

AG_HANDELSGERICHT HOR.2025.7 vom 10. März 2026

Ag Handelsgericht, 2026-03-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_handelsgericht_HOR.2025.7

FR: AG_HANDELSGERICHT HOR.2025.7 du 10 mars 2026

IT: AG_HANDELSGERICHT HOR.2025.7 del 10 marzo 2026

Regeste

Nichtigkeit der Klagemarke. Marken- und UWG-Verletzungen der ALDI "Feine Schokoladenkugeln" sowie der "Délice-Kugeln".

Erwägungen

E. 2

Die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend "Beklagte") ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Jonschwil (SG). Sie bezweckt insbesondere den Handel mit und den Vertrieb von Waren aller Art, einschliesslich sämtlicher vorgelagerter Stufen (KB 18).

E. 2.1

Allgemeines Gemäss Art. 55 Abs. 1 MSchG kann, wer in seinem Recht an der Marke oder an einer Herkunftsangabe verletzt oder gefährdet wird, vom Richter unter anderem verlangen, a) eine drohende Verletzung zu verbieten oder b) eine bestehende Verletzung zu beseitigen. Dieses Recht hat gestützt auf Art. 55 Abs. 4 MSchG grundsätzlich auch der Lizenznehmer, so dass die markenrechtliche Aktivlegitimation der Klägerinnen 1 und 2 vorliegend gegeben ist. Das Markenrecht verleiht dem Inhaber das ausschliessliche Recht, die Marke zur Kennzeichnung der Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, zu gebrauchen und darüber zu verfügen (Art. 13 Abs. 1 MSchG). Der Markeninhaber kann gemäss Art. 13 Abs. 2 MSchG anderen entsprechend verbieten, ein Zeichen zu gebrauchen, das nach Art. 3 Abs. 1 MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen ist, so insbesondere das Zeichen auf Waren oder deren Verpackung anzubringen (lit. a), unter dem Zeichen Waren anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu diesem Zweck zu lagern (lit. b).

E. 2.2

Nichtigkeit der Klagemarke

E. 2.2.1

Gemeingut

E. 2.2.1.1

Parteibehauptungen 2.2.1.1.1. Beklagte Die Beklagte behauptet zunächst, die Klagemarke sei nicht originär unterscheidungskräftig. Auch Formen, die zum Gemeingut (Art. 2 lit. a MSchG) zählen und nicht unterscheidungskräftig seien, könnten zwar in Kombination mit anderen Gestaltungselementen unterscheidungskräftig sein. Dies treffe auf die (kombinierte Form-/Bild-) Klagemarke indessen nicht zu. Die Form (Kugel in Wickler) sei absolut freihaltebedürftig. Lediglich die Verzierung (St. Galler Spitzen) und das durchgestrichene Oval könnten der Klagemarke originäre Unterscheidungskraft verleihen.

Dabei würden die St. Galler Spitzen als reine Verzierung bzw. Dekoration wahrgenommen werden und die Etikette könnte kaum banaler gestaltet sein. In dieser Kombination würde kein betrieblicher Herkunftshinweis gesehen werden (Antwort Rz. 323–326). Vielmehr bräuchte es gut erkennbare und unterscheidungskräftige zweidimensionale Merkmale, um aus einer absolut freihaltebedürftigen Grundform eine unterscheidungskräftige Marke zu machen (Duplik Rz. 236). Die von den Klägerinnen 1 und 2 angeführte Rechtsprechung würde dies gerade belegen (Duplik Rz. 237). Namentlich in Waren- bzw. Verpackungsformen werde im Unterschied zu abstrakten Bildzeichen nur dann ein betrieblicher Herkunftshinweis erkannt, wenn Elemente gegeben seien, die über funktionale oder ästhetische Aspekte hinausgingen (Duplik Rz. 235). Dies würden diverse Entscheidungen im Ausland betreffend die Verweigerung des Schutzes der Klagemarke zusätzlich belegen (Antwort Rz. 187 ff.; Duplik Rz. 136; AB 69; AB 114 und 115). Schliesslich könne aus der Berühmtheitsumfrage (KB 32) nichts betreffend die originäre Unterscheidungskraft hergeleitet werden. Ein Zeichen müsse aus sich selbst heraus und unabhängig von seinem Gebrauch unterscheidungskräftig sein (Antwort Rz. 326). Entgegen den Klägerinnen 1 und 2 begründe der Registereintrag keine Vermutung der Rechtsbeständigkeit einer Marke (Stn. zur Widerklageduplik Rz. 14). Es sei nicht an der Beklagten, eine allfällige Fehlerhaftigkeit der Erstbeurteilung nachzuweisen (Stn. zur Widerklageduplik Rz. 16). Weiter bringt die Beklagte vor, es fehle der Klagemarke an derivativer Unterscheidungskraft mittels Verkehrsdurchsetzung. Die Berühmtheitsumfrage der Klägerinnen 1 und 2 (KB 32) sei mangelhaft. Namentlich sei sie in der Vorweihnachtszeit durchgeführt worden und sei damit bewusst schöngefärbt. Weiter sei der angebliche Kenntniswert von 97.7 % zu hoch. Die Angabe "Kommt mir bekannt vor" (13.5 %) belege keine gesicherte

- 21 - Kenntnis. Anders als es die Klägerinnen 1 und 2 behaupten, sei den Befragten der Warenbereich (Schokolade) bekannt gewesen. Die Beklagte behauptet überdies, die genannten Zahlen könnten nicht zutreffen (Antworten würden sich ausschliessen und mehr als 100 % ergeben). In Bezug auf den Nachweis eines guten Rufs der LINDOR-Kugeln seien die Fragestellung ("Handelt es sich hierbei um ein eher hochwertiges Produkt oder eher durchschnittliches Produkt?") und die begrenzten Antwortmöglichkeiten suggestiv (Antwort Rz. 70–81). Schliesslich handle es sich ohnehin nicht um ein Verkehrsdurchsetzungsgutachten. Hierfür wäre es nötig gewesen, den Bekanntheits-, Kennzeichnungs- und den Zuordnungsgrad zu ermitteln, was nicht geschehen sei (Antwort Rz. 328 und 330). Darüber hinaus sei die Berühmtheitsumfrage in zeitlicher Hinsicht irrelevant. Da sie vom Dezember 2023 datiere, könne nicht belegt werden, dass sich die Klagemarke im massgeblichen Zeitpunkt ihrer Anmeldung (2004) durchgesetzt hätte (Antwort Rz. 329). Es sei indessen auf den Anmeldezeitpunkt abzustellen. Eine materiell nie existent gewesene Marke könne nicht nachträglich mittels Verkehrsdurchsetzung gültig werden (Duplik Rz. 240 ff.). Zwar sei es notwendig, die Verkehrsdurchsetzung in einem Zivilverfahren nochmals nachzuweisen, dies führe jedoch nicht zu einer Heilung der nichtigen Marke (Duplik Rz. 241). Weder auf den Goldhasen-Entscheid (BGer 4A_587/2021)- noch auf den Keytrader-Entscheid (BGE 140 III 297) könne für die Frage des Zeitpunkts der Verkehrsdurchsetzung abgestellt werden (Duplik Rz. 243; erster Parteivortrag der Beklagten Rz. 2). Ausserdem lasse die Berühmtheitsumfrage gänzlich ausser Acht, dass bereits die absolut freihaltebedürftige Grundform der LINDOR-Kugeln mit den Klägerinnen 1 und 2 assoziiert werde. Somit könne die Berühmtheitsumfrage nicht zeigen, ob das Publikum die Klagemarke infolge der

absolut freihaltebe- dürftigen Grundform oder gestützt auf die zusätzlichen Elemente (Verzierungen und Oval mit Strich) mit den Klägerinnen 1 und 2 assoziiere (Antwort Rz. 147 f. und 331 ff.). Überdies lasse sich auch anhand der klägerischen Verkehrsdurchsetzungsumfrage keine Verkehrsdurchsetzung der Klagemarke nachweisen. Die Rohdaten seien nachträglich von den Klägerinnen 1 und 2 bearbeitet worden (Duplik Rz. 140). Eine Abbildung in Schwarz-Weiss sei für den Nachweis einer Marke ohne Farbanspruch ungeeignet – erst recht, wenn eine schwarze LINDOR-Kugel vertrieben werde (Duplik Rz. 141 f.). Die Umfrage lasse ebenfalls ausser Acht, dass bereits die absolut freihaltebedürftige Wicklerform von vielen Schweizern den Klägerinnen 1 und 2 zugeordnet werde. Auf Zuordnungen der Wicklerform wegen könne es aber nicht ankommen (Antwort Rz. 331 f.). Ferner seien die verwendeten Fragestellungen bei Formmarken untauglich. Es müsse durch die Fragen sichergestellt werden, dass die betriebliche Zuordnung nicht aufgrund der Bekanntheit des Produkts, sondern infolge der Markenbekanntheit erfolge (Duplik Rz. 143 ff.; zum Ganzen Duplik Rz. 249). Schliesslich entspreche

- 22 - die Verkehrsdurchsetzungsumfrage auch nicht den Vorgaben des IGE und der ständigen Rechtsprechung (Stn. zur Widerklageduplik Rz. 23). 2.2.1.1.2. Klägerinnen 1 und 2 Gemäss den Klägerinnen 1 und 2 hebe sich die Klagemarke in ihrem Gesamteindruck derart auffällig von allen anderen auf dem Markt befindlichen Schokoladenkugeln ab, dass der Durchschnittsverbraucher in ihr einen Herkunftshinweis sehe. Die Eintragung einer Marke lasse ihre Rechtsbeständigkeit vermuten, weshalb es an der Beklagten sei, den Ausschluss vom Markenschutz nachzuweisen. Dies gelinge ihr aber nicht (Widerklageduplik Rz. 5 ff.). Keine einzige auf dem Schweizer Markt erhältliche Schokoladenkugel weise die prägenden Ausstattungselemente der Klagemarke auf. Die Klagemarke sei deshalb originär unterscheidungskräftig (Klage Rz. 121; Widerklageduplik Rz. 14). Zudem schütze die Klagemarke im Unterschied zur Sachlage in BGer 4A_129/2007 nicht bloss eine abstrakte Wicklerform, sondern die konkrete Produktgestaltung der LINDOR-Kugeln (metallener, glänzender Korpus, zentraler ovaler Rahmen in horizontaler Linie und transparente Flügel mit Verzierungen, die sich kontrastreich vom Korpus absetzen würden) (Klage Rz. 122; Replik Rz. 151 und 242; Noveneingabe Klägerinnen 1 und 2 Rz. 18 f.). Dass allenfalls die einzelnen Elemente der Klagemarke isoliert betrachtet nicht unterscheidungskräftig und/oder freihaltebedürftig sein könnten, sei irrelevant. Es komme auf den unterscheidungskräftigen Gesamteindruck an, der auch aus der Kombination einzelner gemeinfreier Elemente entstehen könnte (Klage Rz. 123). Bei der Klagemarke handle es sich nicht um eine absolut freihaltebedürftige Grundform (Replik Rz. 252). Die Klagemarke sei originär und sonst derivativ unterscheidungskräftig, sowie offensichtlich als Herkunftshinweis auf das Unternehmen der Klägerinnen 1 und 2 dienlich, was sich aus der eingereichten Berühmtheitsumfrage vom Dezember 2023 (KB 32) ergebe. Die Berühmtheitsumfrage lasse den Schluss zu, dass 87 % der Befragten die LINDOR-Kugel ohne Wortelement mit den Klägerinnen 1 und 2 in Verbindung bringe. Aus einer solch hohen Berühmtheit folge selbstverständlich auch eine sehr hohe erworbene Kennzeichnungskraft der Marke. Das Bundesgericht habe im vergleichbaren "Goldhasen-Urteil" eine Verkehrsdurchsetzung gestützt auf eine identische Berühmtheitsumfrage als bewiesen erachtet (Replik Rz. 156 und 249; Widerklageduplik Rz. 17 f.). Die Kennzeichnungskraft stehe zudem im Zusammenhang mit den langjährigen bedeutsamen Vertriebszahlen und intensiven Werbeanstrengungen für die LINDOR-Kugel (Klage Rz. 126). Massgebend für den Beweis der Unterscheidungskraft der Marke sei der Zeitpunkt des Einleitens des Zivilprozesses und nicht derjenige der Markeneintragung (Replik Rz. 247). Da es sich bei

der Klagemarke nicht um eine absolut freihaltebedürftige Grundform handle, könne aus ihren Merkmalen und damit auch aus der eingereichten Berühmtheits- und

- 23 - Verkehrsdurchsetzungsumfrage eine Verkehrsdurchsetzung abgeleitet werden (Replik Rz. 252). Um die Bedenken der Beklagten betreffend die Berühmtheitsumfrage auszuräumen, hätten die Klägerinnen 1 und 2 zusätzlich eine ordentliche Verkehrsdurchsetzungsumfrage (KB 108 und 109) nach den Vorgaben des IGE und der ständigen Rechtsprechung durchführen lassen (Widerklage- duplik Rz. 20). Die Umfrage habe einen Bekanntheitsgrad von 96.9 %, einen Kennzeichnungsgrad von 89.2 % sowie einen Zuordnungsgrad von 86 % in der Schweiz ergeben. Aus diesen Resultaten sei zu folgen, dass sich die Klagemarke unabhängig von irgendwelchen Farben oder Wortelementen im Zusammenhang mit Schokolade im Verkehr klar durchgesetzt habe (Replik Rz. 157–164).

E. 2.2.1.2

Rechtliches 2.2.1.2.1. Vorbemerkungen zur Prüfung von Zeichen im Gemeingut Gemäss Art. 2 lit. a MSchG werden Zeichen, die Gemeingut sind, vom Markenschutz ausgeschlossen, es sein denn, dass sie sich als Marke für die Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben, für die sie beansprucht werden. Von diesem absoluten Ausschlussgrund werden freihaltebedürftige und nicht unterscheidungskräftige Zeichen erfasst.¹⁶ Freihaltebedürftigkeit und fehlende Unterscheidungskraft können sich überschneiden.¹⁷ Bei der Frage der Zugehörigkeit zum Gemeingut ist allein auf den Registereintrag und nicht den beabsichtigten oder konkreten Gebrauch abzustellen.¹⁸ Hingegen sind sowohl die Freihaltebedürftigkeit als auch die Unterscheidungskraft eines Zeichens stets bezogen auf die konkret beanspruchte Ware zu untersuchen.¹⁹ Zur Beurteilung der massgebenden Verkehrsauffassungen sind bei der Freihaltebedürftigkeit namentlich die Interessen der Mitbewerber²⁰ zu berücksichtigen, während bei der Unterscheidungskraft insbesondere der Eindruck der Abnehmer, Zwischenhändler und Produzenten der Ware wesentlich ist.²¹ In zeitlicher Hinsicht und bezogen auf einen allenfalls per Verkehrsdurchsetzung erlangten Markenschutz ist für die Beurteilung der massgeblichen Umstände aufgrund der Hinterlegungspriorität gemäss Art. 6 MSchG grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Hinterlegung der Marke abzustellen.²²

E. 2.2.1.3

Würdigung 2.2.1.3.1. Freihaltebedürftigkeit Sowohl die Klägerinnen 1 und 2 als auch die Beklagte setzen sich mit dem Entscheid BGer 4A_129/2007 vom 18. Juli 2007 auseinander. Dabei sind die Klägerinnen 1 und 2 der Ansicht, das Bundesgericht habe lediglich entschieden, nur das Element der Wickel-Enden für mundgerechte Süssigkeiten sei wesensbestimmend und deshalb absolut freihaltebedürftig. Diese Ansicht ist abzulehnen. In BGer 4A_129/2007 vom 18. Juli 2007 entschied das Bundesgericht, Doppelwickler-Verpackungen bestehend aus in Cellophan eingewickelten Kugeln in jedwedem Rot- oder Blautönen, den zugehörigen Flügeln und ohne definierte und daher eingegrenzte Grössenangaben seien absolut freihaltebedürftig im Sinne von Art. 2 lit. b MSchG.⁴⁶ Nur wenn die übrigen Form- und Farbelemente der betroffenen Verpackung als lediglich relativ freihaltebedürftig taxiert worden wären, hätte die Gemeinfreiheit mittels einer Verkehrsdurchsetzung überwunden werden können. Den Klägerinnen 1 und 2 ist immerhin zuzustimmen, dass der Entscheid keine Hinweise auf einen allfälligen Glanz der Kugel beinhaltet, so wie dies die Beklagte interpretiert (Antwort Rz. 280). Die Sachverhalte

in BGer 4A_129/2007 vom 18. Juli 2007 und im vorliegenden Fall sind jedoch nicht deckungsgleich: Im Unterschied zu den Doppelwickler-Verpackungen im bundesgerichtlichen Verfahren, die als reine Formmarken angestrebt waren, handelt es sich bei der Klagemarke um eine kombinierte Form-/Bildmarke. Verschiedene Bildelemente, namentlich weisse St. Galler Spitzen sowie ein durch einen weissen Strich geteiltes

E. 2.2.2

Rechtserhaltender Gebrauch der Klagemarke

E. 2.2.2.1

Parteibehauptungen 2.2.2.1.1. Beklagte Die Klägerinnen 1 und 2 hätten laut der Beklagten die Klagemarke nicht rechtserhaltend gebraucht. So erfolge der Gebrauch stets zusammen mit den Wortmarken "Lindt" und "LINDOR", die St. Galler Spitzen seien am Markt anders platziert als bei der Klagemarke, in den St. Galler Spitzen würden sich Kakao-Früchte befinden, nicht aber auf der Klagemarke und schliesslich seien die St. Galler Spitzen auf den Wicklerenden stark kontrastiert, nicht aber bei den LINDOR-Kugeln (Antwort Rz. 193, 196 ff. und 338 ff.; Duplik Rz. 148 f. und 250 ff.). Schliesslich würden die Werte der

- 30 - Berühmtheits- bzw. Verkehrsdurchsetzungsumfragen nicht belegen, dass Abnehmer bei den LINDOR-Kugeln die Klagemarke für sich genommen als eigenständige Marke wahrnehmen. Auch eine Umfrage zum Wort "LINDO" würde hohe Werte ergeben, was jedoch nicht belegen würde, dass Abnehmer beim Gebrauch von "LINDOR" in "LINDO" eine eigenständige Marke erblickten (Duplik Rz. 149). Es käme entgegen der klägerischen Behauptung nicht darauf an, ob die Formmarke auch ohne das Lindt/LINDOR Logo als eigenständige Marke erkannt werde, sondern ob die Formmarke bei den LINDOR-Kugeln trotz dieser Wortelemente als eigenständiger Herkunftshinweis wahrgenommen werde (Stn. zur Widerklageduplik Rz. 36). 2.2.2.1.2. Klägerinnen 1 und 2 Gemäss den Klägerinnen 1 und 2 sei die Klagemarke rechtserhaltend gebraucht worden und würde dies weiterhin. Namentlich würden sämtliche Ausstattungsmerkmale auf den aktuellen LINDOR-Kugeln 1:1 abgebildet werden. Das Publikum würde die Klagemarke auch ohne das Lindt/LINDOR Logo als eigenständige Marke erkennen und den Klägerinnen 1 und 2 als betrieblichen Herkunftshinweis zurechnen. Dies folge aus den herausragenden Werten der eingereichten Berühmtheits- und Verkehrsdurchsetzungsumfragen sowie aus einem Vergleich mit anderen kombinierten Formmarken (Replik Rz. 167 f. und 254; Widerklageduplik Rz. 34 ff.; Beilage Widerklageduplik 113).

E. 2.2.2.2

Rechtliches Grundsätzlich ist eine Marke so zu gebrauchen, wie sie registriert ist.⁵⁴ Abweichungen, welche die Unterscheidungskraft der Marke in ihrem Gesamteindruck nicht verändern, sind unwesentlich und damit zulässig (Art. 11 Abs. 2 MSchG). Der kennzeichnungskräftige Kern der Marke, der das markenspezifische Gesamtbild prägt, darf seiner Identität nicht beraubt werden.⁵⁵ Wird die Marke mit Zusätzen gebraucht, ist dies für das Gesamtbild unproblematischer.⁵⁶ Die Marke muss innerhalb der Kombination als eigenständiges Element erkennbar bleiben.⁵⁷ Bei Marken mit grosser Kennzeichnungskraft sind stärkere Veränderungen möglich, ohne dass das Zeichen seine Identität verliert.⁵⁸

E. 2.2.2.3

Würdigung Die Klagemarke wird nie in Alleinstellung, sondern stets gemeinsam mit dem "Lindt / LINDOR"-Logo als Zusatz gebraucht. Trotz dieser Kombination wird die Klagemarke für sich genommen gesamthaft ohne wesentliche Abänderungen verwendet. Die Klagemarke ist perspektivisch so registriert, 54 BGE 139 III 424 E. 2.2.2, 130 III 267 E. 2.4. 55 BGE 139 III 424 E. 2.2.2, 130 III 267 E. 2.4. 56 Vgl. BGer 4A_510/2018 vom 7. Mai 2019 E. 2.3.1.3. 57 SHK MSchG-WANG, 2. Aufl. 2017, Art. 11 N. 84, 89 und 98. 58 BSK MSchG-VOLKEN, 3. Aufl. 2017, Art. 11 N. 104; zum Ganzen auch THOUVENIN, Immaterialgüterrecht, 2025, N. 1178.

- 31 - dass eine ganzheitliche Umrankung im Vorstellungsbild des Betrachters möglich erscheint. Zutreffend ist der beklagte Einwand insofern, als der verzierte Ausschnitt der Klagemarke keine Kakao-Früchte zeigt. Entgegen der Beklagten fügen sich die realiter beigefügten Kakao-Früchte ohne Änderung des Gesamteindrucks in das Muster der Verzierungen ein und sind infolge der geringfügigen Grösse ohnehin nicht gut erkennbar. Schliesslich verweisen die Klägerinnen 1 und 2 zu Recht auf die hohen Werte zum Kennzeichnungs- und Zuordnungsgrad gemäss ihrer Verkehrsdurchsetzungsumfrage (KB 108). Die Umfrage beweist direkt, dass die Klagemarke vom massgeblichen Publikum auch ohne "Lindt / LINDOR"-Logo in erheblichem Umfang erkannt wird, was ohne effektiven Gebrauch kaum denkbar erscheint. Der von der Beklagten gezogene Vergleich zu einer Umfrage betreffend das Wort "LINDO" überzeugt nicht. Im Unterschied zur hier vorgenommenen Verkürzung einer Wortmarke, wird die Klagemarke gesamthaft ohne Weglassungen verwendet. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Klagemarke rechtserhaltend gebraucht wird.

E. 2.2.3

Fazit zur Widerklage Die Klagemarke ist infolge Verkehrsdurchsetzung derivativ unterscheidungskräftig, wird rechtserhaltend gebraucht und ist damit gültig bzw. nicht nichtig. Die Widerklage ist vollumfänglich abzuweisen.

E. 2.3

Verwechslungsgefahr 2.3.1. Unmittelbare Verwechslungsgefahr

E. 2.3.1

Unmittelbare Verwechslungsgefahr..... 31

E. 2.3.1.1

Parteibehauptungen 2.3.1.1.1. Klägerinnen 1 und 2 Die Klägerinnen 1 und 2 verweisen darauf, die Klagemarke sei unter anderem für Schokoladenwaren eingetragen. Da die angegriffene Verpackung Schokoladenkugeln enthalte, bestehe Warenidentität (Klage Rz. 134). Unter dem Kriterium der Zeichenähnlichkeit sei der Gesamteindruck, den die Zeichen im Erinnerungsbild der Schweizer Durchschnittskonsumenten hinterlassen, nicht die einzelnen Details entscheidend (Klage Rz. 135). Für Formmarken als selbständig geschützte Kennzeichen gelte, dass einzig auf die gegenüberstehenden Formen im Gesamteindruck abgestellt werden könne. Zusätzlich angebrachte Wort- oder Bildbestandteile könnten keine hinreichende Unterscheidbarkeit schaffen (Klage Rz. 136 und 148). Als ohne Farbanspruch registrierte Marke beanspruche die Klagemarke Schutz in jeder farblichen Ausgestaltung und sei mit den jüngeren Zeichen der Beklagten in Schwarz-Weiss zu vergleichen, selbst wenn diese farbig gebraucht würden bzw. worden seien (Klage Rz. 137).

