



Mitwirkend: Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, Ersatzober-
richterin Flurina Schorta, Handelsrichterin Anna Menzl und die Han-
delsrichter Daniel Marinello und Erwin Scheidegger sowie die Ge-
richtsschreiberin Azra Hadziabdic

Beschluss und Urteil vom 30. April 2013

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

1. **B._____ AG,**
2. **C._____**,
Beklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **UWG / Marke / Firma**

Rechtsbegehren:

Rechtsbegehren der Klagebegründung (act. 1 S. 2 ff.):

- "1. *Es sei den Beklagten 1 und 2 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB (bei der Beklagten 1 für ihre Organe) zu verbieten,*
 - a) *die Bezeichnung "AA._____" auf Leuchtstoffröhren und anderen Beleuchtungskörpern oder deren Verpackung anzubringen;*
 - b) *unter der Bezeichnung "AA._____" Leuchtstoffröhren und andere Beleuchtungskörper anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu diesem Zweck zu lagern;*
 - c) *das Zeichen "AA._____" auf Geschäftspapieren, in der Werbung oder sonst wie im geschäftlichen Verkehr zu gebrauchen;*

2. *Es sei den Beklagten 1 und 2 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB (bei der Beklagten 1 für ihr Organe) zu verbieten, Waren und Dienstleistungen im Namen der Klägerin anzubieten und/oder gegenüber Kunden mangels Hinweis auf die eigene Identität und Verschiedenheit von der Klägerin sowie von der D.____ den Eindruck zu erwecken, die Beklagte würde Produkte der Klägerin vertreiben oder mit dieser oder der D.____ sonst wie in geschäftlicher Verbindung stehen;*

3. *Es sei die Beklagte 1 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe für ihre Organe gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, auf ihrer Website http://www.BB.____.com folgende Angaben (die beanstandeten Passagen sind unterstrichen) zu entfernen:*
 - a) *"BB.____ - das perfekte Licht für Lebensmittel" (http://www.BB.____.com/...);*

 - b) *"Allein bei den Leuchtstoffröhren stehen bei BB.____ mit dem Namen BBA.____, BBB.____ und BBC.____ drei verschiedene hochwertige Qualitätsprodukte in allen Grössen zur Verfügung, welche für frische und natürliche Warenpräsentation garantieren." (http://www.BB.____.com/...);*

- c) *"Möchten Sie Ihre Backwaren, Ihren Käse oder Ihre gekochten Lebensmittel in einem appetitlichen Licht präsentieren und soll die Haltbarkeit unterstützt werden?" (http://www.BB._____.com/...);*
- d) *"Das Präsentationslicht für Fleisch und Geflügel! Das perfekte und ausgewogene Farbspektrum gibt den Produkten die absolut richtige Lichtmenge ab. Dank der UV-Reduzierung bleiben Fleisch und Fisch länger haltbar und die Frische ist garantiert." (http://www.BB._____.com/...);*
- e) *"Unser Berater beantwortet Ihnen gerne Ihre Fragen und unterstützt Sie bei der Wahl des richtigen Lichts für Ihre Warenpräsentationen im Einsatzbereich unserer BBA.____ ... Produkte." (http://www.BB._____.com/...);*
- f) *"Neben offenen Industry-Leuchten mit entsprechenden Lichtfarben, produzieren wir auch Feuchtraumleuchten (geschlossene Systeme)" (http://www.BB._____.com/...);*
4. *Es sei den Beklagten 1 und 2 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe (für die Beklagte 1 für ihre Organe) gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, die in Rechtsbegehren Ziffer 3 a-f aufgeführten Aussagen oder sinngemäss gleichlautende Aussagen anderweitig im geschäftlichen Verkehr zu machen.*
5. *Es sei den Beklagten 1 und 2 zu verbieten, Beleuchtungsmittel unter der Bezeichnungen "BBA.____", "BBA.____ ..." oder ähnlichen Bezeichnungen auf ihrer Website sowie anderweitig anzubieten und/oder zu verkaufen;*
6. *Es sei die Beklagte 1 zu verpflichten, über den von ihr bisher aus sämtlichen Lieferungen von Beleuchtungsmitteln aller Art an folgende Personen und Unternehmungen erzielten Nettogewinn (Bruttogewinn zuzüglich 5 % Zins abzüglich Aufwendungen) Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen:*
- a) *Kunden in der Schweiz*
- i. *K1.____, ... [Adresse];*
- ii. *K2.____, ... [Adresse];*
- iii. *K3.____, ... [Adresse];*

iv. K4._____, ... [Adresse];

v. K5._____, ... [Adresse];

vi. K6._____, ... [Adresse];

vii. K7._____, ... [Adresse];

viii. K8._____, ... [Adresse];

ix. K9._____, ... [Adresse];

x. K10._____, ... [Adresse].

b) K11._____, ... [Adresse];

c) K12._____, ... [Adresse];

d) K13._____, ... [Adresse];

e) K14._____, ... [Adresse];

f) K15._____, ... [Adresse];

7. *Es sei die Beklagte 1 unter Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, der Klägerin den Nettogewinn gemäss Ziffer 6 hiervoor herauszugeben;*
8. *Eventualiter zu Ziffer 7 seien die Beklagten 1 und 2 unter solidarischer Haftbarkeit und unter Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, der Klägerin den Betrag des Nettogewinns gemäss Ziffer 6 hiervoor als Schadenersatz zu bezahlen;*
9. *Die Anordnungen und Verbote gemäss Ziffern 1 bis 5 seien im Sinne vorsorglicher Massnahmen gemäss § 110 Abs. ZPO zu erlassen;*
10. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 1 und 2."*

Ergänzende Rechtsbegehren der Replik (act. 21 S. 2 f.):

"ER1.1: *Es sei den Beklagten 1 und 2 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB (bei der Beklagten 1 für ihre Organe) zu verbieten, eine Leuchtstoffröhre produzieren zu lassen, anzubieten oder zu verkaufen;*

- a) *deren Farbort auf dem Planck'schen Farbdreieck der heutigen Leuchtstoffröhre "BBA._____ ..." der Beklagten 1 entspricht;*
- b) *deren Farbort weniger als 0.012 Farbpunkte vom Farbort der AAA._____ der Klägerin (wiedergegeben in act. 11/28) entfernt ist;*
- c) *deren Farbort-Vorgaben an den beauftragten Hersteller in irgendeiner Weise auf den Farbort der AAA._____ Bezug nehmen.*

ER1.2 *Die Verbote gemäss ER 1.1 seien im Sinne vorsorglicher Massnahmen gemäss § 110 ZPO zu erlassen.*

ER2: *Es sei festzustellen und durch Urteilspublikation in ... und ... [Tageszeitungen] bekannt zu machen, dass der Beklagte 2 Art. 6 UWG verletzt hat, indem er Geschäftsgeheimnisse der Klägerin unlauter auskundschaftete und für die Konkurrenzfähigkeit der Beklagten 1 nutzbar machte.*

ER3 *Es sei festzustellen und durch Urteilspublikation in ... und ... [Tageszeitungen] bekannt zu machen, dass der Beklagte 2 Art. 3 UWG verletzt hat, indem er nach Aufgabe seiner Tätigkeit als Verkäufer von AA._____ -Produkten Ende Mai 2004 gegenüber Kunden verschwieg, dass sowohl er wie auch die Beklagte 1 nun plötzlich als Konkurrenten der Klägerin agierten."*

Eventualanträge zu ER 1.1 und ER 1.2 der Replik gemäss klägerischer Stellungnahme vom 25. April 2007 (act. 33 S. 2 f.):

"ER1.3: *Eventualiter: Es sei den Beklagten 1 und 2 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB (bei der Beklagten 1 für ihre Organe) zu verbieten,*

a) Leuchtstoffröhren, deren Farbort ER 1.1a - c entspricht und die bei der E._____ GmbH, ... [Adresse], produziert werden, anzubieten oder zu verkaufen;

b) Leuchtstoffröhren, deren Farbort ER 1.1a - c entspricht, unter Verwendung der Bezeichnung "BBA._____ ..." oder "BBA._____" anzubieten oder zu verkaufen.

ER1.4: *Subeventualiter: Es sei den Beklagten 1 und 2 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB (bei der Beklagten 1 für ihre Organe) zu verbieten, Leuchtstoffröhren, deren Farbort ER 1.1.a - c entspricht und die bei der E._____ GmbH, ... [Adresse] produziert werden, unter Verwendung der Bezeichnung "BBA._____ ..." oder "BBA._____" anzubieten oder zu verkaufen.*

ER1.5: *Die Verbote gemäss ER 1.3 und ER 1.4 seien im Sinne von vorsorglichen Massnahmen gemäss § 110 ZPO zu erlassen."*

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Parteien/Sachverhalt

1.1. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in F._____ und bezweckt gemäss Handelsregistereintrag die Entwicklung, Fabrikation und Installation von sowie den Handel mit Leuchtmitteln für die Beleuchtung von Lebensmitteln. Sie ist Inhaberin der Schweizer Wortmarke AA._____, welche auch in zahlreichen weiteren Ländern registriert ist. Ab 2003 wurden die Produkte der Klägerin in der Schweiz, ... und ... [Länder] durch die Einzelfirma D._____ vertrieben; diese beschäftigte ab November 2003 bis Mai 2004 auf dem Schweizer Markt den Beklagten 2 als Verkaufsagenten.

1.2. Die Beklagte 1 ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in G._____; sie bezweckt seit 2005 ebenfalls die Herstellung und den Handel von Leuchten und Leuchtstoffmitteln; der Beklagte 2 ist Mitglied bzw. Delegierter des Verwaltungsrats der Beklagten 1.

1.3. Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin in verschiedener Hinsicht Ansprüche gegen die Beklagten 1 und 2 aus unlauterem Wettbewerb, Marken- und Firmenrechtsverletzungen geltend. Sie beruft sich im Wesentlichen darauf, dass der Beklagte 2 im Rahmen seiner Tätigkeit bei der D._____ Einblick in die Kunden- und Preislisten der Klägerin erhalten habe, mit der Beklagten 1 das Geschäftsmodell kopiert und durch unlautere Verwertung der erworbenen Kenntnisse sowie durch unwahre Angaben über die Klägerin und die eigenen Produkte zahlreiche Vertriebspartner der Klägerin abgeworben habe. Die Website der Beklagten 1 enthalte falsche bzw. jedenfalls irreführende Angaben zu den vertriebenen Produkten, und der Beklagte 2 erwecke beim Verkauf von Produkten der Beklagten 1 gezielt den Anschein, er verkaufe (weiterhin) Produkte der Klägerin. Mit der Bezeichnung "BBA._____" und "BBA._____ ..." lehne er sich zudem in markenrechtswidriger und unlauterer Weise an die klägerische Marke "AA._____" an. Die Beklagten bestreiten die Vorwürfe und beantragen die vollumfängliche Abweisung der Klage.

2. Prozessgeschichte

2.1. Am 31. Januar 2006 reichte die Klägerin die Klageschrift und am 21. März 2006 die Weisung ein (act. 1, 7 und 8). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 5. April 2006 (act. 10) fand am 6. September 2006 eine Referentenaudi-enz/Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher sich die Parteien nicht einig konnten (Prot. I S. 5 ff.). Am 8. September 2006 zog die Klägerin ihr Begehren um vorsorgliche Massnahmen vom 31. Januar 2006 zurück und dieses wurde folglich als erledigt abgeschrieben (act. 13 und 14). Mit Replik vom 22. Januar 2007 ergänzte die Klägerin ihre Rechtsbegehren und beantragte erneut den Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 21). Mit Eingabe vom 12. März 2007 nahmen die Beklagten Stellung zum Begehren um vorsorgliche Massnahmen (act. 25), und am 23. April 2007 reichten sie die Duplik ein (act. 31). Am 25. April 2007 nahm die Klägerin Stellung zu neuen Behauptungen und den neu eingereichten Beilagen der Beklagten im Zusammenhang mit deren Eingabe vom 12. März 2007. Zudem stellte sie Eventualanträge zu ihren Ergänzungsanträgen ER 1.1 und ER 1.2 (act. 33). Zu dieser klägerischen Eingabe nahmen die Beklag-

ten am 11. Juni 2007 wiederum Stellung (act. 37). Mit Beschluss vom 26. Juli 2007 wurde die Klageerweiterung gemäss ER 1.1, ER 1.3 und ER 1.4 sowie die durch die zusätzliche Begründung des Gewinnherausgabe-, eventualiter Schadenersatzanspruchs in der Replik (act. 21) vorgenommene Klageänderung nicht zugelassen. Zudem wurde auf die Begehren um vorsorgliche Massnahmen gemäss ER 1.2 i.V.m ER 1.1 und die entsprechenden Eventualbegehren ER 1.5 i.V.m. ER 1.3 und ER 1.4 nicht eingetreten und der Klägerin Frist angesetzt, um den schriftlichen Nachweis zu erbringen, dass beim Obergericht in Bezug auf die Rechtsbegehren 4 und 8 sowie ER 2 ein Antrag im Sinne von § 65 GVG gestellt wurde (act. 48). Die Klägerin erhob gegen diesen Beschluss Nichtigkeitsbeschwerde ans Kassationsgericht. Mit Eingabe vom 28. September 2007 erbrachte die Klägerin den Nachweis, dass sie den Antrag im Sinne von § 65 GVG beim Obergericht gestellt hatte (act. 55 und 56). Mit Beschluss vom 13. November 2007 bezeichnete das Obergericht das Handelsgericht für die auch gegen den Beklagten 2 gerichteten Klagebegehren 4, 8 und ER 2 als zuständig. Zudem bezeichnete das Obergericht das Handelsgericht auch für die Ergänzungsbegehren ER 1.1, 1.3. und 1.4 als zuständig, soweit sie den Beklagten 2 betreffen und für den Fall, dass die gegen die Nichtzulassung dieser Ergänzungsbegehren erhobene Nichtigkeitsbeschwerde vom Kassationsgericht gutgeheissen werden sollte (act. 57). Mit Zirkulationsbeschluss vom 24. Dezember 2007 wurde die klägerische Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss vom 26. Juli 2007 vom Kassationsgericht abgewiesen, soweit darauf einzutreten war (act. 60). Mit Noveneingabe vom 12. Februar 2008 reichte die Klägerin eine Kopie des Teil-Anerkenntnisurteils des Landgerichtes München I vom 21. Januar 2007 ein (act. 62 und 63), wozu die Beklagten mit Eingabe vom 7. März 2008 Stellung nahmen (act. 64). Diese Stellungnahme wurde der Klägerin am 10. März 2008 zugestellt (Prot. I S. 21).

