



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Dr. Alexander Müller und Dr. Thomas Lörtscher, Handelsrichterin Verena Preisig sowie der Gerichtsschreiber Gallus Maissen

Urteil vom 20. Juli 2016

in Sachen

A. _____ SA,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ GmbH Schweiz,
Beklagte

betreffend **UWG**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Der Beklagten sei zu verbieten, die folgenden Aussagen zu verbreiten:
- a. B._____ GmbH Schweiz bzw. B._____ -... habe von der A._____ SA das Geschäft mit den Schlüsselanhängern übernommen.
 - b. A._____ SA habe ihren Schlüsselfund-Service an die B._____ GmbH Schweiz bzw. B._____ -... abgetreten.
2. Das Verbot gemäss Ziffer 1 vorstehend sei mit der Androhung der Überweisung der Organe der Beklagten an den Strafrichter zur Bestrafung mit Haft oder Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB im Fall der Zuwiderhandlung zu verbinden.
- Der Beklagten und ihren jeweiligen Organen sei eine Ordnungsbusse nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO in der Höhe von CHF 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung des in Ziffer 1 beantragten Verbots, mindestens aber Fr. 5'000.– gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, anzudrohen.
3. Das Urteilsdispositiv sowie eine noch zu formulierende Urteilskurzzusammenfassung seien nach Eintritt der Rechtskraft in Absprache mit der Klägerin und auf Kosten der Beklagten in der Grösse einer halben Seite in der Gratiszeitung 'E._____' zu veröffentlichen.
4. Die Klägerin sei zu ermächtigen, das Urteilsdispositiv sowie eine Urteilskurzzusammenfassung auf eigene Kosten in ihrer Kundenzeitschrift sowie auf ihrer Internetseite unter der Domain www.A._____.ch zu veröffentlichen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten. "

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Prozessgeschichte

Mit Urteil des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 24. September 2015 wurde der Beklagten mit sofortiger Wirkung vorsorglich verboten, die im oben aufgeführten Rechtsbegehren Ziffer 1 formulierten Aussagen zu verbreiten. Gleichzeitig wurde der Klägerin eine Frist von 60 Tagen angesetzt, um den

Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen (act. 3/1 S. 4 f). Diese Prosequierungsfrist wurde in der Folge mehrmals verlängert; zuletzt bis zum 31. März 2016 (act. 3/3).

Am 23. März 2016 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 29. März 2016 wurde den Parteien der Eingang der Klage bestätigt, die Akten des Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen beigezogen sowie der Klägerin Frist angesetzt, um einen Vorschuss für die Gerichtskosten zu leisten (act. 6). Diese Verfügung konnte der Beklagten zugestellt werden (act. 7/2). Nachdem die Klägerin den Gerichtskostenvorschuss rechtzeitig geleistet hatte (act. 8), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 5. April 2016 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 9). Da die Beklagte die Klageantwort trotz Zustellung (act. 10/2) nicht innert Frist einreichte, wurde ihr am 13. Juni 2016 in Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO eine einmalige, kurze Nachfrist angesetzt. Diese Nachfrist wurde mit der Androhung verbunden, bei Säumnis werde das Gericht entweder einen Endentscheid treffen, sofern die Angelegenheit spruchreif sei, oder zur Hauptverhandlung vorladen (act. 11). Da die Beklagte die Verfügung nicht bei der Poststelle abgeholt hatte (act. 12/2), wurde die Verfügung im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht (act. 13; act. 14). Indessen liess sich die Beklagte auch innert der Nachfrist nicht vernehmen, weshalb – da sich die Angelegenheit als spruchreif erweist – darüber zu entscheiden ist (Art. 223 Abs. 2 ZPO).

2. Parteien/Sachverhalt

2.1.

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in F._____ und erbringt Dienstleistungen im Bereich von Kartenzahlungsmitteln. Sie bietet insbesondere einen Kartensperrservice und auch einen Schlüsselfundservice an (act. 1 Rz 23 f; act. 3/6). Die Beklagte ist eine GmbH mit neu Sitz in G._____ (ZG) und bezweckt den Betrieb eines Büros für Inkassi im In- und Ausland sowie die Erbringung von Dienstleistungen im kaufmännischen Bereich (act. 1 Rz 25; act. 3/9).

2.2.

Die Klägerin bietet einen Schlüsselbund-Service an, bei dem der Kunde einen Schlüsselanhänger mit der Adresse der Klägerin und seiner persönlichen Kundennummer erhält, den er am persönlichen Schlüsselbund befestigen kann. Der verlorene Schlüsselbund kann dadurch vom Finder per Post und über die Klägerin zum Kunden zurück gelangen (act. 1 Rz 24).

