

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE220077-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner sowie
Gerichtsschreiber Dr. Andreas Baeckert

Verfügung und Urteil vom 10. November 2022

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec. publ. X1._____,
vertreten durch Rechtsanwältin MLaw, LL.M. X2._____,

gegen

B._____ AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

"(1) Es sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 pro Tag gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO und mindestens

CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, sowie der Bestrafung der verantwortlichen Organe gemäss Artikel 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme mit sofortiger Wirkung zu verpflichten, den Online-Beitrag "...: Wieso europäische Firmen auf eine ...-konforme ... setzen sollten" unverzüglich in allen vier angeführten Sprachen (Deutsch, Englisch, Französisch und Italienisch) von ihrer Webseite www.B.____.com zu löschen.

(2) Es sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 pro Tag gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO und mindestens CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, sowie der Bestrafung der verantwortlichen Organe gemäss Artikel 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme mit sofortiger Wirkung zu verpflichten, die erneute Publikation des Beitrags "...: Wieso europäische Firmen auf eine ...-konforme ... setzen sollten" in deutscher oder einer anderen Sprache auf ihrer Webseite www.B.____.com oder anderswo zu unterlassen.

(3) Es sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 pro Tag gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO und mindestens CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, sowie der Bestrafung der verantwortlichen Organe gemäss Artikel 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme mit sofortiger Wirkung zu verpflichten, inskünftig in mündlicher, schriftlicher oder elektronischer Kommunikation folgende Aussagen

- *"Viele europäische Unternehmen, die für den Austausch sensibler Informationen im Vorstand und Aufsichtsrat auf die Lösung des Münchner Softwarehauses setzen, gerieten in eine heikle Situation."*
- *"Die Übernahme gewährte den US-Behörden potentiellen Zugang zu Daten."*
- *"Der deutsche Anbieter A.____ fusionierte mit dem US-Softwareanbieter D.____, wodurch das Unternehmen seine Souveränität im Datenschutzrecht verlor."*
- *"Der Verkauf schuf eine heikle Situation in Europa und immer mehr Unternehmen sahen die Notwendigkeit, sich für ...-konforme ...-Anbieter zu entscheiden."*
- *"Nach der Fusion waren die A.____-Kunden gezwungen, sich mit der neuen Besitzer-Struktur und den Auswirkungen eines amerikanischen Eigentümers auseinanderzusetzen."*
- *"Obwohl A.____ darauf hinweist, dass die Server in Deutschland und der Schweiz stehen, ist dies keine Garantie dafür, dass die Firma ihren Kunden eine ...-konforme ... anbietet."*
- *"Die Muttergesellschaft D.____ versicherte, dass sie den US ... einhalten wird, wodurch US-Behörden Zugang zu sensiblen Daten gewährt wird - ohne die Dateneigentümer zu benachrichtigen. So kann in Härtefällen das ...-Gesetz zur Anwendung kommen, um Zugang zu Daten auf ausländischen Servern zu erhalten. Dies gilt für alle Daten im Eigentum von D.____ und aller Tochtergesellschaften."*
- *"Immer mehr Firmen verlagern deshalb ihren Serverstandort in die Schweiz. Zudem sind hier ansässige Firmen nicht vom US ... betroffen."*

sowie vergleichbare Aussagen in deutscher oder einer anderen Sprache zu unterlassen.

