



Kass.-Nr. AA070124/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 24. Dezember 2007

in Sachen

N AG,

...,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

1. **Da AG,**

...

2. **Y,**

...,

Beklagte und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

UWG / Marke / Firma

(vorsorgliche Massnahmen, Zulässigkeit verschiedener Klageänderungen)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Juli 2007 (HG060041/Z07/dz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 31. Januar 2006 reichte die Klägerin (Beschwerdeführerin) ihre Klage mit folgendem Rechtsbegehren ein (HG act. 1 S. 2 - 6):

1. Es sei den Beklagten 1 und 2 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB (bei der Beklagten 1 für ihre Organe) zu verbieten,
 - a) die Bezeichnung "N" auf Leuchtstoffröhren und anderen Beleuchtungskörpern oder deren Verpackung anzubringen;
 - b) unter der Bezeichnung "N" Leuchtstoffröhren und andere Beleuchtungskörper anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu diesem Zweck zu lagern;
 - c) das Zeichen "N" auf Geschäftspapieren, in der Werbung oder sonst wie im geschäftlichen Verkehr zu gebrauchen.

2. Es sei den Beklagten 1 und 2 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB (bei der Beklagten 1 für ihre Organe) zu verbieten, Waren und Dienstleistungen im Namen der Klägerin anzubieten und / oder gegenüber Kunden mangels Hinweis auf die eigene Identität und Verschiedenheit von der Klägerin sowie der I Informatik und Beleuchtungstechnik den Eindruck zu erwecken, die Beklagte würde Produkte der Klägerin vertreiben oder mit dieser oder der I Informatik und Beleuchtungstechnik sonst wie in geschäftlicher Verbindung stehen;

3. Es sei die Beklagte 1 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe für ihre Organe gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, auf ihrer Webseite <http://www....> folgende Angaben (die beanstandeten Passagen sind unterstrichen) zu entfernen:
 - a) "Z-LIGHT" - das perfekte Licht für Lebensmittel" (<http://www....>);
 - b) "Allein bei den Leuchtstoffröhren stehen bei Z-LIGHT mit dem Namen NO, NATURE Superb und FRESH light drei verschiedene hochwertige Qualitätsprodukte in allen Grössen zur Verfügung, welche für frische und natürliche Warenpräsentation garantieren." (<http://www....>);
 - c) "Möchten Sie Ihre Backwaren, Ihren Käse oder Ihre gekochten Lebensmittel mit einem appetitlichen Licht präsentieren und soll die Haltbarkeit unterstützt werden?" (<http://www...>);
 - d) "Das Präsentationslicht für Fleisch und Geflügel! Das perfekte und ausgewogene Farbspektrum gl den Produkten die absolut richtige Lichtmenge ab. Dank der UV-Reduzierung bleiben Fleisch und Fisch länger haltbar und die Frische ist garantiert." (<http://www....>);
 - e) "Unser Berater beantwortet Ihnen gerne Ihre Fragen und unterstützt Sie bei der Wahl des richtigen Lichts für Ihre Warenpräsentationen im Einsatzbereich unserer Z NO Generation Produkte." (<http://www....>);
 - f) "Neben offenen Industrie-Leuchten mit entsprechenden Lichtfarben, produzieren wir auch Feuchtraumleuchten (geschlossene Systeme)" (<http://www....>);

4. Es sei den Beklagten 1 und 2 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB (bei der Beklagten 1 für ihre Organe) zu verbieten, die in Rechtsbegehren Ziffern 3 a-f aufgeführten Aussagen oder sinngemäss gleichlautende Aussagen anderweitig im Geschäftlichen Verkehr zu machen.
5. Es sei den Beklagten 1 und 2 zu verbieten, Beleuchtungsmittel unter den Bezeichnungen "NO", "NO Generation" oder ähnlichen Bezeichnungen auf ihrer Website sowie anderweitig anzubieten und / oder zu verkaufen.
6. Es sei die Beklagte 1 zu verpflichten, über den von ihr bisher aus sämtlichen Lieferungen von Beleuchtungsmitteln aller Art an folgende Personen und Unternehmungen erzielten Nettogewinn (Bruttogewinn zuzüglich 5 % Zins abzüglich Aufwendungen) Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen:
[Aufzählung verschiedener Unternehmungen in der Schweiz und im Ausland].
7. Es sei die Beklagte 1 unter Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, der Klägerin den Nettogewinn gemäss Ziffer 6 hiervoor herauszugeben.
8. Eventualiter zu Ziffer 7 seien die Beklagten 1 und 2 unter solidarischer Haftbarkeit und unter Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, der Klägerin den Betrag des Nettogewinns gemäss Ziffer 6 hiervoor als Schadenersatz zu bezahlen.
9. Die Anordnungen und Verbote gemäss Ziffern 1 bis 5 seien im Sinne vorsorglicher Massnahmen gemäss § 110 Abs. 1 ZPO zu erlassen.
10. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 1 und 2."

Nach Eingang der Klageantwort fand am 6. September 2006 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher sich die Parteien nicht einigen konnten. Am 8. September 2006 zog die Klägerin ihr Begehren um vorsorgliche Massnahmen (obiges Rechtsbegehren Nr. 9) zurück (HG act. 13). Mit der Replik vom 22. Januar 2007 ergänzte die Klägerin ihr Rechtsbegehren wie folgt und beantragte erneut den Erlass vorsorglicher Massnahmen (HG act. 21 = KG act. 3 S. 2 f.):

- ER 1.1 Es sei den Beklagten 1 und 2 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB (bei der Beklagten 1 für ihre Organe) zu verbieten, eine Leuchtstoffröhre produzieren zu lassen, anzubieten oder zu verkaufen,
- a) deren Farbort auf dem Planck'schen Farbdreieck der heutigen Leuchtstoffröhre "NO Generation" der Beklagten 1 entspricht;
 - b) deren Farbort weniger als 0.012 Farbpunkte vom Farbort der N Flash der Klägerin (wiedergegeben in act. 11/28) entfernt ist;
 - c) deren Farbort-Vorgaben an den beauftragten Hersteller in irgendeiner Weise auf den Farbort der N Flash Bezug nehmen.

- ER 1.2 Die Verbote gemäss ER 1.1 seien im Sinne vorsorglicher Massnahmen gemäss § 110 ZPO zu erlassen.
- ER 2 Es sei festzustellen und durch Urteils publikation in Tages-Anzeiger und NZZ bekannt zu machen, dass der Beklagte 2 Art. 6 UWG verletzt hat, indem er Geschäftsgeheimnisse der Klägerin unlauter auskundschaftete und für die Konkurrenz tätigkeit der Beklagten 1 nutzbar machte.
- ER 3 Es sei festzustellen und durch Urteils publikation in Tages-Anzeiger und NZZ bekannt zu machen, dass der Beklagte 2 Art. 3 UWG verletzt hat, indem er nach Aufgabe seiner Tätigkeit als Verkäufer von N-Produkten Ende Mai 2004 gegenüber Kunden verschwie, dass sowohl er wie auch die Beklagte 1 nun plötzlich als Konkurrenten der Klägerin agierten.

Mit Eingabe vom 12. März 2007 (HG act. 25) nahmen die Beklagten Stellung zum Begehren um vorsorgliche Massnahmen. Die Klägerin nahm mit Eingabe vom 25. April 2007 zu den neuen Behauptungen und neu eingereichten Beilagen der Beklagten Stellung und stellte folgende Eventualanträge zu den Ergänzungsanträgen ER1.1 und ER 1.2 (HG act. 33 S. 2 f.):

- ER 1.3 *Eventualiter*: Es sei den Beklagten 1 und 2 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB (bei der Beklagten 1 für ihre Organe) zu verbieten,
- a) Leuchtstoffröhren, deren Farbort ER 1.1a-c entspricht *und* die bei der SS Lichtsysteme GmbH, [in Deutschland], produziert werden, anzubieten oder zu verkaufen;
 - b) Leuchtstoffröhren, deren Farbort ER 1.1a-c entspricht, unter Verwendung der Bezeichnung "NO Generation" oder "NO" anzubieten oder zu verkaufen.
- ER 1.4 *Subeventualiter*: Es sei den Beklagten 1 und 2 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB (bei der Beklagten 1 für ihre Organe) zu verbieten, Leuchtstoffröhren, deren Farbort ER 1.1a-c entspricht *und* die bei der SS Lichtsysteme GmbH, [in Deutschland], produziert werden, unter Verwendung der Bezeichnung "NO Generation" oder "NO" anzubieten oder zu verkaufen.
- ER 1.5 Die Verbote gemäss ER 1.3 und ER 1.4 seien im Sinne vorsorglicher Massnahmen gemäss § 110 ZPO zu erlassen.

