

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180462-O

U/mk

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Benjamin Büchler

Verfügung und Urteil vom 14. November 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____

gegen

B._____,

Beklagter

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung von Art. 292 StGB im Unterlassungsfall zu verbieten, den Radiobeitrag des Konsumenten-Magazins "C._____" über die Gesuchstellerin auf ihrer Internetseite (www.B._____.ch), in ihrem News-Portal und in sämtlichen von ihr verwalteten Internetseiten in allen Kategorien und Unterkategorien sowie auf Social Media-Plattformen (Facebook, Twitter, Instagram, Snapchat, Pinterest, Tumblr, reddit) und "YouTube" zu veröffentlichen, durch Dritte veröffentlichen zu lassen und/oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.
2. Die unter Ziffer 1 hiavor beantragte Massnahme sei superprovisorisch anzuordnen.
3. Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung von Art. 292 StGB im Unterlassungsfall zu verpflichten, den am tt.mm.2018 ausgestrahlten und zwischenzeitlich wieder auf der Internetseite der Gesuchsgegnerin abrufbaren Radiobeitrag des Konsumenten-Magazins "C._____" über die Gesuchstellerin (bisher www.B._____.ch/.../...-C._____/A._____-...) und den in ihrem News-Portal veröffentlichen Artikel über die Gesuchstellerin (bisher www.B._____.ch/.../.../...-A._____-...) in sämtlichen von ihr verwalteten Internetseiten in allen Kategorien und Unterkategorien sofort zu löschen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Die Parteien werden nachfolgend Klägerin und Beklagter (Verein, kurz "B._____") genannt. Gesuchstellerin und Gesuchsgegner wäre auch korrekt.
2. Die Parteien standen sich schon vor Bezirksgericht Zürich (BGZ) gegenüber. Die Klägerin dürfte unterdessen bemerkt haben, dass sie dort gegen eine nicht parteifähige Zweigniederlassung der B._____ vorgegangen war.
3. Das BGZ trat allerdings nicht deswegen auf das klägerische Gesuch nicht ein (act. 3/1). Das wäre auch nicht korrekt gewesen, weil der Klägerin entweder Frist anzusetzen gewesen wäre, ihren Fehler zu korrigieren (Art. 52 ZPO) oder der Fehler hätte von Amtes wegen behoben werden können (BGer 4A_510/2016, Ur-

teil vom 26. Januar 2017). Falsch war in jedem Fall die Aufnahme der Zweigniederlassung ins Rubrum und die Fortsetzung des Verfahrens.

4. Das BGZ verneinte seine Zuständigkeit (act. 3/1). Dies im Ergebnis zutreffend. Beide Parteien sind eingetragen und es geht um ihre geschäftliche Tätigkeit (Art. 6 ZPO). Die Klägerin beruft sich auf Schutz ihrer Persönlichkeit. Hierbei fehlt ein Streitwert (BGE 127 III 481 E 1a). Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig (Art. 75 BGG).

5. Das Massnahmebegehren betrifft eine Radiosendung vom tt.mm.2018. In der Sendung "C._____" wurde der Klägerin im Wesentlichen vorgeworfen (vgl. act. 3/7), sie ködere insbesondere ältere Menschen telefonisch mit der Übergabe eines Sei man vor Ort, werde die Schlafstätte inspiziert und auf gesundheitliche Risiken hingewiesen, was die Betroffenen dann zum Kauf von Bettwaren bewege. Die Klägerin geht davon aus, wenn das Löschungsgebot, welches das BGZ am 12. Oktober 2018 verfügt habe (act. 3/10), mit "Rechtskraft" der Nichteintretensverfügung des BGZ (act. 3/1) dahinfalle, werde man die Sendung seitens der Beklagten wieder ins Netz stellen, samt act. 3/7.

6. Gemäss Klägerin werde sie in der siebenminütigen Sendung an den Pranger gestellt (act. 1 Rz. 17 mit Hinweis auf wesentliche Punkte, welche in Rz. 18 ff. geschildert würden).

