

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF220009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Urteil vom 8. Februar 2022

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ und / oder Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____ und / oder Rechtsanwalt Dr. iur. Y2. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahme**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. Januar 2022 (ET220001)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

1. Es sei der Gesuchsgegnerin während der Dauer dieses Verfahrens sowie bis zum Abschluss des nachfolgenden Prosequierungsprozesses unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe (C._____, D._____, E._____, F._____, G._____ und H._____) wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie Androhung einer Ordnungsbusse im Widerhandlungsfall von CHF 1'000 pro Tag (Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, mindestens aber CHF 5'000 (Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO), vorsorglich zu verbieten, unter Ausschluss der I._____ Marketing AG selber Vertragsverhandlungen zu führen bezüglich
 - a. der Sponsoringverträge mit J._____ AG für Ski Alpin, Ski-Cross und Nordisch für die Saisons 2022/2023 - 2025/2026;
 - b. des Sponsoringvertrags mit K._____ Werke GmbH & Co KG (oder einer anderen K._____ -Gruppengesellschaft) für nordische Disziplinen (Ski-Springen, Nordisch Kombination, I._____ - Langlauf Weltcup und Skiflug) für die Saisons 2022/2023 - 2025/2026;
 - c. des Sponsoringvertrags und der damit verbundenen Advertising License Agreements mit L._____ SA (oder einer anderen L._____ -Gruppengesellschaft) für den I._____ -Ski-Langlauf-Weltcup und Tour de Ski der Saisons 2022/2023 - 2025/2026.
2. Es sei der Gesuchsgegnerin während der Dauer dieses Verfahrens sowie bis zum Abschluss des nachfolgenden Prosequierungsprozesses unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe (C._____, D._____, E._____, F._____, G._____ und H._____) wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie Androhung einer Ordnungsbusse im Widerhandlungsfall von CHF 1'000 pro Tag (Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO), mindestens aber CHF 5'000 (Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO), vorsorglich zu verbieten, der I._____ Marketing AG zu untersagen, ihre Verhandlungs- und Vermarktungstätigkeit auszuführen bezüglich
 - a. der Sponsoringverträge mit J._____ AG für Ski Alpin, Ski-Cross und Nordisch für die Saisons 2022/2023 - 2025/2026;
 - b. des Sponsoringvertrags mit K._____ Werke GmbH & Co KG (oder einer anderen K._____ -Gruppengesellschaft) für nordische Disziplinen (Ski-Springen, Nordisch Kombination, I._____ - Langlauf Weltcup und Skiflug) für die Saisons 2022/2023 - 2025/2026;
 - c. des Sponsoringvertrags und der damit verbundenen Advertising License Agreements mit L._____ SA (oder einer anderen

L._____-Gruppengesellschaft) für den I._____-Ski-Langlauf-Weltcup und Tour de Ski der Saisons 2022/2023 -2025/2026.

3. Es sei der Gesuchsgegnerin während der Dauer dieses Verfahrens sowie bis zum Abschluss des nachfolgenden Prosequierungsverfahrens unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe (C._____, D._____, E._____, F._____, G._____ und H._____) wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie Androhung einer Ordnungsbusse im Widerhandlungsfall von CHF 1'000 pro Tag (Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO), mindestens aber CHF 5'000 (Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO), vorsorglich zu verbieten, Mitarbeiter der I._____ Marketing AG zwecks Abwerbung zu kontaktieren.
4. Eventualiter seien die Massnahmen gemäss Ziffer 1 lit. a und b sowie Ziffer 2 lit. a und b bis zum 30. Juni 2022 zu befristen.
5. Die in Ziffern 1-4 beantragten vorsorglichen Massnahmen seien im Sinne von Art. 265 ZPO sofort und ohne vorgängige Anhörung der Gesuchsgegnerin anzuordnen
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Entscheid des Einzelgerichts:

(act. 9)

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 8'000.– wird der Gesuchstellerin auferlegt.
- 3./4. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 10):

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 3. Januar 2022 (Geschäfts-Nr. ET220001-L) sei aufzuheben.
2. Es sei der Berufungsbeklagten während der Dauer dieses Verfahrens sowie bis zum Abschluss des nachfolgenden Prosequierungsverfahrens unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe (C._____, D._____, E._____, F._____, G._____ und H._____) wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie Androhung einer Ordnungsbusse im Widerhandlungsfall von CHF 1'000 pro Tag (Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO), mindestens aber CHF 5'000 (Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO),

vorsorglich zu verbieten, unter Ausschluss der I._____ Marketing AG selber Vertragsverhandlungen zu führen bezüglich

