

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE160331-O

U/dz

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin  
Adrienne Hennemann

## Urteil vom 29. September 2016

in Sachen

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

Klägerin

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

gegen

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

Beklagter

betreffend **vorsorgliche Massnahme**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 f.)

- " 1. Es sei dem Beklagten zu verbieten, in der Schweiz Veranstaltungen unter dem Label "C.\_\_\_\_\_" durchzuführen;
  2. Es sei der Beklagte anzuweisen, die auf den 6. August 2016 angekündigte Party im Lokal D.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], abzusagen;
  3. Es sei dem Beklagten zu verbieten, in seiner Werbung oder sonstwie im geschäftlichen Verkehr die Bezeichnung "C.\_\_\_\_\_" zu verwenden;
  4. Es sei dem Beklagten zu verbieten, in seiner Werbung oder sonstwie im geschäftlichen Verkehr zu behaupten, seine Veranstaltungen würden in einem Zusammenhang mit ehemals im Lokal "E.\_\_\_\_\_", ... [Adresse], durchgeführten Veranstaltungen stehen;
  5. Obige Verbote und Massnahmen seien mit der Androhung der Bestrafung im Zuwiderhandlungsfalle mit Haft oder Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB zu verbinden;
  6. Obige Verbote und Massnahmen seien superprovisorisch mit sofortiger Wirksamkeit und ohne Anhörung des Beklagten durch vorläufige Anordnung zu erlassen;
  7. Es sei der Klägerin Frist zur Anhebung der ordentlichen Klage anzusetzen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zulasten des Beklagten."

**Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Am 2. August 2016 (Poststempel) reichte die Klägerin ihr Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ein (act. 1). Mit Verfügung vom 3. August 2016 wurde das klägerische Dringlichkeitsbegehren abgewiesen. Gleichzeitig wurde der Klägerin Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss zu leisten und um eine korrekte und bezüglich Unterschriften leserliche Vollmacht einzureichen und dem Beklagten Frist zur Beantwortung des klägerischen Massnahmebegehrens angesetzt (act. 4). Am 15. August 2016 reichte die Klägerin die Vollmacht ein (act. 6 und 7). Der Vorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 8). Der Beklagte reichte am

17. August 2016 die Klageantwort samt Beilagen ein (act. 9 und act. 10/1-3), wovon ein Doppel an die Klägerin ging (act. 11; Prot. S. 5). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## 2. 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. 1 lit. d ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG) und ist auch anerkannt.

## 3. Vorsorgliche Massnahmen

### 3.1. Vorbemerkung

Ziff. 6 der klägerischen Begehren (Anordnung von superprovisorischen Massnahmen) wurde mit Verfügung vom 3. August 2016 (act. 4) abgewiesen. In Ziff. 2 des Rechtsbegehrens wird die Absage der auf den 6. August 2016 angekündigten Party im Lokal D.\_\_\_\_\_ in Zürich beantragt. Aufgrund der zeitlichen Verhältnisse ist dieser Antrag vorliegend nicht mehr zu prüfen.

### 3.2. Voraussetzungen im Allgemeinen

3.2.1. 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.

3.2.2. Glaubhaftmachung bedeutet einerseits, dass der Gesuchsteller die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen hat, während andererseits das Gericht gehalten ist, wenigstens summarisch zu prüfen, ob sich der vom Gesuchsteller 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).