Das Handelsgericht liess mit Beschluss vom 26. Juli 2007 die Klageerweiterung gemäss ER 1.1, ER 1.3 und ER 1.4 sowie die durch die zusätzliche Begründung

des Gewinnherausgabe-, eventualiter Schadenersatzanspruchs vorgenommene Klageänderung nicht zu. Weiter trat das Handelsgericht auf die Begehren um vorsorgliche Massnahmen gemäss ER 1.2 in Verbindung mit ER 1.1 und die entsprechenden Eventualbegehren ER 1.5 in Verbindung mit ER 1.3 und ER 1.4 nicht ein (HG act. 48 = KG act. 2 Dispositiv Ziffern 1 und 2; die Fristansetzung zur Erbringung eines Nachweises betreffend mehrere andere Rechtsbegehren in Dispositiv Ziffer 3 bildet nicht Gegenstand des Kassationsverfahrens).

2. Die Klägerin beantragt mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde, es seien Dispositiv Ziffern 1 und 2 des handelsgerichtlichen Beschlusses vom 26. Juli 2007 aufzuheben, die Klageerweiterung gemäss ER 1.1, ER 1.3 und ER 1.4 zuzulassen und das Handelsgericht anzuweisen, auf die Begehren um vorsorgliche Massnahmen gemäss ER 1.2 in Verbindung mit ER 1.1 und die entsprechenden Eventualbegehren ER 1.5 in Verbindung mit ER 1.3 und ER 1.4 einzutreten. Eventualiter seien die Ziffern 1 und 2 des genannten Beschlusses aufzuheben und die Frage der Klageerweiterung und der diesbezüglich verlangten vorsorglichen Massnahmen zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Die Beklagten beantragen vollumfängliche Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 11). Das Handelsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 9).

Die Klägerin leistete die ihr auferlegte Prozesskaution für das Kassationsverfahren fristgerecht (KG act. 10).

II.

1. Das Handelsgericht hält fest, die Beschwerdeführerin habe mit der Replik neue Rechtsbegehren - es sei den Beschwerdegegnern zu verbieten, Leuchtstoffröhren mit einem bestimmten Farbort herstellen zu lassen, anzubieten oder zu verkaufen - erhoben und diese mit neuen Sachverhaltsdarstellungen - der angeblichen Ausnutzung von Fabrikgeheimnissen und Arbeitsergebnissen der Beschwerdeführerin

durch die Beschwerdegegner - begründet. Gegenstand der mit der Klage erhobenen Rechtsbegehren seien die angebliche Verletzung von Markenrechten der Beschwerdeführerin, das Erwecken des Eindrucks, zwischen den Beschwerdegegnern und der Beschwerdeführerin bestehe eine geschäftliche Verbindung, unlautere Werbebotschaften und Aussagen der Beschwerdegegnerin 1 sowie Gewinnherausgabe und eventualiter Schadenersatz. Es könne damit nicht gesagt werden, ihre neuen Rechtsbegehren bezögen sich auf dasselbe bestimmte Rechtsverhältnis zwischen den Parteien oder auf ein und dasselbe absolute Recht wie die in der Klage erhobenen Rechtsbegehren. Es könne auch nicht gesagt werden, die neuen Rechtsbegehren bezögen sich auf dasselbe Objekt, nämlich die von der Beschwerdegegnerin 1 unter der Bezeichnung "NO Generation" vertriebenen Leuchtstoffröhren für die Beleuchtung von Fleischwaren. Das diesbezügliche Rechtsbegehren in der Klage richte sich nämlich gegen die Bezeichnung dieser Leuchtstoffröhren, die ergänzten Rechtsbegehren dagegen bezögen sich auf den Farbort dieser Röhren und damit technische Spezifikationen. Der Sachzusammenhang zwischen den ursprünglichen und den dazugekommenen Rechtsbegehren bestehe lediglich im Gesamtbild, das die Beschwerdeführerin über das Verhalten der Beschwerdegegner zeichne (KG act. 1 S. 11 f. Erw. 2e).

