



Fall-Nr.: HG.2008.104
Stelle: Kantonsgericht
Rubrik: Handelsgericht
Publikationsdatum: 06.01.2009
Entscheiddatum: 06.01.2009

Entscheid Handelsgericht, 06.01.2009

Art. 2, Art 3 lit. d und 5 lit. c UWG (SR 241). Da Fixierungen insbesondere für Schläuche von der Gesuchsgegnerin nicht mittels technischer Reproduktionsverfahren und ohne angemessenen Aufwand übernommen worden sind und dies technisch auch nicht möglich ist, liegt keine Verwertung fremder Leistung vor. Auch eine Verwechslungsgefahr besteht nicht (Handelsgerichtspräsident, 6. Januar 2009, HG.2008.104).

Erwägungen:

I.

1. In der Spitalmedizin müssen nicht selten Schläuche und Leitungen am Patienten fixiert werden. Die Gesuchstellerin entwickelt, produziert und vertreibt unter der Marke "Secutape" (www.secutape.ch [neues Fenster](#)) entsprechende Fixierungen in verschiedenen Ausführungen, die wie ein Heftpflaster auf die Haut geklebt werden. An diesen können die Schläuche und Leitungen mittels Klettverschlusses befestigt werden. Die Gesuchsgegnerin vertreibt ebenfalls solche Fixierungen. Sie betreibt eine Website unter www.epomed.com [neues Fenster](#), wo sie unter anderem ihre Produkte bewirbt.

2. Mit Eingabe vom 24. Juli 2008 ersuchte die Gesuchstellerin um Erlass einer dringlichen Anordnung gegen die Gesuchsgegnerin mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren. Sie wirft der Gesuchsgegnerin vor, ab Ende Juni 2008 planmässig Produkte der Gesuchstellerin abgekupfert und weite Teile ihres Internet-Auftrittes



übernommen zu haben, weshalb ein Reputations- und Marktverwirrungsschaden drohe.

3. Mit Entscheid vom 29. Juli 2008 wies der Vizepräsident des Handelsgerichts das Begehren um Erlass einer dringlichen Anordnung ab und belies die Kosten bei der Hauptsache. In der Folge liess sich die Gesuchsgegnerin am 21. August 2008 zum Gesuch vernehmen.

4. An der mündlichen Verhandlung vom 22. Oktober 2008 hielt die Gesuchstellerin an ihren Rechtsbegehren gemäss Gesuch fest, reichte neue Akten ein und brachte insbesondere vor, die Gesuchsgegnerin händige insbesondere in wettbewerbswidriger Weise Schweizer Kunden der Gesuchstellerin Produktmuster aus, die mit den Produktmustern der Gesuchstellerin fast vollständig identisch seien. Die Gesuchsgegnerin beantragte die kostenfällige Abweisung des Gesuchs und wies insbesondere darauf hin, bei den neu eingereichten Produktmustern handle es sich um allererste, an Spitäler abgegebene Musterserien, wogegen die verkauften Produkte denjenigen entsprechen würden, die mit dem Gesuch eingereicht worden sind.

Im Anschluss an die Verhandlung vom 22. Oktober 2008 schlossen die Parteien folgenden Teilvergleich:

1. Die Gesuchsgegnerin verpflichtet sich, das Fixierungsprinzip nicht als "epoMed-Prinzip" zu bezeichnen oder durch andere Aussagen den Eindruck zu erwecken, dass sie das Fixierungsprinzip erfunden habe.
2. Die Gesuchsgegnerin verpflichtet sich, keine von der Gesuchstellerin erstellten Textpassagen, Grafiken und Fotografien auf ihrer eigenen Website und ihren weiteren Unterlagen und Werbemitteln zu veröffentlichen.
3. Die Gesuchsgegnerin verpflichtet sich, die letzten vier Ziffern der Produktnummern der Gesuchstellerin nicht für ihre eigenen Produkte zu verwenden. In Bezug auf die unentgeltlich abgegebenen Muster besteht eine Aufbrauchsfrist bis spätestens Samstag, 15. November 2008. Die Muster werden während der Aufbrauchsfrist nur mit einem Aufkleber "Muster" und dem Hinweis auf die neue Artikelnummer abgegeben.



St.Galler Gerichte

4. Die Gesuchsgegnerin legt der Gesuchstellerin bis Freitag, 14. November 2008, Vorschläge für Anpassungen der Produktformen gemäss Beilagen 1–4 des Rechtsbegehrens der Gesuchstellerin vor.

