

HSU.2021.32

Entscheid vom 12. Oktober 2021

Besetzung Oberrichter Dubs, Präsident
 Gerichtsschreiberin Ruff

Gesuchstellerin **A. AG** _____
 vertreten durch lic. iur. Matthias Städeli und lic. iur. Fabio Versolatto,
 Rechtsanwälte, Bellerivestrasse 203, 8008 Zürich

Gesuchsgegnerin **B. AG** _____
rin vertreten durch Dr. iur. Michael Noth und MLaw Simone Huser, Rechtsan-
 wälte, Feldeggstrasse 12, 8024 Zürich

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend unlauteren Wettbewerb (UWG)

Der Präsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in T.. Ihr Zweck besteht in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von naturreinen Nahrungs-, Stärkungs-, Körperpflegemitteln und pharmazeutischen Spezialitäten sowie in verlegerischer Tätigkeit (Gesuchsbeilage [GB] 2).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist ebenfalls eine Schweizer Aktiengesellschaft. Ihr Sitz befindet sich in U.. Sie hat im Wesentlichen den Handel mit Waren aller Art zum Zweck (GB 6).

3.

3.1.

Mit Gesuch vom 17. August 2021 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Gesuchstellerin folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Es sei der Gesuchsgegnerin vorsorglich zu verbieten, Nahrungsergänzungsmittel (Immunstimulanzien) in der folgenden Ausstattung herzustellen, zu bewerben, anzubieten, zu verkaufen, zu vertreiben oder sonst wie in Verkehr zu bringen bzw. an solchen Handlungen mitzuwirken oder solche Handlungen zu veranlassen:



d.h. Ausstattungen, deren Vorderseite wie folgt gestaltet ist:

- Aufteilung in eine grüne Fläche, welche im unterem Bereich der Vorderseite angeordnet ist, und eine weisse Fläche, welcher im oberen Bereich der Vorderseite angeordnet ist,
- eine zwischen der grünen Fläche und der weissen Fläche verlaufenden Trennlinie

dadurch gekennzeichnet, dass

- die Trennlinie bogenförmig (und nach oben gewölbt) von links unten nach rechts oben verläuft; und

- mittig auf der grünen Fläche eine Abbildung eines Purpur-Sonnenhuts mit fallenden Blütenblättern abgebildet ist.

2.

Das Verbot gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1) sei mit der Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe der Gesuchsgegnerin mit Busse nach Art. 292 StGB für den Fall des Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen zu verbinden (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO);

zusätzlich sei der Gesuchsgegnerin und ihren verantwortlichen Organen nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO jeweils eine Ordnungsbusse in der Höhe von bis zu CHF 1'000.00 für jeden Tag der Nichterfüllung anzudrohen – mindestens aber eine Ordnungsbusse von CHF 5'000.00 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO.

3.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

Zur Begründung wurde ausgeführt, die von der Gesuchsgegnerin verwendete Ausstattung sei unlauter, weshalb der Gesuchstellerin die geltend gemachten lauterkeitsrechtlichen Ansprüche zuständen.

3.2.

Mit Gesuchsantwort vom 13. September 2021 stellte die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Auf das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen sei nicht einzutreten;

1a.

Eventualiter sei auf das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen in Bezug auf den zweiten Teil des Rechtsbegehrens Nr. 1 (beginnend mit "d.h. Ausstattungen, deren Vorderseite" und endend mit "fallenden Blütenblättern abgebildet ist") nicht einzutreten und es sei das Gesuch in Bezug auf alle anderen Rechtsbegehren (inkl. den ersten Teil des Rechtsbegehrens Nr. 1) abzuweisen;

1b.

Subeventualiter sei das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen abzuweisen;

2.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin."

Zur Begründung wurde ausgeführt, Rechtsbegehren Ziff. 1 sei nicht genügend bestimmt, weshalb darauf nicht einzutreten sei. Im Übrigen liege kein

Verstoss gegen das UWG vor, weshalb das Gesuch im Falle des Eintretens abzuweisen sei.

3.3.

Mit Eingabe vom 17. September 2021 nahm die Gesuchstellerin Stellung zur Gesuchsantwort vom 13. September 2021.

3.4.

Mit Eingabe vom 28. September 2021 nahm die Gesuchsgegnerin Stellung zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 17. September 2021.

Der Präsident zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Darunter fallen namentlich die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

1.1. Zuständigkeit

1.1.1. Örtlich

Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder am Ort, wo die Massnahme vollstreckt werden soll, zwingend örtlich zuständig (Art. 13 ZPO). Der Ort der Hauptsache bestimmt sich nach den allgemeinen und besonderen Bestimmungen der ZPO zum Gerichtsstand. Laut Art. 36 ZPO ist für Klagen aus unerlaubter Handlung das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig. Unter den Gerichtsstand von Art. 36 ZPO fallen auch immaterialgüterrechtliche sowie wettbewerbsrechtliche Verletzungsklagen nach UWG.¹ Der Handlungsort liegt dort, wo die unerlaubte Handlung begangen wurde bzw. – soweit ein Unterlassungsdelikt zur Diskussion steht – dort, wo die unterlassene Handlung hätte ausgeführt werden müssen. Als Erfolgsort gilt der Ort, an dem das geschützte Rechtsgut verletzt wurde bzw. bei präventiven Klagen dort, wo die Schädigung einzutreten droht.²

Die Gesuchstellerin legt glaubhaft dar, dass die Gesuchsgegnerin das streitgegenständliche Produkt im Kanton Aargau angeboten hat (vgl. GB 3 f.), womit jedenfalls ein Handlungs- und Erfolgsort im Kanton Aargau anzunehmen ist. Die örtliche Zuständigkeit der aargauischen Gerichte ist begründet.

¹ CHEVALIER/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 36 N. 12 m.w.N.

² KUKO ZPO-HAAS/STRUB, 3. Aufl. 2021, Art. 36 N. 18 ff.

1.1.2. Sachlich

Sofern der Streitwert bei lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen mehr als Fr. 30'000.00 beträgt, liegt die sachliche Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen im Kanton Aargau beim Einzelrichter des Handelsgerichts (Art. 5 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. a i.V.m. Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Art. 248 lit. d ZPO i.V.m. § 12 Abs. 1 lit. a und § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO).

Die Gesuchstellerin führt zum Streitwert aus, dieser sei unbestimmt und könne lediglich abgeschätzt werden. Er werde vorläufig insgesamt mit schätzungsweise Fr. 100'000.00 beziffert (Gesuch Rz. 14 f.). Die Gesuchsgegnerin ist angesichts der gesuchstellerischen Vorbringen zur Bedeutung des streitgegenständlichen Produkts über die Streitwertangabe von Fr. 100'000.00 verblüfft und behält sich vor, zu einem späteren Zeitpunkt nach Vorliegen weiterer Informationen auf den Streitwert zurückzukommen und diesen zu beziffern (Gesuchsantwort Rz. 9 f.).

Die Festlegung des Streitwerts ist bei lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten mit Schwierigkeiten verbunden. Insbesondere bei Unterlassungsbegehren kann der Streitwert nur einer groben Schätzung unterworfen werden. Grundsätzlich ist hierbei auf das wirtschaftliche Interesse der gesuchstellenden Partei abzustellen.³ Sind sich die Parteien nicht einig – und vorliegend scheint die Gesuchsgegnerin die Streitwertangabe der Gesuchstellerin in Zweifel zu ziehen –, hat das Gericht den Streitwert nach Ermessen festzulegen (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Die Streitwertangabe der Gesuchstellerin in Höhe von Fr. 100'000.00 scheint nicht offensichtlich unangemessen, weshalb hiervon auszugehen ist. Bei diesem Streitwert ist die sachliche und funktionale Zuständigkeit des Einzelrichters des Handelsgerichts des Kantons Aargau gegeben.

1.2. Bestimmtheitsgebot

1.2.1. Parteibehauptungen

Die Gesuchsgegnerin bringt vor, Ziff. 1 des gesuchstellerischen Rechtsbegehrens sei nicht genügend bestimmt. Das Rechtsbegehren sei in zwei Teile aufgeteilt, in einen ersten bildlichen und in einen zweiten verbalen Teil, der mit "d.h. Ausstattungen, ..." beginne. Diese beiden Teile seien mit dem Bindewort "d.h." untrennbar miteinander verknüpft, weshalb sie eine Einheit bildeten. Der zweite Teil des Rechtsbegehrens sei nicht klar respektive nicht genügend bestimmt. Es sei unklar, welche Farbe Grün gemeint sei, auf welches Flächen-Verhältnis zwischen der grünen und weissen Fläche Bezug genommen werde, was "bogenförmig" sei, wie weit "mittig" gehe und was die Form, Perspektive und Farbe der Blüte des Pur-

³ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, 2013, Vor Art. 9-13a N. 81 ff.; FREY, Grundsätze der Streitwertberechnung, 2017, N. 269 und 277 f.; SHK UWG-SPITZ, 2. Aufl. 20126, Vor Art. 9-13a N. 81 ff. N. 148 ff.

pur-Sonnenhuts seien. Was die Gesuchstellerin hier tue, sei ein Rechtsbegehren zu formulieren, das sich nicht auf einen bestimmten, klar definierten Gegenstand beziehe, sondern das eine unbegrenzte Anzahl von nicht eindeutig definierten Gegenständen erfassen wolle. Das sei nicht genügend bestimmt und damit unzulässig. Sofern die feste Verbindung von Teil 1 und Teil 2 des Rechtsbegehrens verneint werde, sei es auch denkbar, nur den zweiten Teil als ungenügend bestimmt zu betrachten (Gesuchsantwort Rz. 11 ff.).

