

AG_HANDELSGERICHT HSU.2019.149 vom 20. Januar 2020

Ag Handelsgericht, 2020-01-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_handelsgericht_HSU.2019.149

FR: AG_HANDELSGERICHT HSU.2019.149 du 20 janvier 2020

IT: AG_HANDELSGERICHT HSU.2019.149 del 20 gennaio 2020

Erwägungen

E. 12

BSK MSchG-STÄDELI, 3. Aufl. 2017, Art. 4 N. 1, 11 und 17; SHK MSchG-WANG, 2. Aufl. 2017, Art. 4 N. 6 f.; BGE 131 III 581.

E. 13

BSK MSchG- STÄDELI (Fn. 12), Art. 4 N. 21; SHK MSchG-WANG (Fn. 12), Art. 4 N. 8.

E. 14

SHK MSchG-WANG (Fn. 12), Art. 4 N. 19.

- 16 - 8.2.2. Verhältnis MSchG und UWG Das Markenrecht ist gegenüber dem UWG nicht eine vorrangige Spezialregelung. Die beiden Gesetze bestehen vielmehr nebeneinander. Das Lauterkeitsrecht bezweckt, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten. Dieser Zweck darf durch das Markenrecht nicht vereitelt werden.¹⁵ 8.2.3. Ansprüche bei Vorliegen von unlauterem Wettbewerb 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, kann dem Richter ein Verbot der drohenden Verletzung, die Beseitigung einer bestehenden Verletzung und die Feststellung der Widerrechtlichkeit der Verletzung beantragen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt (Art. 9 Abs. 1 UWG). Diese Abwehransprüche bestehen verschuldensunabhängig und setzen weder einen Schaden auf Seiten des Anspruchsberechtigten noch einen Gewinn des Verletzers voraus. 8.2.4. Unnötige Anlehnung (Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG) Unlauter handelt, wer sich, seine Waren, Werke, Leistungen oder deren Preise in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehnerweise mit anderen, ihren Waren, Werken, Leistungen oder deren Preisen vergleicht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt (Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG). Zweck dieser Bestimmung ist es, fehlerhafte vergleichende Werbung zu vermeiden und den Missbrauch zu verhindern, ohne die vergleichende Werbung gänzlich zu verbieten. Unter den Begriff der Werbung fällt die Gesamtheit der veröffentlichten Mittel, die darauf gerichtet sind, den Adressaten zu einem bestimmten Denken, Verhalten oder Handeln zu veranlassen, das geeignet ist, sich mittelbar oder unmittelbar auf den Absatz des Werbenden auszuwirken. Ein Vergleich liegt vor, wenn Fakten aus dem Bereich der Leistungen mehrerer Wettbewerbsteilnehmer mit würdiger Wirkung einander gegenübergestellt werden. Dieser kann explizit oder implizit erfolgen. Dem Begriff der vergleichenden Werbung wird im schweizerischen Lauterkeitsrecht somit eine sehr umfassende Bedeutung beigemessen, die über den Vergleich im engeren Sinne hinausgeht.¹⁶ Tatbestandsmerkmal ist eine irgendwie geartete anlehnernde Bezugnahme auf einen Mitbewerber oder dessen Ware oder Dienstleistungen. Bei der positiv anlehnernden Bezugnahme wird versucht, die mit dem Konkurrenzprodukt verbundenen positiven

Assoziationen auf das eigene Produkt zu

E. 14.1

Gesuchstellerischer Antrag / Parteibehauptungen Die Gesuchstellerin beantragt, dass neben dem Verbot bereits Vollstreckungsmassnahmen angeordnet werden sollen, nämlich eine Ordnungsbusse von Fr. 1'000.00 pro Tag nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, mindestens aber Fr. 5'000.00 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO sowie die Strafandrohung der Organe nach Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall. Die Gesuchsgegnerinnen äussern sich nicht zum Antrag auf Erlass direkter Vollstreckungsmassnahmen.

E. 14.2

Rechtliches Das Gericht, das eine vorsorgliche Massnahme anordnet, trifft gemäss Art. 267 ZPO auch die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen.³⁹ Art. 343 ZPO enthält eine abschliessende Aufzählung der möglichen Vollstreckungsmassnahmen. Darunter fallen insbesondere die Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), eine Ordnungsbusse bis zu Fr. 1'000.00 für jeden Tag der Nichterfüllung (Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO).

E. 14.3

Würdigung Eine offensichtliche Unverhältnismässigkeit der beantragten Vollstreckungsmassnahmen ist mit Ausnahme der beantragten Ordnungsbusse gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO nicht ersichtlich. Auch die vom Gesuchsteller beantragte Kombination von Vollstreckungsmassnahmen ist zulässig.⁴³ Jedoch ist zu berücksichtigen, dass Ordnungsbussen gemäss Bundesgericht anhand des "objektiven Ausmasses der Zuwiderhandlung" auszufallen sind.⁴⁴ Die Androhung von Ordnungsbussen sollte daher stets den gesetzlich vorgesehen Zusatz "bis zu" enthalten oder es ist auf die Nennung eines konkreten Betrages gänzlich zu verzichten.⁴⁵ Zur Durchsetzung des vorsorglichen Unterlassungsverbots sind den verantwortlichen Organen der Gesuchsgegnerin für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung deshalb die Straffolgen nach Art. 292 StGB (vgl. Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) sowie der Gesuchsgegnerin eine Ordnungsbusse von bis zu Fr. 1'000.00 für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung (vgl. Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO) anzudrohen.

E. 15

BGE 129 III 353 E. 3.3.

