

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190354-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie der Gerichtsschreiber
Marius Zwicky

Urteil vom 31. Januar 2020

in Sachen

A. _____ Baumaterialien AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2. _____,

gegen

B. _____ Bautechnik AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2. _____,

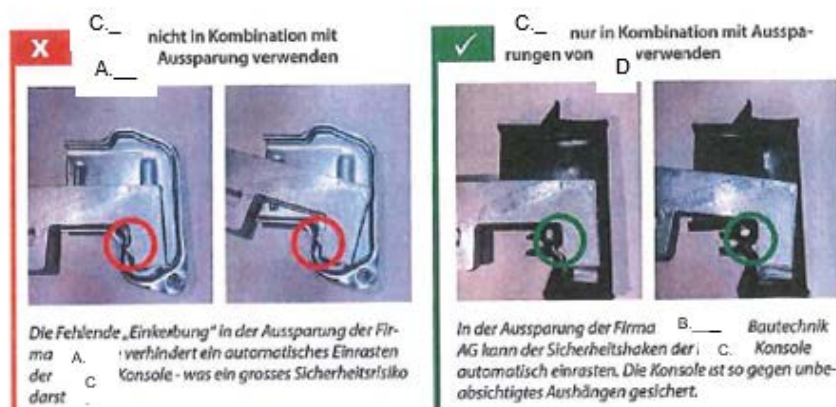
betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

1. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 für jeden Tag der Nichterfüllung nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, mindestens aber CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, sowie der Bestrafung (ihrer Organe) nach Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall vorsorglich zu verbieten, in Flugblättern, mündlich oder auf andere Weise gegenüber Dritten folgende Behauptungen aufzustellen:
 - (a) Die C.____ Konsole dürfe nur in Kombination mit der C.____ Aussparung verwendet oder eingesetzt werden.
 - (b) Die C.____ Konsole dürfe nicht in Kombination mit dem D. Konsolenanker verwendet oder eingesetzt werden.
 - (c) Die C.____ Aussparung weise ein Konstruktionsmerkmal auf, welches die automatische Sicherung der C.____ Konsole ermögliche.
 - (d) Dem D. Konsolenanker fehle ein Konstruktionsmerkmal, welches die automatische Sicherung der C.____ Konsole ermögliche.
 - (e) Der Sicherheitshaken der C.____ Konsole könne in dem D.____ Konsolenanker nicht einrasten, was ein Sicherheitsrisiko darstelle.
 - (f) Die C.____ Konsole könne in Kombination mit dem D. Konsolenanker bei Krafteinwirkung von unten unbeabsichtigt aushängen, was im schlimmsten Fall zu einem Absturz einer bzw. mehrerer Personen führen könne.

2. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 für jeden Tag der Nichterfüllung nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, mindestens aber CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, sowie der Bestrafung (ihrer Organe) nach Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall vorsorglich zu verbieten, in Flugblättern oder auf andere Weise gegenüber Dritten folgende Abbildungen zur Kenntnis zu bringen:



3. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 für jeden Tag der Nichterfüllung nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, mindestens aber CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, sowie der Bestrafung (ihrer Organe) nach Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall vorsorglich zu verbieten, Flugblätter gemäss Beilage 11 an Kunden oder sonstige Dritte auszuhändigen, zu verteilen oder auf andere Weise zur Kenntnis zu bringen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 13. September 2019 (Datum Poststempel; überbracht) reichte die Gesuchstellerin hierorts ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ein (act. 1). Mit Verfügung vom 16. September 2019 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 5'000.- und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Gesuch angesetzt (act. 4). Der Gerichtskostenvorschuss wurde in der Folge rechtzeitig geleistet (act. 6). Innert erstreckter Frist (vgl. Prot. S. 3) reichte die Gesuchsgegnerin ihre Gesuchsantwort vom 15. Okto-

ber 2019 ein (act. 10). Mit Eingabe vom 28. Oktober 2019 reichte die Gesuchstellerin eine Stellungnahme dazu ein (act. 14), welche die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 15. November 2019 erwiderte (act. 17). Mit Eingabe vom 26. November 2019 reichte die Gesuchstellerin eine weitere Stellungnahme ein (act. 20), worauf die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 5. Dezember 2019 ihrerseits eine weitere Stellungnahme einreichte (act. 22). Mit Eingabe vom 9. Dezember 2019 liess sich die Gesuchstellerin nochmals vernehmen (act. 24).