7. Bei der Prüfung betreffend Persönlichkeitsverletzungen ist stets zwischen Tatsachenbehauptungen und Wertungen zu unterscheiden. Die von der Klägerin in act. 1 Rz 18 ff. aufgelisteten "Punkte" - sie enden mit Rz 24 - stellen eine wenig konzise Darlegung dar, bei der insbesondere nicht zwischen Tatsachen und Wertungen unterschieden wird. In Rz. 18 werden Wortfetzen des Beitrages geschildert. Rz. 19 befasst sich mit einem Eindruck, welchen der Beitrag vermittle. Unter Rz. 20 und 21 wird zu zwei Kundenaussagen Stellung genommen. In Rz. 22 werden Aussagen einer ehemaligen Aussendienstmitarbeiterin bestritten. Die Ausführungen in Rz. 23 beschäftigen sich mit dem Titel von act. 3/7: "...." Schliesslich wird der Beklagten in Rz. 24 vorgeworfen, die klägerischen Gegenmeinungen seien unzureichend berücksichtigt worden.

8.1 Das Klagefundament, wie es die Klägerin in den erwähnten Randziffern darlegt, ist bezüglich Tatsachen sehr dünn.

8.2 Unstrittig ist, dass die Klägerin telefonisch ein vorbeizubringendes Geschenk verspricht, ihr zentrales Anliegen aber nicht einer unentgeltlichen Wohltat gilt, sondern auf einen kommerziellen Erfolg zielt. Ungeachtet dessen, ob das Führen eines Verkaufsgespräches den Angerufenen kundgetan wird, muss dieses Vorgehen kritisch hinterfragt werden dürfen. Es geht um eine Variante der verpönten Lockvogelwerbung (Art. 3 lit. f UWG, wobei eine Subsumtion unter Art. 2 UWG auch möglich wäre). Wenn man den Kunden oder die Kundin einmal im Laden hat, vorliegend, wenn dank des Geschenkes vor Ort ein Verkaufsgespräch geführt werden darf, dann ist der psychologische Druck zum Eingehen eines Geschäftes, welches man ursprünglich nicht eingehen wollte, sehr stark. Ein solches Verhalten der Anbieterin einer Leistung könnte als unlauter eingestuft werden. Einem Konsumentenmagazin wie "C. _____" muss es erlaubt sein, vor derartiger Lockvogelwerbung zu warnen. Das ist durch die Meinungsäusserungsfreiheit und den Rechtfertigungsgrund des öffentlichen Interesses gedeckt.

8.3 Über die Form mag man streiten. Es ist durchaus möglich, dass sich bei vertiefter Prüfung einzelne Tatsachenbehauptungen der Beklagten als falsch erweisen könnten, z.B. [zu] teure Produkte, Arthroserisiko, andere wie "... " als unnötig herabsetzend.

8.4 Mit ihrem Gesuch will die Klägerin aber nicht einzelne Behauptungen oder Wertung untersagt wissen, sondern die Verbreitung einer ganzen Sendung und eines Internetartikels (act. 3/7). Solches wäre unter den Anspruchsvoraussetzungen der Notwendigkeit (Art. 261 ZPO) und gemäss Rechtsprechung der Verhältnismässigkeit nur angängig, wenn die Anzahl der zu beanstandenden Behauptungen so bedeutend wäre, dass eine Sendung als Ganze oder ein Beitrag als Ganzer als rechtsverletzend einzustufen wäre. Das ist vorliegend nicht der Fall. Deshalb ist nicht nur das Dringlichkeitsbegehren, sondern das Massnahmebegehren abzuweisen (Art, 253 ZPO).

8.5 Dass sich die Klägerin mit ihrem Gebaren in einem Graubereich zwischen rechtsgetreuem und rechtswidrigen Verhalten bewegt, zeigt auch eine vorgedruckte Vertragsbestimmung (vgl. act. 3/8). Dort steht, die Käuferschaft habe das Recht, "innert 14 Tage[n] nach Unterzeichnung mittels eingeschriebenem Brief zu widerrufen". Gemäss der zulasten der Käuferschaft nicht abänderbaren Norm von Art. 40e OR darf der Widerruf an keine Form gebunden werden (vgl. auch BSK N 1 zu Art. 40e OR). Die Formvorschrift ist mithin nichtig.

9. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 ZPO).

Der Einzelrichter verfügt und erkennt:

1. Das Dringlichkeitsbegehren wird abgewiesen.
2. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf CHF 2'000.
4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
5. Entschädigungen werden keine zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten mit Doppeln von act. 1 und act. 3/1 - 16.
7. 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). Das Verfahren ist streitwertlos (Persönlichkeitsverletzung).

Zürich, 14. November 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler