Urteilskopf

104 Ia 408

61. Auszug aus dem Urteil vom 13. Dezember 1978 i.S. Rankl und Konsorten gegen Leder-Locher AG und Konsorten sowie Kassationsgericht des Kantons Zürich
Regeste (de):
Kantonales Zivilprozessrecht. Art. 4 BV, vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 31 MSchG.

1. Überprüfungsbefugnis des zürcherischen Kassationsgerichts hinsichtlich prozessualer und materiellrechtlicher Rügen (E. 3).

2. Ist in einem Streit um vorsorgliche Massnahmen nach MSchG die Frage, ob der Kläger "glaubhaft gemacht" hat, dass die Gegenpartei sein Markenrecht verletzt hat, materieller oder prozessualer Natur? Begriff des "Glaubhaftmachens" (E. 4 und 5).

Regeste (fr):
Procédure civile cantonale. Art. 4 Cst. Mesures conservatoires selon l'art. 31 LMF.

1. Pouvoir d'examen de la Cour de cassation du canton de Zurich concernant des griefs formels et matériels (consid. 3).

2. La question de savoir si, dans un litige portant sur des mesures conservatoires selon la LMF, le demandeur a rendu vraisemblable que la partie adverse a violé son droit à la marque, est-elle de nature matérielle ou formelle? Notion de "vraisemblance" (consid. 3 et 4).

Regesto (it):
Procedura civile cantonale. Art. 4 Cost. Misure provvisionali ai sensi dell'art. 31 LMF.

1. Cognizione della Corte di cassazione del Cantone di Zurigo su censure di natura formale e sostanziale (consid. 3).

2. La questione se in una causa concernente misure provvisionali ai sensi della LMF l'attore abbia "reso verosimile" la lesione da parte del convenuto del proprio diritto ad una marca, è di natura sostanziale o formale? Nozione di "verosimiglianza" (consid. 3, 4).

Sachverhalt ab Seite 409

BGE 104 Ia 408 S. 409

Heiner Rankl ist Inhaber einer am 30. Mai 1974 unter der Nr. 406 434 international registrierten und am 31. Dezember 1975 unter Nr. 418 966 für zusätzliche Warenklassen eingetragenen Bildmarke. Lizenznehmerin für die Herstellung und den Vertrieb der mit dieser Marke versehenen Waren sind die Aigner International AG und die Etienne Aigner (Suisse) AG. Die Firma Leder-Locher AG bringt seit Dezember 1977 unter der Sammelbezeichnung "Leder-Locher 'exclusive"' Lederwaren in Verkauf, die mit einem der erwähnten Marke ähnlichen Warenzeichen versehen sind. Auf Begehren von Rankl, der Etienne Aigner International AG und der Etienne

Aigner (Suisse) AG erliess der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich am 3. Februar 1978 gegenüber der Leder-Locher AG und deren beiden Verwaltungsräten Hans und Mathilde Locher im summarischen Verfahren eine vorsorgliche Massnahme. Es wurde ihnen verboten, die mit dem vorstehend geschilderten Zeichen versehenen Waren des Sortiments "exclusive" herzustellen, herstellen zu lassen, zu vertreiben, vertreiben zu lassen oder für sie zu werben, unter der Androhung der Bestrafung der Firmenorgane wegen Ungehorsams im Sinne von Art. 292 StGB. Gleichzeitig wurde den Gesuchstellern eine zwanzigtägige Frist zur Einreichung einer Klage im ordentlichen Verfahren angesetzt. Gegen diese Verfügung erhoben die Leder-Locher AG sowie Hans und Mathilde Locher beim Kassationsgericht des Kantons Zürich Nichtigkeitsbeschwerde. Das Kassationsgericht