- (4) Es sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 pro Tag gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO und mindestens CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, sowie der Bestrafung der verantwortlichen Organe gemäss Artikel 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu verpflichten, der Gesuchstellerin innerhalb von zwei Arbeitstagen ab Eröffnung des Massnahmenentscheids in elektronischer Form eine Erklärung abzugeben, ob und, falls dies der Fall ist, gegenüber wem (inkl. Nennung von Namen und Kontaktadressen) die Gesuchsgegnerin die im Rechtsbegehren Nr. 3 aufgelisteten Aussagen in anderer Weise als über den Online-Beitrag "...: Wieso europäische Firmen auf eine ...-konforme ... setzen sollten" in deutscher oder einer anderen Sprache mündlich oder schriftlich ganz oder auszugsweise kommuniziert hat.
- (5) Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 15. August 2022 (Datum Poststempel), eingegangen am 16. August 2022, ersuchte die Gesuchstellerin um Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit den oben wiedergegebenen Rechtsbegehren (act. 1). Mit Verfügung vom 16. August 2022 wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Massnahmebegehren und der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt (act. 4). Der Vorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 6). In einer (Noven-)Eingabe vom 25. August 2022 teilte die Gesuchstellerin mit, gleichentags Kenntnis davon erhalten zu haben, dass der von ihr beanstandete und ein weiterer Online-Beitrag nicht mehr auf der Website der Gesuchsgegnerin abrufbar seien. Da die Wiederholungsgefahr jedoch fortdaure, halte sie am Massnahmebegehren fest (act. 7). Diese Eingabe wurde der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 26. August 2022 zur Stellungnahme innert der ihr bereits laufenden Frist zugestellt (act. 9). Die Gesuchsgegnerin erstattete ihre Stellungnahmen innert erstreckter Frist am 27. September 2022 (act. 15). In ihrem Rechtsbegehren verlangt sie, das Massnahmebegehren unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin abzuweisen (act. 15 S. 2). Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin wurde der Gesuchstellerin zur Ausübung ihres aus dem Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs fliessenden Rep-

likrechts zugestellt, worauf sie sich in einer Eingabe vom 10. Oktober 2022 äusserte (act. 19). Diese Eingabe wiederum wurde der Gesuchsgegnerin zur Kenntnis zugestellt, die sich mit Eingabe vom 24. Oktober 2022 äusserte (act. 22). Die Stellungnahme wurde der Gesuchstellerin weitergeleitet (Prot. S. 5; act. 24); es gingen keine weiteren Stellungnahmen ein. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Zuständigkeit

Die örtliche und die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich für die Beurteilung des Massnahmebegehrens ist gegeben (Art. 13 lit. a ZPO i.V.m. Art. 36 ZPO; Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG; Art. 5 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG) und blieb auch unbestritten (act. 1 Rz. 4 ff.; act. 15 Rz. 3).

3. Ausgangslage

3.1. Beide Parteien bieten ihren Kunden u.a. Dienstleistungen im digitalen Bereich in Form von ...-Lösungen zur Datenspeicherung bzw. zum Datenaustausch an.

3.2. Auf der Website www.B.____.com wurde ein Beitrag mit dem Titel "...: Wieso europäische Firmen auf eine ...-konforme ... setzen sollten" (fortan auch Online-Beitrag) mit unten wiedergegebenem Inhalt publiziert, was von der Gesuchstellerin gemäss deren Angaben am 22. Juli 2022 bemerkt worden war. Mit Schreiben vom 2. August 2022, versandt per Email und per Einschreiben, mahnte sie die Gesuchsgegnerin ab und forderte diese auf, den Beitrag zu löschen. In der Folge leitete die Gesuchstellerin wie gesagt vorliegendes Verfahren ein.

3.3. Bei der von der Gesuchstellerin beanstandeten Publikation handelt es sich um die folgende (vgl. act. 3/3):

... [drei Fotos]

4. Zu berücksichtigender Prozessstoff

4.1. Bereits in der Verfügung vom 16. August 2022 (act. 4) wurde darauf hingewiesen, dass das Gesetz für das summarische Verfahren keinen doppelten Schriftenwechsel vorsieht (Art. 253 ZPO). Ein zweiter Schriftenwechsel wurde in diesem Verfahren nicht angeordnet. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs wurden der Gesuchstellerin die Gesuchsantwort und der Gesuchsgegnerin die alsdann eingegangene Stellungnahme zugestellt. Bei diesen Gegebenheiten hatte die Gesuchstellerin das gesamte Klagefundament (substantiierte Parteibehauptungen und Bezeichnung der Beweismittel) mit ihrem Gesuch vorzutragen. Mit anderen Worten war nach Eingang der Gesuchsantwort der Schriftenwechsel grundsätzlich abgeschlossen. Das blosses Bestreiten des gegnerischen Parteivortrages durch die Gesuchsgegnerin muss von einer Gesuchstellerin grundsätzlich vorausgesetzt werden. Soweit die Gesuchstellerin daher mit neuen Behauptungen und neu vorgelegten Unterlagen nicht auf von der Gesuchsgegnerin vorgetragene Noven reagiert, sondern vielmehr ihr Klagefundament als Reaktion auf deren Bestreitung ergänzt, ist dies prozessual unzulässig. Noven sind nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig (BGE 146 III 237 E. 3). Ausserhalb dieser Grenzen haben neue Behauptungen und Beweismittel unbeachtet zu bleiben. Dies ist im Folgenden zu beachten, soweit solche Vorbringen für die Entscheidungsfindung überhaupt erheblich sein könnten.

