

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE150497-O

U/ee

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Dr. Eva Borla-Geier

Urteil vom 11. Februar 2016

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

1. **B._____ & Partner AG,**

2. **C._____,**

Beklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei den Gesuchsgegnern zu verbieten, eine Weinauktion am Samstag, 14. November 2015 im Hotel D._____, Zürich-..., ... [Adresse], durchzuführen.
2. Es sei den Gesuchsgegnern zu verbieten, Weinauktionen, für welche Werbung mittels Katalogen, die auf dem Layout der Weinauktionskataloge der Gesuchstellerin der Jahre 2013 und 2014 basieren, betreiben wird und/oder wurde, durchzuführen.
3. Es sei den Gesuchsgegnern zu verbieten, Weinauktionen mittels Katalogen, welche auf dem Layout der Weinauktionskataloge der Gesuchstellerin [der] Jahre 2013 und 2014 basieren, zu bewerben.
4. Es sei den Gesuchsgegnern zu verbieten, Kataloge, welche auf dem Layout der Weinauktionskataloge der Gesuchstellerin [der] Jahre 2013 und 2014 basieren, aufzulegen, Dritten auszuhändigen und/oder zu versenden.
5. Es sei den Gesuchsgegnern zu verbieten, Kataloge, welche Textpassagen enthalten, welche in den Weinauktionskatalogen der Gesuchstellerin enthalten sind, zu versenden.
6. Es sei den Gesuchsgegnern zu verbieten, Adressdateien, welche von der Gesuchstellerin stammen, für Anschreiben und/oder Werbungen zu verwenden.
7. Die Gesuchsgegner seien zu verpflichten, sämtliche Adressaten des Kataloges betreffend die Weinauktion vom 14. November 2015 im Hotel D._____ Zürich-... zu informieren, dass diese Weinauktion nicht im Zusammenhang mit der Gesuchstellerin steht.
8. Die gemäss Ziff. 1.-6. beantragten Verbote seien für den Widerhandlungsfall mit der Strafandrohung von Art. 292 StGB zu verbinden.
9. Die Ziffern 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 und 8 hiavor seien gemäss Art. 265 Abs. 1 ZPO superprovisorisch anzuordnen.
10. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen solidarisch zu Lasten der Gesuchsgegner."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessgeschichte

Am 11. November 2015 (Poststempel) reichte die Klägerin ihr Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ein (act. 1). Mit Verfügung vom 12. November 2015 (act. 4) wurde das klägerische Dringlichkeitsbegehren abgewiesen. Gleichzeitig wurde der Klägerin Frist angesetzt, einen Kostenvorschuss einzuzahlen und den Beklagten, das klägerische Massnahmebegehren zu beantworten. Die Beklagten reichten innert erstreckter Frist am 21. Dezember 2015 (Poststempel) ihre Antwort mitsamt Beilagen ein (act. 11 und act. 12/1-9). Mit Verfügung vom 5. Januar 2016 (act. 15) wurde der Klägerin mit dem Hinweis, dass grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel im summarischen Verfahren vorgesehen ist, Frist angesetzt, eine freiwillige Stellungnahme zur beklagischen Antwort einzureichen. Daraufhin reichte die Klägerin innert Frist eine solche Stellungnahme mitsamt Beilagen ein (act. 17 und 18/15-16), welche den Beklagten wiederum zugestellt wurde (act. 19). Die Beklagten reichten daraufhin auch nochmals eine Stellungnahme mitsamt Beilagen ein (act. 21 und 22/1-3), die der Klägerin zugestellt wurde. Daraufhin reichte die Klägerin eine zweite Stellungnahme mitsamt Beilage ein (act. 23 und 24). Nun erweist sich das Verfahren als spruchreif.

2. Parteien und Prozessgegenstand

Bei der Klägerin handelt es sich um eine seit dem Jahre 1994 eingetragene Aktiengesellschaft, deren Zweck die Organisation und Durchführung von (Wein-)Auktionen sowie die Teilnahme an (Wein-)Auktionen ist (act. 3/3).