- 32 - Sowohl die "Feinen Schokoladenkugeln" als auch die Délice-Kugeln würden im Gesamteindruck eine grosse Ähnlichkeit zur Klagemarke als geschützte Form und Ausstattung des LINDOR-Wrappers aufweisen (Klage Rz. 138): – Sehr ähnliche Foliengestaltung in Metalloptik; – Folie sei jeweils in Gold bedruckt; zeige ebenso einen ovalen in Gold umrandeten Rahmen, der eine horizontale Linie umschliesse; – Flügel in transparenter Folie; – Flügel mit ähnlich dezenten Verzierungen und mit bedruckten kleinen Elementen. Alle wesentlichen Elemente der Produktausstattung der LINDOR-Kugel, namentlich die Metalloptik, seien entgegen der Beklagten ohne Weiteres auf der im Markenregister hinterlegten Abbildung ersichtlich (Replik Rz. 177). Der Beklagten sei in ihrer mosaikartigen Würdigung von Einzelmerkmalen nicht zu folgen. Bemerkenswert sei, dass es kein einziges aufgeführtes Element gäbe, das von der Beklagten im Verletzerprodukt nicht übernommen werde (Replik Rz. 177). Namentlich die von der Beklagten im Massnahmeverfahren geltend gemachten Unterschiede in den Verzierungen der transparenten Flügel seien auf den ersten Blick kaum wahrnehmbar und könnten die Zeichenähnlichkeit/Verwechslungsgefahr in Bezug auf ein Publikum mit durchschnittlicher Aufmerksamkeit nicht beseitigen. Die geschwungene Verzierung auf den Flügeln der Délice-Kugeln sei zudem noch ähnlicher zu den LINDOR-Kugeln (Klage Rz. 139). Überdies könne die Zeichenähnlichkeit im konkreten Fall (Lebensmittel und durchschnittliche Aufmerksamkeit des Publikums) nicht durch den Aufdruck des Wort-/Bildzeichens MOSER ROTH beseitigt werden. Der handelnde Käufer werde ihm bekannte Produkte ohne Konsultation der Etikette anhand der Form und Ausstattung wählen (Klage Rz. 140). Schliesslich liessen sich die im Streit liegenden Schokoladenkugeln bei einer Vermischung und verschwommenen Betrachtung kaum unterscheiden (Klage Rz. 141). Laut den Klägerinnen 1 und 2 habe sich die Klagemarke im Verkehr nicht nur durchgesetzt, sie sei in hohem Masse bekannt bzw. berühmt. Dies folge aus dem Umstand, dass 87 % der Durchschnittsverbraucher die Klagemarke in freier Assoziation gemäss der Berühmtheitsumfrage vom 18. Dezember 2023 explizit den Klägerinnen 1 und 2 zugeordnet hätten (Klage Rz. 51 ff.; KB 32) sowie aus Umsatzzahlen von über Fr. 40 Mio. (Klage Rz. 147). Es sei insofern sowie unter Berücksichtigung der Warenidentität und der besonderen Kennzeichnungskraft (Replik Rz. 178) von einem weit geschützten Ähnlichkeitsbereich auszugehen und an die

- 33 - Unterscheidbarkeit der jüngeren Zeichen der Beklagten seien hohe Anforderungen zu stellen (zum Ganzen Klage Rz. 145 f.). Im Ergebnis gehen die Klägerinnen 1 und 2 von einer unmittelbaren Verwechslungsgefahr aus (Klage Rz. 147 ff.). Die Klägerinnen 1 und 2 bringen schliesslich vor, der Verkauf der beklagten Produkte in Beutel- oder Standverpackungen stehe einer Verwechslungsgefahr nicht entgegen. Sowohl die Beutelverpackungen der "Feinen Schokoladenkugeln" als auch der Délice-Kugeln hätten ein grosses Sichtfenster, durch das die ALDI-Schokoladenkugeln gut bis sehr gut erkennbar seien. Im Falle der Délice-Kugeln seien diese überdies auf der Standverpackung seitlich und/oder auf der Frontseite gut sichtbar bildlich abgedruckt (Replik Rz. 184). Im Übrigen sei auch eine "post-sale-confusion" zu berücksichtigen und entsprechend die aufgrund der Lebenserfahrung anzunehmende Tatsache, dass die Schokoladenkugeln zeitnah nach deren Erwerb aus der Sekundärverpackung entfernt werden würden (Klage Rz. 159). 2.3.1.1.2. Beklagte Gemäss der Beklagten liege keine relevante Zeichenähnlichkeit vor. Im Markenrecht sei der Registereintrag und nicht das klägerische Produkt dem angeblichen Verletzungszeichen gegenüberzustellen (Antwort Rz. 212). Bei kombinierten Formmarken sei der Einfluss der einzelnen Bestandteile auf den Gesamteindruck zu

bestimmen, wobei gemeinfreie Elemente aus- sen vor zu bleiben hätten. Eine gemeinfreie Form könne nicht monopolisiert werden (Antwort Rz. 213). Entgegen der Klägerinnen 1 und 2 zeige der Re- gistereintrag keine Metalloptik, keinen goldenen Aufdruck und auch keinen Gold umrandeten Rahmen. Im Unterschied zur Klagemarke befinde sich das MOSER ROTH-Logo in einem Kreis und nicht einem Oval. Die MOSER ROTH-Kugeln enthielten keine horizontale, sondern eine vertikale Linie, die aber nicht als eigenständiges Element wahrgenommen werde. Sie sei zu- dem nicht zentral platziert und teile den Kreis nicht in zwei Hälften. Die Kla- gemarke enthalte graue und nicht transparente Wickler-Enden. Bei Be- trachtung der genannten Elemente falle der markenrechtliche Zeichenver- gleich der Klägerinnen 1 und 2 in sich zusammen (Antwort Rz. 215 ff.; vgl. auch Duplik Rz. 158). Die Beklagte erwidert ausserdem, eine Verwechslungsgefahr könne sich nicht aus der Übereinstimmung in gemeinfreien Elementen ergeben. Po- tenziell sei deshalb einzig relevant, dass sowohl die Klagemarke als auch die MOSER ROTH-Kugeln einen Rahmen sowie dezente Verzierungen aufweisen würden. Für die Annahme einer Verwechslungsgefahr genüge dies jedoch nicht. Sowohl die Verzierungen (St. Galler Spitzen vs. Weih- nachtsmotive/Ranke) als auch der Rahmen (Oval vs. Kreis) seien ganz an- ders gestaltet, so dass sie auch im Erinnerungsbild auseinandergehalten werden würden (Antwort Rz. 213 f. und 228):

- 34 - Hinzu käme, dass die MOSER ROTH-Kugeln unübersehbar mit dem MO- SER ROTH-Logo gekennzeichnet wären. Bei Schokolade sei für die Beur- teilung der Verwechslungsgefahr die Herstellerangabe besonders aus- schlaggebend, da sich die Schweizer Bevölkerung Schokolade in erster Li- nie nach dem Namen des Herstellers merke. Der prominente Aufdruck MO- SER ROTH würde jede Restgefahr von Verwechslungen beseitigen (Ant- wort Rz. 229). Die Beklagte ist ausserdem der Ansicht, die Klagemarke sei nicht kenn- zeichnungskräftig. Dies treffe lediglich auf die Wortelemente "Lindt" und "LINDOR" zu (Antwort Rz. 272 und 338). Es könnte namentlich auch nicht aus der Berühmtheitsumfrage (mangels Untersuchung zur Zuordnung) oder einer Verkehrsdurchsetzung (mangels Relevanz) auf eine Kennzeich- nungskraft geschlossen werden (Antwort Rz. 223 ff.). Bei einem weitge- henden Freihaltebedürfnis sei der Schutzzumfang selbst bei hoher Ver- kehrsgeltung auf nahezu identische Ausführungsformen beschränkt (Dup- lik Rz. 159; erster Parteivortrag der Beklagten Rz. 6). Ferner reicht die Beklagte neutralisierte LINDOR-Kugeln zu den Akten (Au- genschein). Die Gegenüberstellung der eingereichten neutralisierten LINDOR-Kugeln mit den MOSER ROTH-Kugeln belege eindeutig, dass keine unmittelbare Verwechslungsgefahr bestehe. Dies gelte umso mehr, als dass die (in den MOSER ROTH-Kugeln nicht vorhandenen) St. Galler Spitzen in der Klagemarke gemäss Registereintrag sehr klar vom Rest der Verpackung abgegrenzt und dadurch besser sichtbar seien (Duplik Rz. 161). Gemäss der Beklagten sei schliesslich zur Beurteilung der Verwechslungs- gefahr grundsätzlich der Kaufzeitpunkt massgeblich (erster Parteivortrag der Beklagten Rz. 16 ff.). Besondere nachträgliche Umstände, die allenfalls

- 35 - zu berücksichtigen wären (Antwort Rz. 244), seien vorliegend nicht ersicht- lich (Antwort Rz. 245). Das Konzept einer "post-sale confusion" werde in der Schweiz grossmehrheitlich abgelehnt. Es sei auf das kaufende Publi- kum abzustellen (Antwort Rz. 243). Damit sei einzig auf die Präsentation in den Sekundärverpackungen abzustellen, da die MOSER ROTH-Kugeln unstrittig ausschliesslich sekundär verpackt verkauft würden (Antwort Rz. 96, 242 und 246). Entgegen den Klägerinnen 1 und 2 seien die MO- SER

ROTH-Kugeln durch die Sichtfenster der Verpackungen kaum erkennbar; die massgebenden Merkmale (dezent Verzierungen und Rahmen) seien kaum wahrnehmbar. Weiter würden die MOSER ROTH-Kugeln nicht einzeln beworben werden. Ein etwaiger Verbotsanspruch müsste sich andernfalls nur gegen die Bewerbung, nicht aber gegen den Vertrieb in der Sekundärverpackung richten. Schliesslich würden die MOSER ROTH-Kugeln auch nicht zeitnah nach dem Erwerb aus der Sekundärverpackung entfernt, sondern bis zum Verzehr darin aufbewahrt werden (Antwort Rz. 247; Duplik Rz. 167).

2.3.1.2. Rechtliches 2.3.1.2.1. Allgemeines Vom Markenschutz sind unter anderem Zeichen ausgeschlossen, die einer älteren Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren bestimmt sind, so dass daraus eine Verwechslungsgefahr folgt (Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG). Diese ist unmittelbar, wenn die konfligierenden Zeichen nicht unterschieden werden können und die Gefahr besteht, dass das eine Zeichen irrtümlicherweise für das andere gehalten wird, womit Waren dem falschen Markeninhaber zugeordnet werden und somit direkt über die Herkunft der Produkte getäuscht wird.⁵⁹ Ob sich zwei Marken hinreichend deutlich unterscheiden, ist stets konkret vor dem Hintergrund sämtlicher Umstände zu beurteilen.⁶⁰ Als Rechtsfrage wird die Verwechslungsgefahr frei geprüft.⁶¹ 2.3.1.2.2.

Gleichartigkeit der Waren Eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr setzt, ausgenommen bei einer berühmten Marke gemäss Art. 15 MSchG, die Gleichartigkeit der betroffenen Waren voraus (Art. 3 Abs. 1 lit. b MSchG; sog. Spezialitätsprinzip).

2.3.1.2.3. Zeichenähnlichkeit Notwendig für eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr ist die Ähnlichkeit der zu vergleichenden Zeichen. Dabei ist auf den Gesamteindruck abzustellen, den die Zeichen im Erinnerungsbild der massgebenden Verkehrskreise hinterlassen und nicht auf eine zergliederte Betrachtung der ⁵⁹ BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022 E. 6.1 (nicht publ. in BGE 148 III 409); BGE 128 III 96 E. 2a; SHK MSchG-JOLLER, 2. Aufl. 2017, Art. 3 N. 23. ⁶⁰ BGE 128 III 96 E. 2a, 122 III 382 E. 1. ⁶¹ BGE 135 III 446 E. 6.4, 126 III 315 E. 4b, 128 III 96 E. 2; SHK UWG-BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPLITZ, 3. Aufl. 2023, Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 33 m.w.N.

- 36 - einzelnen Elemente.⁶² Der gedächtnisbedingten Verschwommenheit des Erinnerungsbildes ist Rechnung zu tragen.⁶³ Daraus kann folgen, dass beim Durchschnittsadressaten nicht jede gestalterische Einzelheit verhaftet bleibt und mithin an Gewicht verliert.⁶⁴ Bei dreidimensionalen Zeichen bzw. kombinierten Formmarken ist zunächst zu bestimmen, welches die den Gesamteindruck prägenden charakteristischen zwei- und dreidimensionalen Elemente der Marke sind. Werden diese starken Elemente in einer den Gesamteindruck dominierenden Weise im jüngeren Zeichen übernommen, liegt eine rechtlich relevante Zeichenähnlichkeit vor.⁶⁵ Gesamthaft ist zu berücksichtigen, dass eine ohne Farbanspruch eingetragene Marke in ihrer schwarz-weissen Ausgestaltung mit dem jüngeren Zeichen in Schwarz-Weiss zu vergleichen ist. Dies gilt auch dann, wenn dieses farbig in Gebrauch ist.⁶⁶ 2.3.1.2.4. Kennzeichnungskraft Im Markenschutzrecht wird zwischen stark, normal und schwach kennzeichnungskräftigen Marken unterschieden. Je höher die Kennzeichnungskraft einer Marke ist, desto grösser ist ihr Schutzzumfang.⁶⁷ Entsprechend können bei schwachen Marken bereits bescheidene Abweichungen genügen, um eine hinreichende Unterscheidbarkeit zu schaffen.⁶⁸ Wer sich mit seiner Marke dem Gemeingut annähert, nimmt eine geringe Kennzeichnungskraft in Kauf, solange er seine Marke dem Publikum nicht durch Werbeanstrengungen in besonderem Masse als Kennzeichen seiner Waren eingepägt hat.⁶⁹ Insofern können namentlich Marken mit fantasiehaftem Gehalt⁷⁰ oder im Verkehr durchgesetzte Marken⁷¹ als stark bewertet werden. Von einer Verkehrsdurchsetzung ist jedoch nicht automatisch auf eine starke Marke zu

schliessen.⁷² Es ist im Einzelfall zu prüfen, wie sich der Umstand einer Verkehrsdurchsetzung und allenfalls einer originären 62 BGE 128 III 441 E. 3.1, 127 III 160 E. 2b/cc; BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 3 N. 42. 63 BGE 121 III 377 E. 2a. 64 BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022 E. 8.3 (nicht publ. in BGE 148 III 409). 65 BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 3 N. 100; SHK MSchG-JOLLER (Fn. 59), Art. 3 N. 240; vgl. BGE 121 III 377 E. 2a. 66 BGE 134 III 406 E. 6.2.2; BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022 E. 6.2 (nicht publ. in BGE 148 III 409); SHK MSchG-JOLLER (Fn. 59), Art. 3 N. 120. 67 BGE 122 III 382 E. 3a; SHK MSchG-JOLLER (Fn. 59), Art. 3 N. 46 f. 68 BGE 79 II 98 E. 1b. 69 BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022 E. 6.3.1 (nicht publ. in BGE 148 III 409). 70 BVGer B-6732/2014 vom 20. Mai 2015 E. 2.6 m.w.N.; SHK MSchG-JOLLER (Fn. 59), Art. 3 N. 55 m.w.N. 71 BGE 128 III 447 E. 2, 127 III 160 E. 2d/bb, 126 III 315 E. 6b/cc. Mit Blick auf den Investitions- schutz BURKARD, Die rechtlich relevanten Umstände bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht, 2024, N. 183 m.w.N. 72 Vgl. die Übersicht bei WYSS (Fn. 39), S. 261 ff. m.w.N.

- 37 - Unterscheidungsschwäche im Ergebnis zueinander verhalten und auf eine Kennzeichnungskraft auswirken.⁷³ 2.3.1.2.5. Weitere Kriterien Neben der Kennzeichnungskraft sind weitere Kriterien massgebend, um die erforderliche Unterscheidbarkeit in Bezug auf eine Verwechslungsgefahr zu beurteilen. Insbesondere je näher sich die betroffenen Waren sind, desto grösser wird das Risiko von Verwechslungen und desto stärker muss sich das jüngere Zeichen vom älteren abheben.⁷⁴ Überdies kann die Zielgruppe der Waren und deren Art von Bedeutung sein. Der Erwerb von Massenartikeln des täglichen Bedarfs ist regelmässig mit einer geringeren Aufmerksamkeit und einem geringeren Unterscheidungsvermögen der Konsumenten verbunden. Bei Spezialprodukten mit einem geschlossenen Kreis von Berufsleuten als Abnehmer ist demgegenüber von einer höheren Aufmerksamkeit auszugehen.⁷⁵ 2.3.1.2.6. Primär- und Sekundärverpackung Dem Gesetzestext ist keine explizite Aussage zu entnehmen, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung einer Verwechslungsgefahr oder auch unnötigen Anlehnung massgebend ist. In seiner Rechtsprechung zur Verwechslungsgefahr äusserte sich das Bundesgericht dahingehend, es sei der Gesamteindruck entscheidend, der sich dem kaufenden Publikum böte.⁷⁶ Die Erzeugnisse seien so zu beurteilen, wie sie in den Handel gebracht und Interessenten angeboten würden.⁷⁷ In der Lehre wird diese Rechtsprechung teils so interpretiert, dass das Bundesgericht Umstände nach dem Kaufzeitpunkt als unwesentlich erachtet.⁷⁸ In jüngeren unpublizierten Entscheiden schloss das Bundesgericht Umstände nach dem Kaufzeitpunkt nicht generell für die Beurteilung einer Verwechslungsgefahr aus.⁷⁹ Schliesslich erachtete das Handelsgericht des Kantons Bern für kennzeichnungskräftige Schokoladenformen, welche in der Werbung oft in unverpackter Form dargestellt werden, die 73 Vgl. SHK MSchG-JOLLER (Fn. 59), Art. 3 N. 116 m.w.N.; WYSS (Fn. 39), S. 263 f. m.w.N. 74 BGE 128 III 441 E. 3.1, 126 III 315 E. 6b/bb, 122 III 382 E. 3a; BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022 E. 6.3.2 (nicht publ. in BGE 148 III 409). 75 BGE 133 III 342 E. 4.1, 126 III 315 E. 6b/bb, 122 III 382 E. 3a, 117 II 321 E. 4; BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022 E. 6.3.3 (nicht publ. in BGE 148 III 409). 76 BGE 108 II 327 E. 4b, 103 II 211 E. 3. 77 BGE 116 II 365 E. 3a, 108 II 69 E. 2c. 78 TROLLER, Zur Erheblichkeit der "post sale confusion" bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr von Ausstattungen nach Art. 3 lit. d UWG, SJZ 1992, S. 333; DOBLER, Der lauterkeitsrechtliche Schutz von Produktausstattungen, 2015, N. 221; SHK MSchG-JOLLER (Fn. 59), Art. 3 N. 66. Vgl. DIKE UWG-HEINEMANN, 2. Aufl. 2025,

Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 54. 79 4C.361/2005 vom 22. Februar 2006 E. 3.9.2; BGer 4C.169/2004 vom 8. September 2004 E. 2.3, Siehe dazu GLÖCKNER, Markenschutz durch Art. 3 lit. e UWG, sic! 2011, S. 283 f.; LAUX, "Limmi II: Anmerkungen zu BGer 4C.169/2004, sic! 2005, S. 224.

- 38 - Berücksichtigung einer post-sale confusion als berechtigt.⁸⁰ In der Lehre wird das Konzept der post-sale confusion (bzw. einer pre-sale confusion) überwiegend befürwortet.⁸¹

E. 2.3.1.3

Würdigung Da vorliegend im markenrechtlichen Kontext lediglich ein Vergleich der schwarz-weissen Zeichen massgebend ist, ist nur die Zuordnungsumfrage der Klägerinnen 1 und 2 zur Délice-Kugel in Schwarz-Weiss (KB 56) von Bedeutung. Ob die weiteren Zuordnungsumfragen unter Umständen als Beweismittel für eine unmittelbare Verwechslungsgefahr dienlich sein könnten, kann indessen offen bleiben. Seitens der Beklagten wird behauptet, die Zuordnungsumfrage(n) sei(en) nicht dazu geeignet, eigentliche Fehlzurechnungen im Sinne einer Verwechslungsgefahr zu beweisen. Es handle sich lediglich um Assoziationsumfragen (Antwort Rz. 141). Die beklagte Sichtweise ist berechtigt. Den Befragten wurde jeweils folgende Frage gestellt: "Was denken Sie, wenn sie dieses Schokoladen-Produkt sehen. Was kommt Ihnen dabei alles in den Sinn." Aufgrund der offenen Fragestellung ist eine Vielzahl diverser Antworten möglich. Aus dem behaupteten Resultat, 40 % der Befragten hätten an Lindt / LINDOR gedacht, kann keine unmittelbare Verwechslungsgefahr abgeleitet werden, selbst wenn dieses Resultat richtig sein sollte. Namentlich ist ein "an etwas denken" nicht mit der Aussage "das Produkt sei eine LINDOR-Kugel von Lindt" gleichzusetzen. Im Rahmen einer unmittelbaren Verwechslungsgefahr bedarf es allerdings der Gefahr solcher Fehlzurechnungen. Nur, weil Konsumenten bei der Betrachtung einer Marke auch ein anderes Produkt oder ein anderes Unternehmen in den Sinn kommt, bedeutet dies nicht notwendigerweise, sie könnten die Klagemarke nicht von anderen Produktausstattungen unterscheiden. Klarerweise kein Indiz für eine unmittelbare Verwechslungsgefahr ist die Spezifikation "Kopie von oder Ähnlichkeit mit Lindor/Lindt & Sprüngli". Wer ein Objekt als Kopie erkennt, unterliegt keiner Irreführung. Im Ergebnis können sich die Klägerinnen 1 und 2 für eine unmittelbare Verwechslungsgefahr nicht auf ihre "Zuordnungsumfragen" berufen. Aufgrund der mangelnden Aussagekraft der Ergebnisse der "Zuordnungsumfragen" allein ist eine unmittelbare Verwechslungsgefahr nicht ⁸⁰ HGer BE HG 20 87 vom 31. Dezember 2020 E. 13.10. ⁸¹ Ausführlich BURKARD (Fn. 71), N. 384 ff. m.w.N.; DOBLER (Fn. 78), N. 222; SHK MSchG-JOLLER (Fn. 59), Art. 3 N. 69; ARNET (Fn. 28), S. 161 f.; GLÖCKNER (Fn. 79), S. 283 f.; LAUX (Fn. 79), S. 225; TROLLER (Fn. 78), S. 334 f. Vom Grundsatz des Moments des Kaufentschlusses ausgehend SHK UWG-BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPITZ (Fn. 61), Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 32. Grundsätzlich befürwortend aber einschränkend zu GLÖCKNER, ALBERINI, L'exploitation de la renommée de la marque d'autrui, 2015, S. 107 ff.

- 39 - auszuschliessen. Bei dieser und ihren Prüfkriterien handelt es sich um eine Rechtsfrage, die gerichtlich frei und normativ gewürdigt wird. Zur Beurteilung der Zeichenähnlichkeit hinsichtlich der ohne Farbanspruch eingetragenen Klagemarke sind die beklagte Zeichen, das heisst die "Feinen Schokoladenkugeln" sowie die Délice-Kugeln, in Schwarz-Weiss dem Vergleich zugrunde zu legen. Auf Seiten der Klagemarke können nur solche Merkmale dem Vergleich unterzogen werden, die sich aus

dem Re- gistereintrag ergeben. Sämtliche Merkmale, die auf einer Farbgebung auf- bauen, fallen insofern von vornherein ausser Betracht. Das betrifft nament- lich die farbliche Gestaltung des Hauptkorpus der Kugeln, allfällige Gold- töne, die Farbgebung von Verzierungen und – unter dem Aspekt des Ge- samteindrucks – das Zusammenspiel der verschiedenen Farben in ihrer Kombination. Die unterschiedlichen Ansichten der Parteien, ob der Regis- tereintrag eine Metalloptik zeige oder nicht, sind in ihrer Pauschalität beide unzutreffend. Die Reflektion der Belichtung auf dem registrierten Abbild der Klagemarke deutet mit den Klägerinnen 1 und 2 zwar auf eine Metalloptik hin, allerdings eine matte Oberfläche. Wie insbesondere die Abbildung der schwarz-weissen MOSER ROTH-Kugel im klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 2 zeigt, sind die Schokoladenkugeln der Beklagten jedoch metallisch glänzend und stärker reflektierend. Ohne die farblichen Eindrücke verblei- ben für den Zeichenvergleich lediglich, aber immerhin die Formgebung so- wie die aufgedruckten Wort- und Bildelemente. Neben der Massgeblichkeit des Registereintrags ist zu beachten, dass die Doppelwickler-Form (Korpus und Wicklerenden) vom Bundesgericht als absolut freihaltebedürftig bestimmt wurde (vgl. oben E. 2.2.1.3.1). Eine Ver- wechslungsgefahr, die in absolut freihaltebedürftigen Kennzeichen ange- legt ist, kann rechtlich nicht relevant sein. Andernfalls würde die Freihalte- bedürftigkeit über Umwege vereitelt werden. Wer sich mit seiner Marke dem Gemeingut annähert, nimmt zudem auch eine geringe Kennzeich- nungskraft in Kauf. Weder die Wahl der Klägerinnen 1 und 2, ihre Klagemarke in schwarz- weisser Fassung im Markenregister einzutragen, noch die Freihaltebedürf- tigkeit der Doppelwickler-Form können der Beklagten zum Nachteil gerei- chen. Damit könnte der Beklagten lediglich aus den übrigen Merkmalen der MOSER ROTH-Kugeln (Verzierungen der Wicklerenden, reflektierender metallischer Glanz des Korpus, MOSER ROTH-Schriftzug mit Unterstrich und Umkreisung und der Geschmacksbeschriftung), allerdings in Schwarz- Weiss, der Vorwurf gemacht werden, sie erzeuge damit einen Gesamtein- druck, der eine unmittelbare Verwechslungsgefahr zur Klagemarke schaffe. Dieser eigenkreierte Gesamteindruck müsste jedoch den ver- wechslungsfördernden Gesamteindruck, der infolge der schwarz-weissen Form aus dem Gemeingut ohnehin besteht, im Erinnerungsbild des Adres- satenkreises überlagern. Dass dies der Fall ist, konnten die Klägerinnen 1

- 40 - und 2 nicht nachweisen. Auch bei einer Gesamtbetrachtung der Merkmale besteht kein entsprechender Anlass dazu, dies anzunehmen. Sowohl die Klagemarke als auch die "Feinen Schokoladenkugeln" sowie die Délice-Kugeln sind durch Verzierungen geprägt, die zentral auf dem Korpus als Kreis bzw. als Oval ersichtlich sind und einen Strich enthalten. Damit schaffen die "Feinen Schokoladenkugeln" und die Délice-Kugeln im Gesamtbild eine gewisse Nähe zur Klagemarke. Demgegenüber ist nicht zu verkennen, dass jedes dieser Merkmale im Detail von der Klagemarke verschieden ausgestaltet wurde. So fungiert der Strich auf der Klagemarke als mittlere Trennung des Ovals, auf den MOSER ROTH-Kugeln jedoch als Unterstrich des gesamten Schriftzugs "MOSER ROTH". Letzterer wird von oberhalb durch ein stilisiertes Bergpanorama umgrenzt. Im Unterschied zur eigentlichen LINDOR-Kugel enthält die Klagemarke überhaupt keinen Schriftzug, zu welchem ein Vergleich gezogen werden könnte. Der MOSER ROTH-Schriftzug nimmt im Verhältnis zur Produktgrösse, anders als etwa bei einer Pralinenschachtel, erheblichen Raum ein. Das gesamte umkreiste Logo liegt des Weiteren in lesbarer Form in der Drehachse des Wicklers, wohingegen das Oval der Klagemarke im rechten Winkel zur Drehachse positioniert ist. Sämtliche Verzierungen der Wicklerenden der MOSER ROTH-Kugeln unterscheiden sich von den St. Galler Spitzen der Klage- marke. Unter

Würdigung dieser gesamtheitlichen Betrachtung ist eine unmittelbare Verwechslungsgefahr zwischen den MOSER ROTH-Kugeln und der Klage- marken zu verneinen.