2. Parteien und Prozessgegenstand

2.1. Bei der Gesuchstellerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____, die u.a. den Handel mit Waren aller Art, insbesondere Baumaterial, sowie den Import und Export von Baumaterial bezweckt (act. 3/1). Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in F._____. Zweck der Gesellschaft ist u.a. der Handel mit bautechnischen Waren sowie die Fabrikation und der Vertrieb von bautechnischen Produkten (act. 3/2).

2.2. Beide Parteien führen ein sog. Fixationssystem in ihrem Sortiment. Diese dienen dazu, begehbare Baugerüste sicher an Wänden zu fixieren, damit Bauarbeiter auf einer solchen Arbeitsplattform stehen und Wände betonieren können (vgl. act. 1 Rz. 1; act. 10 Rz. 13).

2.3. Das Fixationssystem der Gesuchsgegnerin heisst "C._____ System" und besteht aus zwei Komponenten. Einerseits wird eine Aussparung (C._____ Aussparung; nachfolgend "B._____ Aussparung") in die Wand einbetoniert. Andererseits wird in die einbetonierte B._____ Aussparung die von B._____ angebotene Konsole (C._____ Konsole; nachfolgend "B._____ Konsole") eingehängt und mit einem sog. "Sicherungskeil" fixiert. Auf diesen zwei Komponenten (einbetonierte B._____ Aussparung und eingehängte B._____ Konsole) kann eine Arbeitsplattform aufgebaut werden, auf welcher sich Bauarbeiter sicher (ohne Absturzgefahr) bewegen können (act. 1 Rz. 2 ff.; act. 3/3-8; act. 10 Rz. 16 f.).

2.4. Die Gesuchstellerin hat ein eigenes Fixationssystem entwickelt, das "D._____ Konsolenanker" heisst. Dieses besteht ebenfalls aus zwei Teilen, näm-

lich einer Aussparung (nachfolgend "A._____ Aussparung") und einer Konsole (nachfolgend "A._____ Konsole") (act. 1 Rz. 5; act. 3/9-10; act. 10 Rz. 35).

2.5. Die Gesuchstellerin geht davon aus, dass die A._____ Aussparung nicht nur mit der A._____ Konsole verwendet werden kann, sondern auch zur B._____ Konsole kompatibel ist (act. 1 Rz. 5). Die Gesuchsgegnerin vertritt demgegenüber in einem Flugblatt mit der Überschrift "Sicherheitshinweis C._____ Konsole / A._____ Aussparung" an ihre Kunden die Meinung, dass die B._____ Konsole aus Sicherheitsgründen nicht mit der A._____ Aussparung verwendet werden dürfe (act. 3/11; act. 1 Rz. 6; act. 10 Rz. 36 ff.). Die Gesuchstellerin wehrt sich mit dem vorliegenden Verfahren gegen diese Darstellung und rügt sie als unlauter, weil die Verwendung der B._____ Konsole auch dann sicher sei, wenn sie in eine A._____ Aussparung eingehängt und mit dem Sicherheitskeil fixiert sei (act. 1 Rz. 7).

3. Formelles

3.1. Für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist das Gericht am Ort zuständig, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist (Art. 13 lit. a ZPO). Für Klagen aus unerlaubter Handlung ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig (Art. 36 ZPO). Art. 36 ZPO umfasst insbesondere auch die Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb (HEMPEL, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 2017, Art. 36 N. 7). Da die Gesuchstellerin als angeblich geschädigte Gesellschaft ihren Sitz in E._____ hat (act. 3/1), besteht eine örtliche Zuständigkeit im Kanton Zürich.

3.2. Die sachliche Zuständigkeit folgt aus Art. 6 Abs. 5 ZPO i.V.m § 45 lit. b GOG, da eine vorprozessuale vorsorgliche Massnahme beantragt wird und der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt (siehe unten).

3.3. Das Gesetz sieht für das summarische Verfahren keinen doppelten Schriftenwechsel vor (Art. 253 ZPO). Die gesuchstellende Partei hat mithin das gesam-

te Klagefundament (substantiierte Parteibehauptungen und Bezeichnung der Beweismittel) mit dem Gesuch vorzutragen. Nach Eingang der Gesuchsantwort ist der Schriftenwechsel grundsätzlich abgeschlossen. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs wurden die Gesuchsantwort der Gesuchstellerin und die alsdann eingegangenen Stellungnahmen jeweils der Gegenpartei zugestellt. In ihren nach Abschluss des Schriftenwechsels eingereichten Stellungnahmen präzisierten die Parteien jeweils ihren Standpunkt (act. 14; act. 17; act. 20; act. 22; act. 24). Ob dies prozessual zulässig ist, braucht entsprechend dem vorliegenden Verfahrensausgang nicht entschieden zu werden.

4. Vorsorgliche Massnahmen

4.1. Voraussetzungen im Allgemeinen

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 (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO).

Damit das Gericht gestützt auf Art. 261 Abs. 1 ZPO vorsorgliche Massnahmen anordnen kann, müssen sowohl der Verfügungsanspruch als auch der Verfügungsgrund gegeben sein (vgl. KOFMEL EHRENZELLER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., 2014, Art. 261 N. 4). Für den Verfügungsanspruch stellt das Gericht eine Hauptsachenprognose. Als Verfügungsgrund muss der Gesuchstellerin ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil drohen (Nachteilsprognose); gleichzeitig wird vorausgesetzt, dass eine gewisse zeitliche Dringlichkeit vorliegt. Sie wird dann bejaht, wenn der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil nicht anders als durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewendet und das Resultat des Hauptverfahrens nicht abgewartet werden kann (KOFMEL EHRENZELLER, a.a.O., Art. 261 N. 7). Sodann wird nach der Praxis des Bundesgerichts dem Verhältnismässigkeitsprinzip ein besonderer Stellenwert eingeräumt. Demgemäss haben die Gerichte vor der Anordnung von Massnahmen eine Interessenabwä-

gung vorzunehmen, gar eine besonders sorgfältige, wenn es nicht nur um Sicherung, sondern um vorläufige Vollstreckung geht, insbesondere bei der Nachteil-diskussion (ZÜRCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., 2016, Art. 261 N. 33; BGE 131 III 473 E. 2.3 = Pra 95 Nr. 32; Urteil des Bundesgerichts 4A_367/2008 vom 14. November 2008 E. 4.2).

Das Bundesgericht verlangt neben der Glaubhaftmachung und summarischer Rechtsprüfung eine Betrachtung der Nachteile, welche sich bei den Varianten Anordnung oder Nichtanordnung für die jeweils betroffene Partei ergeben. Das Gericht muss auch das mutmassliche Recht der Gesuchstellerin und die (möglicherweise unwiederbringlichen) Nachteile der Gegenseite abwägen. Je einschneidender eine vorsorgliche Massnahme die Gegenpartei treffen kann, desto höhere Anforderungen sind an die Begründetheit des Begehrens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu stellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.254/2002 vom 12. September 2002 E. 2.6).

Eine vorsorgliche Massnahme kann jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden (Art. 262 ZPO; vgl. dazu: SPRECHER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 2017, Art. 262 N. 1 ff.).

Dabei muss die Gesuchstellerin sowohl das Bestehen ihres materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, dessen Gefährdung oder Verletzung als auch den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft machen. Das Gericht ist dabei gehalten, wenigstens summarisch zu prüfen, ob sich der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Anspruch aus den dargelegten Tatsachen und Beweisen ergibt bzw. für das Vorhandensein der Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus der Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung dieser Tatsachen besteht (HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 2016, Art. 261 N. 25 mit Hinweis u.a. auf BGE 130 III 321 E. 3.3). Ein Anspruch ist vorsorglich zu schützen, wenn er sich nach summarischer Prüfung der Rechtsfragen nicht als aussichtslos erweist (Ur-

teil des Bundesgerichts 4A_312/2009 vom 23. September 2009 E. 3.6.1; BGE 108 II 69 E. 2). Die Gesuchsgegnerin kann das Glaubhaftmachen der Gesuchstellerin zerstören, indem sie ihrerseits glaubhaft macht, dass der Anspruch nicht besteht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.64/2003 vom 6. Juni 2003 E. 3.1).

4.2. Verfügungsanspruch (Hauptsachenprognose)

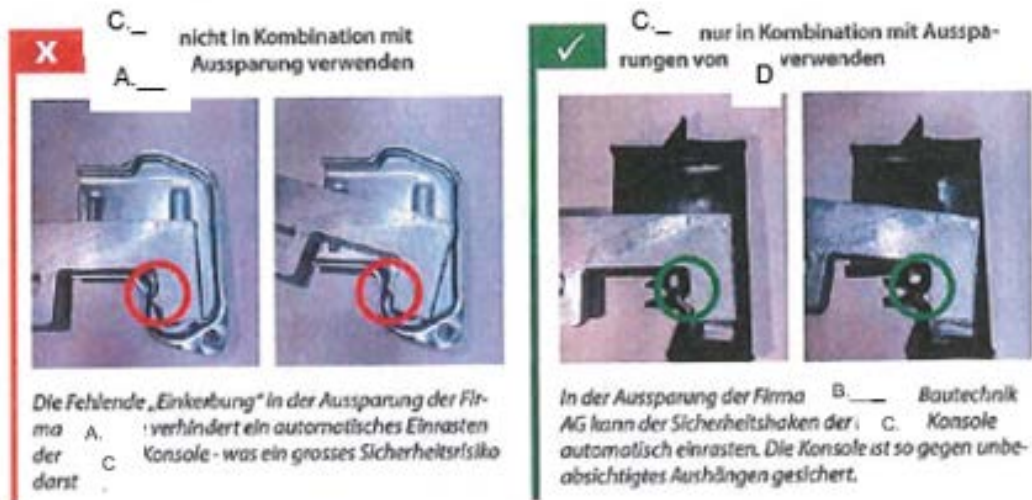
4.2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Wie bereits ausgeführt (siehe oben), verteilt die Gesuchsgegnerin ein Flugblatt mit der Überschrift "Sicherheitshinweis C._____ Konsole / A._____ Aussparung" an ihre Kunden (act. 3/11; act. 1 Rz. 6; act. 10 Rz. 53). Im streitgegenständlichen Flugblatt bzw. Sicherheitshinweis wird unter anderem Folgendes ausgeführt (vgl. act. 3/11):

"Ein zentraler Bestandteil des C._____ Systems ist die C._____ Aussparung. Die Aussparung dient als Befestigungspunkt aller C._____ Komponenten - und ist massgebend für den sicheren Einsatz. Daher darf nur die C._____ -Aussparung von B._____ zur Fixation von C._____ -Komponenten wie z.B. der C._____ -Konsole verwendet werden. Mit ähnlichen Aussparungen von anderen Herstellern kann ein sicherer Einsatz nicht gewährleistet werden. Bei der Verwendung von Aussparungen anderer Hersteller lehnen wir grundsätzlich jegliche Haftung ab.

So darf z.B. die Aussparung der Firma A._____ nicht in Kombination mit unserer C._____ Konsole eingesetzt werden. Bei diesem Produkt fehlt ein entscheidendes Konstruktionsmerkmal - welches die automatische Sicherung der Konsole ermöglicht (siehe Bilder unten). Der Sicherheitshaken der C._____ Konsole kann in der Aussparung der Firma A._____ nicht einrasten - was ein erhebliches Sicherheitsrisiko darstellt. So kann die C._____ Konsole bei Kraffteinwirkungen von unten z.B. unbeabsichtigt aushängen - was im schlimmsten Fall zu einem Absturz einer bzw. mehrerer Personen führen kann."

Untermauert werden diese Ausführungen mit folgenden Abbildungen (vgl. act. 3/11):



Mit Schreiben vom 31. Juli 2019 forderte die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin auf, per sofort die Verbreitung des Flugblattes oder ähnlicher Unterlagen, welche Sicherheitsbedenken in Bezug auf die Verwendung der A.____ Aussparung enthalten, zu unterlassen und den falsch informierten Personen eine schriftliche Berichtigung zukommen zu lassen (act. 3/12; act. 1 Rz. 40). Mit Schreiben vom 7. August 2019 wies die Gesuchsgegnerin die Forderungen und Vorwürfe der Gesuchstellerin zurück und forderte diese im Gegenzug dazu auf, die Bewerbung der A.____ Aussparung als voll- oder teilkompatibel mit der B.____ Konsole zu unterlassen sowie eine berichtigende Stellungnahme zu veröffentlichen (act. 3/13; act. 10 Rz. 52).

4.2.2. Parteistandpunkte

Die Gesuchstellerin führt aus, die Behauptungen und Abbildungen im streitgegenständlichen Flugblatt seien in verschiedener Hinsicht falsch und irreführend. Erstens treffe es nicht zu, dass der Sicherheitshaken der B.____ Konsole in der B.____ Aussparung in irgendetwas "einrastet" (act. 1 Rz. 33 f.). Zweitens zeige die im Flugblatt verwendete Abbildung der A.____ Aussparung einen Zustand, der tatsächlich unmöglich eintreten könne (act. 1 Rz. 35). Drittens treffe es nicht zu, dass bei Verwendung einer B.____ Konsole in einer A.____ Aussparung "ein sicherer Einsatz nicht gewährleistet werden" bzw. die B.____ Konsole "bei

Krafteinwirkung von unten z.B. unbeabsichtigt aushängen" könne (act. 1 Rz. 37). Viertens sei die Behauptung, wonach bei Verwendung mit der B._____ Aussparung "die automatische Sicherung der Konsole ermöglicht" werde, unrichtig. Vielmehr werde die B._____ Konsole dadurch gesichert, dass der Sicherungskeil eingeschlagen werde (act. 1 Rz. 38). Fünftens bestehe keinerlei irgendwie geartete Pflicht der Kunden, die B._____ Konsole ausschliesslich mit der B._____ Aussparung zu verwenden (act. 1 Rz. 39). Zusammenfassend seien die Behauptungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 und die Abbildungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 geeignet, den Durchschnittsadressaten in seiner Kaufentscheidung zu beeinflussen. Zudem seien die besagten Behauptungen und Abbildungen falsch und irreführend, weshalb unlautere Werbung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG vorliege (act. 1 Rz. 46 ff.). Weiter sei auch Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG verletzt, da die A._____ Aussparung in einem negativen Licht dargestellt werde (act. 1 Rz. 55).

Die Gesuchsgegnerin entgegnet, es bestehe ein Sicherheitsrisiko, wenn die B._____ Konsole zusammen mit der A._____ Aussparung verwendet werde. Trotzdem bewerbe die Gesuchstellerin ihre Aussparung als kompatibel mit der B._____ Konsole (act. 10 Rz. 53). Betrachte der Durchschnittsadressat die streitgegenständlichen Abbildungen, sei klar, was mit dem Begriff „Einrasten" gemeint sei. Die Einkerbung der B._____ Aussparung sei keilförmig und um ein Vielfaches tiefer als die Innenwölbung der A._____ Aussparung. Der Sicherheitshaken könne daher bei der B._____ Aussparung viel tiefer eingreifen als bei einer A._____ Aussparung (5 Millimeter vs. 1 Millimeter). Bei der Einwirkung der Kraft von unten hake der Sicherheitshaken in der Einkerbung der B._____ Aussparung ein bzw. verfange sich in dieser und verhindere so ein Aushängen der Konsole. Bei der A._____ Aussparung komme es hingegen zu keinem solchen Einrasten bzw. biete diese einen deutlich geringeren Verkeilungsgrad (act. 10 Rz. 57 sowie Rz. 63). Dass ein Kippen des Hakens in der Aussparung stets durch die Oberkante des Konsolenprofils begrenzt sei, sei zudem nicht zutreffend. Es könne demnach sehr wohl zu einem Zustand kommen, wie er auf dem streitgegenständlichen Flugblatt dargestellt sei (act. 10 Rz. 60). Die Ausführungen im Sicherheitshinweis würden sich zudem auf den Zustand nach Einschlagen des Sicherungskeils beziehen (act. 10 Rz. 67). Weiter sei die B._____ Konsole nur für den Einsatz mit B._____

Aussparungen von der Suva geprüft und zugelassen. Auch seien Arbeitgeber aufgrund ihrer Fürsorgepflicht gehalten, die Sicherheit ihrer Arbeitnehmer zu gewährleisten (act. 10 Rz. 72). Die Aussagen und Abbildungen im Sicherheitshinweis seien demnach allesamt weder unrichtig noch irreführend (act. 10 Rz. 104). Zudem werde einzig auf das bestehende Sicherheitsrisiko hingewiesen. Demgegenüber werde der Absatz der eigenen Aussparungen nicht gefördert. Auch deshalb sei keine unlautere vergleichende Werbung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG gegeben (act. 1 Rz. 107). Auch sei der Sicherheitshinweis in einem sachlichen und objektiven Ton gehalten. Es fehle somit am Tatbestandsmerkmal der qualifizierten Herabsetzung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG (act. 1 Rz. 109).

4.2.3. Rechtliches

Unlauter handelt insbesondere, 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). Obwohl im Wortlaut nicht vorgesehen, hat der Vergleich in der Werbung zu erfolgen, wobei der Begriff der Werbung dabei weit ausgelegt werden muss (OETIKER, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar SHK, 2. Aufl., 2016, Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 12; STAUBER/ISKIC, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2017, Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 1 sowie N. 7). Der vergleichenden Werbung ist eine Herabsetzung des Produkts, mit dem verglichen wird, inhärent. Diesbezüglich gilt, dass Art. 3 Abs. 1 lit. e als *lex specialis* sämtliche herabsetzenden Aspekte im Rahmen der Bezugnahme auf ein anderes Produkt umfasst und Art. 3 Abs. 1 lit. a somit konsumiert (OETIKER, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 8).

Unlauter handelt zudem, wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt (Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG). Eine Herabsetzung liegt vor, wenn ein negatives Einwirken auf das Bild eines Marktteilnehmers, das im Wettbewerb als relevant anzusehen ist, erfolgt. Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG

umfasst nur Herabsetzungen von einer gewissen Schwere. Vorausgesetzt wird eigentliches Anschwärzen, Verächtlich- oder Heruntermachen (SPITZ, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpfli Handkommentar SHK, 2. Aufl., 2016, Art. 3 Abs. 1 lit. a N. 29).

Die Beweislast für die herabsetzende Äusserung und deren Unlauterkeit (Unrichtigkeit, Irreführung oder unnötige Verletzung) obliegt gemäss den allgemeinen Regeln in Art. 8 ZGB der gesuchstellenden Partei. Im summarischen Verfahren ist der Beweis durch Urkunden zu erbringen (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern (Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO) oder es der Verfahrenszweck erfordert (Art. 254 Abs. 2 lit. b ZPO). Nebst der Urkunde steht u.a. der Augenschein im Vordergrund, welcher im Rahmen einer vom Gericht angeordneten mündlichen Verhandlung abgenommen werden kann, ohne dass dadurch eine wesentliche Verfahrensverzögerung resultiert. Dagegen fällt das Gutachten als Beweismittel i.d.R. ausser Betracht, da sich der Zeitbedarf für die Suche und Instruktion eines Experten und die Erstellung des Gutachtens mit der Raschheit des summarischen Verfahrens nicht in Einklang bringen lässt (vgl. MAZAN, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 2017, Art. 254 N. 6; KLINGLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., 2016, Art. 254 N. 6).

4.2.4. Würdigung

Der Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen obliegt der Gesuchstellerin, welche glaubhaft zu machen hat, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Gesuchstellerin behauptet eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG sowie Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG und macht geltend, die streitgegenständlichen Behauptungen und Abbildungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 seien unrichtig und irreführend. Zur Glaubhaftmachung der Unrichtigkeit bzw. der Irreführung offeriert die Gesuchstellerin mit ihrem Gesuch Urkunden (act. 3/1-17) sowie vier Augenscheinobjekte (act. 3/18-21). Dazu gilt es jedoch folgendes festzuhalten:

Um die Unrichtigkeit der streitgegenständlichen Behauptungen und Abbildungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 bzw. die Irreführung durch diese beurteilen zu können, muss letztlich geklärt werden, inwiefern die A._____ Aussparung in Kombination mit der B._____ Konsole gefahrlos verwendet werden kann. Der Nachweis dazu obliegt der Gesuchstellerin. Dazu muss insbesondere beantwortet werden, inwiefern die B._____ Aussparung über ein entscheidendes Konstruktionsmerkmal verfügt, welches die automatische Sicherung der Konsole ermöglicht bzw. ob der A._____ Aussparung ein solches Konstruktionsmerkmal fehlt. Zudem muss geklärt werden, ob der Sicherheitshaken der B._____ Konsole in der A._____ Aussparung nicht einrasten kann bzw. ob dieses fehlende "Einrasten" bei Krafteinwirkung von unten zu einem unbeabsichtigten Aushängen der Konsole und somit im schlimmsten Fall zu einem Absturz einer bzw. mehrerer Personen führen kann. Mit anderen Worten geht es vorliegend um die sicherheitstechnischen Auswirkungen der "gemischten" Verwendung der A._____ Aussparung in Kombination mit der B._____ Konsole, welche Teil eines bestehenden und in sich abgestimmten zweiteiligen Fixationssystem der Gesuchsgegnerin ist. Somit stehen technische bzw. mechanische Fragen im Vordergrund, deren Beurteilung erhebliche Folgen, im schlimmsten Fall sogar den Absturz einer oder mehrerer Personen zur Folge haben könnte. Demnach sind Urkunden als primär zulässige Beweismittel (Art. 254 Abs. 1 ZPO) hier nicht beweisbildend.

Die Gesuchstellerin reicht zur Veranschaulichung der technischen Sachverhalte weiter vier Augenscheinsobjekte bzw. Gerüstkomponenten ein (act. 3/18-21). Zwar könnten diese Augenscheinsobjekte im Hinblick auf Art. 254 Abs. 2 ZPO durchaus als Beweismittel in Betracht gezogen werden. Letztlich erlauben es jedoch auch diese dem hiesigen Gericht nicht, sich ein genügend zuverlässiges Bild über die Sicherheit der Verwendung von A._____ Aussparungen in Verbindung mit B._____ Konsolen zu machen; dies insbesondere angesichts der bereits thematisierten erheblichen potentiellen Folgen auf die Anwender der besagten Produkte. Vielmehr wird die Frage der Sicherheit durch einen Gutachter zu entscheiden sein. Allerdings ist das Einholen eines Gutachtens im vorliegenden Fall angesichts der Beweismittelbeschränkung im Massnahmeverfahren sowie der Raschheit des summarischen Verfahrens nicht möglich.

Zusammenfassend gelingt es der Gesuchstellerin nicht, glaubhaft zu machen, inwiefern mit den streitgegenständlichen Behauptungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 sowie den Abbildungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 die Tatbestandsvoraussetzungen der unlauteren Werbung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG bzw. der unlauteren Herabsetzung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG erfüllt sein sollten. Die Hauptsachenprognose ist zu verneinen.

4.3. Verfügungsgrund (Nachteilsprognose)

Da kein materieller Anspruch glaubhaft gemacht wurde, erübrigt sich die Nachteilsdiskussion.

4.4. Fazit

Aufgrund vorstehender Erwägungen ist das Massnahmebegehren abzuweisen.

5. Kosten und Entschädigungsfolgen

Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, sind der Gesuchstellerin als unterliegende Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO).

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 96 ZPO) festzusetzen ist. Sowohl die Gerichtskosten 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).

Die Gesuchstellerin führt zum Streitwert aus, sie schätze den Wert ihrer in die Zukunft gerichteten Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche für die Dauer des Verfahrens auf CHF 100'000.– (act. 1 Rz. 12). Die Gesuchsgegnerin äussert sich nicht zum Streitwert (vgl. act. 10). Es rechtfertigt sich daher, von einem Streitwert von CHF 100'000.– auszugehen (Art. 91 Abs. 2 ZPO).

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 Gesuchstellerin aufzuerlegen und teilweise aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt CHF 10'900.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 2 i.V.m. § 9 AnwGebV auf rund zwei Drittel zu reduzieren.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 6'500.–.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und teilweise aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 7'200.– zu bezahlen.
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 100'000.–. Es liegt ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen vor (Art. 98 BGG).

Zürich, 31. Januar 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Marius Zwicky