

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE140316-O

U

Mitwirkend: der Oberrichter Peter Helm, Präsident, sowie die Gerichtsschreiberin
Helene Lampel

Urteil vom 9. September 2014

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei dem Beklagten zu verbieten, über die Klägerin folgende Aussagen zu verbreiten:
 - a) Mitarbeiter der Klägerin würden sich gegenüber Kunden als C. _____ Mitarbeiter ausgeben;
 - b) Kunden der Klägerin würden Rechnungen der Klägerin erhalten, ohne etwas von einem Vertragsabschluss zu wissen;
 - c) die Klägerin ziehe gleich wie ihre Vorgängergesellschaft D. _____ AG mit ungerechtfertigten Rechnungen für Internetabos Leute über den Tisch;
 - d) die Konsumenten, die eine Rechnung der Klägerin erhalten, seien "Opfer";
 - e) die Klägerin würde bewusst Rechnungen an Minderjährige verschicken beziehungsweise diese, nachdem ein Minderjährigkeitsnachweis erbracht worden ist, nicht stornieren.
2. Der Artikel "...-Falle: Aus D. _____ wird A. _____" auf http://www....-falle-aus-D. _____ -wird-A. _____ des Beklagten vom 09. September 2014 sei zu löschen;
3. Die Verbote gemäss Ziff. 1 a) - e) und das Löschungsbegehren gemäss Ziff. 2 seien superprovisorisch anzuordnen;
4. Der Beklagten sei für den Widerhandlungsfall die Bestrafung nach Art. 292 StGB anzudrohen, wonach mit Busse bestraft wird, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet;
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Mehrwertsteuer von 8 % zu Lasten der Beklagten."

Erwägungen:

1. Mit Eingabe von heute, hierorts eingegangen um 13.15 Uhr, erhob die Klägerin das Massnahmebegehren mit den oben genannten Rechtsbegehren und bezüglich der Verfahrensanträge 1.a) - e) und 2. das Begehren um Anordnung superprovisorischer Massnahmen (act. 1).

2. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Bei besonderer Dringlichkeit kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen (Art. 265 Abs. 1 ZPO). Im Rahmen der Beurteilung eines Begehrens um Anordnung superprovisorischer Massnahmen muss das Gericht alle Tatsachenbehauptungen der Klägerschaft als bestritten betrachten, was für den klägerischen Sachvortrag heisst, er muss schlüssig, vollständig und so weit möglich belegt sein (ZÜRCHER, in: BRUNNER / GASSER / SCHWANDER [HRSG.], DIKE Kommentar zur ZPO, 2011, N 3 zu Art. 265 ZPO m.w.H.). Sodann darf das Gericht gegen periodisch erscheinende Medien eine vorsorgliche Massnahme nur anordnen, wenn die drohende Rechtsverletzung der gesuchstellenden Partei einen besonders schweren Nachteil verursachen kann, offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt und die Massnahme nicht unverhältnismässig erscheint (Art. 266 ZPO).

Das Massnahmeverfahren (Art. 261 ff. ZPO) gehört zum summarischen Verfahren (Art. 248 lit. d ZPO). Dieses ist geregelt in Art. 252 ff. ZPO. Zusätzlich gelten analog die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens (Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 220 ff. ZPO) sowie die Allgemeinen Bestimmungen (Art. 1 ff. ZPO). Gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO ist im summarischen Verfahren Beweis grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen. Weiter sieht das Gesetz im summarischen Verfahren keinen doppelten Schriftenwechsel vor (Art. 253 ZPO; vgl. JENT-SØRENSEN, in: OBERHAMMER / DOMEJ / HAAS [HRSG.], Kurzkommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2014, N 7 zu Art. 252 ZPO). Eine Massnahmeklägerin hat mithin ihr gesamtes Klagefundament (substantiiertes Parteivortrag, Beweismittelnennung und - soweit möglich - Beweismittelvorlegung) mit dem Massnahmebegehren zu liefern. Werden über den doppelten Schriftenwechsel hinaus Stellungnahmen eingeholt, dient dies in der Regel alleine dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Es geht dabei im Wesentlichen darum, zu sogenannten Noven (Parteibehauptungen, Urkunden) im Sinne von Art. 229 i.V.m. Art. 219 ZPO Stellung nehmen zu können (vgl. dazu CHEVALIER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER; Kommentar zur ZPO,