- a. der Sponsoringverträge mit J._____ AG für Ski Alpin, Ski-Cross und Nordisch für die Saisons 2022/2023 - 2025/2026;
 - b. des Sponsoringvertrags mit K._____ Werke GmbH & Co KG (oder einer anderen K._____ -Gruppengesellschaft) für nordische Disziplinen (Ski-Springen, Nordisch Kombination, I._____ - Langlauf Weltcup und Skiflug) für die Saisons 2022/2023 - 2025/2026;
 - c. des Sponsoringvertrags und der damit verbundenen Advertising License Agreements mit L._____ SA (oder einer anderen L._____ -Gruppengesellschaft) für den I._____ -Ski-Langlauf-Weltcup und Tour de Ski der Saisons 2022/2023 - 2025/2026.
3. Es sei der Berufungsbeklagten während der Dauer dieses Verfahrens sowie bis zum Abschluss des nachfolgenden Prosequierungsverfahrens unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe (C._____, D._____, E._____, F._____, G._____ und H._____) wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie Androhung einer Ordnungsbusse im Widerhandlungsfall von CHF 1'000 pro Tag (Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO), mindestens aber CHF 5'000 (Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO), vorsorglich zu verbieten, der I._____ Marketing AG zu untersagen, ihre Verhandlungs- und Vermarktungstätigkeit auszuführen bezüglich
- a. der Sponsoringverträge mit J._____ AG für Ski Alpin, Ski-Cross und Nordisch für die Saisons 2022/2023 - 2025/2026;
 - b. des Sponsoringvertrags mit K._____ Werke GmbH & Co KG (oder einer anderen K._____ -Gruppengesellschaft) für nordische Disziplinen (Ski-Springen, Nordisch Kombination, I._____ - Langlauf Weltcup und Skiflug) für die Saisons 2022/2023 - 2025/2026;
 - c. des Sponsoringvertrags und der damit verbundenen Advertising License Agreements mit L._____ SA (oder einer anderen L._____ -Gruppengesellschaft) für den I._____ -Ski-Langlauf-Weltcup und Tour de Ski der Saisons 2022/2023 -2025/2026.
4. Es sei der Berufungsbeklagten während der Dauer dieses Verfahrens sowie bis zum Abschluss des nachfolgenden Prosequierungsverfahrens unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe (C._____, D._____, E._____, F._____, G._____ und H._____) wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie Androhung einer Ordnungsbusse im Widerhandlungsfall von CHF 1'000 pro Tag (Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO), mindestens aber CHF 5'000 (Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO), vorsorglich zu verbieten, Mitarbeiter der I._____ Marketing AG zwecks Abwerbung zu kontaktieren.

5. *Eventualiter* seien die Massnahmen gemäss Ziffer 2 lit. a und b sowie Ziffer 3 lit. a und b bis zum 30. Juni 2022 zu befristen.
6. Die in Ziffern 2–5 beantragten vorsorglichen Massnahmen seien im Sinne von Art. 265 ZPO sofort und ohne vorgängige Anhörung der Gesuchsgegnerin anzuordnen.
7. *Eventualiter* sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

der Berufungsbeklagten (act. 17):

- "1. Es seien die superprovisorisch erlassenen Massnahmen gemäss Dispositiv Ziff. 1, 2 und 3 der Verfügung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Januar 2022 im Verfahren LF220009-O/Z01 unverzüglich aufzuheben.
2. Es sei die Berufung der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin vom 3. Januar 2022 abzuweisen.
3. *Eventualiter* seien die beantragten provisorischen Massnahmen lediglich bis zum 1. April 2022 sowie nur unter der Bedingung zu erlassen bzw. aufrechtzuerhalten, dass die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin verpflichtet wird, eine Sicherheit in der Höhe von EUR 58'500'000 respektive dessen Gegenwert in Schweizer Franken (per 24. Januar 2022 CHF 60'536'600) zu leisten, sei es als Barhinterlage bei einer Gerichtskasse oder in Form einer Bankgarantie einer erstklassigen Bank mit Geschäftssitz in der Schweiz.
4. *Sub-eventualiter* seien die beantragten provisorischen Massnahmen lediglich unter der Bedingung zu erlassen bzw. aufrechtzuerhalten, dass die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin verpflichtet wird, eine Sicherheit in der Höhe von EUR 58'500'000 respektive dessen Gegenwert in Schweizer Franken (per 24. Januar 2022 CHF 60'536'600) zu leisten, sei es als Barhinterlage bei einer Gerichtskasse oder in Form einer Bankgarantie einer erstklassigen Bank mit Geschäftssitz in der Schweiz.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1.1. Mit Eingabe vom 3. Januar 2022 stellte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend Vorinstanz) ein Gesuch um Erlass (superprovisorischer) vorsorglicher Massnahmen (vgl. act. 1).