2.2. Mit Urteil vom 24. Juni 2009 wurde sodann die Klage abgewiesen (act. 65). Die von der Klägerin dagegen erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde hiess das Kassationsgericht mit Zirkulationsbeschluss vom 5. November 2010 gut, hob das Urteil des Handelsgerichts vom 24. Juni 2009 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung ans Handelsgericht zurück (act. 72). Das

Kassationsgericht bejahte eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht im Zusammenhang mit der handelsgerichtlichen Erwägung, die Klägerin habe ihre Vorbringen zu Rechtsbegehren 2 ungenügend substantiiert. Die Aufhebung des Urteils und Rückweisung ans Handelsgericht erfolgten, damit der Klägerin im Sinne der kassationsgerichtlichen Erwägungen genau erklärt werde, welche (vom Handelsgericht als relevant erachteten) Vorbringen ungenügend substantiiert seien, und ihr durch entsprechende Befragung oder durch konkrete schriftliche Substantiierungshinweise Gelegenheit zur Verbesserung gegeben werde (act. 72 S. 24 f.). Das Verfahren wurde daher unter der neuen Geschäftsnummer HG100371 wieder aufgenommen und die Klägerin mit Verfügung vom 19. Mai 2011 zur Substantiierung aufgefordert (act. 74). Am 8. Juli 2011 reichte die Klägerin ihre Substantiierungseingabe ein (act. 77). Mit Eingabe vom 23. August 2011 nahmen die Beklagten dazu Stellung (act. 80). Diese Stellungnahme wurde der Klägerin mit Verfügung vom 24. August 2011 zugestellt (Prot. II S. 4).

2.3. Am 9. Januar 2012 erging der Beweisaufgabebeschluss (act. 83) und am 16. März 2012 der Beweisabnahmebeschluss (act. 91). Nach Eingang der den Parteien auferlegten Barvorschüsse (act. 94-95; 97) wurde zur Beweisverhandlung auf den 2. Oktober 2012 vorgeladen (act. 99); den Parteien wurde sodann Gelegenheit gegeben, den rechtshilfeweise einzuvernehmenden Zeugen H.____, I.____ und J.____ zu stellende Ergänzungsfragen schriftlich zu beantworten (vgl. Prot. II S. 18, 19). An der Beweisverhandlung vom 2. Oktober 2012 wurde der Beklagte 2 persönlich befragt und fanden Einvernahmen von drei Zeugen statt (Prot. II S. 20 ff.). Entgegen dem Antrag der Beklagten, das Beweisverfahren ohne Anhörung der weiteren Zeugen zu schliessen (act. 114), wurde mit Verfügung vom 7. November 2012 die Fortsetzung des Beweisverfahrens verfügt (Prot. II S. 43). Am 12. Dezember 2012 wurde eine weitere Zeugin einvernommen (Prot. II S. 44 ff.). Nach Eingang der Befragungsprotokolle der Rechtshilfeeinvernahmen (act. 107/6, 108/6 und 109/4) nahmen die Parteien zum Beweisergebnis Stellung (act. 129-131) und wurden diese Eingaben je der Gegenpartei zugestellt (Prot. II S. 56). Die Eingaben sind unbeachtlich, soweit sie über eine Stellungnahme zum Ergebnis des Beweisverfahrens hinausgehen. Mit Eingabe vom 21. März 2013 nahmen die Beklagten unaufgefordert Stellung zur klägerischen Stel-

lungnahme zum Beweisergebnis (act. 136). Bezug nehmend auf die Eingabe der Klägerin vom 9. Januar 2013, worin sie dem Gericht mitteilt, ihr Domizil befinde sich neu an der Adresse "... " in F. _____ (act. 124), und unter Hinweis darauf, dass gemäss elektronischem Handelsregisterauszug als Domizil noch immer "... " in F. _____ eingetragen ist, wurde sie am 22. März 2013 zur Klarstellung aufgefordert (Prot. II S. 57). Mit Eingabe vom 22. April 2013 und unter Beilage des entsprechenden Generalversammlungsbeschlusses vom 24. Mai 2012 bestätigte die Klägerin die Domiziländerung (act. 142 und 143). Nachdem die Klägerin mit Verfügung vom 23. April 2013 nochmals darauf hingewiesen wurde, dass der aktuelle Handelsregisterauszug noch immer auf "... " lautet (Prot. II S. 59), und da die Einträge im Handelsregister massgebend sind, wird auf die von der Klägerin gemeldete Domiziländerung nicht abgestellt. Das Verfahren ist spruchreif.

3. Formelles

3.1. Anwendbares Prozessrecht

Am 1. Januar 2011 – mithin nach Anhängigmachung der Klage und nach erfolgter Rückweisung des Verfahrens durch das Kassationsgericht – trat die schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) in Kraft. Gemäss Art. 404 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits rechtshängig waren, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für das vorliegende Verfahren hat dies zur Folge, dass es nach der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH; Ordnungs-Nr. 271) und dem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG; Ordnungs-Nr. 211.1) fortzuführen ist.

3.2. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Handelsgerichts ist unverändert gegeben und unbestritten (vgl. auch act. 57).

3.3. Klageumfang

Wie eingangs dargelegt wurde mit Beschluss vom 26. Juli 2007 die Klageerweiterung gemäss ER 1.1, ER 1.3 und ER 1.4 sowie die durch die zusätzliche Begründung des Gewinnherausgabe-, eventualiter Schadenersatzanspruchs in der Replik (act. 21) vorgenommene Klageänderung nicht zugelassen. Zudem wurde auf die Begehren um vorsorgliche Massnahmen gemäss ER 1.2 in Verbindung mit ER 1.1 und die entsprechenden Eventualbegehren ER 1.5 in Verbindung mit ER 1.3 und ER 1.4 nicht eingetreten (act. 48 und 60). Zu beurteilen bleiben die Rechtsbegehren Ziff. 1-8 (ohne 3d; vgl. act. 21 S. 46 Rz 145), 10, ER 2 und ER 3.

3.4. Bindung an Rechtsauffassung und Umfang der Neuurteilung

Das Kassationsgericht hat das Urteil vom 24. Juni 2009 insgesamt aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung zurückgewiesen. Anlass zur Aufhebung bildete eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht insofern, als das Handelsgericht zulasten der Klägerin davon ausgegangen ist, sie habe ihre Vorbringen zu Rechtsbegehren 2 ungenügend substantiiert (act. 72 S. 24).

Wird ein Entscheid durch eine Rechtsmittelinstanz aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Erstinstanz zurückgewiesen, wird der Streit in das Stadium vor dem Erlass des angefochtenen Entscheids versetzt. Die untere Instanz ist an die rechtliche Beurteilung der Rechtsmittelinstanz gebunden, nicht aber an die eigenen rechtlichen Erwägungen im ersten Entscheid, die nicht Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens waren. Bei einer vollumfänglichen Aufhebung des Entscheids ist die untere Instanz überdies auch nicht an allfällige Erwägungen gebunden, mit denen die Kassationsinstanz eine Rückweisung abgelehnt hat. Es ist deshalb nicht zulässig, in einem solchen Rückweisungsverfahren nur die mit Erfolg gerügten Punkte zu prüfen und den aufgehobenen Entscheid in den übrigen Teilen ungeprüft zu übernehmen (siehe Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 32 bis 35 zu § 104a; von Werdt Nicolas, in: Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bern 2007, N 9 zu Art. 107

BGG). Das Handelsgericht hat den gesamten Prozessstoff vielmehr unvoreingenommen, jedoch unter Berücksichtigung des Entscheides des Kassationsgerichtes vom 5. November 2010 zu beurteilen. Das schliesst es allerdings nicht aus, sowohl im Detail als auch im Ergebnis ein gleichlautendes Urteil zu fällen.

4. Ergänzung des Verfahrens

4.1. Das Kassationsgericht sah eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht in Bezug auf das von der Klägerin behauptete Auftreten des Beklagten 2 im Namen der Klägerin bei der Metzgerei K1._____ an der ... [Adresse], der Metzgerei K3._____ am ... [Adresse] sowie (sinngemäss) bei Herrn K._____ vom K8._____ ... [Adresse] (act. 72 S. 13 u. 15). Nur in Bezug auf diese drei Metzgereien wurde deshalb die Klägerin mit Verfügung vom 19. Mai 2011 zur Substantiierung aufgefordert (act. 74 S. 7).

1.1.1. In ihrer Eingabe vom 8. Juli 2011 (act. 77) substantiierte die Klägerin nicht nur ihre Behauptungen in Bezug auf die drei genannten Metzgereien, sondern machte diverse weitere Ausführungen zum Sachverhalt, teils Wiederholungen aus bereits erstatteten Rechtsschriften, teils neue Behauptungen.

1.1.2. Die Parteien sind mit Tatsachenbehauptungen ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder in ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben (§ 114 ZPO/ZH). Davon ausgenommen sind lediglich Ausnahmen im Sinne von § 115 ZPO/ZH. Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass solche Ausnahmen vorliegen. Neue Tatsachenbehauptungen in der klägerischen Eingabe vom 8. Juli 2011, welche nicht Besuche des Beklagten 2 bei den drei genannten Metzgereien betreffen, sind daher unbeachtlich.

4.2. In Bezug auf die Besuche des Beklagten 2 bei den Metzgereien K1._____, K3._____ und K8._____ machte die Klägerin in ihrer Substantiierungseingabe vom 8. Juli 2011 nur marginale Angaben und brachte vor, dass sie ohne Zeugenbeeinflussung nicht sagen könne, was genau, wie genau, wo genau der Beklagte 2 gesagt habe. Erst die Zeugeneinvernahmen könnten zeigen, wie, wann und wo

genau der Beklagte 2 die betroffenen Metzger getäuscht habe (act. 77 S. 12, 13 und 16).

1.1.3. Eine Partei kann sich nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunkts werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, 1997, § 113 N. 5). Tatsachenbehauptungen sind im Hauptverfahren aufzustellen (§ 114 ZPO/ZH). Dabei müssen die Parteien allenfalls auch Annahmen treffen und behaupten. Auch ist es den Parteien nicht grundsätzlich untersagt, mit Zeugen zu sprechen, um den Sachverhalt zu eruieren (vgl. dazu BGE 136 II 551), wenn solche Kontakte auch nur ausnahmsweise und aus wichtigen Gründen erfolgen sollen, zumal sie die Beweiskraft des Zeugnisses beeinträchtigen können (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 172 N 9 ff.). Die Klägerin ist daher nur mit den substantiiert vorgetragenen Behauptungen zum Beweis zuzulassen. Neue Vorbringen im weiteren Verfahren sind nur unter den Voraussetzungen von § 115 ZPO/ZH zulässig.

1.1.4. Entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 80 S. 7 ff.) erweisen sich die Vorbringen der Klägerin insoweit grundsätzlich als ausreichende Basis für die Durchführung eines Beweisverfahrens, weshalb der Klägerin entsprechend Beweis auferlegt wurde (vgl. act. 83; unten Ziff. 5.3.5). Hingegen wurde die Klägerin mit Substantiierungsverfügung vom 19. Mai 2011 auch aufgefordert, darzulegen, inwiefern bei den behaupteten Besuchen des Beklagten 2 die Firma oder Marke der Klägerin in Wort oder Schrift verwendet worden sei und wann der Beklagte 2 Metzger K1._____ die Visitenkarte gemäss act. 21 S. 13 übergeben habe (act. 74 S. 7). Beiden Aufforderungen kam die Klägerin nicht nach. Androhungsgemäss ist auf die mangelhaften Parteivorbringen abzustellen. Eine Verletzung von Firmen- oder Markenrechten der Klägerin fällt somit ausser Betracht (siehe nachfolgend Ziff. 5.3.4).

5. Materielles

5.1. Die Rechtsbegehren 1 - 5 betreffen auf UWG und Markenrecht gestützte Unterlassungsbegehren. Mit den Rechtsbegehren 6 - 8 verlangt die Klägerin Auskunft und Gewinnherausgabe bzw. Schadenersatz aus den geltend gemachten Rechtsverletzungen. ER 2 und ER 3 betreffen die Feststellung von UWG-Verletzungen durch den Beklagten 2 und die diesbezügliche Urteils publikation.

5.2. Rechtsbegehren 1

Mit Rechtsbegehren 1 will die Klägerin den Beklagten verbieten lassen, das Zeichen bzw. die Bezeichnung "AA._____" in näher bezeichneten Zusammenhängen mit Leuchtstoffröhren zu gebrauchen (act. 1 S. 2 Rechtsbegehren 1).

1.1.5. Die Klägerin macht diesbezüglich geltend, die Beklagte 1 habe dem ... [im Staat W.____ ansässigen] Vertriebspartner der Klägerin, L.____, im Sommer 2004 Muster der beklagischen Leuchtstoffröhren mit der Aufschrift "AA._____" auf der Verpackung gesandt (act. 1 S. 54 Rz. 119). Zudem habe der Beklagte 2 bei verschiedenen Schweizer Kunden den Eindruck erweckt, er arbeite weiterhin für die D.____ und vertreibe damit nach wie vor Produkte der Klägerin. In Verbindung mit der anhaltenden Strategie der Beklagten 1 und 2, bestehende Kunden der Klägerin abzuwerben, bestehe begründeter Anlass zur Befürchtung, dass es auch in Zukunft zu weiteren Markenrechtsverletzungen kommen könne (act. 1 S. 54 Rz. 121). In der Replik macht die Klägerin weiter geltend, der Beklagte 2 sei bei der Metzgerei M.____ als Geschäftsführer der Klägerin aufgetreten und habe dieser eine entsprechend missverständliche Visitenkarte übergeben, auf welcher zwar sowohl die D.____ als auch die Klägerin genannt werden, jedoch der Eindruck entstehe, der Beklagte 2 sei Geschäftsführer der Klägerin. Der Beklagte 2 habe ohnehin nie die Funktion eines Geschäftsführers bekleidet, auch nicht bei der D.____ (act. 21 S. 13 Rz. 30 ff.).