5. Die Parteien bemühen sich, bis Freitag, 14. November 2008, betreffend das Schreiben der Gesuchstellerin an die Kunden vom 8. Oktober 2008 eine Gesamtlösung (inklusive Anpassungen gemäss Ziffer 4) zu finden. Bis zum 14. November 2008 wird die Gesuchstellerin keine weiteren solchen Schreiben an Kunden in der Schweiz versenden.

Die Parteien konnten sich in der Folge nicht auf einen Gesamtvergleich einigen.

II.

1. Die örtliche Zuständigkeit der st. gallischen Gerichte ist unstreitig gegeben (Art. 25 i.V.m. Art. 33 GestG, ferner Art. 10 GestG). Die Gesuchstellerin geht von einem Streitwert von Fr. 100'000.– aus, was die Gesuchsgegnerin bestreitet. Gemäss den Vorbringen der Gesuchstellerin an Schranken beliefen sich ihre Umsätze im Jahre 2007 auf Fr. 731'938.25. Bei den von ihr eingereichten Unterlagen (kläg. act. 29, 30) handelt es sich um Aufschriebe der Gesuchstellerin, denen - etwa im Gegensatz einer Jahresrechnung - kein Beweiswert zukommt. Für das Interesse der Gesuchstellerin wäre im Übrigen nicht der Umsatz sondern der Gewinn entscheidend. Nachdem vorliegend von einem nicht unerheblichen Interesse auszugehen ist, ist der Streitwert auf mindestens Fr. 50'000.– festzusetzen (Art. 75 Abs. 2 ZPO, vgl. Lucas David, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, SIWR I/2, 2.A., 30; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 4h zu Art. 75 ZPO). Damit ist der Handelsgerichtspräsident sachlich zuständig (Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. d ZPO, Art. 13 UWG und V über die Streitwertgrenze in Verfahren des Konsumentenschutzes und des unlauteren Wettbewerbs vom 7. März 2003, SR 944.8).

2. Gemäss Art. 14 UWG i.V.m. Art. 28c – 28f ZGB können vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass sie in ihren Wettbewerbsrechten verletzt wird oder eine solche Verletzung befürchten muss und



dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Die Parteien haben also ihre Behauptungen nicht strikt zu beweisen, sondern bloss glaubhaft zu machen. Es sind dem Richter objektive Anhaltspunkte zu liefern, nach denen eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für den vorgebrachten Sachverhalt spricht, ohne dass ausgeschlossen werden kann, dass sich die Verhältnisse anders gestalten könnten (statt aller: BGE 130 III 321 E. 3.3). Diese Grundsätze gelten für die Sachvorbringen beider Parteien (David, SIWR I/2, 189).

3. Rechtsbegehren 1.1

a) Die Gesuchstellerin verlangt in ihrem Rechtsbegehren 1.1 im Ergebnis ein umfassendes Vermarktungsverbot für vier namentlich bezeichnete Fixierungen. Sie macht geltend, dass sie die Fixierungen vor langer Zeit entwickelt habe und dass die Gesuchsgegnerin erst vor kurzem in das Geschäft eingestiegen sei (vgl. kläg. act. 3; bekl. act. 19). Die Produkte der Gesuchsgegnerin sind gleich konstruiert wie jene der Gesuchstellerin, mit minimalen Unterschieden in Form und Grösse (vgl. Beilagen zu bekl. act. 7-14, kläg. act. 50-53). Allerdings weichen die Materialien leicht voneinander ab; insbesondere verwendet die Gesuchstellerin ein anderes Vlies, das auf die Haut geklebt wird. Die Gesuchsgegnerin legt zudem dar, dass sie die Produkte der Gesuchstellerin im Hinblick auf den verwendeten Klebstoff weiterentwickelt habe (vgl. bekl. act. 15, S. 2). Dies wurde von der Gesuchstellerin an Schranken mit dem Hinweis bestritten, dass es sich bei dem von dieser verwendeten Klebstoff um ein handelsübliches Hydrocolloid "Pharmacoll" der Firma P. in A. handle (kläg. act. 52, 62-65). Die Abdeckungen der Klebeflächen schliesslich sind auf den Produkten der Gesuchstellerin fortlaufend mit dem "SECUTAPE"-Logo bedruckt, jene der Gesuchsgegnerin mit dem "epoMED"-Logo. Damit ist glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin die Produkte der Gesuchstellerin nachgeschaffen, teilweise punktuell verändert und allenfalls auch weiterentwickelt hat.