E. 2.3.2

Mittelbare Verwechslungsgefahr

E. 2.3.2.1

Parteibehauptungen 2.3.2.1.1. Klägerinnen 1 und 2 Aufgrund der Übernahme aller wesentlichen Ausstattungsmerkmale der LINDOR-Kugeln bestehe gemäss den Klägerinnen 1 und 2 die Gefahr, dass die Schokoladenkugeln der Beklagten als Teil der Markenserie der Klägerinnen 1 und 2 aufgefasst werden würden oder zumindest könnte ein falscher Zusammenhang (z.B. Lindt produziere für Aldi unter einer ALDI- Handelsmarke) vermutet werden. Dieser Schluss entspreche der ständigen Praxis, nach der diverse Hersteller von Markenprodukten für Discounter produzieren und die Produkte dann unter Eigenmarken verkauft würden (Replik Rz. 180). Es liege folglich auch eine mittelbare Verwechslungsgefahr vor (Klage Rz. 150 f.). 2.3.2.1.2. Beklagte Gegen die behauptete mittelbare Verwechslungsgefahr argumentiert die Beklagte, die MOSER ROTH-Kugeln würden schon nicht "alle wesentlichen" Elemente der Klagemarke übernehmen. Die einzigen potenziell relevanten Merkmale (Rahmen und dezente Verzierungen) seien gänzlich

- 41 - anders umgesetzt (Antwort Rz. 231). Zudem würde niemand ernsthaft annehmen, unübersehbar mit MOSER ROTH gekennzeichnete Schokoladenkugeln würden zur LINDOR-Produktepalette bzw. "Markenserie" gehören (Antwort Rz. 232 ff.). Eine solche "Markenserie" könne nicht auf übereinstimmenden gemeinfreien Elementen beruhen (Antwort Rz. 233). "Moser Roth" werde zudem als Hersteller nicht als Eigenmarke wahrgenommen. Bekanntlich würden die Klägerinnen 1 und 2 nicht für Drittmarken herstellen und zum anderen würden Abnehmer sicher nicht erwarten, dass ein Hersteller Drittprodukte in einer Ausstattung herstelle, die Assoziationen mit seinen eigenen Markenprodukten wecken könnte (Duplik Rz. 61–72 und 162).

E. 2.3.2.2

Rechtliches Eine mittelbare Verwechslungsgefahr liegt vor, wenn die Abnehmer aufgrund der Ähnlichkeit der kollidierenden Zeichen potenziell vermuten, dass die gekennzeichneten Waren vom selben Unternehmen stammen könnten.⁸² Eine mittelbare Verwechslungsgefahr kann namentlich dann vorliegen, wenn das jüngere Zeichen als Teil einer fremden Markenserie verstanden wird, oder vermutet wird, es handle sich um eine Billiglinie, bzw. es lägen zweigleisige Vertriebsstrukturen vor.⁸³

E. 2.3.2.3

Würdigung Die mittelbare Verwechslungsgefahr ist in dem Sinne niederschwelliger als die unmittelbare, da hier die Gefahr effektiver Produktverwechslungen nicht erforderlich ist. Dennoch ist der Beweiswert der klägerischen "Zuordnungsumfragen" aufgrund der offenen Fragestellung auch hier gering (vgl. oben E. 2.3.1.3). Dass die Befragten bei Betrachtung einer Délice-Kugel eine gedankliche Verbindung zu Lindt herstellten, kann verschiedene Gründe haben. Die Auswertung der "Zuordnungsumfragen" belegt nicht, dass notwendigerweise der Eindruck entstanden ist, die Délice-Kugeln seien Teil der LINDOR-Serie oder eine billigere Variante, die jedoch gleichwohl durch Lindt produziert werde. Dafür wäre entweder eine engere Fragestellung oder eine exaktere Auswertung und Darlegung der eingegangenen Antworten erforderlich gewesen. Zwar legen die

Klägerinnen 1 und 2 die Rohdaten der Zuordnungsumfragen ins Recht (KB 108). Weder in ihrer Klage noch in ihrer Replik führen sie jedoch aus, auf Basis welcher Antworten, die angeblichen Ergebnisse (z.B. hätten 40 % der Befragten bei der schwarzen Délice-Kugel ohne jede Hilfe an Lindt gedacht; siehe Klage Rz. 98) erzielt worden sein sollen. Wie bei der Frage der unmittelbaren Verwechslungsgefahr ist das Handelsgericht nicht davon überzeugt, dass im markenrechtlichen Kontext eine rechtsgenügende Zeichenähnlichkeit besteht, um eine mittelbare Verwechslungsgefahr hervorzurufen. Selbst wenn eine Zeichenähnlichkeit zu bejahen wäre, ist im Sinne einer normativen 82 BGE 122 III 382 E. 1. 83 SHK MSchG-JOLLER (Fn. 59), Art. 3 N. 25 m.w.N.; BURKARD (Fn. 71), N. 172 f.

- 42 - Würdigung nicht auszuschliessen, dass eine mittelbare Verwechslungsgefahr nicht massgeblich auf den schwarz-weißen Gesamteindruck der absolut freihaltebedürftigen Doppelwickler-Form zurückzuführen wäre. Schliesslich verweist die Beklagte zutreffend auf die Tatsache, dass es sich bei "Moser Roth" nicht um eine Eigenmarke, sondern um eine Herstellermarke handelt, bei der Konsumenten einen verdeckten Vertrieb von LINDOR-Kugeln eher nicht annehmen. Eine mittelbare Verwechslungsgefahr ist zu verneinen.

E. 2.3.3

Assoziative "Verwechslungsgefahr"

E. 2.3.3.1

Parteibehauptungen 2.3.3.1.1. Klägerinnen 1 und 2 Letztlich sei zudem von einer assoziativen Verwechslungsgefahr in dem Sinne auszugehen, als das jüngere Zeichen unmissverständlich die Botschaft vermittele, es stelle einen Ersatz dar oder es sei gleich gut wie die Klagemarke der Klägerinnen 1 und 2 (Klage Rz. 152). Die zahlreichen Zuordnungsumfragen (KB 54–62) würden dies belegen (Klage Rz. 153; Replik Rz. 182). Beim Anblick der "Feinen Schokoladenkugeln" und der Délice-Kugeln hätten – trotz des sichtbaren Aufdrucks MOSER ROTH – im Schnitt knapp bzw. über die Hälfte der Schweizer Durchschnittskonsumenten an die Klägerinnen 1 und 2 gedacht (Klage Rz. 154). Ferner belege die Umfrage für die Délice-Kugel in schwarz-weiß, dass für die spontane Assoziation die Farbe des Grundkörpers eine untergeordnete Rolle spiele. 52 % der Schweizer Durchschnittsverbraucher würden die schwarz-weiße Délice-Kugel farzunabhängig mit LINDOR bzw. Lindt & Sprüngli assoziieren (Klage Rz. 156). Entgegen der beklagten Ansicht sei die assoziative Verwechslungsgefahr auch eine Fallgruppe von Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG (Replik Rz. 181). 2.3.3.1.2. Beklagte Zum Vorwurf einer assoziativen Verwechslungsgefahr meint die Beklagte, bei dieser handle es sich nicht um eine rechtlich relevante Verwechslungsgefahr gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG, sondern äquivalent zum Lauterkeitsrecht um den Tatbestand der Rufausbeutung (Antwort Rz. 236; Duplik Rz. 163). Die assoziative Verwechslungsgefahr läge aber ohnehin nicht vor. Insbesondere die klägerischen Assoziationsumfragen (KB 54–62) seien keine Zuordnungsumfragen und würden keine Fehlzurechnungen belegen. Dafür hätte gefragt werden müssen, von wem die Produkte stammen bzw. wer deren Hersteller sei (Antwort Rz. 237; Duplik Rz. 101). Gemäss der Beklagten würden die klägerischen Zuordnungsumfragen (KB 54–62) das Gegenteil dessen belegen, was belegt werden sollte. Insbesondere lasse sich aus ihnen keine rechtlich relevante Assoziationsgefahr herleiten (Antwort Rz. 139). Die Zuordnungsumfragen würden ausser

- 43 - Acht lassen, dass viele Schweizer bereits die Grundausrüstung (farbige, glänzende Kugel in einer Wicklervpackung mit transparenten Enden) mit den Klägerinnen 1 und 2 in Verbindung bringen würden. Da diese Grundausstattung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung absolut freihaltebedürftig sei, könnten auch Assoziationen, die auf der Grundausrüstung basierten, rechtlich nicht relevant sein (Antwort Rz. 141 und 238; Duplik Rz. 102). Die an sich wertlosen Zuordnungsumfragen der Klägerinnen 1 und 2 würden erst dann eine gewisse Aussagekraft erlangen, wenn sie Vergleichswerten zur Assoziation gegenübergestellt werden würden, die beim Abnehmer allein durch die absolut freihaltebedürftige Grundausrüstung der MOSER ROTH-Ausrüstung (Kugelform, Wickler, transparente Enden) erzeugt werden (Antwort Rz. 142). Die Beklagte gab ihrerseits Assoziationsumfragen bei YouGov in Auftrag, wobei als Vergleichsdarstellungen die vom Bundesgericht absolut freihaltebedürftigen Verpackungen dienten (Antwort Rz. 144): Die durchgeführten Umfragen zu den Muster-Kugeln hätten die gleichen Fragen beinhaltet wie die klägerischen Zuordnungsumfragen (Antwort Rz. 146) und hätten folgende Assoziationswerte zu LINDOR bzw. Lindt & Sprüngli ergeben: – Assoziationsumfrage Schokoladenprodukt (Rot): 67 % (Antwort Rz. 147; AB 58); und – Assoziationsumfrage Schokoladenprodukt (Blau): 65 % (Antwort Rz. 148; AB 59). Laut der Beklagten lägen die Assoziationswerte der absolut freihaltebedürftigen Grundausrüstung somit deutlich über denjenigen der klägerischen Zuordnungsumfragen zu den MOSER ROTH-Kugeln. Deutlich weniger Personen würden die MOSER ROTH-Kugeln mit den Klägerinnen 1 und 2 assoziieren, als sie es bei der absoluten freihaltebedürftigen Grundausstattung tun würden. Da es zulässig sei, die absolut freihaltebedürftige Grundausstattung mit höheren Assoziationswerten zu verwenden, müsse es auch gestattet sein, die MOSER ROTH-Kugeln mit tieferen Assoziationswerten

- 44 - zu verwenden (Antwort Rz. 143). Die Gestaltung der MOSER ROTH-Kugeln führe sogar von den LINDOR-Kugeln weg (Antwort Rz. 150). Ferner würden die Zuordnungsumfragen (KB 54–62) – wenn überhaupt – Assoziationen mit den Klägerinnen 1 und 2 bzw. den LINDOR-Kugeln, nicht aber Assoziationen mit der Klagemarke belegen. Nur solche könnten aber unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Klagemarke relevant sein (Antwort Rz. 238). Blosser Assoziationen würden für eine assoziative Verwechslungsgefahr nicht genügen. Es müsste die unmissverständliche Botschaft des Inhalts "Ersatz für" oder "gleich gut wie" vermittelt werden, worauf die Zuordnungsumfragen nicht ansatzweise schliessen lassen würden (Antwort Rz. 238; erster Parteivortrag der Beklagten Rz. 32). Entgegen den Klägerinnen 1 und 2 belege der Umstand, dass angeblich nur wenige der Befragten beim Anblick der MOSER ROTH-Kugeln geantwortet hätten, ihnen komme "Moser Roth" oder "Aldi" in den Sinn, nicht, dass das Logo ungeeignet sei, eine Verwechslungsgefahr zu beseitigen. Dies sei auf die Fragestellung zurückzuführen. Wenn den Befragten eine Waffel mit Aufdruck "Kägi fret" gezeigt worden wäre, hätte wohl auch niemand geantwortet, ihm komme dabei "Kägi fret" in den Sinn (Antwort Rz. 239). Die Beklagte geht hinsichtlich der Zuordnungsumfrage zur "V-Love (Plant-Based)"-Kugel (KB 63) davon aus, es könne aus ihr nichts zu Gunsten der Klägerinnen 1 und 2 abgeleitet werden. Die genannte Vergleichskugel weise nicht die absolut freihaltebedürftige Grundausstattung einer eingewickelten einfarbigen Kugel mit transparenten Wicklerenden auf. Zudem werde wohl der Vermerk "Plant-Based" viele von einer Assoziation zu LINDOR abgebracht haben. Es sei jedoch auffallend, dass selbst in diesem Fall behaupteterweise 16 % der Befragten eine Assoziation zu den LINDOR-Kugeln herstellten (Antwort Rz. 176).

E. 2.3.3.2

Rechtliches Gemäss der (älteren) bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann sich eine Verwechslungsgefahr gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG auch daraus ergeben, dass das jüngere Zeichen unmissverständlich eine Botschaft des Inhalts "Ersatz für" oder "gleich gut wie" vermittelt. Auch durch derartige Anlehnungen an die Kennzeichnungs- und Werbekraft der älteren Marke könne deren Unterscheidungskraft empfindlich gestört werden, selbst wenn Fehlzurechnungen im eigentlichen Sinn unwahrscheinlich wären. Es bestehe insbesondere die Gefahr, dass die Konsumenten die mit den beiden Marken gekennzeichneten Waren für austauschbar hielten und daher über die Zeit nicht mehr darauf achten würden, ob sie die Waren der einen oder der anderen Marke einkaufen.⁸⁴ In seiner späteren Rechtsprechung 84 BGE 126 III 315 E. 6b/aa, 122 III 382 E. 1. Im Ergebnis zustimmend SIWR III/1-MARBACH (Fn. 19), N. 970 ff.; BSK MSchG-STÄDELI, 3. Aufl. 2017, Art. 1 N. 38; BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 3 N. 31.

- 45 - verortete das Bundesgericht den Passus "Ersatz für" oder "gleich gut wie" im Sinne einer unnötigen Anlehnung unter Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG.⁸⁵ In der Lehre wird die Ausweitung von Art. 3 Abs. 1 MSchG auf eine sog. assoziative Verwechslungsgefahr mehrheitlich kritisiert. Der genannte Gesetzesartikel schütze nicht vor blossen Assoziationen ohne jede Gefahr von Fehlzurechnungen.⁸⁶ Art. 15 MSchG schütze lediglich berühmte Marken vor einer Rufausbeutung. Diese gesetzgeberische Wertung dürfe nicht durch eine extensive Auslegung des Begriffs der Verwechslungsgefahr unterlaufen werden.⁸⁷ Hierzu bestünde angesichts der lauterkeitsrechtlichen Möglichkeiten nach Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG ohnehin kein Bedürfnis und auch die Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene weise in diese Richtung.⁸⁸ Für eine berühmte Marke gilt ein weiterreichender Schutz vor Rufausnutzungen oder -beeinträchtigungen sowie vor Beeinträchtigungen ihrer Unterscheidungskraft. Wo sich dieser erweiterte Schutz sachlich rechtfertigt, ist von einer Berühmtheit auszugehen.⁸⁹ Von Gesetzes wegen gibt es bewusst keine Legaldefinition der berühmten Marke gemäss Art. 15 MSchG.⁹⁰ Es handelt sich um eine Einzelfallprüfung unter einer Gesamtwürdigung der Umstände. Berühmte Marken zeichnen sich regelmässig durch drei quantitative und qualitative Charakteristika aus: (1) Eine überragende Verkehrsgeltung, (2) eine allgemeine Wertschätzung sowie (3) eine relative Alleinstellung.⁹¹ Nicht in jedem Fall sind jedoch sämtliche der genannten Charakteristika entscheidend.⁹²

E. 2.3.3.3

Würdigung Der in der Lehre geäusserten Kritik an einer Ausweitung von Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG auf Fälle der Rufausbeutung ist beizupflichten: STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER vertreten zu Recht die Ansicht, das Bundesgericht würde den Begriff der mittelbaren Verwechslungsgefahr mit der 85 BGE 135 III 446 E. 7.1. 86 GLÖCKNER (Fn. 79), S. 279 f. Im Ergebnis auch SHK MSchG-THOUVENIN, 2. Aufl. 2017, Art. 15 N. 66. 87 SHK MSchG-JOLLER (Fn. 59), Art. 3 N. 36. Vgl. auch JOLLER, Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht, 2000, S. 349. 88 SHK MSchG-JOLLER (Fn. 59), Art. 3 N. 37 f.; BURKARD (Fn. 71), N. 175 f. m.w.N. Kritisch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch MÜLLER, Kollisionen von Kennzeichen, 2010, N. 251 m.w.N. 89 BGE 124 III 277 E. 1.a. 90 BGE 124 III 277 E. 1.a mit Hinweis auf die Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Botschaft MSchG), BBl 1991 I, S. 27. 91 BGE 130 III 748 E. 1.1, 124 III 277 E. 1.a.; SHK MSchG-THOUVENIN (Fn. 86), Art. 15

N. 14; LAREDO, Der markenrechtliche Schutz berühmter Marken in der Schweiz, 2006, S. 98 ff. 92 Siehe BSK MSchG-DAVID/FRICK, 3. Aufl. 2017, Art. 15 MSchG mit Verweis auf die verbindliche Auslegungsempfehlung in Art. 1 Abs. 2 lit. c WIPO. Zu letzterem siehe BGE 130 III 267 E. 4.1; SHK MSchG-THOUVENIN (Fn. 86), Art. 15 N. 13.

- 46 - fraglichen Auslegung "strapazieren".⁹³ Wie GLÖCKNER zutreffend hervorhebt, ist auch das bundesgerichtliche Argument, die stetige Rufausbeutung führe ebenfalls zu einer Störung der Unterscheidungsfunktion und werde entsprechend vom Zweckgedanken von Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG getragen, nicht überzeugend. Dass sich Konsumenten nicht bei dem Hersteller des Originalprodukts, sondern bei Wettbewerbern eindecken, gehört zum wirtschaftlichen Risiko aller Marktteilnehmer. Das Markenrecht schafft im Allgemeinen keinen Anspruch auf markenrechtliche Reservate zum Schutz der Hersteller von Originalprodukten.⁹⁴ Für eine geforderte geltungszeitliche Lückenfüllung bzw. Ausweitung von Art. 3 Abs. 1 MSchG durch richterliche Rechtsfortbildung gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB⁹⁵ bleibt nach hier vertretener Ansicht kein Raum. Dass bei "normalen" Marken kein markenrechtlicher Schutz vor Rufausbeutung besteht, ist mit Blick auf die lauterkeitsrechtlichen Möglichkeiten jedenfalls sachlich nicht unhaltbar.⁹⁶ Zudem schweigt sich das Markenschutzgesetz betreffend die Frage einer Rufausbeutung auch nicht aus. Vielmehr bestimmt es in Art. 15 Abs. 1 MSchG, aber eben nur dort, dass der Inhaber einer berühmten Marke vor der Ausnutzung bzw. Beeinträchtigung ihres Rufes geschützt werde. Hier wird der Tatbestand der Rufausbeutung überdies der Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft der Marke gegenübergestellt. Das legt nahe, dass der Gesetzgeber die Rufausbeutung sowie die Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft als verschiedene Fallgruppen verstanden hat. In der Botschaft zum Markenschutzgesetz wurde eindeutig festgehalten, dass der berühmten Marke ein Sonderschutz vor Verwässerungen gewährt werden soll.⁹⁷ Damit sich die Klägerinnen 1 und 2 markenrechtlich auf einen Schutz vor Rufausbeutung berufen könnten, müsste es sich bei der Klagemarke folglich um eine berühmte Marke handeln. Ob die Berühmtheits- oder Verkehrsdurchsetzungsumfrage (KB 32 und 108) der Klägerinnen 1 und 2 eine hohe Bekanntheit der Klagemarke belegen, kann vorliegend offenbleiben. Über die Bekanntheit der Marke hinaus erfordert der Status einer berühmten Marke nämlich eine allgemeine Wertschätzung. Es handelt sich hierbei um ein qualitatives, nicht eindeutig messbares Kriterium. Mit THOUVENIN ist davon auszugehen, dass es im Kern um Assoziationen geht, die sich losgelöst von bestimmten Produkten wirtschaftlich verwerten lassen.⁹⁸ In diese Richtung weisen immerhin auch der Wortlaut und Zweck von Art. 15 MSchG, geht es gerade um einen erweiterten Schutzbereich für jede Art von Waren oder Dienstleistungen. Bei der Klagemarke handelt es sich um 93 BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 3 N. 31. ⁹⁴ GLÖCKNER (Fn. 79), S. 279 f. ⁹⁵ So BSK MSchG-STÄDELI, 3. Aufl. 2017, Art. 1 N. 38; BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 3 N. 31. ⁹⁶ A.M. wohl SIWR III/1-MARBACH (Fn. 19), N. 971. ⁹⁷ Botschaft MSchG (Fn. 90), S. 2, 9 und 27. Allgemein zur Lückenfüllung siehe BGE 151 II 225 E. 4.4, 141 IV 298, 140 III 206 E. 3.5.1 und 3.5.4, 140 III 636 E. 2.1. ⁹⁸ SHK MSchG-THOUVENIN (Fn. 86), Art. 15 N. 24; HGer ZH HG120071 vom 8. Juli 2014 E. 2.5.2 e): "Kommunikativer Wert in sich".

- 47 - sich allerdings um eine kombinierte Form- und Bildmarke, die gleichzeitig eine Verpackungsart darstellt, die sich nur für sehr wenige Produktkategorien eignet. Es ist insofern kaum denkbar, dass sich die Klagemarke für beliebige andere Produkte (z.B.

Kleidungsstücke oder andere Lebensmittel) monetarisieren lässt. Auch die Rechtsprechung bestätigt diese Folgerung. Den Status einer berühmten Marke erreichen regelmässig Wort- oder Bildmarken, die unabhängig von verschiedenen Waren oder Dienstleistungen nutzbar gemacht werden können.⁹⁹ Gegen die Berühmtheit der Klagemarke spricht ferner ihre mangelnde relative Alleinstellung, die ebenfalls einer normativen Gesamtwürdigung unterliegt. Den Klägerinnen 1 und 2 ist zwar darin zuzustimmen, dass keine andere Form und Produktausstattung denselben Gesamteindruck der Klagemarke aufweist (um die LINDOR-Kugel mit Schriftzug geht es hier jedoch nicht) (Klage Rz. 172). Überdies konnte sich die Klagemarke im Verkehr durchsetzen und erzielt einen hohen Kennzeichnungs- und Zuordnungsgrad (vgl. oben E. 2.2.1.3.2). Obwohl die Klagemarke kennzeichnungskräftig ist, kann nicht in Abrede gestellt werden, dass sie zu wesentlichen Teilen aus der absolut freihaltebedürftigen Doppelwickler-Form besteht, die nicht nur von einzelnen Mitbewerbern aufgegriffen wird, sondern sehr verbreitet zum Einsatz gelangt. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Klagemarke nicht berühmt im Sinne von Art. 15 MSchG und eine assoziative "Verwechslungsgefahr" damit zu verneinen ist.

E. 2.4

Fazit zum Markenrecht Markenrechtlich ist weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Verwechslungsgefahr gegeben. Die Klägerinnen 1 und 2 können sich markenrechtlich auch nicht auf eine sog. assoziative "Verwechslungsgefahr" berufen. 3. Lauterkeitsrecht

E. 3.1

Allgemeines Gemäss Art. 9 Abs. 1 UWG kann, wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, dem Richter unter anderem beantragen, a) eine drohende Verletzung zu verbieten oder b) eine bestehende Verletzung zu beseitigen. Das UWG bezweckt, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten (Art. 1 UWG). In erster Linie wird eine bestimmte Qualität des Wettbewerbs im Sinne der Fairness auf dem Markt geschützt.¹⁰⁰ 99 Vgl. die Rechtsprechungsübersicht in BSK MSchG-DAVID/FRICK (Fn. 92), Art. 15 N. 49. 100 MARBACH/DUCREY/WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, N. 1112.

- 48 -

E. 3.2

Lauterkeitsrechtliche Aktivlegitimation

E. 3.2.1

Parteibehauptungen

E. 3.2.1.1

Klägerinnen 1 und 2 Die Klägerin 1 sei – entgegen der Ansicht der Beklagten – keine reine Holdinggesellschaft. Sie nehme durch unmittelbare Leitungshandlungen und Koordinationsarbeiten, z.B. über ihre eigene Marketingabteilung, Einfluss auf das Marktverhalten des globalen Lindt-Konzerns. Zudem sei sie die Schweizer Muttergesellschaft der Klägerin 2 und mithin in ihren wirtschaftlichen Tätigkeiten direkt betroffen. Insofern sei die Klägerin 1 ebenfalls aktivlegitimiert (Replik Rz. 170).

