

VISCHER

Der Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass arrestpraxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber beim Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG.

24.

§ 50 ZPO. Treu und Glauben im Prozess. Pflicht zur Offenlegung des Sachverhaltes.

Wer die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ohne vorherige Anhörung der Gegenseite beantragt, ist verpflichtet, den für ihn als für die Beurteilung seines Begehrens relevant erkennbaren Sachverhalt vollständig vorzutragen, selbst wenn sich dies zu seinen Lasten auswirken könnte. Verletzung dieser Pflicht kann Ordnungsstrafe zur Folge haben.

Aus den Erwägungen:

«I.

1. Mit ihrem Massnahmebegehren vom 14. September 2001 verlangte die Klägerin den Erlass einer superprovisorischen, vor Anhörung der beiden Beklagten zu erlassenden vorsorglichen Massnahme. Sie ersuchte namentlich darum, den Beklagten zu verbieten, unter dem Zeichen «XYZ» Musikveranstaltungen durchzuführen.

2. Zur Begründung des Begehrens legte der Vertreter der Klägerin u.a. dar, diese hätte die Streitmarke am 21. Dezember 1999 hinterlegt. Er führte aus, der Beklagte 1 habe auf vertraglicher Basis gewisse (untergeordnete) Dienstleistungen für die Klägerin im Zusammenhang mit früher erfolgten Musikveranstaltungen unter dem fraglichen Zeichen erbracht, Veranstalter sei aber jeweils die Klägerin gewesen. Nun kündete der Beklagte 1 an, mit der Beklagten 2 selbst eine Musikveranstaltung unter dem Zeichen der Klägerin durchzuführen.

Im Rahmen der chronologischen Schilderung der Ereignisse legte der Vertreter der Klägerin dar, weil Anlass zur Annahme bestanden hätte, der Beklagte 1 wolle eine Musikveranstaltung unter der Streitmarke durchführen, habe er dem Beklagten 1 am 20. Juli 2001 eine Frist bis 10. August 2001 zur Abgabe einer Verzichtserklärung betreffend Benutzung der Marke angesetzt. Weiter führte der Vertreter der Klägerin aus, bis Fristablauf sei vom Beklagten 1 keine Stellungnahme eingegangen. Hingegen hätte die Klägerin aus der Werbung von einer geplanten Veranstaltung unter der Streitmarke bei der Beklagten 2 erfahren und deshalb habe er – der Vertreter der Klägerin – von der Beklagten 2 am 20. August 2001 eine bis spätestens 31. August 2001 zuzusendende schriftliche Verzichtserklärung verlangt. Schliesslich legte der Vertreter der Klägerin dar, dass am 30. August 2001 namens der Beklagten 2 eine Stellungnahme erfolgt sei, und er kommentierte diese. Damit endete die Sachverhaltsdarstellung im Massnahmebegehren.

3. Inzwischen hat sich herausgestellt, dass der Vertreter des Beklagten 1 mit Fax und Brief vom 28. August 2001 den Vertreter der Klägerin einlässlich, in einer sechsseitigen Darlegung, darüber orientiert hatte, wann, wo und wie der Beklagte 1 schon Jahre vor Eintragung der Streitmarke durch die Klägerin diese benutzt hatte. Der Vertreter des Beklagten 1 zog im fraglichen Schreiben aus diesem Sachverhalt nicht nur den Schluss, dass dem Beklagten 1 deshalb ein Weiterbenutzungsrecht im Sinne von Art. 14 MSchG zustehe; er warf der Klägerin vielmehr vor, sie begehe

durch die Bewerbung ihrer Veranstaltung unter der Streitmarke unlauteren Wettbewerb, und er kündigte der Klägerin rechtliche Schritte an, wenn sie nicht bis 14. September 2001 die Werbung für ihre Veranstaltung entsprechend ändern würde.

II.

1. Unstrittig hat der Vertreter der Klägerin mit seinem Massnahmebegehren vom 14. September 2001 das erwähnte Schreiben des Vertreters des Beklagten 1 vom 28. August 2001 wissentlich und willentlich nicht miteingereicht, ja er hat es nicht einmal erwähnt. Es ist zu prüfen, ob sich dieses Vorgehen mit der Pflicht zur Beachtung von Treu und Glauben im Prozess (§ 50 ZPO) vereinbaren lässt.

Diese Prüfung ist vorzunehmen mit Blick auf den Vertreter der Klägerin und nicht etwa auf die Partei selbst, da es Sache des Rechtsanwaltes und nicht seiner Partei ist, für die Beachtung prozessualer Pflichten zu sorgen.

2. Mit der erwähnten Schilderung der Chronologie im Massnahmebegehren, welche die beiden Schreiben des Vertreters der Klägerin an die Beklagten 1 und 2 behandelte und dann einzig die Antwort der Beklagten 2 anführte, aber keine Antwort des Beklagten 1, hat der Vertreter der Klägerin beim Einzelrichter den – falschen – Eindruck erweckt, der Beklagte 1 habe sich nicht nur innert der diesem gesetzten Frist nicht, sondern überhaupt nicht geäussert bis zum Zeitpunkt des Verfassens der klägerischen Eingabe vom 14. September 2001.

Es kann indes dem Vertreter der Klägerin – auch wenn seine Erklärung, aus seiner Aussage, dass innert Frist nicht Stellung genommen worden sei, könne der Umkehrschluss gezogen werden, dass wahrscheinlich später Stellung genommen worden sei, als abwegig bezeichnet werden muss – nicht widerlegt werden, dass er mit seinen Darlegungen diesen Eindruck zu erwecken nicht beabsichtigt hatte. Dieser Aspekt ist deshalb unter disziplinarischem Gesichtspunkt nicht weiterzubehandeln.

3. a) Eine Prozesspartei ist grundsätzlich nicht gehalten, eine ihr ungünstige Tatsache

aus eigenem Antrieb vorzubringen (ZR 68 Nr. 129 S. 325): Diese Regel ist aber gemünzt auf ein Verfahren, in welchem der Richter nach Anhörung beider Seiten entscheidet. In einem solchen Verfahren mag sich der Kläger darauf beschränken, das Klagefundament darzulegen, und er kann es dem Beklagten überlassen, dieses Klagefundament zu bestreiten oder rechtshindernde oder rechtsaufhebende Tatsachen in das Verfahren einzubringen (*Frank/Sträuli/Messmer*, ZPO, § 113 N. 3).

Für die Belange superprovisorischer Anordnungen ist diese Regel indes fehl am Platz. Mit einem Begehren um Erlass einer superprovisorischen Verfügung wird der Richter ersucht, einen drastischen Eingriff in die Rechtsstellung des Beklagten vorzunehmen, nämlich den Erlass einer Anordnung – hier eines Verbotes – ohne vorherige Anhörung des Beklagten. In diesem Zusammenhang gilt, und man sollte es eigentlich für selbstverständlich halten, Folgendes: «Die Bereitschaft des Gerichts, ein Massnahmebegehren ohne vorgängige Anhörung der Gesuchsgegnerin zu behandeln, darf nicht als Freipass zur Umgehung der prozessualen Wahrheitspflicht verstanden werden. Diese erhält in Bezug auf das einseitige Vorbringen im ex parte-Verfahren eine besondere Gestalt. Als Korrelat des Privilegs der Zurückstellung der (verfassungsrechtlich gebotenen) Anhörung des Gegners trifft die Gesuchstellerin eine Pflicht, den relevanten Sachverhalt nach Treu und Glauben vollständig darzulegen. Es ist ein Missbrauch des superprovisorischen Verfahrens, Tatsachen nicht offenzulegen, von denen die Gesuchstellerin weiss oder annehmen muss, dass sie zu ihren Ungunsten gewertet werden könnten. Die Verletzung dieser Pflicht schadet der Glaubwürdigkeit der Gesuchstellerin und zieht Sanktionen nach sich» (*Stephen Berti*, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, ZSR 1997, 2. Halbband, S. 220, N. 87; vergl. auch *Johann Jakob Zürcher*, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, S. 186).

b) Im Einzelfall mag es für den Klägerevertreter nicht leicht sein, zu erkennen, welcher Sachverhalt als (noch) relevant darzulegen

ist. Allgemein wird sich sagen lassen, dass die vorprozessuale Korrespondenz der Parteien (soweit sie nicht nur Vergleichsbemühungen zum Gegenstand hat) grundsätzlich als relevant zu betrachten und deshalb vollständig abzuhandeln oder jedenfalls einzureichen ist.

Hier stellen sich aber solche Abgrenzungsfragen nicht. Die Relevanz der schriftlichen Stellungnahme des Vertreters des Beklagten 1 vom 28. August 2001 für die richterliche Beurteilung der Anordnung einer superprovisorischen Verfügung liegt auf der Hand, und zwar in doppelter Hinsicht. Zum einen ist relevant, dass der Brief überhaupt geschrieben wurde, der Beklagte 1 also reagiert hat. Zum anderen ist relevant, dass der Beklagte 1 substantiiert eine ältere Benutzung darlegte und daraus für sich sogar einen Unterlassungsanspruch gegenüber der Klägerin ableitete. All dies war auch für den Vertreter der Klägerin ersichtlich.

Auf die Frage, weshalb er den Brief mit seinem Begehren nicht miteingereicht habe, erklärte der Vertreter der Klägerin anlässlich der Verhandlung, innert der angesetzten Frist sei ihm nichts mitgeteilt worden. In diesem Verfahren sei immer alles dringlich, man habe den Fall nicht nochmals komplizieren wollen. Man sei in diesen Immaterialgüterrechtsverfahren immer gedrängt, sehr schnell zu handeln, ansonsten auf einmal die Dringlichkeit nicht mehr gegeben sei. Wenn man zu sehr auf Angebote der Gegenpartei eingehe, werde einem regelmässig vom Richter später vorgeworfen, dass man zu lange zugewartet habe. Zudem sei in diesem Schreiben auch kein einziger Beleg für die Verwendung der Streitmarke geliefert worden. Diese Belege seien erst heute vorgelegt worden, und als das heute geschehen sei, habe die Klägerin sofort die Behauptung, dass das Zeichen vorgängig nicht verwendet worden sei, fallen gelassen. Eine Täuschung des Gerichts sei mit der Nichteinreichung nicht beabsichtigt gewesen. Er – der Vertreter der Klägerin – hätte es wie viele Kollegen halten und nur den Bestand der Marke und die Verletzungshandlungen darlegen können. Er habe aber mehr tun wollen, ein volles Bild zeichnen, und habe auch die Vorgeschichte erläutert.

Das Argument des Vertreters der Klägerin, er hätte sich darauf beschränken können, nur den Bestand der Marke und die Verletzungshandlungen darzulegen, wäre dann stichhaltig, wenn die Anordnung einer Massnahme nach erfolgter Anhörung der Gegenpartei verlangt worden wäre. Vorliegend wurde aber ausdrücklich eine superprovisorische Anordnung verlangt, und deshalb greift hier, wie oben unter a) behandelt, eine weitergehende Darlegungspflicht der Klägerin als Verhaltenspflicht nach § 50 ZPO Platz.

Soweit sich der Vertreter der Klägerin für das Nichteinreichen des fraglichen Schreibens auf die verpasste Frist und die zeitliche Dringlichkeit beruft, gilt Folgendes: In seinem Schreiben an den Beklagten 1 hatte der Vertreter der Klägerin ausgeführt: «Indem Sie die ebenfalls beiliegende Kopie dieses Schreibens gegenzeichnen und uns bis zum 10. August 2001 zurücksenden, können Sie eine solche [Verzichts-]Erklärung abgeben. Sollten Sie eine solche Verzichtserklärung nicht abgeben können bzw. wollen, sind wir instruiert, bei einer allfälligen Verwendung des Zeichens 'XYZ' sämtliche erforderlichen rechtlichen Schritte gegen Sie einzuleiten». Hieraus geht hervor, dass für den Fall der Nichteinhaltung der Frist keine Konsequenzen in Aussicht gestellt wurden. Das Datum wurde zwar genannt, gleichzeitig aber ausgeführt, der Schreibende sei instruiert, bei einer allfälligen Verwendung des Zeichens – also nicht schon bei Unterlassung der Verzichtserklärung – rechtliche Schritte einzuleiten. Schon aus diesem Grund ist die Tatsache, dass die Antwort des Vertreters des Beklagten 1 nach Ablauf der Frist erfolgte, ohne jede Bedeutung. Vor allem aber spielt die Frist deshalb keine Rolle, weil die Pflicht des Antragsstellers, den vollständigen Sachverhalt auf den Tisch zu legen, zur Diskussion steht. Und zu diesem Sachverhalt gehört das Schreiben, unabhängig davon, in welcher zeitlichen Relation zur gesetzten Frist es erfolgte.

Wenn der Vertreter der Klägerin schliesslich noch anführt, in solchen Immaterialgüterrechtsverfahren müsse immer zügig gehandelt werden, damit einem der Richter später

nicht zu langes Zuwarten vorwerfe, so trifft das zwar zu, geht aber am vorliegenden Sachverhalt vorbei: Das Massnahmebegehren datiert vom 14. September 2001. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb der Miteinbezug der Stellungnahme des Beklagten 1 vom 28. August 2001 die Einreichung dieses Begehrens hätte verzögern sollen, umso mehr als ja in diesem Begehren die später, nämlich erst am 30. August 2001 erfolgte Stellungnahme der Beklagten 2 noch behandelt werden konnte. Kurz, mit zeitlichen Argumenten lässt sich die Nichtbehandlung der Stellungnahme des Beklagten 1 vom 28. August 2001 im Massnahmebegehren nicht begründen.

Auch in materieller Hinsicht überzeugen die Ausführungen des Vertreters der Klägerin nicht. Im fraglichen Schreiben war, wie schon erwähnt, einlässlich, in einer sechsseitigen Darlegung, darüber orientiert worden, wann, wo und wie der Beklagte 1 schon Jahre vor Eintragung der Streitmarke durch die Klägerin diese benutzt hatte. Richtig ist zwar, dass dem Schreiben keine Belege beigelegt waren (wobei aber immerhin aus Druckschriften zitiert wurde, welche die Klägerin herausgibt oder an deren Herausgabe sie beteiligt sei). Die Frage der Belege geht aber insofern an der Sache vorbei, als jetzt nicht zur Diskussion steht, ob mit diesem Brief der darin behauptete Sachverhalt bewiesen war, sondern einzig und allein, ob die Tatsache, dass die Klägerin von dem Beklagten 1 diese Stellungnahme mit dem erwähnten Inhalt erhalten hatte, einen für die Beurteilung der Frage, ob eine superprovisorische Massnahme zu erlassen sei oder nicht, relevanten Sachverhalt darstellt. Diese Frage ist, und das musste auch damals schon für den Vertreter der Klägerin ersichtlich sein, klar zu bejahen. Hätte der Vertreter der Klägerin dieses Schreiben miteingereicht, hätte er seinen Antrag auf Erlass einer superprovisorischen Verfügung gar nicht zu stellen brauchen, denn mit den in diesem Schreiben gemachten detaillierten Ausführungen war eine Vorbenutzung seitens des Beklagten 1 jedenfalls soweit glaubhaft gemacht, dass – vorbehaltlich belegter Gegenargumente, die offensichtlich fehlen – die Verhängung eines Verbotes ohne

vorherige Anhörung des Beklagten 1 durch den Einzelrichter nicht einmal in Erwägung gezogen worden wäre.

Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass der Vertreter der Klägerin mit der Nichtbehandlung und der Nichteinreichung des Schreibens des Beklagten 1 vom 28. August 2001 der ihn gemäss § 50 ZPO treffenden Pflicht, den relevanten Sachverhalt nach Treu und Glauben vollständig darzulegen, nicht nachgekommen ist. Der Vertreter der Klägerin hat mit seinem Vorgehen das Institut der superprovisorischen Massnahme nachgerade missbraucht, indem er versucht hat, den Einzelrichter durch Verschweigen massgeblichen Sachverhaltes dazu zu bringen, eine Anordnung zu treffen, die dieser bei Kenntnis des Sachverhaltes nie getroffen hätte. Damit hat der Vertreter der Klägerin seine «Dienstpflicht» im Sinne von § 2 des Gesetzes betreffend die Ordnungsstrafen rechtswidrig und schuldhaft verletzt. Der Vertreter der Klägerin hat dabei, wie er glaubhaft darlegt, gehandelt im Bestreben, schnell und so effizient wie möglich den Erfolg für die Klägerin zu erreichen; wenn er dabei im Eifer des Gefechts die Grenzen des Erlaubten überschritten hat, so wiegt sein Verschulden nicht allzu schwer. Gegenüber dem Vertreter der Klägerin ist deshalb lediglich ein Verweis auszusprechen (§ 2 Abs. 1 Ziff. 1 GOST).

III.

Die Kosten dieser Verfügung sind dem Vertreter der Klägerin aufzuerlegen.»

Handelsgericht Zürich, Einzelrichter
Verfügung vom 23. Oktober 2001
(Mitgeteilt von Dr. Dieter Brändle)