b) Nach ständiger Rechtsprechung dürfen Leistungen, die als solche keinen Immaterialgüterschutz geniessen, von jedermann genutzt werden: Es besteht grundsätzlich Nachahmungsfreiheit und es bedarf besonderer lauterkeitsrechtlicher Umstände, damit eine Nachahmung unlauter ist. Diese können sich entweder aus



einem der Spezialtatbestände (Art. 3-8 UWG) oder aus der Generalklausel (Art. 2 UWG) ergeben (BGE 131 III 384 E. 5.1 m.w.H.).

c) Die Gesuchstellerin beruft sich unter anderem auf Art. 5 lit. c UWG. Danach handelt unlauter, wer das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet. Diese Einschränkung der Nachahmungsfreiheit wird dadurch gerechtfertigt, dass unter den restriktiven Voraussetzungen, die sie aufstellt, der Übernehmer das Arbeitsergebnis zu sehr viel tieferen Kosten herstellen kann als der Hersteller (Baudenbacher/Glückner, UWG-Kommentar, Basel etc. 2001, N 47 zu Art. 5 UWG). Typische Beispiele sind das Scannen und Fotokopieren von Dokumenten, das Nachgiessen und Nachfräsen von Warenformen oder das Kopieren elektronischer Daten (vgl. Baudenbacher/Glückner, N 49 zu Art. 5 UWG; David/Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4.A., Bern 2005, Rn. 380, je m.w.H.). Die Gesuchstellerin behauptet nicht, dass die Gesuchsgegnerin die von ihr entwickelten Fixierungen mittels technischer Reproduktionsverfahren und ohne angemessenen Aufwand übernommen hat, soweit dies technisch überhaupt möglich ist. Deshalb kann die Gesuchstellerin ihren Verbotsanspruch nicht auf Art. 5 lit. c UWG abstützen.

d) Die Gesuchstellerin beruft sich weiter auf Art. 3 lit. d UWG. Danach handelt unlauter, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen. Die Verwechslungsgefahr beurteilt sich nach dem Gesamteindruck, den ein Produkt oder ein Werbeauftritt im Erinnerungsbild eines typischen Letztabnehmers hinterlässt (David/Jacobs, a.a.O., Rn. 224; Baudenbacher/Caspers, N 51 und 60 zu Art. 3 lit. d UWG m.w.H.). Seitens der Letztabnehmer ist das Unterscheidungsvermögen der angesprochenen Verkehrskreise massgebend, darunter die Aufmerksamkeit, die beim Einkauf der Waren gewöhnlich angewendet wird; professionelle Einkäufer gelten dabei als aufmerksamer als das breite Publikum (Baudenbacher/Caspers, N 96 f. zu Art. 3 lit. d UWG m.w.H.).

Die umstrittenen Fixierungen werden überwiegend von Spitälern gekauft. Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin ist aber nicht das medizinische Personal, das die Produkte oft unter Zeitdruck anwendet, der massgebliche Letztabnehmer, sondern



jene Personen, die - allenfalls gestützt auf Anträge des medizinischen Personals - im Spital den Kaufentscheid fällen. Es ist davon auszugehen, dass diese Personen den Markt und die verschiedenen Hersteller kennen, bei ihrer Arbeit eine hohe Aufmerksamkeit walten lassen und den Kaufentscheid nach Prüfung der Produkte insbesondere betreffend Tauglichkeit und Kosten fällen.