1.2. Mit Urteil vom gleichen Tag wies die Vorinstanz das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen direkt ab (act. 5 = act. 9).

1.3. Dagegen erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 10. Januar 2022 rechtzeitig (vgl. act. 7) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 10). Mit Verfügung vom 12. Januar 2022 wurde das Gesuch der Berufungsklägerin um Erlass superprovisorischer Massnahmen einstweilen weitgehend gutgeheissen sowie der Berufungsbeklagten Frist zur Stellungnahme und Berufungsantwort angesetzt (act. 14), welche diese innert Frist erstattete (act. 17). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–7).

1.4. Am 4. Februar 2022 überbrachte die Berufungsbeklagte der Kammer um 15:28 Uhr eine Noveneingabe (act. 20). Zu diesem Zeitpunkt befand sich das Verfahren bereits im Stadium der Urteilsberatung, weshalb die Eingabe nicht mehr zu berücksichtigen ist.

2. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsbegründung hat sich sachbezogen mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen, es ist konkret aufzuzeigen, weshalb und in welchen Belangen der angefochtene Entscheid falsch sein soll und welche Dokumente diese Argumentation stützen. Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor Vorinstanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Im Entscheid über die Berufung ist auf die durch die Parteien erhobenen Rügen einzugehen, indes verpflichtet die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) das Gericht nicht dazu, sich mit

jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seiner Entscheidung auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich seine Entscheidung stützt. Nachfolgend ist daher nur insoweit auf die Parteivorbringen (und auf die eingereichten Unterlagen) einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

3.1.1. Gemäss – unbestritten gebliebener – Darstellung der Berufungsklägerin betrifft die Streitsache die Vermarktung von Rechten des I.____-verbands (nachfolgend I.____ oder Berufungsbeklagte) an I.____-Wettkampfanstaltungen, die mittels eines detaillierten Vertragswerks exklusiv an ein Joint Venture (I.____ Marketing AG / M.____) übertragen wurde. Die Berufungsklägerin und die N.____ AG haben je einen Aktienanteil von 24.5% an der I.____ Marketing AG. Die Berufungsbeklagte ist mit 51% Mehrheitsaktionärin. Die Parteien und die N.____ AG sind überdies durch einen Aktionärbindungsvertrag miteinander vertraglich verbunden (act. 4/1: Shareholders Agreement [SHA] vom 6./13. Februar und 27. Mai 2017). Als dessen Anhang 3 besteht zudem ein Agenturvertrag (act. 4/6: Agency Agreement vom 27. Mai 2017), der indes von der Berufungsbeklagten per 30. Juni 2022 gekündigt worden ist (act. 1 Rz. 12 und 30 f.).

3.1.2. Die Berufungsklägerin macht nun geltend, im Aktionärbindungsvertrag und im Agenturvertrag sei ausdrücklich vereinbart worden, der I.____ Marketing AG stünde Exklusivität bezüglich der I.____-Rechtevermarktung zu, weshalb die Parteien ein Konkurrenzverbot zugunsten der I.____ Marketing AG vereinbart hätten, welches die Berufungsbeklagte beachten müsse. Diese Vermarktungsstruktur sei "seit 2009 anstandslos gelebt und erfolgreich umgesetzt" worden. Seit der Präsidentschaftswahl von C.____ im Juni 2021 würde die zuvor erfolgreiche Vermarktungstätigkeit der I.____ Marketing AG nun aber eingeschränkt und das Konkurrenzverbot verletzt. Die Berufungsbeklagte würde eigenständig Verhandlungen mit den Sponsoren führen und Mitarbeiter der I.____ Marketing AG abwerben (act. 1 Rz. 45 ff.). Vor diesem Hintergrund

beantragte die Berufungsklägerin bereits vor Vorinstanz die oben wiedergegebenen Massnahmen (act. 1).