E. 3.2.1.2

Beklagte Gemäss der Beklagten ist die Klägerin 1 als reine Holdinggesellschaft in lauterkeitsrechtlichen Angelegenheiten nicht aktivlegitimiert. Da sie am Wettbewerb nur mittelbar, jedenfalls nicht mehr als irgendein externer Marketingdienstleister, teilnehme, sei sie vom Vertrieb der beanstandeten MO-SER ROTH-Kugeln auch nur mittelbar und nicht in ihrer eigenen Wettbewerbsstellung betroffen (Antwort Rz. 200 f.; Duplik Rz. 150). Es sei unbestritten, dass die Klägerin 1 durch unmittelbare Leitungshandlungen Einfluss auf das Markverhalten des Konzerns nehme sowie eine gesamte Marketingabteilung für die LINDOR-Produkte beschäftige, welche Marktaktivitäten global koordiniere (Duplik Rz. 150).

E. 3.2.2

Rechtliches Zur lauterkeitsrechtlichen Zivilklage gemäss Art. 9 Abs. 1 UWG ist aktivlegitimiert, wer in eigenen wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt ist und insofern seine wettbewerbliche Stellung im Falle des Prozess Erfolgs absichern oder verbessern kann.¹⁰¹ Mit der bloss erforderlichen, aber durch die beklagte Partei kausal verursachten,¹⁰² Beeinträchtigung der Wettbewerbsstellung reicht die lauterkeitsrechtliche Aktivlegitimation sehr weit.¹⁰³ Sofern eigene Interessen lediglich mittelbar beeinträchtigt sind, was namentlich bei Aktionären, Investoren oder Holdinggesellschaften der Fall sein kann, die nicht am wirtschaftlichen Austauschprozess teilnehmen,¹⁰⁴ fehlt es an der Aktivlegitimation.¹⁰⁵ Holdinggesellschaften bezwecken in ihrer Reinform das Halten von Beteiligungen an anderen Unternehmen (vgl. Art. 671 Abs. 3 OR).¹⁰⁶ Darüber hinaus können sie in Konzernverhältnissen unter Umständen Kontroll- und 101 BGE 126 III 239 E. 1a, 123 III 395 E. 2a, 121 III 168 E. 3baa; BGer 4A_584/2017 vom 9. Januar 2017 E. 8.1, 4A_509/2011 vom 16. Januar 2012 E. 4. 102 BGer 4C.369/1999 vom 11. April 2001 E. 1a. 103 SHK UWG-SPITZ, 3. Aufl. 2023, Art. 9 N. 16; BORER, in: Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, N. 13.103. 104 UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, 2001, Art. 9 N. 305. 105 SHK UWG-SPITZ (Fn. 103), Art. 9 N. 21. Betreffend Aktionariat siehe BGE 90 IB 39 E. 2. Betreffend Holding HGer ZH HG110011 vom 22. April 2013 E. 6.1 (Aktivlegitimation in casu verneint). 106 SPR VIII/6-VON BÜREN, 2. Aufl. 2005, S. 16.

- 49 - Leitungsfunktionen übernehmen¹⁰⁷ oder auch selbst geschäftstätig sein (sog. Stammhauskonzept).¹⁰⁸

E. 3.2.3

Würdigung Der im Handelsregister eingetragene Zweck der Klägerin 1 führt unter anderem die Fabrikation und den Verkauf von Nahrungs- und Genussmitteln, insbesondere von Schokoladenartikeln als Aktivitäten auf. Insofern umfasst der Zweck der Klägerin 1 über eigentliche Vermögensverwaltungs- oder Konsolidationsfunktionen hinaus auch operative Tätigkeiten. Darüber hinaus bezweckt die Klägerin 1 den Erwerb, die Verwaltung und Vergebung von Lizenzen, Patenten und anderen Immaterialgüterrechten (KB 12). Dies deutet ebenfalls darauf hin, dass die Klägerin 1 unmittelbar am Wirtschaftsverkehr teilnimmt. Die der Beklagten zur Last gelegten Verstösse gegen das Lauterkeitsrecht berühren die Klägerin 1 damit direkt, weshalb sie wie die Klägerin 2 ebenfalls zur lauterkeitsrechtlichen Zivilklage gemäss Art. 9 Abs. 1 UWG aktivlegitimiert ist.

E. 3.3

Unnötige Anlehnung bzw. Rufausbeutung

E. 3.3.1

Parteibehauptungen

E. 3.3.1.1

Klägerinnen 1 und 2 Gemäss den Klägerinnen 1 und 2 sei die Produktausstattung der "Feinen Schokoladenkugeln" unnötig anlehnend an die Ausstattung der LINDOR- Kugeln gestaltet (Klage Rz. 200). Die von der Beklagten gewählte Produkt- ausstattung übernehme sämtliche wesentlichen Elemente der LINDOR-Ku- geln in sehr ähnlicher Form (Klage Rz. 206). Gleiches gelte für die Délice- Kugeln (Klage Rz. 207). Sowohl aus den Zuordnungsumfragen mit den "Feinen Schokoladenkugeln" als auch aus den Zuordnungsumfragen be- treffend die Délice-Kugeln sei zu folgern, dass trotz der MOSER ROTH- Beschriftung auf den Kugeln direkte Assoziationen an die LINDOR-Kugeln in wesentlichem Umfang hervorgerufen würden (Klage Rz. 87 ff. und 208 f.). Die durchgeführten Umfragen zu den "Feinen Schokoladenkugeln" hätten folgende Assoziationswerte zu LINDOR bzw. Lindt & Sprüngli erge- ben: – Zuordnungsumfrage Rot: 45 % (Klage Rz. 88 ff.; KB 54); und – Zuordnungsumfrage gemischt Rot und Blau: 43 % (Klage Rz. 91 ff.; KB 55). 107 SPR VIII/6-VON BÜREN (Fn. 106), S. 17; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 1 N. 45. 108 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, § 24 N. 92.

- 50 - Die durchgeführten Umfragen zu den Délice-Kugeln hätten folgende Assoziationswerte zu LINDOR bzw. Lindt & Sprüngli ergeben: – Zuordnungsumfrage Schwarz-Weiss: 52 % (Klage Rz. 97 f.; KB 56); – Zuordnungsumfrage gemischt Blau, Rosa-Rot, Gelb, Braun und Weiss: 63 % (Klage Rz. 98; KB 58); – Zuordnungsumfrage Blau [Délice]: 48 % (Klage Rz. 98; KB 57); – Zuordnungsumfrage Rosa: 53 % (Klage Rz. 98.; KB 61); – Zuordnungsumfrage Gelb: 54 % (Klage Rz. 98.; KB 62); – Zuordnungsumfrage Weiss: 40 % (Klage Rz. 98.; KB 60); und – Zuordnungsumfrage Braun: 40 % (Klage Rz. 98.; KB 59). Im Kontrast zu den hohen Zurechnungswerten der ALDI-Schokoladenku- geln zur Herstellerin Lindt seien die niedrigen Werte von nur 2–6 % zum korrekten Hersteller ALDI zu sehen (Klage Rz. 99). Des Weiteren hätten die Klägerinnen 1 und 2 eine Umfrage mit einer nicht verwechslungsfähigen Vergleichskugel durchgeführt, die ebenso aus den Elementen "Kugel" und "transparente Flügel" bestünde. Die genannte Um- frage habe deutlich tiefere Assoziationswerte von lediglich 16 % zu LINDOR bzw. Lindt & Sprüngli ergeben, was die Nachahmung seitens der Beklagten bestätige (Klage Rz. 101 ff.; KB 63). Überdies behaupten die Klägerinnen 1 und 2, eine Übereinstimmung zwi- schen den MOSER ROTH-Kugeln sei nicht nur in gemeinfreien Elementen gegeben, sondern in Bezug auf die berühmte Produktausstattung des LINDOR-Wrappers – auch ohne die LINDT bzw. LINDOR-Aufschrift und in jeglicher farblichen Ausgestaltung (Klage Rz. 210). Die Klägerinnen 1 und 2 erwidern der Ansicht der Beklagten, Produktausstattungen, die As- soziationen in geringerem Umfang verursachten als die Grundformen seien per se zulässig, dass dies im Prinzip darauf hinausliefe, dass nur noch klare Kopien der LINDOR-Kugel unzulässig wären (Replik Rz. 43 und 127; erster Parteivortrag der Klägerinnen 1 und 2 Rz. 39). Ferner seien keine sachlichen Gründe ersichtlich, weshalb sich die Be- klagte derart an die Produktausstattung der LINDOR-Kugeln anlehne. Es wäre ihr ein leichtes, ihre Produktgestaltung abzuändern (Klage Rz. 213). Das Abstellen der Beklagten auf die Assoziationsgutachten zu den Muster-Kugeln (AB 58 und 59) führe zu einem argumentativen Zirkelschluss, sei dogmatisch falsch und nicht haltbar (Replik Rz. 122). Es sei darauf hinzu- weisen, dass dem BGer

4A_129/2007 vom 18. Juli 2007 nicht entnommen

- 51 - werden könne, die gesamte Grundausstattung bestehend aus einer farbi- gen, glänzenden Kugel in einer Wicklerverpackung mit transparenten En- den in Rot und Blau sei absolut freihaltebedürftig. Dies treffe einzig auf das Formelement der Wickler-Enden zu (Replik Rz. 123; erster Parteivortrag der Klägerinnen 1 und 2 Rz. 35). So oder anders seien die beklagtischen Assoziationsumfragen für das vorliegende Verfahren ohnehin irrelevant, da sich die Klägerinnen 1 und 2 nicht auf eine solche Grundausstattung einer Wickler- bzw. Bonbon-Form abstütze. Vielmehr würden sie sich auf die of- fensichtlich nicht absolut freihaltebedürftige Klagemarke bzw. die Ausstat- tung der LINDOR-Kugel mit ihren farblichen und figurativen Elementen be- rufen (Replik Rz. 124). Würde man der Logik der Beklagten folgen, könnten alle kombinierten Formmarken oder Produktgestaltungen, denen eine runde Wickler- bzw. Bonbon-Form zugrunde liegt, auch im Gesamteindruck kombiniert mit ihren sonstigen farblichen und figurativen Merkmalen kopiert werden. Dies sei nicht mit dem Schutzzweck von Art. 2 lit. b MSchG ver- einbar (Replik Rz. 125). Dass bereits die Muster-Kugeln hohe Zuordnungs- werte für die Klägerinnen 1 und 2 erreichen, spreche vielmehr für die hohe Bekanntheit und Schutzfähigkeit der LINDOR-Kugeln (Replik Rz. 127). Weiter bringen die Klägerinnen 1 und 2 vor, die beklagtischen Assoziati- onsgutachten könnten nicht widerlegen, dass die Gestaltung der MOSER ROTH-Kugeln so nahe an den LINDOR-Originalen sei, dass sie trotz der MOSER ROTH-Aufschrift zu derart hohen Assoziationswerten von 40– 63 % führe (Replik Rz. 128). Der beklagtischen Kritik an den angeblich mangelhaften Zuordnungsumfra- gen entgegnen die Klägerinnen 1 und 2 insbesondere Folgendes: Der Fra- gewortlaut der Umfragen entspreche üblichen offenen, nicht suggestiven Formulierungen (Replik Rz. 130). Es sei mit Verweis auf die Rohdaten (KB 103) nicht zu Doppelzählungen oder -codierungen von Antworten ge- kommen (Replik Rz. 131). Eine erneute Prüfung durch YouGov (KB 104) hätte nur einzelne Recodierungen zur Folge gehabt, die auf die ausgewie- senen Resultate der Zuordnungsumfragen keinen Einfluss gehabt hätten (Replik Rz. 132 und 136; Widerklageduplik Rz. 23). Abweichungen zwi- schen den "Ergebnissen" und "Nennungen" würden auf eine fachgerechte Gewichtung im Interesse der Umfragerepräsentativität zurückgehen (Wi- derklageduplik Rz. 25 f.; Beilage Widerklageduplik 112). Schliesslich sei der Vorwurf, die Klägerinnen 1 und 2 hätten mit einer weiteren Umfrage auf Medienberichte zum vorliegenden Prozess mit der Absicht abgewartet, dadurch eine höhere Bekanntheit der LINDOR-Kugeln zu erreichen, abwe- gig. Der Durchschnittsverbraucher habe den Prozess nicht gesondert wahr- genommen (Replik Rz. 133 und 135). Im Übrigen widerspreche der Editi- onsantrag zur Umfrage betreffend die blaue und die grüne LINDOR-Kugel aus dem November 2024 der Dispositionsmaxime (Replik Rz. 134). Na- mentlich mit Blick auf die Zuordnungsumfragen zu den Délice-Kugeln be- tonen die Klägerinnen 1 und 2, die jeweiligen Kugeln seien inklusive

- 52 - Schriftzug für die Befragten unverfälscht und gut ersichtlich gewesen. Dies sei mit der einleitenden Kontrollfrage "Können Sie das Bild vollständig se- hen?" sichergestellt worden (Replik Rz. 138 f.). Betreffend die Zuordnungsumfrage zur "V-Love-Kugel" (KB 63), die keine Drittmarke prominent zeige, sind die Klägerinnen 1 und 2 der Ansicht, die "V-Love-Kugel" eigne sich als Vergleichsobjekt, da sie mit der LINDOR- Kugel und mit den streitgegenständlichen Kugeln im wesensbestimmenden und absolut freihaltebedürftigen Element der Wickel-Enden übereinstimme (Replik Rz. 140). Hingegen fehle es an den Ausstattungsmerkmalen der LINDOR-Kugel sowie der MOSER

ROTH-Kugeln (Farbe, metallischer Glanz, goldener Schriftzug, transparente und mit dezenten Mustern verzierte Flügel, ovale, Gold umrandete Etikette inkl. horizontaler Linie). Der deutlich tiefere Zuordnungswert der "V-Love-Kugel" von nur 16 % belege, dass es ohne Weiteres möglich sei, eine mundgerechte Süssigkeit in einer Wickler-Verpackung anzubieten, ohne eine im Gesamteindruck starke Ablehnung an die LINDOR-Originale zu erzeugen (Replik Rz. 141). Bei Betrachtung der "Karma"-Schokoladenkugeln (KB 47) sei ersichtlich, dass dies sogar bei einer Gestaltung mit den Farben Rot und/oder Blau möglich wäre (Replik Rz. 142). Entgegen der beklaglichen Ansicht handle es sich bei der LINDOR-Kugel um ein nachgewiesenermassen bekanntes, sogar berühmtes Zeichen mit einem besonderen Ruf. Die Klägerinnen 1 und 2 berufen sich hierfür auf die Umfragen zur Berühmtheit und zur Verkehrsdurchsetzung der LINDOR Produktausstattung in Schwarz-Weiss (Replik Rz. 212).

E. 3.3.1.2

Beklagte Gemäss der Beklagten würden die klägerischen Zuordnungsumfragen (KB 54–62) das Gegenteil dessen belegen, was belegt werden sollte. Insbesondere lasse sich aus ihnen keine rechtlich relevante Assoziationsgefahr herleiten (Antwort Rz. 139). Die Zuordnungsumfragen würden ausser Acht lassen, dass viele Schweizer bereits die Grundausrüstung (farbige, glänzende Kugel in einer Wicklerverpackung mit transparenten Enden) mit den Klägerinnen 1 und 2 in Verbindung bringen würden. Da diese Grundausrüstung gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung absolut frei-haltebedürftig sei, könnten auch Assoziationen, die auf der Grundausrüstung basierten, rechtlich nicht relevant sein und die Klägerinnen 1 und 2 müssten hiermit leben (Antwort Rz. 141; erster Parteivortrag der Beklagten Rz. 9). Die an sich wertlosen Zuordnungsumfragen der Klägerinnen 1 und 2 würden erst dann eine gewisse Aussagekraft erlangen, wenn sie Vergleichswerten zur Assoziation gegenübergestellt werden würden, die beim Abnehmer allein durch die absolut frei-haltebedürftige Grundausrüstung der MOSER ROTH-Ausrüstung (Kugelform, Wickler, transparente Enden) erzeugt

- 53 - werden (Antwort Rz. 142). Die Beklagte gab ihrerseits Assoziationsumfragen bei YouGov in Auftrag, wobei als Vergleichsdarstellungen die vom Bundesgericht absolut frei-haltebedürftigen Verpackungen dienten (Antwort Rz. 144): Die durchgeführten Umfragen zu den Muster-Kugeln hätten die gleichen Fragen beinhaltet wie die klägerischen Zuordnungsumfragen (Antwort Rz. 146) und hätten folgende Assoziationswerte zu LINDOR bzw. Lindt & Sprüngli ergeben: – Assoziationsumfrage Schokoladenprodukt (Rot): 67 % (Antwort Rz. 147; AB 58); und – Assoziationsumfrage Schokoladenprodukt (Blau): 65 % (Antwort Rz. 148; AB 59). Laut der Beklagten lägen die Assoziationswerte der absolut frei-haltebedürftigen Grundausrüstung (AB 58 und 59) somit deutlich über denjenigen der klägerischen Zuordnungsumfragen zu den MOSER ROTH-Kugeln. Deutlich weniger Personen würden die MOSER ROTH-Kugeln mit den Klägerinnen 1 und 2 assoziieren, als sie es bei der absoluten frei-haltebedürftigen Grundausrüstung tun würden. Da es zulässig sei, die absolut frei-haltebedürftige Grundausrüstung mit höheren Assoziationswerten zu verwenden, müsse es auch gestattet sein, die MOSER ROTH-Kugeln mit tieferen Assoziationswerten zu verwenden (Antwort Rz. 143). Die Gestaltung der MOSER ROTH-Kugeln führe sogar von den LINDOR-Kugeln weg (Antwort Rz. 150).

- 54 - In diesem Zusammenhang verweist die Beklagte auf die eigens kreierte "Lindner"-Kugel (Duplik Rz. 32): Hierbei würde es sich offensichtlich um eine Kopie der

LINDOR-Kugeln handeln. Gemäss der Beklagten würden die Zuordnungsumfragen der Klägerinnen 1 und 2 (KB 54–62) ohnehin diverse Mängel aufweisen: Erstens seien den Befragten schlecht belichtete, farblich verfälschte MOSER ROTH-Kugeln gezeigt worden, bei denen das MOSER ROTH-Logo teilweise kaum erkennbar gewesen sei (Antwort Rz. 152; Duplik Rz. 113). Eine Verkehrsbefragung zu den MOSER ROTH-Kugeln aus Deutschland mit qualitativ hochstehenden Abbildungen zeige, welchen Einfluss verfälschende Abbildungen hätten. In der deutschen Umfrage hätten lediglich 8 % der Befragten die MOSER ROTH-Kugeln mit "Lindor / Lindt" assoziiert (Duplik Rz. 114; AB 111). Zweitens habe sich die suggestive Frage, was den Befragten beim Anblick der MOSER ROTH-Kugeln "in den Sinn" komme, verfälschend auf die Ergebnisse ausgewirkt (Antwort Rz. 153; Duplik Rz. 115). Drittens hätten die Klägerinnen 1 und 2 die Rohdaten ihrer Zuordnungsumfragen nicht offengelegt, weshalb potenzielle Doppelzählungen von Antworten nicht auszuschliessen seien (Antwort Rz. 154). Einzelne Datensätze seien offenbar von den Klägerinnen 1 und 2 nachträglich verändert worden (Duplik Rz. 117; KB 103). Die Rohdaten enthielten zudem verschiedene Ungereimtheiten (z.B. die Differenz zwischen den Werten "Ergebnisse" und "Nennungen" [Duplik Rz. 118]). Weiter sei auch nicht ersichtlich, welche Antworten durch YouGov als "Lindor / Lindt & Sprüngli" oder "Kopie von oder ähnlich Lindor / Lindt & Sprüngli" codiert worden seien (Duplik Rz. 119). Viertens sei eine Zuordnungsumfrage allein zu den blauen MOSER ROTH-Kugeln ("Feine Schokoladenkugeln") aus dem November 2024 unterschlagen worden. Daraus könne nur geschlossen

- 55 - werden, dass diese Umfrage den Standpunkt der Klägerinnen 1 und 2 wohl schon selbst nicht stütze (Antwort Rz. 155 f.). Bei einem beantragten vorsorglichen Verbot der blauen "Feinen Schokoladenkugeln" sei die Umfrage zur blauen Kugel offensichtlich relevant (Duplik Rz. 120). Die Klägerinnen 1 und 2 seien auch unter der Dispositionsmaxime gestützt auf Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO dazu gehalten, die Umfrage herauszugeben (Duplik Rz. 121). Fünftens sei anzunehmen, dass auch eine Zuordnungsumfrage zu den grünen MOSER ROTH-Kugeln ("Feine Schokoladenkugeln") gemacht wurde, die ebenfalls zu edieren sei (Antwort Rz. 157; Duplik Rz. 122). Sechstens sei anzunehmen, dass die rege Berichterstattung (AB 63 und 64) zum Massnahmenentscheid des Handelsgerichts die Umfrageergebnisse der im Januar und Februar 2025 durchgeführten Zuordnungsumfragen betreffend die Délice-Kugeln massgebend verfälschte (höhere Assoziationswerte). Es sei auf beispielhafte Antworten der Befragten verwiesen (Duplik Rz. 124; KB 103). Anschaulich sei dies anhand der Assoziationswerte der roten MOSER ROTH-Kugeln (45 %) ("Feine Schokoladenkugel") und der rosaroten Délice-Kugeln (53 %) zu beobachten (Antwort Rz. 158 f.). Siebtens sei bei den klägerischen Umfragen nicht sichergestellt worden, dass die im November 2024 Befragten von den Umfragen im Januar und Februar 2025 ausgeschlossen waren, was zu verfälschenden Mehrfachbefragungen geführt haben könnte (Antwort Rz. 160). Es wäre jedenfalls möglich gewesen, eine Kontrollfrage einzufügen, ob die Befragten zuvor bereits einmal an einer Umfrage zu Schokoladenkugeln teilgenommen haben (Duplik Rz. 125). Im Übrigen würden Umfragetests zur Assoziationsgefahr ein erhebliches Potenzial für Störeffekte bergen. Dies gelte mit Verweis auf die Stellungnahme des Instituts für Demoskopie Allensbach vom 5. Dezember 2025 ("Stn. IfD Allensbach"; Beilage Stn. zur Widerklageduplik 116) namentlich dann, wenn Assoziationen zum Marktführerprodukt vermeintlich aufgedeckt werden. Zur Vermeidung dieses "Marktführereffekts" sei ein Kontrolltest zwingend erforderlich (Stn. zur Widerklageduplik Rz. 6 ff.). Die Stn. IfD

Allensbach sei durch ein Gutachten der Klägerinnen 1 und 2 vom 5. November 2025 im deutschen Parallelverfahren vor dem Landgericht Köln veranlasst worden. Sie datiere vom 5. Dezember 2025, insofern nach dem Aktenschluss und sei gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO daher rechtzeitig eingebracht (Stn. zur Widerklageduplik Rz. 11). Die Beklagte geht hinsichtlich der Zuordnungsumfrage zur "V-Love (Plant-Based)"-Kugel (KB 63) davon aus, es könne aus ihr nichts zu Gunsten der Klägerinnen 1 und 2 abgeleitet werden. Die genannte Vergleichskugel weise nicht die absolut freihaltebedürftige Grundausstattung einer eingewickelten einfarbigen Kugel mit transparenten Wicklerenden auf. Zudem werde wohl der Vermerk "Plant-Based" sowie der Umstand, dass es sich um ein veganes Produkt handelt, viele Befragte von einer Assoziation zu LINDOR abgebracht haben. Es sei auffallend, dass selbst in diesem Fall

- 56 - (behaupteter Massen) 16 % der Befragten eine Assoziation zu den LINDOR-Kugeln herstellten (Antwort Rz. 176; Duplik Rz. 129 f.). Zufolge der Beklagten sei für eine unlautere Anlehnung ein guter Ruf vorausgesetzt. Es sei jedoch nicht erstellt, dass mit den klägerischen Produktausstattungen ein guter Ruf verbunden werde. Eine grosse Bekanntheit stelle entgegen dem Massnahmenentscheid noch keinen guten Ruf dar (Antwort Rz. 292; Duplik Rz. 202).