Da die fraglichen Fixierungen aus Hygienegründen nur verpackt gehandelt werden, beurteilt sich die Verwechslungsgefahr anhand des Gesamteindrucks, den das verpackte Produkt erweckt. Die Fixierungen der Gesuchstellerin sind in Zellophanbeutel verpackt, in die ein weisser oder blauer Zettel geschoben ist. Auf dessen einer Seite sind die Produkt- und Herstellerangaben aufgedruckt, auf der anderen Seite eine Gebrauchsanleitung. Die Fixierungen der Gesuchsgegnerin hingegen sind in deutlich grössere Beutel verpackt, deren Rückseite aus Papier und die Vorderseite aus einer Klarsichtfolie besteht. In die Verpackung ist ein weisser Zettel geschoben, der analoge Angaben enthält wie die Beipackzettel der Produkte der Gesuchstellerin, aber unterschiedlich gestaltet ist. Vor allem aber tragen die Produkte der Gesuchstellerin den Schriftzug "SECUTAPE" in einem Oval, jene der Gesuchsgegnerin den Schriftzug "epoMED", in dessen Mitte sich ein Äskulapstab befindet. In ihrem Gesamteindruck unterscheiden sich die Verpackungen so stark, dass eine Gefahr von Fehlzurechnungen durch die professionellen Einkäufer praktisch ausgeschlossen scheint. Die gleichen Überlegungen gelten auch die für die von der Gesuchstellerin an Schranken eingereichten Fixierungen der Gesuchsgegnerin, bei welchen die Zellophanbeutel ein weitgehend gleiches Format wie diejenigen der Gesuchstellerin aufweisen (kläg. act. 31-45). Die Gesuchsgegnerin hielt fest, dabei handle es sich um allererste Musterserien, die den Spitälern, als Muster gekennzeichnet, unentgeltlich abgegeben worden seien. Aufgrund dieser nicht von vorne herein unglaubwürdigen Angaben der Gesuchsgegnerin hat die Gesuchstellerin nicht hinreichend glaubhaft gemacht, dass die Gesuchsgegnerin Fixierungen mit den gleich grossen Beuteln vertreibt. Insgesamt kann somit die Gesuchstellerin ihren Verbotsanspruch auch nicht auf Art. 3 lit. d UWG abstützen.

e) Weiter ist eine Verletzung der Generalklausel von Art. 2 UWG zu prüfen. Nach der Rechtsprechung können Nachahmungen ausnahmsweise Art. 2 UWG verletzen, wenn der Nachahmer den Ruf des Konkurrenten systematisch, raffiniert oder in



schmarotzerischer Weise ausbeutet oder wenn ohne Beeinträchtigung des Gebrauchszwecks einer Warenform eine andere Gestaltung möglich und zumutbar wäre (BGE 131 III 384 E. 5.3 – Immobilien-Inserate; 116 II 365 E. 3b – Nivea, je m.w.H.). Es lassen sich dabei zwei Fallgruppen unterscheiden: erstens die Schaffung einer Verwechslungsgefahr, soweit sie nicht unter Art. 3 lit. d UWG fällt (siehe z.B. 108 II 69 E. 2c – Rubik-Würfel, 116 II 365 E. 4 – Nivea, 108 II 327 E. 5 – Lego v. Suchard), und zweitens die sogenannte verdeckte Rufausbeutung (Baudenbacher, N 242 und 245 zu Art. 2 UWG, N 76 zu Art. 3 lit. e UWG m.w.H.; BGE 113 II 190 E. 2b – Corbusier-Möbel). Eine Verwechslungsgefahr mit den Produkten oder dem Betrieb der Gesuchstellerin besteht vorliegend nicht (siehe soeben Erwägung 3d). Zu prüfen ist aber, ob eine verdeckte Rufausbeutung vorliegt.

Merkmal einer verdeckten Rufausbeutung ist der Umstand, dass der Verletzer seine Produkte unmittelbar von den Vorstellungen des Publikums über das bezuggenommene Produkt profitieren lässt, also einen Image-Transfer zu seinen Produkten anstrebt (Baudenbacher, N 239 f. zu Art. 2 UWG, N 87 und 108 zu Art. 3 lit. e UWG). Eine verdeckte Rufausbeutung liegt daher vor, wenn ein Konkurrent die Gestaltung eines fremden Produkts übernimmt und dieses planmässig an dessen Merkmale annähert, um von dessen gutem Ruf zu profitieren (Baudenbacher, N 240 f. zu Art. 2 UWG m.w.H.). Eine Anlehnung ist aber nur rechtswidrig, wenn sie unnötig ist und die Markttransparenz beeinträchtigt statt fördert (Baudenbacher, N 243 zu Art. 2 UWG, N 96-99 zu Art. 3 lit. e UWG). Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Nachahmung eines Produktes grundsätzlich erlaubt ist. Dass damit ein gewisses Mass an Anlehnung einhergeht und der Nachahmer aus der Innovation anderer einen Vorteil zieht, liegt in der Natur der Sache und macht die Nachahmung nicht schon unlauter (sic! 1999, 581-589, E. F/e/cc – Rivella/Apiella II; sic! 2001, 658-668, E. XVI.4.2 – Schmiermittel II). Deshalb dürfen Produkte, deren Form technisch bedingt ist, die aber keinen Patentschutz geniessen, sogar sklavisch nachgeahmt werden (BGE 93 II 272 E. 6 – Kuttelreinigungsmaschine). Ein Wettbewerbsteilnehmer darf auch nicht über den Umweg des Lauterkeitsrechts die Vorteile eines Immaterialgüterschutzes erlangen, ohne die oft strengen Schutzvoraussetzungen der Immaterialgüterrechte erfüllen zu müssen (sic! 2001, 658-668, E. XVI.4.2 – Schmiermittel II). Ansonsten wäre zum Beispiel die Herstellung und der Vertrieb von Medikamenten-Generika bald einmal unlauter, selbst wenn damit keine Herkunftstäuschung verbunden ist. Aus diesen



Gründen darf eine Rufausbeutung nur in krassen Fällen angenommen werden (sic! 1999, 581-589, E. F/e/cc – Rivella/Apiella II).

Weil die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin den Vertrieb ihrer Produkte an sich untersagen will, sind für die Beurteilung, ob eine verdeckte Rufausbeutung vorliegt, nur die Produkte massgebend, nicht aber die Werbung der Gesuchsgegnerin.

Die Produkte der Gesuchstellerin haben glaubhaft einen guten Ruf. Die Gesuchstellerin hält deren Nachahmung für unlauter, weil ihre Form charakteristisch und nicht ausschliesslich technisch bedingt sei. Ob dies zutrifft, kann offen bleiben: Ist die Form der Produkte nämlich technisch bedingt, dürfen sie auch sklavisch nachgearbeitet werden; ist die Form jedoch nicht technisch bedingt, kann sie, sofern sie neu und eigenartig ist, als Design registriert werden (Art. 2 DesG). Eine Auslegung von Art. 2 UWG, gemäss welcher die Produkte der Gesuchstellerin, die weder Patent- noch Designschutz geniessen, vor Nachahmungen geschützt wären, würde daher der gesetzlichen Wertung des Patent- und Designrechts zuwiderlaufen. Geht man zudem davon aus, dass die Hersteller von Fixierungen einen gewissen Spielraum bei der Wahl der Ausstattung ihrer Produkte haben, wären die Möglichkeiten einer sinnvollen Formgebung bald einmal ausgereizt, wenn jeder Hersteller gegenüber den Konkurrenzprodukten einen gebührenden Gestaltungsabstand einhalten müsste. Die Hersteller müssten dann auf ausgefallene Formen ausweichen, die in der Verwendung weniger praktisch sind. Dies ist ihnen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht zuzumuten (vgl. BGE 93 II 272 E. 6 – Kuttelreinigungsmaschine). Daher liegt keine Verletzung von Art. 2 UWG vor, die ein Vermarktungsverbot für die streitigen Fixierungen rechtfertigen könnte.

f) Nach dem Gesagten sind die Rechtsbegehren 1.1 – 1.1.4 abzuweisen, ohne dass eine Nachteilsprognose anzustellen ist.

4. Rechtsbegehren 1.2

a) Die Gesuchstellerin verlangt in ihrem Rechtsbegehren 1.2 (Ingress) unter anderem, es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, den Inhalt ihrer Website nachzuahmen. Ein Rechtsbegehren muss so formuliert sein, dass es bei Gutheissung zum Dispositiv



gemacht und ohne weiteres vollstreckt werden könnte (Art. 65 Abs. 1 ZPO, Leuenberger/Uffer-Tobler, N 2 zu Art. 65 ZPO). Das verlangte Verbot, den Inhalt der Website nachzuahmen, könnte nicht ohne eine rechtliche Prüfung, ob eine Nachahmung vorliegt, vollstreckt werden und ist deshalb, da zu unbestimmt, abzuweisen (vgl. Gerichtskreis Bern-Laupen, 14. November 2001, sic! 2001, 258-262, E. 7 – Werbekonzept).

b/aa) Die Gesuchstellerin verlangt in ihrem Rechtsbegehren 1.2 (Ingress) auch, es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, den Inhalt ihrer Website zu kopieren. Die Gesuchsgegnerin hat offensichtlich Inhalte von der Website der Gesuchstellerin direkt auf ihre eigene Website kopiert (vgl. kläg. act. 12, 19-20, 23-24). Unklare Rechtsbegehren sind anhand aller Vorbringen einer Partei nach Treu und Glauben auszulegen (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 7 zu Art. 65 ZPO). Die Gesuchstellerin möchte der Gesuchsgegnerin offensichtlich nicht generell verbieten, den Inhalt ihrer Website zu kopieren – worunter zum Beispiel auch das Abspeichern auf einem Computer fiele –, sondern sie will verhindern, dass die Gesuchsgegnerin wie bis anhin Inhalte der Website der Gesuchstellerin auf ihrer eigenen Website veröffentlicht. In diesem Sinne ist das Rechtsbegehren einschränkend auszulegen.

bb) Die Gesuchsgegnerin führt in ihrer Gesuchsantwort aus, sie habe eine Grafik (jene in kläg. act. 12) sowie vereinzelte Fotos, die mit Abbildungen auf der Website der Gesuchstellerin identisch waren, von ihrer Website entfernen lassen, und reichte einen Ausdruck des Inhalts ihrer Website mit Stand vom 21. August 2008 ein (bekl. act. 16). Damit hat sie das Rechtsbegehren 1.2 teilweise anerkannt, was bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen sein wird. Der eingereichte Ausdruck enthält indes nicht alle Seiten, bezüglich derer die Gesuchstellerin eine Verletzung ihrer Rechte geltend macht – es fehlen insbesondere die Kurzbeschriebe der Anwendung der Fixierungen (vgl. kläg. act. 14, 18, 20, 25) und die Merkblätter mit den Anwendungshinweisen (vgl. kläg. act. 17, 20, 22, 24). In Ziff. 2 des Vergleichs vom 22. Oktober 2008 hat sich die Gesuchsgegnerin nunmehr verpflichtet, keine von der Gesuchstellerin erstellten Textpassagen, Grafiken und Fotografien auf ihrer eigenen Website und ihren weiteren Unterlagen und Werbemitteln zu veröffentlichen. Aufgrund dieser Anerkennung besteht kein Raum für die Anwendung des Spezialtatbestands von



Art. 5 lit. c UWG. Insoweit ist das Verfahren zufolge Vergleichs als erledigt abzuschreiben (Art. 83 lit. b ZPO).

Damit bleibt auch für eine subsidiäre Anwendung von Art. 2 UWG kein Raum, denn Art. 5 lit. c UWG ist als Spezialtatbestand sehr präzise gefasst und zieht deshalb selbst die Grenze zwischen der lauterer und unlauteren Übernahme von Leistungen anderer (vgl. BGE 133 III 431 E. 4.3).

cc) Soweit das in Rechtsbegehren 1.2 angeführte Verbot über den Regelungsumfang des Vergleichs vom 22. Oktober 2008 hinausgeht, ist schliesslich festzuhalten, dass sich dieses weder auf Art. 3 lit. d UWG noch auf die Fallgruppe unter der Generalklausel von Art. 2 UWG, welche eine Verwechslungsgefahr voraussetzt (siehe vorne Erwägung 3d-e) abstützen lässt: Auf der Website der Gesuchsgegnerin ist das "epoMed"-Logo prominent platziert, und auch in der grafischen Darstellung unterscheidet sich die Website deutlich von jener der Gesuchstellerin (vgl. bekl. act. 2 und 3). Eine Gefahr von Fehlzusammenhängen scheint deshalb ausgeschlossen.

c) Die Gesuchstellerin verlangt in Rechtsbegehren 1.2.1, es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, das Fixierungsprinzip (angeblich "EpoMed Prinzip") zu beschreiben. Das Rechtsbegehren bezieht sich auf eine Seite der Website der Gesuchsgegnerin mit dem Titel "Das EpoMed Prinzip", wo sie die Anwendung und Funktionsweise der Fixierungen werbend (mit Ausrufezeichen) beschreibt. Den Text hat sie – einschliesslich, wie erwähnt, einer grafischen Darstellung – von der Website der Gesuchsgegnerin übernommen und dabei lediglich die Produktbezeichnung geändert (kläg. act. 12). Zwischenzeitlich hat die Gesuchsgegnerin die Grafik entfernt, nicht aber den Text (vgl. bekl. act. 16).