### 3.3. Hauptsachenprognose

#### 3.3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die E.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation hat an der ... [Strasse] in Zürich das Szenelokal "E.\_\_\_\_\_" bis zu dessen Schliessung betrieben. F.\_\_\_\_\_, Delegierter des Verwaltungsrates der Klägerin, war für die Veranstaltungen im E.\_\_\_\_\_ verantwortlich und wurde von den Betreibern des Lokals im Jahre 2012 gebeten, ein neues Geschäftslokal zu suchen. In der Folge wurde die Klägerin als Betreiberin des Nachfolgelokals des "E.\_\_\_\_\_" neu gegründet und das Lokal im Jahre 2013 unter dem Namen "G.\_\_\_\_\_" in Zürich eröffnet. Die Clubleitung (F.\_\_\_\_\_) blieb dieselbe (act. 1 Rz. 7). Im Vorgängerclub "E.\_\_\_\_\_" waren am 7. Oktober 2010, am 5. Mai 2011 sowie am 11. Oktober 2012 Parties unter dem Label "H.\_\_\_\_s ..." durchgeführt worden (act. 3/8; act. 3/10-11). Die Party vom 27. Januar 2011 hatte den Titel "H.\_\_\_\_S ..." getragen (act. 3/9). Der Beklagte war von März 2013 bis Februar 2016 für die Klägerin tätig, wobei er die Veranstaltung "C.\_\_\_\_\_" als "I.\_\_\_\_\_" - sog. Botschafterin des Partylabels und Promotor mit Auftritt als Dragqueen im Showblock - beworben hat (act. 1 Rz. 2 f.). Zwischen den Parteien wurde ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen, worin unter anderem festgehalten ist (vgl. act. 3/16):

" 1. Das Partylabel "C.\_\_\_\_\_" ist und bleibt Eigentum des Auftraggebers.

[...]

8. [...] Er [Der Auftraggeber] verpflichtet sich weiter, jegliches Verhalten, das dem Ansehen der C.\_\_\_\_\_, dem G.\_\_\_\_\_ Club oder der A.\_\_\_\_\_ AG Schaden zufügen könnte, während der Dauer des Vertrages und auch darüber hinaus zu unterlassen. [...]"

Die Shows fanden am 29. März 2013 (act. 3/12), am 27. September 2013 (act. 3/13) sowie am 12. Juni 2015 statt (act. 3/14). Ende 2015 hat der Beklagte die Zusammenarbeit gekündigt und war letztmals im Rahmen der ...-Jahre-Jubiläumsparty am tt.mm.2016 für die Klägerin tätig (act. 1 Rz. 3; act. 3/3).

Der Beklagte hat in Zürich unter dem Label "J.\_\_\_\_\_" eine Party durchgeführt, der mässiger Erfolg beschieden war. Am 6. August 2016 erfolgte eine Party unter

dem Titel "C.\_\_\_\_\_ by I.\_\_\_\_\_" (act. 10/1). Die Klägerin hat am 1. April 2016 sowie am 17. Juni 2016 eine Party unter dem Label "C.\_\_\_\_\_" durchgeführt (act. 1 Rz. 19 ff.; act. 3/27+28). Weitere Parties sind von der Klägerin neben dem 19. August 2016 auf den 15. Oktober 2016, 9. Dezember 2016 sowie 20. Januar 2017 geplant (act. 1 Rz. 24).

Weiter ist unbestritten, dass der Beklagte auf Facebook am 17. Juni 2016 folgende Nachricht auf der Site der Gruppe "C.\_\_\_\_\_ by I.\_\_\_\_\_" gepostet hat: "The ORIGINAL C.\_\_\_\_\_ from E.\_\_\_\_\_ Club since 2009 by ... Queen I.\_\_\_\_\_" (act. 1 Rz. 14 und 28; act. 3/15).