4.2. Vorauszuschicken ist bereits an dieser Stelle, dass die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme zur Gesuchsantwort vom 10. Oktober 2022 nicht offen legt, seit wann sie tatsächlich über neue Erkenntnisse betreffend einen weiteren Online-Beitrag der Gesuchsgegnerin verfügt und warum es ihr nicht möglich war, diese vorher in den Prozess einzubringen bzw. vorher auf diese zu stossen. Sie begnügt sich mit der Bemerkung, "vor kurzem" von einem weiteren Online-Beitrag der Gesuchsgegnerin "Kenntnis erhalten" zu haben, durch den sie in ein schlechtes Licht gerückt werde. Diese Angaben bieten indessen keine genügenden Anhaltspunkte dafür, dass dieses Vorbringen bzw. Beweismittel tatsächlich ohne Verzug in den Prozess eingebracht wurde und die Voraussetzung für deren Berücksichtigung im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO gegeben wäre. Entsprechende

Ausführungen und Belege der Gesuchstellerin haben daher auch aus diesem Grund unberücksichtigt zu bleiben.

5. Gegenstandslosigkeit

5.1. Vorbemerkung

5.1.1. Im Massnahmegesuch wurde im Wesentlichen geltend gemacht, der Beitrag auf besagter Website enthalte zahlreiche unlautere, irreführende, pauschale und undifferenzierte, z.T. unrichtige sowie die Rechte der Gesuchstellerin verletzende Aussagen, welche direkt auf diese und deren Datenraum-Lösungen Bezug nehmen würden und allein der Herabsetzung der Gesuchstellerin als einer gewichtigen Mitbewerberin der Gesuchsgegnerin dienen würden. Dies stelle einen Verstoss gegen Art. 3 lit. a UWG dar (act. 1 Rz. 24 ff., Rz. 40 ff.). Die Gesuchsgegnerin äusserte sich unter Hinweis auf die inzwischen erfolgte Löschung des Online-Beitrages nicht näher zu diesen Ausführungen der Gesuchstellerin (act. 15 Rz. 60).

5.1.2. Ein Prozess wird gegenstandslos, wenn der Streitgegenstand während des Prozesses untergegangen oder das rechtliche Interesse aus anderen Gründen während des Verfahrens dahingefallen ist (Art. 219 in Verbindung mit Art. 242 ZPO).

5.2. Löschung des Online-Beitrags "...: Wieso europäische Firmen auf eine ...-konforme ... setzen sollten" von der Website www.B._____.com

5.2.1. Beide Parteien teilen übereinstimmend mit, dass der von der Gesuchstellerin beanstandete Beitrag "...: Wieso europäische Firmen auf eine ...-konforme ... setzen sollten" von der Website www.B._____.com entfernt wurde (act. 7 Rz. 2; act. 15 Rz. 8, Rz. 16, Rz. 22, Rz. 27). Das gleiche gilt für einen weiteren Online-Beitrag auf der gleichen Website mit dem Titel "... warnt: Die Compliance-Risiken des Datentransfers in die USA steigen stark an", der im Massnahmegesuch ebenfalls erwähnt worden war. Gemäss der Gesuchsgegnerin erfolgten diese Löschungen am 25. August 2022 (act. 7 Rz. 3; act. 15 Rz. 16, Rz. 19).

5.2.2. Mit der unstreitig erfolgten Löschung des Beitrages "...: Wieso europäische Firmen auf eine ...-konforme ... setzen sollten" von der Website www.B._____.com wurde das von der Gesuchstellerin mit Ziffer 1 ihres Rechtsbegehrens verfolgte Anliegen bereits umgesetzt. Die Verletzungssituation und damit auch das Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerin an der Behandlung dieses Rechtsbegehrens sind entfallen, weshalb das Verfahren diesbezüglich als gegenstandslos abzuschreiben ist.

5.2.3. In Ziffer 2 und 3 der Rechtsbegehren der Gesuchstellerin wird die Unterlassung einer erneuten Publikation und ein Verbot, inskünftig gewisse Aussagen zu machen, gefordert. Diese Rechtsbegehren werden folglich durch die Löschung des Online-Beitrags noch nicht gegenstandslos.

5.3. Verpflichtungserklärung der Gesuchsgegnerin

5.3.1. Die Gesuchsgegnerin erklärt in ihrer Stellungnahme sodann, sich zu verpflichten, inskünftig Publikationen und/oder eine sonstige Weiterverbreitung des Online-Beitrags auf der Website oder anderswo zu unterlassen. Ebenfalls verpflichtete sie sich, die Aussagen gemäss Ziffer 3 der Rechtsbegehren sowie vergleichbare Aussagen in mündlicher, schriftlicher oder elektronischer Kommunikation in deutscher oder einer anderen Sprache zu unterlassen. Ausgenommen davon sei die Aussage "Immer mehr Firmen verlagern deshalb ihren Serverstandort in die Schweiz. Zudem sind hier ansässige Firmen nicht vom US ... betroffen" (act. 15 Rz. 10, Rz. 28). Damit bestehe keine ernsthafte Befürchtung einer drohenden Verletzung der Rechte der Gesuchsgegnerin, keine Wiederholungsgefahr und auch kein Unterlassungsinteresse mehr (act. 15 Rz. 28).

5.3.2. Von dieser Erklärung der Gesuchsgegnerin ist Vormerk zu nehmen. Zumal sie im Zusammenhang damit zu sehen ist, dass der beanstandete Beitrag wenige Tage nach Zustellung der verfahrenseinleitenden Verfügung vom Netz genommen wurde und eine praktisch vollständige Anerkennung der Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren erfolgte, ist sie auch unter den sonst gegebenen Umständen als unmissverständliche Abstands- bzw. Unterlassungserklärung zu verstehen. Ferner stellt eine solche Erklärung nicht bloss eine faktische Erfüllung des

Unterlassungsbegehrens dar, sondern umfasst eine rechtlich gültige Verpflichtung, das beanstandete Verhalten inskünftig zu unterlassen (vgl. sic! 2015 S. 647). Damit ist eine Wiederholungsgefahr als gebannt und das Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerin an der Beurteilung der Ziffern 2 und 3 (1. bis 7. Spiegelstrich) ihrer Rechtsbegehren als entfallen zu betrachten. Auf die von der Gesuchsgegnerin gemachte Ausnahme wird gleich zurückzukommen sein.

6. Noch erforderliche materielle Beurteilung

6.1. Von der Gesuchsgegnerin vorbehaltene Äusserungen

6.1.1. Wie erwähnt nimmt die Gesuchsgegnerin die bereits im Online-Beitrag gemachte Aussage "Immer mehr Firmen verlagern deshalb ihren Serverstandort in die Schweiz. Zudem sind hier ansässige Firmen nicht vom US ... betroffen" aus ihrer Unterlassungserklärung aus. Ferner erklärt sie, sich vorzubehalten, weiterhin in allgemeiner Form, ohne Bezugnahme auf die Gesuchstellerin über den U.S. ... und dessen Auswirkungen zu berichten (act. 15 Rz. 10). Insofern ist das Rechtsbegehren Ziffer 3 nicht als komplett gegenstandslos geworden zu betrachten.

6.1.2. Diese eine von der Gesuchsgegnerin aus ihrer Abstandserklärung ausgenommene Äusserung "Immer mehr Firmen verlagern deshalb ihren Serverstandort in die Schweiz. Zudem sind hier ansässige Firmen nicht vom US ... betroffen" stellt für sich alleine betrachtet aufgrund ihres allgemeinen Charakters keine unlautere Äusserung dar. Da einer künftigen Verbreitung dieser Aussage angesichts der Unterlassungserklärung der Gesuchsgegnerin die Bezugnahme auf die Gesuchstellerin fehlen wird, wird eine Verletzung von Rechten bzw. eine Herabsetzung der Gesuchstellerin ausbleiben. Soweit daher überhaupt noch von einem bestehenden Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerin auszugehen wäre, wäre ihr Gesuch abzuweisen.

6.1.3. Was schliesslich den Vorbehalt der Gesuchstellerin, künftige in allgemeiner Form ohne Bezugnahme auf die Gesuchstellerin über den U.S. ... und dessen Auswirkungen zu berichten, anbelangt, ist zu sagen, dass derart allgemeine Aussagen ohnehin nicht Gegenstand des Gesuchs der Gesuchstellerin und damit des

vorliegenden Verfahrens sind. Es erübrigt sich daher, weiter darauf einzugehen, geschweige denn etwas vorzukehren.

6.2. Auskunftsbegehren

6.2.1. In ihrem Rechtsbegehren Ziffer 4 verlangt die Gesuchstellerin, dass die Gesuchsgegnerin ihr darüber Auskunft gibt, ob sie die in Rechtsbegehren Ziffer 3 aufgelisteten Aussagen in anderer Weise als über den Online-Beitrag kommuniziert hat, und gegenüber wem dies der Fall war. Dies sei zur endgültigen Beseitigung der Störung erforderlich. Allfälligen Empfängern müsse so schnell wie möglich eine Berichtigung zugestellt werden. Dies sei nur möglich, wenn bekannt sei, welche Adressaten von unlauteren Äusserungen Kenntnis erhalten hätten. Andere Massnahmen wie ein Versand der Berichtigung an einen willkürlichen Empfängerkreis oder an alle bestehenden oder potentiellen Kunden der Gesuchstellerin wären nicht geeignet, sondern würden im Gegenteil noch mehr Schaden anrichten (act. 1 Rz. 53). Sie macht geltend, der Anspruch auf Bekanntgabe des Adressatenkreises gemäss ihrem Rechtsbegehren Ziffer 4 ergebe sich im Übrigen aus Art. 9 Abs. 2 UWG, wonach zur Beseitigung der Marktverwirrung die Berichtigung veröffentlicht werden könne. Die Berichtigung sei all denjenigen Personen zur Kenntnis zu bringen, die vom vorgehenden unlauteren Verhalten erfahren hätten (act. 1 Rz. 54).

6.2.2. Die Gesuchsgegnerin wendet ein, es bestehe kein materieller Auskunftsanspruch der Gesuchstellerin bezüglich der Empfänger der im Gesuch aufgelisteten Aussagen. Art. 9 Abs. 2 UWG biete keine solche Grundlage. Vielmehr gewähre das UWG anders als immaterialgüterrechtliche Spezialbestimmungen keine selbständigen Auskunftsansprüche, durch welche potentielle Verletzer verpflichtet werden könnten, der klagenden Partei Auskunft über bzw. Zugang zu beweispflichtigen Tatsachen zu verschaffen. Eine entsprechende Verpflichtung bestehe daher nicht (act. 15 Rz. 11, Rz. 36).

6.2.3. Zu dieser strittigen Rechtsfrage ist vorzuschicken, dass das UWG keine primären Auskunftsansprüche, die selbstständig geltend gemacht werden können, kennt. Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Verletzte zwar sekundäre,