1.1.6. Die Beklagten bestreiten, L.____ Leuchtstoffröhren mit der Aufschrift "AA._____" gesandt zu haben. Es habe sich um N.____-Lampen gehandelt und die Leuchtstoffröhren seien dementsprechend möglicherweise mit "N._____" beschriftet gewesen (act. 10 S. 21 Rz. 66 f.). Zum Vorwurf, dass der Beklagte 2 bei

der Metzgerei M._____ als Geschäftsführer der Klägerin aufgetreten sei und eine entsprechende Visitenkarte übergeben habe, machen die Beklagten geltend, dass die von der Klägerin ins Recht gelegte Visitenkarte von O._____ der D._____ gestaltet worden sei. Der Beklagte 2 habe sie der Metzgerei M._____ in den ersten Monaten des Jahres 2004 übergeben, als er für die D._____ tätig gewesen sei (act. 31 S. 10 Rz. 30 f.).

1.1.7. Das Rechtsschutzinteresse an der Unterlassungsklage setzt eine Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr voraus. Die Wiederholungsgefahr ist zu bejahen, wenn in der Vergangenheit erfolgte Markenrechtsverletzungen zur begründeten Annahme Anlass geben, dass dieselbe oder eine im Wesentlichen ähnliche Verletzungshandlung in naher Zukunft erneut begangen wird. Bestreitet die beklagte Partei die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens, so darf eine Wiederholungsgefahr i.d.R. bejaht werden, weil dann zu vermuten ist, dass sie das Verhalten im Vertrauen auf die Rechtmässigkeit fortsetzen wird (Christoph Willi, Kommentar zum MSchG, Zürich 2002, Art. 55 N. 18 ff.). Gleiches gilt für eine auf UWG gestützte Unterlassungsklage (vgl. Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, 2001, Art. 9 N. 24 ff.).

1.1.8. Beide von der Klägerin behaupteten Verletzungshandlungen fanden während oder kurz nach Aufgabe der Tätigkeit des Beklagten 2 bei der D._____ (Ende Mai 2004) statt. Bezüglich der Übergabe der Visitenkarte durch den Beklagten 2 an die Metzgerei M._____ wird von der Klägerin nicht näher ausgeführt, wann diese stattgefunden haben soll. Aus dem Kontext ergibt sich jedoch, dass dies wohl zu jener Zeit gewesen sein soll, als der Beklagte 2 für die D._____ tätig war. Beide Verletzungshandlungen liegen also mittlerweile über acht Jahre zurück. Spätere Verletzungshandlungen wurden von der Klägerin nicht behauptet. Die Beklagten bestreiten die Verletzungshandlungen in der von der Klägerin geschilderten Art und Weise. Sie bestreiten hingegen nicht, dass die von der Klägerin behaupteten Handlungen, sofern sie denn so stattgefunden hätten, widerrechtlich wären. Bei diesem Hintergrund ist nicht zu befürchten, dass die Beklagten in Zukunft die unlauteren und Markenrecht verletzenden Wettbewerbshandlungen vornehmen werden, welche die Klägerin verbieten lassen will. Die von der Klägerin

behaupteten – und von den Beklagten bestrittenen – lange zurückliegenden Verletzungshandlungen vermöchten, selbst wenn sie zutreffen würden, keine Wiederholungsgefahr zu begründen. Rechtsbegehren 1 ist demnach abzuweisen.

5.3. Rechtsbegehren 2

Die Klägerin beantragt, es sei den Beklagten zu verbieten, Waren und Dienstleistungen im Namen der Klägerin anzubieten oder gegenüber Kunden den Eindruck zu erwecken, die Beklagte würde Produkte der Klägerin vertreiben oder mit dieser oder der D._____ in geschäftlicher Verbindung zu stehen (vgl. act. 1 S. 2 f.).

1.1.9. Die Klägerin macht zu Rechtsbegehren 2 geltend, die Beklagte 1, handelnd durch den Beklagten 2, sei in jüngster Zeit gegenüber verschiedenen Schweizer Kunden im Namen der Klägerin aufgetreten und habe damit das ausschliessliche Recht der Klägerin, im Geschäftsverkehr unter ihrer Firma "A._____ AG" aufzutreten, verletzt. Die Klägerin sei daher gestützt auf Art. 956 Abs. 2 OR befugt, den Beklagten 1 und 2 solches Tun verbieten zu lassen. Die Wiederholungsgefahr sei vorliegend besonders ausgeprägt, nachdem es sich um eine Vielzahl von zeitlich erst kurz zurückliegenden Fällen handle. Mehrere der von der Beklagten 1 und 2 auf die beschriebene Weise besuchten Kunden der Klägerin seien aufgrund des Auftretens des Beklagten 2 davon ausgegangen, dieser handle nicht nur im Namen der Klägerin, sondern vertreibe weiterhin, wie zuvor als Agent der D._____, Produkte der Klägerin. Damit hätten die Beklagten 1 und 2 die Qualitätsbezeichnung im Geschäftsverkehr in irreführender Weise zur Kennzeichnung der von ihr verkauften Produkte verwendet, was eine Verletzung des Markenrechts der Klägerin im Sinne von Art. 13 Abs. 2 lit. e MSchG darstelle. Zusätzlich stelle das erwähnte Verhalten der Beklagten 1 und 2 auch einen Verstoss gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG dar, indem die Beklagten 1 und 2 gegenüber den Kunden als Vertreter der Klägerin und/oder der D._____ auftreten und damit über die Identität des Anbieters täuschen bzw. irreführen würden (act. 1 S. 55 f.).

1.1.10. Ihre bisherige Sachdarstellung (act. 1 S. 32 ff.; act. 21 S. 12, 49, 32) ergänzend bringt die Klägerin in der Substantiierungseingabe vom 8. Juli 2011 in Bezug auf die drei Metzgereien K1._____, ... [Adresse], K3._____, ... [Adresse],

und K8._____, ... [Adresse], vor, der Beklagte 2 habe diese in der Zeit von Frühjahr bis Herbst 2005 besucht, wobei er ganz bewusst irreführend die Tatsache verwendet habe, dass er dieselben Firmen schon als Mitarbeiter der D._____ besucht habe, um diese Kunden der Klägerin in den Glauben zu versetzen, er verkaufe Produkte der Klägerin, die neue Generation der alten Röhren, die eben BBA._____ ... heissen würden (act. 77 S. 5 f.). Ab Anfang November 2005 habe der Beklagte 2 seine konkurrenzierende Handlung intensiviert. Am 7. November 2005 habe er Herrn K1._____ besucht, welcher den Eindruck gehabt habe, der Beklagte 2 komme von der A._____ AG. Am 11. November 2005 habe er die Metzgerei K3._____ besucht, wobei er sich sinngemäss als Vertreter der Klägerin ausgegeben und eingehend wie ein Vertreter der Klägerin die Silber-Reflektoren erläutert sowie erklärt habe, dass das Fleisch durch diesen neuen Einsatz nicht mehr austrockne. Bei den Besuchen habe er die Tatsache benutzt, dass ihn sämtliche Kunden der Klägerin schon gekannt und gemeint hätten, er vertrete die Klägerin (act. 77 S. 6 ff.). Herr K1._____ hätte die BB._____-Produkte nicht gekauft, wenn er nicht der Meinung gewesen wäre, es handle sich um eine Weiterentwicklung des AA._____-Produktes (act. 77 S. 12). Bei der Metzgerei K3._____ habe der Beklagte 2 sogar behauptet, er vertrete ganz direkt die Klägerin (act. 77 S. 13). Beim K8._____ Hauptsitz habe der Beklagte 2 direkt Herrn K._____ (zuvor von der Klägerin K'._____ genannt) von den technischen Diensten kontaktiert und sich sinngemäss als Vertreter der Klägerin ausgegeben. Herr K._____ hätte den Beklagten 2 nicht einmal empfangen, wenn er gewusst hätte, dass er ein Konkurrenzunternehmen der Klägerin vertrete. Der Beklagte 2 sei täuschend vorgegangen, indem er die BBA._____-Röhren zu exakt demselben Preis offeriert habe, wie die A._____-Produkte, was Herr K._____ glauben gelassen habe, der Beklagte 2 handle für die Klägerin. Aufgrund der früheren Kontaktnahmen sei Herr K._____ davon ausgegangen, dass der Beklagte 2 für die Klägerin (ob nun direkt oder indirekt) handle und die Nachfolgeneration der klägerischen Röhren vertrete, unbesehen, unter welchem Firmennamen diese nun vertrieben würden. Herr K._____ habe den Beklagten 2 früher als Vertreter der D._____ kennen gelernt gehabt und habe überhaupt keinen Anlass gehabt, daran zu zweifeln, dass der Beklagte 2 nun nicht in derselben Funktion die Nachfolgeprodukte der Kläge-

rin vertreibe. Die Kontaktaufnahme zu Herrn K._____ müsse kurz vor der Lieferung der Röhren am 20. Oktober 2005 stattgefunden haben (act. 77 S. 14 ff.).

1.1.11. Die Beklagten bestreiten, dass der Beklagte 2 je den Eindruck zu erwecken versucht habe, im Namen der Klägerin aufzutreten. Herr K1._____ habe am 5. August 2004 Reflektoren gekauft. Die Reflektoren seien unter dem Namen der Beklagten 1 verkauft worden, was Herr K1._____, der bar bezahlt habe, spätestens bei Aushändigung der Rechnung mit der grossen Überschrift BB._____ habe erkennen müssen. Ein Auftreten des Beklagten 2 im Namen der Klägerin in der Metzgerei K3._____ werde bestritten. Bezüglich Herrn K._____ vom K8._____ sei die Sachdarstellung der Klägerin völlig falsch. Die Beklagte 1 habe am 20. Oktober 2005 Leuchtstoffröhren und Reflektoren im Gesamtbetrag von CHF 2'136.95 an den K8._____ geliefert. Am 28. Oktober 2005, 08.00 Uhr, habe die Beklagte 1 einen Anruf von einem Mitarbeiter des K8._____ erhalten, wonach alle Reflektoren demontiert und abgeholt werden müssten. Am Nachmittag des 28. Oktobers 2005, 13.45 Uhr, habe P._____ mit Herrn K._____ vom K8._____ telefoniert, welcher ihm mitgeteilt habe, er sei von einem gewissen Herrn Q._____, einem Mitarbeiter der Klägerin, darauf hingewiesen worden, dass die Reflektoren der Beklagten 1 wegen fehlender Bewilligung nicht eingesetzt werden dürften. Nachdem P._____ die Situation erklärt habe, habe sich alles in Minne aufgelöst. Allerdings sei offenbar aufgrund der Falschinformation durch den Aussendienstmitarbeiter der Klägerin bereits ein Teil der Reflektoren demontiert und entsorgt worden. Entgegen der klägerischen Behauptung seien aber die von der Beklagten 1 gelieferten Röhren und die restlichen Reflektoren weiterhin im Einsatz. Zudem habe K8._____ die Rechnung der Beklagten 1 mit Valuta 5. Januar 2006 bezahlt, was wohl nicht geschehen wäre, wenn die Version der Klägerin zutreffen würde (act. 10 S. 15 ff.; act. 31 S. 37; act. 80).

1.1.12. Wie ausgeführt hat die Klägerin trotz entsprechendem Hinweis nicht näher dargelegt, inwiefern den Beklagten eine Verletzung des Firmen- bzw. Markenrechts der Klägerin vorzuwerfen wäre, indem sie deren Zeichen auf Geschäftspapieren, in der Werbung oder sonst wie im geschäftlichen Verkehr gebraucht hät-

ten. Diesbezüglich braucht auf ihre Vorbringen nicht weiter eingegangen zu werden.

Nach Art. 2 UWG ist unlauter und widerrechtlich jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst. Sodann handelt gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG insbesondere unlauter, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt. Hat sich der Beklagte 2 als Vertreter der Beklagten 1 bei Verkaufsbesuchen als Vertreter der Klägerin ausgegeben und dabei bewusst irreführend die Tatsache verwendet, dass er diese Kunden bereits früher besucht hat, um diese glauben zu lassen, er verkaufe Produkte der Klägerin, so könnte sein Verhalten als Verstoss gegen diese Bestimmungen in Betracht fallen.

1.1.13. Der Klägerin wurde für ihre Behauptungen der Hauptbeweis auferlegt (act. 83). Sie bezeichnete als Beweismittel sieben Zeugen, die persönliche Befragung des Beklagten 2 sowie zwei Urkunden; die Beklagten beriefen sich zum Gegenbeweis auf einen weiteren Zeugen, die persönliche Befragung des Beklagten 2 sowie diverse weitere Urkunden (act. 87; 89).

1.1.13.1. K1._____, im fraglichen Zeitpunkt Inhaber der Metzgerei K1._____, erinnerte sich, dass ihn der Beklagte 2 im Geschäft besucht hatte. Das sei Jahre her, sicher fünf, sechs (Prot. II S. 27) resp. vier, fünf Jahre (Prot. II S. 28). Anlässlich dieses Besuchs habe ihm der Beklagte 2 etwas Neues vorgestellt, das viel mehr Licht gebe durch eine silbrige Umrandung oberhalb der Röhren. Er habe das gut gefunden und die sieben Röhren ersetzen lassen. Er wisse nicht, von welcher Firma der Beklagte 2 gekommen sei; das habe ihn auch nicht so interessiert. Er könne nicht bestätigen, dass der Besuch am 7. November 2005 stattgefunden habe (Prot. II S. 29 ff.).

1.1.13.2. Die als Zeugin angerufene K3._____ sagte aus, sie glaube, sie habe Ende 2005 in der Metzgerei K3._____ angefangen, und könne nicht sagen, ob der Beklagte 2 insbesondere am 11. November 2005 das Geschäft besucht habe; sie selber habe ihn bestimmt nicht empfangen, da zu dieser Zeit ihre Schwiegereltern Geschäftsleiter gewesen seien (Prot. II S. 40).

