: 3) ZPO geltend macht, ist in Erinnerung zu rufen, dass im vorliegenden Fall (d.h. bei Gegenstandslosigkeit des Prozesses) nicht primär diese allgemeine Vorschrift (welche im Übrigen als blosse Kann-Vorschrift ausgestaltet ist und als solche ohnehin kaum klares Recht begründet; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 52 zu § 281 ZPO), sondern die ihr vorgehende spezielle Bestimmung von § 65 ZPO zur Anwendung gelangt (vgl. vorne, Erw. II/4/a). Insofern geht die Rüge, die vorinstanzliche Kostenverteilung verstosse (klarerweise) gegen die (durch die *lex specialis* von § 65 ZPO in den Hintergrund gedrängte) Bestimmung von § 64 Abs. 3 ZPO, an der Sache vorbei. Jedenfalls erscheint es durchaus vertretbar und verstösst es somit nicht gegen klares materielles Recht, wenn sich die Vorinstanz bei der Festsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht an § 64 Abs. 3 ZPO gehalten hat.

c) Bezüglich der Aktenwidrigkeits- und Willkürzüge fehlen in der Beschwerdeschrift sodann konkrete Hinweise auf bestimmte Aktenstellen, zu denen die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen "im Sinne eines blanken Irrtums" in Widerspruch stehen oder im Lichte welcher der richtig wiedergegebene Akteninhalt im Zusammenhang mit der Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse in unvertretbarer, d.h. für einen unbefangenen Denkenden unhaltbarer Weise gewürdigt wurde (vgl. ZR 81 Nr. 88, Erw. 6; von Rechenberg, a.a.O., S. 28; RB 2002 Nr. 11). Deshalb kann – soweit diese Rügen der Sache nach nicht ohnehin im Vorwurf der Verletzung klaren materiellen Rechts aufgehen – diesbezüglich nicht auf die (nicht gehörig substantiierte) Beschwerde eingetreten werden (§ 288 ZPO und vorne, Erw. II/2/a und II/5.1/c).

d) Was im Weiteren die Kritik gegen die vorinstanzliche Auffassung betrifft, die Anhängigmachung des Verfahrens sei (mutmasslicherweise) überflüssig gewesen, kann auf das bereits (unter Erw. II/5.2/c) Ausgeführte verwiesen werden: Ausgehend von den unbestritten gebliebenen Behauptungen des Beschwerdegegners, es seien bereits früher Fotografien erstellt und der eingeklagte Anspruch der Beschwerdeführerin daher bereits erfüllt worden, durfte die Vorinstanz im Lichte der Aktenlage ohne Willkür bzw. ohne Verletzung klaren materiellen Rechts davon ausgehen, dass der (eigentliche) Massnahmeentscheid mutmasslicherweise in abweisendem Sinne ausgefallen, die Beschwerdeführerin demnach wohl unterlegen wäre und die Anhängigmachung des Verfahrens (wegen bereits früher erfolgter Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs) insoweit wohl überflüssig gewesen sei.

e) Ebenso wenig sticht das Argument der Provokation der Klage durch den Beschwerdegegner. Aufgrund der Aktenlage, wie sie vor Vorinstanz bestand, lässt sich nämlich gar nicht schlüssig beurteilen, ob die Beschwerdeführerin (aus objektiver Sicht) tatsächlich in einer Weise zur Klage provoziert worden sei, welche im Rahmen der Anwendung von § 65 ZPO (klarerweise) verlangen würde, die Kosten des gegenstandslos gewordenen Verfahrens dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 65 ZPO), oder ob sich dieser nicht vielmehr zu Recht gegen das klägerische Ansinnen zur Wehr gesetzt