von einem Hauptanspruch abhängende Auskunftsansprüche geltend machen. Solche setzen einen unterstützungsfähigen Hauptanspruch voraus, wie einen Anspruch auf Gewinnherausgabe, aus Bereicherungsrecht oder auch auf Schadenersatz. Inhaltlich umfasst der sekundäre lauterkeitsrechtliche Auskunftsanspruch grundsätzlich nur Informationen finanzieller Art über die Tragweite eines geltend gemachten reparatorischen Anspruchs. Dagegen bestehen Auskunftsansprüche zur Unterstützung von negatorischen Ansprüchen grundsätzlich nicht (CHRISTIAN REBELL, Lauterkeitsrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern, SSHW 2015, S. 313 f., S. 315 m.H.). Weder aus Literatur noch aus Rechtsprechung ist ein Beispiel ersichtlich, aus welchem sich ergeben würde, dass Informationen nicht finanzieller Art, insbesondere Auskünfte über Dritte im Sinne von Art. 9 Abs. 3 UWG Gegenstand eines Auskunftsanspruchs sein könnten (CHRISTIAN REBELL, a.a.O., S. 315, FN 1660 m.H.). Der Anspruch auf Berichtigung gemäss Art. 9 Abs. 3 UWG wird allgemein als Unterkategorie des Beseitigungsanspruchs verstanden und hat daher negatorischen Charakter (BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, 2013, Art. 9 N 59). Insofern ist eine Grundlage für das Auskunftsbegehren der Gesuchstellerin nicht ersichtlich. Es ist daher abzuweisen.

7. Fazit

7.1. Das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin ist durch die Löschung der Publikation und die Unterlassungserklärung der Gesuchsgegnerin grösstenteils gegenstandslos geworden. Im Übrigen ist es abzuweisen.

7.2. Bei diesem Ergebnis braucht auf weitere Ausführungen der Parteien, insbesondere auf die von der Gesuchsgegnerin aufgeworfene Frage der Passivlegitimation nicht eingegangen zu werden.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Verteilung der Prozesskosten

8.1.1. Die unterliegende Partei wird kosten- und entschädigungspflichtig bzw. werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt, wenn keine Partei vollständig obsiegt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Wird das Verfahren als

gegenstandslos abgeschrieben und sieht das Gesetz nichts anderes vor, kann das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei ist je nach Einzelfall zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben und welche Partei unnötigerweise Kosten verursacht hat (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, 3. Auflage, 2017, N 8 zu Art. 107 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 5D_126/2012 vom 26. Oktober 2012 E. 2.1 und E. 3.2).

8.1.2. Soweit das vorliegende Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit zu erledigen ist, ist zu sagen, dass es die Gesuchsgegnerin war, die Anlass zum Gesuch der Gesuchstellerin gab. Sie tat dies, indem sie online einen Beitrag publizierte, welche klar in herabsetzender Weise auf die Gesuchstellerin Bezug nahm, strich sie doch angebliche Schwächen der Dienstleistung der Gesuchsgegnerin im Bereich Datensicherheit heraus, um die Sicherheit ihres eigenen Angebots zu betonen. Angesichts des Inhalts des Beitrages und der fortdauernden Abrufbarkeit einer solchen Online-Publikation wäre dem Gesuch weitgehend zu entsprechen gewesen, und zwar obwohl der Beitrag gemäss Angaben der Gesuchsgegnerin schon länger aufgeschaltet war. So ermöglicht die elektronische Veröffentlichung eine Lektüre durch fortwährend neue Leser. Sodann war es die Gesuchsgegnerin, welche durch Löschung des Beitrages und ihre Abstandserklärung die Gegenstandslosigkeit herbeiführte. Dies alles rechtfertigt eine Verteilung der Kosten für den gegenstandslos gewordenen Teil des Verfahrens zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

8.1.3. Was das Auskunftsbegehren anbelangt, unterliegt dagegen die Gesuchstellerin, weshalb sie insofern kostenpflichtig wird.

8.1.4. Zieht man schliesslich in Betracht, dass den ersten drei Rechtsbegehren ein höheres Gewicht zuzumessen ist als dem vierten, erweist es sich als angemessen, der Gesuchstellerin einen Fünftel und der Gesuchsgegnerin vier Fünftel der Gerichtskosten aufzuerlegen. Mithin ist die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine auf drei Fünftel reduzierte Parteienschädigung zu bezahlen.

