

# ZH\_HANDELSGERICHT HE150065 vom 5. Mai 2015

Zh Handelsgericht, 2015-05-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE150065](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE150065)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE150065 du 5 mai 2015

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE150065 del 5 maggio 2015

## Erwägungen

### E. 10

Dezember 2014 versandt und die erste Nummer Anfang März 2015 herausgegeben wurde (act. 7 Rz. 5 f.). Unbestritten blieb weiter, dass es sich bei der Publikation "C.\_\_\_\_\_ ..." um ein exklusives Coffetable-Magazin und um ein Premiumheft für Designliebhaber han-

- 4 - delt (act. 1 S. 3). Auch das Druckerzeugnis der Beklagten richtet sich an den designaffinen Menschen (act. 7 Rz. 6). Der Titel "C.\_\_\_\_\_ " ist auf den jeweiligen Umschlagsseiten der beiden Druckerzeugnisse zu sehen, und zwar besteht dieser aus in weissen auf schwarzem Grund gesetzten Grossbuchstaben und verläuft über die ganze Breite der Frontseite. Bei der klägerischen Publikation wird "C.\_\_\_\_\_ " zudem noch mit "... " ergänzt, auf einer zweiten Zeile mit einer kleineren Schrift. Zudem ist auf beiden Umschlagsseiten eine grossformatige Fotografie aufgedruckt (act. 1 S. 3 und 5). In Bezug auf die Haptik der beiden Publikationen blieb unbestritten, dass die klägerische Publikation fünf verschiedene Papiersorten enthält, während die Beklagte für ihre im Recht liegende Publikation nichtglänzendes und umweltfreundliches Papier verwendet (act. 7 Rz. 13). Das Magazin der Beklagten wird ausschliesslich kostenlos abgegeben, und zwar an Restaurants, Hotels, Boutiquen und weitere ausgewählte Adressen; ein Verkauf erfolgt nicht (act. 7 Rz. 7; act. 9/14), während von der Publikation der Klägerin hierorts ca. 520 Exemplare verkauft (act. 7 Rz. 11) bzw. 1'000 Exemplare in der Schweiz vertrieben werden (act. 1 S. 3). 3.2.2 Klägerische Vorbringen a) Die Klägerin behauptet, dass die beiden Publikationen hochgradig verwechselbar seien. Nicht nur seien die Umschlagsseiten mit dem gleichen Titel "C.\_\_\_\_\_ " gleich, sondern auch die Haptik der Publikationen (act. 1 Rz. 2.3). Auch inhaltlich würden die Publikationen weitgehende Parallelen aufweisen. Die beklagtische Produktion berichte über Trends, Design, Architektur, Mode, Kunst, Gastronomie und Erholung, während ihre eigene Zeitschrift Trends aus Architektur, Design, Interior, Fashion und Art verbinde. Weiter würde das klägerische Magazin über angesagte Lokalitäten in Form von Reportagen, Hotel-Stories, Kunst-Terminen und Ausstellungen sowie diversen Travel News berichten, während die Publikation der Beklagten Geschichten von Orten und Menschen erzähle, welche Städte prägen und Tradition und Trend kreativ kombinieren würden (act. 1 S. 3 und 4 f.).

- 5 - b) Die Klägerin behauptet, dass eine erhebliche Gefahr von Fehlzurechnungen bestehe und es bereits zu einer Fehlzurechnung gekommen sei (act. 1 S. 9). 3.2.3 Beklagtische Vorbringen a) Die Beklagte bestreitet die Vorwürfe betreffend unlauteren Verhaltens. Sie macht geltend, dass ihre Publikation ein ganz anderes Format als diejenige der Klägerin habe. So sei ihre Publikation doppelt so gross, während das Magazin der Klägerin das übliche Format aufweise. Somit könnten die beiden Publikationen auf den ersten Blick mit Leichtigkeit auseinander gehalten werden (act. 7 Rz. 10). b) Auch in Bezug auf den Inhalt seien die beiden Publikationen völlig verschieden. Die Beklagte führt aus, dass es sich bei