Zusammenfassend hält das Handelsgericht fest, die Klageerweiterung, welche die Beschwerdeführerin mit dem Rechtsbegehren ER1.1. in der Replik vorgenommen habe, seien nicht zulässig. Entsprechend sei auch die Eventualbegehren ER 1.3 und ER 1.4 nicht zulässig (KG act. 2 S. 13 Erw. 2f.). Sei die Klageerweiterung nicht zulässig, so könne auch nicht auf die entsprechenden Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen eingetreten werden (KG act. 1 S. 14 Erw. 4).

2. a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, gemäss § 61 ZPO setze die Klageerweiterung einzig voraus, dass der neue Anspruch mit dem bisher geltend gemachten in engem Zusammenhang stehe. Im vorliegenden Fall hätten die mit der Klageschrift geltend gemachten Rechtsbegehren folgende wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen der Beschwerdegegner betroffen:

- I. markenrechts- bzw. wettbewerbswidriger Gebrauch der klägerischen Marke N;

- II. das wettbewerbswidrige Auftreten im Namen der Beschwerdeführerin oder das Erwecken des Eindrucks, zwischen der Beschwerdeführerin und der I Informatik und Beleuchtungstechnik und den Beschwerdegegnern bestehe eine geschäftliche Beziehung;
- III. verschiedene unlautere Werbebotschaften und Aussagen auf der Webseite der Beschwerdegegnerin 1;
- IV. das Angebot und den Verkauf von Beleuchtungsmitteln unter markenrechts- und wettbewerbswidriger Verwendung der Bezeichnung "NO" resp. "NO Generation".

Die ergänzenden Rechtsbegehren ER 1.1, ER 1.3 und ER 1.4 hätten

- V. die unlautere Ausnutzung / Verwendung von Fabrikationsgeheimnissen und Arbeitsergebnissen der Beschwerdeführerin (betreffend gleiche Beleuchtungsmittel wie unter Ziffer IV oben)

betroffen. Aus dieser Übersicht werde klar, dass die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegnern mit den ursprünglichen Rechtsbegehren ein mehrfach wettbewerbswidriges Verhalten vorgeworfen habe, welches mit den ergänzenden Rechtsbegehren lediglich um eine weitere unlautere Handlungskomponente ergänzt worden sei. Die Ansprüche gemäss obigen Ziffern IV. und V. beträfen zudem das gleiche Produkt, die Fleischlampe NO Generation. Der enge Zusammenhang im Sinne von § 61 ZPO liege auf der Hand (KG act. 1 S. 4 f. RZ 7).

Das Handelsgericht wolle offenbar bei einer Geltendmachung mehrerer UWG-Ansprüche deren Ergänzung durch einen weiteren UWG-Anspruch (betreffend das gleiche Wettbewerbsverhältnis und gleiche Produkte) generell nicht dem gleichen Lebensvorgang zuordnen. Allerdings werde dies in keiner Weise begründet. Vielmehr stütze sich das Handelsgericht allein auf die Ansicht des Dissertanden Thomas Soliva (Die Klageänderung nach zürcherischem Zivilprozessrecht, Diss Zürich 1992), der den Anwendungsbereich von § 61 ZPO auf bestimmte Fallgruppen beschränken wolle, die angeblich vorliegend nicht gegeben seien (KG act. 2 S. 11). In der bewusst offenen Formulierung von § 61 ZPO fänden sich jedoch

keinerlei Einschränkungen im Sinne solcher Fallgruppen. Vielmehr genüge, dass der neu geltend gemachte Anspruch bei objektiver und vernünftiger Gesamtbeurteilung mit den bisherigen in engem Zusammenhang stehe bzw. dem gleichen Lebenssachverhalt zuzuordnen sei. Diese Frage habe das Handelsgericht gar nicht geprüft. Das Abstellen auf die von Soliva vorgeschlagenen Fallkategorien sei schon deshalb verfehlt, weil sich dieser in keiner Weise mit der Anwendung der von ihm vorgeschlagenen Kriterien auf ausservertragliche UWG-Ansprüche auseinandergesetzt habe (KG act. 1 S. 5 f. RZ 8 f.).