hiess diese mit Entscheid vom 14. April 1978 gut und hob die angefochtene Verfügung des Einzelrichters auf. Zur Begründung führte es aus, Voraussetzung für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nach Art. 31 MSchG sowie nach § 222 Ziff. 3 der revidierten zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (im folgenden: ZPO) sei, dass der behauptete Ausspruch glaubhaft gemacht werde. Da es dabei im Ergebnis um die vorzeitige Vollstreckung eines streitigen Verbotsanspruchs gehe, müssten an dessen Glaubhaftmachung strenge Anforderungen gestellt werden. Ein vorläufiges Verbot der Verwendung des Zeichens der Firma Leder-Locher wäre nur dann zulässig, wenn in genügendem Masse dargetan wäre, dass dieses die Marke der Gegenpartei verletze. Das sei indessen nach den Ausführungen über den Charakter der beiden Warenzeichen nicht der Fall. Der Einzelrichter habe deshalb durch Erlass eines vorsorglichen Verbotes unter den gegebenen Umständen einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt, was nach § 281 Ziff. 1 ZPO zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde und zur Aufhebung der vorsorglichen Massnahme führen müsse. Gegen diesen Entscheid erhoben Heiner Rankl, die Etienne Aigner International AG und die Etienne Aigner (Suisse) AG staatsrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, es sei der Beschluss des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom 14. April 1978 aufzuheben und die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Handelsgericht vom 3. Februar 1978 zu bestätigen. Die Firma Leder-Locher AG sowie ihre beiden Verwaltungsräte beantragen, die Beschwerde abzuweisen. Das Kassationsgericht hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. a) Im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren zu beurteilen bleibt somit nur noch die Rüge, das Kassationsgericht habe kantonales Prozessrecht willkürlich angewendet und damit gegen Art. 4 BV verstossen. In diesem Zusammenhang bringen die Beschwerdeführer vor, das Kassationsgericht habe ohne vertretbaren Grund die Nichtigkeitsbeschwerde der Leder-Locher AG und ihrer Verwaltungsräte gegen den vorsorglichen Entscheid des Einzelrichters statt auf Grund von § 281 Ziff. 3 ZPO (Verletzung klaren materiellen Rechtes) in Anwendung von § 281 Ziff. 1 ZPO (Verletzung eines wesentlichen

Verfahrensgrundsatzes) behandelt und sich durch diese Fehlinterpretation der Nichtigkeitsgründe eine ihm nach

zürcherischem Recht nicht zustehende freie Kognitionsbefugnis angemasst. Die Beschwerdegegner bemerken zu diesem Punkt einzig, von Willkür könne deshalb keine Rede sein, weil der Einzelrichter bei der Prüfung der Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme sein Ermessen eindeutig überschritten habe. b) Gemäss § 69 des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes in der Fassung vom 13. Juni 1976 (GVG) können vorsorgliche Massnahmen des handelsgerichtlichen Einzelrichters im Sinne von § 61 GVG in Verbindung mit § 222 Ziff. 2 und 3 ZPO nur mit Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht angefochten werden. § 281 ZPO, der die Kassationsgründe aufzählt, lautet wie folgt: "Gegen Vor-, Teil- und Endentscheide sowie gegen Rekursentscheide und Rückweisungen im Berufungsverfahren kann Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden, wenn geltend gemacht wird, der angefochtene Entscheid beruhe zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers 1. auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, 2. auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme oder 3. auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts."
Aus der Wendung "Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes" in § 281 Ziff. 1 ZPO ist abzuleiten, dass der Kassationsinstanz bei der Prüfung der prozessualen Rügen des Nichtigkeitsklägers freie Prüfungsbefugnis zusteht (STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N. 14 zu § 281 ZPO). Demgegenüber darf eine Nichtigkeitsbeschwerde aus materiellen Gründen nur bei Verletzung klaren Rechts gutgeheissen werden. "Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur gegen grobe Verstösse und Irrtümer bei der Anwendung materiellen Rechts Abhilfe schaffen... Vorausgesetzt wird, dass über die Auslegung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel bestehen kann" (STRÄULI/MESSMER, N. 45 zu § 281 ZPO mit zahlreichen Verweisungen auf die Rechtsprechung zu der in diesem Punkt im wesentlichen gleich lautenden Bestimmung von § 344 Ziff. 9 alt ZPO). Die Umschreibung der Kognitionsbefugnis des Kassationsgerichtes bei Anwendung von § 281 Ziff. 3 ZPO deckt sich somit weitgehend mit derjenigen des Bundesgerichtes im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren wegen Willkür im Sinne von Art. 4 BV. Der

Unterschied hinsichtlich der dem Kassationsgericht einerseits aufgrund von § 281 Ziff. 1 zustehenden umfassenden und der aufgrund von § 281 Ziff. 3 gegebenen beschränkten Prüfungsbefugnis zeigt, dass der Frage, welcher Nichtigkeitsgrund im konkreten Fall anwendbar sei, entscheidende Bedeutung zukommt.

4. Nach den vorstehenden Ausführungen hängt der Entscheid über die staatsrechtliche Beschwerde davon ab, ob das Kassationsgericht ohne Willkür annehmen durfte, die Art der Auslegung des Begriffs des "Glaubhaftmachens" in einem bestimmten Rechtsstreit um vorsorgliche Massnahmen bedeute die Anwendung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, oder ob es - wie dies die Beschwerdeführer behaupten - in Wirklichkeit materielles Recht angewendet habe, jedoch ohne zu prüfen, ob es sich dabei um klares Recht handle.
Das Kassationsgericht stützte sich im angefochtenen Entscheid sowohl auf Art. 31 MSchG als auch auf § 222 Ziff. 3 ZPO. Zu Recht; denn Art. 31 MSchG enthält die materiellrechtliche Grundlage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen auf dem Gebiete des Markenrechtes, und § 222 Ziff. 3 ZPO bestimmt in prozessualer Hinsicht, dass solche Massnahmen generell und unabhängig davon, wo sich ihre materiellrechtliche Grundlage befinde, schon vor der Hängigkeit eines ordentlichen Prozesses vom Einzelrichter im summarischen Verfahren erlassen werden können. Der Begriff des "Glaubhaftmachens" findet sich ausdrücklich weder in der einen noch in der andern der genannten Bestimmungen. Indessen ist unbestritten, dass vorsorgliche Massnahmen, die auf eine Vorwegnahme des Vollzuges des eingeklagten oder einzuklagenden Anspruchs hinauslaufen, dessen Glaubhaftmachung voraussetzen. Für das materielle Markenrecht wird dies aus der Parallele zum Patentrecht abgeleitet, dessen Art. 77 Abs. 2 die Voraussetzung des Glaubhaftmachens ausdrücklich nennt (vgl. dazu TROLLER, Immaterialgüterrecht, 2. Aufl., Basel 1971, Band II, S. 1201 f. und 1204; MATTER, Komm. zum MSchG, Zürich 1939, S. 261, N. II/3 zu Art. 31 MSchG). Unter "Glaubhaftmachen" wird im Immaterialgüterrecht ebenso wie bei der Prüfung von Gesuchen um vorsorgliche Massnahmen aus anderen Rechtsgebieten ein Wahrscheinlichkeitsbeweis verstanden (vgl. für das Immaterialgüterrecht: TROLLER, a.a.O. S. 1202). Das

Bundesgericht hat in einem Entscheid zum bernischen Recht, das sich in diesem Punkt nicht

BGE 104 Ia 408 S. 413

vom zürcherischen unterscheidet, ausgeführt, Glaubhaftmachen heisse, dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu werden brauche, sondern dass es genüge, ihm aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsachen zu vermitteln, ohne dass er dabei die Möglichkeit ausschliessen müsse, dass die Verhältnisse sich anders gestalten könnten. Sodann fährt das Gericht fort (BGE 88 I 14 f.): "Ob sich die "Glaubhaftmachung" auch auf die rechtliche Begründetheit des Anspruchs beziehe, ist umstritten. Während Leuch (N. 3 zu Art. 326 bern. ZPO) die Annahme vertritt, der Richter habe "restlos" abzuklären, ob der Anspruch unter den glaubhaft gemachten tatsächlichen Voraussetzungen Bestand habe, neigt die Praxis dazu, um der erforderlichen Raschheit des Verfahrens willen sich (wenigstens in schwierigen Rechtsfragen) auf eine summarische Prüfung zu beschränken (vgl. ZR 47 Nr. 96 S. 214)." Im vorliegenden Fall muss zu dieser Frage nicht Stellung genommen werden. Es genügt, festzustellen, dass der Begriff des "Glaubhaftmachens" notwendigerweise zwei Aspekte aufweist: einerseits ist dem Richter die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen, und anderseits muss dieser entweder abschliessend oder doch zum mindesten summarisch prüfen, ob sich aus diesen Tatsachen der geltend gemachte Anspruch ergibt. Das erste ist offensichtlich eine prozessuale, das zweite eine materiellrechtliche Frage.