Die Klägerin wirft der Beklagten vor, die klägerische Kundschaft telefonisch zu kontaktieren und dabei wahrheitswidrig anzugeben, den Service von der Klägerin übernommen bzw. abgetreten erhalten zu haben, um dann, gegen Rechnung, einen Schlüsselbundservice-Vertrag abzuschliessen (act. 1 Rz 26 ff). Die Klägerin beantragt deshalb, der Beklagten die Verbreitung dieser Aussagen unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB und von Ordnungsbusse zu verbieten sowie die Veröffentlichung des Urteilsdispositivs und einer Urteilskurz-zusammenfassung (act. 1 S. 2).

3. Prozessuales

3.1. Säumnisfolgen

Gemäss Art. 223 Abs. 2 ZPO trifft das Gericht bei definitiv versäumter Klageantwort einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist. Hierzu muss die Klage soweit geklärt sein, dass darauf entweder mangels Prozessvoraussetzungen nicht eingetreten oder sie durch Sachurteil erledigt werden kann. Steht dem Eintreten auf die Klage nichts entgegen, bedeutet Spruchreife, dass der Klagegrund im Hinblick auf die anwendbaren Rechtsnormen hinreichend substantiiert ist und – darüber hinaus – dass das Gericht an der Richtigkeit der klägerischen Tatsachenbehauptungen keine erheblichen Zweifel hat (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Unter den gegebenen Umständen ist, wenn es die klägerische Sachdarstellung erlaubt, nach dem Klagebegehren zu erkennen, andernfalls ist die Klage abzuweisen. Dabei hat das Gericht auch rechtshemmende, rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen zu berücksichtigen, soweit sie in der Klage selbst angeführt sind. Andere Tatsachen, die aus den Akten ersichtlich sind, dürfen nur insoweit berücksichtigt werden, als es für das Vorhandensein der von Amtes wegen

zu prüfenden Prozessvoraussetzungen von Bedeutung ist (Art. 60 ZPO). An der erforderlichen Spruchreife fehlt es – zur Hauptsache –, wenn das Klagebegehren oder die Begründung der Klage (noch) unklar, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist (Art. 56 ZPO) oder dem Gericht die Klagebegründung in erheblichem Mass als unglaubhaft erscheint und es darüber Beweis erheben will (Art. 153 Abs. 2 ZPO; BSK ZPO-WILLISEGGER, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 223 N 13, mit Hinweisen).

Ist die Voraussetzung der Spruchreife gegeben, trifft das Gericht bei definitiv versäumter Klageantwort gestützt auf die unbestritten gebliebenen Vorbringen der klagenden Partei einen *Endentscheid*. Das Gericht ordnet dabei weder einen zweiten Schriftenwechsel an noch lädt es zur Hauptverhandlung vor (KILLIAS, Berner Kommentar zur ZPO, Zürich 2012, Art. 223 N 10; PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 223 N 3; WILLISEGGER, a.a.O., Art. 223 N 20 f).

3.2. Zuständigkeit

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Prozessvoraussetzungen sind insbesondere die örtliche und sachliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

Die örtliche Zuständigkeit für die Beurteilung einer UWG-Klage aller Arten (Leistungs- und Feststellungsklagen, Klagen auf Unterlassung) richtet sich nach Art. 36 ZPO, mithin nach dem Handlungs- oder dem Erfolgsort. Als Erfolgsort ist der Ort zu verstehen, an dem das geschützte Rechtsgut verletzt wurde bzw. bei Unterlassungsklagen wo die Schädigung einzutreten droht. Bei Delikten des Lauterkeitsrechts liegt der Erfolgsort in dem Markt, in welchem sich das schädigende Verhalten auf die Marktgegenseite ausgewirkt hat. Das zuständige Gericht kann unter der Voraussetzung des sachlichen Zusammenhangs auch weitere Ansprüche gegen den Beklagten beurteilen (BSK ZPO-HEMPEL, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 36 N 7, 10 u. 23; CHEVALIER/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 36 N 12, 19, 24, 33 u. 38; MARTI, Berner Kommentar zur ZPO, Zürich 2012, Art. 36 N 6, 15 u. 25). Nach der Darstellung der Klägerin, an deren Richtigkeit keine erheblichen Zweifel be-

stehen, konnte die Beklagte bei drei im Kanton Zürich wohnhaften Kunden der Klägerin unter den wahrheitswidrigen Angaben, das Geschäft von der Klägerin übernommen bzw. abgetreten erhalten zu haben resp. das Abonnement sei abgelaufen, jeweils einen Schlüsselbundservice-Vertrag abschliessen (act. 1 Rz 32 ff u. 39 f). Damit hat sich das schädigende Verhalten der Beklagten unmittelbar auf den Markt der Klägerin im Gebiet des Kantons Zürich ausgewirkt. Mit diesen Ansprüchen stehen die anderen Ansprüche, welche sich auf ein ausserhalb des Kantons Zürich auswirkendes schädigendes Verhalten der Beklagten beziehen, in einem sachlichen Zusammenhang, so dass das Handelsgericht des Kantons Zürich auch für deren Beurteilung örtlich zuständig ist (Art. 15 Abs. 2 ZPO). Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist zudem auch in sachlicher Hinsicht für die vorliegende Streitigkeit nach dem UWG zuständig (Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO; § 44 lit. a GOG).