ihrer Gazette um einen rein lokalen, schweizerstadtbezogenen Führer handle, während das Magazin "C.\_\_\_\_\_ ..." global ausgerichtet sei und keinen spürbaren Bezug zur Schweiz aufweise (act. 7 Rz. 11). c) Die Beklagte macht sodann geltend, dass ihr Zielpublikum primär in der Schweiz auf Dauer wohnhafte und entsprechend kaufkräftige Leser seien (act. 7 Rz. 12). Ein weiterer Unterschied zur klägerischen Publikation bestehe sodann darin, dass diese lediglich 15 ganzseitige, erkennbar bezahlte Inserate auf 218 Seiten enthalte, während die Beklagte für ihre Publikation von total 32 Seiten insgesamt 8 ganzseitige Inserate habe akquirieren können. d) Weiter unterscheide sich das Erscheinungsbild und die Haptik der beiden Publikationen stark. Die beklagte Gazette "C.\_\_\_\_\_" sei sieben Mal dünner als das Magazin "C.\_\_\_\_\_ ...". Auch weise die Gazette "C.\_\_\_\_\_" ein einheitlicheres und klareres Page-Design auf als dasjenige der klägerischen Publikation (act. 7 Rz. 13). e) Die Beklagte macht ausserdem geltend, dass die Gazette "C.\_\_\_\_\_" nicht an öffentlichen Verkaufsstellen erhältlich, sondern nur an ausgewählten Orten aufgelegt sei und sie sei auch kostenlos. Somit sei es ausgeschlossen, dass ein Käufer des Magazins "C.\_\_\_\_\_ ..." dieses je an einem Kiosk mit ihrer Gazette "C.\_\_\_\_\_" verwechseln würde (act. 7 Rz. 14).

- 6 - f) Zudem führt die Beklagte aus, dass die beiden Publikationen lediglich den Titelbestandteil gemeinsam hätten. Doch dieser werde völlig unterschiedlich verwendet; bei der Klägerin in Kombination mit "...", bei ihrer eigenen Publikation jedoch in Alleinstellung. Auch graphisch sei der Titel der beiden Publikationen völlig anders gestaltet und platziert (act. 7 Rz. 15). Zudem fehle dem Bestandteil "C.\_\_\_\_\_" die konkrete Unterscheidungskraft (act. 7 Rz. 16). Es handle sich vielmehr um einen gemeinfreien Bestandteil (act. 7 Rz. 31; act. 9/18). g) Schliesslich bestreitet die Beklagte, dass es bereits zu Fehlzurechnungen gekommen sei (act. 7 Rz. 17 ff.). 3.2.4 Rechtliches a) Gemäss Art. 3 lit. d UWG handelt insbesondere unlauter, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen. Unter diesen mitunter als wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz bezeichneten Tatbestand der Schaffung einer Verwechslungsgefahr mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen fallen sämtliche Verhaltensweisen, bei denen das Publikum durch die Schaffung von Verwechslungsgefahr irregeführt wird (BGE 128 III 353 E. 4). Es ist aber keine direkte warenbezogene Verwechselbarkeit erforderlich. Sie kann auch bloss eine mittelbare oder indirekte sein, indem beim Publikum der Eindruck erweckt wird, die verwechselbar gekennzeichneten oder ausgestatteten Waren stammten aus Betrieben, die wirtschaftlich eng verbunden seien (BGE 135 III 446 E. 6.1; BGE 116 II 365 E. 3a). Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG schützt somit vor Irreführungen über die betriebliche Herkunft von Waren, Werken oder Leistungen bzw. die betriebliche Identität an sich (ARPAGAUS, in: BSK-UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. d Rz. 8 f.). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das Risiko der Verwechslung umso grösser, je näher sich die Waren sind, für welche die in Frage stehenden Zeichen gebraucht werden. Wenn zwei Zeichen für identische Warengattungen verwendet werden, ist bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ein be-

- 7 - sondern strenger Massstab anzulegen (BGE 135 III 446 E. 6.1; BGE 102 II 122 E. 2). Bereits eine begründete Wahrscheinlichkeit von Verwechslungen ist ausreichend (SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in: Stämpflis Handkommentar SHK, Art. 3 lit. d Rz. 27). Verschiedene Umstände sind in Bezug auf die Verwechslungsgefahr zu berücksichtigen (z.B. Warengattung, Präsentation, Branchennähe, Adressaten, etc.). Diese variieren aber von Fall zu Fall. Entscheidend für das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr

ist der Gesamteindruck (BGE 102 II 122 E. 2). Allerdings kann die Schaffung einer Verwechslungsgefahr nur dann unlauter sein, sofern das Nachgeahmte Kennzeichnungskraft besitzt, indem es vom Publikum als Herkunftshinweis verstanden wird, sei es kraft Originalität oder ihrer Verkehrsdurchsetzung (BGE 116 II 365 E. 3b).