Auch die Beklagte 1, mit Sitz in Zürich, ist im Weinhandel tätig (act. 3/2, act. 11 Rz. 12 f.). Der Beklagte 2, eine natürliche Person mit Wohnsitz im Kanton Zürich (act. 1 Rz. 2), arbeitete für die Beklagte 1. Nun arbeitet der Beklagte 2 bei der Beklagten 1 (act. 12/12).

Im vorliegenden Verfahren geht es insbesondere um die Frage, ob sich die Beklagten mit ihren Weinauktionskatalogen unlauter im Sinne des UWG verhalten haben.

3. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 36 i.V.m. Art. 13 ZPO sowie Art. 5 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG) und ist auch anerkannt.

4. Vorsorgliche Massnahmen

4.1. Vorbemerkung

Ziff. 1 und 7 der klägerischen Begehren (Anordnung von superprovisorischen Massnahmen) wurden mit Verfügung vom 12. November 2015 (act. 4) abgewiesen. Bei diesen Begehren handelte es sich um Anträge betreffend einer Weinauktion am 14. November 2015. Aufgrund der zeitlichen Verhältnisse sind diese beiden Anträge vorliegend nicht mehr zu prüfen.

4.2. Voraussetzungen im Allgemeinen

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

4.2.2 Glaubhaftmachung bedeutet einerseits, dass der Kläger die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen hat, während andererseits das Gericht gehalten ist, wenigstens summarisch zu prüfen, ob sich der vom Kläger geltend gemachte Anspruch aus den dargelegten Tatsachen und Beweismitteln, namentlich den eingereichten Urkunden, ergibt. Insbesondere hat es zu prüfen, ob für das Vorhandensein der relevanten Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus der Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung dieser Tatsachen besteht (BGE 130 III 321, E. 3.3).

4.3. Hauptsachenprognose

4.3.1 Sachverhalt

Die Klägerin organisiert seit 1995 Weinauktionen im Hotel D._____ ... in Zürich unter dem Namen "A._____". Bis am 9. Januar 2015 firmierte die Klägerin unter "A1._____ SA" und seitdem nach einer Firmenänderung unter "A._____ AG" (act. 1 Rz. 6; act. 11 Rz. 11; act. 3/3).

Der Beklagte 2 war vom 1. Oktober 1994 bis 11. Juni 2015 als Geschäftsführer bei der Klägerin angestellt (act. 1 Rz. 4; act. 11 Rz. 10). Er war zudem auch Mitglied des Verwaltungsrates der Klägerin (act. 11 Rz. 11). Mit Schreiben vom 22. Dezember 2014 wurde ihm das Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der ordentlichen Kündigungsfrist gekündigt und er wurde freigestellt und schied aus dem Verwaltungsrat aus. Am 9. Juni 2015 kündigte ihm die Klägerin zudem fristlos (act. 1 Rz. 4; act. 3/5-6, act. 12/9). Ob die fristlose Kündigung seitens der Klägerin gerechtfertigt war, ist bestritten, letztlich aber für das vorliegende Verfahren irrelevant. Von den Beklagten wurde glaubhaft gemacht, dass es sich beim Beklagten 2 um einen Weinfachmann und -spezialisten handelt (act. 11 Rz. 7; act. 12/1-4). Nach der Kündigung meldete sich der Beklagte 2 beim RAV und bezog Arbeitslosengelder (act. 11 Rz. 12; act. 12/11), bevor er zunächst als freier Mitarbeiter und sodann ab 1. Januar 2016 als Festangestellter für die Beklagte 1 wieder im Weinhandel tätig wurde (act. 11 Rz. 12; act. 12/12).

Am 14. November 2015 führte die Klägerin eine Weinauktion durch, und zwar nicht mehr - wie sie dies früher tat - im Hotel D._____ ..., sondern im Hotel E._____ in Zürich (act. 3/6). Auch die Beklagten führten gleichentags eine Weinauktion durch, und zwar im Hotel D._____ ... (act. 3/9). Im Vorfeld der Weinauktionen versandten sowohl die Klägerin als auch die Beklagten am 31. Oktober 2015 ihren Katalog für die Auktion (act. 1 Rz. 7; act. 11 Rz. 22).

Die Beklagten anerkennen, dass sie sich bei der Gestaltung des Katalogs an die Kataloge der Klägerin angelehnt haben (act. 11 Rz. 17).

Schliesslich ist es unbestritten, dass beide Parteien eine starke Branchennähe aufweisen; sie sind beide im Kauf und Verkauf von insbesondere Weinen bester Qualität im gehobenen Preissegment tätig.

4.3.2 Klägerische Vorbringen

a) Die Klägerin behauptet, dass ihr Katalog und derjenige der Beklagten "zum Verwechseln ähnlich" seien und nicht nur Kunden irritiere, sondern auch Weinliebhaber und Weinauktionskenner (act. 1 Rz. 9 ff.; act. 3/10). So stehe auf der Website www.....ch zur Auktionsanalyse 2015 Folgendes: "(...) Die zum Verwechseln ähnlichen Kataloge (und ihre Aufmachung), wie auch der Ablauf der Aktion (auch der Auktionsort D._____) zeigen deutlich, dass die seit 20 Jahren wohl führende internationale Weinauktion "A1._____ SA" weitergeführt wird (nachdem seit gut einem Jahr das traditionsreiche Weinhaus anders aufgestellt ist und einen andern Besitzer hat)." (act. 1 Rz. 11; act. 3/13). Diese Aussage sei falsch, weil der Betrieb der Klägerin (A1._____ SA) wie bis anhin unverändert durch die Klägerin und nicht von den Beklagten weitergeführt werde (act. 1 Rz. 11).

Die Klägerin behauptet, dass das Layout ihres Kataloges, das sie von 1995 bis 2014 verwendet habe, individualisierende Merkmale aufweise: gleiche Typographie, gleicher Aufbau der Titelseite mit "A._____" in grosser und fetter Schrift am oberen Rand, in normaler Schriftgrösse der Hinweis auf "eine Dienstleistung der A1._____ SA", "sehr grosse und bedeutende" oder "sehr grosse und sehr bedeutende" oder "grosse und sehr bedeutende" Weinauktion, wobei der Titel "Weinauktion" zentriert in fetter und sehr grosser Schrift gewesen sei, sodann der Slogan, das Datum und die Lokalität am unteren Rand. Von 2003 bis 2014 hätten die Kataloge am unteren Rand einen schmalen sowie einen dickeren roten Querbalken gehabt. Und von 2005 bis 2014 sei die Titelseite im selben Weinrot (insbesondere der Titel) und Schwarz gehalten gewesen (act. 1 Rz. 17; act. 3/7).

Sie führt weiter aus, dass der Katalog der Beklagten weder Originalität noch Ungewöhnlichkeit oder Eigenart aufweise. So sei das gesamte Layout, das sie selbst von 1995 bis und mit 2014 verwendet habe, unverändert übernommen worden. Die Titelseite sei exakt gleich aufgebaut. Auch werde das gleiche Farbkonzept

verfolgt und ein Slogan verwendet wie von der Klägerin in den Jahren 2014, 2013 und 2009-1995 (act. 1 Rz. 18; act. 3/7-9).

Die Klägerin macht weiter geltend, dass die Beklagten auch grosse inhaltliche Elemente des Kataloges unverändert übernommen hätten. Zudem seien die Kataloge der Parteien gleich aufgebaut: Die Seiten 1 seien jeweils analog aufgebaut und teils inhaltlich identisch: Adresse, danach ein Querstrich und darunter die Angaben der Auktion mit Datum, Ort, Telefon- und Faxnummer sowie ein umrahmtes Textfeld mit dem Hinweis auf die Degustationsmöglichkeit und zuletzt die Aufzählung der verantwortlichen Personen (act. 1 Rz. 19; act. 3/7-10). Auch werde der Name "A._____" jeweils auf der Titelseite verwendet und auch sonst im Katalog (act. 1 Rz. 19, act. 3/7-10). Neben der gleichen Schriftart, Titel und Titelseite sei auch sonst der Katalog der Beklagten gleich wie derjenige der Klägerin. Er habe das exakt gleiche Format wie die klägerischen Kataloge von 1997 bis 2014. Weiter sei auch die gleiche Papiersorte verwendet worden (act. 1 Rz. 21, act. 3/8-9). Zudem würden beide Kataloge auf S. 2 jeweils ein Vorwort enthalten mit einem fettgedruckten Hinweis auf die Daten der kommenden Auktionen am Ende (act. 1 Rz. 22; act. 3/7-9). In Bezug auf das Vorwort macht die Klägerin weiter geltend, dass die Beklagten "bewusst eine Verbindung" zur Klägerin gemacht hätten, weil sie Folgendes ausführen würden: "Es ist zugleich unsere erste Weinauktion mit neuem Namen in diesem Jahr. Der Ablauf bleibt der gleiche, allerdings ist das Aufgeld / die Kommission nur noch 9 % (und nicht mehr 10%)." So würden die Beklagten suggerieren, dass es sich beim Veranstalter wie bisher um die Klägerin handeln würde (act. 1 Rz. 23; act. 3/7-9).

Weiter behauptet die Klägerin, dass die Beklagten auch die Auktionsbedingungen übernommen hätten und lediglich eine Ziffer angepasst worden sei (angeblich private anstatt wie bei der Klägerin öffentliche Auktion) (act. 1 Rz. 25; act. 3/7-9). Ebenfalls hätten die Beklagten den Text zum Ablauf einer Auktion (in deutscher und englischer Sprache) unverändert übernommen wie auch das Abkürzungsverzeichnis und die Grafiken und Beschreibungen zu den Füllständen und Flaschenzuständen (act. 1 Rz. 26; act. 3/7-9). Schliesslich seien auch die am Ende des Katalogs enthaltenen Formulare (Einschätzformular, Auktions- und Transportauf-

trag) mit Ausnahme der Adress- und Namensangaben identisch (act. 1 Rz. 27; act. 3/7-9).

Replicando entgegnet die Klägerin, dass das Layout ihres Katalogs nicht simpel sei. Doch auch ein angeblich simples Layout, das über Jahre verwendet worden sei, könne dazu führen, dass diesem eine Kennzeichenkraft bzw. ein Wiedererkennungswert zukomme. Schliesslich würden andere Anbieter von Weinaktionen deutlich andere Layouts für ihre Kataloge verwenden (act. 17 ad. 30; act. 18/16).

Weiter ergänzt die Klägerin replicando, dass Verwechslungen stattgefunden hätten. Insbesondere habe sich eine Kundin bei der Klägerin nach der Auktion gemeldet und nachgefragt, ob der Wein zur Abholung bereit sei. Doch diese habe Wein bei den Beklagten bestellt und nicht bei ihr, und zwar in Höhe von CHF 65'000.--. Somit seien die Verwechslungen von erheblichem Ausmass und auch von grosser wirtschaftlicher Tragweite gewesen (act. 17 Rz. 24; act. 18/15).

Zusammenfassend macht die Klägerin geltend, dass eine Verwechslungsgefahr offenkundig gegeben sei. Die Beklagten hätten versucht, beim Publikum den Eindruck zu erwecken, dass es sich bei ihrer Auktion um eine Auktion der Klägerin handeln würde (act. 1 Rz. 28, act. 3/7-9). Auch hätten sich die Beklagten in mehrfacher Hinsicht an den bisherigen Marktauftritt der Klägerin (ähnlicher Katalog, Lokalität, gleiches Datum der Auktion) angelehnt und sich dadurch unlauter verhalten (act. 17 ad 26).

b) Weiter behauptet die Klägerin, dass sie von "diversen" Kunden telefonisch kontaktiert worden sei, die irritiert gewesen seien, da sie die beiden Auktionen nicht hätten auseinander halten können (act. 1 Rz. 10; act. 3/11). Auch macht die Klägerin geltend, dass die Beklagten unzulässigerweise eine Kundenadressdatei der Klägerin von 2014 verwendet hätten, um ihren Katalog zu versenden. So hätten beispielsweise die Kunden F._____ und G._____, die im Sommer/Herbst 2014 umgezogen seien, von den Beklagten den Katalog an die alte Adresse geschickt erhalten (act. 1 Rz. 12; act. 3/11). Auch hätte die Weinauktion der Beklagten ausschliesslich die Kunden der Klägerin angesprochen (act. 1 Rz. 31; act. 3/8-10).