Dem Eintreten auf die Klage steht somit nichts entgegen, womit sie – im Nachfolgenden – materiell zu beurteilen ist.

4. Klägerische Sachverhaltsdarstellung

Gemäss klägerischer Sachverhaltsdarstellung, die unbestritten geblieben ist und an deren Richtigkeit – wie vorstehend bereits erwähnt – keine erheblichen Zweifel bestehen, hat die Beklagte von Ende 2014 bis Februar 2016 Kunden der Klägerin angerufen. Dabei habe die Beklagte fälschlicherweise vorgegeben,

- die Beklagte habe die Klägerin übernommen (so bei Herrn H._____, act. 1 Rz 32 f),
- die Klägerin habe den Schlüsseldienst an die Beklagte abgetreten (so bei Herrn I._____, act. 1 Rz 34 f; Frau J._____, act. 1 Rz 49 f),
- der Vertrag mit der Klägerin würde auslaufen (so bei Herrn K._____, act. 1 Rz 37 f; Herrn L._____, act. 1 Rz 39 f; Frau M._____, act. 1 Rz 43 ff; Frau N._____, act. 1 Rz 46; Herrn O._____, act. 1 Rz 53; beim anonym bleiben wollenden Kunden Nr. ..., act. 1 Rz 56), oder

- die Schlüsselfundmarken der Klägerin seien veraltet und müssten ersetzt werden (so bei Frau P._____, act. 1 Rz 41 f; Herrn Q._____, act. 1 Rz 47 f; Herrn R._____, act. 1 Rz 51 f; beim Kunden Nr. ..., act. 1 Rz 57; beim Kunden Nr. ..., act. 1 Rz 58).

Die Anrufer hätten erklärt, fortan würde die Beklagte sie beliefern und hätten dann versucht, teilweise erfolgreich, den überrumpelten Kunden einen Schlüsselfundservice-Vertrag zu verkaufen über zwei Schlüsselmarken mit einer Laufzeit von zehn Jahren für CHF 99.–. Die Beklagte habe dann den Kunden die Schlüsselfundmarken direkt zugeschickt, zusammen mit einer Rechnung und dem Hinweis, die Rücksendung würde nur bei allfälligen Mängeln akzeptiert. Hätten die Kunden die Rechnung nicht bezahlt, sei auf sie mittels Mahnungen Druck ausgeübt worden (act. 1 Rz 29; act. 3/12; act. 3/14; act. 3/21; act. 3/23; act. 3/25).

In der Öffentlichkeit werde in Artikeln im S.____ und im Forum auf der Website T.____.ch massive Kritik am Geschäftsgebaren der Beklagten geübt und vor ihr bzw. B.____-... – die Beklagte betreibt unter der Geschäftsbezeichnung "B.____-..." über ihre zusätzliche Webseite "B.____-....com" einen Schlüssel- und Taschenfundservice (vgl. act. 5/2/7) – gewarnt (act. 1 Rz 59 ff). Gegen den Geschäftsführer der Beklagten laufe zudem ein Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das UWG sowie, da er sich nicht an das gerichtliche Verbot gehalten habe, wegen mehrfachen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen. Das Strafverfahren habe am 21. Dezember 2015 vorläufig in einen Strafbefehl gemündet (act. 1 Rz 10; act. 3/4).

Die Beklagte habe auf Schreiben der Klägerin nicht reagiert, ausser mit einem Brief am 28. August 2015, worin der Geschäftsführer sämtliche Vorwürfe abgestritten und fälschlicherweise behauptet habe, den B.____-... Service nicht mehr zu betreiben (act. 1 Rz 71 ff; act. 3/41). Die Beklagte habe gemäss der betreffenden Webseite im August 2015 weiterhin das B.____-... System betrieben und einem Kunden der Klägerin, U._____, am 27. Juli 2015 noch ein Schreiben zugesandt (act. 3/42; act. 3/14). Überdies hätten Kunden der Klägerin sich auch noch im März 2016 über das Vorgehen der Beklagten beschwert (act. 1 Rz 78).

5. Würdigung

5.1. Verstösse gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG

5.1.1. Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin ist der Auffassung, die falschen, wettbewerbsrelevanten Behauptungen der Beklagten, wonach diese von ihr das Geschäft mit den Schlüsselanhängern übernommen bzw. abgetreten erhalten hätte, würde die Kunden zur falschen Annahme verleiten, die Beklagte vertrete als Vertragspartnerin auch die Interessen der Klägerin. Die Kunden seien dadurch eher bereit, sich von der Beklagten beraten zu lassen und deren Aussagen zu glauben (act. 1 Rz 82 f).

5.1.2. Rechtliches

Unlauter handelt insbesondere, wer über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige Angaben macht (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG).

Eine Angabe im Sinne dieser Bestimmung muss eine nachprüfbar und damit auch dem Beweis zugängliche tatsächliche Aussage enthalten. Die Angabe muss die eigenen Verhältnisse des Werbenden betreffen, welche nach der Verkehrsauffassung für den Kaufentschluss der potentiellen Kunden wesentlich sind. Zu den Angaben über die Geschäftsverhältnisse gehören u.a. Angaben über geschäftliche Beziehungen (BSK UWG-BERGER, Basel 2013, Art. 3 lit. b N 22, 36 ff u. 128 f; JUNG, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum UWG, Bern 2010, Art. 3 lit. b N 26, 29 u. 57).

5.1.3. Subsumtion

Die Klägerin beantragt, der Beklagten sei die Verbreitung von zwei der vier oben unter Ziffer 4 aufgeführten Aussagen zu verbieten (act. 1 S. 2), sodass vorliegend lediglich, aber immerhin bei diesen beiden Äusserungen (die Beklagte habe die Klägerin übernommen; die Klägerin habe den Schlüsseldienst an sie abgetreten) die Unlauterkeit zu prüfen ist.

Die Aussagen, welche die Beklagte gegenüber den Kunden der Klägerin machte – die Beklagte habe die Klägerin übernommen resp. den Schlüsseldienst abgetre-

ten erhalten – sind offensichtlich unwahr (vgl. oben Ziff. 4). Sie zielen direkt auf die Willensbildung der kontaktierten Kunden der Klägerin, weshalb diese Äusserungen geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinflussen.

Die in diesen Äusserungen enthaltenen Angaben beziehen sich auf Tatsachen, welche nachgeprüft und bewiesen werden können, und betreffen die Geschäftsverhältnisse der Beklagten. Für die angerufenen Kunden der Klägerin dürften diese Angaben für den Entscheid, einen Schlüsselfundservice-Vertrag mit der Beklagten abzuschliessen, wesentlich sein. Die Kunden vertrauten aufgrund dieser Äusserungen darauf, der Schlüsselfundservice werde von der Beklagten gleich zuverlässig geführt, wie bislang von der Klägerin, welche ja, was den Kunden bekannt sein dürfte, auch im heiklen Bereich des Kartensperrservices tätig ist (vgl. act. 1 Rz 24).

Die Beklagte handelte demnach mit den gegenüber den Kunden der Klägerin getätigten Äusserungen, wonach die Beklagte die Klägerin übernommen bzw. von dieser den Schlüsseldienst abgetreten erhalten habe, unlauter im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG.

Damit kann offen bleiben, ob die Beklagte auch, wie es die Klägerin geltend macht, unlauter gehandelt habe, indem die Beklagte die Klägerin und deren Leistungen durch unrichtige Äusserungen herabsetzt habe (Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG, act. 1 Rz 80 f) resp. indem die Beklagte durch ihren Telefonverkauf eine besonders aggressive Verkaufsmethode betrieben und so die Kunden in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt habe (Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG, act. 1 Rz 85 ff).

5.2. Unterlassungsbegehren

5.2.1. Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin beantragt, es sei der Beklagten die Verbreitung der Aussagen zu verbieten, wonach die Beklagte bzw. B. _____ -... von ihr das Geschäft mit den Schlüsselanhängern übernommen habe, sowie, dass die Klägerin ihren Schlüsselfund-Service an die Beklagte bzw. B. _____ -... abgetreten habe (act. 1 S. 2).

Die Klägerin habe nach Erlass des vorsorglichen Verbots am 24. September 2015 die Beklagte bzw. deren alleinigen Geschäftsführer und Gesellschafter mehrfach

kontaktiert um eine Unterlassungserklärung zu erhalten, was diese jedoch verweigert hätten. Die Beklagte habe ihr unlauteres Geschäftsgebaren sogar trotz klägerischem Mahnschreiben und richterlichem Verbot unbeirrt fortgesetzt (act. 1 Rz 6 ff, 38, 43 ff u. 90).

5.2.2. Rechtliches

Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht wird, kann dem Richter beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten (Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG).

Für das Geltendmachen der Abwehransprüche wird lediglich ein drohendes oder andauerndes unlauteres Verhalten vorausgesetzt, weil dieses von Gesetzes wegen als widerrechtlich und damit unzulässig deklariert wird (Art. 2 UWG). Zudem muss ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse bestehen, was bedeutet, dass das Verhalten des Beklagten eine künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt bzw. dass eine solche mit einer gewissen Unmittelbarkeit droht. Hat bereits eine Rechtsverletzung stattgefunden, so hat der Kläger eine Wiederholungsgefahr nachzuweisen, einerseits, dass eine gleichartige Rechtsverletzung bereits stattgefunden hat, andererseits, dass eine Wiederholung zu befürchten ist. Wegen der Unsicherheit zukünftigen Verhaltens soll gemäss der Rechtsprechung der Nachweis des Rechtsschutzinteresses leicht gemacht werden (BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Basel 2013, Art. 9 N 12, 16 u. 19 ff; SPITZ, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum UWG, Bern 2010, Art. 9 N 58 ff).

5.2.3. Subsumtion

Wie oben dargelegt (Ziff. 5.1.3.), handelte die Beklagte mit den Äusserungen gegenüber den Kunden der Klägerin – sie habe die Klägerin übernommen bzw. von dieser den Schlüsseldienst abgetreten erhalten – unlauter. Dieses in der Vergangenheit gezeigte Verhalten der Beklagten ist widerrechtlich und unzulässig (Art. 2 UWG).

Selbst nachdem der Beklagten mit Urteil vom 24. September 2015 vorsorglich die Verbreitung der Aussage verboten wurde, die Klägerin habe ihren Schlüsselfund-

Service an die Beklagte bzw. B._____ -... abgetreten (act. 3/1 S. 4 f), hat sich die Beklagte im November 2015 gegenüber einer Kundin der Klägerin, J._____, gleichermassen geäußert (die Klägerin habe den Schlüsselfundservice an die B._____ -... übergeben; act. 1 Rz 49). Zudem hat die Beklagte weiterhin, bis Februar 2016, Kunden der Klägerin kontaktiert und versucht, diese mit falschen Angaben über die Klägerin abzuwerben (der Vertrag mit der Klägerin würde auslaufen; die Schlüsselfundmarken der Klägerin seien veraltet und müssten ersetzt werden). Dies hat noch im März 2016 Reklamationen bei der Klägerin hervorgerufen. Ausserdem hält der Strafbefehl vom 21. Dezember 2015 fest, der Geschäftsführer der Beklagten habe bis zum 10. Dezember 2015 mehrmals gegen das vorsorglich erlassene Verbot verstossen (vgl. oben Ziff. 4; act. 3/4). Es ist somit zu befürchten, dass die Beklagte die besagten Äusserungen erneut in Kundengesprächen als Verkaufsargumente verwenden könnte.

5.3. Vollstreckungsmassnahme

5.3.1. Standpunkt der Klägerin

Nachdem die Beklagte nie auf die Abmahnungen der Klägerin reagiert habe und ihr unlauteres Geschäftsgebaren selbst nach Ausfällung des vorsorglichen Verbots unbeirrt fortgesetzt habe, sei das zu prosequierende Verbot nicht nur mit der Strafandrohung wegen Ungehorsams gegen eine gerichtliche Verfügung zu versehen, sondern es sei zusätzlich eine Ordnungsbusse von CHF 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung, mindestens aber CHF 5'000.–, anzudrohen (act. 1 S. 2). Die Anordnung einer einmaligen Ordnungsbusse bis zu CHF 5'000.– würde vorliegend mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht ausreichen, um die Beklagte als gerichtsnotorische Rechtsbrecherin an ihrem unlauteren Geschäftsgebaren zu hindern. Zudem liessen die systematisch betriebenen Verkaufsmassnahmen und Verstösse gegen das vorsorgliche Verbot darauf schliessen, dass eine Ordnungsbusse von CHF 5'000.– im Vergleich zu den Gewinnaussichten von untergeordneter Natur sei, sodass die akute Gefahr bestehe, die Beklagte würde bewusst eine einmalige Busse in Kauf nehmen (act. 1 Rz 88 ff).

5.3.2. Rechtliches

Zur Durchsetzung des gerichtlichen Verbots stehen die Instrumente gemäss Art. 343 Abs. 1 ZPO zur Verfügung, die bei Lauterkeitsprozessen praxisgemäss bereits durch das urteilende Gericht konkret angeordnet werden (vgl. Art. 337 Abs. 1 ZPO). Geeignet hiezu sind die Androhung einer Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) sowie einer Ordnungsbusse bis zu CHF 5'000.– (Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO) oder einer Ordnungsbusse von bis zu CHF 1'000.– für jeden Tag der Nichtbefolgung des angeordneten Verbots (Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Ordnungsbusse kann als Zwangsgeld im Gegensatz zur Ungehorsamsstrafe auch gegen eine juristische Person ausgefällt werden (BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Basel 2013, Art. 9 N 31 f u. 37; BSK ZPO-ZINSLI, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 343 N 20; STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 343 N 21; KELLERHALS, Berner Kommentar zur ZPO, Zürich 2012, Art. 343 N 50). Das Gericht entscheidet von Amtes wegen, welches Vollstreckungsmittel zur Anwendung gelangt und ist dabei nicht an einen Antrag des Klägers gebunden. Welche Massnahmen anzuordnen sind, entscheidet das Gericht nach eigenem Ermessen. Es hat die wirksamste Anordnung zu wählen, kann mehrere Massnahmen miteinander verbinden, und muss den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten (BSK ZPO-ZINSLI, a.a.O., Art. 343 N 4 u. 20; STAEHELIN, a.a.O., Art. 343 N 14 f; KELLERHALS, a.a.O., Art. 343 N 10 f).

5.3.3. Subsumtion

Tatsächlich hat sich die Beklagte bzw. ihr Geschäftsführer und Gesellschafter vom mit der Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB verbundenen, vorsorglich erlassenen Verbot nicht beeindruckt lassen (vgl. oben Ziff. 5.2.3.). Über die Beweggründe hierfür kann auch die Klägerin nur spekulieren. Denkbar ist, dass die Beklagte das Verhältnis zwischen den mit dem Strafverfahren verbundenen Kosten und den durch ihr unlauteres Vorgehen generierten Gewinnen günstig eingeschätzt und daher das Risiko einer Strafverfolgung und Verurteilung bewusst in Kauf genommen haben könnte. Nachdem der Geschäftsführer und Gesellschafter der Beklagten mittels Strafbefehl verurteilt wurde, erscheint es erforderlich, bei

erneuter Wiederhandlung die Strafandrohung nach Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) mit einer Ordnungsbusse von bis zu CHF 5'000.– zu verbinden. Eine sog. Tagesbusse (Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO) anzudrohen, erscheint jedoch unangemessen, abgesehen davon, dass das Gesetz eine Mindestbusse, wie es die Klägerin beantragt, als Vollstreckungsmassnahme gar nicht vorsieht. Die Androhung der einfachen Ordnungsbusse (Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO) ist verhältnismässig, denn es ist davon auszugehen, dass die Beklagte sich nach dem durchgeführten Strafverfahren von dieser zusätzlichen Androhung beeindrucken lässt. Hinzu kommt, dass diese Busse nach herrschender Lehre bei wiederholten Verstössen mehrfach ausgesprochen werden kann (BSK ZPO-ZINSLI, a.a.O., Art. 343 N 21). Ausserdem bestünde bei erneutem unlauteren Handeln wiederum die Möglichkeit, strafrechtlich gegen die Beklagte vorzugehen (Art. 23 UWG).

5.4. Publikationsbegehren

5.4.1. Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin geht davon aus, es gebe noch eine Vielzahl von Fällen, bei denen Kunden von ihr durch die Beklagte belästigt worden seien, von denen sie nichts wisse. Die Klägerin habe deshalb ein eminentes Interesse, mit einer breit gestreuten Publikation alle ihre bestehenden und potenziellen Kunden über die unlautere Masche der Beklagten zu informieren, damit diese nicht (mehr) auf die Beklagte hereinfließen würden. Zudem könnten die getäuschten Kunden wegen der falschen Informationen der Beklagten inskünftig gegenüber der Klägerin skeptisch sein. Die Interessenabwägung falle somit klar zu Gunsten der Klägerin und der Öffentlichkeit aus, zumal der Wettbewerbsverstoss bereits seit weit über einem Jahr andauern würde und die Marktstellung der Klägerin somit erheblich beeinträchtigt sei. Deshalb sei eine prominente Veröffentlichung in einer Deutschschweizer Zeitung angemessen – die Klägerin bezeichnet hierzu die Gratiszeitung "E._____" –, versehen mit einer noch zu formulierenden Urteilszusammenfassung zum besseren Leseverständnis. Schliesslich möchte die Klägerin ermächtigt sein, dies in ihrer Kundenzeitschrift sowie auf ihrer Website ebenfalls zu veröffentlichen (act. 1 Rz 94 ff).

5.4.2. Rechtliches

Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, kann insbesondere verlangen, dass das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird (Art. 9 Abs. 2 UWG).

Die Urteilsveröffentlichung bezweckt in erster Linie weitere Verletzungen vorzubeugen und das Publikum aufzuklären. Die Publikation setzt ein Interesse der sie beantragenden Partei an der Beseitigung der eingetretenen Störung voraus. Das schutzwürdige Interesse besteht typischerweise in einer Aufklärung der massgeblichen Verkehrskreise bzw. einer Beseitigung anhaltender Marktverwirrung oder von Unsicherheiten im Publikum. Es genügt dabei, wenn die betroffenen Kreise wahrscheinlich irreführt wurden. Sind weitere Verstösse zu befürchten, so drängt sich eine Urteilspublikation in besonderem Masse auf. Dem Gericht steht beim Entscheid ein erhebliches Ermessen zu. Es hat die Interessen der Parteien abzuwägen und sich am Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu orientieren. Die Veröffentlichung muss notwendig und geeignet sein, um die betroffenen Verkehrskreise zweckmässig aufzuklären. Eine massgebende Rolle spielen insbesondere die lange Zeitdauer eines Wettbewerbsverstosses und der daraus resultierende hohe Grad an Publizität und Marktverwirrung. Eine unnötige Publizität ist zu vermeiden. Von Bedeutung ist auch die Wahl der Publikationsorgane. Die Modalitäten sind vom Gericht zu bestimmen; üblich ist der Umfang einer Viertelseite. Das Gericht kann den Verletzten im Sinne einer Ersatzvornahme zur Veröffentlichung auf Kosten des Verletzers ermächtigen. Abhängig vom konkreten Einzelfall ist, ob lediglich das Dispositiv des Urteils oder alle oder einzelne Erwägungen zu veröffentlichen sind; denkbar ist auch, eine Urteilszusammenfassung anzuordnen, die vom Gericht erstellt werden sollte (BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Basel 2013, Art. 9 N 61, 65 f, 69 f u. 71 f; SPITZ, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum UWG, Bern 2010, Art. 9 N 96, 99 u. 106 ff).

5.4.3. Subsumtion

Wie oben dargelegt (Ziff. 5.1.3.), handelte die Beklagte mit den Äusserungen gegenüber den Kunden der Klägerin – sie habe die Klägerin übernommen bzw. von dieser den Schlüsseldienst abgetreten erhalten – unlauter. Die Beklagte hat auch noch nach Erlass des vorsorglichen Verbots sich mindestens einer dieser Äusserungen bedient und auch sonst bis Februar 2016 Kunden der Klägerin kontaktiert und mit falschen Angaben bezüglich der Klägerin abzuwerben versucht. Deswegen haben sich noch im März 2016 Kunden der Klägerin bei ihr beschwert. Es besteht die Gefahr, die Beklagte werde in den Verkaufsgesprächen weiterhin diese Äusserungen gebrauchen (vgl. oben Ziff. 5.2.3).

Nicht zuletzt auch aufgrund der Medienberichte bzw. Reaktionen im S._____ und auf der Website T._____.ch ist davon auszugehen, dass das von Ende 2014 bis Februar 2016, mithin während rund 1 ¼ Jahren andauernde unlautere Vorgehen der Beklagten (vgl. oben Ziff. 4) zu Unsicherheiten beim Publikum und zu einer Störung im Markt der Klägerin in nicht unerheblichem Ausmass geführt hat. Ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an der Aufklärung von Konsumenten bzw. an der Beseitigung der noch andauernden Marktverwirrung und damit an der Publikation liegt somit vor.

Indessen genügt es und ist verhältnismässig, lediglich Ziffer 1 des Urteilsdispositivs zu veröffentlichen. Die Publikation des definitiven Verbots der Verbreitung der besagten Aussagen vermag genügend aufzuklären und zur Beseitigung der Marktverwirrung beizutragen, denn in der einschlägigen Dispositivziffer ist sowohl die unlautere und deshalb zu verbietende Handlung der Beklagten bzw. von B._____ -... umschrieben wie auch sind diese selbst namentlich bezeichnet. Mit den gleichzeitig angedrohten Sanktionen im Falle der Widerhandlung ist die Missbilligung des Handelns der Beklagten durch das Gericht für die Öffentlichkeit erkennbar. Angesichts der relativ geringen Komplexität der Frage der Unlauterkeit dieser Äusserungen erübrigt sich die (teilweise) Veröffentlichung der Erwägungen oder gar einer kurzen, erläuternden Zusammenfassung. Die Dauer des Wettbewerbsverstosses und die hervorgerufene Publizität und Marktverwirrung erlaubt es, die Dispositivziffer 1 nach Eintritt der Rechtskraft einmal in der Zeitung

"E._____", auf einer - da lediglich Dispositivziffer 1 betroffen ist - Sechstelseite, zu veröffentlichen. Die Klägerin ist zu ermächtigen, die Publikation auf Kosten der Beklagten zu veranlassen.

Ebenfalls zu ermächtigen ist die Klägerin, Dispositivziffer 1 nach Eintritt der Rechtskraft einmal in ihrer Kundenzeitschrift sowie auf ihrer Internetseite (www.A._____.ch), wie beantragt auf eigene Kosten, zu veröffentlichen.

6. Zusammenfassung

Die Beklagte handelte unlauter im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG, indem sie gegenüber den Kunden der Klägerin erklärt hat, sie habe die Klägerin übernommen bzw. von dieser den Schlüsseldienst abgetreten erhalten (vgl. oben Ziff. 5.1.). Weil zu befürchten ist, dass die Beklagte diese Äusserungen weiterhin in Kundengesprächen als Verkaufsargumente verwenden könnte, ist ihr dies zu verbieten, unter der Androhung, dass ihre zuständigen Organe bei Zuwiderhandlung mit Busse bis zu CHF 10'000.– nach Art. 292 StGB sowie die Beklagte und/oder ihre zuständigen Organe mit einer Ordnungsbusse von bis zu CHF 5'000.– bestraft werden könnten (vgl. oben Ziff. 5.2. und 5.3.). Um das Publikum aufzuklären und die von der Beklagten verursachte Marktverwirrung zu beseitigen ist die Klägerin zu ermächtigen, nach Eintritt der Rechtskraft Dispositivziffer 1 dieses Entscheids einerseits einmal in der Zeitung "E._____", auf einer Sechstelseite, auf Kosten der Beklagten, andererseits einmal in ihrer Kundenzeitschrift sowie auf ihrer Internetseite (www.A._____.ch), auf eigene Kosten zu veröffentlichen (vgl. oben Ziff. 5.4.).

7. Prozesskosten

7.1. Gerichtsgebühr

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 100'000.– (vgl. act. 1 Rz 22). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2

GebV OG ist die Gerichtsgebühr für das definitive Verbot in Anbetracht des Zeitaufwandes auf rund drei Viertel der Grundgebühr festzusetzen. Sie ist der Beklagten als unterliegende Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), jedoch vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Der Klägerin ist das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

Das Einzelgericht am Handelsgericht des Kantons Zürich hat für den Entscheid im Verfahren betreffend vorsorgliches Verbot mit Urteil vom 24. September 2015 (act. 3/1) eine Gebühr in der Höhe von CHF 4'400.– festgesetzt (Geschäfts-Nr. HE150404). Diese Kosten wurden provisorisch von der Klägerin bezogen und von ihrem dort geleisteten Kostenvorschuss gedeckt, vorbehaltlich der definitiven Regelung durch das Gericht im Hauptsachenprozess. Ausgangsgemäss sind auch diese Kosten der Beklagten aufzuerlegen. Damit hat die Beklagte der Klägerin den von dieser bezahlten Betrag in der Höhe von CHF 4'400.– zu ersetzen.

7.2. Parteientschädigung

Ausserdem hat die Beklagte als unterliegende Partei der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Deren Höhe wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festgesetzt (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die einfache Parteientschädigung unter Berücksichtigung des Aufwandes im Verfahren betreffend vorsorgliches Verbot um ein Drittel zu erhöhen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Der Beklagten wird mit sofortiger Wirkung verboten, die folgenden Aussagen zu verbreiten:
 - a) B._____ GmbH Schweiz bzw. B._____ -... habe von der A._____ SA das Geschäft mit den Schlüsselanhängern übernommen.

b) A._____ SA habe ihren Schlüsselfund-Service an die B._____ GmbH Schweiz bzw. B._____ -... abgetreten.

Bei Zuwiderhandlung gegen das Verbot könnten die zuständigen Organe der Beklagten mit Busse bis zu CHF 10'000.– nach Art. 292 StGB sowie die Beklagte und/oder ihre zuständigen Organe mit einer Ordnungsbusse von bis zu CHF 5'000.– bestraft werden.

2. Die Klägerin wird ermächtigt, nach Eintritt der Rechtskraft Dispositivziffer 1 zu veröffentlichen, und zwar
 - einmal in der Zeitung "E._____", auf einer Sechstelseite, auf Kosten der Beklagten, und
 - einmal in ihrer Kundenzeitschrift sowie auf ihrer Internetseite (www.A._____.ch), auf eigene Kosten.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 6'600.–.
4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Im in Anspruch genommenen Umfang wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

Die Kosten des Verfahrens betreffend vorsorgliches Verbot (Geschäfts-Nr. HE150404) im Umfang von CHF 4'400.– wurden bereits von der Klägerin bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin diesen Betrag zu bezahlen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 14'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
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). Der Streitwert beträgt CHF 100'000.

Zürich, 20. Juli 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Gallus Maissen