E. 15.1

Gesuchsgegnerischer Antrag Die Gesuchsgegnerinnen haben einen (Eventual-)Antrag auf Verpflichtung der Gesuchstellerin zur Sicherheitsleistung in Höhe von Fr. 500'000.00 gestellt (Schutzschrift der Gesuchsgegnerin 1 Rechtsbegehren 3; Schutzschrift der Gesuchsgegnerin 2 Rechtsbegehren 3). Zur Begründung führen sie aus, dass eine allfällige vorsorgliche Massnahme gegen die Gesuchsgegnerinnen wie beispielsweise ein Vertriebsverbot für die F.-Plüschtiere der Gesuchsgegnerinnen unweigerlich einen Umsatzeinbruch bzw. einen Schaden zur Folge hätte (Schutzschrift der Gesuchsgegnerin 1 N. 70; Schutzschrift der Gesuchsgegnerin 2 N. 79).

E. 15.2

Rechtliches Ist ein Schaden für die Gegenpartei zu befürchten, so kann das Gericht die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit durch die

gesuchstellende Partei abhängig machen (Art. 264 Abs. 1 ZPO). Vorausgesetzt ist primär ein Antrag des Gesuchsgegners auf Sicherheitsleistung. Dieser ist soweit möglich zu substantiieren. Zweite Voraussetzung für die Anordnung einer Sicherheitsleistung nach Art. 264 ZPO ist die Glaubhaftmachung eines Schadenersatzanspruchs. Gemäss Gesetzeswortlaut ist einzig der Bestand der Schadenersatzgefahr, nicht aber die Höhe des allfälligen Schadens glaubhaft zu machen. Als Schaden gilt die Differenz zwischen dem aktuellen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand, den das betroffene Vermögen ohne eine nachteilige vorsorgliche Massnahme hätte. Der Schaden kann in der Abnahme der Aktiven, der Erhöhung der Passiven oder entgangenem Gewinn bestehen. Die Befürchtung des Schadens muss objektiviert sein, d.h. mit dem Eintritt des Schadens muss mit einer gewissen objektiven Wahrscheinlichkeit gerechnet werden.⁴⁶ Dem Gericht steht bei der Anordnung einer Sicherheitsleistung ein Ermessensspielraum zu; es kann mithin selbst dann auf die Anordnung einer solchen verzichten, wenn die Voraussetzungen gegeben sind. Die Höhe der Sicherheitsleistung muss verhältnismässig sein, d.h. im Vergleich zum befürchteten Schaden der Gegenpartei angemessen. Abzustellen ist auf die mutmassliche Höhe des Schadens der Gegenpartei. Üblicherweise werden in kleineren immaterialgüterrechtlichen Fällen Beträge von Fr. 10'000.00 bis Fr. 50'000.00, in mittleren Fällen von Fr. 50'000.00 bis Fr. 100'000.00 und in grossen Fällen bis zu Fr. 300'000.00. Das Gericht kann die angeordnete Sicherheit jederzeit nachträglich vermindern, erhöhen oder in anderer Weise ändern, wenn das Verhältnis zwischen Schaden und Sicherheit nicht mehr stimmt.⁴⁷ Eine geleistete Sicherheit ist freizugeben, wenn feststeht, dass keine Schadenersatzklage erhoben wird; bei Ungewissheit setzt das Gericht eine Frist zur Klage (Art. 264 Abs. 3 ZPO). Die Gesuchsgegnerinnen sind aufzufordern, eine allfällige Klageerhebung an einem anderen Gericht mitzuteilen.

E. 15.3

Würdigung Ein Antrag der Gesuchsgegnerinnen auf Anordnung einer Sicherheitsleistung ist vorhanden. Die gesuchsgegnerische Behauptung, dass ein Vertriebsverbot für die F.-Plüschtiere der Gesuchsgegnerinnen eine Umsatzeinbusse und einen Schaden zur Folge haben werde, wurde von der Gesuchstellerin nicht bestritten und ist deshalb als glaubhaft zu unterstellen. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer Sicherheitsleistung sind deshalb gegeben. Die Gesuchsgegnerinnen machen zur beantragten Höhe der Sicherheitsleistung von Fr. 500'000.00 keine weiteren Ausführungen. Sie erscheint unverhältnismässig hoch in Anbetracht dessen, dass es um die Markteinführung eines Plüschtiers geht. Im Hinblick auf die Dauer eines allfälligen Hauptprozesses zur Prosequierung der vorsorglichen Massnahme erweist sich zurzeit eine Sicherheitsleistung von Fr. 200'000.00 als verhältnismässig. Eine spätere Anpassung bleibt vorbehalten. Zurzeit ist noch ungewiss, ob die Gesuchsgegnerinnen eine Schadenersatzklage gegen die Gesuchstellerin einleiten werden. Es ist ihr deshalb eine (erstreckbare) Frist von einem Jahr anzusetzen. 16. Prozesskosten

E. 16

SHK UWG-OETIKER, 2. Aufl. 2016, Art. 3 lit. e N. 4, 11 ff., 36; STAUBER/ISKIC, in: Heizmann/Loacker, Kommentar zum UWG, 2018, Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 5, 7; BSK UWG-SCHMID, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 30 f., 86, 89, 94.

- 17 - übertragen. Die Existenz solcher positiver Assoziationen mit dem Bezugsobjekt seitens des Publikums sind Voraussetzung dafür, dass der gute Ruf des Mitbewerbers

ausgenutzt werden kann.¹⁷ Der Vergleich erfolgt dabei durch Anlehnung an Konkurrenzprodukte, wobei nicht im eigentlichen Sinne Fakten verglichen werden, sondern dargelegt wird, dass das eigene Produkt in irgendeiner Art Beziehung zum Produkt des Mitbewerbers steht.¹⁸ Es geht um die Koppelung der eigenen mit der fremden Ware, um deren Bekanntheit auszunutzen.¹⁹ Der vorausgesetzte Vergleich kann auch konkludent, implizit durch Werbe- oder Marketingmassnahmen erfolgen.²⁰ Unter den Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG fallen somit Verhaltensweisen, mit denen sich Mitbewerber unnötig an die Leistungen eines Dritten anlehnen oder dessen Ruf ausbeuten. Die Rufausbeutung kann insbesondere darin bestehen, dass die fremde Ware derart in der eigenen Werbung eingesetzt wird, dass das Image auf die eigenen Angebote transferiert wird. Dies erfolgt insbesondere durch das Erwecken von Gedankenassoziationen zur fremden Ware.²¹ Unter Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG fällt somit die sogenannte assoziative "Verwechslungsgefahr", wonach unmissverständlich eine Botschaft "Ersatz für" oder "gleich gut wie" das ältere Produkt vermittelt wird.²² Einer lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsgefahr wie beim wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG bedarf es nicht. Die Anforderungen an die Ähnlichkeit sind bei der Schaffung einer Gedankenassoziation geringer als bei der Verwechslungsgefahr. Allerdings genügt nicht schon jede noch so geringfügige Ähnlichkeit, um eine unlautere Anlehnung zu bejahen. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass ein Merkmal 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 Dritten bzw. den damit gekennzeichneten Produkten zu wecken. Das Verbot der unlauteren Anlehnung an ein Konkurrenzprodukt 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 Merkmale

E. 16.1

Verteilungsgrundsätze Das Gericht entscheidet über die Prozesskosten im Endentscheid (Art. 14 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Es kann auf solidarische Haftung erkennen (Art. 106 Abs. 3 ZPO).

E. 16.2

Unterliegen der Gesuchsgegnerinnen Die Gesuchstellerin obsiegt mit ihrem Rechtsbegehren vollständig. Die Gesuchsgegnerinnen haben deshalb die Prozesskosten für das vorliegende Verfahren zu tragen. In Anwendung von Art. 106 Abs. 3 ZPO sind die Prozesskosten den Gesuchsgegnerinnen unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen.

E. 16.3

Gerichtskosten Die Gerichtskosten für das vorliegende Verfahren sind in Anwendung von § 8 VKD auf Fr. 7'000.00 festzusetzen. Diese sind ausgangsgemäss von den Gesuchsgegnerinnen zu tragen. Die Gerichtskosten sind mit dem Vorschuss der Gesuchstellerin von Fr. 7'000.00 zu verrechnen. Die Gesuchsgegnerinnen haben der Gesuchstellerin unter solidarischer Haftbarkeit Fr. 7'000.00 direkt zu ersetzen.

E. 16.4

Gerichtskosten in den Verfahren betreffend Schutzschriften Die Gesuchsgegnerinnen haben je eine Schutzschrift eingereicht. Im Ent- scheid betreffend Entgegennahme und Aufbewahrung der Schutzschrift wurde eine Wiedererwägung der Kostenverteilung in einem allfälligen vor- sorglichen Massnahmeverfahren vorbehalten. Eine solche erweist sich nicht als gerechtfertigt, da die Gesuchsgegnerinnen im vorliegenden Ver- fahren unterliegen.

E. 16.5

Parteientschädigung Bei einem Streitwert von Fr. 100'000.00 (vgl. Gesuch N. 21, Art. 91 Abs. 2 ZPO) resultiert eine Grundentschädigung (für das ordentliche und verein- fachte Verfahren) gemäss § 3 Abs. 1 lit. a AnwT von Fr. 12'930.00. In sum- marischen Verfahren beträgt die Grundentschädigung 25 bis 100 % dieses Ansatzes (§ 3 Abs. 2 AnwT). Vorliegend rechtfertigt es sich im Hinblick auf die umfangreichen Rechtsschriften und die Komplexität der Angelegenheit, die Grundentschädigung auf 75 % der Entschädigung gemäss § 3 Abs. 1 lit. a AnwT festzulegen, d.h. gerundet Fr. 9'700.00. Damit sind Instruktion, Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, Korrespondenz, Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Ver- handlung abgegolten (§ 6 Abs. 1 AnwT). Weitere Zu- oder Abschläge ge- mäss §§ 6 oder 7 AnwT sind nicht angezeigt. Zuzüglich einer Auslagen- pauschale von praxisgemäss 3 % resultierte eine Parteientschädigung zu- gunsten der Gesuchstellerin von gerundet Fr. 9'990.00. Der Präsident erkennt: 1. In Gutheissung des Gesuchs vom 11. Dezember 2019 wird der Gesuchs- gegnerin 1 und der Gesuchsgegnerin 2 unter Androhung einer Ordnungs- busse für jeden Tag der Nichterfüllung i.S.v. Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO sowie unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall verboten, in der Schweiz im geschäftlichen Verkehr die nachfolgend abgebildeten Plüschtiere und Plüschtier-Schlüs- selanhänger unter den Bezeichnung "F." anzubieten, zu bewerben, in Ver- kehr zu bringen oder verkaufen zu lassen. [Abbildungen von Plüschtieren mit grossen Köpfen und Augen] 2. Art. 292 StGB lautet: " Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Ver- fügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

- 32 - 3. Der Gesuchstellerin wird Frist bis zum 20. April 2020 angesetzt, um Klage im ordentlichen Verfahren anzuheben. Im Säumnisfall fallen die in vorste- hender Dispositiv-Ziff. 1 angeordneten vorsorglichen Massnahmen dahin. 4. 4.1. Die von der Gesuchstellerin in Nachachtung von Ziff. 4 der Verfügung vom 12. Dezember 2019 bereits geleistete Sicherheitsleistung in Höhe von Fr. 200'000.00 zugunsten der Gesuchsgegnerinnen bleibt bestehen. 4.2. Den Gesuchsgegnerinnen wird Frist bis zum 20. Januar 2021 angesetzt zur Einreichung einer Schadenersatzklage gegen die Gesuchstellerin im Zusammenhang mit der vorliegenden vorsorglichen Massnahme. Im Säumnisfall verfällt die Sicherheitsleistung gemäss Ziff. 4.1. Die Gesuchsgegnerinnen haben dem Handelsgericht des Kantons Aargau eine Klageeinleitung an einem anderen Gericht innert Frist mitzuteilen. 5. 5.1. Die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 7'000.00 sind unter solidarischer Haftbarkeit von den Gesuchsgegnerinnen zu tragen. Die Gerichtskosten werden mit dem von der Gesuchstellerin in der Höhe von Fr. 7'000.00 geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Gesuchsgegnerin- nen haben der Gesuchstellerin unter solidarischer Haftbarkeit Fr. 7'000.00 direkt zu ersetzen. 5.2. Die Gesuchsgegnerinnen haben der Gesuchstellerin unter solidarischer Haftbarkeit eine Parteientschädigung in der