4.3.3 Beklagtische Vorbringen

a) Die Beklagten bestreiten eine angebliche Verwechslungsgefahr. Vielmehr versuche die Klägerin mit ihrem Firmennamen "A._____ AG", vom guten Namen des Beklagten 2 zu profitieren und nehme in Kauf, dass das Weinpublikum allenfalls annehme, der Beklagte 2 arbeite immer noch bei der Klägerin (act. 11 Rz. 11; act. 12/1). Die Beklagten dürften gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) einen Handel und Auktionen mit Wein betreiben. Auch dürfe der Beklagte 2 mit seinem eigenen Namen Werbung machen (act. 11 Rz. 13).

Die Beklagten machen geltend, dass sie sich nicht unlauter verhalten hätten. Wiederum, vielmehr erscheine das Verhalten der Klägerin als unlauter und aus arbeitsrechtlicher Sicht treuwidrig, indem diese ihre Firma von "A1._____ SA" zu "A._____ AG" geändert habe und das wirtschaftliche Fortkommen des Beklagten 2 zu erschweren versuche (at. 11 Rz. 15 und 18). Es falle auf, dass die Klägerin auf dem Titelblatt ihres Katalogs von 2015 den Zusatz "AG" weggelassen habe im Gegensatz zu den früheren Jahren. Auch sonst im Katalog heisse es nur "A._____", mit Ausnahme beim Transportauftrag am Ende. Damit habe die Klägerin bewusst alles getan, um ihre bisherigen Kunden annehmen zu lassen, dass der Beklagte 2 weiterhin für sie tätig sei.

Sie, die Beklagten, hätten aber klare Verhältnisse geschaffen, indem auf der Titelseite des Kataloges zuoberst in grossen Buchstaben der Firmenname der Beklagten 1 stehen würde und sodann der Name des Beklagten 2, und zwar mit vollständigen Vornamen und dem Buchstaben des zweiten Vornamens (act. 11 Rz. ..). Es werde in act. 3/13 klar zwischen der Auktion der Beklagten im Hotel D._____ und derjenigen der Klägerin im Hotel E._____ unterschieden. Dies ergebe sich ohne weiteres bereits aus der Titelseite (act. 11 Rz. 26).

b) Die Beklagten machen geltend, dass die Interessenabwägung dazu führe, dass es dem Beklagten 2 nicht verboten werden könne, mit seinem Namen Werbung zu machen, um damit seinen Lebensunterhalt finanzieren zu können. Sie verweisen dabei auf BG 116 II 621 E. 6. Dem Adressatenkreis der beiden Kataloge, die Weinkenner, sei es ohne weiteres erkenntlich gewesen, dass der Beklag-

te 2 für eine neue Firma tätig sei und für diese die Auktion durchführe (act. 11 Rz. 15).

Die Beklagten führen aus, dass sich der Beklagte 2 bei der Gestaltung des beklagischen Katalogs an die von ihm früher gestalteten Kataloge, als er Arbeitnehmer der Klägerin bzw. der H._____ AG gewesen sei, angelehnt habe. Für die Kataloge sei eine allgemeingebrauchliche Schrift verwendet worden. Eine wesentliche Änderung im Katalog der Beklagten 1 sei, dass nun zum ersten Mal auf mehreren Seiten Farbfotographien enthalten seien (act. 3/9 S. 42-45). Der Katalog 2015 der Klägerin unterscheide sich zudem optisch klar von ihrem aufgrund des verwendeten glänzenden Papiers und der anderen optischen Gestaltung des Titelbildes (act. 11 Rz. 17, 33). Weiter sei es richtig, dass die Klägerin mehr oder weniger stets das gleiche Layout für ihre Kataloge von 1995 bis 2014 verwendet habe, soweit es sich um die Titelseite des Kataloges handeln würde. Doch dieses Layout sei so simpel, dass es kaum den Namen Layout verdiene, eine solche Gestaltung dürfe nachgemacht werden, ohne dass man sich dabei unlauter verhalten würde (act. 11 Rz. 30). Auch sei eine Verwechslungsgefahr schon deshalb nicht mehr gegeben, weil die Klägerin zwischenzeitlich das Titelblatt ihres Auktionskataloges erheblich verändert habe (act. 11 Rz. 32). Zudem sei auch der Aufbau der Kataloge der Klägerin nicht schützenswert mangels Originalität. Die Reihenfolge sei sachlich begründet (act. 11 Rz. 35). Auch die Verwendung des gleichen Formats sei nicht unlauter (act. 11 Rz. 36).

b) Weiter anerkennen die Beklagten zwar, dass rund ein Dutzend Kunden der Klägerin auch den Katalog der Beklagten erhalten hätten. Aber sie bestreiten, dass die Adressaten der Kataloge die Gleichen gewesen seien, weil sich der Katalog der Klägerin an einen viel grösseren Kundenkreis gerichtet habe (act. 11 Rz. 22). Weiter bestreiten sie, dass die Beklagten die Kundenadressdatei der Klägerin verwendet habe; so habe die Klägerin diese Behauptung auch nicht glaubhaft gemacht (act. 11 Rz. 27, 46).

Die Beklagten anerkennen, dass der Beklagte 2 ein Email an die Kunden verschickt habe und dass er den Kunden darin mitgeteilt habe, dass sie einen neuen Katalog im Briefkasten haben würden für eine interessante Auktion. Doch die Be-

klagen machen geltend, dass der Beklagte 2 im Email auch darauf hingewiesen habe, dass es sich um eine kleinere Auktion als die bisherigen handle. Zudem habe er jeden Hinweis auf die Klägerin vermieden und als Absender seine private Adresse angegeben. Dadurch sei für den Empfänger durchaus erkennbar gewesen, dass er nicht mehr für die Klägerin tätig sei (act. 11 Rz. 23).

Die Beklagten bestreiten, dass unzählige Kunden die Klägerin kontaktiert hätten; sie anerkennen, dass ein Dutzend Kunden dies getan hätten. Doch eine Verwechslungsgefahr sei nicht vorgelegen. Auch act. 3/10 und 3/11 würden eine solche nicht glaubhaft machen. Vielmehr würden diese sogar beweisen, dass eine Verwechslung gar nicht entstanden sei, weil die Herren I._____ und J._____ erkannt hätten, dass es zwei verschiedene Firmen gäbe und ihnen dies auch ohne problemlos bestätigt werden können. Auch werde bestritten, dass die Kunden der Klägerin konsterniert, irritiert und fassungslos reagiert hätten; dies stehe nur in einem Email des Geschäftsführers der Klägerin an deren Anwalt (act. 11 Rz. 24; act. 3/11). Die Beklagte bringt vor, dass die von der Klägerin in act. 1 Rz. 10 genannten Kunden auch ihre Kunden seien und bestreitet daher, dass bei diesen eine Verwechslungsgefahr bestanden habe und zitiert aus Emails, die sie erhalten habe (act. 11 Rz. 25; act. 25).

c) Schliesslich machen die Beklagten geltend, dass das sog. Weinforum auf seiner Weinhomepage bereits am 3. November 2015 über vier grosse Weinauktionen, welche zwischen dem 14. bis 28. November 2015 stattgefunden hätten, orientiert habe. Es sei klar zwischen den beiden verschiedenen Auktionen der Parteien am 14. November 2015 unterschieden worden. Auch würden diese vier grossen Weinauktionen zeigen, dass der Weinmarkt in der Schweiz unter den Weinkennern bestens funktioniere und bekannt gewesen sei (act. 11 Rz. 25; act. 12/14-18).

4.4. Rechtliches

a) Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG handelt insbesondere unlauter, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen.

Unter diesen mitunter als wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz bezeichneten Tatbestand der Schaffung einer Verwechslungsgefahr mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen fallen sämtliche Verhaltensweisen, bei denen das Publikum durch die Schaffung von Verwechslungsgefahr irregeführt wird (BGE 128 III 353 E. 4). Es ist aber keine direkte warenbezogene Verwechselbarkeit erforderlich. Sie kann auch bloss eine mittelbare oder indirekte sein, indem beim Publikum der Eindruck erweckt wird, die verwechselbar gekennzeichneten oder ausgestatteten Waren stammten aus Betrieben, die wirtschaftlich eng verbunden seien (BGE 135 III 446 E. 6.1; BGE 116 II 365 E. 3a). Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG schützt somit vor Irreführungen über die betriebliche Herkunft von Waren, Werken oder Leistungen bzw. die betriebliche Identität an sich (ARPAGAUS, in: BSK-UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. d Rz. 8 f.).