5. Geht man hiervon aus, so ergibt sich für den vorliegenden Fall folgendes: Der angefochtene Entscheid des Kassationsgerichtes bezieht sich nicht auf Beweisfragen. Es handelte sich nicht darum, zu prüfen, ob der Einzelrichter bestimmte zusätzliche Erhebungen etwa über die Verwechselbarkeit der streitigen Marken oder über deren Gebrauch hätte anstellen müssen (vgl. STRÄULI/ MESSMER, a.a.O., N 34 zu § 281 ZPO). Vielmehr ging das Kassationsgericht von den vorliegenden Akten aus, die es in Übereinstimmung mit dem Einzelrichter mindestens für das Massnahmeverfahren als ausreichend betrachtete. Überprüft und nicht gebilligt hat das Kassationsgericht einzig die Feststellung des Einzelrichters, die nicht nur glaubhaft gemachten, sondern sich - soweit hier wesentlich - klar aus den Akten ergebenden Tatsachen

BGE 104 Ia 408 S. 414

liessen wenigstens bei summarischer Prüfung den Schluss auf eine Markenrechtsverletzung zu. Es hat sich somit nicht mit der prozessualen, sondern mit der materiellrechtlichen Seite des Glaubhaftmachens befasst. Zwar wird im Entscheid ausgeführt, Gesuche um vorsorgliche Massnahmen der hier in Frage stehenden Art stellten tatsächlich eine vorweggenommene Vollstreckung des behaupteten Verbotsanspruches dar, weshalb an die Glaubhaftmachung strenge Anforderungen zu stellen seien. Das ändert aber nichts daran, dass das Kassationsgericht nicht die Beweiserhebung durch den Einzelrichter als ungenügend betrachtete, sondern die materiellen Voraussetzungen für die angestrebte Massnahme. Denkbar wäre allenfalls, dass das Kassationsgericht der Auffassung war, der zürcherische Gesetzgeber habe den Entscheid des Sachrichters über vorsorgliche Massnahmen ganz allgemein als einen reinen Verfahrensentscheid betrachtet; denn nur wenn dies zuträfe, könnte die Behauptung, eine solche Massnahme sei aus materiell unzureichenden Gründen erlassen worden, als Rüge der Verletzung "eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes" aufgefasst werden. Es ist fraglich, ob ein solcher Standpunkt mit dem Bundesrecht vereinbar wäre (BGE 56 II 324). Vor allem aber liefe er darauf hinaus, der Kassationsinstanz im Rechtsmittelverfahren gegenüber dem Handelsgericht und seinem Einzelrichter praktisch die nämliche Stellung einzuräumen, wie sie einer Rekursinstanz zukommt. Das widerspricht aber klarerwei-

se dem Willen des zürcherischen Gesetzgebers, der anlässlich der Revision von GVG und ZPO vom 13. Juni 1976 den Rekurs gegenüber solchen Entscheidungen ausdrücklich fallen gelassen hat (vgl. Protokoll der kantonsrätlichen Kommission S. 291/292, 694 und 709; Protokoll des Kantonsrates 1974/1975, S. 7319). Hatte das Kassationsgericht somit offensichtlich eine materiellrechtliche Frage zu beurteilen, bei der ihm nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich beschränkte Überprüfungsbefugnis zustand, so ist es in Willkür verfallen, wenn es sie als verfahrensrechtliche Frage behandelte und gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO freier Prüfung unterwarf. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Dem Kassationsgericht obliegt es, die Verfügung des Einzelrichters unter dem Gesichtswinkel von § 281 Ziff. 3 ZPO, d. h. mit beschränkter Kognitionsbefugnis, neu zu überprüfen.

BGE 104 Ia 408 S. 415

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann, und der Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 14. April 1978 wird aufgehoben.