1.1.13.3. Auf die Befragung des zunächst angerufenen Zeugen K._____ liess die Klägerin in der Folge verzichten (act. 98 S. 3). Der Zeuge I._____ konnte zum Beweisthema überhaupt nichts aussagen (act. 107/6 S. 3). J._____ (act. 108/6) erzählte, dass er vom Beklagten 2 einmal im Zusammenhang mit der geplanten Übernahme von AA._____ bezüglich des ...vertriebs [in CC._____] kontaktiert worden sei, was er abgelehnt habe (S. 2). Zu den die Beweissätze 1-6 betreffenden Fragen vermochte er nichts zu sagen (S. 3 f.). H._____ schliesslich sagte aus, es sei ihm 2006 aufgefallen, dass der Beklagte 2 einen Teil seiner (des Zeugen) Kunden von AA._____ -Produkten aufgesucht und versucht hatte, diesen Produkte seiner Firma B._____ zu verkaufen, namentlich Fleischleuchten mit der Bezeichnung BBA._____ zu einem wesentlich günstigeren Preis. Dadurch habe er viele Kunden verloren (act. 109/4 S. 2). Zu den Beweisthemen selbst konnte der Zeuge ebenfalls nichts aussagen (S. 3 f.).

1.1.13.4. Die weiteren Zeugen, R._____ und P._____, sind mit der Klägerin resp. mit der Beklagten 1 als einzige Verwaltungsrätin und Geschäftsführerin resp. als Verwaltungsratspräsident eng verbunden (Prot. II S. 44 f. und 33).

R._____ bestätigte, dass der Beklagte 2 die fraglichen Metzgereien im Jahr 2005 besucht hatte. Die entsprechende Kenntnis hatte sie allerdings von ihrem Verkäufer, Herrn Q._____, der zwischenzeitlich nicht mehr greifbar sei (Prot. II S. 46 ff., 49). Sie berief sich weiter auf Gespräche, die sie in der Folge mit Herrn K1._____, den "Senioren" K3._____ und Herrn K._____ geführt habe und erklärte, diese seien entsetzt gewesen; der Beklagte 2 habe nicht zu erkennen gegeben, dass er von der B._____ komme (Prot. II S. 45 ff.).

P._____ vermochte nicht zu sagen, wann der Beklagte 2 die Metzgereien K1._____ und K3._____ besucht hatte; er bestätigte jedoch, dass der Beklagte 2

im Jahr 2005 die Metzgerei K8._____ besucht hatte, weil eine entsprechende Rechnung vorliege. Fakturiert worden sei unter dem Namen B._____ auf offiziellem Papier (Prot. II S. 34 ff.).

Die persönliche Befragung des Beklagten 2 ergab, dass dieser laut den von ihm konsultierten Unterlagen die Metzgereien K1._____ und K3._____ am 4. oder 5. August 2004 besucht haben will; weitere Besuche in den Jahren 2004/2005 gingen aus den Unterlagen nicht hervor. Er habe B._____ Reflektoren verkauft; die Klägerin habe ein solches Produkt gar nicht gehabt (Prot. II S. 21 ff.). Den K8._____ Hauptsitz habe er im Oktober oder November 2005 besucht, wobei er sicher unter dem Namen B._____ AG aufgetreten sei (Prot. II S. 23 ff.).

1.1.13.5. Den von der Klägerin bezeichneten Urkunden, namentlich einer Rechnung mit dem Briefkopf "BB._____ B._____ AG" vom 24. Oktober 2005 betreffend eine Lieferung vom 20. Oktober 2005, gerichtet an "K8._____, Techn. Dienst / Herrn D. K._____" (act. 90/1), lässt sich nicht mehr entnehmen, als dass die Beklagte 1 K8._____ gelieferte B._____-Produkte im Gesamtbetrag von Fr. 2'136.95 in Rechnung stellte. Die Preisliste der D._____ ... (act. 90/2) belegt, dass sich die Produkte der Parteien im gleichen preislichen Rahmen bewegten.

1.1.13.6. Es ergibt sich somit, dass die am Verfahren nicht direkt interessierten Zeugen nicht bestätigen konnten, dass der Beklagte 2 im Jahr 2005 die Metzgereien K1._____ und K3._____ besucht hatte. Aufgrund des Zugeständnisses des Beklagten 2 ist allerdings davon auszugehen, dass solche Besuche im Jahre 2004 stattgefunden hatten. Nicht erwiesen ist aufgrund der angerufenen Beweismittel, dass der Beklagte 2 bei seinen Besuchen bewusst irreführend die Tatsache verwendete, dass er diese Kunden schon als Mitarbeiter der D._____ besucht hatte, um sie in den Glauben zu versetzen, er verkaufe Produkte der Klägerin. Die Klägerin kann sich hierfür einzig auf ihre eigene Verwaltungsrätin und Geschäftsführerin berufen. Als am Verfahren direkt Interessierte sind ihre Aussagen indes von geringem Beweiswert für die Klägerin; hinzu kommt, dass sie nicht über eigene unmittelbare Wahrnehmungen aussagen konnte, sondern lediglich wiedergab, was sie von – mehrheitlich im Prozess nicht befragten – Drittpersonen erfahren haben will. Ihre Aussagen werden zudem vom als Zeuge befragten

K1._____ gerade nicht gestützt, sagte dieser doch nicht aus, er sei vom Beklagten 2 getäuscht worden; seinen Aussagen ist vielmehr zu entnehmen, dass es ihn nicht kümmerte, für welche Firma der Beklagte 2 aufgetreten war.

Mit Bezug auf den K8._____ Hauptsitz in G._____ ist festzuhalten, dass zwar ein Besuch des Beklagten 2 und auch der Verkauf von Produkten der Beklagten 1 im Oktober 2005 erstellt ist. Das konkrete Auftreten des Beklagten 2, insbesondere das sinngemässe Ausgeben als Vertreter der Klägerin und das bewusste Irreführen von Herrn K._____, vermochte die Klägerin hingegen ebenfalls nicht nachzuweisen. Aus der vergleichbaren Preisgestaltung kann dies nicht abgeleitet werden. Andere Belastungen als die Aussagen der Zeugin R._____ liegen nicht vor. Dem Standpunkt der Klägerin helfen auch die Aussagen des Zeugen H._____ nicht. Der Umstand, dass der Beklagte 2 auch dessen Kundschaft besucht und ihm mit einem günstigeren B._____-Konkurrenzprodukt Kunden abgeworben haben soll, belegt nicht, dass der Beklagte 2 allgemein bewusst irreführend und täuschend aufgetreten wäre; im Gegenteil, die Aussagen lassen eher auf gewöhnliche Besuche eines Vertreters eines Konkurrenzprodukts schliessen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Klägerin der Hauptbeweis gemäss Beweissätzen 1-6 nicht gelungen ist. Unter diesen Umständen braucht nicht weiter auf die von den Beklagten anbotenen Beweismittel eingegangen zu werden.

1.1.14. Das Rechtsbegehren 2 ist als unbegründet abzuweisen.

5.4. Rechtsbegehren 3

Mit Rechtsbegehren 3 verlangt die Klägerin, dass die Beklagte 1 verpflichtet werde, gewisse beanstandete Passagen von ihrer Website http://www.BB._____.com zu entfernen (act. 1 S. 3). Die Klägerin stützt ihren diesbezüglichen Anspruch auf Art. 9 Abs. 1 lit. a und b i.V.m. Art. 3 lit. b UWG (act. 1 S. 56 ff.).

1.1.15. Im Urteil vom 24. Juni 2009 wurden die diesbezüglichen Vorbringen der Parteien ausführlich abgehandelt und geprüft und der Standpunkt der Klägerin verworfen (act. 65 S. 15 ff.). Mit der Aufhebung dieses Entscheids und der Rückweisung des Verfahrens ist der Prozess wieder in das Stadium vor Erlass des an-

gefochtenen Entscheides versetzt worden, weshalb auch die Aktualität des klägerischen Rechtsschutzinteresses zu prüfen ist (§ 51 Abs. 1 ZPO/ZH). Dabei ergibt sich, dass die beanstandeten Aussagen gemäss Rechtsbegehren 3.a)-f) auf der Website http://www.BB._____.com nicht mehr abrufbar sind (Abrufdatum: 19. März 2013).

1.1.16. Mit dem Entfernen der betreffenden Stellen aus der im Rechtsbegehren genannten Website ist die Klage mit Bezug auf Rechtsbegehren 3 gegenstandslos geworden. Die Klage ist insoweit abzuschreiben.

5.5. Rechtsbegehren 4

Die Klägerin macht geltend, dass aufgrund der bezüglich Rechtsbegehren 3 dargelegten unlauteren Produkteangaben die konkrete Gefahr bestehe, dass die Beklagte 1 und/oder der Beklagte 2 dieselben oder sinngemäss gleichlautende Aussagen anderweitig im geschäftlichen Verkehr machen würden, sei es auf einer anderen Website, in Prospekten, Inseraten, in mündlichen Kontakten mit Kunden, in Geschäftsbriefen etc. Demzufolge bestehe auch ein Unterlassungsanspruch der Klägerin gegenüber den Beklagten 1 und 2 für künftige unlautere Angaben (act. 1 S. 58 Rz. 137). In der Replik macht die Klägerin geltend, dass sich die Gefahr gleicher Aussagen ausserhalb der Website aus dieser selbst ergebe. Werbeaussagen einer Website würden regelmässig diejenigen Botschaften enthalten, welche auch mit anderen Mitteln (Kataloge, Rundschreiben, Messeauftritte oder im direkten Kundenverkehr) vermittelt würden (act. 21 S. 50 Rz. 161).

Die Beklagten bestreiten die Unlauterkeit ihrer Aussagen auf der Website der Beklagten 1. Zudem machen sie geltend, die Klägerin lege nicht ansatzweise dar, dass die Beklagten die von der Klägerin beanstandeten Aussagen je ausserhalb der Website der Beklagten 1 gemacht hätten oder solches zu tun gedenken würden, weshalb weder eine bestehende noch eine drohende Verletzung dargetan worden sei und das Rechtsbegehren auch aus diesem zusätzlichen Grund abzulehnen sei (act. 10 S. 29 Rz. 98 und act. 31 S. 38 Rz. 149).

1.1.17. Wie dargelegt sind die beanstandeten Äusserungen auf der in Rechtsbegehren 3 bezeichneten Website nicht mehr abrufbar. Da immerhin nicht auszuschliessen ist, dass die betreffenden Aussagen andernorts im Internet oder ausserhalb der Website nach wie vor auffindbar sind, sind die beanstandeten Stellen nachfolgend dennoch materiell zu prüfen.

1.1.18. "Das perfekte Licht für Lebensmittel"

Die Klägerin stört sich an der Anpreisung "BB._____ - das perfekte Licht für Lebensmittel", da diese vom durchschnittlichen Kunden nicht als blosser Marktschreierei, sondern als sachlich nachprüfbarer Äusserung über die angeblich hohe technische Qualität der angebotenen Lampen aufgefasst werde. In der Klagebegründung macht die Klägerin insbesondere geltend, dass jedenfalls die von der Beklagten 1 vertriebene Leuchtstoffröhre "BBA._____ ..." ein technologisch veraltetes Billigstprodukt sei (act. 1 S. 46 Rz. 95 f. und S. 56 Rz. 129 f.). In der Replik räumt die Klägerin dann ein, dass es sich bei der Leuchtstoffröhre " BBA._____ ..." um ein hochwertiges Produkt handle. Die "BBD._____" sei ein Standardprodukt und die "BBC._____" sowie die "BBB._____" seien brauchbare, aber nicht hochwertige Produkte (act. 21 S. 45 Rz. 143). Die " BBA._____ ..." sei jedoch unter Ausnutzung von Fabrikationsgeheimnissen der Klägerin hergestellt worden, weshalb die Beklagten im wichtigen Bereich Fleisch ihren Slogan legitimerweise nicht beanspruchen könnten, da sie nur ein unlauter kopiertes Produkt anzubieten hätten (act. 21 S. 49 Rz. 158).

Die Beklagte macht geltend, bei ihrer Anpreisung "Das perfekte Licht für Lebensmittel" handle es sich um ein Werturteil ohne objektiv überprüfbareren Sinngehalt, weil es das "perfekte Licht" im absoluten Sinn gar nicht gebe und dies den Abnehmern auch durchaus bewusst sei. Zudem seien die beklagten Produkte denjenigen der Klägerin ebenbürtig, und die Klägerin preise diese in ähnlicher Form wie die Beklagte 1 an. Die Beklagte 1 lasse ihre " BBA._____ ..." beim gleichen Hersteller wie die Klägerin ihre AAA._____ herstellen (act. 10 S. 24 Rz. 76 ff). Auch bei den Produkten "BBB._____" und "BBC._____" handle es sich um hochwertige Produkte. Die "BBD._____" werde von der E._____ aufgrund der Vorgaben der Beklagten 1 als hochwertige Lampe produziert (act. 31 S. 34 Rz.

131). Zudem bestreitet die Beklagte 1, dass es sich bei der BBA._____ ... um ein unlauter kopiertes Produkt handle (act. 31 S. 37 Rz. 147).

"Perfekt" bedeutet laut www.duden.de (Abrufdatum: 19. März 2013) "frei von Mängeln, vollkommen; (umgangssprachlich) endgültig abgemacht; nicht mehr änderbar". Der Begriff wird verwendet, um etwas als besonders gut zu bezeichnen, so zum Beispiel "Der perfekte Tag" für einen rundum gelungenen (vollkommenen) Tag. Er drückt jedoch ein erkennbar stark subjektiv gefärbtes Werturteil aus und nicht eine messbare Qualitätsangabe. Der Begriff vermag deshalb bei einem Durchschnittskonsumenten auch nicht die Erwartung an eine messbare, besonders gute Qualität zu wecken. Aus diesem Grunde verletzt die Beklagte 1 mit ihrer Aussage Art. 3 lit. b UWG nicht.

1.1.19. "Hochwertige Qualitätsprodukte"

Diesbezüglich macht die Klägerin in der Klagebegründung geltend, dass es sich bei der " BBA._____ ..." um eine preislich und qualitativ billige Dreibanden-Röhre mit 20-jähriger Technologie handle. Bei den Leuchtstoffröhren "BBB._____" und "BBC._____" handle es sich um preisgünstige, in Massen von der N._____ hergestellte Röhren, welche entsprechend ihrem günstigen Preis zwar eine durchaus genügende Qualität aufwiesen, jedoch nicht als hochwertige Qualitätsprodukte bezeichnet werden könnten. Die Beklagte erwecke mit dieser Anpreisung einen falschen Eindruck (act. 1 S. 47 Rz. 97 ff.). In der Replik räumt die Klägerin ein, dass es sich bei der " BBA._____ ..." um ein hochwertiges Produkt handle. Die "BBD._____" ... sei jedoch ein Standardprodukt und die "BBB._____" und die "BBC._____" seien Billigröhren (act. 21 S. 45 Rz. 143). Der Durchschnittskunde dürfe bei der als auf Lebensmittelbeleuchtung spezialisiertes Unternehmen auftretenden Klägerin davon ausgehen, dass die Bezeichnung "hochwertiges Qualitätsprodukt" eine sachlich überprüfbare Aussage über die Qualität der angebotenen Produkte enthalte und nicht bloss eine reklamehafte Übertreibung bzw. Marktschreierei sei (act. 1 S. 56 f. Rz. 131).

Die Beklagte 1 macht geltend, ihre drei Leuchtstoffröhren " BBA._____ ...", "BBB._____" und "BBC._____" seien hochwertige Produkte und keine Billigpro-

dukte. Die Qualität der beklagten Produkte zeige sich insbesondere auch an der Zufriedenheit der Kunden. Die beklagten Produkte seien qualitativ auf demselben Niveau wie diejenigen der Klägerin (act. 10 S. 25 Rz. 80). Die "BBD._____" werde aufgrund von Vorgaben der Beklagten 1 von der E._____ als hochwertige Lampe produziert (act. 31 S. 34 Rz. 143).

Die Anpreisung als hochwertige Qualitätsprodukte dürfte zwar von Kunden nicht als reine Marktschreierei verstanden werden, sondern Erwartungen hinsichtlich der Qualität des Produkts begründen. Dass die " BBA._____" diese Erwartungen zu erfüllen vermag, anerkennt die Klägerin jedoch in der Replik. Was die Qualität der weiteren von der Beklagten 1 angebotenen Leuchtstoffröhren betrifft, sind sich die Parteien nicht einig. Die Klägerin räumt jedoch ein, dass es sich bei der "BBB._____" und der "BBC._____" um Produkte handelt, welche ihrem Preis entsprechend eine genügende Qualität aufweisen würden. Die "BBD._____" wird von der Klägerin als Standardprodukt bezeichnet. Eine derart zusammengesetzte Palette von Standardprodukten und Lampen genügender und hochwertiger Qualität vermöchte jedoch in ihrer Gesamtheit die Erwartungen, welche beim Durchschnittskunden mit der beklagten Anpreisung geweckt werden, zu erfüllen, denn der Durchschnittskunde wird dieser zwar einen Teil Wahrheitsgehalt beimessen, sich jedoch bewusst sein, dass darin sicherlich auch ein marktschreierisches und damit übertreibendes Element enthalten ist. Demnach kann dahingestellt bleiben, wie es sich mit der umstrittenen Qualität der einzelnen Lampen verhält, denn auch die von der Klägerin behaupteten Qualitäten werden in ihrer Gesamtheit noch der Anpreisung der Beklagten 1 gerecht.

1.1.20. "soll die Haltbarkeit unterstützt werden"

Weiter beanstandet die Klägerin, dass die Beklagte 1 darauf hinweist, dass die "BBC._____" die Haltbarkeit unterstütze. Die "BBC._____" werde von der N._____ für die Beklagte 1 hergestellt. Bei der Lampe "BBC._____" würden keine Massnahmen zur UV-Reduzierung vorliegen. Die Herstellerin N._____ selbst spreche denn in ihrem Katalog zutreffend nur von frischer und appetitlicher Präsentation der Ware, nicht hingegen von Unterstützung der Haltbarkeit (act. 1 S. 48 Rz. 100 f. und S. 57 Rz. 132; act. 21 S. 46 Rz. 144).

Die Beklagte 1 macht geltend, dass die Beleuchtung und namentlich die UV-Bestrahlung einen Einfluss auf die Haltbarkeit von Lebensmitteln habe. Dies anerkenne die Klägerin. Auch die Klägerin werbe in Bezug auf ihre Lampen mit der Unterstützung der Haltbarkeit. Die Klägerin zögere selbst nicht, in ihrer Werbung haltlose Versprechungen abzugeben. Die Klägerin vermöge nicht darzulegen, weshalb die beanstandete Passage unlauter sein solle (act. 10 S. 25 f. Rz. 81). Die Klägerin lege die Worte der Beklagten 1 auf die Goldwaage, während sie in eigenen Belangen deutlich largere Massstäbe anwende. Die Klägerin berufe sich auf technische bzw. physikalische Begebenheiten, ohne sich auch nur ansatzweise zum Zusammenhang zwischen UV-Anteil und Haltbarkeit zu äussern. Angesichts der Vielfalt von Lampen und Farb- sowie UV-Spektren erweise sich die klägerische Behauptung, die "BBC._____" enthalte keine UV-Reduzierung, als pauschal und völlig unqualifiziert, zumal nicht einmal gesagt werde, auf welchen Vergleichswert oder Grenzwert (falls es einen solchen geben würde) sich diese Aussage beziehen solle. Ganz abgesehen davon würde ein durchschnittlich intelligenter Bäcker oder Lebensmittelhändler unabhängig von einer Marketingaussage entscheiden können, ob die "BBC._____" für seine Zwecke geeignet sei oder nicht. Dass die "BBC._____" speziell für Lebensmittel kreiert worden sei, ergebe sich im Übrigen aus dem Prospekt der Herstellerin N._____. Eine Täuschung oder Irreführung des Publikums liege unter keinen Gesichtspunkten vor (act. 31 S. 34 f. Rz. 132).

Die beanstandete Suggestivfrage ("Möchten Sie Ihre Backwaren, Ihren Käse oder Ihre gekochten Lebensmittel in einem appetitlichen Licht präsentieren und soll die Haltbarkeit unterstützt werden?") wird wohl vom Durchschnittskunden nicht als blosser Marktschreierei verstanden, sondern weckt die Erwartung an eine spezifische Eigenschaft der Lampe "BBC._____". "Unterstützen" bedeutet u.a. helfen, befördern, begünstigen (vgl. www.duden.de). Es wird damit nicht eine monokausale Wirkungskette suggeriert, sondern lediglich eine Hilfe beim Erreichen eines Zieles. Über das quantitative Ausmass dieser Hilfe sagt das Wort "unterstützen" nichts aus. Die Beklagte 1 bestreitet nicht, dass ihre Lampe "BBC._____" keine spezielle UV-Reduzierung aufweist. Die Klägerin legt jedoch nicht dar, wie hoch die UV-Strahlung der "BBC._____" ist und wie sich dieser Wert im Vergleich zu anderen Beleuchtungsmitteln oder im Vergleich zu Tageslicht verhält. Damit der Werbeslogan der Beklagten 1 als wahr angesehen werden könnte, genügt es, wenn die "BBC._____" weniger UV-Strahlung – welche gemäss übereinstimmender Ausführungen der Parteien für die Haltbarkeit von Lebensmitteln relevant sein kann – aufweist als andere für die Beleuchtung von Backwaren in Frage kommende Leuchtmittel mit ähnlicher Helligkeit. Aufgrund der pauschalen Behauptungen der Klägerin ist es jedoch nicht möglich, ein Beweisverfahren zu dieser Frage durchzuführen. Es liegen weder Behauptungen zum UV-Anteil der beklagten Lampen noch von anderen Lampen vor, welche miteinander verglichen werden könnten, damit beurteilt werden könnte, ob von einer Unterstützung der Haltbarkeit gesprochen werden kann. Auch mit Bezug auf diese Aussage ist keine Unlauterkeit dargetan.

1.1.21. "Unser Berater [...] unterstützt Sie bei der Wahl des richtigen Lichts [...]"

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte 1 suggeriere, sie verfüge über Mitarbeiter, welche die Kundschaft fachmännisch über die Beleuchtung von Lebensmitteln und die im einzelnen zu wählenden Lichtquellen bzw. Lampenarten beraten könne. Dies treffe jedoch nicht zu, nachdem der Beklagte 2 keine fachmännischen Kenntnisse über Leuchtstoffröhren habe, die ihn zu einer entsprechenden Beratung befähigen würden. Dass die Beklagte 1 neben dem Beklagten 2 überhaupt andere Mitarbeiter hätte, geschweige denn solche mit Fachkenntnissen, sei der

Klägerin nicht bekannt und wäre von der Beklagten 1 nachzuweisen (act. 1 S. 50 Rz. 105 f.). Die Beklagte 1 mache eine unrichtige Angabe über die eigenen (Beratungs-)Leistungen bzw. die eigene Beratungs- und Leistungsfähigkeit sowie über die eigenen Geschäftsverhältnisse (Qualität als Fachgeschäft) (act. 1 S. 57 Rz. 134).

Die Beklagten machen geltend, dass der Beklagte 2 bei Einreichung der Klageantwort am 5. April 2006 bereits seit über zwei Jahren im Geschäft mit Licht tätig gewesen sei und in dieser Zeit durch Praxis, Weiterbildung, Messebesuche etc. einiges gelernt habe. Zudem ziehe die Beklagte 1 bedarfsweise Lichtspezialisten bei, mit denen zusammen Lichtkonzepte erstellt und in komplexen Fällen Kunden beraten würden. Ausserhalb der Schweiz verfüge die Beklagte 1 zudem über Importeure mit Fachkompetenz im Lichtsektor, die im jeweiligen Markt Beratung anbieten würden (act. 10 S. 26 Rz. 84).

In der Replik macht die Klägerin in Bezug auf die beklagtischen Ausführungen geltend, dass der Beklagte 2 bereits vor jeglicher Praxis und Weiterbildung sofort nach dem Austritt bei der D. _____ in gleicher Weise aufgetreten sei und das Bestehen eines Unternehmens mit eigenen Beratern vorgetäuscht habe. Dass die angeblich bedarfsweise beigezogenen Lichtspezialisten bereits damals für die Beklagte 1 tätig gewesen wären, werde zu Recht nicht behauptet (act. 21 S. 46 Rz. 147).

In der Duplik machen die Beklagten geltend, dass von einer Täuschung durch die Beklagte 1 keine Rede sein könne, jedenfalls nicht mehr, als wenn die Klägerin sich als weltweit tätiges Unternehmen von stattlicher Grösse mit eigener Forschungsabteilung und eigener Produktion darzustellen bestrebt sei, obschon dies alles nicht zutrefte (act. 31. S. 35 Rz. 135).

Wohl wird die beanstandete Passage von potentiellen Kunden dahingehend verstanden, dass die Beklagte 1 über (mindestens einen) Mitarbeiter verfügt, welcher den Kunden bei der Auswahl einer geeigneten Lampe aus dem Sortiment der Beklagten 1 für den jeweiligen Anwendungsbereich behilflich ist. Die beanstandete Passage weckt jedoch beim Durchschnittskunden nicht die Erwartung, dass die

Beklagte 1 über Mitarbeiter verfüge, welche über spezielle, technische Fachkenntnisse im Bereich der Lebensmittelbeleuchtung verfügen. Kenntnisse über das Sortiment der Beklagten 1 und insbesondere Kenntnisse darüber, welche Lampen für die Beleuchtung welcher Lebensmittel geeignet sind, wird der beanstandeten Werbeaussage bereits gerecht. Es kann davon ausgegangen werden, dass der Beklagte 2 nach seiner Verkaufstätigkeit bei der D._____ und seiner Mitarbeit bei der Beklagten 1 zumindest über solche Kenntnisse verfügt. Die beanstandete Passage ist damit nicht unlauter.

1.1.22. "Wir produzieren"

An dieser Passage ("Neben offenen Industry-Leuchten mit entsprechenden Lichtfarben, produzieren wir auch Feuchtraumleuchten (geschlossene Systeme)") beanstandet die Klägerin, dass die Beklagte 1 damit suggeriere, dass sie selbst Beleuchtungsmittel herstelle. Dies treffe nicht zu, nachdem die Beklagte 1 sämtliche von ihr vertriebenen Produkte durch Dritte, namentlich die N._____, mit Eigenlogo herstellen lasse und selbst über keine Produktionsanlagen und kein Produktions-Know-how verfüge. Solche unwahren Behauptungen seien unlautere Angaben im Sinne von Art. 3 lit. b UWG (act. 1 S. 50 Rz. 107 f. und S. 58 Rz. 135). Die Beklagte 1 lasse ihre Eigenlogo-Leuchten nicht durch spezialisierte Unternehmen herstellen. Vielmehr kaufe sie – von der rechtswidrig kopierten " BBA._____ ..." abgesehen – gewöhnliche Standardprodukte ein und behaupte dann, sie habe diese produziert. Im Gegensatz zur Klägerin, welche ihre sämtlichen Produkte tatsächlich selbst entwickle und nach eigenen Vorgaben produzieren lasse, dürfe sich die Beklagte 1 als blosses Handelsunternehmen den Titel Produzentin nicht anmassen (act. 21 S. 46 Rz. 148).