3.2.5 Würdigung Zunächst ist zu prüfen, ob der Publikation der Klägerin einen schutzfähigen Marktauftritt zukommt. Dazu gehört nicht nur der Hauptbestandteil des Titels der Publikation ("C.\_\_\_\_\_"). Vielmehr ist zu prüfen, ob die Publikation eine gewisse Originalität, Ungewöhnlichkeit oder Eigenart aufweist und mithin von einem individualisierenden Mitteilungsinhalt gesprochen werden kann. Dies ist vor dem Hintergrund des Titels, der Aufmachung der Umschlagsseite, der Verwendung von fünf verschiedenen Papiersorten und der gewissen Exklusivität zu bejahen. Damit kann auch offen bleiben, ob es sich beim Bestandteil "C.\_\_\_\_\_" um einen gemeinfreien Bestandteil handelt. Sowohl beim Erzeugnis der Klägerin als auch bei demjenigen der Beklagten handelt es sich um eine Zeitschrift, auch wenn die Beklagte stets den Begriff "Magazin" für das Produkt der Klägerin und "Gazette" für ihr eigenes Produkt verwendet. Beide Zeitschriften erscheinen lediglich sechs- (Klägerin) bzw. viermal pro Jahr (Beklagte). Somit handelt es sich um gleichartige Erzeugnisse, bei denen ein strenger Massstab bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr anzuwenden ist (BGE 102 II 122 E. 2).

- 8 - Der Beklagten ist zuzustimmen, dass sich viele andere Zeitschriften der Aufmachung "Grosser Titel mit einer grossformatigen Fotografie" bedienen. Dies alleine führt nicht zu einer Verwechslungsgefahr. Ebenfalls ist es richtig, dass die beiden Druckerzeugnisse ein anderes Format, eine andere Haptik und eine unterschiedliche Seitenanzahl aufweisen. Diese Elemente fallen einem Betrachter sofort auf. Anders ist es jedoch beim Titel und Inhalt der Zeitschriften. Beide Zeitschriften tragen den gleichen Titel: "C.\_\_\_\_\_". Es ist dabei von untergeordneter Bedeutung, dass die Klägerin dem Titel "C.\_\_\_\_\_" noch "... " anfügt, denn diese beiden Wörter sind viel kleiner geschrieben und finden sich auf einer zweiten Zeile. Im Fokus des Betrachters steht "C.\_\_\_\_\_". Der Inhalt der beiden Zeitschriften ist zudem von grosser Ähnlichkeit: Beide fokussieren auf die gleichen Themen wie Design, Architektur, Kunst und Reiseberichte/-news (act. 3/3; act. 3/8). Daran ändert nichts, wenn die Beklagte die Ausgabe einer Zeitschrift jeweils einer Stadt in der Deutschschweiz widmet. Die inhaltlichen Themen sind praktisch die Gleichen. Hinzukommt, dass die angesprochene Lesergruppe bei beiden Zeitschriften die Gleiche ist: angesprochen wird der moderne, urbane und designaffine Leser (act. 1 S. 3 f. und act. 7 Rz. 6). Aufgrund dessen ist davon auszugehen, dass der Leserschaft des "C.\_\_\_\_\_ ..." und des "C.\_\_\_\_\_" insbesondere der Titel, aber auch der Inhalt der Zeitschriften haften bleibt. Daran ändert sich auch nichts, wenn das "C.\_\_\_\_\_ ..." weniger ganzseitige Inserate enthält als das "C.\_\_\_\_\_"; einem Leser wird kaum in Erinnerung bleiben, wie viele ganzseitige Inserate eine Zeitschrift aufweist. Prägend sind vorliegend vielmehr - wie erörtert - der Titel und der Inhalt der Zeitschriften. Der Inhalt zeichnet sich bei beiden Publikationen auch dadurch aus, dass es der Leserschaft nicht leicht fällt, den redaktionellen Teil vom Anzeigenteil zu unterscheiden, da auch im redaktionellen Teil Produkte vorgestellt werden (analog zu Publikationen wie "Z" oder "Saisonküche").