Höhe von Fr. 9'990.00 (inkl. Auslagen) zu leisten. 5.3. Eine abweichende Verteilung der in Ziff. 5.1 und 5.2 vorstehend verlegten Gerichts- und Parteikosten im allfälligen Hauptprozess bleibt vorbehalten, falls dieser vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau durchgeführt wird. Zustellung an: [...]

- 33 - Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art 90 ff. BGG) Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte (Art. 98 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Aarau, 20. Januar 2020 Handelsgericht des Kantons Aargau 1. Kammer Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: Dubs Schmutz

E. 17

BSK UWG-SCHMID (Fn. 16), N. 30 f., 86, SHK UWG-OETIKER (Fn. 16), Art. 3 lit. e N. 4; STAU-BER/ISKIC (Fn. 16), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 5, 8.

E. 18

SHK UWG-OETIKER (Fn. 16), Art. 3 lit. e N. 11 ff.; BSK UWG-SCHMID (Fn. 16), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 30 f.; STAUBER/ISKIC (Fn. 16), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 7 je m.w.N.

E. 19

SHK UWG-OETIKER (Fn. 16), Art. 3 lit. e N. 36; BSK UWG-SCHMID (Fn. 16), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 86 und 89.

E. 20

BGE 135 III 446 E. 7.1; BGer 4A_103/2008 vom 7. Juli 2008 E. 6; BSK UWG-SCHMID (Fn. 16), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 94.

E. 21

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.

E. 22

Vgl. etwa BGE 135 III 446 E. 7.1; BGer 4A_103/2008 vom 7. Juli 2008 E. 6; SHK UWG-OETIKER (Fn. 16), Art. 3 lit. e N. 40.

- 18 - nach ihrem Gesamteindruck und je näher sich die Produkte sind.²³ Die Grenzlinie zwischen zulässiger und unzulässiger Anlehnung bzw. Rufausbeutung wird auch von der Zumutbarkeit eines weiteren Abstands beeinflusst.²⁴ Unnötig ist eine Anlehnung, wenn sie ohne sachlichen Rechtfertigungsgrund erfolgt oder das zur Information erforderliche Mass überschreitet.²⁵ Je mehr das Bezugsprodukt als eigentliches "Zugpferd" verwendet wird, desto eher ist die Anlehnung als unnötig zu qualifizieren.²⁶ 8.3. Würdigung 8.3.1. Berechtigung an den F.-Marken 8.3.1.1. Markeninhaberschaft gemäss Markenregister Die

Gesuchsgegnerin 1 bzw. andere Gesellschaften der B.-Gruppe haben während der Vertragslaufzeit des Vertriebsvertrags zwischen der Gesuchstellerin und der B. Deutschland GmbH unbestrittenermassen verschiedene Marken (Wortmarken und Wort-/Bildmarken) mit den Wortbestandteilen F. registrieren liessen, so insbesondere auch für die Schweiz (Plädoyernotizen der Gesuchsgegnerin 1 und Streitberufenen der Gesuchsgegnerin 2 N. 5; Beilagen zur Schutzschrift der Gesuchsgegnerin 1 1-5; Beilagen zur Schutzschrift der Gesuchsgegnerin 2 1-5). Die Gesuchstellerin macht nun geltend, diese seien gestützt auf Art. 4 MSchG bzw. den Vertriebsvertrag zu löschen bzw. an die Gesuchstellerin zu übertragen. 8.3.1.2. Kein Löschungs-/Übertragungsanspruch gestützt auf Art. 4 MSchG Die Gesuchstellerin hat ihre Plüschtiere der streitgegenständlichen Produktlinie ursprünglich unter dem Namen G. vertrieben. Erst ab dem Jahr 2010 (Gesuchstellerin) bzw. 2011 (Gesuchsgegnerin 1 und Streitberufene der Gesuchsgegnerin 2) tauchte die Bezeichnung F. erstmals in der DACH-Region für die Plüschtiere der Gesuchstellerin auf. Wer diese Bezeichnung wann erstmals in Verbindung mit den Plüschtieren der Gesuchstellerin gebracht habe, kann aufgrund der widersprechenden Ausführungen der Parteien nicht abschliessend beurteilt werden. Fest steht, dass es nicht die Gesuchstellerin, sondern entweder Käufer der Plüschtiere der Gesuchstellerin oder die B.-Gruppe waren, und zwar spätestens im Jahr 2011.

E. 23

BGE 135 III 446 E. 7.1 und 7.5; BGer 4A_103/2008 vom 7. Juli 2008 E. 6, 4A_467/2007 und 4A_469/2007 vom 8. Februar 2008 E. 4.1, 4.3 und 6.2; SHK UWG-OETIKER (Fn. 16), Art. 3 lit. e N. 36 und 39; BSK UWG-SCHMID (Fn. 16), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 86, 89 und 109; STAUBER/ISKIC (Fn. 16), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 37 je m.w.N.

E. 24

HGer ZH HG970259 vom 8. Juli 1999 E. 3 (sic! 2000, S. 307 ff.).

E. 25

STAUBER/ISKIC (Fn. 16), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 56.

E. 26

STAUBER/ISKIC (Fn. 16), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 60

- 19 - Bei der Bezeichnung F. handelt es sich somit nicht um eine bereits vor Abschluss des Vertriebsvertrags von der Gesuchstellerin benutzte Bezeichnung bzw. Marke. Vielmehr wurde diese erst kreiert und etabliert, nachdem die B.-Gruppe für den Vertrieb in der DACH-Region zuständig wurde. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Gesuchstellerin darlegt, dass diese Bezeichnung in drei dokumentierten Fällen auch in anderen Ländern benutzt wurde (GB 22). Es handelt sich in zwei Fällen um Amazon-Inserate, wobei über den Verkäufer und dessen Herkunft (möglicherweise aus der DACH-Region) nichts bekannt ist. Die Bezeichnung der Plüschtiere mit F. ist also massgebend auf die B.-Gruppe zurückzuführen; ein vorbestehendes, irgendwie gelagertes Recht oder auch nur eine Benutzung dieser Bezeichnung durch die Gesuchstellerin selber ist nicht glaubhaft gemacht, weshalb sich der Schluss aufdrängt, dass vorliegend kein Anwendungsfall von Art. 4 MSchG gegeben ist. 8.3.1.3. Kein Löschungs-/Übertragungsanspruch gestützt auf den Vertriebsvertrag In Betracht zu ziehen wäre auch ein möglicher vertraglicher Anspruch der Gesuchstellerin an der Löschung bzw. Übertragung der F.-Marken. Die Gesuchstellerin beruft sich auf eine Bestimmung im

Vertriebsvertrag, wonach die B. Deutschland GmbH verpflichtet sei, "to remove, or dispose of, any signs, stationery, advertising material, or other indicia relating DISTRIBU- TOR to the sale of the Products and use of related A. trademarks". Ein tatsächlicher Konsens betreffend dieser Bestimmung wurde nicht behauptet bzw. ist auf jeden Fall nicht glaubhaft gemacht. Klar erscheint, dass es sich bei den F.-Marken nicht um Marken der Gesuchstellerin im Sinne des Vertragstextes handelt, sondern um solche, welche von der Gesuchsgegnerin 1 oder anderen Gesellschaften der B.-Gruppe geschützt worden sind. Nach objektivierter Auslegung sind damit Marketingmaterialien (insbesondere Schilder, Papeteriewaren, Werbemittel) gemeint, welche die B.-Gruppe für die Vermarktung der Plüschtiere der Gesuchstellerin hergestellt hat. Es kann nach dem Vertrauensprinzip insbesondere keine allfälligen neuen Markenschöpfungen betreffen, sondern muss sich allein auf die im Rahmen des Vertriebsverhältnisses hergestellten Marketingmaterialien mit den Marken der Gesuchstellerin beziehen. Somit ist zusammenfassend festzuhalten, dass zurzeit von einer gültigen Markeninhaberschaft durch die Gesuchsgegnerin 1 bzw. durch die anderen Gesellschaften der B.-Gruppe ausgegangen werden muss. 8.3.2. Kein Ausschluss der lauterkeitsrechtlichen Ansprüche durch das Bestehen einer Marke Das UWG und das MSchG bestehen ohne Vorrangstellung des einen oder anderen nebeneinander. Das Bestehen der F.-Marken schliesst somit nicht aus, dass gegenüber den Markeninhabern und insbesondere den Gesuchsgegnerinnen lauterkeitsrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden können.

- 20 - Wenn die Gesuchsgegnerinnen ausführen, dass die Gesuchstellerin keinerlei Prioritätsrechte im Sinne des Markenrechts für die Bezeichnung F. habe, dann hat dies auf die lauterkeitsrechtliche Beurteilung prima facie keinen Einfluss. Auch eine markenrechtliche Gebrauchspflicht führt nicht per se dazu, dass dies lauterkeitsrechtlich automatisch zulässig ist. Es ist deshalb in der Folge trotz Bestehens von entsprechenden Markenrechten zu prüfen, ob in den Handlungen der Gesuchsgegnerinnen unlauterer Wettbewerb zu erblicken ist. 8.3.3. Unlauterkeit infolge unnötiger Anlehnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG 8.3.3.1. Beurteilungsgegenstand Die Gesuchstellerin begehrt mit ihrem Gesuch die Beurteilung der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit der Bezeichnung von Plüschtieren der Gesuchsgegnerinnen als F. Nicht Verfahrensgegenstand ist die Frage, ob die Plüschtiere selber oder das Logo der Gesuchsgegnerinnen UWG-konform sind. Insofern die Parteien also Ausführungen dazu machen, ist dies vorliegend nur im Zusammenhang mit der Beurteilung der Bezeichnung F. relevant (so insbesondere in Bezug auf die Anlehnung, siehe unten E. 8.3.3.3). Eine weitergehende Untersuchung der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit der Plüschtiere an sich oder des Logos ist vorliegend nicht erforderlich. 8.3.3.2. Bezeichnung F. als Hinweis auf die Gesuchstellerin bzw. ihre Plüschtiere Zumindest bis im Herbst 2017 wurden die Plüschtiere der Gesuchstellerin durch die B.-Gruppe gezielt unter der Bezeichnung F. vermarktet (GB 10; Plädoyernotizen der Gesuchsgegnerin 1 und Streitberufenen der Gesuchsgegnerin 2 N. 70). Die Gesuchstellerin behauptet denn auch, dass die Bezeichnung F. bis heute durch den Schweizer Fachhandel, Onlineshops, Detailhändler und Konsumenten mit der Gesuchstellerin assoziiert würden (Gesuch N. 36, 39, 41 f., 71, 82, 101, 104). Die Gesuchsgegnerinnen bestreiten dies zwar (Plädoyernotizen der Gesuchsgegnerin 1 und Streitberufenen der Gesuchsgegnerin 2 N. 72, 105). Sie anerkennen aber, dass die B.-Gruppe im Rahmen des Vertriebsverhältnisses mit der Gesuchstellerin einen "umfangreichen Markenaufbau" geleistet und viele Investitionen zur Bekanntmachung der Marke getätigt habe (Plädoyernotizen der Gesuchsgegnerin 1 und Streitberufenen der