habe. Sollte Letzteres der Fall sein, d.h. der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin mit Recht den Zutritt zum Ladenlokal verweigert haben – welche Ansicht im Lichte der aktenkundigen Vorbringen der Parteien vor Vorinstanz (insbesondere der unbestritten gebliebenen beklaglichen Behauptung, der eingeklagte Anspruch sei schon früher erfüllt worden sei) als durchaus vertretbar erscheint (vgl. vorne, Erw. II/5.2/c) –, könnte von vornherein nicht von einer die Kostenaufgabe rechtfertigenden Provokation die Rede sein. Jedenfalls stellt es keine Verletzung klaren materiellen Rechts (bzw. keinen Missbrauch und keine Überschreitung des der Vorinstanz durch §§ 64 ff. ZPO eingeräumten Ermessens) dar, wenn die Vorinstanz bei ihrer Ermessensausübung im Sinne von § 65 ZPO den (nicht schlüssigen) Aspekt der Provokation ausser Acht gelassen und für die Kostenverteilung allein auf die Kriterien des mutmasslichen Unterliegens und der Veranlassung des Verfahrens abgestellt hat.

5.6. Hält die vorinstanzliche Verlegung der Verfahrenskosten (nach § 65 ZPO) einer kassationsgerichtlichen Überprüfung somit stand, ist auch die der allgemeinen Regel von § 68 Abs. 1 ZPO entsprechende Festsetzung der Entschädigungsfolgen, welche sich ihrerseits nach der Kostenaufgabe richten, nicht zu bemängeln. Dies umso weniger, als sich die gegen die Entschädigungspflicht erhobenen Rügen allesamt auf die Kritik stützen, die gegen die Kostenverteilung vorgebracht wurde, und ihnen somit das Fundament entzogen ist, nachdem der Kritik an der Kostenverteilung (aus den vorstehenden dargelegten Gründen) kein Erfolg beschieden war.

6. Nachdem in den weiteren Ausführungen in der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 3-8, Ziff. 4-8) keine konkreten Rügen im Sinne von § 281 ZPO erhoben werden, bleibt zusammenfassend festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nicht nachzuweisen vermag, dass die Festsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen in der angefochtenen Verfügung vom 22. Juni 2006 an einem Nichtigkeitsgrund leidet. Insbesondere lässt sich der Vorinstanz nicht vorwerfen, mit der für das gegenstandslos gewordene Massnahmeverfahren getroffenen Nebenfolgenregelung den einschlägigen Gesetzesbestimmungen (insbes. §§ 65 und 68 ZPO) eine Bedeutung beigemessen zu haben, welche "offensichtlich jenseits

dessen liegt, was vom Gesetz gewollt sein kann" (Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 137), womit eine Verletzung klaren materiellen Rechts (im unter Erw. II/3 erörterten Sinne) zu verneinen ist. Das gilt umso mehr, als Bestimmungen der vorliegenden Art, die den Richter auf sein Ermessen verweisen, ohnehin kaum klares Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO darstellen und es nicht Aufgabe der Kassationsinstanz sein kann, ihr Ermessen (hier: hinsichtlich der Kostenaufgabe nach § 65 ZPO) an die Stelle desjenigen des erkennenden Richters zu setzen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 52 zu § 281 ZPO). Daher ist die Beschwerde abzuweisen, soweit unter dem Aspekt von § 288 ZPO auf sie eingetreten werden kann.

### III.

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Kassationsverfahrens in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) der mit ihrem Antrag (auf teilweise Aufhebung der angefochtenen Verfügung) unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Da der anwaltlich vertretene Beschwerdegegner eine Beschwerdeantwort (sowie eine Stellungnahme zur beschwerdeführerischen Eingabe vom 31. August 2006) einreichen liess (KG act. 11 und 17) und ihm im Kassationsverfahren damit Kosten und Umtriebe erwachsen sind, ist die Beschwerdeführerin überdies zu verpflichten, dem Beschwerdegegner eine Prozessentschädigung auszurichten (§ 68 Abs. 1 ZPO), deren Höhe im Rahmen der §§ 2 ff. AnwGebV nach Ermessen festzusetzen ist (§ 69 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 69 ZPO und N 13 zu § 68 ZPO).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 623.-- Schreibgebühren,  
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 550.-- zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und den Einzelrichter im summarischen Verfahren der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: