

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE190321-O

U/dz

Mitwirkend: Oberrichterin Ruth Bantli Keller sowie  
die Gerichtsschreiberin Helene Lampel

## Verfügung und Urteil vom 20. August 2019

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Gesuchsteller

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., LL.M. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

1. *Es sei dem Gesuchsgegner mit sofortiger Wirkung zu verbieten, die Bezeichnung bzw. Marke "C.\_\_\_\_\_" im Geschäftsverkehr für sich selbst und als Inhaber der D.\_\_\_\_ GmbH zu verwenden.*
2. *Die Massnahme gemäss Ziff. 1 sei superprovisorisch und ohne Anhörung der Gegenpartei anzuordnen.*
3. *Es sei dem Gesuchsgegner für den Widerhandlungsfall gegen die Massnahme die Bestrafung wegen Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB anzudrohen.*
4. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlich geschuldeter Mehrwertsteuer zu Lasten des Gesuchsgegners."*

**Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:**

1. Mit Eingabe vom 19. August 2019, eingegangen am 20. August 2019, stellte der Gesuchsteller beim Handelsgericht das Massnahmebegehren mit den oben genannten Rechtsbegehren (act. 1).

2. 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. 10 ZPO; Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. d ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG; Art. 5 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG).

3. 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. 11 ZPO). Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen (Art. 265 Abs. 1 ZPO). Dabei handelt es sich um Ausnahmefälle, bei denen

eine besondere Dringlichkeit vorliegen muss (ZÜRCHER in: BRUNNER / GASSER / SCHWANDER [HRSG.], Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2016, N 1 zu Art. 265 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 gesuchstellende Partei hat mithin ihr gesamtes Gesuchsfundament (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 KLINGLER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER; Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, N 9 f. zu Art. 253 ZPO; PAHUD, in: BRUNNER / GASSER / SCHWANDER [HRSG.], Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2016, N 27 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.

4. Der Gesuchsteller bringt zur Begründung seines Gesuchs zusammenfassend vor, er sei Inhaber der Einzelfirma C.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_, die seit längerem in der Vermittlung von Mietflächen im Retail-Bereich tätig sei. Seit tt.mm.2019 habe er die Bezeichnung "C.\_\_\_\_\_" als Marke eintragen lassen. Der Gesuchsgegner sei seinerseits Inhaber mit Einzelunterschrift der D.\_\_\_\_\_ GmbH. Am 1. Februar 2018 hätten der Gesuchsteller und die D.\_\_\_\_\_ GmbH eine einfache Gesellschaft gegründet, wobei der Gesuchsteller sämtliche Kunden und Geschäftspartner eingebracht habe. Die Gesellschaft sei unter dem Namen C.\_\_\_\_\_ aufgetreten. Am 29. April 2019 habe die D.\_\_\_\_\_ GmbH den Gesellschaftsvertrag per 31. Juli

2019 gekündigt. Obwohl der Gesuchsgegner bzw. dessen GmbH darauf hingewiesen worden sei, dass er nach Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses Kunden des Gesuchstellers nicht mehr kontaktieren dürfe, habe dieser am 7. und 14. August 2019 Kontakt mit solchen aufgenommen und dabei die Marke C.\_\_\_\_\_ verwendet. Dabei habe er bei der Signatur jeweils die Angaben C.\_\_\_\_\_/D.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ GmbH verwendet. Durch die widerrechtliche Benutzung der eingetragenen Marke verstosse der Gesuchsgegner gegen das Markenschutzgesetz und dem Gesuchsteller stünden Schutzrechte gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. a MSchG zu. Mit der Verwendung der in der Branche bestens bekannten Marke C.\_\_\_\_\_ versuche der Gesuchsgegner überdies, einen unzulässigen Vorteil für sich und die D.\_\_\_\_\_ GmbH im Wettbewerb zu erlangen. Durch sein Verhalten entstehe die Gefahr der Verwechslung und Verwässerung, ergebe sich doch der Anschein, dass die C.\_\_\_\_\_ und die D.\_\_\_\_\_ GmbH zusammengehörten. Dadurch handle der Gesuchsgegner unlauter im Sinne von Art. 2 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG. Da damit zu rechnen sei, dass der Gesuchsgegner die Marke täglich verwende, entstehe dem Gesuchsteller ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil zufolge Umsatzrückgangs und Verwässerung der Marke C.\_\_\_\_\_ (act. 1).

5. Der Gesuchsteller richtet sein Begehren gegen den Gesuchsgegner als natürliche Person und nicht gegen die Gesellschaft D.\_\_\_\_\_ GmbH. Aus den sich bei den Akten befindlichen Dokumenten zu den als unzulässig betrachteten Kontakten zu Kunden vom 7. und 14. August 2019 lässt sich entnehmen, dass der Gesuchsgegner jeweils seinen Personennamen B.\_\_\_\_\_ den Angaben C.\_\_\_\_\_/D.\_\_\_\_\_ GmbH voranstellte und seine private E-Mail-Adresse anfügte (act. 3/12 und 3/14). Dieselbe Bezeichnung ist dem E-Mail vom 16. August 2019 an den Gesuchsteller zu entnehmen (act. 3/13). Die Nachrichten vom 14. und 16. August 2019 sandte er von seinem privaten E-Mail-Account, <B.\_\_\_\_\_@bluewin.ch>. In der Rechnung vom 7. August 2019 an die Firma E.\_\_\_\_\_ AG verwendete der Gesuchsgegner die Angaben "C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ GmbH (Einfache Gesellschaft)" (act. 3/14). In act. 3/13 und act. 3/14 wurde zudem unterhalb bzw. neben der Firmenbezeichnung "D.\_\_\_\_\_ GmbH" deren Domizil an der F.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in ... Luzern angeführt. Der Gesuchsgegner ver-

wendete damit seinen Privatnamen gemäss den eingereichten Unterlagen nie allein sondern stets in Kombination mit dem Firmennamen D. \_\_\_\_\_ GmbH sowie C. \_\_\_\_\_. Beim Gesuchsgegner handelt es sich um den einzigen Gesellschafter und gleichzeitigen Geschäftsführer der D. \_\_\_\_\_ GmbH, deren Zweck unter anderem in der Vermittlung, Verwaltung und Veräusserung von Immobilien und Mietflächen liegt (act. 3/7). Gesellschafter der am 1. Februar 2018 gegründeten einfachen Gesellschaft sind ferner die C. \_\_\_\_\_ (Partner 1) und die D. \_\_\_\_\_ GmbH (Partner 2), nicht aber der Gesuchsgegner (act. 3/8). Der Zweck dieser Gesellschaft besteht gemäss Vereinbarung in der Vermittlung von Ladenlokalen zur Miete und zum Kauf; die Gesellschaft tritt zudem nach aussen unter dem Namen C. \_\_\_\_\_ auf (Ziffer 1 und 4, act. 3/8). Die oben genannten Kontakte erfolgten ausschliesslich zu gewerblichen Zwecken, welche auch von der Zweckumschreibung der einfachen Gesellschaft umfasst sind. In Ziffer 9 der Vereinbarung über Kündigung und Beendigung hielten die Vertragsparteien ferner fest, dass mit der Auflösung der Kooperation lediglich die Beendigung der gemeinsamen Zweckverfolgung begründet werde. In der Folge bestehe die einfache Gesellschaft als sog. Abwicklungsgesellschaft fort. Die Vertragsparteien verpflichteten sich in dieser Ziffer, nach Beendigung die Abwicklung der in den Geltungsbereich dieser Vereinbarung fallenden Projekte mit dem Ziel des erfolgreichen Abschlusses bestmöglich zu bearbeiten (act. 3/8 Ziff. 9). Daraus ergibt sich, dass nach der Kündigung des Gesellschaftsvertrags per 31. Juli 2019 durch die D. \_\_\_\_\_ GmbH die Tätigkeit der Gesellschafter für die Gesellschaft nicht endete, sondern der Zweck auf die Beendigung der pendenten Projekte und damit auf die Liquidation der einfachen Gesellschaft änderte. In der Nachricht vom 14. August 2019 an G. \_\_\_\_\_ wird denn auch ausdrücklich auf die Liquidation der einfachen Gesellschaft hingewiesen (act. 3/12). Die Rechnung an die E. \_\_\_\_\_ AG vom 7. August 2019 bezog sich auf die Vermittlung eines Mietvertrags vom 26./28. Juli 2019 und damit auf einen Zeitraum vor der Beendigung des Gesellschaftervertrags. Die Rechnungsstellung vom 7. August 2019 stellt demnach nichts anderes als eine Handlung im Rahmen der Liquidation der einfachen Gesellschaft dar (act. 3/14).

In Anbetracht der gesamten Umstände lässt die Verwendung des Privatnamens des Gesuchsgegners in Kombination mit dem Namen der D. \_\_\_\_\_ GmbH

und der C.\_\_\_\_\_ in den vom Gesuchsteller dargestellten Fällen nur den Schluss zu, dass der Gesuchsgegner als Vertreter bzw. Organ der GmbH handelte, welche wiederum als Gesellschafterin der sich in Liquidation befindlichen einfachen Gesellschaft, die nach aussen unter dem Namen C.\_\_\_\_\_ auftritt (act. 3/8, Ziff. 4), waltete. Die Handlungen des Gesuchsgegners sind deshalb nicht ihm als natürliche Person, sondern der D.\_\_\_\_\_ GmbH, handelnd als Vertreterin der einfachen Gesellschaft, zuzurechnen. Unzulässige Handlungen der Privatperson des Gesuchsgegners lassen sich dem Massnahmebegehren nicht entnehmen. Da der Gesuchsteller das Begehren gegen den Gesuchsgegner persönlich richtet, wurde aus all diesen Gründen dessen Passivlegitimation nicht glaubhaft dargetan.

6. Abgesehen davon wurde gemäss den vorstehenden Erwägungen auch keine Verletzungshandlung glaubhaft gemacht, aufgrund welcher in marken- oder wettbewerbsrechtlicher Hinsicht ein Verfügungsanspruch des Gesuchstellers bejaht werden könnte. Die Vorbringen zum drohenden, nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil, namentlich zu einem allfälligen Schaden, erweisen sich sodann als pauschal und unsubstantiiert (act. 1 Rz. 23, Rz. 36 ff.). Es wurden in dieser Hinsicht auch keine relevanten Belege eingereicht.

7. Nachdem im summarischen Verfahren kein doppelter Schriftenwechsel vorgesehen ist, müssen die Voraussetzungen gemäss Art. 261 ZPO schon im Massnahmebegehren thematisiert und schlüssig vorgetragen werden. Dies hat der Gesuchsteller unterlassen. Eine Gutheissung des Massnahmenbegehren fällt deshalb im Vorherein ausser Betracht.

8. Zusammenfassend sind sowohl das Begehren um Erlass einer superprovisorischen Verfügung als auch das Massnahmebegehren abzuweisen.

9. Der Gesuchsteller beantragt in prozessualer Hinsicht, die mit dem Vermerk "Geheimnisschutz" versehenen Beilagen 5, 6, 11 und 16 (act. 3/5, 3/6, 3/11 und 3/16) seien dem Gesuchsgegner nicht zuzustellen (act. 1 Rz. 5). Er hat es indessen unterlassen, nachvollziehbar und substantiiert darzulegen, weshalb mit der Zustellung schützenswerte Geheimhaltungsinteressen des Gesuchstellers tangiert würden (vgl. dazu BGE 134 III 255 E. 2.5). Nachdem die genannten Bei-

lagen für den vorliegenden Entscheid aber ohnehin nicht von Relevanz sind und das Massnahmebegehren abzuweisen ist, ist der Gesuchsgegner nicht beschwert, so dass eine Zustellung der genannten Beilagen an ihn antragsgemäss unterbleiben kann.

10. Ausgangsgemäss wird der Gesuchsteller kostenpflichtig. Der Gesuchsteller beziffert den Streitwert mit mindestens CHF 30'000.00 (act. 1 Rz. 33). Aufgrund der Ausführungen des Gesuchstellers, wonach die Provision pro Objekt im Minimum CHF 25'000.00 zuzüglich MWST betrage und aufgrund der im Tagesgeschäft versandten zahlreichen E-Mails und Rechnungen ein immenses Schadenspotential bestehe (act.1 Rz. 23, Rz. 39), ist der Streitwert auf CHF 100'000.00 zu schätzen. Es rechtfertigt sich deshalb, die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 4'000.00 anzusetzen. Mangels Umtrieben fällt die Zusprechung einer Parteientschädigung ausser Betracht.

**Die Einzelrichterin verfügt:**

Das Begehren um Erlass einer superprovisorischen Verfügung wird abgewiesen.

**Die Einzelrichterin erkennt:**

1. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr in der Höhe von CHF 4'000.00 wird dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage eines Doppels des Massnahmebegehrens einschliesslich Beilagen (act. 1 und act. 3/2-4, act. 3/7-10, act. 3/12-15; keine Zustellung von act. 3/5, act. 3/6, act. 3/11 und act. 3/16).

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, 20. August 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Helene Lampel