Gesuchsgegnerin 2 N. 16, 29, 71). Davon zeugt auch eine in dieser Zeit durchgeführte Aktion in N.-Restaurants. Die B.-Gruppe war gemäss Vertriebsvertrag auch dazu verpflichtet, den Vertrieb der Plüschtiere der Gesuchstellerin zu fördern und den Ruf der Gesuchstellerin sowie der gesuchstellerischen Produkte auszubauen (GB 28 S. 2-4). Die Gesuchsgegnerinnen gehen davon aus, dass die Bekanntheit der Plüschtiere der Gesuchstellerin unter der Bezeichnung F. einzig der B.-

- 21 - Gruppe zuzurechnen sei, da es sich um eine Vertriebsmarke handle. Die Gesuchsgegnerinnen haben allerdings nicht dargelegt, dass die Bezeichnung F. von den massgeblichen Verkehrskreisen²⁷ als Hinweis auf die B.- Gruppe wahrgenommen worden wären bzw. immer noch würde. Die verwendete Bezeichnung wurde zu keinem Zeitpunkt als Vertriebsmarke gekennzeichnet. Für die massgeblichen Verkehrskreise konnte sie einzig ein Hinweis auf die Plüschtiere der Gesuchstellerin sein. Die Gesuchsgegnerinnen anerkennen auch, dass bis heute gewisse Händler in Unkenntnis der markenrechtlichen Situation den Begriff F. für die Plüschtiere der Gesuchstellerin verwenden (Plädoyernotizen der Gesuchsgegnerin 1 und Streitberufenen der Gesuchsgegnerin 2 N. 17). Dies deutet gerade darauf hin, dass diese Bezeichnung nach wie vor mit der Gesuchstellerin in Verbindung gebracht wird. Die Gesuchstellerin hat auch mit Verweis auf GB 8 und 13 – 16 glaubhaft gemacht, dass die Bezeichnung F. bis heute mit ihr assoziiert werde. Dass in einzelnen Fällen auch Plüschtiere anderer Hersteller so bezeichnet worden sein sollen, ändert an dieser Beurteilung nichts. Die Gesuchsgegnerinnen machen geltend, die Gesuchstellerin habe die F.- Marken im Rahmen einer mündlich vereinbarten unentgeltlichen Lizenznahme benutzen dürfen. Diese sei jetzt beendet und es würden keine weiteren Ansprüche daraus mehr bestehen (Plädoyernotizen der Gesuchsgegnerin 1 und Streitberufenen der Gesuchsgegnerin 2 N. 31, 50 f.). Die Gesuchsgegnerinnen haben keinerlei weiterführende Behauptungen aufgestellt bzw. Beweismittel eingereicht im Zusammenhang mit dieser angeblichen mündlichen Lizenzerteilung. Vielmehr erscheint dies als nachträgliche Schutzbehauptung. Ohnehin würde dies nichts an der Beurteilung ändern, dass die Bezeichnung F. in den massgeblichen Verkehrskreisen mit der Gesuchstellerin assoziiert wird. Diese Schlussfolgerungen bedeuten entgegen den Gesuchsgegnerinnen gerade nicht, dass die Markenrechte an den F.-Marken der Gesuchstellerin angewachsen wären. Der Gesuchstellerin kommen gemäss vorliegender Auslegung vielmehr keinerlei markenrechtliche Ansprüche zu (vgl. oben E. 8.3.1). Die Ausübung ihrer Markenrechte durch die Gesuchsgegnerin 1 bzw. andere Gesellschaften der B.-Gruppen könnte allerdings durch die lauterkeitsrechtlichen Ansprüche der Gesuchstellerin eingeschränkt werden (vgl. dazu sogleich E. 8.3.3.3 und 8.3.3.4). Dies schliesst einen Gebrauch der Marken durch die Gesuchsgegnerinnen nicht gänzlich aus, sondern nur in dem Umfang, in dem eine unnötige Anlehnung gegeben ist. Dies ist eine logische Folge der kumulativen Anwendbarkeit von MSchG und UWG.

E. 27

Als massgebliche Verkehrskreise müssen sowohl Detailhändler und Angehörige des Schweizer Fachhandels als auch Konsumenten allgemein gelten.

- 22 - 8.3.3.3. Anlehnung Wie soeben dargelegt wurde, ist glaubhaft gemacht, dass die Bezeichnung F. im Zusammenhang mit Plüschtieren von den massgeblichen Verkehrskreisen mit der Gesuchstellerin in Verbindung gebracht wird. Die Gesuchsgegnerinnen beabsichtigen nun, Plüschtiere mit der identischen Bezeichnung auf den Markt zu bringen.