### 3.3.2. Klägerische Vorbringen

Die Klägerin stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, der Beklagte sei am 29. März 2013 erstmals für sie bzw. dieses Partylabel tätig gewesen. Trotz Abänderung des Partylabels sei der Anlass von den Besuchern nicht als neue Partyreihe wahrgenommen worden (act. 1 Rz. 12 f.). Das Partylabel "C.\_\_\_\_\_" gehöre alleine der Klägerin und der Beklagte sei nicht berechtigt, das Partylabel "C.\_\_\_\_\_" zu gebrauchen bzw. seine eigene Veranstaltung unter Verwendung dieser Bezeichnung zu bewerben (act. 1 Rz. 25). Die blickfangmässige Werbeaussage "ORIGINAL C.\_\_\_\_\_ from E.\_\_\_\_\_ Club since 2009" mit Bezug auf vom Beklagten durchgeführte Veranstaltungen sei krass unrichtig und irreführend, da sie zwangsläufig den wahrheitswidrigen Eindruck erwecke, das Partylabel "C.\_\_\_\_\_" sei dem Beklagten zuzuordnen und diese Parties seien unter seiner Verantwortlichkeit bereits im E.\_\_\_\_\_ durchgeführt worden, was nicht zutreffe (act. 1 Rz. 28). Sodann sei offensichtlich, dass der Beklagte den Goodwill und den hohen Bekanntheitsgrad des Partylabels "C.\_\_\_\_\_" ausbeute und für die eigene Werbung dienstbar machen wolle, um sich so die Einführungskosten der eigenen noch unbekannteren Veranstaltungen zu ersparen. Eine solche unnötig anlehrende Werbung sei unlauter und rechtswidrig (act. 1 Rz. 29).

### 3.3.3. Beklagtische Vorbringen

Der Beklagte hält dagegen, die Klägerin habe kein Monopolrecht am Partylabel "C.\_\_\_\_\_", vielmehr handle es sich beim Label um Gemeingut, was das Institut für geistiges Eigentum (IGE) festgestellt habe (act. 9 S. 3 und 6 ff.; act. 10/3). Das Label sei von ihm zu keinem Zeitpunkt in Eigenregie genutzt worden, sondern als "C.\_\_\_\_\_ by I.\_\_\_\_\_" bzw. "J.\_\_\_\_\_", also nicht marktverwirrend (act. 9 S. 4 und 6 f.). Sodann habe er selbst in eigene Flyer investiert, die sich von der Klägerin benutzen Label markant unterscheiden würden (act. 9 S. 3 f.). Der Beklagte führt weiter aus, dass er zusammen mit K.\_\_\_\_\_ im Jahre 2008 die Idee und den Wunsch gehabt habe, eine Party zu veranstalten, die homosexuelle Menschen mit ... Wurzeln anspreche. K.\_\_\_\_\_ sei zu diesem Zeitpunkt als Barkeeper im E.\_\_\_\_\_ tätig gewesen und habe die Geschäftsleitung des E.\_\_\_\_\_s (worunter sich nicht die Klägerin befunden habe) überzeugen können, diese Veranstaltung unter der Leitung der beiden "Erfinder" im E.\_\_\_\_\_ regelmässig durchzuführen. Daher habe die Veranstaltung zu Beginn auch den Namen "H.\_\_\_\_\_s ..." getragen, wobei der Name mit der Zeit häufig gewechselt habe. Der Beklagte hält fest, dass er jeweils für das Show-Programm zuständig gewesen sei und dieses auch selber durchgeführt habe. Er habe vor der Eröffnung des G.\_\_\_\_\_ -Clubs mit dem "Kläger" ein persönliches Gespräch geführt, wobei er die Klägerin habe überzeugen können, nicht nur die besagte Party im G.\_\_\_\_\_ -Club unter der Leitung des Beklagten fortzusetzen, sondern dessen Namen auch gleich auf den personenunabhängigen Party-Namen "C.\_\_\_\_\_" zu ändern. Er sei nicht erst am 29. März 2013 erstmals für das Partylabel tätig gewesen, sondern schon mehrere Jahre zuvor im E.\_\_\_\_\_. Die Bühnenshow habe er vollkommen selbstständig gestaltet und nicht bloss mitgestaltet (act. 9 S. 5). Sodann sei er es gewesen, der das Partylabel erfunden habe (act. 9 S. 6). Er habe sich nicht unlauter und rechtswidrig verhalten. Sein Verhalten könne keine anlehrende Werbung sein, da er stets einen unterscheidungskräftigen Zusatz "by I.\_\_\_\_\_" verwendet habe und sein Logo markant unterschiedlich hinsichtlich Form und Farbe sei (act. 9 S. 8). Da es sich bei der Bezeichnung "C.\_\_\_\_\_" um Gemeingut handle, komme der im Arbeitsvertrag enthaltenen Klausel keinerlei Rechtswirkung zu (act. 9 S. 9).

#### 3.3.4. Würdigung

### 3.3.4.1. Zum Zusammenhang mit ehemals im Lokal "E.\_\_\_\_\_" durchgeführten Veranstaltungen

Unlauter handelt insbesondere, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG). Als Irreführung wird jede Diskrepanz zwischen dem durch Angabe hervorgerufenen Verständnis des Durchschnittsadressaten und den tatsächlichen Begebenheiten verstanden. Damit der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs erfüllt ist, genügt das Vorliegen einer abstrakten Gefahr; eine tatsächliche Irreführung ist nicht relevant (MATHIS BERGER, in: Basler Kommentar zum UWG, Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Basel 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. b Rz. 49 ff.).

Während die Klägerin in der Begründung ihrer Rechtsschrift sich an der Aussage "ORIGINAL C.\_\_\_\_ from E.\_\_\_\_ Club since 2009" des Beklagten auf Facebook stört, erstaunt, dass das Rechtsbegehren Ziff. 4 viel weiter gefasst ist und sich ein konkretes Verbot für die zitierte Aussage nicht finden lässt. Gleichwohl ist das Rechtsbegehren gerade noch als genügend bestimmt hinsichtlich der zu verbietenden Verhaltensweisen anzusehen (vgl. DAVID RÜETSCHI/SIMON ROTH in: Basler Kommentar zum UWG, a.a.O., Art. 9 Rz. 27 ff.).

Der Beklagte will bereits von Anfang an im E.\_\_\_\_\_ dabei gewesen sein und hält seine Aussage daher für nicht irreführend. Die Klägerin legt jedoch glaubhaft dar, dass es sich bei der Partyreihe um eine solche handelt, die im E.\_\_\_\_\_ ihren Anfang genommen hatte. Der Beklagte selbst thematisiert in seinen E-Mails das ...jährige Jubiläum (act. 3/17) und schreibt davon, dass alles wie bisher im E.\_\_\_\_\_ sei, einfach nun unter seiner Leitung anstatt derjenigen von H.\_\_\_\_\_ (act. 3/6). Dies spricht dafür, dass er im E.\_\_\_\_\_ nicht die Leitung übernommen hatte. Sodann lässt sich den Belegen zu den Show Acts im E.\_\_\_\_\_ der Name des Beklagten – dies im Gegensatz beispielsweise zu "H.\_\_\_\_\_" – nicht entnehmen (act. 3/8+9). Indem der Beklagte seine Veranstaltung mit "Original" und "from E.\_\_\_\_\_ Club since 2009" betitelt, erweckt er den Eindruck, dass es sich bei der

Party um eine Fortsetzung der Veranstaltungsreihe handelt, die im E.\_\_\_\_\_ Club ihren Anfang genommen hatte, was nicht zutrifft. So hat er selber bestätigt, dass das Label der Klägerin gehöre und dies auch im Arbeitsvertrag unterschriftlich bestätigt (act. 3/6 und act. 3/16+17). Bei ausgehwilligen Partybesuchern besteht durch diese Aussage die Gefahr, dass sie über die Fortsetzung der Party und dessen Veranstalter in die Irre geführt werden und daher die Party des Beklagten in der Annahme besuchen, es handle sich bei dieser Veranstaltung um die originale Fortsetzung der Partyreihe. Die Klägerin legt glaubhaft dar, dass die Aussage des Beklagten unrichtig und irreführend und damit unlauter i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG ist.

#### 3.3.4.2. Zum Vorwurf der Rufausbeutung/anlehnenen Werbung

Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Art. 2 UWG). Der Vorwurf der Rufausbeutung wird unter die Generalklausel subsumiert, wobei aber ein dysfunktionaler Effekt auf den betreffenden Wettbewerb vorliegen muss. So reicht es beispielsweise nicht, wenn die Erscheinung von Billiguhren an hochpreisige Vorbilder angelehnt wird, solange jeder Abnehmer erkennt, dass es eben gerade nicht mit jenem Vorbild zu tun hat (RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar zum UWG, a.a.O., Art. 2 Rz. 65 und 125). Eine produktbezogene Rufausbeutung lässt sich unter den Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG subsumieren (4A\_467/2007; CHRISTIAN SCHMID in: Basler Kommentar zum UWG, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. e Rz. 94). Unlauteres Handeln liegt insbesondere auch vor, wer sich, seine Waren, Werke, Leistungen oder deren Preise in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehrender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken, Leistungen oder deren Preisen vergleicht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt (Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG). Der Schutz vor Irreführungen in den Spezialgesetzen einerseits und im Wettbewerbsrecht andererseits beruht auf unterschiedlichen Wertungen. Ein Verhalten kann unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten auch unlauter sein, wenn es nach den spezialgesetzlichen Vorschriften nicht verboten

ist. So kann es im Fall der Nachahmung einer nicht kennzeichnungskräftigen Ausstattung durchaus von Bedeutung sein, ob der Nachahmer irgend ein Dritter oder ein ehemaliger Angestellter des Verletzten ist (STREULI-YOUSSEF, in: Roland von Büren/Lucas David, Schweizerisches Immaterial- und Wettbewerbsrecht, S. 165). In einem kürzlich ergangenen (unpublizierten) Entscheid hat das Bundesgericht erwogen, dass ein Begriff, der zum Gemeingut gehört und der auch im Laufe der Zeit keinen individualisierenden Charakter erhalten hat, unter Art. 2 lit. a MschG fällt und keinen markenrechtlichen Schutz genießt. Dies schliesst aber nicht aus, dass eine gemeinfreie Bezeichnung unlauter sein kann. Das Bundesgericht erfordert aber besondere Umstände, wie eine parasitäre Rufausbeutung oder eine vermeidbare Irreführung über die Herkunft (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juli 2010 [4A\_168/2010; hierzu auch RETO. M. HILTY in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG), a.a.O., Art. 1 Rz. 163).

Die Anlehnung muss marktbezogen begründet sein und hat sich auf das Notwendige zu beschränken. Das Bestehen einer Verwechslungsgefahr ist möglich, aber nicht Tatbestandsvoraussetzung. Für die Schaffung einer Gedankenassoziation sind die Anforderungen an die Ähnlichkeit geringer als für die Schaffung einer Verwechslungsgefahr. Dabei ist zu beachten, dass der vorausgesetzte Vergleich auch konkludent, implizit durch Werbe- oder Marketingmassnahmen erfolgen kann, die sich an die Ausstattung des Konkurrenten annähern, und nicht explizit vorgenommen werden muss (Urteil 4A\_103/2008; BGE 135 III 446 E. 7.5; CHRISTIAN SCHMID, in: Basler Kommentar zum UWG, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. e Rz. 86). Auch bei Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG geht es um eine wettbewerbsfunktionale Betrachtungsweise (RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar zum UWG, a.a.O., Art. 2 Rz. 126).

Zwischen den beiden Parteien besteht eine Verbindung, die sich nicht wegdiskutieren lässt. So verwendet der Beklagte nun für seine Parties neben der Bezeichnung "C.\_\_\_\_\_" den Zusatz "by I.\_\_\_\_\_". Die Veranstaltungsreihe der Klägerin verwendet die neutralere Bezeichnung "C.\_\_\_\_\_". Bis zum Ausscheiden des Beklagten wurde jeweils in der Partybeschreibung auf "I.\_\_\_\_\_" Bezug genommen.

Soweit der Beklagte vorbringt, dass es sich bei der Bezeichnung "C.\_\_\_\_\_" um Gemeingut handle, wie die Verfügung des IGE zeige (vgl. act. 10/3), so mag das zwar zutreffen. Dies ändert aber wie oben dargelegt nichts daran, dass gleichwohl unlauteres Verhalten vorliegen kann. Nachdem der Beklagte seine erste Party noch unter anderer Bezeichnung durchgeführt hatte und dabei unbestrittenermassen einen mässigen Erfolg erzielt hatte, führte er die neue Party nun unter der Bezeichnung "C.\_\_\_\_\_ by I.\_\_\_\_\_" durch (act. 10/1). Die Klägerin legt glaubhaft dar, dass der Beklagte durch dieses Verhalten vom Ruf der Partyreihe profitieren will und sich unnötig an die Bezeichnung der Partyreihe der Klägerin anlehnt.

Eine andere Frage ist, ob er dies in wettbewerbsbeeinflussender Art und Weise tut. Anlässlich der letzten Party war zwar der Abschied von "I.\_\_\_\_\_" bekannt gegeben und ausgeführt worden, die Party fände weiterhin im G.\_\_\_\_\_ statt (act. 3/3). Es erscheint dennoch möglich, dass Partygänger tatsächlich die Party vom 6. August 2016 besucht haben in der Annahme, es handle sich um eine weitere Party der Klägerin. Zumindest hätte es sein können, dass die Party nicht mehr im "G.\_\_\_\_\_", sondern eben im "D.\_\_\_\_\_" stattgefunden hätte und "I.\_\_\_\_\_" wieder zur Partyreihe zurückgekehrt wäre. Für die Party vom 6. August 2016 lag eine Wettbewerbsbeeinflussung vor.

In der Zwischenzeit hat eine weitere Party der Klägerin im "G.\_\_\_\_\_" stattgefunden. Für die Partygänger muss im jetzigen Zeitpunkt klar sein, dass es sich bei einer Party, die nicht im "G.\_\_\_\_\_" stattfindet, nicht um eine solche der Klägerin handeln kann. Einerseits erschliesst sich dies dem Partyvolk bereits durch einfache Internetrecherche, andererseits gibt es gemäss klägerischen Angaben nicht viele solche Veranstaltungen (vgl. act. 1 Rz. 8) und die Veranstaltung wird von einem doch begrenzten Publikum besucht. Schliesslich verwendet der Beklagte den Zusatz by "I.\_\_\_\_\_" und einen anders gestalteten Flyer. Es mag für die Klägerin zwar unangenehm sein, wenn sich der Beklagte an die Partyreihe der Klägerin anlehnt, aber im jetzigen Zeitpunkt von einer dysfunktionalen Beeinflussung des Wettbewerbs zu sprechen ist, geht fehl. Insoweit ist der Sachverhalt ähnlich wie bei Billiguhren, die an hochpreisige Vorbilder angelehnt werden. Den Partygängern wird zwar die Anlehnung auffallen, die Anlehnung beeinflusst den Wettbe-

werb aber nicht. Der Klägerin gelingt es nicht, glaubhaft zu machen, dass sich der Beklagte durch Bezeichnung seiner Party mit "C.\_\_\_\_\_ by I.\_\_\_\_\_" im jetzigen Zeitpunkt unlauter i.S.v. Art. 2 oder Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG verhalten hat.

### 3.4. Nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil

#### 3.4.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Bewerbung und Durchführung von Veranstaltungen durch den Beklagten unter Verwendung des Partylabels der Klägerin "C.\_\_\_\_\_" verursache eine irreparable Marktverwirrung, sofern sie nicht sofort gestoppt werde, da das Publikum zur Annahme verleitet werde, das Partylabel "C.\_\_\_\_\_" sei dem Beklagten zuzuordnen. Das Publikum würde dadurch möglicherweise die Veranstaltungen des Beklagten besuchen, womit der Klägerin ein Schaden zugefügt werde (entgangener Gewinn), dessen Höhe und Kausalität nicht leicht zu beweisen wäre (act. 1 Rz. 32). Der Beklagte führe eine planmässige Kampagne durch und führe an den selben Daten bzw. kurz vor den Veranstaltungen der Klägerin seine Konkurrenzveranstaltungen durch. Der Beklagte habe erstmals am 6. August 2016 eine Party angesetzt, die Durchführung weiterer Veranstaltungen sei daher dringend zu befürchten (act. 1 Rz. 32).

Der Beklagte verneint die Absicht einer planmässigen Kampagne gegen die Klägerin. Sodann habe das beschuldigte Verhalten eben keine Früchte getragen, wie dies die Klägerin zutreffend ausgeführt habe (act. 9 S. 8).

#### 3.4.2. Rechtliches

Unter einem Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO ist jede Beeinträchtigung zu verstehen, welche durch das inkriminierte Verhalten des Beklagten verursacht wurde oder werden kann. Der Nachteil kann materieller oder immaterieller Natur sein. Während es sich beim materiellen Nachteil in der Regel um einen finanziellen Schaden handelt, geht es beim immateriellen Nachteil beispielsweise um Ruf- oder Ansehensbeeinträchtigungen (ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 21 f.). Irrelevant ist, ob die Beeinträchtigung am Ende des Verfahrens mit Geld entschädigt werden kann (so zumindest die Botschaft ZPO, S. 7354).

Dringlichkeit, als Bestandteil der Nachteilsprognose, muss ebenso gegeben sein. Sie wird dann bejaht, wenn der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil nicht anders als durch den Erlass der vorsorglichen Massnahme abgewendet werden kann (RÜETSCHI/ROTH, in: Basler Kommentar zum UWG, a.a.O., Vor Art. 9-13a UWG N 62). Wenn die klagende Partei ungebührlich lange mit der Stellung eines Massnahmebegehrens zuwartet, kann dies unter Umständen rechtsmissbräuchlich sein und der Rechtsschutz kann verweigert werden bzw. die Gesuchstellerin hat einen erhöhten Erklärungsbedarf in der Nachteilsdiskussion (ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 9).

### 3.4.3. Würdigung

3.4.3.1. Die Klägerin hat in Bezug auf den Vorwurf gemäss Rechtsbegehren 4 (Zusammenhang mit E.\_\_\_\_\_ Club) nicht einmal einen nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil behauptet. Ihre Ausführungen beziehen sich stets auf die Verwendung des Partylabels "C.\_\_\_\_\_" (vgl. act. 1 Rz. 14 und 32). Es wäre jedoch auch der nicht leicht wieder gut zu machende Nachteil in Bezug auf den in Rechtsbegehren Ziff. 4 erhobenen Vorwurf darzulegen gewesen (vgl. JOHANN JAKOB ZÜRCHER, der Einzelrichter am Handelsgericht Zürich, Einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, Diss. Zürich 1998, S. 140). Das Rechtsbegehren Ziff. 4 ist aus diesem Grunde abzuweisen.

3.4.3.2. Soweit sich die Klägerin hinsichtlich der Vorwürfe gemäss Rechtsbegehren 1 und 3 auf Dringlichkeit stützt, ist ihr zu entgegnen, dass aus der Eingabe nicht hervor geht, dass der Beklagte in naher Zukunft – neben der stattgefundenen Veranstaltung vom 6. August 2016 – eine weitere solche Veranstaltung plant. Ein konkreter Anhaltspunkt dafür findet sich nicht. Vor diesem Hintergrund erstaunt die Aussage der Klägerin, der Beklagte führe eine planmässige Kampagne durch und plane die Daten bewusst am selben Veranstaltungsdatum oder kurz davor. Woher die Klägerin diese Information haben will, bleibt völlig unklar. Einzig aus der Klageantwort kann entnommen werden, dass es dem Geschäftsführer der Klägerin gleichgültig gewesen sei, wenn die Partys nicht am selben Tag stattfinden würden (act. 9 S. 7). Die Klägerin vermag eine planmässige Kampagne nicht

glaubhaft zu machen. Gleichwohl ist aufgrund der eingetretenen Verletzung in Bezug auf die Veranstaltung vom 6. August 2016 und in Anbetracht des Umstands, dass der Beklagte das Recht der Klägerin nicht anerkennt, eine Wiederholungsgefahr und damit eine zeitliche Dringlichkeit zu bejahen (vgl. BGE 116 II 357 E. 2a; THOMAS SPRECHER, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], 2. Auflage, Basel 2013, Art. 261 Rz. 21).

Daneben hat die Klägerin einen nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil aus jetziger Sicht glaubhaft zu machen. Ist eine Verletzung bereits eingetreten, so ist erforderlich, dass eine weitere Benachteiligung zu befürchten ist (vgl. BGE 108 II 231 E. 2b).

Selbst wenn der Beklagte die Veranstaltung am selben Tag wie die Klägerin durchführen würde, würde zum jetzigen Zeitpunkt kein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil vorliegen. Den Partygängern würde sich diesfalls nämlich rasch erschliessen, dass es sich zwangsläufig um zwei verschiedene Veranstaltungen handeln muss. Es ist davon auszugehen, dass es sich um einen relativ engen Markt handelt, in welchem die Marktteilnehmer (Besucher einschlägiger Veranstaltungen) wissen, welcher Anbieter die jeweilige Veranstaltung organisiert. Mit diesem Wissen würden sie sich bewusst für eine Party entscheiden. Es würde der Markt spielen. Ein materieller Nachteil (z.B. entgangener Gewinn) aufgrund des Verhaltens des Beklagten ist damit nicht glaubhaft gemacht. Ein immaterieller Nachteil (bsp. Rufschädigung) ist weder genügend behauptet noch ersichtlich.

Müsste wie von der Klägerin behauptet, damit gerechnet werden, dass der Beklagte die Parties bewusst kurz vor den Terminen der Klägerin ansetzt, so müsste aus denselben Gründen ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil verneint werden, wäre es den Besuchern doch wiederum aufgrund der zeitlichen Nähe ein Leichtes, sich bewusst für die eine und entsprechend gegen die andere Veranstaltung zu entscheiden, da die Werbung etwa zeitgleich erfolgen dürfte. Wiederum würde der Markt spielen. Die Ausführungen der Klägerin zum nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil sind zudem überaus dürftig. Ausführungen, wieso durch das Verhalten des Beklagten neben der gewöhnlichen Markt-

situation ein Schaden entstehen soll, fehlen weitgehend. Es wird einzig dargelegt, möglicherweise würde das Publikum die Veranstaltung des Beklagten besuchen. Inwiefern der Klägerin ein Schaden im Sinne eines entgangenen Gewinns entstehen soll, wenn die Veranstaltungen nicht am selben Tag stattfinden, ist weder hinreichend behauptet noch ersichtlich. Jedenfalls kann das Publikum durchaus kurz nacheinander eine ähnliche Partyveranstaltung besuchen. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin selbst ihr Partylokal als einzigartig bezeichnet. Womit die Nachfrage für beide Partyveranstalter vorliegen dürfte. Zusammenfassend kann die Klägerin aus heutiger Sicht keinen nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil materieller Art glaubhaft machen. Ein solcher immaterieller Art ist nicht rechtsgenügend behauptet.

Damit sind die auch Massnahmebegehren Ziff. 1, 3, 5 und 6 abzuweisen.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig. Sie bezifferte den Streitwert mit mindestens CHF 30'000.– (act. 1 Rz. 4). Der Beklagte äusserte sich nicht explizit zum Streitwert. Es rechtfertigt sich, einen 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 und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu decken.

Der Beklagte beantragt sinngemäss eine Umtriebsentschädigung (act. 9 S. 2). Einer anwaltlich nicht vertretenen Partei wird nur in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung zugesprochen, wenn sie nicht anwaltlich vertreten ist (vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Als Anwendungsfall einer Umtriebsentschädigung ist der Verdienstaufgang einer selbstständig erwerbstätigen Person anzusehen (Kuko ZPO - HANS SCHMID, Art. 95 Rz. 36). Der Beklagte begründet sein Entschädigungsbegehren nicht. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern ihm ein Verdienstaufgang erwachsen sein soll. Mangels Umtrieben ist dem Beklagten daher keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**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. Dem Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
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 30'000.-.

Zürich, 29. September 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Adrienne Hennemann