Dass verschiedene Handlungskomponenten einer unlauteren Konkurrenzaktivität einen einheitlichen Lebensvorgang im Sinne von § 61 ZPO darstellten, ergebe sich schon daraus, dass bei UWG-Klagen immer auch zu prüfen sei, ob die gerügten Verhaltensweisen, soweit nicht als separate Einzelhandlungen unter einem Spezialtatbestand, so doch in ihrem Gesamtzusammenhang unter der Generalklausel von Art. 2 UWG als unlautere Konkurrenzierung zu qualifizieren seien. Auch vorliegend bilde Art. 2 UWG gleichsam eine Klammer um die gerügten Verletzungshandlungen, welche das Vorgehen der Beschwerdegegner insgesamt als einheitlichen Lebenssachverhalt (unlautere Konkurrenzierung) erscheinen lasse. Dementsprechend müsse es im Sinne von § 61 ZPO auch zulässig sein, nachträglich eine weitere unlautere Handlungskomponente geltend zu machen, welche ein lauterkeitswidriges Gesamtbild im Sinne von Art. 2 UWG ergänze. Der Umstand, dass das ursprüngliche Rechtsbegehren auf die Bezeichnung der fraglichen Lampe, das spätere aber gegen deren technische Spezifikationen gerichtet sei, ändere nichts daran, dass eben das gleiche Produkt, die Leuchtstofflampe NO Generation, betroffen sei. Die Beschwerdeführerin habe sich bei der Einbringung des ergänzenden Rechtsbegehrens entgegen der Darstellung des Handelsgerichts nicht in erster Linie auf das lauterkeitswidrige Gesamtverhalten der Beschwerdegegner, sondern primär auf das spezifische Vorgehen betreffend die Fleischlampe "NO Generation" gestützt. Zwischen der unlauteren Bezeichnung "NO Generation" und der unlauteren Ausnutzung / Verwendung von Fabrikationsgeheimnissen und Arbeitsergebnissen der Beschwerdeführerin bestehe ein enger sachlicher Zusammenhang: Die NO Generation heisse gerade deshalb so, weil die Beschwerdegegnerin 1 sie unter lauterkeitswidriger Verwendung von Fabrika-

tionsgeheimnissen der Beschwerdeführerin als "neue Generation" des Produkts der Beschwerdeführerin habe herstellen und vermarkten lassen. Die Beschwerdeführerin habe bei Einbringung des ergänzenden Rechtsbegehrens ER 1.1 auf diesen engen inneren Zusammenhang zwischen Bezeichnung und Spezifikation der NO Generation hingewiesen. Das Handelsgericht habe den diesbezüglich vorgetragenen Zusammenhang nicht berücksichtigt (KG act. 1 S. 6 f., RZ 11 - 13).

Die Beschwerdeführerin fährt fort, der enge innere Zusammenhang zwischen altem und neuem Rechtsbegehren komme sodann auch darin zum Ausdruck, dass die neuen Rechtsbegehren erst durch die Ausführungen der Beschwerdegegner in der Klageantwort ausgelöst worden seien und die alten teilweise ersetzt; so sei das alte Rechtsbegehren 3d zurückgezogen und durch das neue Rechtsbegehren ER 1.1. ersetzt worden. Eine Klageänderung bzw. -erweiterung sei zuzulassen, wenn sich während des Verfahrens neue Tatsachen ereignet hätten und wenn der Kläger eine während des Verfahrens gewonnene Einsicht in das Streitverhältnis auswerten könne. Dies sei vorliegend der Fall. Es diene der Prozessökonomie, wenn die Klageänderung bzw. -ergänzung zugelassen werde, zumal die Parteien zu diesem Punkt bereits hätten abschliessend Stellung nehmen können. Schliesslich sei, wie auch das Handelsgericht vermerke, selbst bei verschiedenen Lebensvorgängen ein enger Zusammenhang im Sinn von § 61 ZPO zu bejahen, wenn ein weiterer Anspruch aus einem benachbarten Lebensvorgang erhoben werde. Das Handelsgericht lege aber in keiner Weise dar, warum die im Rahmen des gleichen Wettbewerbsverhältnisses mit Bezug auf das gleiche Produkt (Fleischröhre NO Generation) ergänzten Rechtsbegehren, soweit nicht als Ansprüche aus dem gleichen Lebensvorgang, mindestens als solche aus einem benachbarten Lebensvorgang zu beurteilen wären (KG act. 1 S. 7 f. RZ 14 f.).