Die Gesuchstellerin erachtet ihr Rechtsbegehren als genügend bestimmt, weil es eine Kombination von bestimmten hinreichend konkret beschriebenen Merkmalen sei. Mit der Umschreibung im Wortlaut solle einer Umgehungsmöglichkeit der Gesuchsgegnerin vorgebeugt werden (Stellungnahme vom 17. September 2021 Rz. 24).

1.2.2. Rechtliches

Rechtsbegehren müssen so bestimmt formuliert sein, dass sie bei Gutheissung des Gesuchs zum Urteil erhoben werden können.⁴ Die dadurch verpflichtete Partei soll erfahren, was sie nicht mehr tun darf, und die Vollstreckungs- oder Strafbehörden müssen exakt wissen, welche Handlungen sie zu verhindern oder mit Strafe zu belegen haben. Werden diese Behörden mit der Behauptung angerufen, die gesuchsgegnerische Partei habe eine ihr untersagte Handlung trotz des Verbots des Zivilrichters erneut begangen, sollen sie einzig noch prüfen, ob die tatsächliche Voraussetzung erfüllt ist. Den Sachverhalt haben sie aber nicht nochmals materiell-rechtlich zu qualifizieren und einer eigentlichen Subsumption zu unterziehen.⁵ Auf Rechtsbegehren, welche dem Bestimmtheitsanfordernis nicht genügen, ist nicht einzutreten. Gegebenenfalls sind sie zu modifizieren, d.h. auf das zulässige Mass einzuschränken.⁶

1.2.3. Würdigung

Rechtsbegehren Ziff. 1 des Gesuchs lässt sich in der Tat in zwei Teile unterteilen, die miteinander verknüpft sind. Im ersten Teil stellt die Gesuchstellerin ein Unterlassungsbegehren in Bezug auf eine Ausstattung, die sie im Rechtsbegehren bildlich darstellt. Im zweiten Teil folgt eine sprachliche Umschreibung des Bildes. Bild und Text sind dabei als Einheit zu verstehen, was durch das Bindewort "d.h." zum Ausdruck gebracht wird. Der zweite Teil ist somit in Verbindung mit dem Bild zu lesen und stellt eine konkretisierende Beschreibung des Bildes dar. Aus dem Rechtsbegehren ergibt sich damit ohne Weiteres, was die Gesuchstellerin zu verbieten begehrt und was die Gesuchsgegnerin im Falle einer Gutheissung des Gesuchs zu unterlassen hätte. Das Begehren ist folglich genügend bestimmt.

⁴ BGE 142 III 102 E. 5.3.1, 137 III 617 E. 4.3; BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 58 N. 36 ff. m.w.N.

⁵ BGE 131 III 70 E. 3.3 f.

⁶ DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, SIWR I/2, 3. Aufl. 2011, N. 280.

1.3. Ergebnis

Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf das Gesuch ist einzutreten.

2. Replik- und Novenrecht

2.1. Rechtliches

Im summarischen Verfahren findet grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel statt, mit dessen Abschluss der Aktenschluss eintritt.⁷ Keine der Parteien darf sich darauf verlassen, dass das Gericht nach einmaliger Anhörung einen zweiten Schriftenwechsel oder eine mündliche Hauptverhandlung anordnet.⁸ Die grundsätzliche Beschränkung des summarischen Verfahrens auf einen einfachen Schriftenwechsel ändert jedoch nichts daran, dass den Parteien gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV das Recht zusteht, zu jeder Eingabe der Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält.⁹ Insbesondere sind Stellungnahmen zum Rechtlichen und zum Beweisergebnis bis zur Urteilsfällung jederzeit möglich (sog. Replikrecht).

Vom Replikrecht zu unterscheiden ist die Regelung von Art. 229 Abs. 1 ZPO (Novenrecht). Nach Eintritt des Aktenschlusses können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden.¹⁰ Eine Tatsache ist neu im Sinne dieser Bestimmung, wenn sie ein Sachverhaltselement erstmals einführt. Wird ein bereits eingeführtes Sachverhaltselement hingegen bloss klargestellt, ist es nicht neu. Dagegen sind Vorbringen neu, die dem Nachsubstantiieren dienen, wenn die Partei ein substantiiertes Behaupten oder Bestreiten zuvor unterlassen hat.¹¹ Zulässig ist das Vorbringen von neuen Tatsachen oder Beweismitteln, welche nach Abschluss des Schriftenwechsels entstanden sind (echte Noven; Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO) oder welche bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven; Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Dass unechte Noven trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher haben vorgebracht werden können, bedeutet, dass der betreffenden Partei keine Nachlässigkeit bei der Behauptungs- oder Beweisführungslast vorzuwerfen ist. Das Mass der zumutbaren Sorgfalt ist aus der Sicht vor dem Aktenschluss und nicht *ex post* zu bewerten.¹² Es gilt ein

⁷ BGE 144 III 117 E. 2.2; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 1), Art. 229 N. 17.

⁸ BGE 144 III 117 E. 2.2; BGer 4A_273/2012 vom 30. Oktober 2012 E. 3.2 (nicht publ. in BGE 138 III 620).

⁹ BGE 144 III 117 E. 2.1; 138 I 154 E. 2.3.3 m.w.N.; BGer 4A_42/2011 vom 21. März 2011 E. 2.2.2.

¹⁰ LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 229 N. 4a.

¹¹ BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Aufl. 2017, Art. 229 N. 16.

¹² LEUENBERGER (Fn. 10), Art. 229 N. 8.

objektiver Massstab.¹³ Es obliegt der Partei, die das Novenrecht beansprucht, darzutun, dass und inwiefern es ihr auch bei zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen wäre, das Sachvorbringen bei der letzten prozessualen Äusserungsmöglichkeit einzubringen.¹⁴

Gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden. Dies ist der Fall, wenn sie unverzüglich nach der Entdeckung in den Prozess eingebracht werden.¹⁵ Gemäss der handelsgerichtlichen Praxis sind Noven im ordentlichen Verfahren innert kurzer Frist (praxisgemäss 10 Tage)¹⁶ und – falls sie nicht erst unmittelbar vor der Hauptverhandlung entstehen – noch vor Durchführung der Hauptverhandlung mittels Noveneingabe in das Verfahren einzubringen.¹⁷ Ob das Erfordernis des Vorbringens "ohne Verzug" mit Bezug auf eine bestimmte Eingabe eingehalten ist, ist letztlich jedoch in Würdigung der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Es fällt in die Kompetenz des zum Entscheid in der Sache zuständigen Spruchkörpers, darüber zu befinden, ob eine Noveneingabe i.S.v. Art. 229 Abs. 1 ZPO rechtzeitig erfolgt ist. Der verfahrensleitende Richter kann nicht von sich aus verbindlich eine Frist zum Voraus ansetzen oder verlängern.¹⁸

2.2. Würdigung

In der vorliegenden Streitsache trat der Aktenschluss mit Erstattung der Gesuchsantwort durch die Gesuchsgegnerin vom 13. September 2021 ein. Die Gesuchstellerin machte mit Eingabe vom 17. September 2021 und die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 28. September 2021 von ihrem unbedingten Replikrecht Gebrauch. Sollte in den nachfolgenden Erwägungen auf Tatsachenbehauptungen und Beweismittel Bezug genommen werden, die in diesen Eingaben vorgebracht worden sind, wird deren novenrechtliche Zulässigkeit an der entsprechenden Stelle beurteilt.

3. Allgemeines zu vorsorglichen Massnahmen

3.1. Voraussetzungen

Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender materiell-rechtlicher Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (lit. a) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (lit. b). Ebenfalls vorausgesetzt sind – obwohl im Gesetzestext nicht explizit erwähnt – eine zeitliche

¹³ BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 11), Art. 229 N. 32.

¹⁴ BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 11), Art. 229 N. 33; vgl. LEUENBERGER (Fn. 10), Art. 229 N. 10.

¹⁵ LEUENBERGER (Fn. 10), Art. 229 N. 9.

¹⁶ Vgl. Merkblatt des Handelsgerichts, abrufbar unter: <https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/jb/dokumente_6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt_Handelsgericht.pdf> (letztmals besucht am 12. Oktober 2021).

¹⁷ Vgl. auch KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, 3. Aufl. 2021, Art. 229 N. 10b und 10c m.w.N.; LEUENBERGER (Fn. 10), Art. 229 N. 9 m.w.N.; ZR 2014 Nr. 54, S. 176.

¹⁸ KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI (Fn. 17), Art. 229 N. 10a m.w.N.

Dringlichkeit sowie die Verhältnismässigkeit der anzuordnenden Massnahmen.

Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen sind folglich a) die Verletzung oder Gefährdung eines materiellen Anspruchs (sog. Hauptsachenprognose bzw. Verfügungsanspruch), b) der Umstand, dass die drohende Verletzung des zu schützenden Rechts einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hat (sog. Nachteilsprognose bzw. Verfügungsgrund) sowie c) der Umstand, dass eine zeitliche Dringlichkeit vorliegt.¹⁹ Schliesslich hat die anzuordnende vorsorgliche Massnahme verhältnismässig zu sein (d).²⁰

3.2. Beweismass

Das Vorliegen der den Erlass vorsorglicher Massnahmen begründenden Tatsachen muss die gesuchstellende Partei glaubhaft machen.²¹ Glaubhaft gemacht ist eine Behauptung, wenn das Gericht von ihrer Wahrheit nicht völlig überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind. Für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen müssen folglich gewisse Elemente sprechen, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sich diese nicht verwirklicht haben könnten.²²

4. Hauptsachenprognose

4.1. Allgemeines

Basis einer vorsorglichen Massnahme muss immer ein materiell-rechtlicher Anspruch der Gesuchstellerin bilden.²³ Für die Hauptsachenprognose ist bei der rechtlichen Vorprüfung mit Bezug auf vorsorgliche Vollstreckungsmassnahmen – wie vorliegend – wegen der damit für die gesuchsgegnerische Partei in der Regel verbundenen einschneidenden Konsequenzen erforderlich, dass der geltend gemachte Anspruch nicht nur nicht aussichtslos, sondern unter den behaupteten tatsächlichen Voraussetzungen und bei summarischer Prüfung als rechtlich begründet erscheint.²⁴

¹⁹ Vgl. hierzu HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 261 N. 17 ff.; BSK ZPO-SPRECHER, 3. Aufl. 2017, Art. 261 N. 10 ff.; ZÜRCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 261 N. 5 ff.