3.2. Das Gericht trifft nach Art. 261 Abs. 1 ZPO die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

3.3. Die Vorinstanz prüfte einzig das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils und erwog, die Berufungsklägerin mache für sich einen rein finanziellen Schaden geltend. Dass dieser letztlich bei der Berufungsbeklagten uneinbringlich sei, behauptete die Berufungsklägerin nicht. Dies sei auch nicht ersichtlich, zumal es sich bei der Berufungsbeklagten um einen weltweit führenden und finanziell potenten Verband handle. Die Berufungsklägerin hätte den konkreten Nachteil, d.h. die Schwere des potentiellen Schadens, aufzeigen müssen, beispielsweise durch Umsatzzahlen, die mit und ohne Exklusivitätsrechte erzielt würden, und diese in ein Verhältnis zur wirtschaftlichen Gesamtsituation setzen müssen, um dann einen massgeblichen Einfluss auf die Dividendenausschüttung aufzuzeigen. Allgemeine Ausführungen und Mutmassungen, wonach finanzielle Einbussen und Reputationsschaden (bei der I. _____ Marketing AG) drohten sowie ein Verlust von wichtigen Sponsoren genügten nicht, um einen Nachteil im Sinne des Gesetzes glaubhaft zu machen. Dasselbe gelte für die behauptete Abwerbung der M. _____-Mitarbeiterinnen. Die Berufungsklägerin unterlasse jegliche Behauptungen, inwieweit deren Abgang zur Berufungsbeklagten für sie – nicht für die I. _____ Marketing AG – mit einem Nachteil der notwendigen Schwere verbunden wäre (act. 9 E. 4.2 f.).

3.4.1. Dem hält die Berufungsklägerin entgegen, die Vorinstanz übergehe in ihrem Urteil, dass sie nicht in erster Linie einen Nachteil in Form eines finanziellen Schadens geltend mache. Der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil bestehe vielmehr darin, dass sie ihren vertraglichen Realerfüllungsanspruch gegenüber der Berufungsbeklagten ohne die beantragten Unterlassungsanordnungen in einem Hauptsacheverfahren nicht werde durchsetzen können. Ihr stünde dann nur noch ein Sekundäranspruch auf

Schadenersatz zur Verfügung. Ein Gläubiger sei nach geltendem Recht berechtigt, vom Schuldner die Leistung "in natura" zu verlangen und diese Leistung prozessual/vollstreckungsrechtlich zu erzwingen, wenn der Schuldner die vereinbarte Leistung nicht oder nicht ordnungsgemäss erbringe. Gestützt auf den Aktionärbindungsvertrag habe sie einen Realerfüllungsanspruch darauf, dass die Berufungsbeklagte exakt diejenige Leistung erbringe, zu welcher sie sich vertraglich verpflichtet habe, nämlich die Einhaltung des Konkurrenz- und Abwerbverbots. Sie sei entsprechend berechtigt, diese Unterlassungen von der Berufungsbeklagten "in natura" zu verlangen. Dass sich die zu unterlassenden Handlungen auf die Geschäftstätigkeit der Joint-Venture Gesellschaft M._____ beziehen würden, sei irrelevant. Die Berufungsbeklagte habe sich im Aktionärbindungsvertrag explizit und unzweideutig gegenüber ihr – der Berufungsklägerin – (nicht der M._____) verpflichtet, das vertraglich vereinbarte Konkurrenz- und Abwerbverbot einzuhalten. Falls die beantragten Unterlassungsanordnungen nicht erlassen würden, müsse sie ihren Erfüllungsanspruch im Hauptverfahren durchsetzen, was mindestens ein Jahr dauern würde. Eine spätere Vollstreckung nach Durchführung eines Hauptsacheverfahrens wäre nicht mehr möglich, da die in Rede stehenden Sponsoringverträge (J._____, K._____ und O._____) für die Saisons 2022/2023 – 2025/2026 zu diesem Zeitpunkt von der Berufungsbeklagten bereits erneuert oder nicht zustande gekommen wären. Nach Abschluss eines ordentlichen Hauptverfahrens gäbe es nichts mehr zu verhandeln und die Bestimmungen des Aktionärbindungsvertrags würden sich als ineffektiv und gehaltlos erweisen. Das Gleiche gelte für die drohende Abwerbung von Mitarbeitern der M._____: Nach Durchführung des Hauptsacheverfahrens werde die Abwerbung bereits stattgefunden haben. Ein effektiver Schutz der vereinbarten vertraglichen Rechte sei deshalb nur gewährleistet, wenn die beantragten Massnahmen sofort und ohne weiteres Zuwarten angeordnet würden (act. 10 Rz. 10 ff.). Der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil bestehe im Verlust ihres vertraglichen Realerfüllungsanspruchs. Daran ändere ein allfälliger Sekundäranspruch auf Schadenersatz nichts. Sie habe einen Anspruch auf gerichtlichen Schutz des vertraglich vereinbarten Konkurrenz- und Abwerbverbots. Für die