8.2. Höhe der Gebühr und Entschädigung

8.2.1. Sowohl die Festsetzung der Entscheidgebühr als auch die Festsetzung der Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Der Streitwert bei lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten ist praxisgemäss auf CHF 100'000.– festzusetzen, was auch den Parteienanträgen entspricht (so schon act. 4; vgl. auch act. 1 Rz. 10 ff.; act. 15 Rz. 4). Unter Berücksichtigung der Reduktion für das Summarverfahren ist die Entscheidgebühr auf CHF 5'800.– (§ 4 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG) und die (volle) Parteientschädigung auf CHF 7'000.– festzusetzen (§ 4 i.V.m. § 9 AnwGebV). Die der Gesuchstellerin zuzusprechende reduzierte Parteientschädigung beläuft sich somit auf CHF 4'200.–.

8.2.2. Beide Parteien beantragen schliesslich die Zusprechung eines Mehrwertsteuerzuschlags auf der Parteientschädigung. Diesbezüglich ist auf das Kreis Schreiben des Obergerichtes vom 17. Mai 2006 hinzuweisen. Demgemäss hat eine mehrwertsteuerpflichtige Partei, welche die Ersetzung der Mehrwertsteuer beantragt, die Umstände, welche einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zulassen, zu behaupten und zu belegen. Dies gilt selbst dann, wenn die Gegenseite gegen den Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags nicht opponiert hat (vgl. BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; HGer ZH HG150075 vom 7. November 2017 E. 8.2). Nachdem die Parteien, die als juristische Personen grundsätzlich mehrwertsteuerpflichtig sind, vorliegend entsprechende Umstände weder behaupten noch belegen, ist kein Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen.

Die Einzelrichterin verfügt und erkennt:

1. Es wird vorgemerkt, dass sich die die Gesuchsgegnerin verpflichtet, in ihrer mündlichen, schriftlichen oder elektronischen Kommunikation inskünftig Aussagen wie
 - *"Viele europäische Unternehmen, die für den Austausch sensibler Informationen im Vorstand und Aufsichtsrat auf die Lösung des Münchner Softwarehauses setzen, gerieten in eine heikle Situation."*

- *"Die Übernahme gewährte den US-Behörden potentiellen Zugang zu Daten."*
- *"Der deutsche Anbieter A._____ fusionierte mit dem US-Softwareanbieter D._____, wodurch das Unternehmen seine Souveränität im Datenschutzrecht verlor."*
- *"Der Verkauf schuf eine heikle Situation in Europa und immer mehr Unternehmen sahen die Notwendigkeit, sich für ...-konforme ...-Anbieter zu entscheiden."*
- *"Nach der Fusion waren die A._____-Kunden gezwungen, sich mit der neuen Besitzer-Struktur und den Auswirkungen eines amerikanischen Eigentümers auseinanderzusetzen."*
- *"Obwohl A._____ darauf hinweist, dass die Server in Deutschland und der Schweiz stehen, ist dies keine Garantie dafür, dass die Firma ihren Kunden eine ...-konforme ... anbietet."*
- *"Die Muttergesellschaft D._____ versicherte, dass sie den US ... einhalten wird, wodurch US-Behörden Zugang zu sensiblen Daten gewährt wird - ohne die Dateneigentümer zu benachrichtigen. So kann in Härtefällen das ...-Gesetz zur Anwendung kommen, um Zugang zu Daten auf ausländischen Servern zu erhalten. Dies gilt für alle Daten im Eigentum von D._____ und aller Tochtergesellschaften."*

sowie vergleichbare Aussagen in deutscher oder einer anderen Sprache zu unterlassen.

2. Das Gesuch wird mit Bezug auf Ziffer 1, Ziffer 2 und Ziffer 3 (1. bis 7. Spiegelstrich) als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Im Übrigen wird das Gesuch abgewiesen.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'800.–.

5. Die Gebühr wird der Gesuchsgegnerin zu vier Fünfteln (CHF 4'640.–) und der Gesuchstellerin zu einem Fünftel (CHF 1'160.–) auferlegt. Die Gebühr wird aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss gedeckt. Der Gesuchstellerin wird für den der Gesuchsgegnerin auferlegten Anteil (CHF 4'640.–) das Rückgriffsrecht eingeräumt.
6. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine reduzierte Parteientschädigung in Höhe von CHF 4'200.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 100'000.–. Es liegt ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen vor (Art. 98 BGG).

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

Zürich, 10. November 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Andreas Baeckert