- 9 - Aufgrund dieses Erscheinungsbildes ist es möglich, dass es wegen der dominanten Verwendung des Zeichens "C.\_\_\_\_\_" in beiden Zeitschriften zu Fehlzurechnungen kommen kann, auch wenn die Klägerin nicht glaubhaft gemacht hat, dass es bereits zu einer Fehlzurechnung gekommen ist. Ebenfalls ändert an der Verwechselbarkeit nichts, dass die

Zeitschrift der Beklagten nur gratis an ausgewählte Stellen und Personen abgegeben wird und es somit z.B. an einem Kiosk nicht zu einer Verwechslung kommen kann. Es genügt mithin für die Verwechslungsgefahr gemäss Art. 3 lit. d UWG bereits, dass aufgrund der erwähnten Gleichartigkeit der Leser leicht auf den Gedanken kommen kann, dass die beiden Publikationen aus dem gleichen Verlag stammen bzw. von zwei Unternehmen sind, die wirtschaftlich eng miteinander verbunden sind. 3.2.6 Fazit Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Klägerin glaubhaft gemacht hat, dass die Beklagte mit der Herausgabe ihrer Zeitschrift "C.\_\_\_\_\_" eine Verwechslungsgefahr zur klägerischen Zeitschrift "C.\_\_\_\_\_ ..." geschaffen hat und weiterhin schafft und sich somit unlauter im Sinne von Art. 3 lit. d UWG verhält. 3.3. Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil 3.3.1 Parteistandpunkte a) In Bezug auf den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil führt die Klägerin aus, dass mit dem Erscheinen der beklagten Publikation das latere Verhältnis zwischen den Parteien nachhaltig gestört würde und die wirtschaftlichen Interessen der Klägerin infolge der anzunehmenden Fehlzurechnungen einen schweren Schaden erleiden würden. Das verlangte Verbot sei verhältnismässig, weil es einzig darauf abziele, dem Verbot des unlauteren Wettbewerbs hinsichtlich der angekündigten Herausgabe der beklagten Publikation zur Durchsetzung zu verhelfen (act. 1 S. 10). b) Die Beklagte bestreitet, dass der Klägerin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil entstehe. Sie begründet dies mit der fehlenden zeitlichen Dringlich-

- 10 - keit sinngemäss, weil die Herausgabe der Gazette "C.\_\_\_\_\_" in den relevanten Branchenkreisen seit der Aufschaltung der Website [www.C.\\_\\_\\_\\_\\_.ch](http://www.C._____.ch) bzw. spätestens mit dem Versand des Newsletters am 13. November 2014 sowie der Nullnummer am 10. Dezember 2014 allgemein bekannt gewesen sei, die Klägerin aber erst Monate später das Begehren eingereicht habe. Auch sei das Verhältnis der klägerischen Auflage (in der Schweiz) zu ihrer eigenen Auflage völlig unbedeutend (act. 7 Rz. 35). 3.3.2. Rechtliches a) Unter einem Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO ist jede Beeinträchtigung zu verstehen, welche durch das inkriminierte Verhalten der Beklagten verursacht wurde oder werden kann. Der Nachteil kann materieller oder immaterieller Natur sein. Während es sich beim materiellen Nachteil in der Regel um einen finanziellen Schaden handelt, geht es beim immateriellen Nachteil beispielsweise um Ruf- oder Ansehensbeeinträchtigungen (ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 21 f.). Irrelevant ist, ob die Beeinträchtigung am Ende des Verfahrens mit Geld entschädigt werden kann (so zumindest die Botschaft ZPO, S. 7354). b) Dringlichkeit, als Bestandteil der Nachteilsprognose, muss ebenso gegeben sein. Sie wird dann bejaht, wenn der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil nicht anders als durch den Erlass der vorsorglichen Massnahme abgewendet werden kann (BSK RÜETSCHI/ROTH, vor Art. 9-13a UWG N 62). Wenn die klagende Partei ungebührlich lange mit der Stellung eines Massnahmebegehrens zuwartet, kann dies unter Umständen rechtsmissbräuchlich sein und der Rechtsschutz kann verweigert werden bzw. die Gesuchstellerin hat einen erhöhten Erklärungsbedarf in der Nachteilsdiskussion (ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 9). 3.3.3 Würdigung Es erscheint glaubhaft, dass die materiellen und immateriellen Interessen der Klägerin aufgrund des Verhaltens der Beklagten infolge der möglichen Fehlzurechnungen beeinträchtigt werden. Diese können auf die Klägerin ein schlechtes

