

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE180334-O

U

Mitwirkend: Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie der Gerichtsschreiber  
Roman Kariya

## Urteil vom 10. August 2018

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Klägerin

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

gegen

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

Beklagte

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Massnahmegeesuch:**

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei der Gesuchsgegnerin superprovisorisch zu verbieten, auf der Terrasse des Restaurants C.\_\_\_\_\_ eine Leinwand für das ...-Kino «D.\_\_\_\_\_», welches vom 15. August 2018 bis 3. September 2018 auf dem Gelände des ...-Zentrums E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, stattfindet, aufzustellen.
2. Es sei der Gesuchsgegnerin superprovisorisch zu verbieten, während des ...-Kinos «D.\_\_\_\_\_», welches vom 15. August 2018 bis 3. September 2018 auf dem Gelände des ...-Zentrums E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, stattfindet, für die Verpflegung der Gäste des genannten ...-Kinos einen anderen Verpfleger beizuziehen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

**Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:**

1. Mit Eingabe vom 8. August 2018 (Datum Poststempel; heute hierorts eingegangen) stellte die Gesuchstellerin (fortan Klägerin) das vorgenannte Massnahmegeesuch (act. 1; act. 3/2-19). Vorgängig hat die Gesuchsgegnerin (fortan Beklagte) am 2. August 2018 (Datum Poststempel) eine Schutzschrift samt Beilagen, datiert vom 2. August 2018, eingereicht, welche mit Verfügung vom 6. August 2018 entgegengenommen wurde (Verfahren Geschäfts-Nr. HE180330-O). Die Schutzschrift ist im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen; die Akten des Verfahrens Geschäfts-Nr. HE180330-O sind entsprechend beizuziehen (act. 4).
2. Sämtliche Prozessvoraussetzungen sind vorliegend erfüllt.
3. Die Klägerin betreibt als (Unter-)Pächterin das Restaurant "C.\_\_\_\_\_", welches sich innerhalb des ...-Zentrums E.\_\_\_\_\_ (fortan ...-Z) an der G.\_\_\_\_\_-Strasse ... in F.\_\_\_\_\_ befindet. Die Beklagte ist die Verpächterin.

Nach übereinstimmender Darstellung beider Parteien wird von der Beklagten seit drei Jahren die jährlich stattfindende Veranstaltung "D.\_\_\_\_\_" (ein ...-Kino) durchgeführt; in diesem Jahr vom 15. August 2018 bis 3. September 2018. Hierfür wird

die Leinwand des ...-Kinos jeweils auf der Aussenterrasse des Pachtobjekts der Klägerin errichtet, und für die Verpflegung werden externe "Caterer" beigezogen.

Die Klägerin sieht in der Benutzung der Aussenterrasse für die dort errichtete Leinwand eine Vertragsverletzung und im Beizug externer "Caterer" eine Verletzung ihres behaupteten Exklusivrechts für die Verpflegung aller Kursteilnehmer, Event-Teilnehmer und des Personals des ...-Z. Sie befürchtet eine Umsatzeinbusse von geschätzt rund CHF 100'000.– (act. 1 Rz. 5 ff.).

4. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die Klägerin 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). Mit anderen Worten müssen sowohl der Verfügungsanspruch als auch der Verfügungsgrund bejaht werden können (ZÜRCHER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [HRSG.], ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 261 N. 17; KOFMEL EHRENZELLER, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [HRSG.], Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 261 N. 4). Bezüglich des Verfügungsanspruchs hat das Gericht eine Hauptsachenprognose zu erstellen, bezüglich des Verfügungsgrundes eine Nachteilsprognose. Letzteres bedeutet, dass der Klägerin ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil drohen muss. Gleichzeitig hat eine gewisse zeitliche Dringlichkeit vorzuliegen, welche dann zu bejahen ist, wenn der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil nicht anders als durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewendet werden kann, und ein Zuwarten auf das Resultat des Hauptverfahrens nicht zumutbar erscheint. Sodann wird nach der Praxis des Bundesgerichts dem Verhältnismässigkeitsprinzip ein besonderer Stellenwert eingeräumt (ZÜRCHER, in: ZPO Kommentar, a.a.O., Art. 261 N. 12, N. 17 und N. 33; KOFMEL EHRENZELLER, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [HRSG.], a.a.O., Art. 261 N. 7).

Bei besonderer Dringlichkeit kann die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei angeordnet werden (Art. 265 Abs. 1 ZPO). Dabei handelt es sich um Ausnahmefälle, bei denen eine besondere Dringlichkeit vorliegen muss (ZÜRCHER, in: Kommentar ZPO, a.a.O., Art. 265 N. 1 ff.). Eine solche ist bei

einer gesteigerten zeitlichen Dringlichkeit gegeben. Diese besteht dann, wenn die Anhörung der Gegenpartei zu viel Zeit in Anspruch nehmen würde, so dass der Rechtsschutz voraussichtlich zu spät käme. In diesem Fall darf der Kläger das Gesuch aber nicht hinausgezögert haben (GÜNGERICH, in: Berner Kommentar, Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, Art. 265 N. 7 ff.).

5. Wie sogleich zu zeigen ist, vermag die Klägerin bereits keinen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil darzutun, der den Erlass vorsorglicher Massnahmen rechtfertigen könnte. Ebenso liegt keine zeitliche Dringlichkeit vor, geschweige denn eine besondere Dringlichkeit, die für den Erlass superprovisorischer Massnahmen erforderlich wäre. Schliesslich würde sich der Erlass vorsorglicher Massnahmen auch nicht als verhältnismässig erweisen.

5.1. Die Klägerin sieht einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil in der Verletzung ihres Rechts auf exklusive Verpflegung der Gäste des ...-Kinos auf dem Gelände des ...-Z sowie der eingeschränkten Nutzung der Aussenterrasse aufgrund der dort errichteten Leinwand. Sie befürchtet damit einen finanziellen Schaden. Einerseits sei sie – wie in den Vorjahren 2015 bis 2017 – durch die Inanspruchnahme eines Teils der Aussenterrasse in ihrer Nutzung eingeschränkt, und andererseits würden ihr bei Zulassung von externen "Caterern" bzw. Verletzung ihres behaupteten Exklusivrechts Einnahmen entgehen (act. 1 Rz. 15 ff.).

5.2. Selbst wenn die Klägerin einen materiellen Nachteil in Form einer Umsatzeinbusse erleiden könnte, besteht alleine darin noch kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, welcher den Erlass vorsorglicher Massnahmen rechtfertigen könnte. Die Klägerin führt pauschal aus, dass ihr und den Gästen während des ...-Kinos nicht die ganze Terrasse zur Verfügung stünde und auch keine anderweitigen Events auf der Terrasse durchgeführt werden könnten. Worin aber eine anderweitige Nutzung bestünde und inwiefern die eingeschränkte Nutzung der Aussenterrasse zu einer derartig einschränkenden Beeinträchtigung ihres Betriebs führen würde, ist nicht dargetan worden. Ein drohender nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, der den Erlass vorsorglicher Massnahmen rechtfertigen könnte, wurde damit nicht glaubhaft gemacht. Auch in der Durchsetzung der von der Klägerin geforderten Entschädigung ist kein nicht leicht wiedergutzuma-

chenden Nachteil zu erblicken. Es bestehen vorliegend weder Anhaltspunkte für eine drohende Insolvenz der Beklagten, noch würden einem Anspruch der Klägerin angesichts des inländischen Domizils der Beklagten besondere Durchsetzungshindernisse entgegenstehen.

In zeitlicher Hinsicht fällt sodann entscheidend ins Gewicht, dass die in Frage stehende Veranstaltung bereits zum vierten Mal in Folge und offenbar stets nach demselben Muster – also mit Errichtung der Leinwand auf der Aussenterrasse der Klägerin sowie unter Beizug externer "Caterer" – abgehalten wird. Die von der Klägerin vorgebrachten Nachteile sind damit bereits seit nunmehr drei Jahren bekannt. Hinsichtlich der in Frage stehenden Nutzung der Aussenterrasse sowie des geltend gemachten Exklusivrechts hätte daher bereits seit geraumer Zeit ein ordentliches gerichtliches Verfahren durchgeführt werden können. Betreffend den diesjährigen Anlass ist zu betonen, dass der Klägerin nachweislich bereits seit Monaten, nämlich seit April 2018 (act. 3/12), bekannt war, dass die Leinwand wieder auf der Aussenterrasse errichtet und erneut externe "Caterer" beigezogen werden würden. In Anbetracht dieser Umstände kann daher bei Weitem nicht mehr von einer zeitlichen Dringlichkeit gesprochen werden.

Schliesslich würden sich die beantragten Massnahmen in Abwägung zu den für die Gegenpartei drohenden Nachteilen auch als unverhältnismässig erweisen. Die Klägerin spricht von Umsatzeinbussen von rund CHF 100'000.–, womit es sich um eine Veranstaltung mit erheblichem organisatorischen Aufwand handeln dürfte. Würde den äusserst kurzfristig ersuchten vorsorglichen Massnahmen stattgegeben, wäre dies mit einer für die Beklagte unzumutbaren, erheblichen logistischen Umgestaltung der Veranstaltung und Vertragsbrüchen mit den externen "Caterern" verbunden, was sich – in Abwägung zu den von der Klägerin geltend gemachten Nachteilen – nicht rechtfertigen lässt.

5.3. Mangels eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, einer zeitlichen Dringlichkeit sowie der Verhältnismässigkeit scheidet das vorliegende Massnahmegesuch bereits an der Nachteilsprognose. Eine Prüfung der Hauptsachenprognose kann daher unterbleiben. Da sich der vorliegende Entscheid – wie gesehen – nicht in für die Klägerin nachteiliger Weise auf die Schutzschrift der Beklagten

stützt, brauchte der Klägerin diesbezüglich auch das rechtliche Gehör (unbedingtes "Replikrecht") nicht eingeräumt zu werden, und erweist sich das Verfahren bereits im jetzigen Zeitpunkt als spruchreif.

Das Massnahmegesuch ist folglich gänzlich – sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich – abzuweisen.

6. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert wurde von der Klägerin auf rund CHF 100'000.– beziffert, was in Anbetracht ihrer geltend gemachten und bereits vorprozessual von der Beklagten geforderten Entschädigung in etwa ihrem Streitinteresse entspricht. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG sowie unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips ist die Gerichtsgebühr auf CHF 6'000.– festzusetzen.

Mangels prozessuaalem Aufwand im vorliegenden Verfahren ist der Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Kosten hinsichtlich des Verfahrens betreffend Schutzschrift sind vorliegend nicht neu zu verlegen, mangelt es hierfür doch bereits an einer gesetzlichen Grundlage. Auch wenn die Schutzschrift im vorliegenden Massnahmeverfahren beigezogen wurde, handelt es sich um ein eigenständiges Verfahren, wobei die Gebühr für das Bereithalten und Beiziehen der Schutzschrift geschuldet ist (GÜNGERICH, a.a.O., Art. 270 N. 14). Diese eigenständigen Leistungen erfolgen einzig im Interesse der Beklagten. Eine Inanspruchnahme der Gegenseite rechtfertigt sich daher auch bei einem Obsiegen der Beklagten nicht.

**Die Einzelrichterin erkennt:**

1. Die Akten Geschäfts-Nr. HE180330-O werden beigezogen.
2. Das Massnahmegesuch wird – sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich – abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 6'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
5. Der Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von act. 4/1 und act. 4/2/A,1-14, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von act. 1 und act. 3/2-19, an die Klägerin vorab per Fax (052 723 00 01), an die Beklagte vorab per Fax (058 827 27 13).
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 100'000.–.

Zürich, 10. August 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Roman Kariya