Die Plüschtiere der Gesuchsgegnerinnen weisen sehr ähnliche Eigenschaften wie die Plüschtiere der Gesuchstellerin auf. So prägen die übergrossen Augen und der übergrosse Kopf den Gesamteindruck der beiden Plüschtiereserien. Aufgrund der Identität der Produktbezeichnung und der grossen Ähnlichkeit der Plüschtiere ist von einem anlehnenden Verhalten auszugehen, da unweigerlich eine Gedankenassoziation mit den Plüschtieren der Gesuchstellerin entsteht. Die Gesuchsgegnerinnen argumentieren, dass jedes ihrer Plüschtiere einen Hangtag und eine (nicht abtrennbare) Etikette aufweisen würden, auf welchen deutlich das D.-Kennzeichen zu erkennen sei. Das D.-Kennzeichen weist aufgrund der jahrelangen intensiven Bewirtschaftung eine hohe Kennzeichnungskraft auf. Aufgrund der grossen Anzahl von Plüschtieren mit grossen Augen im Markt werde der Konsument überdies automatisch verstärkt auf das Herstellerkennzeichen achten (Plädoyernotizen der Gesuchsgegnerin 1 und Streitberufenen der Gesuchsgegnerin 2 N. 47 f., 82, 88, 104, 107). Eine Herstellerbezeichnung vermag die Gedankenassoziation mit der Gesuchstellerin nicht aufzuheben, da bereits eine positive Anlehnung zur Übertragung der positiven Assoziationen mit einem fremden Produkt auf das eigene Produkt reicht. Genau diese Gefahr besteht vorliegend: Die massgeblichen Verkehrskreise könnten aufgrund der identischen Bezeichnung davon ausgehen, dass die Plüschtiere der Gesuchsgegnerin 2 ein Nachfolge- oder Ersatzprodukt der Plüschtiere der Gesuchstellerin sind. Der Marktauftritt der Gesuchsgegnerinnen legt diesen Schluss auch nahe (GB 30-33). Es liegt somit eine Anlehnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG vor.

8.3.3.4. Unnötige Anlehnung

Die festgestellte Anlehnung erweist sich trotz des Bestehens von Markenrechten als unnötig, weil damit die vorbestehende Bekanntheit der Produkte der Gesuchstellerin unter der Bezeichnung F., auf welche sich die Gesuchstellerin berechtigterweise beruft, einzig zur Absatzförderung benutzt wird. Die Gesuchsgegnerinnen argumentieren zwar, dass sie aufgrund des Markenrechts und der zeitlichen Priorität die Bezeichnung F. gebrauchen dürfen müsste. Dabei verkennen die Gesuchsgegnerinnen einerseits, dass Marken- und Lauterkeitsrecht unabhängig voneinander bestehen und die Eintragung in einem Markenregister nicht bedeutet, dass ein Zeichengebrauch ohne Einschränkungen zulässig ist. Vielmehr ist die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit unabhängig von einem allfälligen Eintrag im

- 23 - Markenregister zu prüfen. Überdies ist den Gesuchsgegnerinnen entgegenzuhalten, dass zwar tatsächlich die B.-Gruppe den Begriff zuerst gebraucht hat. Dieser Gebrauch erfolgte aber im Rahmen des Vertriebsvertrags für die Gesuchstellerin, d.h. ist dieser zurechenbar. Dies konnte denn auch in den relevanten Verkehrskreisen nur so aufgefasst werden, wurde doch nie darauf hingewiesen, dass dies nicht die gesuchstellerischen Plüschtiere betreffen würde, sondern die B.-Gruppe. Die vorliegend relevante lauterkeitsrechtliche Gebrauchspriorität liegt somit bei der Gesuchstellerin. Die Gesuchsgegnerin 2 vertreibt bereits Plüschtiere mit grossen Augen unter der offensichtlich nicht anlehnenden Bezeichnung O. Es gibt gemäss den Gesuchsgegnerinnen weitere Anbieter, die solche Plüschtiere unter Bezeichnungen anbieten, die ebenfalls von F. massgeblich verschieden sind. Ausser der Absatzförderung ist somit kein legitimer Grund ersichtlich, die exakt gleiche Bezeichnung zu benützen. Die Anlehnung erweist sich somit als unnötig.

8.3.3.5. Fazit

Es liegt zusammenfassend eine unlautere unnötige Anlehnung an die Produkte der Gesuchstellerin vor. In Anwendung von Art. 9 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG ist deshalb ein Unterlassungsanspruch der Gesuchstellerin gegeben und eine positive Hauptsachenprognose zu stellen. Eine Prüfung der weiteren Unlauterkeitstatbestände erübrigt sich.

9. Nachteilsprognose

9.1. Parteibehauptungen

Die

Gesuchstellerin führt aus, mögliche Rufschädigungen, Kundenverluste oder entgangene Gewinne würden nach der Rechtsprechung zwar mit Geld grundsätzlich ausgleichbare Nachteile darstellen. Diese würden jedoch als schwer berechen- und nachweisbar gelten, so dass regelmässig in einer Konstellation wie der vorliegenden ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil angenommen werde (Gesuch N. 107). Es drohe zudem eine Marktverwirrung, da die F. der Gesuchsgegnerinnen bereits in Webshops erscheinen würden und somit eine Verwechslungsgefahr bzw. Irreführung hervorrufen würden. Die Gesuchstellerin werde Marktanteile verlieren, wenn Kunden irrtümlich die F.-Produkte der Gesuchsgegnerinnen kaufen, da sie davon ausgehen würden, dass es sich um solche der Gesuchstellerin handle (Gesuch N. 109). Die Gesuchsgegnerinnen führen aus, die Gesuchstellerin hätte zu keinem Zeitpunkt Interesse daran geäussert, die Marke F. weiter zu nutzen. Nur schon deshalb sei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil zu ver-