Die Beklagte 1 bestätigt, dass sie ihre Eigenlogo-Leuchten nicht selbst produziert, sondern diese durch spezialisierte Unternehmen herstellen lässt. Nach Ansicht der Beklagten 1 handelt es sich bei der beanstandeten Textstelle allerdings um eine Aussage, die nicht als unlauter qualifiziert werden könne, weil es in der heutigen arbeitsteiligen Welt weitverbreitet sei, dass nicht jedes Unternehmen, das eigene Produkte (d.h. Produkte mit Eigenlabel) vertreibe, diese auch selbst herstellen lasse. Dies sei auch den Abnehmern bekannt, die keineswegs erwarten

würden, dass die Beklagte 1 ihre B._____-Lampen selbst herstelle, sondern im Gegenteil sogar voraussetzen würden, dass diese durch einen Hersteller mit dem erforderlichen Fertigungs-Know-how sowie den notwendigen technischen Produktionsvoraussetzungen hergestellt würden. Im Übrigen offenbare sich auch hier wieder die Doppelmoral der Klägerin, für die genau dasselbe gelte, denn auch sie stelle selbst keine Leuchten her, sondern lasse diese ebenfalls bei Spezialisten produzieren, was sie aber keineswegs daran hindere, in ihren eigenen Prospekten zu behaupten, sie sei Herstellerin von Leuchten, und sich in Briefschaften und Verträgen als Fabrik für Spezialbeleuchtungen zu bezeichnen (act. 10 S. 27 Rz. 85 f.). In der Duplik macht die Beklagte 1 geltend, dass die Klägerin selbst nach ihrer eigenen Darstellung lediglich Farbort und Farbspektrum ihrer AAA._____-definiere und die dazu notwendige Rezeptur durch die E._____-entwickeln lasse, die über das eigentliche Produktions-Know-how und die notwendige Infrastruktur verfüge. Wie es bei anderen Typen sei, könne dahingestellt bleiben, weil sich die Klägerin dazu nicht äussere. Ihre pauschale Behauptung, wonach sie alle ihre Produkte nach eigenen Vorgabe produzieren lasse, sei auf jeden Fall erheblich zu relativieren. Davon, dass die Klägerin selbst Produzentin im eigentlichen Sinne dieses Wortes sei, das heisse, dass sie selbst Lampen herstelle, könne sicher nicht die Rede sein (act. 31 S. 35 Rz. 148).

Es ist unbestritten, dass sowohl die Beklagte 1 als auch die Klägerin ihre Lampen nicht selbst produzieren, sondern – zumindest teilweise – entsprechend ihren Vorgaben von spezialisierten Unternehmen herstellen lassen. Dies ist in der heutigen arbeitsteiligen Welt auch normal. So wird heute ein Durchschnittskunde mit dem Hinweis "Wir produzieren" nicht mehr die Erwartung verbinden, dass die beklagten Produkte von Mitarbeitern der Beklagten 1 hergestellt werden. Ob die beklagten Produkte von ihr selbst produziert werden, oder von Tochter- oder Schwestergesellschaften, oder – wie vorliegend – von beauftragten Unternehmen, welche für die Beklagte 1 produzieren, spielt für den Durchschnittskunden keine Rolle, bzw. er wird sich dazu gar keine genaueren Gedanken machen, da die Arbeitsteilung und damit auch die Auslagerung der Produktion heutzutage nicht mehr die Ausnahme, sondern die Regel ist. Der Hinweis "Wir produzieren" ist in diesem Zusammenhang nicht unlauter.

1.1.23. Zusammenfassend erweisen sich sämtliche in Rechtsbegehren 4 (unter Verweis auf Rechtsbegehren 3) beanstandeten Werbeaussagen der Beklagten 1 als zulässig und lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden. Dies führt zur Abweisung von Rechtsbegehren 4.

5.6. Rechtsbegehren 5

1.1.24. Die Klägerin beantragt, es sei den Beklagten zu verbieten, Beleuchtungsmittel unter den Bezeichnungen "BBA._____", " BBA._____" oder ähnlichen Bezeichnungen auf ihrer Website sowie anderweitig anzubieten und/oder zu verkaufen (act. 1 S. 4).

1.1.24.1. Sie macht geltend, Inhaberin der Wortmarke "AA._____" zu sein, welche in der Schweiz am tt.mm.1977 für die Warenklasse 11 eingetragen worden sei. Die von der Beklagten 1 verwendete Bezeichnung "BB._____" bzw. " BBA._____" für eine Leuchtstoffröhre schaffe eine erhebliche Verwechslungsgefahr mit den Produkten der Klägerin, welche ihre Produkte unter der Marke "AA._____" vertreibe. "BBA._____" und "AA._____" seien zwar nicht identisch, sie würden sich jedoch im Schriftbild nicht besonders stark unterscheiden, insbesondere bei Grossschreibweise, wie sie sowohl die Klägerin als auch die Beklagte 1 verwendeten. Noch viel ähnlicher seien sich die beiden Bezeichnungen in ihrer Phonetik. Wenn man die Begriffe ausspreche, seien sie nicht leicht auseinanderzuhalten. Dies gelte besonders in internationalen, auf Englisch oder anderen Fremdsprachen geführten Konversationen. Aus der Ähnlichkeit der Bezeichnungen entstehe, unter Berücksichtigung der identischen Waren, für welche die Bezeichnungen verwendet würden, für Kunden und Vertriebspartner der Klägerin eine erhebliche Verwechslungsgefahr. Dies umso mehr, da sowohl die Klägerin als auch die Beklagte 1 Beleuchtungsmittel auf dem Spezialmarkt für Lebensmittelbeleuchtung anbieten würden und in denselben geografischen Gebieten tätig seien. Der Klägerin stehe deshalb ein Unterlassungsanspruch im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG i.V.m. Art. 13 Abs. 2 MSchG sowie Art. 55 Abs. 1 lit. a und b MSchG zu. Auch würden die Beklagten 1 und 2 eine lauterkeitsrechtlich relevante Verwechslungsgefahr schaffen und damit den Tatbestand von Art. 3 lit. d UWG erfüllen (act. 1 S. 51 f. Rz. 109 ff. und S. 58 f. Rz. 138 ff.). In der Replik weist die Klägerin da-

rauf hin, dass die Begriffe "AA._____" und "BBA._____" beide vier Buchstaben haben, mit ... beginnen und mit ... enden. Die dazwischen liegenden Vokale ... und ... bzw. die Konsonanten ... und ...würden sehr häufig verwechselt. Insbesondere im Schweizerdeutschen liege das dunkel ausgesprochene ... sehr nahe beim ... und mit der Verwechslung des "... " mit dem "... " tue sich jedes Kind schwer (act. 21 S. 48 f. Rz. 151). Zudem werde mit der Bezeichnung " BBA._____" ... " gezielt der Eindruck erweckt, dass es sich um eine technologische Neuheit handle, und durch das Wort "... " der Eindruck, es handle sich bei der betreffenden Leuchtstoffröhre um eine neue Produktreihe der Beklagten 1, welche schon länger auf dem Markt tätig sei. All diese beim potentiellen Käufer von Beleuchtungsprodukten durch die Bezeichnung " BBA._____" ... " hervorgerufenen Eindrücke seien aber falsch, worin eine lauterkeitsrechtlich relevante Irreführung liege (act. 1 S. 52 Rz. 113). In der Replik macht die Klägerin geltend, die von den Beklagten gewählte Bezeichnung " BBA._____" ... " erkläre sich aus der Tatsache, dass diese Leuchtstoffröhre unter Verwendung klägerischer Fabrikationsgeheimnisse als Nachfolgeprodukt der AAA._____" hergestellt worden sei. Mit der Bezeichnung "BBA._____" ... " lehne sich die Beklagte 1 am guten Ruf der Klägerin im Markt an. "BBA._____" ... " bedeute für jedermann erkennbar schlicht und einfach "neue Generation" (act. 21. S. 49 f. Rz. 152 ff.).

1.1.24.2. Die Beklagten bestreiten die Aktivlegitimation der Klägerin. Gemäss schweizerischem Markenregister sei nicht die Klägerin Inhaberin der schweizerischen Marke "AA._____", sondern die "A._____" S._____" (act. 10 S. 5 Rz. 12). Die Beklagte 1 verwende die Bezeichnung "BBA._____" nur ausnahmsweise in Alleinstellung. In der Regel werde die Bezeichnung " BBA._____" ... " verwendet. Zudem werde die Bezeichnung zusammen mit dem Begriff "BB._____" verwendet, welcher sowohl auf der Website der Beklagten 1 als auch auf den Produktpackungen in einem deutlich grösseren Schriftbild als " BBA._____" ... " verwendet werde. Die beiden Begriffe "BBA._____" und "AA._____" würden sich sowohl im Schriftbild als auch in der Aussprache sehr deutlich unterscheiden. Es bestehe keine Verwechslungsgefahr. Die Argumentation der Klägerin sei ohnehin widersprüchlich. Wenn die Klägerin behauptete, der Begriff "BBA._____" erwecke beim Konsumenten den unzutreffenden Eindruck, es handle sich um etwas Neues,

dann würde schon aus diesem Grunde keine Verwechslungsgefahr mit "AA._____" bestehen, da ein Konsument mit diesem Begriff wohl kaum inhaltliche Vorstellungen verbinden würde. Zudem macht die Beklagte 1 geltend, dass der Begriff "BBA._____" bei den Kunden nicht zu einem falschen Eindruck führe. In der deutschen Sprache komme dem Begriff "BBA._____" nicht die Bedeutung einer Neuheit zu (act. 10 S. 27 ff. Rz. 87 ff.). Zudem weist die Beklagte 1 darauf hin, dass das ... in "BBA._____" in allen Landessprachen als ... ausgesprochen werde (act. 31 S. 35 Rz. 139).

1.1.24.3. Mit Eingabe vom 12. Juli 2007 (act. 45) reichte die Klägerin ein Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 3. Juli 2007 (act. 46) ein. In einem zwischen denselben Parteien hängigen Rechtsstreit betreffend Marken- und Lauterkeitsrecht in Deutschland entschied das Oberlandesgericht Düsseldorf, dass in Bezug auf die Begriffe "AA._____" und "BBA._____" Verwechslungsgefahr bestehe und verbot der Beklagten 1, in Deutschland im geschäftlichen Verkehr Leuchtmittel mit der Bezeichnung "BBA._____" zu vertreiben. Hingegen sah das Oberlandesgericht in der Produktbezeichnung "BBA._____" keine Verletzung des Lauterkeitsrechts. "BBA._____" werde von den angesprochenen Verkehrskreisen nicht als beschreibende Angabe im Sinne von "neu", sondern als reine Phantasie gewertet (act. 46 S. 7 ff.).

1.1.25. Nachdem die Klägerin vorerst geltend gemacht hatte, die Rechte an der Marke AA._____ seien mit Übernahme der Einzelfirma A._____ S._____ auf sie übergegangen, reichte sie mit Eingabe vom 5. Juli 2007 (act. 40) ein Schreiben des IGE vom 27. Juni 2007 betreffend Änderung der Markeneintragung (act. 41/1) sowie einen aktuellen Swissregauszug betreffend die Marke "AA._____" (act. 41/2) ein. Die Aktivlegitimation der Klägerin ist damit ausgewiesen.

1.1.26. Der Markeninhaber kann anderen verbieten, ein Zeichen zu gebrauchen, das nach Artikel 3 Absatz 1 vom Markenschutz ausgeschlossen ist (Art. 13 Abs. 2 MSchG). Vom Markenschutz ausgeschlossen sind Zeichen, die einer älteren Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind, so dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt (Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG).

Eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG besteht, wenn das jüngere Zeichen die ältere Marke in ihrer Unterscheidungsfunktion beeinträchtigt. Eine solche Beeinträchtigung ist gegeben, sobald zu befürchten ist, dass die massgeblichen Verkehrskreise sich durch die Ähnlichkeiten der Zeichen irreführen lassen und Waren, die das eine oder das andere Zeichen tragen, dem falschen Markeninhaber zurechnen, oder falls das Publikum die Zeichen zwar auseinanderzuhalten vermag, aufgrund ihrer Ähnlichkeit aber falsche Zusammenhänge vermutet, insbesondere an Serienmarken denkt, die verschiedene Produktlinien des gleichen Unternehmens oder von mehreren, wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen kennzeichnen. Ob zwei Marken sich hinreichend deutlich unterscheiden oder im Gegenteil verwechselbar sind, ist nicht aufgrund eines abstrakten Zeichenvergleichs, sondern stets vor dem Hintergrund der gesamten Umstände zu beurteilen. Der Massstab, der an die Unterscheidbarkeit anzulegen ist, hängt einerseits vom Umfang des Ähnlichkeitsbereichs ab, dessen Schutz der Inhaber der älteren Marke beanspruchen kann, und andererseits von den Warengattungen, für welche die sich gegenüberstehenden Marken hinterlegt sind (Urteil des Bundesgerichts 4C.258/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 2.1).

Der Schutzzumfang einer Marke bestimmt sich nach ihrer Kennzeichnungskraft. Für schwache Marken ist der geschützte Ähnlichkeitsbereich kleiner als für starke. Bei schwachen Marken genügen daher schon bescheidenere Abweichungen, um eine hinreichende Unterscheidbarkeit zu schaffen. Als schwach gelten insbesondere Marken, deren wesentliche Bestandteile sich eng an Sachbegriffe des allgemeinen Sprachgebrauchs anlehnen. Stark sind demgegenüber Marken, die entweder aufgrund ihres phantasiehaften Gehalts auffallen oder aber sich im Verkehr durchgesetzt haben (Urteil des Bundesgerichts 4C.258/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 2.2).

Je näher sich die Waren sind, für welche die Marken registriert sind, desto grösser wird das Risiko von Verwechslungen und desto stärker muss sich das jüngere Zeichen vom älteren abheben, um die Verwechslungsgefahr zu bannen. Ein besonders strenger Massstab ist anzulegen, wenn beide Marken für identische Warengattungen bestimmt sind. Im Weiteren ist von Bedeutung, an welche Abneh-

merkreise sich die Waren richten und unter welchen Umständen sie gehandelt zu werden pflegen. Bei Massenartikeln des täglichen Bedarfs, wie beispielsweise Lebensmitteln, ist mit einer geringeren Aufmerksamkeit und einem geringeren Unterscheidungsvermögen der Konsumenten zu rechnen als bei Spezialprodukten, deren Absatzmarkt auf einen mehr oder weniger geschlossenen Kreis von Berufsleuten beschränkt bleibt (Urteil des Bundesgerichts 4C.258/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 2.3). Für die Beurteilung der Gleichartigkeit ist das Verzeichnis der Waren und Dienstleistungen massgebend, soweit nicht der sachliche Schutzzumfang infolge Nichtgebrauchs eingeschränkt wird (Willi, a.a.O., Art. 3 N 37). Waren und Dienstleistungen sind gleichartig, wenn sie nicht gänzlich verschieden sind (Lucas David, Kommentar zum Markenschutzgesetz, Basel 1999, Art. 3 N 34).