Sodann sei zu berücksichtigen, dass mit den eventualiter bzw. subeventualiter gestellten Rechtsbegehren ER 1.3b (Verbot der Vermarktung von Leuchtstoffröhren mit spezifischem Farbort unter der Bezeichnung "NO" resp. "NO Generation") und ER 1.4 (Verbot der Vermarktung von bei der SS hergestellten Leuchtstoffröhren mit spezifischem Farbort unter der Bezeichnung "NO" resp. "NO Generation") letztlich ein Minus gegenüber dem ursprünglichen Rechtsbegehren 5 (Verbot der

Vermarktung von Leuchtstoffröhren unter der Bezeichnung "NO" resp. NO Generation") resultiere. Mit Bezug auf die ergänzenden Rechtsbegehren ER 1.3b und ER 1.4 ergebe sich der enge Zusammenhang somit bereits daraus, dass das ursprüngliche Rechtsbegehren 5 diese mitumfasse (KG act. 1 S. 8 RZ 16).

b) Gemäss § 61 Abs. 1 ZPO kann ein Kläger in einem rechtshängigen Prozess im Rahmen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts einen anderen oder weiteren Anspruch erheben, sofern der neue Anspruch mit dem bisher geltend gemachten in engem Zusammenhang steht.

Das Handelsgericht weist zu Recht darauf hin, dass die Beschwerdeführerin ihre ursprünglichen Rechtsbegehren damit begründe, sie sei Inhaberin der Wortmarke N und habe den Vertrieb ihrer Produkte in der Schweiz, in Spanien und in Portugal ab Sommer 2003 ausschliesslich über die Einzelfirma I abgewickelt. Die I habe deshalb ein Dossier mit allen Adressen der Vertriebspartner und Kunden sowie Preislisten erhalten. Der Beschwerdegegner 2 habe als Agent der I Einblick in diese Kunden- und Preislisten erhalten und diese unberechtigterweise kopiert. Die Beschwerdegegnerin 1, deren Verwaltungsratsdelegierter der Beschwerdegegner 2 sei, habe durch unlautere Verwertung der Kunden- und Preislisten sowie unwahre Angaben über die Beschwerdeführerin und über die eigenen Produkte zahlreiche Vertriebspartner der Beschwerdeführerin abgeworben (KG act. 2 S. 7 f.) Das Rechtsbegehren ER 1.1 begründe die Beschwerdeführerin in der Replik damit, die Beschwerdegegnerin 1 lasse die Leuchtstoffröhre "NO Generation" bei der Herstellerin der Beschwerdeführerin, der SS, produzieren und dies nach Spezifikationen, welche mit der "N Flash" der Beschwerdeführerin praktisch identisch seien. Die Beschwerdeführerin lasse die "N Flash" bei der SS nach selbst erarbeiteten und geheimen Fabrikvorgaben herstellen. Die von der SS aufgrund dieser Vorgaben erarbeitete Rezeptur sei ein geschütztes Fabrikgeheimnis der Beschwerdeführerin. Im Vertrag mit der Herstellerin sei ihr zudem neben der Geheimhaltung des bereitgestellten technischen Wissens auch Exklusivität mit Bezug auf die Herstellung des Vertragsgegenstands zugesichert worden. Angesichts dieser Zusicherung sei die Beschwerdeführerin in der Klageschrift noch davon ausgegangen, dass es sich bei der "NO Generation" der Beschwerdegegnerin 1