- 11 - Bild werfen, wenn beispielsweise jemand, aus welchen Gründen auch immer, vom Produkt der Beklagten einen schlechten Eindruck hat und diesen auf die Klägerin projiziert.

Eine materielle Beeinträchtigung ist auch nicht ausgeschlossen. Die Beklagte weist im In- und Ausland auf ihr Produkt hin. Es erscheint möglich, dass Werbende wegen der Verwechslung nicht bei der Klägerin inserieren oder angesichts der unklaren Marktverhältnisse von Inseraten absehen. Ein damit verbundener Schaden lässt sich später kaum nachweisen. Die Beeinträchtigung immaterieller und materieller Art ist gesamthaft nicht leicht wieder gutzumachen. Auch wenn die Beklagte geltend macht, dass die Herausgabe ihrer Zeitschrift seit

### **E. 13**

November 2014, aber spätestens seit der Nullnummer am 10. Dezember 2014, allgemein bekannt gewesen sei, erscheint es glaubhaft, dass die Klägerin erst später, mit Email vom 9. Februar 2015 von der beklagten Publikation "C.\_\_\_\_\_" erfahren hat. Ein ungebührliches Zuwarten ist zu verneinen. Ebenso ist die Dringlichkeit zu bejahen, weil die Beklagte weitere Ausgaben herauszugeben plant, insgesamt vier pro Jahr. Ohne ein richterliches Urteil könnte die Herausgabe dieser Publikationen nicht abgewendet werden. Eine Unterlassungsanordnung ist verhältnismässig: Die Rechtsverletzung erscheint klar zu sein; zudem hätte die Beklagte durch Recherchen erkennen können bzw. müssen, dass ein ähnliches Produkt mit im wesentlichen gleichen Titel auf dem Markt ist. Sie war damit nicht gutgläubig. 3.4 Zu treffende Anordnungen a) Die Rechtsbegehren in Ziff. 1 und 2 sind klar formuliert. b) Im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit und die mögliche Anfechtung des Entscheides mit Stellung eines Gesuches betreffend aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG) ist die Wirkung der Massnahme um 60 Tage aufzuschieben. c) Der Klägerin ist Frist zur Anhängigmachung des Prozesses in der Hauptsache anzusetzen (Art. 263 ZPO). 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

- 12 - Bei den Prozesskosten ist gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO die definitive Regelung bezüglich der Verteilung dem Entscheid des Hauptsachegerichtes vorzubehalten. Nur für den Fall, dass die Anordnung wegen Nichtanhängigmachens des Prozesses in der Hauptsache dahinfällt, ist eine definitive (wenn auch bedingte) Anordnung zu treffen. Die Klägerin beziffert den Streitwert auf CHF 100'000.-- (act. 1 S. 2). Die Beklagte bestreitet diese Höhe. Sie geht von einem jährlichen Brutto-Umsatz der Klägerin für das Magazin "C.\_\_\_\_\_ ..." von CHF 36'192.-- aus und macht geltend, dass bei Abzug der Kosten der Vertrieb dieses Magazins wohl defizitär sei (act. 7 Rz. 3). Da sich die Parteien über den Streitwert nicht einigen können, setzt das Gericht den Streitwert fest (Art. 91 ZPO). Massgebend ist das wirtschaftliche Interesse der Klägerin, die unter den Verbotsantrag fallende Wettbewerbsverstösse der Beklagten für die Zukunft zu unterbinden (ZÜRCHER, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechtsprozess, in: sic! 2002 S. 505). Angesichts der eher geringen Auflage in der Schweiz erscheint die Annahme eines Streitwertes von CHF 50'000 als angemessen. Der Einzelrichter erkennt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.