Der Gesamteindruck von Wortmarken wird zunächst durch den Klang und durch das Schriftbild bestimmt. Gegebenenfalls kann jedoch auch ihr Sinngehalt von entscheidender Bedeutung sein. Verwechslungsgefahr mit Bezug auf nur eines dieser drei Elemente genügt. Den Klang prägen insbesondere das Silbenmass, die Aussprachekadenz und die Aufeinanderfolge der Vokale, während das Schriftbild vor allem durch die Wortlänge und durch die Eigenheiten der verwendeten Buchstaben gekennzeichnet wird. Marken, die sich reimen, sind infolge des ähnlichen Wortklanges meistens verwechselbar. Je nach der Ausgestaltung einer Marke ziehen ihre verschiedenen Bestandteile die Aufmerksamkeit der Markenadressaten in unterschiedlichem Ausmass an und beeinflussen sie deshalb auch den in der Erinnerung verbleibenden Gesamteindruck unterschiedlich stark. So finden der Wortanfang bzw. der Wortstamm sowie die Endung, insbesondere wenn sie bei der Aussprache betont wird, in der Regel grössere Beachtung als dazwischen geschobene, unbetonte weitere Silben. Im Weiteren misst das Publikum Markenbestandteilen, die es von ihrem Sinngehalt her sogleich als beschreibend erkennt, für die Kennzeichnung der Waren in der Regel unwillkürlich weniger Gewicht zu als originellen Markenbestandteilen. Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass längere Wörter sich dem Gedächtnis weniger gut einprägen als Kurzwörter, so dass Unterschiede leichter überhört und überlesen werden (Urteil des Bundesgerichts 4C.258/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 2.4; David, a.a.O., Art. 3 N 17, 19 u. 22).

Da das Markenrecht nur die eingetragene Marke schützt, ist diese zum Vergleich heranzuziehen und nicht etwa das tatsächlich gebrauchte Zeichen (David, a.a.O., Art. 3 N 12 u. Art. 11 N 17).

1.1.27. Vorliegend ist unbestritten, dass die Parteien dieselben Waren an denselben Kundenkreis vertreiben. Da identische Waren angeboten werden, ist ein besonders strenger Massstab anzulegen. Zudem handelt es sich bei "AA._____" um eine starke Marke, da es sich um einen Phantasiebegriff handelt. Es ist unbestritten, dass es sich um Spezialprodukte handelt, die ausschliesslich für Fachkreise angeboten werden, was auf eine höhere Aufmerksamkeit und ein besseres Unterscheidungsvermögen der Abnehmer schliessen lässt.

Sowohl der erste als auch der letzte Buchstabe der beiden Begriffe ist identisch. Beide Begriffe haben vier Buchstaben und unterscheiden sich lediglich durch die mittleren beiden Buchstaben. Es handelt sich um sehr kurze Begriffe, was zu einer besseren Merkbarkeit führt und Unterschiede besser erkennen lässt. Beide Begriffe werden in Grossschreibung verwendet. Als zweite Buchstaben stehen sich ... und ... gegenüber. Diese unterscheiden sich bei Grossschreibung im Schriftbild deutlich voneinander, das nach oben spitzige, weist keinerlei Ähnlichkeiten mit dem auf. Auch in der Aussprache unterscheiden sie sich deutlich. So wird bei "AA._____" das erste ... eher kurz ausgesprochen und bei "BBA._____" das ... eher lang. An dritter Stelle stehen sich ein ... und ein ... gegenüber. Bei Grossschreibung unterscheiden sich diese beiden ebenfalls deutlich voneinander. Das rechtwinklig angeordnete F ist auch bei schnellem und flüchtigem Lesen nicht mit dem auf seiner ... stehenden ... verwechselbar. Phonetisch hingegen stehen sie sich näher als optisch. Wie das Oberlandesgericht Düsseldorf ausführte, handelt es sich bei beiden um Labiodentallaute (act. 46 S. 9). In gewissen Worten wird das ... wie ein ... ausgesprochen. Daher rührt auch der in den Primarschulen vermittelte Merkspruch "... und ...", auf den der klägerische Rechtsvertreter hinweist. In anderen Worten wird das V jedoch wie ein W ausgesprochen, wie dies auch bei "BBA._____" der Fall ist, und zwar sowohl im schweizerisch geprägten Hochdeutschen als auch im Dialekt. Die Aussprachen von ... und ... mögen zwar linguistisch miteinander verwandt sein, klingen jedoch

im hier interessierenden Zusammenhang unterschiedlich. Obwohl beide Begriffe den gleichen Anfangs- und Endbuchstaben, die gleiche Anzahl Buchstaben – Vokale wie Konsonanten – haben, unterscheiden sie sich sowohl im Schriftbild als auch in der Aussprache erheblich voneinander. Auch wenn dem Mittelteil in der Regel weniger Aufmerksamkeit gewidmet wird, so führt der unterschiedliche Mittelteil bei den vorliegenden, lediglich aus vier Buchstaben bestehenden Begriffen "AA._____" und "BBA._____" zu einer guten Unterscheidbarkeit sowohl im Schriftbild als auch in der Aussprache. Wesentlich ist auch, dass "AA._____" ein Phantasiebegriff ist, "BBA._____" hingegen ein bekanntes Wort mit vielfacher Bedeutung – insbesondere „...“, „...“ oder als Plural von ..., was „...“, „...“ bedeutet; zudem auch als Vor- und Familienname – welches in der Schweiz gut verstanden wird. Konkret handelt es sich überdies um die Anschaffung von Speziallampen für die Fleischbranche, bei welcher vom Adressatenkreis eine höhere Aufmerksamkeit erwartet werden darf, als bei der breiten Konsumentenmasse in einem Supermarkt. Bei diesem Hintergrund scheint eine Verwechslung der beiden kurzen Begriffe "AA._____" und "BBA._____" ausgeschlossen und es besteht keine Verwechslungsgefahr. Den Erwägungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf kann bezüglich der Markenrechtsverletzung nicht gefolgt werden. Es besteht auch keine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 lit. d UWG, welche nach den gleichen Prinzipien beurteilt wird wie die markenrechtliche.

1.1.28. Zum Vorwurf der UWG-Verletzung durch Erwecken des Eindrucks, es handle sich bei der „BBA._____" um eine neue Generation von Fleischlampen, ist im Ergebnis dem Urteil vom 3. Juli 2007 des Oberlandesgerichts Düsseldorf (act. 46 S. 9 f.) zuzustimmen. Die Bezeichnung „BBA._____" wird, wie dort ausgeführt, nicht als beschreibende Angabe verstanden. Vor allem kann ihr nicht entnommen werden, es handle sich bei dem mit dieser Bezeichnung versehenen Beleuchtungsmittel um eine technische Neuheit oder um ein Produkt überdurchschnittlicher Güte, wie ergänzend anzuführen ist. Es geht vielmehr um eine Wortkombination mit Phantasiegehalt, die zwar dahingehend Assoziationen erwecken kann wie, es handle sich um ein neues Produkt im Sortiment des Anbieters oder es handle sich – in Anlehnung an die BBA._____" als Stern – um ein leuchtendes Objekt oder sogar um ein neues leuchtendes Objekt. Über die Qualität des Pro-

duktes enthält die Bezeichnung jedoch keine Aussage, die über eine nichtssagende Anpreisung hinausginge. Erst recht gilt dies, wenn man berücksichtigt, dass sich diese Anpreisung, wie bereits erwähnt, durchwegs an einen fachkundigen Adressatenkreis richtet.

1.1.29. Auch Rechtsbegehren 5 erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

5.7. Rechtsbegehren 6, 7 und 8 (Stufenklage)

1.1.30. Im Sinne einer Stufenklage verlangt die Klägerin von der Beklagten 1 mit Rechtsbegehren 6 Auskunft und Rechnungslegung betreffend den Nettogewinn aus Lieferungen an namentlich genannte Kunden und Vertriebspartner in der Schweiz und im Ausland sowie mit den Rechtsbegehren 7 und 8 die Herausgabe dieses Gewinnes bzw. eventualiter Schadenersatz in der Höhe dieses Gewinnes gestützt auf Art. 9 Abs. 3 UWG. Die Beklagte 1 habe Kunden der Klägerin durch Verletzung von Geschäftsgeheimnissen und durch unwahre Angaben über die Klägerin abgeworben. Gestützt auf Art. 3 lit. a UWG und Art. 6 UWG je in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 UWG und Art. 423 OR bzw. Art. 41 Abs. 1 OR sei die Beklagte 1 zur Erteilung von Auskunft sowie Gewinnherausgabe bzw. Leistung von Schadenersatz verpflichtet (act. 1 S. 4 f. und S. 59 ff. Rz. 142 ff.).

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte 1 habe durch den Beklagten 2 Adressen von Kunden, Preislisten sowie die Lieferantenbeziehung der Klägerin zur Leuchtstoffröhren-Herstellerin N._____ unrechtmässig erfahren und verwertet. Sie habe kein Recht gehabt, diese Geschäftsgeheimnisse zu kennen und zu verwerten. Selbst der Beklagte 2 habe nur von den den Schweizer Markt betreffenden Geschäftsgeheimnissen rechtmässige Kenntnis gehabt, da er nur für den Schweizer Markt als Agent zuständig gewesen sei. Die Beklagte 1 habe sich über den Beklagten 2 unrechtmässig die Kunden- und Preislisten sowie weitere für das Abwerben nützliche Informationen, beispielsweise die Produktwünsche der betreffenden Vertriebspartner beschafft. Zudem habe sie die Anstellung des Beklagten 2 bei der D._____ genutzt, um bei der N._____ Leuchtstoffröhren für den eigenen Vertrieb herstellen zu lassen. Zudem habe die Beklagte 1 die unrechtmässig be-

schaften Geschäftsgeheimnisse anschliessend auch unrechtmässig verwertet, um Vertriebspartner und Kunden der Klägerin abzuwerben (act. 1 S. 60 f. Rz. 143 ff.).

In Bezug auf die Abwerbung des in das Vertriebssystem der Klägerin eingebundenen Händlers T. _____ sei zudem urkundlich nachgewiesen, dass die Beklagte 1 durch den Beklagten 2 die Klägerin durch die falsche Behauptung herabgesetzt habe, die Klägerin gehe möglicherweise bald in Konkurs. Es liege auf der Hand, dass solche Ankündigungen einen Vertriebspartner sehr rasch dazu bewegen könnten, zu einem anderen Lieferanten zu wechseln (act. 1 S. 61 Rz. 148).

Die Klageänderung mittels zusätzlicher Begründung ihres Auskunfts-, Gewinnherausgabe- bzw. eventualiter Schadenersatzanspruchs mit weiteren UWG-Verletzungen in der Replik (act. 21 S. 52 ff.) wurde mit Beschluss vom 26. Juli 2007 nicht zugelassen (act. 48).

1.1.31. Voraussetzung für Auskunfts-, Gewinnherausgabe- bzw. Schadenersatzansprüche der Klägerin sind UWG-Verletzungen durch die Beklagte 1 (Art. 9 UWG; Baudenbacher, a.a.O., Art. 9 N. 265). Im Folgenden wird auf die von der Klägerin hinsichtlich Rechtsbegehren 6, 7 und 8 behaupteten UWG-Verletzungen der Beklagten 1 eingegangen.

1.1.31.1. Planmässige Auskundschaftung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen

Die Klägerin macht geltend, der Beklagte 2 habe zugunsten der Beklagten 1 planmässig und systematisch Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse der Klägerin ausgekundschaftet (act. 21 S. 52 Rz. 165).

Gemäss Art. 6 UWG handelt unlauter, wer Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse, die er ausgekundschaftet oder sonst wie unrechtmässig erfahren hat, verwertet oder anderen mitteilt. Lauterkeitsrechtlich kann nicht belangt werden, wer rechtmässig ein Geheimnis erlangt (Baudenbacher, a.a.O., Art. 6 N. 45). Es entspricht dem legitimen Interesse jedes Arbeitnehmers, sich intern fachlich weiterzubilden. Dazu gehört auch und gerade das planmässige Aufnehmen und Erfas-

sen von Methoden, Technik, Know-how und Geschäftsbeziehungen (Baudenbacher, a.a.O., Art. 6 N. 50). So entschied auch der deutsche Bundesgerichtshof, dass einem Handelsvertreter die Verwertung von Kundenadressen, die ihm während seiner Tätigkeit für das früher vertretene Unternehmen bekannt geworden sind, nicht verwehrt werden dürfe (Baudenbacher, a.a.O., Art. 6 N. 51, mit Verweisung auf BGH, WRP 1999, 912, 914).

Vorliegend ist nicht mehr streitig, dass der Beklagte 2 im Rahmen seiner Tätigkeit für die D._____ Kenntnis von den Lieferanten, Kunden und Vertriebspartnern der Klägerin in der Schweiz und im Ausland erhielt (act. 1 S. 61 Rz. 146 betreffend den Schweizer Markt; act. 10 S. 17 ff. Rz. 54 ff. i.V.m. act. 21 S. 41 ff. Rz. 121 ff. betreffend die ausländischen Vertriebspartner). Gleiches gilt in Bezug auf die Bezugsquellen (act. 10 S. 13 Rz. 46 i.V.m. act. 21 S. 37 Rz. 108). Soweit der Beklagte 2 diese Daten – wie von der Klägerin behauptet – verwertete und auch weiterhin verwertet, so geschieht dies im Rahmen seiner neuen Tätigkeit für die Beklagte 1 und nicht etwa durch einen Verkauf dieser Daten an Dritte (act. 1 S. 18 ff. Rz. 19 ff.).

Somit erlangte der Beklagte 2 weder auf unrechtmässige Art und Weise Kenntnis von Lieferanten, Kunden und Vertriebspartnern der Klägerin, noch ist die Verwertung dieser Kenntnis durch die Beklagte 1 unrechtmässig.

1.1.31.2. Planmässige Täuschung von Kunden, Vertriebspartnern und Herstellern

Die Klägerin macht geltend, die Beklagten hätten Kunden, Vertriebspartner und Hersteller betreffend das Verhältnis des Beklagten 2 zur Klägerin getäuscht (act. 21 S. 52 Rz. 165 i.V.m. S. 12 Rz. 26 ff.).

Hierzu kann auf die Ausführungen zu Rechtsbegehren 2 verwiesen werden (oben Ziff. 5.3). Die diesbezüglichen Behauptungen der Klägerin liessen sich beweismässig nicht erhärten, womit sich der Vorwurf der planmässigen Täuschung als unbegründet erweist.

1.1.31.3. Abwerbung durch unwahre Angaben über die Klägerin

Die Klägerin macht geltend, die Beklagten hätten durch unwahre Angaben über die Klägerin Vertriebspartner abgeworben (act. 21 S. 37 Rz. 107 und S. 53 Rz. 168 mit Verweisung auf act. 1 Rz. 148). Die Beklagten hätten die Klägerin gegenüber dem Händler T._____ durch die falsche Behauptung herabgesetzt, die Klägerin gehe möglicherweise bald in Konkurs. Es liege auf der Hand, dass solche Ankündigungen einen Vertriebspartner sehr rasch dazu bewegen könnten, zu einem anderen Lieferanten zu wechseln (act. 1 S. 61 Rz. 148). Anlässlich einer Besprechung mit den Herren J._____ und T._____ im März 2004 in U._____, ..., habe der Beklagte 2 den beiden Visitenkarten der Beklagten 1 übergeben und den beiden Herren gesagt, er wolle die Klägerin zusammen mit O._____ übernehmen, Frau R._____ behindere aber den Generationenwechsel, und er könne den Herren J._____ und T._____ nur empfehlen, in CC._____ [Land] für ihn – d.h. für die Beklagte 1 – zu arbeiten. Es sei durchaus möglich, dass die Klägerin in den nächsten Monaten insolvent würde, und dann würden er und O._____ die Klägerin sowieso übernehmen. Während Herr J._____ nach diesem Gespräch den Kontakt zum Beklagten 2 abgebrochen habe, habe T._____ den wahrheitswidrigen Angaben des Beklagten 2 Glauben geschenkt und den Kontakt zu diesem intensiviert. Der Beklagte 2 habe in der Folge T._____ wahrheitswidrig gesagt, die V._____ GmbH, CC._____ [Land], welche für die Klägerin eine bestimmte Anzahl Leuchten produziere, halte sich aufgrund ungenügender Bestellungen der Klägerin nicht mehr an den Kontakt zur Klägerin gebunden. Als Folge dieser unwahren Angaben habe T._____ zur Beklagten 1 gewechselt und vertreibe keine Produkte der Klägerin mehr (act. 1 S. 40 f. Rz. 74 ff.).

Die Beklagten bestätigen in der Klageantwort, dass der Beklagte 2 die Herren J._____ und T._____ am 5. Dezember 2003 kennenlernte, sie nach dieser Besprechung kontaktierte und am 11. März 2004 in U._____ traf. Das Treffen in U._____ habe jedoch in Absprache und im Einverständnis mit O._____ stattgefunden, und der Beklagte 2 sei auch im Namen der D._____ aufgetreten. Die klägerischen Angaben zum Inhalt des Gesprächs seien falsch. Der Beklagte 2 habe weder Aussagen zu einer bevorstehenden Übernahme der Klägerin noch zu de-

ren Finanzlage gemacht, obschon diese damals alles andere als rosig gewesen sei. Auch habe der Beklagte 2 die von der Klägerin behaupteten Aussagen betreffend das Verhältnis der Klägerin zur V._____ nicht gemacht. Er habe weder damals noch heute gewusst, welche Absprachen zwischen der Klägerin und der V._____ bestehen und in welchen Mengen oder zu welchen Konditionen die Klägerin bei der V._____ produzieren lasse. T._____ habe denn auch nicht zur Beklagten 1 gewechselt. Nach dem Kenntnisstand der Beklagten vertreibe T._____ zwar in CC._____ Produkte der Beklagten 1, beziehe diese aber von einem Zwischenhändler und vertreibe daneben auch noch Produkte anderer Lieferanten (act. 10 S. 19 f. Rz. 60 ff.).

Die Klägerin nimmt in ihrer Replik zu diesen Ausführungen der Beklagten in den Randziffern 60 - 62 der Klageantwort (act. 10) nicht Stellung (act. 21 S. 42 f. Rz. 127 f.). Insbesondere bestritt die Klägerin nicht, dass Herr T._____ nicht für die Beklagte 1 arbeitet, sondern Produkte der Beklagten 1 von einem Zwischenhändler bezieht und auch Produkte anderer Hersteller vertreibt.

Wettbewerbsverstösse, die nicht in der Verwertung einer fremden Rechtsposition begründet liegen, gewähren keinen Gewinnherausgabeanspruch. Dies ist beispielsweise der Fall bei Herabsetzung gemäss Art. 3 lit. a UWG (Baudenbacher, a.a.O., Art. 9 N. 257). Ein Gewinnherausgabeanspruch der Klägerin gestützt auf die von ihr behaupteten herabsetzenden Äusserungen der Beklagten kommt damit von vornherein nicht in Frage. Zu prüfen bleibt der eventualiter geltend gemachte Schadenersatzanspruch.

Voraussetzung eines Schadenersatzanspruches und eines daraus abgeleiteten Auskunftsanspruches gemäss Art. 9 Abs. 3 UWG ist ein Kausalzusammenhang zwischen der unlauteren Handlung und dem finanziellen Nachteil des Ansprechers (Baudenbacher, a.a.O., Art. 9 N. 194). T._____ vertreibt, sollten die klägerischen Behauptungen zutreffen, aufgrund der beklagtischen herabsetzenden Aussagen heute keine klägerischen, sondern beklagtische Lampen. Unbestritten blieb jedoch, dass er dies nicht als Mitarbeiter der Beklagten 1 tut, sondern die beklagtischen Lampen von einem Zwischenhändler bezieht und auch Produkte anderer Hersteller vertreibt. Weshalb nun aber gerade diese Person, T._____, für den

Lampenverkauf in CC._____ besonders wichtig ist, wurde nicht dargelegt. Es handelt sich bei T._____ offensichtlich auch nicht um einen Endabnehmer, welcher Lampen für den Gebrauch kauft, sondern um einen Händler. Damit der behauptete Wettbewerbsverstoss für finanzielle Einbussen der Klägerin kausal sein könnte, müsste T._____ auf dem ... Lampenmarkt [in CC._____] eine Schlüsselposition zukommen. Seine Wahl der Bezugsquelle müsste auf dem ... Markt [in CC._____] massgebend oder zumindest spürbar für den Absatz der einzelnen Produkte sein. Alleine eine Kausalität zwischen den behaupteten herabsetzenden Äusserungen der Beklagten und dem Wahlentscheid T._____s für die beklagti-schen Produkte vermöchte noch keine Kausalität zu einem finanziellen Nachteil der Klägerin zu begründen. Es liegen keinerlei Behauptungen der Klägerin zu einem solchen Kausalzusammenhang vor, welche zum Beweis verstellt werden könnten. Es spielt damit weder eine Rolle, ob die Beklagten die von der Klägerin behaupteten Äusserungen tatsächlich machten, noch ob solche Äusserungen gegen das UWG verstossen würden. Die Klägerin erhebt diese Vorwürfe lediglich im Zusammenhang mit ihren Rechtsbegehren betreffend Auskunft, Gewinnherausgabe und Schadenersatz. Fehlt es ohnehin am Kausalzusammenhang bzw. wurde ein solcher nicht genügend behauptet, so können diese Fragen offen gelassen werden.

1.1.31.4. Weitere behauptete UWG-Verletzungen in Randziffer 169 der Replik

In Randziffer 169 der Replik verweist die Klägerin auf weitere unlautere Abwerbemethoden der Beklagten 1 (act. 21 S. 53 f.):

Auf den Vorwurf der Abwerbung durch unlautere Nachahmung der AAA._____ wurde mit Beschluss vom 26. Juli 2007 (act. 48) nicht eingetreten.

Bezüglich der Vorwürfe der Abwerbung durch unlautere Anlehnung an den guten Ruf der AAA._____ und der Abwerbung durch unlautere Verwendung des mit der klägerischen Marke "AA._____" verwechselbaren Zeichens "BBA._____" bzw. "BBA._____ ..." kann auf die diesbezüglichen Ausführungen zu Rechtsbegehren 5 verwiesen werden. Es liegen in diesem Zusammenhang keine Markenrechts- und UWG-Verletzungen vor (oben Ziff. 5.6).

Zum Vorwurf der Abwerbung durch unlautere Kontaktierung von Abnehmern schon während der Tätigkeit des Beklagten 2 für die D._____ und zum Vorwurf der Abwerbung durch Nicht-Information über den Austritt des Beklagten 2 bei der D._____ bzw. Täuschung über die Zugehörigkeit der Beklagten 1 und 2 zur Konkurrenz kann auf die vorangegangenen Ausführungen zu Rechtsbegehren 2 verwiesen werden. Die diesbezüglichen Vorwürfe betreffend UWG-Verletzungen dringen nicht durch (oben Ziff. 5.3).

Zum Vorwurf der Abwerbung durch unbefugte Übernahme der "... " [Ratgebertext] der Klägerin ist auf Folgendes hinzuweisen: In der Klagebegründung weist die Klägerin darauf hin, dass die Beklagte 1 den der Klägerin zustehenden Text der "... " [Ratgebertext] im Jahre 2004 auf ihrer Website veröffentlicht habe. Nach entsprechender Abmahnung am 5. November 2004 durch die Klägerin habe die Beklagte 1 den fraglichen Text von ihrer Website entfernt (act. 1 S. 44 f. Rz. 89 ff.). Weder in der Klagebegründung, noch in der Replik legt die Klägerin dar, dass bzw. inwiefern diese kurzfristige Veröffentlichung auf der beklagischen Website zu einem ungerechtfertigten Gewinn der Beklagten 1 bzw. zu einem Schaden der Klägerin geführt haben sollte, geschweige denn in welcher Höhe. Die Klägerin wies denn in der Klagebegründung auch explizit darauf hin, dass der diesbezügliche Sachverhalt für die vorliegende Klage deshalb von Bedeutung sei, weil er einen weiteren Beleg für das von den Beklagten 1 und 2 praktizierte "Geschäftsmodell" darstelle, Arbeitsergebnisse und Geschäftsgeheimnisse renommierter Unternehmungen widerrechtlich zu beschaffen und wirtschaftlich zu nutzen (act. 1 S. 45 Rz. 92). Auch in der Replik finden sich – abgesehen vom zweizeiligen Hinweis auf Seite 54 – keine Hinweise zu einem daraus resultierenden Auskunfts-, Gewinnherausgabe- oder Schadenersatzanspruch. Die Klägerin hat ein diesbezügliches Klagefundament nicht ansatzweise dargetan.

Zum Vorwurf der Abwerbung durch unlautere Beanspruchung von der Klägerin, nicht aber der Beklagten 1 zustehenden Qualifikationen (ins. "wir produzieren weltweit ...") kann auf die vorangegangenen Ausführungen zu Rechtsbegehren 4 verwiesen werden. Auch diese Vorwürfe sind nicht gerechtfertigt (oben Ziff. 5.5.6).

1.1.32. Fazit

Keine der von der Klägerin unter diesem Titel behaupteten Handlungen der Beklagten 1 sind als unlauter zu qualifizieren. Damit stehen der Klägerin keine Gewinnherausgabe- bzw. Schadenersatzansprüche und keine daraus abzuleitenden Auskunftsansprüche gegen die Beklagte 1 zu. Die Rechtsbegehren 6, 7 und 8 sind abzuweisen.

5.8. Ergänzende Rechtsbegehren ER 2 und ER 3

Mit den ergänzenden Rechtsbegehren 2 und 3 beantragt die Klägerin die Feststellung und Urteilspublikation von UWG-Verletzungen durch den Beklagten 2. Dabei handelt es sich um die im Zusammenhang mit den Hauptrechtsbegehren geltend gemachten Sachverhalte (act. 21 S. 4 Rz. 7 u. S. 11 Rz. 24 ff.). Da die von der Klägerin behaupteten Handlungen beider Beklagten nicht als unlauter zu qualifizieren sind, sind die ergänzenden Rechtsbegehren ER 2 und ER 3 ebenfalls abzuweisen.

5.9. Ergebnis

Sämtliche klägerischen Rechtsbegehren sind abzuweisen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden sind.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig; dabei ist anzumerken, dass die Klägerin auch hinsichtlich des gegenstandslos gewordenen Teils ihrer Klage als Unterliegende zu betrachten ist, da die Klage auch bezüglich Rechtsbegehren 3 abzuweisen gewesen wäre, wenn die Website der Beklagten 1 noch aktiv gewesen wäre (vgl. dazu oben Ziff. 5.5). Damit sind ihr die Gerichtskosten aufzuerlegen, und sie ist zu verpflichten, den Beklagten eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§§ 64 ff. ZPO/ZH). Der Streitwert beträgt CHF 750'000.– (Prot. S. 5 f.; § 22 Abs. 2 ZPO/ZH).

Das Gericht beschliesst:

1. Mit Bezug auf Rechtsbegehren 3 wird das Verfahren als gegenstandslos geworden erledigt abgeschlossen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 50'000.-; die weiteren Kosten betragen: Zeugenentschädigung CHF 150.-.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den beiden Beklagten gemeinsam eine Prozessentschädigung von insgesamt CHF 70'000.- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
3. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 750'000.-.

Zürich, 30. April 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller

lic. iur. Azra Hadziabdic