2. Aufl. 2013, N 11 f. zu Art. 253 ZPO; PAHUD, in: BRUNNER / GASSER / SCHWANDER, DIKE Kommentar zur ZPO, 2011, N 23 und N 25 zu Art. 229 ZPO; BGE 138 III 252 E. 2.1 = Pra 101 Nr. 109 m.w.H.). Ein eigentliches Replik- bzw. Duplikrecht ist dem summarischen Verfahren mithin fremd.

3. 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 und Art. 12 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).

4.1. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____. Ihr statutarischer Zweck ist in erster Linie die Erbringung von Rechnungsstellungs- und Inkassodienstleistungen, einschliesslich Übernahme des Debitorenmanagements (act. 3/2). Sie führt aus, sie biete seit 2011 als Auftragnehmerin Dienstleistungen für Drittunternehmen im Zusammenhang mit der Rechnungsstellung und dem Debitorenmanagement im Telefongeschäft an. Konkret übernehme sie dabei die Aufgabe einer Schnittstelle im Bereich des Rechnungswesens zwischen ihren Auftraggebern bzw. Anbietern und deren Kunden bzw. Konsumenten. Der Konsument bestelle und beziehe beim Anbieter Waren und/oder Dienstleistungen per Telefon. Die Rechnungsstellung an den Konsumenten inklusive des Mahnwesens sowie die Inkassodienstleistung erfolge danach durch die Klägerin. Im Verlauf des Sommers 2014 habe die Klägerin das Geschäft des im gleichen Geschäftsfeld aktiven Unternehmens D._____ AG, ..., übernommen, nachdem dieses Opfer eines veritablen "Internet-Shitstorms" geworden sei, bei dem auch der Beklagte eine unrühmliche Rolle gespielt habe (act.1 Rz. 2, Rz. 7).

4.2. Beim Beklagten handelt es sich um einen Verein mit Hauptsitz in Bern und Zweigniederlassung in der Stadt Zürich. Sein statutarischer Zweck ist die Veranstaltung von Radio- und Fernsehprogrammen, inklusive übriges publizistisches Angebot und Onlineangeboten (act. 1 Rz. 2; act. 3/3).

4.3. Die Klägerin führt unter Bezugnahme auf ein E-Mail von F._____ der Redaktion "G._____/H._____" des Beklagten vom 29. August 2014 (act. 3/4) aus, F._____ habe ihr darin mitgeteilt, sie arbeite an einem Beitrag für das Konsumenten-

tenmagazin G._____ des Schweizer Radios In den letzten Tagen hätten sich mehrere Personen gemeldet, welche von der Klägerin eine Rechnung für Dienstleistungen einer "... " erhalten hätten, welche sie nie wissentlich bestellt hätten. Dabei hätten alle "Opfer" gesagt, dass sich vor Rechnungsstellung eine hochdeutsch sprechende Person als C._____ ausgegeben habe. Eines der "Opfer" sei ein dreizehnjähriger Bub gewesen, der rechtlich gar keinen Vertrag abschliessen könne (act. 1 Rz. 9). Am 1. September 2014 habe die Klägerin sodann von ihrer Kontaktperson bei ihrer Vertragspartnerin C._____ ein E-Mail von F._____ vom 29. August 2014 zugestellt erhalten, in welchem es ebenfalls um die Recherche für deren Beitrag gegangen sei (act. 1 Rz. 10). Mit E-Mail vom 3. September 2014 (act. 3/5) sei eine detaillierte Antwort der Klägerin an F._____ erfolgt, auf das bis heute keine Reaktion erfolgt sei (act. 1 Rz. 11). Stattdessen habe sich I._____ vom Beklagten gemeldet und mitgeteilt, dass nun (auch) die Sendung H._____ beabsichtige, am 9. September 2014 über die Klägerin einen Bericht auszustrahlen, wobei man sich dabei auf die Angaben von Frau F._____ stützen werde (act. 1 Rz. 12; E-Mail von I._____ vom 05.09.14: act. 3/6). Die von der Klägerin dem Beklagten daraufhin angesetzte Frist zur Abgabe einer Unterlassungserklärung sei heute unbenutzt abgelaufen (act. 1 Rz. 13 ff.; act. 3/7 ff.). Am 9. September 2014 um 7.00 Uhr sei zudem auf dem Internetportal der Beklagten unter der in Rechtsbegehren Ziff. 2 angegebenen Internetadresse der genannte Artikel aufgeschaltet worden (act. 1 Rz. 17; act. 3/11).

5.1. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG handelt insbesondere unlauter, wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preis oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt. Eine gemäss dieser Bestimmung herabsetzende Äusserung kann somit nur dann unlauter sein, wenn sie alternativ entweder unrichtig, irreführend oder unnötig verletzend ist (SPITZ, in: JUNG/SPITZ [HRSG.], Handkommentar zum UWG, 2010, N 34 zu Art. 3 lit. a UWG).

5.2. Die Klägerin macht geltend, es habe sich nie ein A._____ -Mitarbeiter als C._____ -Mitarbeiter ausgegeben und dies werde auch nie geschehen (act. 1 Rz. 19 f.). Auch die im Internetartikel mehrfach wiederholte Aussage, wonach

Kunden der Klägerin Rechnungen von ihr erhalten würden, ohne von einem Vertragsabschluss etwas zu wissen, sei unrichtig und herabsetzend im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG (act. 1 Rz. 21 ff.). Auch werde der Klägerin zu Unrecht ein strafrechtlich relevantes Verhalten unterstellt (act. 1 Rz. 24 f.). Zudem werde der Klägerin von der Beklagten zu Unrecht unterstellt, sie würde bewusst Rechnungen an Minderjährige verschicken bzw. diese, nachdem ein Minderjährigkeitsnachweis erbracht worden sei, nicht stornieren (act. 1 Rz. 26 ff.). Die Klägerin macht sinngemäss geltend, es drohe die Gefahr, dass diese gegen Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG verstossenden Aussagen vom Beklagten im Rahmen der Sendung "H._____" vom 9. September 2014 verbreitet würden (act. 1 Rz. 16, Rz. 20 ff.).

5.3. Als Belege für ihre Behauptungen reicht die Klägerin neben dem E-Mail-Verkehr mit dem Beklagten (act. 3/4-10, act. 3/12, act. 3/14) Belege ausschliesslich in Bezug auf die Konsumentin J._____ ein. Die als "Chronologie Fall J._____" bezeichneten, nicht unterzeichneten und undatierten Ausführungen (act. 3/13) stellen reine Parteibehauptungen ohne Beweiswert dar. Auch die zunächst von der D._____ AG und sodann von der Klägerin an J._____ gestellten Rechnungen bzw. Mahnungen für den "Monatzzugang zu mobilem Videoportaltv" mit einer "Laufzeit seit 06.04.2014" (act. 3/9) vermögen die Behauptungen der Klägerin nicht zu untermauern. Sodann reicht die Klägerin einen Audiodateiträger (act. 3/16) ein, welchen sie als "Aufzeichnung der Telefongespräche zwischen einem Angestellten der Klägerin und Frau J._____ vom 11., 14. und 24.04.2014" bezeichnet (act. 1 Rz. 19). In der Folge führt die Klägerin demgegenüber sinngemäss aus, es handle sich um ein Gespräch mit Frau J._____, eines mit deren Vater und eines mit deren Grossvater, welche geltend machen würden, Frau J._____ sei minderjährig, was indessen bisher nicht mit einem Minderjährigkeitsnachweis belegt worden sei (act. 1 Rz. 28). Selbst wenn diese Darstellung zutreffend sein sollte, ist damit nicht widerlegt, dass die Klägerin gemäss Darstellung des Beklagten im Internetartikel Rechnungen an Minderjährige versandte (act. 3/11).