Nachteilsprognose sei es nicht ausschlaggebend, ob eine Beeinträchtigung später mit einer Geldzahlung ausgeglichen werden könnte. Die gesuchstellende Partei habe es nicht hinzunehmen, auf eine bloße Geldzahlung verwiesen zu werden (act. 10 Rz. 17 ff.). Im Übrigen stelle bereits der Zwang, einen Schadenersatzprozess mit den notorischen Substantiierungs- und Beweisschwierigkeiten anstrengen zu müssen, einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dar (act. 10 Rz. 21; Rz. 29). Hinzu komme, dass sie einen irreversiblen Reputationsschaden erleiden würde (act. 10 Rz. 10, Rz. 29).

3.4.2. Die Berufungsbeklagte bringt dagegen vor, es entstehe der Berufungsklägerin kein Schaden, weder ein materieller noch ein immaterieller, wenn sie (die Berufungsbeklagte) die Vertragsverhandlungen mit J._____, K._____ und L._____ ohne die M._____ weiterführe (act. 17 Rz. 5). Der von der Berufungsklägerin behauptete Anspruch laufe letzten Endes auf nichts anderes als eine Geldleistung hinaus. Soweit überhaupt ein Anspruch bestehe, erschöpfe sich dieser in einer finanziellen Geldleistung. Ob der Berufungsklägerin der Primäranspruch auf Entlohnung aus der gemeinsamen vertraglichen Beziehung oder der Sekundäranspruch auf Schadenersatz zukomme, sei unerheblich. Der Schadenersatz sei eine gleichwertige Entschädigung und lasse sich zudem leicht berechnen. Ein irreversibler Reputationsschaden werde bestritten und sei mangels Substantiierung und mangels Glaubhaftmachung abzuweisen (act. 17 Rz. 66 ff.). Der Aktionärsbindungsvertrag beziehe sich sodann auf die Geschäftstätigkeit der M._____ und nicht auf diejenige der Berufungsklägerin. Die Berufungsklägerin verfehle es, aufzuzeigen, inwiefern sie direkt aus der behaupteten Verletzung des Konkurrenzverbots benachteiligt sein soll. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern der Berufungsklägerin ohne Realerfüllung bis im Juni 2022 ein Nachteil entstehen sollte. Höchstens die finanzielle Entschädigung des bereits getätigten Aufwands der M._____ unter dem Agency Agreement werde zu Diskussionen führen, was allerdings nicht im vorliegenden Massnahmeverfahren noch in einem allfälligen Hauptverfahren geklärt werden könne, da die M._____ in keinem dieser Verfahren Partei sei. Der Berufungsklägerin entstehe ohne die von ihr beantragten vorsorglichen Massnahmen kein nicht leicht

wiedergutzumachender Nachteil, weil sie weder unter dem Shareholders Agreement noch dem Agency Agreement einen direkten Anspruch auf Realerfüllung oder Entschädigung habe (act. 17 Rz. 71 ff.).