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das Risiko der Verwechslung umso grösser, je näher sich die Waren sind, für welche die in Frage stehenden Zeichen gebraucht werden. Wenn zwei Zeichen für identische Warengattungen verwendet werden, ist bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ein besonders strenger Massstab anzulegen (BGE 135 III 446 E. 6.1; BGE 102 II 122 E. 2).

Allerdings kann die Schaffung einer Verwechslungsgefahr nur dann unlauter sein, sofern das Nachgeahmte Kennzeichnungskraft besitzt, entweder originäre Kennzeichnungskraft oder Kennzeichnungskraft infolge Verkehrsdurchsetzung. Originalität bedeutet, dass ein für den Marktauftritt verwendetes Element bereits ab dem Moment der Ingebrauchnahme vom Gewohnten und Erwarteten abweicht und damit über Kennzeichnungskraft verfügt (ARPAGAUS, in: BSK-UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. d Rz. 45). Verkehrsdurchsetzung ist zu bejahen, wenn sich ein Zeichen bzw. eine Leistung als Folge eines intensiven oder langen und im Wesentlichen unbestritten gebliebenen Alleingebrauchs im Verkehr als Zeichen des Geschäftsbetriebs eines Mitbewerbers durchgesetzt hat und so zum Individualzeichen geworden ist (SHK UWG-SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG Rz. 15).

Schliesslich ist eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Insbesondere bei Vorliegen von Namengleichheit ist das Interesse des Verletzers an der Führung seines Namens in diese Abwägung miteinzubeziehen. Da das Namensrecht seinem Träger unter anderem auch das Recht verleiht, von ihm selbst geschaffene Werke und Einrichtungen aller Art zu bezeichnen und unter dem eigenen Namen am Geschäftsverkehr teilzunehmen, lassen sich Kollisionen zwischen Namensrecht einerseits und Marken- bzw. Wettbewerbsrecht andererseits nicht ausschliessen; sie sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts durch Abwägen der gegenseitigen Interessen zu einem möglichst gerechten Ausgleich zu führen (BGE 116 II 617 E. 5c und 5d).

4.4. Würdigung Anträge Ziff. 2-5

Vorliegend ist als erstes zu prüfen, ob dem Katalog der Klägerin aus den Jahren 1995 bis 2014 (act. 3/7) ein schutzfähiger Marktauftritt bzw. Kennzeichnungskraft zukommt. Zunächst zur Titelseite: Es wurde stets die gleiche Typografie verwendet. Am oberen Rand stand "A._____" in weinroter (oder schwarzer) fetter und grosser Schrift und darunter in normaler, schwarzer Schriftgrösse der Firmenna- me der Klägerin mitsamt Adresse, darunter "sehr grosse und bedeutende" oder "sehr grosse und sehr bedeutende" oder "grosse und sehr bedeutende" Weinauktion, wobei "Weinauktion" in fetter und sehr grosser Schrift stand. Ebenfalls finden sich eine Kurzbeschreibung des Angebots, das Datum, die Uhrzeit, die Lokalität und der Hinweis auf eine Degustationsmöglichkeit auf der Titelseite. Die Kataloge von 2003 bis 2014 hatten zudem am unteren Rand einen schmalen sowie einen dickeren roten Querbalken.

Gestalterische Fähigkeiten werden für ein solches Titelblatt nicht verlangt. Wie von der Beklagten richtig ausgeführt, kann ein solches Titelblatt bereits mit einem Word-Programm erstellt werden. Originell, eigen oder ungewöhnlich ist es mit Bestimmtheit nicht.

Auch der Aufbau bzw. Inhalt des Katalogs hat keine originäre Kennzeichnungskraft. Die Klägerin hat denn auch nichts vorgebracht, weshalb dem Katalog originäre Kennzeichnungskraft zukommen sollte. Sie macht lediglich geltend, dass sie

von 1995 bis und mit 2014 das gleiche Layout, das individualisierende Merkmale aufweise, verwendet habe (act. 1 Rz. 17), dass das Layout des Katalogs nicht simpel sei (act. 17) und der Katalog der Beklagten weder Originalität, Ungewöhnlichkeit oder Eigenart aufweise (act. 1 Rz. 18). Schliesslich behauptet sie noch, dass auch ein angeblich simples Layout, das über Jahre verwendet worden sei, dazu führen könne, dass diesem eine Kennzeichenkraft bzw. ein Wiedererkennungswert zukomme (act. 17 ad. 30).