²⁰ HUBER (Fn. 19), Art. 261 N. 23; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 19), Art. 261 N. 10 ff.; ZÜRCHER (Fn. 19), Art. 261 N. 33 ff.

²¹ HUBER (Fn. 19), Art. 261 N. 25.

²² BGE 130 III 321 E. 3.3; BÜHLER, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Tagungsband HAVE, Der Haftpflichtprozess, Tücken der gerichtlichen Schadenserledigung, 2006, S. 43; HUBER (Fn. 19), Art. 261 N. 25.

²³ HUBER (Fn. 19), Art. 261 N. 17.

²⁴ BGE 133 III E. 9.2.1, 131 III 473 E. 2.3, 104 Ia 408 E. 5; HUBER (Fn. 19), Art. 262 N. 15, 18; ZPO KUKO-KOFMEL EHRENZELLER, 3. Aufl. 2021, Art. 261 N. 9; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 19), Art. 261 N. 65.

Die Gesuchstellerin stützt den geltend gemachten Unterlassungsanspruch auf Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. b, d und e UWG. Da die gesuchstellerischen Ausführungen zur Aktiv- und Passivlegitimation von der Gesuchsgegnerin nicht bestritten werden (Gesuch Rz 64 ff.; Gesuchsantwort Rz. 146) und die Sachlegitimation ohne Weiteres gegeben ist, gilt es im Folgenden zu prüfen, ob der von der Gesuchstellerin behauptete lauterkeitsrechtliche Anspruch als rechtlich begründet erscheint. Das UWG enthält in den Art. 3 ff. diverse Sondertatbestände unlauteren Verhaltens. Die Aufzählung ist nicht abschliessend, sodass als unlauter i.S.v. Art. 2 UWG (Generalklausel) auch ein Verhalten in Betracht fällt, das keinen der Tatbestände nach Art. 3 - 8 UWG erfüllt. Erfüllt die Handlung einen der Spezialtatbestände, bedarf es des Rückgriffs auf die Generalklausel nicht. Die Anwendbarkeit der Sondernormen ist daher nachfolgend zuerst zu prüfen.²⁵

4.2. Ansprüche aus Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG

4.2.1. Parteibehauptungen

4.2.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin führt im Wesentlichen aus, sie verfüge über eine breite Palette an pflanzlichen Arzneimitteln, Nahrungsmitteln und Nahrungsergänzungsmitteln aus Frischpflanzen. Das bekannteste und beliebteste Produkt der Gesuchstellerin sei das Immunstimulans Echinaforce, welches aus der Frischpflanze Purpur-Sonnenhut (Echinacea Purpureae) hergestellt werde (Gesuch Rz. 18 ff.). Die Gesuchstellerin vertreibe das Produkt seit 1964 (Gesuch Rz. 21; GB 11 ff.). Die Verpackung des Produkts sei seit 2006 immer gleich gestaltet (Gesuch Rz. 22; GB 15 ff.).

Die Gesuchstellerin bringt vor, das von der Gesuchsgegnerin vertriebene Nahrungsergänzungsmittel bzw. Immunstimulans "allvita Immunoforte" übernehme sämtliche wesentlichen Merkmale der gesuchstellerischen Echinaforce-Verpackung. Zur Visualisierung stellt die Gesuchstellerin im Gesuch die beiden Ausstattungen einander gegenüber:



²⁵ BGE 131 III 388 E. 3.

Im Einzelnen moniert die Gesuchstellerin eine Übernahme folgender Elemente: die Verwendung der teilweise in Grün gehaltenen Produktebezeichnung mit dem Element forte auf der oberen Fläche der Verpackung vor weissem Hintergrund, die Aufteilung der Verpackung in eine untere grüne und eine obere weiße Fläche, eine von links unten nach rechts oben verlaufende bogenförmige (und nach oben gewölbte) Linie sowie die Abbildung eines Purpur-Sonnenhuts mit fallenden Blütenblättern vor einem grünen Hintergrund auf der unteren Fläche. Das einzige teilweise unterschiedliche Gestaltungsmerkmal zwischen den beiden Ausstattungen sieht die Gesuchstellerin im Wortlaut der Kennzeichen "A. Vogel Echinaforce forte" einerseits und dem unmittelbar und direkt ans Gemeingut angelehnte "allvita Immunoforte" andererseits (Gesuch Rz. 52 ff.).

Die Übernahme der wesentlichen Gestaltungselemente durch die Gesuchsgegnerin könne nicht anders denn als bewusste Anlehnung an die Ausstattung der Gesuchstellerin gedeutet werden. Dieses Verhalten sei objektiv geeignet, bei den hiesigen Adressaten eine gedankliche Verbindung zur bekannten Ausstattung der Gesuchstellerin zu wecken. Für die Übernahme der Ausstattungsmerkmale bestehe weder eine Notwendigkeit noch ein sachlicher Grund. Durch die Übernahme der wesentlichen Ausstattungsmerkmale und die damit bewirkte gedankliche Verbindung zur Ausstattung der Gesuchstellerin beute die Gesuchsgegnerin den ausgezeichneten Ruf der Gesuchstellerin und ihrer Produkte in unlauterer Weise aus. Die Gesuchsgegnerin vermittele mit der Gestaltung und Präsentation von "allvita Immunoforte" auch die Botschaft, ihr Produkt sei "Ersatz für" oder "gleich gut wie" das Branchen-Leader-Produkt der Gesuchstellerin. Dadurch übertrage die Gesuchsgegnerin den guten Ruf der Gesuchstellerin bzw. des Echinaforce-Produkts auf ihre eigenen Immunstimulanzien, was ebenfalls eine unnötige Anlehnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG darstelle (Gesuch Rz. 71 ff.).

4.2.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin führt aus, sie verfüge über ein breites Produktesortiment, inklusive der allvita-Produktelinie, zu der auch das streitgegenständliche Produkt "allvita Immunoforte" gehöre (Gesuchsantwort Rz. 42 f.). Das Produkt habe mit jenem der Gesuchstellerin gemein, dass als Zutat die Heilpflanze Purpur-Sonnenhut verwendet werde und dass es sich auf das Immunsystem auswirke. Abgesehen hiervon überwögen jedoch die Unterschiede zwischen den Produkten. Während das gesuchstellerische Präparat ein Arzneimittel sei, handle es sich bei "allvita Immunoforte" um ein Nahrungsergänzungsmittel, d.h. um ein Lebensmittel. Auch die Zusammensetzung, die Funktion bzw. Wirkungsweise, die empfohlene Dauer der Einnahme und die Absatzkanäle gingen auseinander. Aufgrund dieser Unterschiede ergebe sich ein anderer Abnehmerkreis der Produkte. Während das Produkt der Gesuchstellerin Personen anspreche, welche auf der Su-

che nach einem über einen begrenzten Zeitraum einzunehmenden Heilmittel seien, um gesundheitlichen Beschwerden Abhilfe zu schaffen, spreche das Produkt der Gesuchsgegnerin Abnehmer an, die – ohne bereits gesundheitliche Beschwerden zu haben – einen gesunden Lifestyle lebten und durch den zeitlich unbegrenzten Konsum des Nahrungsergänzungsmittels ihre Gesundheit stärken wollten. Die Produkte sprächen daher andere Abnehmerkreise an und ständen in keinem direkten Wettbewerb. Die verglichenen Produkte liessen sich nicht substituieren: "allvita Immunoforte" sei kein Ersatz für "Echinaforce forte" (Gesuchsantwort Rz. 45 ff.).

Neben den von der Gesuchstellerin genannten fünf Ausstattungsmerkmalen bzw. -aspekten gebe es noch weitere: die Produktehinweise "Resistenz-Tablette" und "pflanzliches Arzneimittel" sowie der am oberen Rand der Verpackung angebrachte, ca. 0,5 Zentimeter breite, in einem von oben nach unten schwächer werdenden Grünton gehaltene Rand (Gesuchsantwort Rz. 56 ff.). Der Gesamteindruck des gesuchstellerischen Produkts werde klarerweise durch die beiden Marken "Echinaforce" und "A. Vogel" massgebend geprägt. Die weiteren Ausstattungsaspekte träten dabei klar in den Hintergrund und seien banal, gewöhnlich, rein beschreibend respektive freihaltebedürftig (Gesuchsantwort Rz. 61 ff. und 114). Die Gemeinsamkeiten zwischen den beiden Produktausstattungen beschränkten sich im Wesentlichen auf die Verwendung einer Blüte der gleichen Pflanze auf einem grünen Hintergrund, was banal und gemeinfrei sowie sachlich gerechtfertigt sei. Demgegenüber beständen diverse Unterschiede bei der Produktausstattung, insbesondere auch bei den Produktemarken, welche den Gesamteindruck am meisten prägten (Gesuchsantwort Rz. 104 ff. und 151 f.). Das Gesamtbild der gesuchsgegnerischen Ausstattung sei nicht geeignet, beim Adressaten eine gedankliche Verbindung zur Ausstattung der Gesuchstellerin zu erwecken. Von einer unnötigen Anlehnung könne daher absolut nicht die Rede sein (Gesuchsantwort Rz. 153 f.).

4.2.2. Rechtliches

Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG handelt unlauter, wer sich, seine Waren, Werke, Leistungen oder deren Preise in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehnender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken, Leistungen oder deren Preisen vergleicht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt. Die Bestimmung erfasst den Vergleich im Rahmen der Werbung, wobei sowohl der Begriff des Vergleichs als auch jener der Werbung weit zu verstehen sind. Dies gilt insbesondere für die von der Gesuchstellerin monierte unnötige Anlehnung, die sich auch auf die Ausstattung der Waren Dritter beziehen kann.²⁶

²⁶ BSK UWG-SCHMID, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 30 f.; SHK UWG-OETIKER, 2. Aufl. 2016, Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 12; DIKE UWG-STAUER/ISKIC, 2018, Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 7 ff.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten als unlauter im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG unter anderem Verhaltensweisen, mit denen sich ein Konkurrent unnötig an die Leistungen eines Dritten anlehnt oder dessen Ruf ausbeutet, unabhängig von der Gefahr einer allfälligen Verwechslung. Die Rufausbeutung kann insbesondere darin bestehen, dass die fremde Ware oder Leistung derart in der eigenen Werbung eingesetzt wird, dass das Image der fremden Ware auf die eigenen Angebote transferiert wird. Unlauter handelt, wer mit seinem Werbeauftritt im Ergebnis den guten Ruf von unter einem anderen Zeichen bekannten Waren auf seine eigenen überträgt, indem er Gedankenassoziationen zu diesen weckt. Einer lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsgefahr wie beim wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG bedarf es nicht. Die Anforderungen an die Ähnlichkeit der Ausstattungen sind damit bei der unlauteren Anlehnung geringer als bei der Verwechslungsgefahr. Allerdings genügt nicht schon jede noch so geringfügige Ähnlichkeit einer Ausstattung mit derjenigen eines Mitbewerbers, um eine unlautere Anlehnung zu bejahen. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass die Ausstattung in einer Weise verwendet wird, dass es nicht anders denn als Anlehnung an diejenige eines Dritten gedeutet werden kann, und diese objektiv geeignet ist, beim Adressaten eine gedankliche Verbindung zum Drittzeichen bzw. den damit gekennzeichneten Produkten zu wecken.²⁷ Ungeachtet eigentlicher Fehlzurechnungen ist die Anlehnung an die Kennzeichnungs- und Werbekraft einer älteren Ausstattung unlauter, wenn die jüngere Ausstattung unmissverständlich eine Botschaft des Inhalts "Ersatz für" oder "gleich gut wie" vermittelt.²⁸ Grundsätzlich ist umso mehr von einer Rufausbeutung durch Imagetransfer auszugehen, je ähnlicher sich die Ausstattungen nach ihrem Gesamteindruck und je näher sich die Produkte sind.²⁹ Eine Anlehnung ist dann unnötig i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG, wenn sie ohne sachlichen Rechtfertigungsgrund erfolgt oder das zur Information erforderliche Mass überschreitet.³⁰

4.2.3. Würdigung

Vorliegend gilt es zu beurteilen, ob sich die Ausstattung des Produkts "all-vita Immunoforte" der Gesuchsgegnerin in unlauterer Weise an die Ausstattung des Produkts "Echinaforce forte" der Gesuchstellerin anlehnt. Wie bereits zuvor in E. 4.2.2 ausgeführt, wird die von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG verlangte vergleichende Werbung weitgefasst, womit auch die hier zu beurteilende Produktausstattung den Tatbestand erfüllen kann.

²⁷ BGE 135 III 446 E. 7.1; BGer 4A_103/2008 vom 7. Juli 2008 E. 6, 4A_467/2007 und 4A_469/2007 vom 8. Februar 2008 E. 4.3 je m.w.N.

²⁸ Vgl. etwa BGE 135 III 446 E. 7.1; BGer 4A_103/2008 vom 7. Juli 2008 E. 6; SHK UWG-OETIKER (Fn. 26), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 40.

²⁹ BGE 135 III 446 E. 7.1 und 7.5; BGer 4A_103/2008 vom 7. Juli 2008 E. 6, 4A_467/2007 und 4A_469/2007 vom 8. Februar 2008 E. 4.1, 4.3 und 6.2; SHK UWG-OETIKER (Fn. 26), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 36.

³⁰ BGE 135 III 446 E. 7.5; DIKE UWG-STAUBER/ISKIC (Fn. 26), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 55.

In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG setze beim Bezugsobjekt einen Ruf voraus, von dem profitiert werden könne.³¹ Die Gesuchstellerin führt hierzu aus, demoskopische Befunde zeigten auf, dass die Marke Echinaforce den Status einer berühmten Marke genieße und über einen Ruf der Natürlichkeit (frisch, pflanzlich) und Tradition verfüge. Weiter ergebe sich aus den Umfragen, dass Echinaforce in der Schweiz über einen ausgezeichneten Ruf verfüge (Gesuch Rz. 43 ff.; GB 26). Die Gesuchsgegnerin erwidert, das eingereichte Parteigutachten in Gesuchsbeilage 26 sei als reine Parteibehauptung zu betrachten, die vorsorglich bestritten werde. Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass die Wortmarke "Echinaforce" über eine gewisse, durchaus beachtliche Bekanntheit verfüge. Sie bestreitet aber, dass die Wortmarke über einen guten Ruf für Natürlichkeit und Tradition sowie für hohe Qualität verfüge. Überdies dürfe die Bekanntheit der Wortmarke nicht mit der Bekanntheit der Ausstattung gleichgesetzt werden (Gesuchsantwort Rz. 133).

Der Gesuchsgegnerin ist zuzustimmen, dass das ins Recht gelegte Umfragegutachten nicht ein Beweismittel i.S.v. Art. 168 Abs. 1 ZPO darstellt. Immerhin können Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, unter Umständen besonders substantiiert sein.³² Aufgrund der Tatsache, dass der Begriff "Ruf" weit zu verstehen ist und neben typischen Rufinhalten wie Exklusivität, Prestigewert, Qualität auch spezifische Attribute wie etwa "gesund" umfassen kann,³³ sowie aufgrund des vorliegend herabgesetzten Beweismasses kann davon ausgegangen werden, dass das unbestrittenermassen bekannte Produkt der Gesuchstellerin, an dessen Ausstattung sich die Gesuchsgegnerin behauptetermassen anlehnen soll, unter anderem über einen Ruf für Natürlichkeit verfüge.

Um im Folgenden beurteilen zu können, ob sich die Gesuchsgegnerin mit ihrer Ausstattung an jene der Gesuchstellerin anlehnt, sind vorab die für den Gesamteindruck wesentlichen Elemente der gesuchstellerischen Produktausstattung zu bestimmen. Der Gesuchstellerin ist zuzustimmen, dass die folgenden Elemente wesentlich sind (Gesuch Rz. 27):

- a) die Aufteilung der Ausstattung in eine obere weisse und eine untere in Grün gehaltene Fläche;
- b) die von links unten nach rechts oben verlaufende bogenförmige und nach oben gewölbte Linie, die aus der Aufteilung in eine obere weisse und eine untere grüne Fläche und deren Formen resultiert;

³¹ DIKE UWG-STAUER/ISKIC (Fn. 26), Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG N. 61 ff., insbesondere N. 69 ff. m.w.N.

³² BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_150/2021 vom 6. August 2021 E. 6.3.2., 4A_267/2020 vom 28. Dezember 2020 E. 7.4.3.2.

³³ DIKE UWG-STAUER/ISKIC (Fn. 26), Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG N. 71.

- c) der in Weiss gehaltene Schriftzug "A. Vogel", der von einem kleinen grünen Hintergrund umrahmt wird, sowie der darunter befindliche, in Schwarz gehaltene Schriftzug "Echinaforce forte", welche beide in der oberen, weissen Fläche platziert sind und
- d) die Abbildung eines Purpur-Sonnenhuts mit fallenden Blütenblättern in Normalperspektive, die auf der unteren grünen Fläche platziert ist.

Die Gesuchsgegnerin ergänzt diese Aufzählung mit den folgenden, ihres Erachtens wesentlichen Elementen: der Produkthinweis "Resistenz-Tablette" unmittelbar unter der Marke "Echinaforce", der Produktehinweis "Pflanzliches Arzneimittel" unter der Blüte sowie der ca. 0,5 Zentimeter breite, in einem von oben nach unten schwächer werdenden Grünton gehaltene obere Rand der Verpackung (Gesuchsantwort Rz. 58 f.). Dem ist entgegenzuhalten, dass diese drei Elemente den Gesamteindruck der Produktausstattung wegen ihrer bescheidenen Abmessung und farblichen Gestaltung nicht wesentlich zu beeinflussen vermögen. Diese Elemente treten im Vergleich zu den zuvor erwähnten Merkmalen klar in den Hintergrund. Weiter kann der Gesuchsgegnerin nicht gefolgt werden, wenn sie vorbringt, der Gesamteindruck der gesuchstellerischen Ausstattung werde klarerweise durch die beiden Marken "Echinaforce forte" und "A. Vogel" massgebend geprägt und die weiteren Ausstattungsdetails träten dabei klar in den Hintergrund (Gesuchsantwort Rz. 61 ff. und 83). Es ist vielmehr davon auszugehen, dass keines der oben genannten Elemente die anderen in den Hintergrund zu drängen vermag.

Nachdem nun die den Gesamteindruck prägenden wesentlichen Elemente der Ausstattung der Gesuchstellerin bestimmt worden sind, ist zu beurteilen, ob und inwieweit sich die Gesuchsgegnerin an diese Elemente anlehnt:

- a) In Bezug auf die Aufteilung der Ausstattung in eine obere weisse und eine untere grüne Fläche fällt auf, dass die Gesuchsgegnerin diese Zweiteilung und die Farbgebung übernimmt.