E. 3.3.2

Rechtliches Nach Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG handelt unlauter, wer insbesondere seine Waren in unnötig anlehnender Weise mit anderen Waren vergleicht. Zweck dieser Bestimmung ist es, fehlerhafte vergleichende Werbung zu vermeiden und den Missbrauch zu verhindern, ohne die vergleichende Werbung gänzlich zu verbieten.¹⁰⁹ Der Vergleich kann unter anderem implizit durch eine äusserliche Anlehnung an Konkurrenzprodukte, beispielsweise durch die anlehnende Gestaltung der Ausstattung der Ware, erfolgen, wobei hiermit der Eindruck erweckt werden soll, das eigene Produkt sei so gut wie das Konkurrenzprodukt.¹¹⁰ Es geht um die gedankliche Koppelung der eigenen mit der fremden Ware (sog. Schaffung von Gedankenassoziationen),¹¹¹ um dessen Bekanntheit auszunutzen (sog. Rufausbeutung).¹¹² Der Tatbestand der unnötigen Anlehnung bzw. Rufausbeutung ist niederschwelliger als derjenige der lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsgefahr gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG. Insgesamt können jedoch sinngemäss jene Kriterien, die für die Ermittlung einer Verwechslungsgefahr entscheidend sind, für die unlautere Anlehnung ebenfalls herangezogen werden (vgl. oben E. 2.3.1.2).¹¹³ Es genügt, wenn die spätere Ausstattung unmissverständlich eine Botschaft des Inhalts "Ersatz für" oder "gleich gut wie" das ältere Produkt vermittelt und auf diese Weise die Unterscheidungsfunktion der Ausstattung stört.¹¹⁴ Eine so verstandene Rufausbeutung setzt einen guten Ruf als Tatbestandsmerkmal voraus.¹¹⁵

¹⁰⁹ SHK UWG-OETIKER/SINGH, 3. Aufl. 2023, Art. 3 lit. e N. 4; DIKE UWG-STAUER/ISKIC, 2. Aufl. 2025, Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 5. ¹¹⁰ BGE 135 III 446 E. 7.1; HGer ZH HE180458 vom 19. Dezember 2018 E. 4.2.1.1; SHK UWG-OETIKER/SINGH (Fn. 109), Art. 3 lit. e N. 11 ff.; BSK UWG-SCHMID, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 30 f.; DIKE UWG-STAUER/ISKIC (Fn. 109), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 7 je m.w.N. ¹¹¹ BGE 135 III 446 E. 7.1; BGer 4A_103/2008 vom 7. Juli 2008 E. 6, 4A_467/2007 und 4A_469/2007 vom 8. Februar 2008 E. 4.3 je m.w.N. ¹¹² SHK UWG-OETIKER/SINGH (Fn. 109), Art. 3 lit. e N. 36; BSK UWG-SCHMID (Fn. 110), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 86 und 89. ¹¹³ DIKE UWG-STAUER/ISKIC (Fn. 109), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 37. ¹¹⁴ Vgl. etwa BGE 135 III 446 E. 7.1, 122 III 382 E. 1 (allerdings noch unter dem Tatbestand der Ver-

wechsungsgefahr); BGer 4A_103/2008 vom 7. Juli 2008 E. 6; HGer BE HG 20 87 vom 31. Dezember 2020 E. 12.9.3; SHK UWG-OETIKER/SINGH (Fn. 109), Art. 3 lit. e N. 40. Vgl. auch DOBLER (Fn. 78), N. 282. 115 BGer 4A_166/2024 vom 17. September 2024 E. 4.4.1; HGer BE HG 19 89 vom 24. Februar 2020 E. 27.1, (auszugsweise) publ. in: sic! 2021, S. 37 ff. Vgl. auch schon BGE 70 II 245 E. 2.

- 57 - Allerdings genügt nicht schon jede noch so geringfügige Ähnlichkeit einer Ausstattung mit derjenigen eines Konkurrenzprodukts, um eine unlautere Anlehnung zu bejahen. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass die Ausstattung in einer Weise verwendet wird, dass es nicht anders, denn als Anlehnung an diejenige eines Dritten gedeutet werden kann und diese objektiv geeignet ist, beim Adressaten eine gedankliche Verbindung zum Drittzeichen bzw. den damit gekennzeichneten Produkten zu wecken. Das Verbot der unlauteren Anlehnung an eine Konkurrenzausstattung soll nur eindeutige Fälle unnötiger Anlehnungen erfassen, die nicht durch ein Informationsbedürfnis zu rechtfertigen sind. Gleichzeitig ist umso mehr eine Rufausbeutung durch Imagetransfer anzunehmen, je ähnlicher sich die Ausstattungen nach ihrem Gesamteindruck und je näher sich die Produkte sind.¹¹⁶ Die Grenzlinie zwischen zulässiger und unzulässiger Anlehnung bzw. Rufausbeutung wird auch von der Zumutbarkeit eines weiteren Abstands beeinflusst.¹¹⁷ "Unnötig ist eine Anlehnung, wenn sie ohne sachlichen Rechtfertigungsgrund erfolgt oder das zur Information erforderliche Mass überschreitet."¹¹⁸ Verdeckte Anlehnungen werden teilweise als generell unnötig bezeichnet, ausser es werden bloss einzelne Elemente übernommen, deren Übernahme sachlich gerechtfertigt ist, weil objektive Gründe bestehen.¹¹⁹ Je mehr das Bezugsprodukt als eigentliches "Zugpferd" verwendet wird, desto eher ist die Anlehnung als unnötig zu qualifizieren.¹²⁰ Wie bei der lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsgefahr gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG handelt es sich auch bei der unnötigen Anlehnung um eine Rechtsfrage.¹²¹ Dies folgt auch aus den zuvor dargelegten Elementen, die bei der normativen Beurteilung der unnötigen Anlehnung zu berücksichtigen sind. Aus der normativen Natur der unnötigen Anlehnung ist zu schliessen, dass keine vorgegebene überprüfbare numerische Skala existiert, an die das Gericht bei der rechtlichen Würdigung gebunden wäre.¹²² Allerdings hat sich die rechtliche Würdigung der unnötigen Anlehnung an vorgelagerten Tatsachen, die dem Beweis zugänglich sind, wie beispielsweise mittels Umfragen nachgewiesener Assoziationen, zu orientieren.¹²³ 116 BGE 135 III 446 E. 7.1 und 7.5; BGer 4A_103/2008 vom 7. Juli 2008 E. 6, 4A_467/2007 und 4A_469/2007 vom 8. Februar 2008 E. 4.1, 4.3 und 6.2; SHK UWG-OETIKER/SINGH (Fn. 109), Art. 3 lit. e N. 36 und 39; BSK UWG-SCHMID (Fn. 110), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 86, 89 und 109; DIKE UWG-STAUER/ISKIC (Fn. 109), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 37 je m.w.N. 117 HGer ZH HG970259 vom 8. Juli 1999 E. 3, (auszugsweise) publ. in: sic! 2000, S. 307 ff. 118 AGE BS ZK.2020.2 vom 23. September 2020 E. 6.2; DIKE UWG-STAUER/ISKIC (Fn. 109), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 56. 119 DIKE UWG-STAUER/ISKIC (Fn. 109), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 59. 120 DIKE UWG-STAUER/ISKIC (Fn. 109), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 60 121 BGE 135 III 446 E. 6.4, 126 III 239 E. 3a. Vgl. zur Verwechslungsgefahr umfassend BURKARD (Fn. 71), N. 189 ff. 122 BURKARD (Fn. 71), N. 190 m.w.N. 123 BURKARD (Fn. 71), N. 189 m.w.N.

- 58 - Für allgemeine rechtliche Ausführungen zum massgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der unnötigen Anlehnung ist auf die Ausführungen oben E. 2.3.1.2.6 zu verweisen.

E. 3.3.3

Würdigung ("Feine Schokoladenkugeln")

E. 3.3.3.1

Aussagekraft der Zuordnungsumfragen Wie bereits ausgeführt (vgl. oben E. 2.3.1.3), sind die sogenannten "Zuordnungsumfragen" der Klägerinnen 1 und 2 nicht dazu geeignet, eigentliche Fehlzurechnungen zu beweisen. Da eine unlautere Anlehnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG jedoch keine Verwechslungsgefahr voraussetzt, ist dieser Befund hier nicht ausschlaggebend. Betreffend die weiteren Tatbestandselemente einer unnötigen Anlehnung kann einer Umfrage, die einen gedanklichen Bezug zu einem Konkurrenzprodukt methodisch korrekt ermittelt, nicht jeglicher Wert abgesprochen werden. Anders als von der Beklagten behauptet, werden die jeweiligen "Feinen Schokoladenkugeln" genügend gut erkennbar in den Umfragen (KB 54 und 55) dargestellt. Zudem ist nicht nachvollziehbar, weshalb der offene Wortlaut der gestellten Frage "Was denken Sie, wenn Sie dieses Schokoladen-Produkt hier sehen. Was kommt Ihnen dabei alles in den Sinn?" hinsichtlich möglicher Assoziationen zu Lindt / LINDOR suggestiv sein sollte. Nicht ganz von der Hand zu weisen ist der Einwand, die Klägerinnen 1 und 2 würden die Rohdaten zu den Umfragen nicht offenlegen. Da die soeben wiedergegebene Frage keine klar definierten Antworten aufweist, ist theoretisch eine Vielfalt möglicher Antworten denkbar. Die Rohdaten (KB 103) werden von den Klägerinnen 1 und 2 zwar eingereicht. Mit deren Inhalt, insbesondere den massgeblichen Antworten, setzen sie sich in ihren Rechtsschriften trotz der beklagten Bestreitung jedoch nur in groben Zügen auseinander (Replik Rz. 131 f.). Anhand welcher Antworten also beispielsweise der in der "Zuordnungsumfrage" zur MOSER ROTH-Kugel in Rot ("Feine Schokoladenkugel") propagierte Wert von 45 % (KB 54) an Gesamtassoziationen effektiv ermittelt wurde, ist nicht ersichtlich. Das im vorliegenden Hauptverfahren anwendbare Regelbeweismass verlangt zudem nach einer stärkeren Überzeugung als das Beweismass der Glaubhaftmachung im vorsorglichen Massnahmeverfahren. Demgegenüber verschaffen zumindest die in Replik Rz. 131 beispielhaft aufgeführten Antworten "Aldi-Version von Lindor Kugeln" oder "Lindor Nachmachung" einen repräsentativen Eindruck, welche Antworten vom Umfrageinstitut gewertet wurden. Die klägerische Bewertung der genannten Antworten erweist sich als zulässig und gemäss den Rohdaten auch als korrekt. Was die Beklagte dagegen als gegebene Antworten aufführt, überzeugt betreffend die Umfrage zur MOSER ROTH-Kugel in Rot ("Feine Schokoladenkugel") (KB 54) nicht. Vielmehr legen die in Duplik Rz. 119 dargelegten Antworten gerade

- 59 - dar, dass Assoziationen zur LINDOR Kugel entstanden sind, wenngleich die Befragten wohl nicht einer Verwechslungsgefahr unterlagen (z.B. die Antworten "Es ist keine Lindorkugel" oder "Das Konkurrenzprodukt von Lindt"). Die Beklagte kann keine Antworten vorweisen, die rechtsgenügeliche Zweifel am Resultat der Moser Roth-Umfrage in Rot streuen. Mit einem Gesamtwert von 45 % weist die "Zuordnungsumfrage" zur MOSER ROTH-Kugel in Rot ("Feine Schokoladenkugel") nach, dass ein erheblicher, wenn gleich nicht überwiegender Teil der potenziellen Konsumenten, bei Betrachtung der "Feinen Schokoladenkugeln" in Rot Assoziationen zu Lindt / LINDOR herstellt. Diese Assoziationen bestehen, obwohl das Wortkennzeichen "MOSER ROTH" deutlich erkennbar war. Grössere Zweifel bestehen jedoch an der Aussagekraft der "Zuordnungsumfrage" zu den MOSER ROTH-Kugeln in Rot und Blau gemischt ("Feine

Schokoladenkugeln") (KB 55): Die Beklagte spricht zu Recht an, dass die Klägerinnen 1 und 2 keine Umfrage einreichen, die spezifisch auf die blaue "Feine Schokoladenkugel" gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 Bezug nimmt. Zwar legen die Klägerinnen 1 und 2 eine "Zuordnungsumfrage" zu einer blauen Moser Roth-Kugel vor (KB 57). Diese bildet jedoch nicht die blaue "Feine Schokoladenkugel", sondern die blaue Délice-Kugel ab und kann insofern zum Nachweis allfälliger Assoziationen beim Anblick der blauen "Feinen Schokoladenkugel" nicht beigezogen werden. Bei Produkten, die in erheblichem Umfang auf Elementen des Gemeinguts aufbauen, sind die nicht freihaltebedürftigen und unterscheidungskräftigen Merkmale wesentlich. Diese können nicht ausser Acht gelassen werden. Gestützt auf die Umfrage zu den roten und blauen "Feinen Schokoladenkugeln" gemischt, berufen sich die Klägerinnen 1 und 2 auf einen Gesamtassoziationswert von 43 %. Da sich die Umfrage jedoch stets gemeinsam auf sowohl die rote als auch die blaue "Feine Schokoladenkugel" bezieht, ist nicht ohne jeden vernünftigen Zweifel gesichert, dass die Assoziationen nicht durch die rote Kugel erheblich (mit-)verursacht werden. Da die Klägerinnen 1 und 2 in ihren Rechtsschriften nicht einmal beispielhaft darlegen, welche Antworten abgegeben wurden, ist diese Möglichkeit nicht auszuschliessen. Zusammenfassend haben die Klägerinnen 1 und 2 nicht nachgewiesen, dass beim Anblick der blauen "Feinen Schokoladenkugel" entsprechende Assoziationen zu Lindt / LINDOR erzeugt werden. Verspätet und daher unbeachtlich sind die Behauptungen der Beklagten zur Notwendigkeit eines Kontrolltests für Assoziationsumfragen und die hierzu eingereichte Stn. IfD Allensbach (Stn. zur Widerklageduplik Rz. 4 ff.; Beilage Stn. zur Widerklageduplik 116). Die Stn. IfD Allensbach wurde von der Beklagten in Auftrag gegeben. Entsprechend handelt es sich bei dieser um ein sogenanntes Potestativnovum (vgl. auch der erste Parteivortrag der Klägerinnen 1 und 2 Rz. 6). Dessen Zulässigkeit richtet sich nach Art. 229

- 60 - Abs. 2 lit. b ZPO.124 Die Beklagte bestreitet die Methodik der klägerischen Zuordnungsumfragen (KB 54–62) bereits seit ihrer Klageantwort umfangreich (siehe E. 3.3.1.2). Es wäre der Beklagten ohne Weiteres möglich und zumutbar gewesen, ihre methodische Kritik bereits vor Eintritt des Akten schlusses mit der Stellungnahme eines Marktforschungsinstituts zu untermauern. Das zeigen nicht zuletzt auch die eigens durchgeführten Assoziationsumfragen zu den generischen Vergleichskugeln (AB 58 und 59). Dass die Stn. IfD Allensbach allenfalls durch ein Gutachten in einem deutschen Parallelverfahren verursacht wurde, ist vorliegend ohne Bedeutung.

E. 3.3.3.2

Guter Ruf Die schweizweite grosse Bekanntheit der roten und blauen LINDOR-Kugeln ist gerichtsnotorisch. Überdies brachten 81.5 % der Befragten der Berühmtheitsumfrage aus dem Jahr 2023 die schwarz-weiße Form der LINDOR-Kugel mit dem Qualitätsurteil "eher hochwertig" in Verbindung (Klage Rz. 54; KB 32). Es ist von einem guten Ruf der roten und blauen LINDOR-Kugel auszugehen.

E. 3.3.3.3

Unnötige Anlehnung bzw. Rufausbeutung 3.3.3.3.1. Massgebende Zeitpunkte der Beurteilung Mit der vorliegenden Klage gehen die Klägerinnen 1 und 2 gegen die Produktausstattungen der "Feinen Schokoladenkugeln" der Beklagten vor. Unbestrittenermassen werden die streitgegenständlichen Kugeln allerdings nur gebündelt in Sekundärverpackungen (Beutel-/Kartonverpackungen) und nicht einzeln zum Verkauf

angeboten (Antwort Rz. 96). Sämtliche Sekundärverpackungen verfügen über ein Sichtfenster, durch das mindestens zwei Schokoladenkugeln im Inneren erkennbar sind (KB 8). Wie auf vorangehender Abbildung ersichtlich, bleiben die "Feinen Schokoladenkugeln" im Kaufzeitpunkt durch das Sichtfenster weiterhin gut bis sehr gut erkennbar. Hingegen ist auch festzustellen, dass die einzelne Kugel in ihrer Ausstattung und dreidimensionalen Form im Verbund mit der Sekundärverpackung weniger stark wahrgenommen wird. Die Sekundärverpackung fügt durch eine übergeordnete eckige Form, weitere Verzierungen 124 BGE 146 III 416 E. 5.3.

- 61 - und Schriftzüge (inklusive des prominenten Aufdrucks "MOSER ROTH") neue optische Facetten hinzu, die den Betrachter von den eigentlichen Kugeln zumindest teilweise ablenken dürften und insofern die Assoziierungswirkung der Kugeln hemmen könnten. Wird zudem von einer eher schwachen Aufmerksamkeit des Durchschnittskonsumenten beim Kauf von Schokoladenkugeln ausgegangen, setzt eine Sekundärverpackung jedenfalls eine neue Hürde hinsichtlich potenzieller Assoziationen, die mit dem Primärprodukt verbunden werden. Die Klägerinnen 1 und 2 reichen keine Nachweise (insbesondere Gutachten) ein, die belegen würden, dass auch beim Anblick der Sekundärverpackungen unlautere Assoziationen zu den LINDOR-Kugeln als Primärware geschaffen würden. Wie bei der Beurteilung der Verletzungsgefahr handelt es sich bei der Einschätzung einer unnötigen Anlehnung jedoch regelmässig um eine Rechtsfrage, bei der nicht zwingend allein auf demoskopische Umfragen abzustellen ist.¹²⁵ Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass der Verkauf in Sekundärverpackungen mit Sichtfenstern und teilweisem Abdruck der Primärware eine unnötige Anlehnung nicht undenkbar werden lässt, die Gefahr von rufausbeutenden Assoziationen jedenfalls aber einschränkt. Mit der Unsicherheit einer rechtlichen Einschätzung der Gefahr einer unlauteren Anlehnung bezogen auf die "Feinen Schokoladenkugeln" im Kaufmoment gewinnen Umstände, die nach dem Zeitpunkt des Kaufs in Erscheinung treten, an Bedeutung. Zu klären ist insofern, ob eine sog. "post-sale confusion" (oder im Umfeld der unnötigen Anlehnung wohl besser "post-sale exploitation") zu berücksichtigen ist. Unzutreffend ist der Befund der Beklagten, das Konzept der "post-sale confusion" werde in der Schweiz grossmehrheitlich abgelehnt (Antwort Rz. 243). Richtigerweise kann daraus, dass das Bundesgericht in persönlicher Hinsicht auf das "kaufende Publikum" abstellte,¹²⁶ nicht auf eine zeitliche Festlegung geschlossen werden. Zum kaufenden Publikum kann auch die zukünftige Käuferschaft bzw. die angestrebte Kundschaft gezählt werden.¹²⁷ Für eine Beachtlichkeit von Vorgängen vor oder nach dem Zeitpunkt des Kaufs kann überdies angeführt werden, dass die Marginalie von Art. 3 UWG auch von unlauteren Werbemethoden spricht. Der Begriff der Werbung ist weit zu verstehen¹²⁸ und umfasst insbesondere die (unter Umständen sowohl im Kaufmoment als auch davor und danach bestehende) Ausstattung von Produkten.¹²⁹ Schliesslich ist, wie im Rahmen der ¹²⁵ Vgl. zur Verwechslungsgefahr BGE 135 III 446 E. 6.4, 126 III 315 E. 4b; SHK UWG-BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPITZ (Fn. 61), Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 33 m.w.N. 126 BGE 116 II 365 E. 3a, 108 II 327 E. 4, 108 II 69 E. 2c. 127 TROLLER (Fn. 78), S. 335; ALBERINI (Fn. 81), S. 86; BURKARD (Fn. 71), N. 387. 128 HGer ZH HE190354 vom 31. Januar 2020 E. 4.2.3, HG130077 vom 2. Oktober 2014 E. 2.5.2.3; DIKE UWG-STAUER/ISKIC (Fn. 109), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 8. 129 Vgl. SHK UWG-OETIKER/SINGH (Fn. 109), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 12.

- 62 - Ermittlung einer lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsgefahr,¹³⁰ auf den Eindruck abzustellen, den die Ausstattung im Erinnerungsvermögen beim Durchschnittskunden

hervorrufen. Auf einen Direktvergleich der Ausstattungen kommt es nicht an.¹³¹ Bei Waren, die in Lebensmittelgeschäften erworben werden, ist nicht anzunehmen, dass lediglich die Produktpräsentation vor Ort einen Einfluss auf das Erinnerungsvermögen beim Durchschnittskunden haben wird. Zwar ist davon auszugehen, dass im Zeitpunkt und für die Fällung des Kaufentscheids eine gewisse kognitive Verarbeitung mit dem visuellen Eindruck der entsprechenden Produktausstattung stattfindet. Bei zum Verzehr bestimmten Waren des Massengeschäfts wird die entsprechende Zeitspanne den Umständen des Einkaufs entsprechend wohl aber eher kurz bemessen sein. Demgegenüber sieht sich der Erwerber der Ware nach abgeschlossenem Kauf in seinem privaten Umfeld normalerweise keiner Vielfalt an möglichen Wettbewerbsprodukten ausgesetzt. Seine Aufmerksamkeit kann sich ungestört der erworbenen Ware widmen. Namentlich dann, wenn Produkte einzeln verpackt, aber stets im Bündel erworben werden, kann die Produktausstattung kontinuierlich und wiederholt über einen Zeitraum wahrgenommen werden. Dies ist vorliegend bei den MOSER ROTH-Kugeln der Fall. Im Übrigen kann die Produktausstattung im privaten Umfeld nicht nur das Erinnerungsbild des Erwerbers weiter prägen, sondern potentiell weitere Kunden erreichen. Mag zwar der Kreis dieser potenziellen Kundschaft kleiner sein als am Ort des Erwerbs, ermöglicht die Produktpräsentation im privaten Umfeld auch hier eine längere und gezieltere Verarbeitung des visuellen Eindrucks. Wie bei der derivativ begründeten Unterscheidungskraft einer Marke ist abschliessend anzunehmen, dass sich auch gedankliche Assoziationen beim Zielpublikum über die gesamte Dauer des Kontakts mit der Produktausstattung entwickeln können und sowohl die Wahrnehmungen des Produkts im Erwerbszeitpunkt als auch im Zeitraum des Gebrauchs im Verbund das Erinnerungsbild formen. Nach dem Gesagten ist die Möglichkeit einer "Post-Sale Confusion bzw. Exploitation" unter Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG zu bejahen. Entsprechend kann zur Prüfung einer unnötigen Anlehnung unmittelbar auf die Ausstattungen der betroffenen Schokoladenkugeln abgestellt werden.

3.3.3.3.2. Ausstattung Um zu beurteilen, ob sich die Beklagte mit der Gestaltung ihrer "Feinen Schokoladenkugeln" unnötig an die Produktausstattungen der roten und blauen LINDOR-Kugeln anlehnt und dadurch deren guten Ruf ausbeutet, sind die Ausstattungen der roten und blauen LINDOR-Kugeln sowie der 130 Zur sinngemässen Heranziehung der unter Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG geltenden Grundsätze siehe DIKE UWG-STAUER/ISKIC (Fn. 109), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 37. 131 DIKE UWG-HEINEMANN (Fn. 78), Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 52; SHK UWG-BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPITZ (Fn. 61), Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 32.

- 63 - roten und blauen "Feinen Schokoladenkugeln" im Einzelnen mit Blick auf den jeweiligen vermittelten Gesamteindruck zu analysieren. Die Parteien haben die betroffenen Produkte im vorliegenden Fall als Augenscheinobjekte eingereicht. Die Ausstattungen der roten und blauen LINDOR-Kugeln zeichnen sich wie folgt aus: – Die LINDOR-Kugeln haben eine mundgerechte kugelige Form und Grösse. – Sie werden in einen Wrapper aus Plastik-Folie eingedreht und verpackt (sogenannter Doppelwickler). Der Wrapper ist im Korpus in metallischem, glänzendem eher dunkleren Rot- bzw. Blau gefärbt. – Die durch die Eindrehung erzeugten zwei Flügel sind transparent und mit weissen, stilisierten Kakaofrüchten und -blättern verziert (sogenannte St. Galler Spitzen). – Die LINDOR-Kugeln sind zentral in goldener, geschwungener Schrift mit "Lindt" und dem zugehörigen Drachensymbol bedruckt. Unter einem zum Schriftbild bezogen horizontal verlaufenden, goldenen Trennstrich folgt in silbrig, weisser Farbe das Wort "LINDOR". – Die St. Galler Spitzen zieren auch den Korpus und umranden das zuvor beschriebene Logo.

Die Ausstattungen der roten und blauen "Feinen Schokoladenkugeln" zeichnen sich wie folgt aus: – Die "Feinen Schokoladenkugeln" haben eine mundgerechte kugelige Form und Grösse. – Sie werden in einen Wrapper aus Plastik-Folie eingedreht und verpackt (sogenannter Doppelwickler). – Der Wrapper ist im Korpus in metallischem, glänzendem eher dunkleren Rot- und Blautönen gefärbt.

- 64 - – Die durch Eindrehung erzeugten Flügel sind transparent und mit weihnachtlichen, goldenen, sternförmigen Verzierungen (Blau) und weihnachtlichen Mistelzweigen (Rot) bedruckt. – Die Musterung der transparenten Flügel setzt sich auf dem jeweiligen Korpus fort, wobei die Sterne der blauen Kugel sich mit stärkerem Kontrast abheben als die Verzierungen der roten Kugel. – Auf den Kugeln befindet sich zentral der goldene Schriftzug "MOSER ROTH". Dieser ist von unten durch einen horizontalen, goldenen Strich und von oben durch das goldene Moser Roth-Logo (Bergpanorama vor goldenem Hintergrund) begrenzt. Gesamthaft wird die Beschriftung in einem goldenen Kreis abgebildet, der wiederum noch etwas dunkler (rot bzw. blau) gefärbt ist. – Die Kugeln sind mit der jeweiligen Geschmacksrichtung in goldener Schrift unterhalb des goldenen Kreises (Logo) bedruckt.

3.3.3.3.3. Unnötige Anlehnung Von der Beklagten wird als Argument unter anderem angeführt, aus einer absolut freihaltebedürftigen Form abgeleitete Assoziationen könnten keine unnötige Anlehnung begründen. Im Grundsatz ist der Beklagten in ihrer Ansicht zuzustimmen. Assoziationen, die allein auf freihaltebedürftige Elemente zurückzuführen sind, können richtigerweise für die Ermittlung einer unnötigen Anlehnung grundsätzlich nicht von Relevanz sein. Andernfalls würde der Gemeingutcharakter dieser Elemente auf indirektem Weg unterlaufen bzw. faktisch wieder aufgehoben werden. Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um einfache Produktausstattungen, die sich in gemeinfreien Elementen erschöpfen, sondern um spezifisch entworfene Verpackungen, die sich durch individualisierbare Kombinationen diverser gestalterischer Elemente auszeichnen. Dabei kommt es auf den Gesamteindruck an, den die jeweilige Kreation als Verbund der einzelnen Ausstattungselemente im Erinnerungsbild des Durchschnittsadressaten erzeugt und die hierauf basierenden Assoziationen. So wie es nicht angeht, die Freihaltebedürftigkeit des Gemeinguts gemäss Art. 2 lit. b MSchG indirekt über eine unlautere Anlehnung nach Art. 3 lit. e UWG auszuhebeln, indem eine Assoziationsgefahr aus gemeinfreien Elementen hergeleitet werden würde, entspricht es umgekehrt nicht dem Zweck des

- 65 - Gemeinguts, dass Marktteilnehmer, die sich bei der Produktgestaltung Elementen des Gemeinguts bedienen, vom Tatbestand der unnötigen Anlehnung ohne Weiteres ausgeschlossen werden. Des Weiteren handelt es sich bei der unlauteren Anlehnung, um eine Rechtsfrage (vgl. oben E. 3.3.2). Daraus folgt, dass die in den jeweiligen Umfragen ermittelten Assoziationswerte ein Element unter mehreren bilden, welches in der gerichtlichen Würdigung zu berücksichtigen ist. Ebenfalls zu berücksichtigen sind die Gleichartigkeit der Waren, die Zeichenähnlichkeit sowie auch die Umstände des Erwerbs. Schliesslich ist zu prüfen, ob die Anlehnung ohne sachlichen Grund erfolgt. Im konkreten Fall besteht Warenidentität. Wie zuvor ausgeführt (vgl. oben E. 3.3.3.3.2) lehnt sich zumindest die rote "Feine Schokoladenkugel" im Gesamteindruck erheblich an die rote LINDOR-Kugel an. Es besteht somit ein hohes Mass an Zeichenähnlichkeit. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die rote LINDOR-Kugel zu einem nicht unwesentlichen Teil aus Elementen des Gemeinguts aufgebaut ist. Die Klägerinnen 1 und 2 müssen zu einem gewissen Grad damit leben, dass Konsumenten mit der absolut freihaltebedürftigen

Grundform des Doppelwicklers die rote LINDOR-Kugel in Verbindung bringen, selbst wenn Konsumenten ein Konkurrenzprodukt betrachten. So zeigen die von der Beklagten eingereichten Assoziationsgutachten (AB 58 und 59), dass bereits bei der Betrachtung von generischen Doppelwicklern zumindest das Schweizer Publikum in wesentlichem Ausmass Assoziationen zu Lindt / LINDOR herstellt. Schliesslich handelt es sich um eine Frage des Masses, inwieweit sich die Klägerinnen 1 und 2 Anlehnungen an ihre rote LINDOR-Kugel gefallen lassen müssen und in diesem Sinne um die Frage, ob die anlehrende Produktausstattung der roten "Feinen Schokoladenkugel" sachlich gerechtfertigt ist und allenfalls zuzulassbare Alternativen bestehen. Trotz der im Detail gegebenen Unterschiede der Einzelelemente besteht keine sachliche Rechtfertigung, dass die Beklagte ihre rote "Feine Schokoladenkugel" (namentlich die farblichen Abstimmungen sowie die geschwungenen Verzierungen auf den Flügeln) derart an die rote LINDOR-Kugel anlehnt. Es wäre ihr ein Leichtes, von der Kombination von metallischen Gold- und Rottönen, dem spezifischen Rotton, dem auch rundlichen Logo mit (teils) goldener Schrift und den transparenten Flügeln mit ebenfalls geschwungenen Verzierungen abzusehen. Immerhin zeigt die "Zuordnungsumfrage" der Klägerinnen 1 und 2 (KB 54), dass beinahe die Hälfte aller Befragten bei Betrachtung der roten "Feinen Schokoladenkugel" Assoziationen zu Lindt / LINDOR hat. Bei der blauen "Feinen Schokoladenkugel" fehlen solche tatsächlichen Anhaltspunkte zu wesentlichen Assoziationen mangels einer isolierten Umfrage hingegen. Darüber hinaus verschaffen die gut erkennbaren goldenen Sterne auf den transparenten Flügeln der blauen "Feinen Schokoladenkugel" qualitativ einen grösseren Abstand zur Ausstattung der blauen LINDOR Kugel. Im Unterschied zur roten "Feinen

- 66 - Schokoladenkugel" ist das sich auf dem Korpus fortsetzende Sternenmuster auch besser erkennbar und vermag im Erinnerungsbild des durchschnittlichen Konsumenten besser zu verhaften. Für die Wahl des goldenen Sternenmusters sprechen vor dem Hintergrund, dass die blauen "Feinen Schokoladenkugeln" in der Weihnachtszeit verkauft werden auch sachliche Gründe. Im Ergebnis erscheint der Abstand der blauen "Feinen Schokoladenkugel" zur blauen LINDOR Kugel genügend gross, um eine unnötige Anlehnung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG zu verneinen.

E. 3.3.3.4

Zwischenfazit ("Feine Schokoladenkugeln") Die Beklagte lehnt ihre rote "Feine Schokoladenkugel" in unnötiger Weise gemäss Art. 3 lit. e UWG an die rote LINDOR Kugel an. Hinsichtlich der blauen Pendants dieser Kugel ist eine unnötige Anlehnung demgegenüber mangels Assoziationen zu Lindt / LINDOR zu verneinen. Folglich ist das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 1, soweit darauf einzutreten ist (vgl. oben E. 1.7.3.1), teilweise gutzuheissen. 3.3.4. Würdigung (Délice-Kugeln)

E. 3.3.4

Würdigung (Délice-Kugeln) 66

E. 3.3.4.1

Aussagekraft der Zuordnungsumfragen Da die "Zuordnungsumfragen" betreffend die Délice-Kugeln (KB 56–62) gleich aufgebaut sind wie diejenigen zu den "Feinen Schokoladenkugeln", kann hinsichtlich konzeptioneller Aspekte der Fragestellung auf obige Ausführungen verwiesen werden (vgl. oben E. 3.3.3.1). Es sei jedoch insbesondere nochmals hervorgehoben, dass die Beklagte die erzielten Werte der Umfragen bestreitet.

Zumindest auszugsweise legen die Klägerinnen 1 und 2 indessen in ihrer Replik dar, welche Art von Antworten – zulässigerweise – mit "Lindor / Lindt&Sprüngli" und "Kopie von oder ähnlich Lindor / Lindt&Sprüngli" codiert wurden (Replik Rz. 131). Die erwähnten Antworten lassen sich aus den eingereichten Rohdaten (KB 103) auch nachvollziehen. An der Folgerung, dass YouGov die Antworten zumindest im Wesentlichen Umfang korrekt codierte, vermögen auch die seitens der Beklagten aufgeführten einzelnen Antworten (Duplik Rz. 119) nichts ändern. Namentlich Antworten wie "Keine Lindkugel" oder "Das sind keine Lindtkugel" schliessen zwar eine Verwechslungsgefahr aus, nicht hingegen eine unnötige Anlehnung; der geforderte gedankliche Bezug zu LINDOR / Lindt wurde hier bereits hergestellt. Die Beklagte verweist weiter auf einen verfälschenden Effekt des Umfragezeitpunkts. Es trifft zu, dass die "Zuordnungsumfragen" zu den Délice-Kugeln kurz nach dem Massnahmeentscheid HSU.2024.50 des Handelsgerichts und der zugehörigen schweizweiten Medienberichterstattung durchgeführt wurden. Entgegen der Klägerinnen 1 und 2 ist nicht auszuschliessen, dass die mediale Berichterstattung einen messbaren Einfluss zu Gunsten der klägerischen Position gehabt haben könnte. Dies zeigen die von der Beklagten vorgebrachten beispielhaften Antworten (Duplik Rz. 124). Die Klägerinnen 1 und 2 habe sich dazu nicht geäußert. Die

- 67 - zeitliche Nähe zur Medienberichterstattung vermindert folglich die Aussagekraft der "Zuordnungsumfragen". Berechtigt ist schliesslich auch der beklagte Hinweis, dass es mit Hilfe einer Kontrollfrage möglich gewesen wäre, jene Befragten, die allenfalls bereits an den "Zuordnungsumfragen" der roten "Feinen Schokoladenkugeln" teilgenommen haben, erkennbar zu machen, um so eine Verfälschung der Ergebnisse zu vermeiden. Angesichts der zufälligen Auswahl aus einer relativ grossen Anzahl von Kandidaten ist dieser mögliche Effekt als gering einzustufen. Betreffend die "Zuordnungsumfrage" Moser Roth, gemischt (KB 58) ist überdies festzuhalten, dass die Kugeln in der dargestellten gemischten Kombination in der Schweiz nicht verkauft werden. Dem potenziellen Konsumenten begegnet das abgefragte Bild als von der Beklagten vorgegebene Mischung insofern nicht, was auch von der Beklagten hervorgehoben wird (Antwort Rz. 168). Bereits aus diesem Grund ist der Wert des angeblich ermittelten Assoziationsgrades zweifelhaft. Darüber hinaus wurden die jeweiligen Kugeln in dieser Umfrage bezüglich all ihrer Ausstattungsmerkmale tatsächlich nicht hinreichend erkennbar abfotografiert. Namentlich das MOSER ROTH-Logo ist auf keiner der Kugeln gut erkennbar. Selbst wenn das Erinnerungsbild der Betrachter "verschwommen" sein sollte, trifft dies auf den "Input", auch wenn er nur flüchtig angesehen werden sollte, nicht zu. Wie die Beklagte zu Recht betont (Duplik Rz. 127), ändert die gestellte Frage, ob das Bild vollständig zu sehen ist, aufgrund der Bildqualität nichts daran. Für die vorliegende Prüfung einer unnötigen Anlehnung kommt der "Zuordnungsumfrage" der gemischten Délice-Kugeln keine Aussagekraft zu. Insgesamt ist davon auszugehen, dass die "Zuordnungsumfragen" zu den Délice-Kugeln (ausgenommen die gemischte Umfrage) eine gewisse Aussagekraft bezüglich allfälliger Assoziationen aufweisen. Der Beweiswert ist jedoch geringer einzustufen als dies bei der "Zuordnungsumfrage" zur roten "Feinen Schokoladenkugel" der Fall ist.

E. 3.3.4.2

Guter Ruf 81.5 % der Befragten der Berühmtheitsumfrage aus dem Jahr 2023 brachten die schwarz-weiße Form der LINDOR-Kugel mit dem Qualitätsurteil "eher hochwertig" in Verbindung (Klage Rz. 54; KB 32). Die LINDOR-Kugeln geniessen insofern unabhängig

von ihrer farblichen Gestaltung einen guten Ruf.

E. 3.3.4.3

Unnötige Anlehnung bzw. Rufausbeutung 3.3.4.3.1. Massgebende Zeitpunkte der Beurteilung Wie die "Feinen Schokoladenkugeln" werden auch die Délice-Kugeln ausschliesslich in Kartons mit Sichtfenster sekundärverpackt verkauft. Auf den Sekundärverpackungen der Délice-Kugeln sind überdies einzelne Kugeln auf der Vorder- und/oder Rückseite abgebildet (KB 10).

- 68 - Bezüglich der massgebenden Zeitpunkte der Beurteilung kann auf die obigen Ausführungen (E. 3.3.3.3.1) verwiesen werden. 3.3.4.3.2. Ausstattung Die klägerischen LINDOR-Kugeln unterscheiden sich hauptsächlich durch die jeweilige Farbgebung des Korpus (dunkelrot, dunkelblau, gold, hellbraun, hellblau, pink). Im Wesentlichen zeichnen sie sich jedoch durch die gleichen Verzierungen, namentlich die St. Galler Spitzen, aus (vgl. oben E. 3.3.3.3.2). In Bezug auf das Logo sind die LINDOR-Kugeln in zwei Gruppen aufgeteilt: Die rote, dunkelblaue, braune und pastellfarbene ziert das zuvor beschriebene goldene "Lindt / LINDOR-Oval" (vgl. oben E. 3.3.3.3.2). Davon unterscheiden sich die pinke, goldene, türkise sowie die hellblaue Kugel insofern, als das Oval, der geschwungene Lindt-Schriftzug wie auch der Trennstrich in schwarz gehalten sind (KB 22).

- 69 - Die Délice-Kugeln gleichen den "Feinen Schokoladenkugeln" in mehrerlei Hinsicht: – Mundgerechte kugelige Form und Grösse. – Sie werden in einen Wrapper aus Plastik-Folie eingedreht und verpackt (sogenannter Doppelwickler). – Der Wrapper ist im Korpus in metallischem, glänzendem Farbton gehalten. – Die durch Eindrehung erzeugten Flügel sind transparent und bedruckt. – Auf den Kugeln befindet sich zentral der goldene Schriftzug "MO-SER ROTH". Dieser ist von unten durch einen horizontalen, goldenen Strich und von oben durch das goldene MOSER ROTH-Logo (Bergpanorama vor goldenem Hintergrund) begrenzt. Gesamthaft wird die Beschriftung in einem goldenen Kreis abgebildet. – Die Kugeln sind mit der jeweiligen Geschmacksrichtung in goldener Schrift unterhalb des goldenen Kreises (Logo) bedruckt. Die Délice-Kugeln unterscheiden sich von den "Feinen Schokoladenkugeln" hauptsächlich durch ihre Farbgebung (dunkelbraun, hellblau, weiss, gelb/gold, pink, rosa, dunkelblau). Darüber hinaus ist die jeweilige

- 70 - Geschmacksrichtung in goldener Schrift auf den Korpus gedruckt. Die transparenten Flügel sind allesamt mit geschwungenen goldenen Verzierungen bedruckt, die sich anders als bei den "Feinen Schokoladenkugeln" auf die Flügel beschränken. Im Unterschied zu den "Feinen Schokoladenkugeln" ist das Logo im gleichen Farbton wie derjenige des jeweiligen Restkorpus (KB 49). Unabhängig von der konkreten farblichen Ausgestaltung sehen die Délice-Kugeln gemäss dem klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 2 wie folgt aus:

- 71 - 3.3.4.3.3. Unnötige Anlehnung Wie bei den "Feinen Schokoladenkugeln" kommt es bei den Délice-Kugeln ebenso auf den Gesamteindruck an, den die Produktausstattungen beim Durchschnittskonsumenten im Erinnerungsbild hinterlassen. Betreffend die rote "Feine Schokoladenkugel" besteht – wie vorne ausgeführt (E. 3.3.3.3.3) – für die Wahl des spezifischen metallischen Rottons der Folie, das konkrete Spiel mit den Farben und den Formen der verschiedenen Zierelemente sowie der (zumindest bei anzunehmender flüchtiger Betrachtung gegebenen) Nähe der Verzierungen der ebenfalls transparenten Flügel, keine sachliche Rechtfertigung. Die qualitativ erhebliche Annäherung deckt sich zudem mit den Werten der zugehörigen klägerischen "Zuordnungsumfrage". Ein weiterer

Abstand ist der Beklagten zumutbar (vgl. oben E. 3.3.3.3.3). Nun zeichnen sich die Délice-Kugeln durch eine Farbgebung aus, die derjenigen der verschiedenen LINDOR-Kugeln ähnelt. Dennoch sind die Augenscheinobjekte bei einem Fokus auf den Farbton der Kugel im Direktvergleich auch bei flüchtiger Betrachtung gut bzw. besser unterscheidbar, als dies bei der roten "Feinen Schokoladenkugel" der Fall ist. Hinzu kommt, dass die Délice-Kugeln im Unterschied zu den LINDOR-Kugeln keine Verzierungen auf dem Korpus der Kugel aufweisen, wohingegen sich die St. Galler Spitzen über den Korpus, je nach Variante der LINDOR-Kugel mehr oder weniger, kontrastreich ranken. Während bei der roten "Feinen Schokoladenkugel" eine Anlehnung an die rote LINDOR-Kugel im konkreten Zusammenspiel der gewählten Farbtöne des Korpus mit dem goldenen runden Logo gesehen wurde, trifft dies zumindest nicht auf alle Délice-Kugeln zu. Die pinke, hellblaue, türkise und goldene LINDOR-Kugeln sind mit einem schwarz umrandeten Oval und schwarzem Lindt-Schriftzug bedruckt. Hingegen zeigen sämtliche Délice-Kugeln den goldenen MOSER Roth-Schriftzug, der von einem goldenen Kreis umschlossen ist. In Kombination führen all diese Unterschiede dazu, dass die Délice-Kugeln und ihre LINDOR-Pendants im Gesamteindruck zwar eine gewisse Ähnlichkeit aufweisen, jedoch gut unterscheidbar sind. Wenngleich im Rahmen der unnötigen Anlehnung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG nicht primär die Unterscheidbarkeit der Produkte massgebend ist (um eine Verwechslungsgefahr geht es nicht), sondern die Frage, ob Assoziationen zu einem Konkurrenzprodukt geschaffen werden, die darauf abzielen, dessen guten Ruf auszubeuten, ist die Unterscheidbarkeit auch hier relevant. Sind Assoziationen mit dem guten Ruf der Konkurrenzprodukte nachweisbar, ist zu prüfen, ob der Abstand der Produktausstattungen gross genug ist bzw. ob es dem mutmasslichen Verletzer zumutbar wäre, für einen grösseren Abstand zu sorgen. Die massgeblichen klägerischen "Zuordnungsumfragen" (KB 56–62, ausgenommen KB 58) zu den Délice-Kugeln bewegen sich mit Assoziationswerten zwischen 40–53 % im Umfeld des Wertes, der für die rote "Feine Schokoladenkugel" erzielt wurde (45 %).

- 72 - Daraus liesse sich allenfalls schliessen, auch die Délice-Kugeln würden sich nicht stark genug von den LINDOR-Kugeln abgrenzen. Allfällige Verfälschungen der Ergebnisse zu Gunsten der Klägerinnen 1 und 2 namentlich aufgrund des Umfragezeitraums sind jedoch nicht auszuschliessen (vgl. oben E. 3.3.4.1). Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass die "Zuordnungsumfragen" keinen Rückschluss darauf zulassen, aus welchem Grund ein wesentlicher Teil der Befragten bei Betrachtung der Délice-Kugeln Bezüge zu Lindt oder LINDOR herstellt. Insbesondere zeigen die "Zuordnungsumfragen" nicht, ob die Befragten beispielsweise bei Betrachtung der dunkelbraunen Délice-Kugel an ihr farbliches Pendant, die hellbraune LINDOR-Kugel, denken und deshalb einen Bezug zu Lindt / LINDOR herstellen. Wie im Folgenden erläutert wird, wäre dies jedoch notwendig gewesen: Bei Doppelwickler-Verpackungen bestehend aus in Cellophan eingewickelten Kugeln in jedwedem Rot- oder Blauton, den zugehörigen Flügeln und ohne definierte und daher eingegrenzte Grössenangaben handelt es sich um absolut freihaltebedürftiges Gemeingut im Sinne von Art. 2 lit. b MSchG (vgl. oben E. 2.2.1.3.1). Wie es trotz dieser Freihaltebedürftigkeit möglich ist, eine Doppelwickler-Verpackung derart zu individualisieren, dass der mit ihr verbundene gute Ruf lauterkeitsrechtlichen Schutz verdient, dienen die lauterkeitsrechtlichen Abwehrmöglichkeiten nicht dazu, Gemeingut für einen Wettbewerber mittelbar zu monopolisieren. Würde den klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 2 oder eventualiter Ziff. 3 auf Basis der klägerischen "Zuordnungsumfragen" entsprochen, wäre dies der Fall:

Losgelöst von der Ausstattung einer konkreten LINDOR-Kugel, wäre der Vertrieb von Délice-Kugeln in verschiedenen Varianten nicht erlaubt. Diese Überlegung liesse sich grundsätzlich auch bei der roten "Feinen Schokoladenkugel" anbringen. Die tatsächliche Situation ist dort jedoch anders gelagert. Bei der roten LINDOR-Kugel, dem seit 1969 durchgehend verkauften Initialprodukt (KB 24), handelt es sich um die bekannteste Kugel der LINDOR-Reihe. Sowohl der Geschäftsbericht 2023 (KB 15) als auch der klare Fokus auf die rote LINDOR-Kugel in den Werbemassnahmen der Klägerinnen 1 und 2 (KB 25, 30, 39 und 40) beweisen dies. Die rote LINDOR-Kugel fungierte daher als Wegbereiterin für das gesamte LINDOR-Sortiment. Sowohl deren Bekanntheit als auch die Assoziationen mit Lindt / LINDOR bei Betrachtung der verschiedenen MOSER ROTH-Kugeln ist damit auf die Ausstrahlungskraft der roten LINDOR-Kugel zurückzuführen. Insofern besteht kein vernünftiger Zweifel daran, dass die Assoziationen der Befragten der "Zuordnungsumfrage" zur roten "Feinen Schokoladenkugel" (KB 54) mit der konkreten Ausstattung der roten LINDOR-Kugel in Verbindung stehen.

- 73 -

E. 3.3.4.4

Zwischenfazit (Délice-Kugeln) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die beklagten Délice-Kugeln sich mangels Assoziationen zu Lindt / LINDOR nicht in unnötiger Weise gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG an die entsprechenden LINDOR Kugeln anlehnen. Die klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 2 und Ziff. 3 sind daher abzuweisen.

E. 3.4

Verwechslungsgefahr Da für die rote "Feine Schokoladenkugel" bereits eine unnötige Anlehnung bejaht wurde (vgl. oben E. 3.3.3), erübrigt sich diesbezüglich die Prüfung einer lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsgefahr. Zu würdigen ist sie jedoch betreffend die blaue "Feine Schokoladenkugel" sowie die Délice-Kugeln. Für einen Vergleich der jeweiligen Produktausstattungen sei auf obige Erwägungen verwiesen (vgl. oben E. 3.3.3.3.2 und E. 3.3.4.3.2). Es wurde zudem bereits ausgeführt, dass die sogenannten "Zuordnungsumfragen" der Klägerinnen 1 und 2 nicht dazu geeignet sind, eigentliche Fehlzurechnungen im Sinne einer unmittelbaren oder mittelbaren Verwechslungsgefahr zu beweisen (vgl. oben E. 2.3.1.3). Schon aus diesem Grund ist eine lauterkeitsrechtliche Verwechslungsgefahr hinsichtlich der blauen "Feinen Schokoladenkugel" sowie der Délice-Kugeln zu verneinen. 4. Verwirkung der klägerischen Ansprüche

E. 4.1

Parteibehauptungen

E. 4.1.1

Beklagte Gemäss der Beklagten werden die "Feinen Schokoladenkugeln" seit 2016 in der Schweiz vertrieben (Duplik Rz. 74; AB 94). Gemäss der Beklagten hätten die Klägerinnen 1 und 2 die "Feinen Schokoladenkugeln" unmittelbar nach ihrem Launch in der Schweiz im Jahr 2016 bemerkt (Antwort Rz. 97, 128 ff. und 306 f.). Insbesondere würden die Klägerinnen 1 und 2 eine aktive Marktüberwachung betreiben, was sich auch an diversen eingeleiteten Verfahren in Deutschland zeige (Antwort Rz. 128 ff.). Letztlich genüge auch eine fahrlässige Unkenntnis (Duplik Rz. 223). Ein langes Zuwarten sei bei einem Abwarten von über acht Jahren bis zur Einleitung des Massnahmeverfahrens zu bejahen (Duplik Rz. 226). Vor allem geringfügige Auffrischungen seien hinsichtlich der Frage der Verwirkung

unerheblich. Dies folge auch daraus, dass das Weiberbenutzungsrecht nach Art. 14 MSchG analog gelte und dieses ebenso Anpassungen erlaube, sofern keine wesentliche Abweichung vorliege (Duplik Rz. 225). Die Beklagte sei stets gutgläubig gewesen (Antwort Rz. 308). Nachdem die Klägerinnen 1 und 2 im Jahr 2021 in Deutschland erfolglos gegen die Délice-Kugeln vorgegangen seien und die Sache nicht weiter verfolgten, habe die Beklagte dies nur so verstehen können, als dass die Klägerinnen 1 und 2 den Vertrieb der MOSER ROTH-Kugeln weiterhin

- 74 - akzeptieren würden (Duplik Rz. 227). Schliesslich habe die Beklagte mit der Serienausstattung der Schokoladenkugeln und dem hiermit erzielten Umsatz einen wertvollen Besitzstand erlangt (Antwort Rz. 309). Es könne der Beklagten nicht zugemutet werden, dass Kunden eine andere Aufmachung der seit bald einem Jahrzehnt erhältlichen MOSER ROTH-Kugeln nicht wiedererkennen könnten und die Umsätze in der Folge wegbrechen würden (Duplik Rz. 230). Es verdiene keinen Schutz, ein qualitativ hochstehendes Konkurrenzprodukt vom Markt zu drängen, um so eine Hochpreispolitik durchzusetzen (Duplik Rz. 231).

E. 4.1.2

Klägerinnen 1 und 2 Die Klägerinnen 1 und 2 bestreiten, über einen langen Zeitraum Kenntnis vom Anbieten der Verletzungsobjekte gehabt zu haben oder dies während längerer Zeit geduldet zu haben. Aufgrund der offensichtlichen Anlehnungen an die Originalprodukte könne auch nicht von einer Gutgläubigkeit der Beklagten ausgegangen werden. Von einem wertvollen Besitzstand könne bei dem anlehnenden Handelsmarkenprodukt nicht die Rede sein (Replik Rz. 223). Es hänge von den konkreten Umständen ab, nach welcher Dauer des Duldens eine Verwirkung anzunehmen sei. Entscheidend sei, ob der Verletzer bei vernünftiger und objektiver Betrachtung ausnahmsweise davon ausgehen durfte, der Berechtigte werde sein Verhalten dulden (Replik Rz. 224). Darüber hinaus sei nicht belegt, dass die "Feinen Schokoladenkugeln" seit 2016 in der angegriffenen Ausführungsform auf dem Schweizer Markt verfügbar waren (Replik Rz. 82 und 225). Vor allem bei den "Feinen Schokoladenkugeln" lege die Beklagte selbst dar, dass die Kugeln in der angegriffenen Ausführungsform erst im Jahr 2024 zum ersten Mal angeboten wurden (Replik Rz. 82 mit Verweis auf Antwort Rz. 97). Selbst unter der bestrittenen Annahme, dass die Klägerinnen 1 und 2 direkt nach dem angeblichen Abdruck in den jeweiligen Prospekten der Beklagten Kenntnis von den Produkten erhalten hätten, wären die "Feine Schokoladenkugeln" den Klägerinnen 1 und 2 seit frühestens Dezember 2019 bekannt (Replik Rz. 227). Schliesslich reiche ein Zeitablauf allein nicht aus, um eine Verwirkung zu begründen. Es bedürfe einer gefestigten Stellung bzw. eines wertvollen Besitzstandes, die bzw. der aus der ungestörten Benutzung und einer hierdurch resultierenden Verkehrsdurchsetzung erfolgt sei (Replik Rz. 230 ff.). Auch die weiteren Ausführungen in der Duplik würden nicht beweisen, dass die "Feinen Schokoladenkugeln" vor dem Weihnachtsgeschäft 2024 angeboten worden seien (Noveneingabe Klägerinnen 1 und 2 Rz. 32 ff.). Insbesondere die mit der Duplik eingereichten geschwärzten Rechnungen (AB 86–93 [recte: 96–108]) könnten die Verfügbarkeit der "Feinen

- 75 - Schokoladenkugeln" und deren Ausstattung seit 2016 nicht beweisen (Noveneingabe Klägerinnen 1 und 2 Rz. 33; erster Parteivortrag der Klägerinnen 1 und 2 Rz. 56). Gleiches gelte für die Délice-Kugeln (Noveneingabe Klägerinnen 1 und 2 Rz. 35 ff.). Für die Délice-Kugeln sei frühestens eine, wenngleich keine ausreichende flächendeckende,

Verfügbarkeit in der Schweiz seit November 2022 belegt (Noveneingabe Klägerinnen 1 und 2 Rz. 39).

E. 4.2

Rechtliches Lauterkeitsrechtliche Abwehransprüche können gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB verwirken, sofern das unlautere Verhalten auf demselben Markt bei mindestens fahrlässiger Unkenntnis langandauernd geduldet wurde, der Verletzer dadurch einen wertvollen Besitzstand erwarb und er dabei gut- gläubig war.¹³² Da ein Recht gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB nur dann nicht ge- schützt werden darf, wenn sein Missbrauch offenbar ist, wird dessen Ver- wirkung nicht leichthin angenommen. Im Lauterkeitsrecht ist zudem dann Zurückhaltung geboten, wenn nicht nur Individual- sondern auch Allge- meininteressen geschützt werden.¹³³ Nach welcher Dauer des Zuwartens die Verwirkung anzunehmen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.¹³⁴ In Rechtsprechung und Literatur wird als Faustregel vertreten, ein Verhalten müsse mindestens vier oder fünf Jahre geduldet worden sein, dass eine Verwirkung in Frage komme. Ab einer Duldung über acht bis zehn Jahren sei eine Verwirkung meistens gegeben.¹³⁵ Auch betreffend die Schaffung eines eigenen wertvollen Besitzstandes kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an.¹³⁶ Erforderlich ist ein Ver- mögenswert, dessen Preisgabe nicht ohne Weiteres zugemutet werden kann. Der Verletzer muss durch eigene Marktaktivitäten¹³⁷ eine so starke und vorteilhafte Wettbewerbsstellung besitzen, dass es die Nachteile, die ihm aus der Aufgabe des verletzenden Zeichens erwachsen, rechtfertigen, dem Verletzten die Rechtsausübung zu verwehren.¹³⁸ 132 BGer 4A_267/2020 vom 28. Dezember 2020 E. 11.1; DIKE UWG-DOMEJ/HONEGGER-MÜNTENER (Fn. 3), Art. 9 N. 115 ff.; SHK UWG-SPITZ (Fn. 103), Art. 9 N. 228. 133 BGE 125 III 193 E. 1e; BGer 4A_267/2020 vom 28. Dezember 2020 E. 11.1; SHK UWG-SPITZ (Fn. 103), Art. 9 N. 229 m.w.N. 134 Komm UWG-BAUDENBACHER/GLÖCKNER (Fn. 104), Art. 9 N. 278 m.w.N. 135 HGer ZH HG200115 vom 9. November 2022 E. 2.4.5.3, HGer ZH HG160073 vom 27. Mai 2019 E. 11.4; SHK UWG-SPITZ (Fn. 103), Art. 9 N. 228 m.w.N. 136 Vgl. SIWR III/1-MARBACH (Fn. 19), N. 1587 ff. m.w.N. 137 SIWR III/1-MARBACH (Fn. 19), N. 1587 m.w.N. 138 Vgl. BGE 131 III 581 nicht publ. E. 3.2 von BGer 4C.76/2005 vom 30. Juni 2005. Vgl. auch SHK MSchG-STAUH (Fn. 9), Vor. Art. 51a–60 N. 74 je m.w.N.

- 76 - Wer sich auf die Verwirkung beruft, hat die Tatsachen zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen, aus denen sich das angeblich rechtsmiss- bräuchliche Zuwarten der klagenden Partei ableiten lässt (Art. 8 ZGB).¹³⁹

E. 4.3

Würdigung Die Beklagte behauptet, sie vertreibe seit 2016 "Feine Schokoladenkugeln" in der Schweiz, was von den Klägerinnen 1 und 2 bestritten wird. Die Be- klagte reicht diesbezüglich Rechnungen aus dem Jahr 2016 ein (AB 94). Die Artikelbezeichnung der weitgehend geschwärzten Rechnung lautet "MR Kugel GEK / Sortiment CH 42x150g / 56207". Anhand dieser Bezeich- nung ist nicht erkennbar, welche Art von Kugel geliefert wurde. Damit ge- lingt der Beklagten der Beweis eines Vertriebs der "Feinen Schokoladen- kugeln" ab 2016 nicht. Gleiches gilt für die Rechnungen der Jahre 2017 und 2018 (AB 95 und 96). Ein Vertrieb der "Feinen Schokoladenkugeln" in der Schweiz ist erst ab Dezember 2019 bewiesen (AB 33). Falls die Klägerinnen 1 und 2 ab Dezember 2019 vom Vertrieb der "Feinen Schokoladenkugeln" hätten Kenntnis haben müssen, wäre eine Verwirkung bei einer Duldungsdauer von vier bis fünf Jahren zwar nicht ausgeschlos- sen. Aufgrund der

Zeitspanne drängt sie sich aber auch nicht geradezu auf. Letztlich kann diese Frage offengelassen werden, da es der Beklagten ohnehin nicht gelingt, einen wertvollen eigens erworbenen Besitzstand zu beweisen. So legt sie weder Absatz- oder Umsatzdaten vor, die eine starke Wettbewerbsstellung belegen würden. Ebenso wenig zeigt sie auf, dass sich die Produktausstattungen der "Feinen Schokoladenkugeln" im Verkehr durchgesetzt hätten, die Kundschaft spezifisch diese Gestaltungen erwarteten und bei einer allfälligen Änderung die Produkte nicht mehr erkennen würde. Gegen eine Verwirkung der lauterkeitsrechtlichen Abwehrensprüche der Klägerinnen 1 und 2 spricht zudem der Schutzzweck von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG. Obschon der Tatbestand der unnötigen Anlehnung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG nicht den Schutz von Konsumenten vor einer eigentlichen Irreführung durch Verwechslungen zum Zweck hat,¹⁴⁰ so erfasst der Schutzzweck des Verbots unnötiger Anlehnungen ebenfalls überindividuelle Interessen. Mit dem Verbot unnötiger Anlehnungen werden Marktteilnehmer vor der Ausbeutung des erarbeiteten Rufs oder Images ihrer Produkte geschützt und damit mittelbar auch die hierfür getätigten Investitionen.¹⁴¹ Die lauterkeitsrechtlichen Ansprüche der Klägerinnen 1 und 2 aus einer unnötigen Anlehnung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG sind somit nicht verwirkt. ¹³⁹ BGE 117 II 575 E. 5a i.f. ¹⁴⁰ Vgl. BGE 135 III 446 E. 7.1. ¹⁴¹ Vgl. BGE 131 III 384 E. 5.2. Vgl. zur Transparenzfördernden Informationsfunktion vergleichender Werbung zudem DIKE UWG-STAUER/ISKIC (Fn. 109), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 5.

- 77 - 5. Anspruch auf Auskunft- und Rechnungslegung

E. 5.1

Parteibehauptungen

E. 5.1.1

Klägerinnen 1 und 2 Die Klägerinnen 1 und 2 sind der Ansicht, sie hätten einen Anspruch auf Rechnungslegung und Auskunft gegenüber der Beklagten zur Bezifferung ihrer Ansprüche aus Art. 55 Abs. 1 lit. c MSchG bzw. Art. 2 ZGB. Die Frist von 30 Kalendertagen zur Auskunftserteilung sei angemessen, die angeforderten Informationen seien genügend bezeichnet und zur Bestimmung der Schadenersatzhöhe notwendig (Klage Rz. 227 ff.). Da sich die Beklagte absichtlich an die bekannte LINDOR-Produktausstattung anlehne, seien ein Verschulden und eine Bösgläubigkeit für allfällige reparatorische Ansprüche gegeben. Zudem werde bestritten, die Herkunfts- und Vertriebswege der MOSER ROTH-Kugeln seien den Klägerinnen 1 und 2 längst bekannt (Replik Rz. 234). Schliesslich würden die geltend gemachten Auskunftsansprüche dem entsprechen, was der geltenden Gesetzeslage und der Rechtsprechung nachgefordert werden könne (Replik Rz. 234). Die Anordnung einer Ordnungsbusse gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b und c ZPO sowie die Bestrafung der Organe der Beklagten mit Busse nach Art. 292 StGB gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO eigne sich zur Zwangsvollstreckung und sei das mildeste wirksame Mittel (Klage Rz. 230).

E. 5.1.2

Beklagte Gemäss der Beklagten fehle es an dem für reparatorische Ansprüche notwendigen Verschulden sowie einer Bösgläubigkeit. Ohne Anspruch auf finanzielle Wiedergutmachung bestünde kein schützenswertes Interesse an einer Auskunft oder Rechnungslegung. Es sei auf das Rechtsbegehren Ziff. 4 daher insgesamt nicht einzutreten (Antwort Rz. 316). Informationen über Herkunft und Vertriebswege der MOSER ROTH-Kugeln seien den Klägerinnen 1 und 2 bekannt. Bekannte Informationen könnten

nicht Gegenstand eines Auskunftsanspruchs sein. Hierauf sei nicht einzutreten (Antwort Rz. 317). Weiter hätten die Klägerinnen 1 und 2 keinen Anspruch auf Informationen zu Gestehungskosten und weitere Aufwendungen und Verluste, welche die Berechnung des Nettogewinns erlauben würden, da die klagende Partei hierfür nicht beweisbelastet sei. Ein allfälliger Informationsanspruch wäre daher auf Auskünfte und Unterlagen beschränkt, die geeignet sind, den mit den verletzenden Produkten erzielten Bruttoumsatz zu beziffern (Antwort Rz. 318). Bei den Gestehungskosten und beim Nettogewinn handle es sich ausserdem um schützenswerte Geschäftsgeheimnisse der Beklagten. Sollte die Beklagte wider Erwarten dazu verpflichtet werden, solche Informationen zu erteilen, müssten angemessene Schutzmassnahmen getroffen werden,

- 78 - dass solche Informationen einzig den Klägerinnenvertretern offengelegt werden, unter Verbot der Weitergabe an die Klägerinnen 1 und 2 (Antwort Rz. 319). Im Übrigen sei die beantragte Frist von 30 Tagen ab Rechtskraft des Entscheids unangemessen. So müsste die Beklagte gleichzeitig mit ihrer Beschwerde ans Bundesgericht Auskunft erteilen. Stattdessen sei die Auskunft innert 60 Tagen ab unbenutztem Ablauf der Beschwerdefrist beziehungsweise im Falle einer Beschwerde ab Abweisung eines Gesuchs um aufschiebende Wirkung zu erteilen (Antwort Rz. 320).

E. 5.1.3

Rechtliches Im Gegensatz zu Art. 55 Abs. 1 lit. c MSchG enthält das UWG keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung für einen Auskunftsanspruch.¹⁴² Gemäss Lehre lässt sich unabhängig des Gewinnherausgabeanspruchs gestützt auf Art. 423 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR (analog) und des Anspruchs auf Eingriffskondiktion gemäss Art. 62 ff. OR aus Art. 2 ZGB ein materiellrechtlicher sekundärer Auskunftsanspruch für alle Fälle ableiten, in denen der Gläubiger unverschuldet keinen Zugang zu den nötigen Angaben hinsichtlich Bestand und Umfang seines Anspruchs hat, der Schuldner diese Informationen jedoch ohne unbillige Belastung erteilen könnte.¹⁴³ Ein solcher materiellrechtlicher Auskunftsanspruch kann¹⁴⁴ mittels Stufenklage gemäss Art. 85 ZPO geltend gemacht werden und dient der Beschaffung derjenigen Tatsachen, für welche die klagende Partei beweisbelastet ist und die für die Bezifferung allfälliger reparatorischer Ansprüche nach Art. 9 Abs. 3 UWG notwendig¹⁴⁵ sind.¹⁴⁶

E. 5.1.4

Würdigung Da vorliegend ausschliesslich das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 1 bezogen auf die rote "Feine Schokoladenkugel" teilweise gutgeheissen wird, haben die Klägerinnen 1 und 2 ohnehin nur einen Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung bezogen auf dieses Produkt. Die Klägerinnen 1 und 2 legen weiter nicht dar, weshalb sie Informationen über die Herkunft und Vertriebswege der roten "Feinen Schokoladenkugel" für die Bezifferung eines allfälligen Schadens, eines Gewinns oder einer ungerechtfertigten Bereicherung benötigen würden. Gleiches gilt für die geforderte Auskunft zu den sich noch auf Lager befindlichen Kugeln. ¹⁴² DIKE UWG-DOMEJ/HONEGGER-MÜNTENER (Fn. 3), Art. 9 N. 107. ¹⁴³ DIKE UWG-DOMEJ/HONEGGER-MÜNTENER (Fn. 3), Art. 9 N. 108 m.w.N. ¹⁴⁴ BGE 140 III 409 E. 3.2 und 4.3. ¹⁴⁵ Es geht um die inhalts- und umfangmässige Bestimmung des Zielanspruchs und nicht um eine konturenlose Ausforschung (siehe BGE 143 III 297 E. 8.2.5.4). ¹⁴⁶ DIKE UWG-DOMEJ/HONEGGER-MÜNTENER (Fn. 3), Art. 9 N. 106 und 108 m.w.N.; BÄCHLER, Die Stufenklage, sic! 2017, S. 6 f.

- 79 - Der beklagliche Einwand, es fehle für einen Auskunftsanspruch sowohl an einem Verschulden als auch der Bösgläubigkeit überzeugt nicht, da sich die Klägerinnen 1 und 2 potenziell auch auf einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR berufen, der weder ein Verschulden noch eine Bösgläubigkeit der Beklagten voraussetzt. Obwohl Art. 423 Abs. 1 OR einen Anspruch auf Herausgabe des Nettogewinns gewährt, ist der Beklagten darin zuzustimmen, dass den Klägerinnen 1 und 2 lediglich solche Informationen aus dem Herrschaftsbereich der Beklagten zu offenbaren sind, die eine Ermittlung des entgangenen Bruttogewinns ermöglichen. Nur für diesen tragen die Klägerinnen 1 und 2 die Beweislast und es ist an der Beklagten zu entscheiden, welche Informationen sie in den Prozess einbringt, um die geforderte Gewinnherausgabe entsprechend der angefallenen Kosten und Aufwendungen zu reduzieren.¹⁴⁷ Daraus folgt, dass die Klägerinnen 1 und 2 keinen Anspruch auf Auskunft zur Kostenstruktur oder über die Einkaufs- und Verkaufspreise der Beklagten haben. Zu Recht ist die beantragte Frist von 30 Kalendertagen nach Rechtskraft des handelsgerichtlichen Entscheids vor dem Hintergrund, dass die Beschwerde in Zivilsachen von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zeitigt (Art. 103 Abs. 1 BGG), unangemessen. Ermessensweise sind die Auskünfte innert 30 Kalendertagen ab unbenutztem Ablauf der Beschwerdefrist beziehungsweise – im Falle einer Beschwerde – ab Abweisung eines Gesuchs um aufschiebende Wirkung zu erteilen.

E. 5.1.5

Zwischenfazit Das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 4 ist teilweise gutzuheissen. 6. Vollstreckungsmassnahmen Die Klägerinnen 1 und 2 beantragen, sowohl das geforderte Verbot gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 als auch die geforderte Auskunftserteilung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 4 seien unter die Androhung einer Ordnungsbusse von Fr. 1'000.00 pro Tag der Nichterfüllung, mindestens aber Fr. 5'000.00, sowie die Bestrafung der Organe der Beklagten nach Art. 292 StGB mit Busse zu stellen.¹⁴⁸ Das urteilende Sachgericht ordnet auf Antrag der obsiegenden Partei Vollstreckungsmassnahmen an (Art. 236 Abs. 3 ZPO). Lautet der Entscheid auf eine Verpflichtung zu einem Tun oder Unterlassen, so kann das Vollstreckungsgericht eine Strafanordnung nach Art. 292 StGB, eine Ordnungsbusse bis zu Fr. 5'000.00 oder eine Ordnungsbusse bis zu 147 BGE 134 III 306 E. 4.1; AGE BS ZK.2017.2 vom 31. Oktober 2018 E. 8.2. ¹⁴⁸ Es handelt sich mit Blick auf die weiteren Rechtsbegehren offensichtlich um ein Versehen, dass sich die Strafanordnung in Rechtsbegehren Ziff. 4 nicht auf die Organe der Beklagten bezieht.

- 80 - Fr. 1'000.00 für jeden Tag der Nichterfüllung anordnen (Art. 343 Abs. 1 lit. a–c ZPO). Die von den Klägerinnen 1 und 2 beantragte Kombination von Vollstreckungsmassnahmen ist aufgrund ihrer verschiedenen Zwecke (Beugezweck vs. Bestrafung des Ungehorsams gegenüber amtlichen Verfügungen) grundsätzlich zulässig.¹⁴⁹ Jedoch ist zu berücksichtigen, dass Ordnungsbussen gemäss Bundesgericht anhand des "objektiven Ausmasses der Zuwiderhandlung" auszufällen sind.¹⁵⁰ Die Androhung von Ordnungsbussen sollte daher stets den gesetzlich vorgesehenen Zusatz "bis zu" enthalten oder es ist auf die Nennung eines konkreten Betrags gänzlich zu verzichten.¹⁵¹ 7. Sicherheitsleistung Über die Freigabe der im Summarverfahren HSU.2024.50 den Klägerinnen 1 und 2 auferlegten Sicherheitsleistung in Höhe von Fr. 200'000.00 wird erst im Hauptentscheid befunden. 8. Prozesskosten Die gesamten Prozesskosten für das vorliegende Verfahren – beinhaltend die Klage und die Widerklage – sowie das Summarverfahren HSU.2024.50 werden nach dem Verfahrensausgang insgesamt erst im

Hauptentscheid, allenfalls in einem separaten Kostenentscheid verlegt. 149 BGer 5A_682/2023 vom 4. Dezember 2025 E. 3.3.7; BK ZPO III-JOSI/KELLERHALS, 2. Aufl. 2026, Art. 343 N. 9, 17 und 40 f.; SCHNEUWLY/VETTER, Die Realvollstreckung handelsgerichtlicher Ent- scheid, in: Jusletter 5. September 2016, N. 34 ff. m.w.N.; 150 BGE 142 III 587 E. 6.2. 151 SCHNEUWLY/VETTER (Fn. 149), N. 29.

- 81 - Das Handelsgericht erkennt: 1. 1.1. Soweit darauf einzutreten ist, wird in teilweiser Gutheissung der Klage a) der Beklagten unter Androhung einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 1'000.00 pro Tag der Nichterfüllung und einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 5'000.00 sowie der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB mit Busse verboten, Schokoladenwaren in der nach- stehend abgebildeten Verpackung in der Schweiz anzubieten, zu bewerben, in Verkehr zu bringen, zu verkaufen oder durch Dritte anbieten, bewerben, in Verkehr bringen oder verkaufen zu lassen. ; b) die Beklagte unter Androhung einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 1'000.00 pro Tag der Nichterfüllung und einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 5'000.00 sowie der Straffolge von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall dazu verpflichtet, innerhalb 30 Kalendertagen ab unbenutztem Ablauf der Beschwerdefrist beziehungsweise – im Falle einer Beschwerde – ab Abweisung eines Gesuchs um auf- schiebende Wirkung Auskunft zu erteilen und nach anerkannten Grundsätzen der Rechnungslegung Rechnung zu legen über die Anzahl der von der Beklagten in der Schweiz verkauften Stücke der gemäss Dispositiv Ziff. 1 aufgeführten Schokoladenkugeln und die damit erzielten Umsätze. c) Art. 292 StGB lautet: " Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Ver- fügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

- 82 - 1.2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 2. Die Widerklage wird abgewiesen. 3. Über die Freigabe der im Summarverfahren HSU.2024.50 den Klägerin- nen 1 und 2 auferlegten Sicherheitsleistung wird im Hauptentscheid befun- den. 4. Die Prozesskosten, inklusive der Prozesskosten des Summarverfahrens HSU.2024.50, werden im Hauptentscheid, allenfalls in einem separaten Kostenentscheid, verlegt. Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG) Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröff- nung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids an gerechnet, die Be- schwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweize- rischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit An- gabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elekt- ronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der ange- fochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Zustellung an: – die Klägerinnen 1 und 2 (Vertreter; dreifach mit Protokoll der Hauptver- handlung vom 10. März 2026) – die Beklagte (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 10. März 2026) Mitteilung an: – Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum (IGE)

- 83 - Aarau, 10. März 2026 Handelsgericht des Kantons Aargau 2. Kammer Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Vetter Wendt

E. 5.2

Am 19. Dezember 2024 erliess der Präsident folgende Berichtigung: Dispositiv-Ziff. 5.2 des Entscheids vom 14. Dezember 2024 wird wie folgt berichtigt: Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, den Gesuchstellerinnen 1 und 2 eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 6'660.00 (inkl. Auslagen) zu bezahlen.

E. 6

Mit Klage vom 13. März 2025 (Postaufgabe: 13. März 2025) stellten die Klägerinnen 1 und 2 folgende Begehren:

- 6 - Zudem stellten sie folgende prozessuale Anträge Zur Begründung bringen die Klägerinnen 1 und 2 zusammengefasst vor, durch den Vertrieb der MOSER ROTH-Kugeln verletze die Beklagte die Markenrechte der Klägerinnen 1 und 2 und begehe unlauteren Wettbewerbs. Sie schaffe eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 MSchG sowie Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG und lehne sich unnötig an die Produktausstattung der LINDOR-Kugeln an bzw. begehe eine Rufausbeutung gemäss Art. 15 Abs. 1 MSchG und Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG (Klage Rz. 6).

- 7 -

E. 7

Mit Verfügung vom 31. März 2025 beschränkte der Präsident das Verfahren vorerst auf die Rechtsbegehren Ziff. 1–4 und zog die Akten des Verfahrens HSU.2024.50 bei.

E. 8

Mit Klageantwort und Widerklage (nachfolgend "Antwort") vom 5. Juni 2025 stellte die Beklagte folgende Rechtsbegehren: Ihre Begehren begründet die Beklagte im Wesentlichen damit, die klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 1, 2, 3 und 4 seien zu unbestimmt und/oder es fehle an einem Rechtsschutzinteresse, weshalb auf die Begehren nicht einzutreten sei (Antwort Rz. 19 ff.). In der Sache führt die Beklagte aus, die Klagemarke Nr. 528476 sei nichtig, weshalb allfällige Markenrechtsverletzungen von vorneherein ausser Betracht fielen (Antwort Rz. 43 ff.). Selbst wenn die Klagemarke gültig wäre, bestünde indessen weder eine marken- bzw. lauterkeitsrechtliche Verwechslungsgefahr zu den LINDOR-Kugeln noch eine unnötige Anlehnung an diese. Die Grundausrüstung als einfarbig glänzende Kugel im Drehschlag (Wrapper) mit transparenten Wicklerenden sei absolut freihaltebedürftig und damit ohnehin unbeachtlich. Markenrechtlich relevant seien lediglich die St. Galler Spitzen sowie das erkennbare Oval mit quer zur Wickler-Achse verlaufender Linie. Die MOSER ROTH-Kugeln würden keines dieser Elemente übernehmen. Lauterkeitsrechtlich sei überdies zu berücksichtigen, dass die streitgegenständlichen Kugeln unübersehbar von völlig unterschiedlichen Marken, nämlich "Moser Roth" respektive "Lindt / LINDOR" gekennzeichnet seien. Infolge der freihaltebedürftigen, sachlich begründeten Ausstattungsmerkmale sei auch keine unnötige Anlehnung gegeben, was ferner aus den klägerischen Assoziationsumfragen selbst zu schliessen sei (Antwort Rz. 1 ff.).