Inwiefern nun aber ihr "Layout" individualisierende Merkmale aufweisen sollte bzw. welche Merkmale individualisierend sein sollten, führt sie nicht konkret aus. Es ist denn auch nicht erkennbar, inwiefern die Titelseite originell sein sollte. Dies gilt aber auch für den ganzen Katalog. Es ist nicht ersichtlich und im Übrigen von der Klägerin auch gar nicht geltend gemacht, inwiefern der Katalog als solcher eine originäre Kennzeichnungskraft haben sollte. Auch sind der Aufbau des Katalogs und die Gestaltung des Vorworts, der Auktionsbedingungen, des Abkürzungsverzeichnisses, der Auflistung der Weine mitsamt Erklärung der Füllstände und Flaschenzustände sowie des Einschätzformulars und des Auktions- und Transportauftrags gewöhnlich und verfügen nicht über eine originäre Kennzeichnungskraft. Auch wenn der Katalog mehrere Jahre stets gleich gestaltet war, kommt ihm deshalb keine Kennzeichnungskraft aufgrund Verkehrsdurchsetzung zu. Dies gilt für den Katalog als solchen als auch für die einzelnen Passagen. Schliesslich hilft es der Klägerin nicht weiter, wenn sie eine Titelseite eines Katalogs einer Konkurrentin einreicht (act. 18/16).

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Hauptsachenprognose nicht positiv ausfällt, weil die Kennzeichnungskraft nicht glaubhaft erscheint.

Damit erübrigt sich die Prüfung, ob eine Verwechslungsgefahr gegeben ist und ob ein nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zu bejahren ist.

4.4. Würdigung Antrag Ziff. 6

In Bezug auf den Antrag der Klägerin, den Beklagten zu verbieten, Adressdaten, welche von der Klägerin stammen, für Anschreiben und/oder Werbungen zu ver-

wenden, ist Folgendes festzuhalten: Die Klägerin muss glaubhaft machen, dass die Beklagten ihre Kundenadressdatei benutzt haben, was die Beklagten bestreiten (act. 11 Rz. 27). Bei dem von der Klägerin eingereichten act. 3/11 handelt es sich lediglich um ein Email von K._____, dem Geschäftsführer der Klägerin, an den Rechtsvertreter der Klägerin, worin dieser mitteilt, dass die Kunden F._____ und G._____ im Sommer/Herbst umgezogen seien, den Katalog der Beklagten jedoch an diese alte Adresse zugeschickt erhalten hätten, was ein klares Indiz sei für die unbefugte Verwendung des klägerischen Adressdatei. Ein solches Email ist eine reine Parteibehauptung, die von den Beklagten bestritten wird. Für die Glaubhaftmachung genügt dies nicht. Der Antrag Ziff. 6 ist somit abzuweisen.

4.5. Somit ist das Massnahmebegehren abzuweisen. Darüber hinaus dürften die Begehren 2 - 6 kaum dem Bestimmtheitsgebot genügen. Darauf ist aber nicht mehr weiter einzugehen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO).

5.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist. Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

5.3. Die Klägerin gibt einen Streitwert von CHF 50'000.-- an (act. 1 Rz. 3), welcher von den Beklagten nicht bestritten wird (act. 11 Rz. 2). Es ist somit von einem Streitwert in Höhe von CHF 50'000.-- auszugehen.

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 und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu decken.

5.4. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt CHF (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 2 i.V.m. § 9 AnwGebV auf die Hälfte zu reduzieren. Die Beklagten haben den gleichen Rechtsvertreter, der jeweils nur eine Eingabe für beide Beklagten gemeinsam einreichte. Damit ist lediglich eine Parteientschädigung geschuldet. Die Klägerin ist demzufolge zu verpflichten, den Beklagten eine Prozessentschädigung in der Höhe von CHF 4'200.- zu bezahlen (1 Zuschlag).

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'000.--.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 4'200.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 23 und 24.
6. 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 50'000.--.

Zürich, 11. Februar 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Eva Borla-Geier