3.5.1. Zunächst ist festzuhalten, dass die Vorinstanz nicht prüfte, ob ein Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht wurde. Sie liess vielmehr explizit offen, ob der Berufungsklägerin aufgrund des Aktionärbindungs- und des Agenturvertrags ein Realerfüllungsanspruch zukomme (vgl. act. 9 E. 4.1). Auch prüfte sie nicht, ob eine drohende Verletzung dieses Anspruchs glaubhaft gemacht wurde. Diesbezüglich liegt somit kein erstinstanzliches Urteil vor und es ist angesichts der Wahrung des doppelten Instanzenzugs nicht Aufgabe des Berufungsgerichts, diese Anspruchsvoraussetzungen erstmals zu prüfen. Überprüft werden kann hier somit einzig, ob die Vorinstanz zu Recht die Glaubhaftmachung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils verneinte. Da diese Voraussetzung grundsätzlich nur geprüft wird, wenn es der Berufungsklägerin gelingt, einen Verfügungsanspruch und dessen drohende Verletzung glaubhaft zu machen, ist auf ihre diesbezüglichen Behauptungen abzustellen (deren Überprüfung indes – wie erwähnt – der Vorinstanz obliegt): Bereits vor Vorinstanz behauptete die Berufungsklägerin, es sei von den Parteien im Aktionärbindungsvertrag ein Konkurrenz- und Abwerbeverbot zugunsten der I._____ Marketing AG vereinbart worden, auf welches sie sich als Vertragspartei direkt berufen könne (vgl. act. 1 Rz. 75 ff.). Ferner macht sie geltend, sich auch auf das im Agenturvertrag vereinbarte Konkurrenzverbot berufen zu können, da dieses Bestandteil des Aktionärbindungsvertrags sei (act. 1 Rz. 8). Weiter legte sie dar, dass sich die Berufungsbeklagte nicht vertragskonform verhalte, mithin die M._____ konkurrenzieren und M._____ -Mitarbeiter abwerbe (act. 1 Rz. 82 ff.). Insbesondere würde die Berufungsbeklagte es der M._____ untersagen, neue Sponsoren anzuwerben und die Verlängerung bzw. Erneuerung bestehender Verträge auszuhandeln (act. 1 Rz. 64). Davon ist im Nachfolgenden bei der Prüfung, ob ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil glaubhaft gemacht wurde, auszugehen.

3.5.2. Als Verfügungsgrund muss glaubhaft gemacht werden, dass aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In diesem Zusammenhang stellt das Gericht eine Nachteilsprognose. Zu vergleichen ist der Zustand mit einem für den Gesuchsteller positiven Ausgang im Hauptsacheverfahren. Ein drohender Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO gilt u.a. dann als nicht leicht wieder gutzumachen, wenn durch eine bestehende Verletzung oder eine Gefährdung des materiellen Anspruchs dieser so, wie er lautet (d.h. Realvollstreckung), bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens vereitelt würde oder seine gehörige Befriedigung wesentlich erschwert wäre (BSK ZPO-SPRECHER, 3. Aufl., 2017, Art. 261 N 16). Dabei kommt es auf den geltend gemachten primären Realerfüllungsanspruch und nicht auf einen allfälligen, bloss sekundär gegebenen Schadenersatzanspruch an (ZK ZPO-HUBER, 3. Aufl. 2016, Art. 261 N 22 m.H.; BK ZPO Bd. II-GÜNGERICH, 2012, Art. 261 Rz. 36; BSK ZPO-SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N 28c).

3.5.3. Die Berufungsklägerin behauptete bereits vor Vorinstanz, dass ihr eine spätere Vollstreckung ihres vertraglichen Anspruchs auf Einhaltung des Konkurrenz- und Abwerbverbots nach einem Hauptsacheverfahren nicht mehr möglich wäre, weil die in Rede stehenden Sponsoringverträge für die Saisons 2022/2023–2025/2026 zu diesem Zeitpunkt bereits von der Berufungsbeklagten erneuert oder nicht zustande gekommen wären. Es gehe – so die Berufungsklägerin weiter – im Massnahmeverfahren darum, der M._____ zu ermöglichen, das ihr exklusiv übertragene Tätigkeitsgebiet der Vermarktung der I._____ -Rechte vertragskonform auszuüben, worauf ihr – der Berufungsklägerin – der Aktionärbindungsvertrag einen Anspruch vermittle. Entscheidend sei, dass eine spätere Anspruchsvollstreckung nicht mehr möglich wäre. Die Sponsoren benötigten deutlich vor dem Winter 2022 Klarheit über neue Sponsoringverträge bezüglich der I._____ -Veranstaltungen, weshalb entsprechende Verhandlungen jetzt stattfinden müssten. Nach Abschluss eines ordentlichen Hauptverfahrens gäbe es für die M._____ nichts mehr zu verhandeln und die Bestimmung des Aktionärbindungsvertrags würden sich als ineffektiv und gehaltlos erweisen (act. 1 Rz. 87 ff.).

3.5.4. Die Berufungsklägerin machte damit entgegen den Erwägungen der Vorinstanz (act. 9 E. 4.2 f.) keinen rein finanziellen Schaden geltend, sondern sie beruft sich explizit auf ihren (behaupteten) Realerfüllungsanspruch aus dem Aktionärbindungsvertrag.