nicht um ein mit der "N Flash" vergleichbares, qualitativ hochstehendes Produkt, sondern um eine bei einem Billiganbieter eingekaufte gewöhnliche Drei-Banden-Leuchtstoffröhre handle, wie sie seit 20 Jahren auf dem Markt sei. Es sei offensichtlich, dass die Beschwerdegegnerin 1 die SS beauftragt bzw. verleitet habe, ausgehend von der exklusiv für die Beschwerdeführerin hergestellte "N Flash" und damit auf der Basis der für diese erarbeiteten Arbeitsergebnisse und Fabrikationsgeheimnisse eine nur in Nuancen abweichende neue Generation, eben die "NO Generation", zu entwickeln. Der Beschwerdegegner 2 müsse diesbezüglich die SS über seine Beziehung und die Beziehung der Beschwerdegegnerin 1 zur IPT respektive zur Beschwerdeführerin getäuscht haben. Anders sei nicht erklärbar, dass die SS die Exklusivitätsverpflichtung betreffend die Herstellung von Metzgerei-Leuchtröhren oder mindestens "N-Flash-'Generationen'" gegenüber der Beschwerdeführerin sowie die Pflicht zur Geheimhaltung der für die "N Flash" vorgegebenen Farbort-Spezifikationen und Rezeptur verletzt habe (KG act. 2 S. 8 f.).

Das ursprüngliche Klagebegehren betrifft also das Anbieten und den Verkauf von Leuchtstoffröhren unter den Bezeichnungen "N", "NO" und "NO Generation". Mit der Replik erweiterte die Beschwerdeführerin ihr Begehren auf das Verbot, Leuchtstoffröhren mit bestimmten technischen Gegebenheiten unter Bezugnahme auf diejenigen der "NO Generation" der Beschwerdegegnerin 1 und der "N Flash" der Beschwerdeführerin, produzieren zu lassen. Die mit Eingabe vom 12. März 2007 erhobenen Eventualbegehren und Subeventualbegehren haben wiederum das Anbieten und den Verkauf von Leuchtstoffröhren mit bestimmten Eigenschaften zum Inhalt. Anbieten und Verkauf von Leuchtstoffröhren sind andere Handlungen als das Produzieren solcher. Für beides wird auf behauptete UWG-Verletzungen der beiden Beschwerdegegner zum Nachteil der Beschwerdeführerin im Umfeld der Produkte und Bezeichnungen "N" und "NO" Bezug genommen wird. Die verschiedenen Rechtsbegehren betreffen die gleichen Produktgruppen und die gleichen Parteien.

Eine gewisse Nähe der Begehren gemäss Klageschrift und der Ergänzungsbegehren gemäss Replik liegt zweifellos vor. Während jedoch die ursprünglichen

Begehren auf die Verwechslungsgefahr ("N", "NO") und das Wissen des Beschwerdeführers 2 um die Vertriebspartner, Kunden- und Preislisten der Beschwerdeführerin, welche die beiden Beschwerdegegner angeblich ausnützten, zielen, betreffen die Ergänzungsbegehren technische Ähnlichkeiten zwischen den Produkten der Beschwerdeführerin und denjenigen der Beschwerdegegnerin 1 bzw. den Vorwurf, die Beschwerdegegnerin 1 kopiere ein Produkt der Beschwerdeführerin oder lasse ein solches kopieren. Dies gilt auch für die Eventual- bzw. Subeventualbegehren ER 1.3 und 1.4, die auf ein Verbot des Anbietens und Verkaufens (ER 1.3a auch Produktion) zielen, denn auch darin bezieht sich die Beschwerdeführerin auf ein technisches Merkmal, den Farbort gemäss Ergänzungsbegehren ER 1.1a-c. Das Ausnutzen von Wissen um Vertriebspartner, Kunden- und Preislisten und das Verwenden eines verwechslungsanfälligen Produktnamens stellt einen anderen Lebensvorgang dar als das einem Kopieren gleiche oder nahe Produzieren der Leuchtstoffröhren. Die geltend gemachten Vorgehen unterscheiden sich klar, so dass auch nicht von benachbarten Lebensvorgängen zu sprechen ist. Allein der Umstand, dass die Ergänzungsbegehren sich gegen dieselben Beklagten richten und die gleiche Produktgruppe betreffen, begründet eine solche Nachbarschaft der Lebensvorgänge nicht.