Die Gesuchsgegnerin bringt vor, zum einen sei das Flächenverhältnis zwischen dem oberen weissen und dem unteren farbigen Teil bei ihrer Ausstattung sichtbar grösser als bei der Gesuchstellerin. Zum anderen unterscheide sich auch der grüne Hintergrund: Während dieser bei der Gesuchsgegnerin hellgrün mit deutlich abgegrenzten Schattierungen sei, sei er bei der Gesuchstellerin dunkelgrün mit kontinuierlichen Farbstufen (Gesuchsantwort Rz. 105).

Es mag zwar durchaus zutreffen, dass das Flächenverhältnis und die Farbgebung nicht exakt dieselben sind. Die Unterschiede sind jedoch derart geringfügig, dass sie im Erinnerungsbild eines durchschnittlich aufmerksamen Abnehmers – welches beim Vergleich

vorliegend heranzuziehen ist – nicht haften bleiben. Vielmehr vermitteln die beiden Produktausstattungen in Bezug auf die farbliche Zweiteilung einen sehr ähnlichen Eindruck.

- b) Die Gesuchsgegnerin bestreitet auch eine Anlehnung bei der Linie, die aufgrund der Aufteilung in eine obere weisse und eine untere grüne Fläche resultiert. Sie führt aus, im Gegensatz zur Gesuchstellerin verwende sie keine nach oben zeigende Kurve. Es handle sich vielmehr um eine abgerundete Fläche (Gesuchsantwort Rz. 105). Ausserdem sei auf die deutlich unterschiedlich gestaltete "Trennlinie" zwischen den beiden Flächen hinzuweisen. Die Ausstattung der Gesuchstellerin weise keine wirkliche Trennlinie auf, sondern wohl eher ein Trennungsband, welches zu einer deutlichen Dreidimensionalität führe, die bei der Gesuchsgegnerin fehle. In besagtem Trennungsband sei ein Farbverlauf von Grün in Weiss ersichtlich. Auch diese Komponente fehle bei der Gesuchsgegnerin. Weiter sei die Trennlinie der Gesuchsgegnerin komplizierter gekrümmt, wodurch sie einen deutlichen Scheitelpunkt erhalte. Bei der Gesuchstellerin sei die Trennlinie bzw. das Trennungsband viel regelmässiger und erinnere mehr an einen Halbkreis oder an eine nach oben verlaufende Kurve, was bei der Gesuchsgegnerin durch das Abfallen nach dem Scheitelpunkt gerade nicht der Fall sei (Gesuchsantwort Rz. 107).

Es mag zwar zutreffen, dass die Abgrenzung der beiden Flächen beim gesuchstellerischen Produkt im Gegensatz zu jenem der Gesuchsgegnerin eher ein Trennungsband als eine Trennlinie darstellt. Das Trennungsband ist jedoch ebenfalls in Grün und Weiss gehalten, weshalb es zu den Farben der beiden Flächen keinen Kontrast bildet und daher nicht ins Auge sticht. Im Erinnerungsbild des durchschnittlich aufmerksamen Abnehmers wird bei beiden Ausstattungen vielmehr einzig verbleiben, dass die Abgrenzung der beiden Flächen zu einer von unten links nach oben rechts verlaufenden bogenförmigen und nach oben gewölbten Linie führt. Weiter wirkt der von der Gesuchsgegnerin aufgeführte Unterschied betreffend der abfallenden Kurve nach dem Scheitelpunkt bei ihrem Produkt gesucht. Die Kurve neigt sich am rechten Rand der Verpackung derart geringfügig gegen unten, dass ein Unterschied zur Kurve der anderen Ausstattung kaum auszumachen ist und nicht ins Gewicht fällt. Insgesamt ist die Trennlinie der streitgegenständlichen Ausstattung zum Verwechseln ähnlich mit jener der gesuchstellerischen Ausstattung gestaltet.

- c) Unterschiedlich gestaltet sind dagegen die auf den Ausstattungen angebrachten Marken. Auf die Marke "A. Vogel" der Gesuchstellerin wird überhaupt nicht Bezug genommen. Immerhin übernimmt die

Gesuchsgegnerin bei ihrer Marke "Imunoforte" den Wortteil "forte", der sich auch bei der gesuchstellerischen Marke "Echinaforce forte" findet. Zudem positioniert sie ihre Marken ebenfalls auf dem oberen weissen Teil der Verpackung. Weitergehende Gemeinsamkeiten sind nicht auszumachen. Ob dies gegen die Annahme einer unnötigen Anlehnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG spricht, ist erst in einer Gesamtwürdigung zu prüfen, nachdem auch noch eine allfällige Übernahme des letzten wesentlichen Elements untersucht wurde.

- d) Auf der gesuchsgegnerischen Ausstattung findet sich auf der unteren grünen Fläche die Abbildung eines einzelnen Purpur-Sonnenhuts wieder. Die Gesuchsgegnerin führt aus, die Blüte des Sonnenhuts erscheine bei ihr in einem erheblich grösseren Massstab und die geometrischen Formen und Farben des Fruchtknotens unterschieden sich klar: Während er bei der Gesuchstellerin kugelig sei, sei er bei der Gesuchsgegnerin abgeflacht abgebildet und in der Mitte grün gefärbt. Bei der Gesuchsgegnerin fehlten überdies die Tautropfen, die auf der gesuchstellerischen Abbildung auf den Blütenblättern zu finden seien. Weiter seien auch die Umgebungen der Blumen unterschiedlich. Bei der Gesuchstellerin sei diese im Verhältnis zur Blüte deutlich zu erkennen, bei der Gesuchsgegnerin hingegen sei sie kaum sichtbar. Es seien zwei völlig verschiedene fotografische Aufnahmen der Blüten. Im Falle der Gesuchstellerin sei die Blüte vollständig und seitlich aufgenommen; im Falle der Gesuchsgegnerin sei die Blüte nur partiell und in einem ganz anderen Winkel aufgenommen und dargestellt. Die Blütenblätter der Gesuchstellerin (recte: Gesuchsgegnerin) seien seitlich rechts abgeschnitten, während sie bei der Gesuchstellerin vollständig abgebildet seien. Auch der Blumenstiel sehe komplett anders aus: Bei der Gesuchsgegnerin sei er dick und dunkelgrün, bei der Gesuchstellerin in einem helleren Grün und dünner abgebildet (Gesuchantwort Rz. 105 f.).

Auch hier gilt, dass diese von der Gesuchsgegnerin vorgebrachten Unterschiede gesucht wirken. Entscheidend ist, was im Erinnerungsbild des durchschnittlich aufmerksamen Konsumenten haften bleibt. Diesem wird in Erinnerung bleiben, dass auf beiden Verpackungen eine einzelne Blüte eines Purpur-Sonnenhuts abgebildet ist, der auf der unteren grünen Fläche platziert ist. Der nur leicht unterschiedliche Aufnahmewinkel, der flachere Fruchtknoten sowie die am rechten Ende etwas abgeschnittenen Blütenblätter erzeugen keinen relevanten Unterschied zwischen den beiden Abbildungen. Die weiteren von der Gesuchsgegnerin vorgebrachten Unterschiede – etwa in der Gestaltung des Blütenstiels oder der Tautropfen auf den Blütenblättern – sind Details und erst recht vernachläss-

sigbar. Im Erinnerungsbild des durchschnittlich aufmerksamen Abnehmers bleiben sie jedenfalls nicht haften. Insgesamt vermögen die von der Gesuchsgegnerin vorgebrachten Unterschiede nicht zu überzeugen. Die Abbildung der Pflanze auf der streitgegenständlichen Ausstattung ist jener der Gesuchstellerin sehr ähnlich.

Zusammenfassend führt der Vergleich zum Ergebnis, dass die Gesuchsgegnerin drei der vier wesentlichen Elemente der gesuchstellerischen Ausstattung in sehr ähnlicher Weise übernommen hat. Der einzige Unterschied besteht bei den aufgeführten Marken. Die Marke "A. Vogel" wird nicht übernommen. Das entsprechende Äquivalent auf der gesuchsgegnerischen Ausstattung – die Marke "allvita" – ist aber derart klein geschrieben und unauffällig gestaltet, sodass sie kaum wahrgenommen wird. In Bezug auf "Echinaforce forte" bzw. "Imunoforte" übernimmt die Gesuchsgegnerin neben der Positionierung auf der Verpackung auch den Wortteil "forte". "Echinaforce" wird aber nicht übernommen. Stattdessen stellt die Gesuchsgegnerin dem Wortteil "forte" noch "Imuno" voran. Wie die Gesuchstellerin zu Recht vorbringt, weist dieser Zusatz "Imuno" aber keinen originellen Sinn- oder Fantasiegehalt auf (Gesuch Rz. 91). Vielmehr spielt der Zusatz auf "immun" an, was bei einem Produkt, welches die Stärkung des Immunsystems bezweckt, nicht originell, sondern eher beschreibend ist. Insgesamt schaffen die von der Gesuchsgegnerin verwendeten Marken "allvita" und "Imunoforte" keinen genug grossen Unterschied, um die Anlehnung an die gesuchstellerische Ausstattung verneinen zu können. Dasselbe gilt auch für den von der Gesuchsgegnerin unter der Marke "Imunoforte" angebrachte Text, der sehr klein und unauffällig gestaltet ist. Der massgebende Gesamteindruck der gesuchsgegnerischen Ausstattung ist jenem der gesuchstellerischen Ausstattung sehr ähnlich. Die streitgegenständliche Ausstattung kann nicht anders denn als bewusste Anlehnung an die Ausstattung der Gesuchstellerin gedeutet werden. Sie ist objektiv geeignet, beim Adressaten Assoziationen zum Produkt der Gesuchstellerin zu wecken, sodass das streitgegenständliche Produkt vom Image des Bezugsobjekts profitieren kann. Überdies vermittelt die Ausstattung von "Imunoforte", das Produkt sei gleich gut oder ein Ersatz für das Produkt der Gesuchstellerin. Die Gesuchsgegnerin argumentiert zwar, aufgrund der unterschiedlichen Inhaltsstoffe sei ihr Produkt kein Ersatz für das Produkt der Gesuchstellerin. Aus den wesentlichen Elementen der gesuchsgegnerischen Ausstattung geht aber nicht hervor, dass das Produkt "Imunoforte" einen anderen Zweck verfolgt als das Produkt "Echinaforce forte". Für den durchschnittlich aufmerksamen Abnehmer ist dies damit auch nicht erkennbar. Insgesamt ist von einer Anlehnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG auszugehen.

Die Gesuchsgegnerin bringt vor, für die gewählten Ausstattungsaspekte lägen sachliche Gründe vor. Die Arbeit mit dem Farbkonzept Grün-Weiss sei in der Lifestyle- und Gesundheitsbranche keine Neuheit und liege insofern nahe. Es bestehe dafür entsprechend ein sachlicher Grund, nämlich das

Ansprechen der relevanten Abnehmerkreise. Zudem sei es durchaus üblich, Blumen und Blüten auf einem grünen Hintergrund wiederzugeben, weil diese oftmals auf einer grünen Wiese auftauchen und beim Betrachten Assoziationen zur grünen Wiese und zur Natur weckten. In Bezug auf die Linie zwischen grüner und weisser Fläche führt die Gesuchsgegnerin aus, im Zusammenhang mit Arznei- und Nahrungsergänzungsmitteln stehe die gebogene Linie für eine nach oben verlaufende Kurve, d.h. sie verspreche einen positiven Einfluss auf die Energie, den Körper und die Gesundheit des Konsumenten. Dieser Eindruck entstehe bei der gesuchsgegnerischen Ausstattung aber nicht. Vielmehr entstehe der Eindruck einer einfachen grafisch abgerundeten Fläche. Die Linie sei gebogen, weil eine gerade Linie angesichts der runden Form des Blütenkopfs unästhetisch bzw. zu hart wirke. Die Abbildung des Purpur-Sonnenhuts auf der Verpackung entspreche sodann einem Trend in der Lebensmittelbranche und erfülle auch das Informationsbedürfnis des Konsumenten, der erkennen könne, welchen Hauptinhalt das Produkt habe. Die Positionierung der Marken am oberen Rand der Verpackung sei schliesslich dem Umstand geschuldet, dass diese die Produkte eines gewissen Herstellers kennzeichneten. Eine Marke erfülle ihren Zweck dementsprechend kaum, wenn sie am unteren Rand der Verpackung ganz klein aufgeführt sei (Gesuchsantwort Rz. 70 f., 76, 93 und 151 f.).

Demgegenüber bestreitet die Gesuchstellerin das Vorliegen eines sachlichen Grundes (Gesuch Rz. 75). Ihr ist zuzustimmen. Es ist zwar naheliegend, dass sich die Abbildung einer Pflanze, die Bestandteil eines Produkts ist, auf der Verpackung wiederfindet. Auch die Verwendung der Farbe Grün ist im Zusammenhang mit Pflanzenabbildungen sachlich gerechtfertigt. Problematisch an der streitgegenständlichen Ausstattung ist jedoch, dass drei der vier wesentlichen Elemente des Bezugsobjekts in sehr ähnlicher Weise übernommen worden sind. Für sich alleine mag die Verwendung jedes einzelnen Elements einen sachlichen Grund haben. Nicht sachlich rechtfertigen lässt sich aber, dass die einzelnen Elemente der gesuchsgegnerischen Ausstattung in derart ähnlicher Weise gestaltet und zueinander angeordnet wurden wie bei der gesuchstellerischen Ausstattung. Die erfolgte Anlehnung ist demnach unnötig.

4.3. Ergebnis

Zusammenfassend lehnt sich die gesuchsgegnerische Ausstattung unnötig i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG an die Ausstattung des Produkts "Echinaforce forte" an. Der Gesuchstellerin steht daher gestützt auf Art. 9 UWG ein Unterlassungsanspruch zu. Die Hauptsachenprognose i.S.v. Art. 261 Abs. 1 ZPO fällt demgemäss positiv aus. Die Prüfung der übrigen von der Gesuchstellerin vorgebrachten Anspruchsgrundlagen erübrigt sich damit.

5. Nachteilsprognose

5.1. Parteibehauptungen

Die Gesuchstellerin führt aus, ihr entstehe ein erheblicher finanzieller Schaden aus entgangenen Verkäufen, wenn das Produkt der Gesuchsgegnerin weiter in der Schweiz ausgeliefert bzw. vertrieben würde. Der Schaden wäre in der Praxis indessen nur schwer zu beziffern. Aufgrund der bewussten Anlehnung und der vom angefochtenen Produkt vermittelten Botschaft "gleich gut wie" oder "Ersatz für" Echinaforce sei bei einer weitergehenden Lancierung eine wesentliche Beeinflussung des Markts zulasten der Gesuchstellerin mit wirtschaftlich spürbaren Nachteilen zu befürchten. Gleichzeitig bestehe eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass die Abnehmer des gesuchsgegnerischen Produkts dieses der Gesuchstellerin zurechneten und damit die Wirkung und Verträglichkeit des Präparats mit der Gesuchstellerin assoziierten. Das könne empfindliche negative Auswirkungen auf den Ruf der Gesuchstellerin und deren Produkte zeitigen. Zudem sei die Annäherung derart frappant, dass nicht nur mittelbare Verwechslungen drohten, sondern die aufgebaute Unterscheidungskraft des Präparats Echinaforce gefährdet würde. Schliesslich würde der Gesuchstellerin ein erheblicher Schaden entstehen, der sich nicht wiedergutmachen lassen würde, weil es praktisch unmöglich sei, eine Marktverwirrung respektive Rufbeeinträchtigung und -ausbeutung später durch Schadenersatz auszugleichen (Gesuch Rz. 96 ff.).

Die Gesuchsgegnerin führt aus, die Produkte seien nicht gleichartig. Beim Produkt der Gesuchstellerin handle es sich um ein pflanzliches Arzneimittel. Es unterstehe der Heilmittelgesetzgebung und habe zuerst durch die Swissmedic geprüft und zugelassen werden müssen, bevor es überhaupt auf den Markt habe kommen können. Beim Produkt der Gesuchsgegnerin handle es sich um ein Nahrungsergänzungsmittel, welches zur Kategorie der Lebensmittel gehöre. Es müsse nicht durch Swissmedic zugelassen werden, sondern den Voraussetzungen der Lebensmittelgesetzgebung entsprechen. Das Produkt der Gesuchstellerin habe zwar auch eine vorbeugende Wirkung, helfe zudem aber bei einer akuten Erkältungserkrankung sowie bei fiebrigen Erkältungskrankheiten, indem es den Heilungsprozess begünstige. Das Produkt der Gesuchsgegnerin habe demgegenüber rein prophylaktischen Charakter. Die Produkte seien daher nicht substituierbar und ständen folglich auch in keinem direkten Wettbewerb. Deshalb liege auch kein nicht wiedergutzumachender Nachteil vor. Dass die Gesuchstellerin Kunden an die Gesuchsgegnerin verloren hätte, behaupte die Gegenpartei denn auch nicht. Schliesslich hätte die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Sinne der gesuchstellerischen Anträge starke negative Folgen für die Gesuchsgegnerin. Das von ihr erst vor Kurzem lancierte Produkt sei dabei, sich auf dem Markt zu etablieren. Ein Verkaufsstopp würde diesem Bestreben ein akutes und ungerechtfertigtes Ende bereiten (Gesuchsantwort Rz. 178 ff.).

5.2. Rechtliches

Neben der Hauptsachenprognose hat die Gesuchstellerin glaubhaft zu machen, dass ihr aus der Verletzung eines ihr zustehenden Anspruchs ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO). Gleich wie bei der Hauptsachenprognose sind bei der Nachteilsprognose an die nicht leichte Ersetzbarkeit des drohenden Nachteils strengere Anforderungen zu stellen, wenn die vorsorgliche Vollstreckung eines Anspruchs verlangt wird. Nach Lehre und Rechtsprechung liegt ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil vor, wenn dieser glaubhafterweise später nicht mehr ermittelt, bemessen oder ersetzt werden kann.³⁴ Dies ist beispielsweise der Fall bei der bei einer sog. Marktverwirrung.³⁵ Mögliche Rufschädigungen, Kundenverluste oder entgangene Gewinne stellen nach der Rechtsprechung zwar mit Geld grundsätzlich ausgleichbare Nachteile dar. Jedoch gelten diese künftigen Einbussen ebenfalls als kaum berechen- und nachweisbar, so dass regelmässig auch in einer solchen Konstellation ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil angenommen wird.³⁶

5.3. Würdigung

Mit der glaubhaft gemachten Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG läuft die Gesuchstellerin Gefahr, bestehende und/oder zukünftige Kunden an die Gesuchsgegnerin zu verlieren. Die unnötige Anlehnung der gesuchsgegnerischen Ausstattung ist objektiv geeignet, Assoziationen zwischen den beiden Produkten hervorzurufen. Die im Streit liegende Ausstattung vermittelt die Botschaft, das Präparat "allvita Immunoforte" sei gleich gut wie bzw. ein Ersatz für das Präparat "Echinaforce forte". Dass die Produkte aufgrund ihrer Zusammensetzung nicht substituierbar sein sollen, ist für den durchschnittlich aufmerksamen Abnehmer gestützt auf die wesentlichen Elemente der gesuchsgegnerischen Ausstattung nicht erkennbar. Es ist glaubhaft gemacht, dass aufgrund der Marktverwirrung und der Rufausbeutung Schäden drohen, die nicht mehr ermittelt, bemessen und ersetzt werden können. Somit liegt ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil vor.

6. Dringlichkeit

6.1. Parteibehauptungen

Aus Sicht der Gesuchstellerin ist die relative Dringlichkeit gegeben. Es könne ihr nicht zugemutet werden, bis zum Entscheid in der Hauptsache zuzuwarten, weil die Beeinträchtigung auch durch einen günstigen Sachentscheid nicht mehr behoben werden könnte. Dringlich sei die Angelegenheit auch deshalb, weil die Gesuchsgegnerin mit ihren eigenen Werbemasnahmen ("unsere Neuheit", "Einführungsangebot") alles daransetze, mit dem Produkt "allvita Immunoforte" in der streitgegenständlichen Ausstattung

³⁴ Vgl. BGE 108 II 228 E. 2b und 2c; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, in: Baudenbacher (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, 2001, Art. 14 N. 22; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 19), Art. 261 N. 28b und 34.

³⁵ BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 19) FEHLER! TEXTMARKE NICHT DEFINIERT., Art. 261 N. 28b und 34.

³⁶ HUBER (Fn. 19), Art. 261 N. 20 ff.; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 19), Art. 261 N. 28b und 34.

möglichst rasch im Immunstimulanzien-Markt Marktanteile zu gewinnen. Da in wenigen Monaten die hierzulande (notorisch) kältere und feuchte Herbst- und Winterjahreszeit nahe, stehe die Hochsaison für den Absatz von Immunstimulanzien unmittelbar vor der Tür (Gesuch Rz. 100 ff.).

Die Gesuchsgegnerin verneint die relative Dringlichkeit. Die Gesuchstellerin vermöge nicht zu erläutern, warum ein Zuwarten bis zum Entscheid in der Hauptsache nicht zugemutet werden könne. Sie behaupte es zwar, erläutere und begründe es aber nicht. Auch das Argument der Hochsaison ziehe nicht. Es handle sich nicht um substituierbare Produkte. Das gesuchsgegnerische Produkt könne als Nahrungsergänzungsmittel unabhängig von den Jahreszeiten zu sich genommen werden (Gesuchsantwort Rz. 183 ff.).

6.2. Rechtliches

Obwohl im Gesetz nicht vorgesehen, setzt die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme Dringlichkeit voraus.³⁷ An die Glaubhaftmachung der zeitlichen Dringlichkeit sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Diese liegt grundsätzlich immer dann vor, wenn das ordentliche Verfahren klar länger dauert als das Massnahmenverfahren. Die voraussichtliche Dauer des Hauptverfahrens bis zu seiner rechtskräftigen Erledigung ist nicht abstrakt, sondern konkret anhand der Besonderheiten des Einzelfalles zu bestimmen.³⁸ Wartet die gesuchstellende Partei mit dem vorsorglichen Massnahmenbegehren zu lange zu, kann sie ihren Anspruch darauf verirken.³⁹ Grundsätzlich geht der Anspruch auf Anordnung einer vorsorglichen Massnahme aber nicht durch Zeitablauf unter.⁴⁰ Eine Verwirkung des Anspruchs auf Erlass vorsorglicher Massnahmen infolge Zeitablaufs bemisst sich folglich nicht an einer abstrakten Zeitspanne, sondern ausschliesslich an der voraussichtlichen Dauer des Hauptprozesses.⁴¹ Die Verwirkung infolge Zeitablaufs setzt ein ungebührlich langes und damit rechtsmissbräuchliches Zuwarten voraus.⁴² Es bedürfte schon jahrelanger Untätigkeit, bis einer gesuchstellenden Partei Rechtsmissbrauch infolge Zeitablaufs vorgeworfen werden kann, so dass auf sein Massnahmen gesuch nicht einzutreten wäre.⁴³

³⁷ HUBER (Fn. 19) Art. 261 N. 22; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 19), Art. 261 N. 39; ZÜRCHER (Fn. 19), Art. 261 N. 12; SHK ZPO-TREIS, 2010, Art. 261 N. 10 je m.w.N.

³⁸ SHK MSchG-STAU, 2. Aufl. 2017, Art. 59 N. 23; SHK UWG-STAEHELIN, 2. Aufl. 2016, Vor Art. 9-13a UWG N. 27.

³⁹ SHK ZPO-TREIS (Fn. 37) Art. 261 N. 12.

⁴⁰ BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 19), Art. 261 N. 41 m.w.N.

⁴¹ RÜETSCHI, Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf, sic! 2002, S. 422.

⁴² ZÜRCHER (Fn. 19), Art. 261 N. 13; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 19), Art. 261 N. 42 ff.

⁴³ DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI (Fn. 6), N. 622 m.w.N.

6.3. Würdigung

Die Gesuchstellerin gibt an, sie habe Ende Juli 2021 vom Angebot und Vertrieb des streitgegenständlichen Produkts erfahren (Gesuch Rz. 46). Die Gesuchsgegnerin bringt ihrerseits vor, das Produkt erst vor Kurzem lanciert zu haben (Gesuchsantwort Rz. 181). Am 2. August 2021 liess die Gesuchstellerin der Gegenpartei ein Abmahnschreiben zukommen (GB 45). Die Gesuchsgegnerin reagierte mit Schreiben vom 6. August 2021 abschlägig (GB 46). Die Einreichung des Gesuchs erfolgte am 17. August 2021 und damit zeitnah nach Erhalt des letztgenannten Schreibens. Mit dem vorliegenden Verfahren könnte die Gesuchstellerin rund drei Monate nach der behaupteten Entdeckung der lauterkeitsrechtlichen Verletzung ein vorsorgliches Verbot erwirken. Dies ist wesentlich früher, als ein Urteil in einem ordentlichen Verfahren zu erwarten wäre. Wegen des üblicherweise doppelten Schriftenwechsels sowie mindestens einer Verhandlung dauern lauterkeitsrechtliche Verfahren erfahrungsgemäss deutlich länger als ein Jahr. Die zeitliche Dringlichkeit ist offensichtlich gegeben.

7. Verhältnismässigkeit

7.1. Parteibehauptungen

Die Gesuchstellerin erachtet die beantragte vorsorgliche Massnahme als verhältnismässig. Für sie ständen ganz erhebliche Interessen an einem wichtigen und von ihr intensiv geförderten und marketingmässig unterstützten Produkt auf dem Spiel. Ein Verbot treffe die Gesuchsgegnerin dagegen nicht schwerwiegend, zumal die Produkte mit unlauterer Ausstattung erst seit Kurzem im Angebot seien. Die Gesuchsgegnerin könne die Produkte in dieser Einführungsphase noch ändern, ohne dass die Abnehmer davon etwas merkten. Ein Schaden drohe der Gesuchsgegnerin daher vorerst durch den Erlass von vorsorglichen Massnahmen nicht. Die Anordnung sei für die Gesuchstellerin aber unerlässlich, damit die Gesuchsgegnerin die Zeit nicht dazu nutze, die Nachahmerprodukte weiter und intensiv in Umlauf zu bringen (Gesuch Rz. 103 ff.).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Verhältnismässigkeit der Massnahme. Es sei unverhältnismässig, die Gesuchstellerin (recte: Gesuchsgegnerin) mit ihrem neuen Produkt aus dem Markt auszuschliessen, sie dadurch mit enormen Kostenfolgen zu konfrontieren (Re-Dressing; Produkterückruf) und letztlich damit die marktwirtschaftlich für jedermann erwünschte Produktvielfalt einzuschränken. Dies insbesondere auch angesichts der Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin keine Marken oder eigentliche Unterscheidungsmerkmale der gesuchstellerischen Produkte übernommen habe (Gesuchsantwort Rz. 186 f.).

7.2. Rechtliches

Da vorsorgliche Massnahmen in die Rechtslage der Gegenpartei eingreifen, bevor ein definitiver Entscheid über den behaupteten Anspruch vor-

liegt, müssen sie verhältnismässig sein.⁴⁴ Die Verhältnismässigkeit ist aufgrund einer Interessenabwägung zu beurteilen, wobei die angeordnete Massnahme sachlich und zeitlich nicht weitergehen darf, als zum vorläufigen Schutz des glaubhaft gemachten Anspruchs nötig ist. Sie muss in einem vernünftigen Verhältnis zur Verhinderung des drohenden Nachteils stehen.⁴⁵ Höhere Anforderungen sind an vorsorgliche Massnahmen zu stellen, die auf vorläufige Vollstreckung lauten und einen besonders schweren Eingriff in die Rechte darstellen.⁴⁶

7.3. Würdigung

Es wurde glaubhaft gemacht, dass sich die Gesuchsgegnerin mit ihrer Ausstattung des Produkts "allvita Immunoforte" unnötig an die Ausstattung von "Echinaforce forte" anlehnt. Das Interesse der Gesuchstellerin, der Gesuchsgegnerin dieses unlautere Verhalten zu verbieten, ist damit ausgewiesen. Um die zuvor unter E. 5.3 erwähnten Nachteile zu verhindern, ist es erforderlich und verhältnismässig, der Gesuchsgegnerin zu verbieten, Nahrungsergänzungsmittel in der im Rechtsbegehren Ziff. 1 dargestellten Ausstattung herzustellen, zu bewerben, anzubieten, zu verkaufen, zu vertreiben oder sonst wie in Verkehr zu bringen bzw. an solchen Handlungen mitzuwirken oder solche Handlungen zu veranlassen. Der mit einem vorsorglichen Verbot verbundene Eingriff in die Rechte der Gesuchsgegnerin beschränkt sich auf das Notwendige und behindert sie nicht übermässig. Ihr ist es weiterhin möglich, ihr Präparat unter Verwendung einer lauterkeitsrechtlich zulässigen Ausstattung auf dem Markt anzubieten. Die Gesuchsgegnerin gibt selbst an, sie habe das Produkt erst vor Kurzem lanciert und dieses sei aktuell dabei, sich auf dem Markt zu etablieren (Gesuchantwort Rz. 181). Eine Anpassung der Produktausstattung ist für die Gesuchsgegnerin daher mit weniger weitreichenden Nachteilen verbunden, als der Gesuchstellerin bei Abweisung des Gesuchs erwachsen würden. Insgesamt erweist sich die Massnahme als verhältnismässig.

8. Zwischenergebnis

Dem Gesagten zufolge sind sämtliche Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt. Ausgangsgemäss ist Rechtsbegehren Ziff. 1 des Gesuchs vom 17. August 2021 gutzuheissen.

9. Direkte Vollstreckung

9.1. Antrag und Parteibehauptungen

Die Gesuchstellerin beantragt, dass neben dem Verbot bereits Vollstreckungsmassnahmen angeordnet werden sollen, nämlich eine Ordnungsbusse von bis zu F. 1'000.00 pro Tag, mindestens aber Fr. 5'000.00, sowie

⁴⁴ HUBER (Fn. 19) **Fehler! Textmarke nicht definiert.**, Art. 261 N. 23; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 19), Art. 261 N. 10 und 112 f.

⁴⁵ BSK ZPO-Sprecher (Fn. 19), Art. 262 N. 47; HUBER (Fn. 19), Art. 261 N. 23 m.w.N.

⁴⁶ ZÜRCHER (Fn. 19), Art. 261 N. 28; SHK ZPO-TREIS (Fn. 37), Art. 261 N. 19.

die Strafandrohung der Organe nach Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall.

Die Gesuchsgegnerin äussert sich nicht zu den Vollstreckungsmassnahmen.

9.2. Rechtliches

Das Gericht, das eine vorsorgliche Massnahme anordnet, trifft auch die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen (Art. 267 ZPO).⁴⁷ Art. 343 Abs. 1 ZPO enthält eine abschliessende Aufzählung der möglichen Vollstreckungsmassnahmen. Darunter fallen insbesondere die Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB (lit. a), eine Ordnungsbusse bis zu Fr. 5'000.00 (lit. b) sowie eine Ordnungsbusse bis zu Fr. 1'000.00 für jeden Tag der Nichterfüllung (lit. c). Bei der Wahl der Vollstreckungsmassnahme ist die zur Durchsetzung wirksamste Anordnung zu wählen, wobei dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen ist.⁴⁸ Sind keine Tatsachen erkennbar, welche die Vollstreckungsanträge als unverhältnismässig erscheinen lassen, hat sich das Gericht an diesen zu orientieren. Sofern sich die Gegenpartei nicht zu den Vollstreckungsmassnahmen äussert, läuft dies im Ergebnis darauf hinaus, dass das Gericht von den beantragten Vollstreckungsmassnahmen nur dann abweichen wird, wenn die Unverhältnismässigkeit offensichtlich ist.⁴⁹ Verschiedene Massnahmen können miteinander kombiniert werden.⁵⁰ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Ordnungsbussen gemäss Bundesgericht anhand des "objektiven Ausmasses der Zuwiderhandlung" auszufällen sind.⁵¹ Die Androhung von Ordnungsbussen sollte daher stets den gesetzlich vorgesehen Zusatz "bis zu" enthalten oder es ist auf die Nennung eines konkreten Betrages gänzlich zu verzichten.⁵²

9.3. Würdigung

Die angebehrten Vollstreckungsmassnahmen und deren Kombination erscheinen nicht offensichtlich unverhältnismässig. Die Androhung der Ordnungsbussen hat allerdings jeweils mit dem Zusatz "bis zu" zu erfolgen. Zur Durchsetzung des vorsorglichen Unterlassungsverbots sind deshalb der Gesuchsgegnerin im Fall der Widerhandlung eine Ordnungsbusse von bis zu Fr. 1'000.00 pro Tag der Nichterfüllung (Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO), eine Ordnungsbusse von bis zu Fr. 5'000.00 (Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO) sowie der Bestrafung der verantwortlichen Organe nach Art. 292 StGB (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) anzudrohen.

⁴⁷ SCHNEUWLY/VETTER, Die Realvollstreckung handelsgerichtlicher Entscheide, in: Jusletter 5. September 2016, Rz. 17.
⁴⁸ STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 343 N. 14.
⁴⁹ SCHNEUWLY/VETTER (Fn. 47), Rz. 29.
⁵⁰ STAEHELIN (Fn. 48), Art. 343 N. 15.
⁵¹ BGE 142 III 587 E. 6.2.
⁵² SCHNEUWLY/VETTER (Fn. 47), Rz. 29.

10. Prosequierung

Ist die Klage in der Hauptsache noch nicht rechtshängig, ist der gesuchstellenden Partei nach Art. 263 ZPO eine Frist zur Einreichung der Klage anzusetzen mit der Androhung, die angeordnete Massnahme falle bei ungenutztem Ablauf der Frist ohne weiteres und ersatzlos dahin. Die Prosequierungsfrist beträgt nach handelsgerichtlicher Praxis bei Fällen der vorliegenden Grösse rund drei Monate, d.h. bis am 17. Januar 2022.

11. Prozesskosten

11.1. Verlegung

Abschliessend sind die Kosten entsprechend dem Verfahrensausgang zu verlegen. Die Kosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Sie sind ausgangsgemäss von der Gesuchsgegnerin zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

11.2. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten bestehen vorliegend einzig aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO), welche sich nach § 8 VKD bemisst. Sie wird in Berücksichtigung des verursachten gerichtlichen Aufwands und angesichts von Schwierigkeit und Umfang der Streitigkeit auf Fr. 5'000.00 festgesetzt und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin den Betrag von Fr. 5'000.00 direkt zu ersetzen.

11.3. Parteientschädigung

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Als Ausgangspunkt für deren Berechnung dient der Streitwert (§ 3 f. AnwT [SAR 291.150]), der vorliegend auf Fr. 100'000.00 zu liegen kommt (vgl. zuvor E. 1.1.2). Bei diesem Streitwert beträgt die Grundentschädigung Fr. 12'930.00 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 6 AnwT). Damit sind insbesondere eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (vgl. § 6 Abs. 1 AnwT). Nach einem Abzug von praxisgemäss 20 % wegen der nicht durchgeführten Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT) und einem Zuschlag für die zusätzliche Eingabe vom 17. September 2021 von 5 % resultiert ein Betrag von Fr. 10'990.50. Zu beachten ist weiter der Summarabzug nach § 3 Abs. 2 AnwT, welcher vorliegend auf 50 % festgesetzt wird. Hinzuzurechnen ist eine Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 %, womit sich die Parteientschädigung auf gerundet Fr. 5'660.10 erhöht. Diesen Betrag hat die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin zu bezahlen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

11.4. Vorbehalt

Eine abweichende Kostenverteilung in einem allfälligen Hauptprozess ist für den Fall vorzubehalten, dass dieser vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau durchgeführt würde.

Der Präsident erkennt:

1.

1.1.

In **Gutheissung** des Gesuchs vom 17. August 2021 wird der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe im Widerhandlungsfall nach Art. 292 StGB und einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 5'000.00 sowie einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 1'000.00 für jeden Tag der Nichterfüllung mit sofortiger Wirkung vorsorglich verboten, Nahrungsergänzungsmittel (Immunstimulanzien) in der folgenden Ausstattung herzustellen, zu bewerben, anzubieten, zu verkaufen, zu vertreiben oder sonst wie in Verkehr zu bringen bzw. an solchen Handlungen mitzuwirken oder solche Handlungen zu veranlassen:



d.h. Ausstattungen, deren Vorderseite wie folgt gestaltet ist:

- Aufteilung in eine grüne Fläche, welche im unterem Bereich der Vorderseite angeordnet ist, und eine weisse Fläche, welche im oberen Bereich der Vorderseite angeordnet ist,
- eine zwischen der grünen Fläche und der weissen Fläche verlaufende Trennlinie

dadurch gekennzeichnet, dass

- die Trennlinie bogenförmig (und nach oben gewölbt) von links unten nach rechts oben verläuft; und
- mittig auf der grünen Fläche eine Abbildung eines Purpur-Sonnenhuts mit fallenden Blütenblättern abgebildet ist.

1.2.

Art. 292 StGB lautet:

" Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

2.

Der Gesuchstellerin wird Frist bis zum **17. Januar 2022** angesetzt, um Klage im ordentlichen Verfahren anzuheben. Im Säumnisfall fällt die in vorstehender Dispositiv-Ziff. 1.1 angeordnete vorsorgliche Massnahme dahin.

3.

3.1.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.00 werden der Gesuchsgegnerin auferlegt. Sie werden mit dem von der Gesuchstellerin bezahlten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin den Betrag von Fr. 5'000.00 direkt zu ersetzen.

3.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in der richterlich festgesetzten Höhe von Fr. 5'660.10 zu bezahlen.

3.3.

Eine abweichende Verteilung der Gerichts- und Parteikosten des Massnahmenverfahrens in einem allfälligen Hauptprozess bleibt für den Fall vorbehalten, dass dieser vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau durchgeführt wird.

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin (Vertreter; zweifach mit Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 28. September 2021)
- die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach)

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form

darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte (Art. 98 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 12. Oktober 2021

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dubs

Ruff
(i.V. Näf)