Zudem bezieht sich die Klägerin wiederholt auf ein angeblich vom Beklagten an die C._____ gesandtes E-Mail vom 29. August 2014, welches ihr von ihrer Kon-

taktperson bei der C._____ übermittelt worden sei (act. 1 Rz. 10, Rz. 18, Rz. 20, Rz. 23). Obgleich der Klägerin dieses E-Mail gemäss ihrer eigenen Darstellung vorliegt, hat sie es unterlassen, dieses einzureichen, sondern begnügt sie sich mit blossen Behauptungen dazu.

5.4. Die Klägerin unterlässt es somit, ihre Behauptungen, welche als bestritten gelten, soweit möglich zu belegen. Ihr Sachvortrag erreicht damit nicht die für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erforderliche Schlüssigkeit und Vollständigkeit. Da das summarische Verfahren grundsätzlich nur einen Schriftenwechsel kennt, könnte die Klägerin ihr ungenügendes Behauptungsfundament auch nicht in einem zweiten Schriftenwechsel korrigieren, zumal in diesem Rahmen doch nur Noven im Sinne von Art. 229 ZPO vorgebracht werden können (vgl. vorstehend 2.). Demzufolge ist eine Beurteilung der Frage, ob der Artikel unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Aussagen enthält, im Rahmen der Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht möglich.

6. Hinzu kommt, dass sowohl die auszustrahlende Fernsehsendung im Rahmen des "H._____" gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1, als auch der Internetartikel gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 unter den Medienbegriff von Art. 266 ZPO fallen (vgl. ZÜRCHER, a.a.O., N 2 ff. zu Art. 266 ZPO). Damit gelten für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen die bereits zitierten erhöhten Anforderungen gemäss dieser Bestimmung. Die in Art. 266 ZPO genannten drei Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Die Klägerin legt zwar dar, dass die Berichterstattung des Beklagten ein "ungeheures Schädigungspotential" habe (act. 1 Rz. 31 f.), was Art. 266 lit. a ZPO beschlägt. Zu den Voraussetzungen, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliege (Art. 266 lit. b ZPO) sowie zur Frage der Verhältnismässigkeit (Art. 266 lit. c ZPO) äussert sie sich hingegen nicht. Nachdem im summarischen Verfahren kein doppelter Schriftenwechsel vorgesehen ist, müssen die Voraussetzungen gemäss Art. 266 ZPO schon im Massnahmebegehren thematisiert und schlüssig vorgetragen werden. Dies hat die Klägerin unterlassen, weshalb eine Gutheissung des Massnahmebegehrens auch aus diesem Grund ausser Betracht fällt.

7. Zusammenfassend ist das Massnahmebegehren abzuweisen.

8. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig. Mangels Umtrieben fällt die Zusprechung einer Parteientschädigung ausser Betracht.

Der Einzelrichter verfügt:

Das Begehren betreffend Erlass einer superprovisorischen Verfügung wird abgewiesen.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr in der Höhe von CHF 4'000.00 wird der Klägerin auferlegt.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, vorab per Telefax und danach per Gerichtsurkunde, mit dieser an den Beklagten unter Beilage eines Doppels des Massnahmebegehrens einschliesslich Beilagen (act. 1 und act. 3/2-15), sowie an die Obergerichtskasse.
5. 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 100'000.00.

Zürich, 9. September 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Helene Lampel