3.5.5. Die Berufungsklägerin behauptet, gestützt auf Art. 15.1 lit. a des Aktionärbindungsvertrags einen vertraglichen Anspruch auf Einhaltung eines Konkurrenz- und Abwerbverbots durch die Berufungsbeklagte gegenüber der M._____ zu haben. Ist glaubhaft, dass – wie behauptet – ein Konkurrenz- und Abwerbverbot vereinbart wurde, ist auch glaubhaft, dass die Berufungsklägerin einen vertraglichen Realerfüllungsanspruch auf Einhaltung des Konkurrenz- und Abwerbverbots hat. Dies gilt auch, wenn das Konkurrenz- und Abwerbverbot – wie hier – zugunsten eines Dritten, der M._____, vereinbart wird, zumal Konkurrenzverbote in Aktionärbindungsverträgen gerade zur Verhinderung einer Konkurrenzierung oder Schädigung der Gesellschaft durch die Aktionäre resp. der durch diese beherrschten juristischen Person (Dritte) vereinbart werden. Gestützt auf einen solchen Vertrag wäre glaubhaft, dass die Berufungsklägerin den Anspruch hat, die Einhaltung des Konkurrenz- und Abwerbverbots durch die Berufungsbeklagte gegenüber der M._____ zu fordern. Wie die Berufungsklägerin zu Recht vorbringt, gilt der Grundsatz, dass geschlossene Verträge zu halten sind (pacta sunt servanda). Ob die Kündigung des bis zum 30. Juni 2028 befristeten Aktionärbindungsvertrags durch die Berufungsbeklagte (act. 17 Rz. 55) unter den gegebenen Umständen zum Wegfall des behaupteten Realerfüllungsanspruchs der Berufungsklägerin geführt hat, wird ebenfalls die Vorinstanz bei der Prüfung des Verfügungsanspruchs zu klären haben. Der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil bestünde gegebenenfalls – wie von der Berufungsklägerin vorgebracht – darin, dass sie diesen Realerfüllungsanspruch nach Abschluss eines ordentlichen Hauptverfahrens nicht mehr durchsetzen könnte, da zu diesem Zeitpunkt allfällige Sponsoringverträge bereits – unter Ausschluss der M._____ und in Verletzung der ihr exklusiv übertragenen Vermarktungsrechte – ausgehandelt worden und allfällige Abwerbungen von Mitarbeitern bereits erfolgt wären. Ob tatsächlich solche Verletzungshandlungen drohen, was die Berufungsbeklagte bestreitet, wird die Vorinstanz zu prüfen

haben. Gestützt auf die (ungeprüften) Vorbringen der Berufungsklägerin erscheint indes glaubhaft, dass die I._____ Marketing AG ohne die Unterlassungsanordnungen ihre Vermarktungstätigkeit nicht ausüben und dies nach Abschluss eines Hauptverfahrens auch nicht mehr nachholen könnte, zumal die zeitkritischen Verträge bis dahin bereits abgeschlossen sein müssen. Gleiches gilt für die behauptete Abwerbung der M._____-Mitarbeiter. Auch hier erscheint es glaubhaft, dass bis zum Abschluss eines Hauptverfahrens die Abwerbung bereits erfolgt wäre. Weder das zu Gunsten der I._____ Marketing AG vereinbarte Konkurrenz- noch das Abwerbeverbot liesse sich nach Abschluss eines Hauptverfahrens noch durchsetzen, es besteht mithin Vereitelungsgefahr (vgl. BSK-SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N 24). Dass der Berufungsklägerin darüber hinaus persönlich ein weiterer Nachteil bzw. gar Schaden droht, braucht nicht glaubhaft gemacht zu werden (vgl. BSK-SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N 23). Der drohende Verlust des vertraglichen Realerfüllungsanspruchs genügt für die Glaubhaftmachung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (vgl. statt vieler STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 3. Aufl. 2019, § 22 Rz. 10). Anzuführen bleibt indes, dass ein Reputationsschaden der Berufungsklägerin tatsächlich nicht glaubhaft gemacht wurde, da dieser in keiner Weise von der Berufungsklägerin konkretisiert wurde (vgl. act. 1 Rz. 90). Wie gezeigt, ist die Glaubhaftmachung eines Reputationsschadens hier aber auch nicht notwendig.

3.5.6. Wie die Berufungsklägerin zu Recht vorbringt, ist es für die Nachteilsprognose sodann nicht entscheidend, ob eine Beeinträchtigung später mit einer Geldzahlung ausgeglichen werden könnte (vgl. ZK ZPO-HUBER, a.a.O., Art. 261 Rz. 20 mit Verweis auf Botschaft ZPO, 7354). Die gesuchstellende Partei hat einen Anspruch auf Realerfüllung (hier – wie behauptet – auf Einhaltung des Konkurrenz- und Abwerbeverbots durch die Berufungsbeklagte gegenüber der M._____) und muss es daher nicht hinnehmen, auf eine blosser Geldzahlung verwiesen zu werden (vgl. ROHNER/WIGET, OFK-ZPO, 2. Aufl. 2015, Art. 261 N 8 mit Verweis auf Botschaft ZPO, 7354; BSK ZPO-SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N 34). Vor diesem Hintergrund ist auch irrelevant, ob sich ein allfälliger Schaden leicht berechnen liesse, wie die Berufungsbeklagte vorbringt.

3.6. Der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil aus einer allfälligen Verletzung des Aktionärbindungsvertrags wurde von der Berufungsklägerin nach dem Gesagten glaubhaft gemacht. Die Berufung ist gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil ist aufzuheben. Da die Vorinstanz die übrigen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht geprüft hat, liegt ein Rückweisungsgrund nach Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO vor. Die Sache ist daher zur Wahrung des doppelten Instanzenzugs an die Vorinstanz zurückzuweisen. Nach Durchführung einer Verhandlung bzw. Einholung einer Stellungnahme zum Gesuch wird die Vorinstanz unverzüglich die weiteren Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu prüfen haben (vgl. Art. 265 ZPO). Bis dahin, längstens jedoch bis zum 30. Juni 2022, gelten die gemäss Verfügung vom 12. Januar 2022 angeordnete superprovisorischen Massnahmen weiter.

3.7. Die Vorinstanz wird auch über den Antrag der Berufungsbeklagten auf Verpflichtung zu einer Sicherheitsleistung zu befinden haben. Zum jetzigen Zeitpunkt drängt sich eine solche – allenfalls von Amtes wegen anzuordnende – Sicherheitsleistung nicht auf, zumal die superprovisorischen Massnahmen längstens bis Ende Juni 2022 (unbestrittene Gültigkeitsdauer des Agenturvertrags) angeordnet wurden und sich nur auf die drei langjährigen Hauptsponsoren beziehen. Ein Verbot, mit diesen Sponsoren in Kontakt zu stehen, wurde – entgegen den Ausführungen der Berufungsbeklagten (act. 17 Rz. 126) – nicht angeordnet. Zudem behauptet die Berufungsbeklagte selbst, die Verträge mit diesen drei Sponsoren seien bereits ausgehandelt und es stehe lediglich noch die Unterzeichnung der Verträge aus (vgl. act. 17 Rz. 98). Die Unterzeichnung von Verträgen, welche bereits durch die M._____ ausgehandelt worden sind, wurde der Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 12. Januar 2022 nicht verboten. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern der Berufungsbeklagten durch die angeordneten Massnahmen ein Schaden drohen sollte.

4.1. Ist der Prozess zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen, so ist der angefochtene Entscheid auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und die Vorinstanz wird neu darüber zu

befinden haben. Festzusetzen ist indes die Entscheidunggebühr für das zweitinstanzliche Verfahren, und zwar ausgehend von einem Streitwert von Fr. 300'000.– und in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 12'000.–. Die Gerichtskosten sind mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Entscheid über die Verteilung der Gerichtskosten und damit über eine allfällige Ersatzpflicht nach Art. 111 Abs. 2 ZPO ist dem Entscheid der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

4.2. Für das zweitinstanzliche Verfahren ist sodann gestützt auf § 4 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.– zuzüglich allfälliger Mehrwertsteuer festzusetzen (nur die Berufungsbeklagte verlangt den Mehrwertsteuerersatz, vgl. act. 17 und act. 10). Der Entscheid über die Verteilung der Parteientschädigung ist der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. Januar 2022 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die mit Verfügung vom 12. Januar 2022 angeordneten superprovisorischen Massnahmen gelten bis zu einem Entscheid der Vorinstanz über den Erlass vorsorglicher Massnahmen, längstens jedoch bis zum 30. Juni 2022, weiter.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 12'000.– festgesetzt und mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 7'000.– zuzüglich allfälliger Mehrwertsteuer festgesetzt.

5. Der Entscheid über die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens und eine allfällige Ersatzpflicht wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels von act. 17 und act. 20, die Obergerichtskasse und – unter Beilage der Akten sowie einer Kopie von act. 14 – an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
7. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG in einem Verfahren über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 300'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am:
8. Februar 2022