- 8 -

E. 9

Mit Klage replik und Widerklageantwort vom 23. September 2025 (nachfolgend "Replik") hielten die Klägerinnen 1 und 2 vollumfänglich an ihren Begehren und Ausführungen fest.

Darüber hinaus beantragten die Klägerin- nen 1 und 2 die kostenpflichtige Abweisung der Widerklage.

E. 10

Mit Duplik und Widerklagereplik vom 24. November 2025 (nachfolgend "Duplik") hielt die Beklagte vollumfänglich an den Rechtsbegehren ihrer Klageantwort und Widerklage fest.

E. 11

Am 13. Januar 2026 erstatteten die Klägerinnen 1 und 2 ihre Widerklage- duplik, mit der sie an den Rechtsbegehren ihrer Klage und Widerklageant- wort vollumfänglich festhielten.

E. 12

Mit Verfügung vom 14. Januar 2026 überwies der Präsident das Verfahren an das Handelsgericht, teilte die Zusammensetzung des Spruchkörpers mit, lud zur Hauptverhandlung vor und setzte den Parteien Frist bis 27. Februar 2026, um allfällige Noven schriftlich vorzubringen.

E. 13.1

Am 27. Februar 2026 reichte die Beklagte eine Noveneingabe und Stel- lungnahme zur Widerklageduplik ein (nachfolgend "Stn. zur Widerklage- duplik"). Sie hielt an den bisherigen Rechtsbegehren vollumfänglich fest.

E. 13.2

Die Klägerinnen 1 und 2 erstatteten ebenfalls am 27. Februar 2026 eine Eingabe betreffend Noven und unbedingtes Replikrecht zur Duplik (nach- folgend "Noveneingabe Klägerinnen 1 und 2"), mit der sie an den bislang gestellten Anträgen festhielten.

E. 14

BGer 4A/587_2021 vom 30. August 2022 (nicht publ. in BGE 148 III 409).

- 19 - hinreichend erkennbar, gegen welche (gesamte) Produktausstattung sich das geforderte Verbot richtet. Vor dem Hintergrund, dass im Rahmen des Markenrechts die farbliche Ausgestaltung unter Umständen belanglos sein kann (vgl. unten E. 2.3.1.2.3), ist ein auf diese Art gestelltes Rechtsbegeh- ren vertretbar. Im Übrigen betrifft die farbliche Ausgestaltung erneut auch die materiell-rechtliche Begründetheit der Klage und ist entsprechend als doppelrelevante Tatsache erst an der betreffenden Stelle zu prüfen, so wie dies das Bundesgericht im Goldhasen-Entscheid tat.15 Auf die Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 ist mit Ausnahme des Verbots des "Herstellens" bzw. "Herstellenlassens" einzutreten. 1.7.3.3. Rechtsbegehren Ziff. 4 Das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 4 ist genügend bestimmt. Auch wenn die Beklagte die MOSER ROTH-Kugeln nicht selbst herstellt, werden ihr stattdessen Anschaffungskosten anfallen. Art. 959b Abs. 3 Ziff. 2 OR führt die Anschaffungs- oder Herstellungskosten der verkauften Produkte und Leistungen als eigenen Punkt auf. Indem die Klägerinnen 1 und 2 jeweils auf die unmittelbar zuzuordnenden Kosten Bezug nehmen, ist genügend klar, dass es um die produktspezifischen Gestehungskosten geht. Auf das Rechtsbegehren Ziff. 4 ist vollumfänglich einzutreten. 2. Markenrecht

E. 14.1

Am 10. März 2026 fand die Hauptverhandlung statt, anlässlich derer die Parteien ihre Schlussvorträge halten konnten, wobei sie sich je zwei Mal äussern konnten.

E. 14.2

Die Klägerinnen 1 und 2 reichten im Rahmen der Hauptverhandlung ein Urteil des Landgerichts Köln (Aktenzeichen 31 O 204/25) vom 3. März 2026 im deutschen Parallelverfahren ein.

- 9 -

E. 14.3

Daraufhin zog sich das Handelsgericht zur Beratung zurück und fällte den vorliegenden Entscheid.

- 10 - Inhaltsverzeichnis 1. Prozessuales

.....	12 1.1.
Allgemeines	12 1.2.
Zuständigkeit	12 1.2.1.
Örtliche Zuständigkeit	12 1.2.2.
Sachliche Zuständigkeit	12 1.3.
Objektive Klagenhäufung	12 1.4.
Prosequierungsfrist	12 1.5.
Widerklage	12 1.6.
Streitwert	13 1.6.1.
Parteibehauptungen	13 1.6.2.
Rechtliches	13 1.6.3.
Würdigung	14 1.7.
Rechtsschutzinteresse und Bestimmtheitsgebot	14 1.7.1.
Parteibehauptungen	14 1.7.2.
Rechtliches	16 1.7.3.
Würdigung	17 2.
Markenrecht	19

E. 15

BGer 4A/587_2021 vom 30. August 2022 E. 9.1 (nicht publ. in BGE 148 III 409).

- 20 - Vorliegend ist zuerst auf die von der Beklagten widerklageweise beantragte Feststellung der Nichtigkeit der Klagemarke einzugehen (vgl. unten E. 2.2). Falls die Nichtigkeit der Klagemarke verneint wird, ist zu prüfen, ob eine Verwechslungsgefahr besteht (vgl. unten E. 2.3).

E. 16

BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, 3. Aufl. 2017, Art. 2 N. 34.

E. 17

BGE 139 III 176 E. 2; SHK MSchG-ASCHMANN, 2. Aufl. 2017, Art. 2 lit. a N. 7.

E. 18

BVGer B-1398/2011 vom 25. September 2012 E. 2.6.3. Siehe kritisch zu Abweichungen in Einzel- fällen SHK MSchG-ASCHMANN (Fn. 17), Art. 2 lit. a N. 42.

E. 19

BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 2 N. 16; SIWR III/1-MARBACH, 2. Aufl. 2009, N. 265.

E. 20

BGE 134 III 314 E. 2.3.3.

E. 21

BGE 128 III 447 E. 1.6, 116 II 609 E. 2c; BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 2 N. 17 und 49; SHK MSchG-ASCHMANN (Fn. 17), Art. 2 lit. a N. 29.

E. 22

SHK MSchG-ASCHMANN (Fn. 17), Art. 2 lit. a N. 256.

- 24 - Eine Verkehrsdurchsetzung kann auch noch zu einem späteren Zeitpunkt nachgewiesen werden, wobei sich diesfalls die Priorität entsprechend auf den späteren Zeitpunkt hin verschiebt.²³ Ausländische Voreintragungsentscheide können, sofern in den beizugezogenen Ländern eine ähnliche Prüfungspraxis angewandt wird, indiziell bei der Beurteilung der Schutzfähigkeit einer Markenregistrierung gewürdigt werden.²⁴ 2.2.1.2.2. Freihaltebedürftigkeit Für ein Zeichen besteht ein Freihaltebedürfnis gemäss Art. 2 lit. a und/oder lit. b MSchG, wenn es für den Verkehr wesentlich (relative Freihaltebedürftigkeit) oder unentbehrlich (absolute Freihaltebedürftigkeit) ist. Dies ist im Allgemeinen der Fall, wenn unter dem Gesichtspunkt des funktionierenden Wettbewerbs schützenswerte Kollektivinteressen einer Gruppe von Marktteilnehmern höher zu gewichten sind als das Individualinteresse des Anmelders der Marke.²⁵ Insbesondere bei Waren- und Verpackungsformen sind diejenigen Formen, die gemäss Art. 2 lit. b MSchG technisch notwendig sind oder das Wesen der Ware ausmachen, absolut freihaltebedürftig.²⁶ Formen machen das Wesen einer Ware aus, wenn sie gattungsspezifisch oder ästhetisch notwendig²⁷ sind und vom relevanten Publikum erwartet werden.²⁸ Eine Verpackungs- oder Warenform ist technisch notwendig, wenn der Konkurrenz für ein Produkt der betreffenden Art technisch überhaupt keine alternative Form zur Verfügung steht oder wenn eine andere Gestaltungsmöglichkeit im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs nicht zugemutet werden kann.²⁹ Unzumutbar ist eine anderweitige Gestaltungsform, wenn sie weniger praktisch, solide oder mit (auch nur geringfügig)³⁰ höheren Herstellungskosten verbunden ist.³¹

E. 23

BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 2 N. 22.

E. 24

BGE 130 III 113 E. 3.2; BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 2 N. 31 mit Verweis auf Art. 6quinquies PVÜ (Pariser Verbandsübereinkunft); SHK MSchG-ASCHMANN (Fn. 17), Art. 2 lit. a N. 57.

E. 25

BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 2 N. 5, 48, 50 (relatives Freihaltungsbedürfnis) und 58 ff. (absolutes Freihaltungsbedürfnis). Vgl. SHK MSchG-ASCHMANN (Fn. 17), Art. 2 lit. a N. 23.

E. 26

BGE 129 III 514 E. 2.4.

E. 27

Bezüglich Verpackungsformen, die das Wesen der Ware ausmachen siehe BGer 4A_129/2007 vom 18. Juli 2007 E. 3.2.1 ff. Kritisch dazu BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 2 N. 265; ebenso WASER BREITENMOSE, Die markenrechtliche Schutzfähigkeit der Produktverpackung, 2022, S. 202 f.; SHK MSchG-NOTH, 2. Aufl. 2017, Art. 2 lit. b N. 42. Auch bei einer ästhetischen Notwendigkeit ist jedoch zu prüfen, ob daraus ein absolutes Freihaltebedürfnis im Sinne von Art. 2 lit. b MSchG entsteht (siehe BGE 134 III 547 E. 2.4).

E. 28

BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 2 N. 261; SHK MSchG-NOTH (Fn. 27), Art. 2 lit. b N. 36. Ausführlich schon ARNET, Die Formmarke, 1993, S. 69 ff. (Wesen der Ware) und 90 ff (technische Notwendigkeit).

E. 29

BGE 131 III 121 E. 2, 129 III 514 E. 2.4.2.

E. 30

BGE 129 III 514 E. 2.4.2; HGer SG HG_2011_199 vom 29. August 2011 E. 4.

E. 31

BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 2 N. 80; SIWR III/1-MARBACH (Fn. 19), N. 527; WASER BREITENMOSE (Fn. 27), S. 204: "gleichwertig substituierbar".

- 25 - 2.2.1.2.3. Unterscheidungskraft Die Unterscheidungskraft ist die konkrete Eignung einer Marke, von den Verkehrsteilnehmenden als Unterscheidungsmittel für bestimmte Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens aufgefasst zu werden. Dabei ist zwischen originärer und derivativer Unterscheidungskraft zu unterscheiden. Von einer originären Unterscheidungskraft wird gesprochen, wenn ein Zeichen aus sich selbst heraus und unabhängig von seinem Gebrauch geeignet ist, die Waren oder Dienstleistungen des Markeninhabers von denjenigen anderer zu unterscheiden.³² Von einer Verkehrsdurchsetzung und damit erlangten derivativen Unterscheidungskraft ist die Rede, wenn ein erheblicher Teil der Verkehrsteilnehmenden das Zeichen als Marke erkennt und entsprechend überwiegende Gründe dafür bestehen, ihr trotz originär fehlender Unterscheidungskraft erworbenen Schutz zu gewähren.³³ Für die Markenmeldung hat die Verkehrsdurchsetzung bereits im Anmeldezeitpunkt zu bestehen. Eine eingetragene Marke kann jedoch auch im späteren Gebrauch eine Verkehrsgeltung erlangen und im Kollisionsverfahren ist der Urteilszeitpunkt für die Prüfung der Verkehrsdurchsetzung entscheidend.³⁴ Eine Verkehrsdurchsetzung ist auch bei einfachen Zeichen und Formen, wie beispielsweise banalen geometrischen Figuren³⁵ möglich, sofern sie nicht absolut Freihaltebedürftig sind.³⁶ Wird das fragliche Zeichen im Verkehr mit anderen Drittelelementen kombiniert eingesetzt, ist massgebend, ob das Zeichen bzw. die beanspruchte Form von den relevanten Verkehrskreisen in Alleinstellung als Marke erkannt und verstanden wird.³⁷ Wegleitend ist die Frage, ob die Marke in ihrer notwendig abstrahierten Form dem vom tatsächlichen Gebrauch hervorgerufenen Erfolg entspricht (sog. Symmetrie von Markenmeldung und Markenwirklichkeit).³⁸ Dabei ist zu beachten, dass Belege, aus denen allein auf den Gebrauch des kombinierten Zeichens oder der kombinierten Form mittelbar geschlossen werden kann, nicht ohne Weiteres den Nachweis

ermöglichen, das Zeichen oder die Form habe sich auch in Alleinstellung durchgesetzt.³⁹ Für die Prüfung der Unterscheidungskraft gilt es speziell bei Waren- und Verpackungsformen ausserdem zu berücksichtigen, dass das Publikum die Waren- oder Verpackungsform vorwiegend als Gestaltungsmerkmal und Ausstattung der

E. 32

SHK MSchG-NOTH/THOUVENIN, 2. Aufl. 2017, Art. 1 N. 25 m.w.N.

E. 33

BGE 140 III 109 E. 5.3.2.

E. 34

SHK MSchG-ASCHMANN (Fn. 17), Art. 2 lit. a N. 256 und 285.

E. 35

BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 2 N. 270.

E. 36

BGE 134 III 314 E. 2.3.3, 131 III 121 E. 4.2, 129 III 514 E. 4.

E. 37

BGE 130 III 328 E. 3.1. Siehe auch IGE Richtlinien in Markensachen Teil 5 Ziff. 12.2.7 (https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/marken/d/richtlinien_marken/Richtlinien_Marken_D_2024.pdf, besucht am 10. März 2026).

E. 38

SHK MSchG-ASCHMANN (Fn. 17), Art. 2 lit. a N. 259.

E. 39

WYSS, Die Verkehrsdurchsetzung im schweizerischen Markenrecht, 2013, S. 47 mit Verweis auf BVGer B-5169/2011 vom 17. Februar 2012 E. 2.9 und einer häufig erforderlichen demoskopischen Umfrage.

- 26 - Ware, nicht aber als Herkunftshinweis wahrnimmt.⁴⁰ Generell sind die Anforderungen an eine Verkehrsdurchsetzung umso höher, je banaler das fragliche Zeichen ist.⁴¹ Die Markeninhaberin trägt für eine Verkehrsdurchsetzung die Beweislast.⁴² Als geeignetes Beweismittel kommen namentlich demoskopische Umfragen in Betracht, sofern sie wissenschaftlich konzipiert sind und korrekt durchgeführt wurden.⁴³ Möglich bleibt ferner der indirekte Nachweis über Tatsachen, die erfahrungsgemäss einen Rückschluss auf die Wahrnehmung eines Zeichens durch das Publikum erlauben (z.B. langjährige bedeutsame Umsätze oder intensive Werbeanstrengungen).⁴⁴ Ein Beweis ist nicht nötig, sofern die Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens ohnehin notorisch ist (Art. 151 ZPO).⁴⁵

E. 40

BGE 137 III 403 E. 3.3.5, 134 III 547 E. 2.3.4, 130 III 328 E. 3.5; BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 2 N. 67.

E. 41

BGE 134 III 314 E. 2.3.5, 131 III 121 E. 7.4.

E. 42

BGE 130 III 478 E. 3.3.

E. 43

BGE 148 III 409 E. 4.5.3. 140 III 109 E. 5.3.2., 131 III 121 E. 8 und 130 III 328 E. 3.5.,

E. 44

BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022 E. 4.2 (nicht publ. in BGE 148 III 409).

E. 45

BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022 E. 4.9 m.w.N. (nicht publ. in BGE 148 III 409).

E. 46

BGer 4A_129/2007 vom 18. Juli 2007 E. 3.3 i.V.m. E. 3.1.

- 27 - Oval zieren die Verpackung. In Frage steht vorliegend insofern nicht, ob die reine Doppelwickler-Verpackung freihaltebedürftig ist, sondern, ob ein Frei- haltebedürfnis für die konkret gestaltete Klagemarke bestehen könnte. Die potenziellen optischen Gestaltungsmöglichkeiten einer Doppelwickler- Verpackung sind zahlreich. Es ist nicht erkennbar, inwieweit es im Inte- resse eines funktionierenden Wirtschaftsverkehrs Mitbewerbern gestattet sein müsste, ihre Kugeln in der konkreten Variante der Klagemarke eben- falls gestalten zu können. Auch das Bundesgericht erwähnte im aufgeführ- ten Entscheid die Möglichkeit, wonach die Kombination verschiedener, ein- grenzender Gestaltungselemente dazu führen könne, ein absolutes Frei- haltebedürfnis bei der fraglichen Doppelwickler-Verpackung zu vernei- nen.⁴⁷ Die konkreten Verzierungen erfüllen überdies eine dekorative, je- doch keine technisch notwendige Funktion. Weder die Handhabung, der Transport noch die Haltbarkeit des Produkts werden von der konkreten Ge- staltung der Klagemarke berührt. Eine Monopolisierung der Doppelwickler- Form ist bei einer Zulassung der konkreten Klagemarke nicht zu befürch- ten. Entsprechend ist ein Freihaltebedürfnis im Sinne von Art. 2 lit. a und lit. b MSchG zu verneinen. 2.2.1.3.2. Unterscheidungskraft Auf eine Auseinandersetzung mit den klägerischen Beweismitteln (insbe- sondere Umfragen, Werbemassnahmen und Umsatzdaten) könnte ver- zichtet werden, wenn die Klagemarke originär unterscheidungskräftig wäre. Gleiches gilt, wenn die Verkehrsdurchsetzung der Klagemarke bzw. deren betrieblicher Herkunftshinweis (Art. 1 Abs. 1 MSchG) als notorisch erachtet werden könnte. Beide Fragen können vorliegend offen gelassen werden. Demoskopischen Umfragen misst das Bundesgericht zur Würdigung einer Verkehrsdurchsetzung ein erhebliches Gewicht bei.⁴⁸ Die Klägerinnen 1 und 2 reichen eine im September 2025 erstellte Verkehrsdurchsetzungs- umfrage (KB 108) ein. Den Befragten wurde hierbei das "neutralisierte Testobjekt der Lindor Kugel", das der Klagemarke entspricht, gezeigt. An- ders als es die Beklagte behauptet, ist es rechtlich zulässig, den Tatbe- stand der Verkehrsdurchsetzung im Zivilprozess anhand aktueller Umfra- gen nachzuweisen. Ein Nachweis der Verkehrsdurchsetzung im Eintra- gungszeitpunkt ist nicht erforderlich (vgl. oben E. 2.2.1.2.3). Die Verkehrsdurchsetzungsumfrage wurde anfangs September 2025 im Rahmen einer Mehrthemen-Umfrage von YouGov durchgeführt. Diese Ein- bettung in einen grösseren Fragekatalog ist für die Beweiseignung vorteil- haft.⁴⁹ Es wurden ausschliesslich Personen der Schweizer Bevölkerung

E. 47

BGer 4A_129/2007 vom 18. Juli 2007 E. 3.2.5.

E. 48

BGE 148 III 409 E. 4.5.3 m.w.N.

E. 49

BGE 126 III 315 E. 4c/bb.

- 28 - (Ausgangszahl 1'199) befragt, die als Konsumenten der betreffenden Produkte infrage kommen. Bei der Befragung wurde sichergestellt, dass die Klagemarke als Objekt der Betrachtung gut sichtbar ist. Insgesamt ist unstrittig, dass die Verkehrsdurchsetzungsumfrage nach den Musterfragen und Anforderungen des IGE konzipiert wurde.⁵⁰ Zur Ermittlung des Kennzeichnungsgrades wurde folgende Frage gestellt (Appendix F 300): "Stellt diese Produktgestaltung im Zusammenhang mit Schokolade einen Hinweis auf ein ganz bestimmtes oder auf verschiedene Unternehmen dar, oder ist das ihrer Ansicht nach kein Hinweis auf irgendein Unternehmen?" Zur Ermittlung des Zuordnungsgrades wurde folgende Frage gestellt (Appendix F 400): "Auf welches Unternehmen weist diese Produktgestaltung hin?" Die anhand der IGE-Richtlinien durchgeführte Umfrage erzielte mit 89.2 % und 86 % sehr hohe Kennzeichnungs- und Zuordnungswerte,⁵¹ die eine Verkehrsdurchsetzung der Klagemarke nahelegen. Gemäss der Beklagten würde die gestellte Frage zum Kennzeichnungsgrad schwerwiegende demoskopisch-handwerkliche Mängel aufweisen. Es wäre zudem vorab zu prüfen gewesen, ob dem Zeichen als potenziell nicht-konventionelle Marke überhaupt eine Kennzeichnungsfunktion zukäme (Duplik Rz. 145). Sie weist hier zutreffend auf Kritik in der Rechtsprechung und Lehre am Musterwortlaut des IGE (bzw. des deutschen Marken- und Patentamts DPMA).⁵² Zwar mag die Fragestellung mit Blick auf die undurchsichtige Formulierung und ihre zweifelhafte Eignung zur Ermittlung einer exklusiven, wenngleich abstrakten, Herkunftszuordnung tatsächlich fragwürdig sein. Die Streitfrage muss vorliegend jedoch nicht abschliessend geklärt werden. Mit der Frage zum Zuordnungsgrad kann das Ergebnis der Frage zum Kennzeichnungsgrad abgesichert werden.⁵³ Indem 86 % der Befragten die Klagemarke (ohne Schriftzug) "Lindt & Sprüngli" zuordnen konnten, ist eine Verkehrsdurchsetzung der Klagemarke deutlich erstellt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Klagemarke als kombinierte Formmarke naturgemäss aufgrund der Verpackung mit dem gekennzeichneten Produkt eng verbunden ist (siehe Duplik Rz. 143 f.).

E. 50

Vgl. IGE Richtlinien Markenrecht Teil 5 Ziff. 12.3.1 ff.

(https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/marken/d/richtlinien_marken/Richtlinien_Marken_D_2024.pdf, besucht am 10. März 2026). ⁵¹ Vgl. BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022 E. 4.7 (nicht publ. in BGE 148 III 409). ⁵² BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 16), Art. 2 N. 221; SHK MSchG-KAISER/RÜETSCHI, 2. Aufl. 2017, Beweisrecht N. 53 f. ⁵³ IGE Richtlinien Markenrecht Teil 5 Ziff. 12.3.8 (https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/marken/d/richtlinien_marken/Richtlinien_Marken_D_2024.pdf, besucht am 10. März 2026).

- 29 - Im Übrigen vermag die gegen die Umfrage gerichtete Kritik der Beklagten an dieser Würdigung nichts zu ändern. Dass aus dem Vermerk "Lindt Legal IP" als letzter Bearbeiter in den Dokumenteninformationen zu den Rohdaten der Verkehrsdurchsetzungsumfrage

(KB 109) eine Manipulation der Daten folgen könnte (Duplik Rz. 140), ist lediglich eine unsubstantiierte Schutzbehauptung. Ein Abspeichern der Datei würde für diesen Bearbeiter-Vermerk ohne Weiteres genügen (vgl. auch Widerklageduplik Rz. 21 f.). Auch der Verweis auf die in schwarzen Wicklern seit Jahren verkauften LINDOR-Kugeln "Dark 60%" und "Extra Dark 70%" überzeugt nicht. Dass mehreren Befragten (wohlgemerkt nicht in der Verkehrsdurchsetzungsumfrage, sondern in der Berühmtheitsumfrage [KB 32]) bei der Betrachtung der schwarz-weißen Klagemarke diejenige Produktausstattung in den Sinn kommt, die dieser farblichen Gestalt am nächsten kommt, ist nachvollziehbar. Aus diesen Antworten kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, die Befragten würden die Klagemarke nicht als exklusiven Herkunftshinweis erkennen. Im Übrigen sind die LINDOR-Kugeln "Dark 60%" und "Extra Dark 70%" nicht schwarz-weiß, sondern schwarz/silber bzw. schwarz/gold (Widerklageduplik Rz. 28). Es existieren anders als es die Beklagte behauptet (Stn. zur Widerklageduplik Rz. 29) auch keine LINDOR-Kugeln in rein schwarzen Wicklern. Insgesamt mag die durch die Verkehrsumfrage nachgewiesene Verkehrsdurchsetzung der eher banalen Klagemarke darauf zurückzuführen sein, dass sie von der kennzeichnungsstarken Wort-/Bildmarke Lindt/LINDOR profitierte. Dieser Umstand ist jedoch unerheblich: Bei der Verkehrsdurchsetzung einer Marke ist gerade charakteristisch, dass eine exklusive Herkunftszuweisung nicht auf der eigenen, originären Unterscheidungskraft des Zeichens fusst, sondern auf externen Faktoren. Dabei kann es sich um einen langjährigen Gebrauch oder intensive Werbemaßnahmen handeln. Infrage kommt hingegen auch die kombinierte Verwendung mit einer anderen Marke. Die andere Marke (hier Lindt/LINDOR) wirkt im Grunde als werbendes Zugpferd für die Durchsetzung des noch unbekanntes Zeichens. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klagemarke derivativ unterscheidungskräftig ist.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.