

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE140366-O

U/ee

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin  
Claudia Feier

## Urteil vom 9. Oktober 2014

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin

vertreten durch lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte

betreffend **superprovisorische Massnahmen**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

- " 1. Der B.\_\_\_\_\_ AG, ..., sei der Handel mit Sanitäts-, Hygiene, Toiletten- und Pflege-Artikeln vorsorglich zu verbieten;
2. evtl. sei der B.\_\_\_\_\_ AG der Handel mit sämtlichen Artikeln gemäss Produktkatalog 2013 der A.\_\_\_\_\_ AG, ..., kläg. act. 8, vorsorglich zu verbieten;
3. der B.\_\_\_\_\_ AG sei bei Widerhandlung gegen die richterliche Anweisung nach Ziffer 1 Busse nach Art. 292 StGB anzudrohen (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO);
4. das Verbot sei wegen Dringlichkeit und Vereitelungsgefahr sofort und ohne Anhörung der Beklagten anzuordnen;
5. unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin."

**Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

1. Sachverhalt und klägerischer Standpunkt

1.1. Die seit 1932 im Handelsregister eingetragene Klägerin vertreibt Sanitäts-, Hygiene-, Toiletten- und Pflegeartikel (act. 3/2). Die im September 2013 gegründete Beklagte bezweckt den Handel mit Produkten, die der Gesundheitsvorsorge, dem körperlichen Wohlbefinden und der Pflege des Menschen dienen (act. 3/3). Am 26. September 2013 kündigte der Geschäftsführer der Klägerin, C.\_\_\_\_\_, seinen Arbeitsvertrag mit der Klägerin per 31. März 2014 (act. 3/23). Am 19. August 2014 wurde er als Geschäftsführer der Beklagten im Handelsregister eingetragen (act. 3/3). Zwischen Februar 2014 und Juli 2014 kündigten fünf Verkaufsberater und eine Mitarbeiterin des Kundendienstes ihre Arbeitsverträge mit der Klägerin und wechselten ebenfalls zur Beklagten (act. 3/28, 3/29, 3/34, 3/36, 3/45, 3/46). Im Oktober 2013 und April 2014 stellten sodann acht Lieferanten die Belieferung der Klägerin ein (act. 3/25, 3/31). Der eingereichte Auszug aus Website-Inhalten der Beklagten lässt darauf schliessen, dass die Mehrheit dieser Lieferanten danach die Beklagte belieferte (act. 3/37). Die Beklagte vertrieb und bewarb in der Folge Produkte, die mit den von der Klägerin vertriebenen Produkten identisch oder sehr ähnlich sind (act. 3/4, 3/37, 3/39, 3/43). Hierzu verwendete sie un-

ter anderem Kataloge, deren Aufmachung jenen der Klägerin entsprach (act. 3/19).

1.2. Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, die Beklagte habe sowohl C.\_\_\_\_\_ und die anderen Mitarbeiter als auch die Lieferanten zum Wechsel veranlasst. Mit den Lieferanten habe sie Boykottabreden getroffen, was Art. 5 Abs. 1 KG verletze. Weiter habe sie C.\_\_\_\_\_ und die Verkaufsberater mutmasslich durch Vorteilsgewährung dazu veranlasst Geschäftsgeheimnisse und Arbeitsergebnisse der Klägerin preiszugeben, wodurch sie Art. 4 lit. c und Art. 4a lit. a UWG verletzt habe. Diese Informationen habe sie für die eigene Geschäftstätigkeit und insbesondere die Kundenakquisition verwendet, was eine Verletzung von Art. 5 lit. a und lit. b UWG darstelle. Durch den Vertrieb einer identischen oder zumindest ähnlichen Produktpalette und die Verwendung ähnlich gestalteter Kataloge und sonstigen Werbematerials sei eine Verwechselbarkeit mit der Geschäftstätigkeit der Klägerin entstanden, wodurch Art. 3 Abs. 1 lit. d. UWG verletzt worden sei. Ausserdem habe die Beklagte unzulässige Vergleiche mit der Geschäftstätigkeit der Klägerin im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG angestellt. Gestützt auf diese Begründung beantragt die Klägerin den Erlass obengenannter vorsorglicher Massnahmen ohne Anhörung der Beklagten als superprovisorische Massnahmen (act. 1).

## 2. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

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).

## 3. Verletzung lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Bestimmungen

3.1. Vorauszuschicken ist, dass die Klägerin ausführlich umschreibt, wie C.\_\_\_\_\_ unter Missbrauch des in ihn gesetzten Vertrauens das "Kopieren des

Geschäftsmodells der Klägerin" bzw. "die Übernahme deren Geschäftsbetriebes" bereits während seiner Anstellung bei der Klägerin durch Einführung einer neuen Produktlinie und Kundgabe von (falschen) Auskünften und Informationen an Lieferanten und Kunden vorbereitet haben soll (act. 1 S. 10 f., S. 19 f., S. 22 f.). Ein derartiges allfälliges Fehlverhalten von C.\_\_\_\_\_ ist indessen nicht der Beklagten zuzurechnen. Dass die Beklagte an diesen Vorbereitungshandlungen mitgewirkt haben soll, wird nicht substantiiert behauptet, geschweige denn belegt. Eine weitere Auseinandersetzung mit diesen Vorbereitungshandlungen erübrigt sich daher.

3.2. Die Klägerin schliesst aus den in Erw. 1.1. umschriebenen Vorgängen, dass die Beklagte die Mitarbeiter der Klägerin unter Vorteilsgewährung zum Verrat von Geschäftsgeheimnissen verleitet haben müsse (act. 1 S. 4, S. 19, S. 24). Sie legt jedoch weder dar, welche Geschäftsgeheimnisse verraten worden sein sollen noch wie die Verleitung dazu konkret stattgefunden haben soll. Auch die Behauptung der Vorteilsgewährung wird nicht weiter konkretisiert. Eine Verletzung von Art. 4 lit. c und Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG ist daher nicht glaubhaft gemacht.

3.3. Sodann hat die Klägerin nicht substantiiert dargelegt, welche Arbeitsergebnisse der Klägerin im Sinne von Art. 5 lit. a und lit. b UWG von der Beklagten verwertet worden sein sollen. Soweit sie sich dabei auf Kataloge und Werbeerzeugnisse bezieht, fehlt diesen von vornherein der Charakter eines Arbeitsergebnisses: Know-how, das in Prospekten oder Produktbeschreibungen an die Öffentlichkeit gebracht wird, ist nicht geschützt. Das Arbeitsergebnis muss zwar nicht geheim sein, darf aber auch nicht allgemein zugänglich sein. Individuell vorbereitete Angebote hingegen können als Arbeitsergebnisse qualifiziert werden (BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Komm. zum UWG, 2001, N 30 zu Art. 5; ARPAGAU, BSK UWG, 2013, N 29 zu Art. 5). Dass es sich bei den Katalogen und Flyern um individuell vorbereitete Angebote gehandelt hat, behauptet die Klägerin zu Recht nicht. Die Klägerin hat somit eine Verletzung von Art. 5 lit. a und lit. b UWG nicht glaubhaft dargetan.

3.4. Die Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG scheint die Klägerin im Vertrieb gleicher oder ähnlicher Produkte unter Verwendung gleicher oder ähnlicher Kataloge und Werbematerialien zu erblicken. So habe die Beklagte Flyer verwendet, die wesentliche Bestandteile des Artikelsortiments der Klägerin abbildeten und habe Produkte beworben, die bis dahin durch die Klägerin schweizweit an Apotheken geliefert worden seien (act. 1 S. 15 f.). Zudem habe die Beklagte auf ihrer Website einen Hauptkatalog aufgeschaltet, dessen Angebotsumfang sich klar an den Katalog der Klägerin anlehne, sowie Aktions- und Neuheitenflyer, welche hinsichtlich Gestaltung und Anpreisung denjenigen der Klägerin entsprächen (act. 1 S. 16 f., S. 20). Ausserdem habe die Beklagte den Katalog "D.\_\_\_\_\_ 2014/2015" aufgeschaltet, welcher hinsichtlich Layout und Angeboten beinahe vollständig dem Katalog "D.\_\_\_\_\_ 2013/2014" der Klägerin entspreche (act. 1 S. 17, S. 19 f.). Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG schützt individualisierende und kennzeichnungskräftige Marktauftritte vor betriebsbezogenen Fehlzurechnungen als Folge des Verhaltens eines Dritten. Damit ein Marktauftritt lauterkeitsrechtlich relevant ist, müssen die dazu verwendeten Elemente Unterscheidungsfunktion aufweisen, d.h. diese müssen in der Lage sein, das damit gekennzeichnete Objekt zu individualisieren und von anderen Objekten zu unterscheiden (ARPAGAUS, BSK UWG, a.a.O., N. 10 f. zu Art. 3 Abs. 1 lit. d). Die Klägerin macht implizit geltend, dass bestimmte Produkte vom Publikum mit ihrem Betrieb assoziiert würden und das Anbieten der gleichen Produkte durch ein anderes Unternehmen zu Verwechslungen führe, jedoch ohne dies zu konkretisieren. Insbesondere behauptet sie nicht, dass sie die einzige Vertreiberin dieser Produkte sei und vom Publikum als solche wahrgenommen werde. Aus dem blossen Vertrieb gleicher oder ähnlicher Produkte kann somit keine Verletzung von Lauterkeitsrecht abgeleitet werden. Die Klägerin hat sodann auch nicht dargetan, inwiefern die von ihr verwendeten Flyer und Kataloge individualisierende Merkmale aufwiesen. Besondere Merkmale, die sie von anderen Katalogen und Flyern unterscheiden könnten, sind den eingereichten Flyern und Katalogen auch nicht zu entnehmen. Ausserdem enthalten sie jeweils deutliche Hinweise auf die Firma der Beklagten, so dass von keiner Verwechslungsgefahr auszugehen ist. Der Klägerin

ist es somit nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass die Beklagte Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG verletzt hat.

3.5. Die Klägerin macht unzulässige Vergleiche im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit e UWG geltend. Konkretisiert hat sie diese Behauptung aber nur mit Hinweis auf Flyer der Beklagten, worin sie wesentliche Bestandteile des Artikelsortiments der Klägerin abbilde und bis dahin durch die Klägerin vertriebene Produkte bewerbe unter Verwendung der Überschriften "bewährte Produkte", "bekannte Marken", "vertraute Gesichter" und "bessere Konditionen" (act. 1 S. 16, 3/4). Die genannten Flyer stellen jedoch keinen offensichtlichen Bezug zur Klägerin her. Dass die Werbeaussagen allein aufgrund der beworbenen Produkte auf die Klägerin bezogen werden könnten, würde voraussetzen, dass diese Produkte vom Publikum allein mit der Klägerin assoziiert werden. Wie bereits in Erw. 3.4. ausgeführt, fehlen zur Beurteilung dieser Frage jedoch weitere Angaben der Klägerin. Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG ist daher nicht glaubhaft gemacht.

3.6. Ebenfalls unsubstantiiert blieb der Vorwurf der Verletzung des Kartellgesetzes. Die Klägerin hat ihre Behauptung, die Beklagte habe mit den Lieferanten der Klägerin Boykottabreden getroffen, weder konkretisiert noch belegt (act. 1 S. 13 f.). Aus dem Umstand allein, dass nach dem Fortgang von C.\_\_\_\_\_ mehrere Lieferanten innert kurzer Zeit die Belieferung der Klägerin einstellten, kann nicht auf einen kartellrechtsrelevanten Sachverhalt geschlossen werden. Eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 KG ist daher nicht glaubhaft gemacht.

#### 4. Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

Ein Nachteil ist nicht leicht wiedergutzumachen, wenn er nach Abschluss des ordentlichen Verfahrens möglicherweise nicht oder nicht mehr ermittelt, nur mit Schwierigkeiten bemessen oder ersetzt werden kann. Die Klägerin hat nicht substantiiert dargetan, inwiefern ihr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil entsteht. Sie macht lediglich geltend, sie sei in ihrer Kundschaft, ihrem Kredit und beruflichen Ansehen, ihrem Geschäftsbetrieb und ihren Lieferanten verletzt und sei in ihrer Existenz gefährdet. Sie habe eine wesentliche Anzahl von Lieferanten verloren, welche teilweise nicht einfach zu ersetzen seien. Weiter habe sie einen

Umsatzeinbruch erlitten bzw. Kunden verloren und verliere diese weiterhin (act. 1 S. 5). Die Klägerin unterlässt es jedoch darzulegen, welche finanziellen Auswirkungen die angeblich unlauteren und kartellrechtswidrigen Handlungen der Beklagten konkret haben oder noch haben könnten. Die geltend gemachten Lieferanten- und Kundenverluste und die Beeinflussung der Umsatzzahlen lässt noch keinen Schluss auf einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zu, zumal die Klägerin nicht aufzeigt, was dies in finanzieller Hinsicht für sie bedeutet. Sinkende Umsatzzahlen könnten zwar als Nachteil qualifiziert werden. Droht indes ein finanzieller Schaden, ist ein solcher Nachteil nur dann nicht leicht ersetzbar, wenn die Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei zu Zweifeln Anlass gibt, was vorliegend nicht vorgebracht wurde (vgl. BGE 108 II 228 E. 2a). Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil wurde demnach nicht glaubhaft gemacht.

#### 5. Unzulässige Rechtsbegehren

Selbst wenn einzelne Rechtsverletzungen glaubhaft gemacht worden wären, könnten die Rechtsbegehren nicht gutgeheissen werden. Rechtsbegehren müssen konkret sei und einen konkreten Bezug zur Verletzungshandlung aufweisen. Rechtsbegehren 1 handelt von einem umfassenden Vertriebsverbot für die angeführten Güter. Von Spezialfällen abgesehen (z.B. eine vertragliche Verpflichtung, bestimmte Güter nicht anzubieten) kann nur der Vertrieb konkreter Produkte untersagt werden, beispielsweise der Vertrieb eines Produktes mit einer verletzen- den Marke. Man kann jemandem unter Umständen verbieten, konkrete Äusserungen weiter zu verbreiten, allenfalls auch, jemanden zu beschäftigen oder konkrete unlautere Anlehnungen weiterzuführen. Ein allgemeines Betätigungsverbot im Zweckbereich einer Firma (vorliegend "Handel mit Produkten, die der Gesundheitsvorsorge, dem körperlichen Wohlbefinden und der Pflege des Menschen dienen") wäre völlig unverhältnismässig und würde zur Vernichtung der Beklagten führen, also unzulässigerweise ein Definitivum schaffen. Das gilt auch für Rechtsbegehren 2: Der Katalog enthält hunderte, wenn nicht tausende von Artikeln, mit anderen Worten wohl das wesentliche Produktesortiment des Geschäftsbereichs der Parteien.

6.           Fazit

Die Klägerin hat weder eine Verletzung lauterkeitsrechtlicher oder kartellrechtlicher Bestimmungen durch die Beklagte noch einen ihr daraus erwachsenden nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil glaubhaft gemacht. Sodann hat sie unzulässige Begehren gestellt. Unter diesen Umständen brauchen die übrigen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht mehr geprüft zu werden. Vielmehr ist das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen ebenso wie dasjenige um Erlass vorsorglicher Massnahmen ohne Anhörung der Beklagten abzuweisen (Art. 253 ZPO, Art. 265 ZPO).

7.           Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig. Sie bezifferte den Streitwert mit mindestens CHF 30'000.–. Da kein anderer Betrag genannt wird, ist ein Streitwert im Bereich von CHF 30'000.– anzunehmen. Die Gerichtsgebühr ist unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts auf rund drei Viertel der ordentlichen Gebühr festzusetzen ( § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG). Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr der Klägerin aufzuerlegen. Mangels Aufwendungen ist der Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Der Einzelrichter erkennt:**

1. Das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen ohne Anhörung der Beklagten wird abgewiesen.
2. Das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'000.–.
4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
5. Der Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte mit Doppeln des Begehrens und der Beilagen.

7. 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 30'000.–.

Zürich, 9. Oktober 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Claudia Feier