In Ziff. 1 des Vergleichs vom 22. Oktober 2008 verpflichtete sich die Gesuchsgegnerin, das Fixierungsprinzip nicht als "EpoMed-Prinzip" zu bezeichnen oder durch andere Aussagen den Eindruck zu erwecken, dass sie das Fixierungsprinzip erfunden habe. Damit kann die Streitsache betreffend das Rechtsbegehren 1.2.1 zufolge Vergleichs als erledigt abgeschrieben werden (Art. 83 lit. b ZPO).

d) Die Gesuchstellerin verlangt weiter, es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, die vier bezeichneten Fixierungssysteme zu beschreiben (Rechtsbegehren 1.2.2 – 1.2.5).



Die Gesuchsgegnerin hat sich, wie erwähnt, in Ziff. 2 des Vergleichs vom 22. Oktober 2008 verpflichtet, keine von der Gesuchstellerin erstellten Textpassagen, Grafiken und Fotografien auf ihrer eigenen Website und ihren weiteren Unterlagen und Werbemitteln zu veröffentlichen. Im Umfang des geschlossenen Vergleichs kann die Streitsache betreffend die Rechtsbegehren 1.2.2 – 1.2.5 zufolge Vergleichs als erledigt abgeschrieben werden. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin glaubhaft auf Grundlage von grafischen Anleitungen und Fotografien, die sie auf der Website der Gesuchstellerin fand, Zeichnungen hat erstellen lassen, die sie dann auf ihrer Website veröffentlichte (vgl. kläg. act. 13-25, bekl. act. 17). Diese Übernahme "von Hand" stellt kein technisches Reproduktionsverfahren dar und ist damit weder nach Art. 5 lit. c noch Art. 2 UWG unlauter.

Die Beschreibung der Fixierungssysteme durch die Gesuchsgegnerin ist unter Art. 1 UWG auch nicht als verdeckte Rufausbeutung zu qualifizieren (dazu vorne Erwägung 3e): Produkte, die erlaubterweise nachgeahmt werden, dürfen wie gesagt auch beworben, beschrieben und abgebildet werden. Dass diese Äusserungen ähnlich sind mit jenen der Konkurrentin, liegt in der Natur der Sache und ist unter Art. 2 UWG nicht zu beanstanden. Zudem ist gerade bei unmittelbaren Konkurrenten die ähnliche Aufmachung von Werbematerialien – worunter selbstverständlich auch Produkte-Websites fallen – in aller Regel nicht unlauter (Baudenbacher, N 263 zu Art. 2 UWG). Wären die streitigen Beschreibungen als unlauter zu qualifizieren, so könnte jemand, der Produkte erlaubterweise nachahmt, seine Produkte nicht mehr ohne Verstoß gegen das UWG bewerben, was die Nachahmungsfreiheit von Produkten untergraben würde.

5. Rechtsbegehren 1.3

Die Gesuchstellerin verlangt in ihrem Rechtsbegehren 1.3, es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, die letzten Endziffern der Produktnummern der Gesuchstellerin für ihre eigenen Produkte zu übernehmen. Die Gesuchsgegnerin gab in ihrer Gesuchsantwort bekannt, sie hätte sich entschlossen, die Referenznummern zu wechseln; der Wechsel sei insbesondere auf der Website bereits nachvollzogen worden. Zudem versprach sie, es würden keine Produkte der Gesuchstellerin mit den bisherigen Referenznummern mehr in den Verkauf gelangen (Gesuchsantwort, S. 13). Damit hat sich die



Gesuchsgegnerin verbindlich und eindeutig verpflichtet, das beanstandete Verhalten einzustellen, was einer förmlichen Unterlassungserklärung gleichkommt (vgl. BGE 124 III 72 E. 2a). In Ziff. 3 des Vergleichs vom 22. Oktober 2008 hat sich die Gesuchsgegnerin zudem verpflichtet, die letzten vier Ziffern der Produktnummern der Gesuchstellerin nicht für ihre eigenen Produkte zu verwenden. Das Rechtsbegehren 1.3 ist daher zufolge Anerkennung bzw. Vergleichs am Protokoll abzuschreiben (Art. 83 lit. b ZPO).

6. Zusammenfassend sind die Rechtsbegehren 1.1 – 1.1.4, 1.2 (Ingress) und 1.2.2 – 1.2.5 abzuweisen, soweit die Gesuchstellerin sie nicht anerkannt hat. Im Übrigen ist die Streitsache zufolge Vergleichs als erledigt abzuschreiben.