Das Handelsgericht verneint somit zu Recht die Voraussetzungen einer Klageänderung im Sinne von § 61 ZPO. Die entsprechende Rüge ist unbegründet.

3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Klageänderung hätte nach § 115 Ziffer 1 ZPO zugelassen werden müssen, da sie erst aus den Ausführungen der Klageantwort habe folgern können, dass die Beschwerdegegner die Leuchtstoffröhre "NO Generation" bei der SS als "neue Generation der "N Flash" unter rechtswidriger Verwendung von Fabrikgeheimnissen der Beschwerdeführerin habe herstellen lassen (KG act. 1 S. 9 f. RZ 19).

§ 115 ZPO regelt die Ausnahmen zu § 114 ZPO, gemäss welcher Bestimmung Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen sind, die sie in ihrem letzten Vortrag oder in ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben. Die Zulässigkeit von Klageänderungen und -erweiterungen richtet sich jedoch nicht nach den §§ 114 f. ZPO, son-

dem ist in § 61 ZPO gesondert geregelt. Die Berufung auf § 115 Abs. 1 ZPO geht deshalb fehl.

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Handelsgericht gehe auf Seite 12 f. des angefochtenen Beschlusses sinngemäss davon aus, die Beschwerdeführerin begründe den engen Zusammenhang im Sinne von § 61 ZPO einzig in einem *unbestimmten, rechtlich nicht qualifizierbaren* Gesamtbild, das über das Verhalten der Beschwerdegegner gezeichnet werde. Damit setze sich das Handelsgericht gleich dreifach in Widerspruch zu den Parteivorbringen der Beschwerdeführerin: Erstes sei das Gesamtbild, das die Beschwerdeführerin über das Verhalten der Beschwerdegegner zeichne, nicht irgendeines, sondern dasjenige einer unlauteren Konkurrenzierung im Sinne des UWG. Zweitens habe die Beschwerdeführerin die einzelnen UWG-Verletzungen, die dieses Gesamtbild ausmachen, in der Klageschrift und ergänzend in der Replik konkret dargelegt und begründet. Drittens leite die Beschwerdeführerin den engen Zusammenhang nicht in erster Linie aus dem Geamtvorgehen der Beschwerdegegner, sondern primär aus dem konkreten Vorgehen betreffen die Fleischlampe "NO Generation" ab. Die Begründung des angefochtenen Beschlusses sei somit mehrfach aktenwidrig (KG act. 1 S. 10 RZ 21).

Eine Aktenwidrigkeit liegt vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt, die Urkunde zum Beispiel nicht mit dem richtigen Wortlaut in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als blanker Irrtum erweist (Diether von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 27).

Das Handelsgericht hält an der gerügten Stelle fest, der Sachzusammenhang zwischen den ursprünglichen und den dazugekommenen Rechtsbegehren bestehe lediglich im Gesamtbild, das die Beschwerdeführerin über das Verhalten der beiden Beschwerdegegner zeichne. Es umschreibe in der Folge dieses Gesamtbild. Das Handelsgericht hält aber weder ausdrücklich noch sinngemäss fest, dieses Gesamtbild sei unbestimmt und rechtlich nicht qualifizierbar. In den Erwägungen des angefochtenen Beschlusses geht es zudem im Einzelnen auf die verschiede-

nen Begehren der Beschwerdeführerin und auf die entsprechenden Begründungsansätze ein. Ein blanker Irrtum in tatsächlicher Hinsicht, hier bezüglich des Wortlauts und des Inhalts der Vorbringen der Beschwerdeführerin, ist nicht ersichtlich.

5. Lässt das Handelsgericht die Klageerweiterung nicht zu, so tritt es zu Recht auch nicht auf die entsprechenden Massnahmebegehren ein.

6. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 4'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 378.-- Schreibgebühren,
Fr. 152 Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, den beiden Beschwerdegegnern zusammen für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.-- zu entrichten.

5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Handelsgerichtes vom 26. Juli 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: