

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE210138-O

U

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner sowie der Gerichtsschreiber  
Andreas Baeckert

## Urteil vom 5. November 2021

in Sachen

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

Gesuchstellerin

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

gegen

**C.\_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchsgegnerin

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 f.)

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin vorsorglich zu verbieten, die folgenden Fotos auf ihrer Website und/oder Social-Media-Plattformen zu verwenden:
  - a. Foto "Dorayaki" (gemäss Beilage 1a)
  - b. Foto "Lachsplatte" (gemäss Beilage 1b)
  - c. Foto "Maguro Tataki" (gemäss Beilagen 1c und 1d)
  - d. Foto "Edamame" (gemäss Beilagen 1e und 1f)
  - e. Foto "Gerösteter Lachs" (gemäss Beilage 1g)
  - f. Foto "Squid" (gemäss Beilage 1h und 1i)
  - g. Foto "Bowl" (gemäss Beilage 1j)
2. Es sei der Gesuchsgegnerin vorsorglich zu verbieten, die Bezeichnung "B. \_\_\_\_\_" im Zusammenhang mit dem Betrieb eines japanischen Restaurants zu verwenden, einschliesslich im Source-Code von Websites.
3. Es sei der Gesuchsgegnerin vorsorglich zu verbieten, wörtlich oder sinngemäss gegenüber bestehenden oder potentiellen Gästen zu behaupten, dass das Restaurant "B1. \_\_\_\_\_" unter einem neuen Namen, aber mit im Wesentlichen gleichen Konzept, wiedereröffnet wurde.
4. Es sei der Gesuchsgegnerin im Sinne von Art. 292 StGB richterlich anzudrohen, dass für den Fall, dass die Befehle gemäss Ziffern 1 bis 3 nicht innert der angesetzten Frist vollzogen sind oder für jeden Fall der Widerhandlung gegen ein Verbot gemäss Ziffern 1 bis 3 Busse ausgesprochen werden kann.
5. Die Leistungen gemäss Ziffern 1 - 4 seien im Sinne von Art. 265 Abs. 1 ZPO sofort und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin superprovisorisch anzuordnen und nach Anhörung der Gesuchsgegnerin als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 261 Abs. 1 ZPO zu bestätigen.
6. Eventualiter seien die Leistungen gemäss Ziffern 1 - 4 als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 261 Abs. 1 ZPO zu erlassen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

### **Erwägungen:**

1. Mit Eingabe vom 3. November 2021 (Datum Poststempel) stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Zudem beantragte sie, die Massnahmen seien superprovisorisch, ohne Anhörung der Gegenpartei zu erlassen (act. 1). Über das Gesuch kann ohne Weiterungen entschieden werden.

2.1 Die Gesuchstellerin macht zusammenfasst geltend, sie habe unter der Wortmarke "B.\_\_\_\_\_" eine erfolgreiche Gruppe japanischer Restaurants aufgebaut und durch Franchising von Dritten betreiben lassen. Die Parteien hätten am 20. November 2020 einen Franchisevertrag für den Betrieb des Restaurants "B1.\_\_\_\_\_" durch die Gesuchsgegnerin abgeschlossen und die Gesuchsgegnerin habe das Restaurant ab 1. Januar 2021 geführt. Mit Auflösungsvereinbarung vom 5. Oktober 2021 hätten die Parteien den Franchisevertrag rückwirkend per 31. Juli 2021 aufgelöst. In der Auflösungsvereinbarung habe sich die Gesuchsgegnerin u.a. verpflichtet, die Bezeichnung "B.\_\_\_\_\_" und Angebotsbeschreibungen nicht mehr zu verwenden, die Verwendung der registrierten Marke und des B.\_\_\_\_\_-Logos zu unterlassen und die Kommunikation gegen aussen über die Weiterführung des Restaurants unter neuem Namen und einem neuen Konzept neutral, zurückhaltend und in Rücksprache mit der Gesuchstellerin zu gestalten.

2.2 Am 18. Oktober 2021 habe die Gesuchsgegnerin das Restaurant an der gleichen Örtlichkeit unter der Bezeichnung "D.\_\_\_\_\_" wieder eröffnet. Dabei verwende die Gesuchsgegnerin weiterhin sieben Bilder von Speisen, die ihr von der Gesuchstellerin unter dem Franchisevertrag zur Verfügung gestellt worden seien. Ebenso verwende die Gesuchsgegnerin auf ihrer Website, versteckt im Quellcode weiterhin die Bezeichnung "B.\_\_\_\_\_" . Und schliesslich versuche die Gesuchsgegnerin generell gegenüber Kunden den Eindruck zu erwecken, dass lediglich der Name des Restaurants geändert habe, das Konzept aber dasselbe sei. Mit diesem Verhalten verstosse die Gesuchsgegnerin gegen die Auflösungsvereinbarung, verletze die Markenrechte der Gesuchstellerin und verhalte sich unlauter i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. d und e UWG. Dadurch werde die Gesuchstellerin geschädigt und das Image der Marke "B.\_\_\_\_\_" in Mitleidenschaft gezogen. Die Anord-

nung von Massnahmen sei dringlich, da Kunden fehlgeleitet würden, und die begehrten Massnahmen seien verhältnismässig.

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. 1 ZPO). Weiter wird vorausgesetzt, dass die anzuordnende Massnahme verhältnismässig ist (ANDREAS GÜNGERICH, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 2 zu Art. 262 ZPO). Eine Anordnung einer Massnahme ohne Anhörung der Gegenpartei bedingt zudem eine besondere Dringlichkeit (Art. 265 Abs. 1 ZPO).

4.1 Aufgrund der Ausführungen der Gesuchstellerin und der vorgelegten Urkunden erscheint es glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin für ihren unter der Bezeichnung "D.\_\_\_\_\_" geführten Restaurantbetrieb weiterhin Bilder, die ihr die Gesuchstellerin zur Verfügung gestellt hatte, verwendet und im Quellcode ihrer Website "D.\_\_\_\_\_-....ch" die Bezeichnung "B.\_\_\_\_\_" enthalten ist. Ebenso erscheint es glaubhaft, dass damit gegen die Auflösungsvereinbarung, namentlich deren Ziff. 4, verstossen wird. Ob darüber hinaus auch der gerügte Text auf der Website der Gesuchsgegnerin rechtsverletzend ist, kann vor dem Hintergrund der nachfolgenden Ausführungen offengelassen werden.

4.2 Es obliegt der Gesuchstellerin darzulegen, dass ihr ohne den Erlass der vorsorglichen Massnahmen aus der bestehenden oder noch bevorstehenden Verletzung ihres Anspruchs ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil zu entstehen droht. Namentlich muss eine konkrete Gefährdungssituation glaubhaft dargelegt werden. Vorliegend führt die Gesuchstellerin zwar aus, dass Kunden getäuscht und in das Restaurant der Gesuchsgegnerin gelockt werden könnten. Auch könnte das Image der Marke "B.\_\_\_\_\_" in Mitleidenschaft gezogen werden (act. 1 Rz. 61 ff.). Sie präzisiert die Gefährdungssituation jedoch nicht in konkreter Weise. Stattdessen führt sie einzig hypothetisch aus, dass ihr Geschäfte entgegen *könnten* oder von einer Verwässerung der Marke auszugehen *wäre*, obwohl das Restaurant "D.\_\_\_\_\_" seit nunmehr drei Wochen geöffnet ist. Damit sind kei-

ne objektiven Anhaltspunkte glaubhaft dargetan, die einen Nachteil wahrscheinlich erscheinen lassen.

4.3 Vielmehr erscheint es nicht glaubhaft, dass potentielle Kunden aufgrund der Weiterverwendung von Bildern von Speisen oder der Verwendung von "B.\_\_\_\_\_" versteckt im Quellcode der Website getäuscht werden können und dadurch das Restaurant der Gesuchsgegnerin besuchen würden, obwohl sie eigentlich ein Restaurant der "B.\_\_\_\_\_"-Gruppe aufsuchen wollen. Bei den gerügten Bildern handelt es sich denn auch um Abbildungen generischer japanischer Speisen, die keinen Hinweis auf "B.\_\_\_\_\_" enthalten. Wie es alleine durch deren Verwendung zu einer Fehlleitung und damit einem Nachteil für die Gesuchstellerin kommen kann, ist aus ihren Ausführungen nicht erkennbar. Bezüglich des Quellcodes führt die Gesuchstellerin zwar allgemein aus, dass Suchmaschinen diesen berücksichtigen würden. Sie legt aber nicht konkret dar und belegt auch nicht, dass dadurch die Website der Gesuchsgegnerin in den Topresultaten einer Suchanfrage nach "B.\_\_\_\_\_" o.Ä. erscheinen würde oder dass dadurch auf andere Weise falsche Eindrücke bei potentiellen Kunden entstehen könnten.

4.4 Auch die von der Gesuchstellerin vorgebrachten Passagen auf der Website der Gesuchsgegnerin lassen eine solche Gefährdungssituation, die zu nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteilen führen würde, nicht glaubhaft erscheinen. Vielmehr legt die Formulierung "unter dem Namen «D.\_\_\_\_\_» Japan Restaurant neu eröffnet" dem Durchschnittsleser nahe, dass es sich um ein neues Restaurant handelt. Gleiches gilt für die Passage "Vielleicht spüren Sie bei "D.\_\_\_\_\_" auch ein ganz besonderes, neues Gefühl". Und auch bei einer Gesamtbetrachtung des im Gesuch abgedruckten Textes ist nicht ersichtlich und wird auch nicht dargelegt, wie bei einem Durchschnittsleser ein Irrtum entstehen könnte und er dadurch das Restaurant der Gesuchsgegnerin besuchen würde, obwohl er eigentlich ein Restaurant der "B.\_\_\_\_\_"-Gruppe aufsuchen wollte.

4.5 Nur der Vollständigkeit halber ist deshalb darauf hinzuweisen, dass der von der Gesuchstellerin wiedergegebene Text der Website der Gesuchsgegnerin nicht mehr der aktuellen Fassung zu entsprechen scheint und die aktuelle Fassung ei-

ne noch deutlichere Abgrenzung zum vormaligen "B1.\_\_\_\_\_" enthält (vgl. [https://de.D.\\_\\_\\_\\_-....ch](https://de.D.____-....ch); zuletzt besucht am 5. November 2021, 14:20 Uhr).

4.6 Zusammenfassend erscheint somit zwar die Verletzung oder drohende Verletzung eines Anspruchs der Gesuchstellerin glaubhaft. Jedoch gelingt es ihr nicht, einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil glaubhaft zu machen, was für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erforderlich wäre. Da im summarischen Verfahren lediglich ein Schriftenwechsel zusteht und die Gesuchstellerin entsprechend keine Verbesserung ihres Standpunkts mehr erreichen kann, ist das Gesuch sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich abzuweisen. Ob die übrigen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben wären, kann offengelassen werden.

5. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig. Was den für die Bemessung der Gerichtskosten massgebenden Streitwert anbelangt, erörtert die Gesuchstellerin, dass sich der Streitwert nur schwer abschätzen lasse, da ein zukünftiges Verhalten bzw. ein Unterlassungsanspruch zur Diskussion stünden. Der Streitwert übersteige die Schwelle von CHF 30'000.00 jedoch deutlich (act. 1 Rz. 7 ff.). Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen erscheint es angemessen, von einem Streitwert von CHF 100'000.00 auszugehen. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG ergibt sich entsprechend eine Gerichtsgebühr von CHF 4'400.00. Mangels prozessuaalem Aufwand ist der Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

#### **Das Einzelgericht erkennt:**

1. Das Massnahmebegehren wird – sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich – abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 4'400.00 festgelegt.
3. Die Gerichtskosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Entschädigungen werden keine zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage von act. 1, act. 2 und act. 3/1–12.
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 100'000.00. Es liegt ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen vor (Art. 98 BGG).

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen **nicht** (Art. 46 Abs. 2 lit. a BGG).

Zürich, 5. November 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Andreas Baeckert