- 24 -
neinen. Die Gesuchstellerin sei überdies nicht auf das Zeichen angewiesen, habe der Umsatz doch im Jahr 2018 gesteigert werden können, nachdem die Verwendung des Zeichens F. untersagt worden sei (Plädoyernotizen der Gesuchsgegnerin 1 und Streitberufenen der Gesuchsgegnerin 2 N. 109 f.). Im UWG seien sämtliche Umstände miteinzubeziehen. Beim Kauf von Online-Ware werde immer in unmittelbarer Nähe der Produktabbildung auch der Herstellername gezeigt. Angesichts der zahllosen Plüschtiere mit grossen Augen im Markt werde der Konsument automatisch verstärkt auf das Herstellerkennzeichen achten. Das sehr kennzeichnungsstarke Zeichen D. sei in jedem Fall geeignet, eine Fehlzuordnung oder eine Irreführung zu verhindern, sodass eine Marktverwirrung ausgeschlossen werden könne (Plädoyernotizen der Gesuchsgegnerin 1 und Streitberufenen der Gesuchsgegnerin 2 N. 111). 9.2. Rechtliches Neben der Hauptsachenprognose hat die Gesuchstellerin glaubhaft zu machen, dass ihr aus der Verletzung eines ihr zustehenden Anspruchs ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO). Zu beantworten sind damit die beiden Fragen, ob Nachteile drohen, wenn keine vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden und, für den Fall, dass keine vorsorglichen Massnahmen angeordnet werden und der befürchtete Nachteil daher eintritt, ob dieser mit einem anschliessenden Hauptsacheverfahren leicht wieder gutzumachen ist.²⁸ Nachteile sind jegliche Beeinträchtigungen der gesuchstellenden Partei sowohl tatsächlicher wie auch rechtlicher Art, materieller als auch immaterieller Natur.²⁹ Auch bloss faktische Erschwernisse genügen.³⁰ Der Nachteil muss ein zukünftiger sein. Bei bereits eingetretenen Nachteilen können vorsorgliche Massnahmen nur dann Platz haben, wenn eine weitere Benachteiligung droht.³¹ Weiter muss der Nachteil nicht leicht wiedergutzumachen sein. Dies ist dann nicht der Fall, wenn das Hauptsachenurteil abgewartet werden kann und dieses der gesuchstellenden Partei hinreichenden Rechtsschutz bietet.³² Nachteile sind etwa dann nicht leicht wieder gutzumachen, wenn sie später nicht mehr ermittelt, bemessen oder ersetzt werden können, etwa weil sie durch Geldleistung nicht oder nur unvollständig aufgewogen wer-

E. 28

BK ZPO II-GÜNGERICH, 2012, Art. 261 N. 30 ff.

E. 29

HUBER (Fn. 8), Art. 261 N. 20 m.w.N.; BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 28), Art. 261 N. 34; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 8), Art. 261 N. 29; ZÜRCHER (Fn. 8), Art. 261 N. 25; STAEHELIN/STAEHELIN/ GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 22 N. 10.

E. 30

BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 28), Art. 261 N. 34.

E. 31

HUBER (Fn. 8), Art. 261 N. 21; BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 28), Art. 261 N. 35; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 8), Art. 261 N. 28a; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 29), § 22 N. 10.

E. 32

BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 28), Art. 261 N. 36.

- 25 - den können, d.h. wenn ein rein ökonomischer Ausgleich keinen vollwertigen Ersatz begründet.³³ Mögliche Rufschädigungen, Kundenverluste oder entgangene Gewinne stellen nach der Rechtsprechung zwar mit Geld grundsätzlich ausgleichbare Nachteile dar. Jedoch gelten diese künftigen Einbussen als kaum berechen- und nachweisbar, so dass regelmässig auch in einer solchen Konstellation ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil angenommen wird.³⁴

9.3. Würdigung Die Argumentation der Gesuchsgegnerinnen geht an der Sache vorbei. Einerseits ist nicht relevant, ob die Gesuchstellerin gedenkt, ihre Plüschtiere weiterhin F. zu nennen. Entscheidend ist vielmehr, dass die Gefahr besteht, dass die Plüschtiere der Gesuchsgegnerinnen mit der Bezeichnung F. in den massgeblichen Verkehrskreisen mit der Gesuchstellerin assoziiert würden und die Gesuchstellerin aufgrund der Marktverwirrung Marktanteile verlieren würde. Aus demselben Grund ist auch irrelevant, ob die Gesuchstellerin auf diese Bezeichnung angewiesen ist oder nicht. Im Jahr 2018 gab es soweit ersichtlich keinen weiteren Anbieter, der seine Plüschtiere systematisch F. nannte. Andererseits führen die Gesuchsgegnerinnen Argumente an, warum keine Fehlzuordnung oder Irreführung geschehen werde. Dies wurde in E. 8 bereits gegenteilig beurteilt. Es kann somit vollumfänglich auf die Begründung in E. 7.3 der Verfügung vom 12. Dezember 2019 verwiesen werden.

10. Dringlichkeit Weiter ist das Erfordernis der qualifizierten zeitlichen Dringlichkeit zu prüfen.

10.1. Parteibehauptungen Die Gesuchstellerin führt aus, die Angelegenheit sei äusserst dringlich, da die Gesuchsgegnerinnen bereits mit dem Vorverkauf begonnen hätten, die Bewerbung der Produkte im Internet bereits erfolgen würde und die Gesuchsgegnerinnen ausdrücklich angekündigt hätten, den Vertrieb ihrer Produkte unter der Bezeichnung F. im Januar 2020 aufzunehmen. Die Gesuchstellerin habe innert kürzester Zeit seit Kenntnis von einer allfälligen Bestellmöglichkeit in der Schweiz reagiert (Gesuch N. 113-116). Die Gesuchsgegnerinnen haben sich in ihrer mündlich vorgetragenen Antwort nicht zur Dringlichkeit geäussert.

E. 33

HUBER (Fn. 8), Art. 261 N. 20 m.w.N.; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 8), Art. 261 N. 34; ZÜRCHER (Fn. 8), Art. 261 N. 29; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, in: Baudenbacher (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, 2001, Art. 14 N. 22.

E. 34

Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 8), Art. 261 N. 34.

- 26 - 10.2. Rechtliches Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt zeitliche Dringlichkeit voraus. Diese liegt vor, wenn das ordentliche Verfahren klar länger dauert als das Massnahmenverfahren. Die voraussichtliche Dauer des Hauptverfahrens bis zu seiner rechtskräftigen Erledigung ist nicht abstrakt, sondern konkret anhand der Besonderheiten

des Einzelfalles zu bestimmen.³⁵ 10.3. Würdigung Marken- und Lauterkeitsrechtsverletzungsprozesse dauern erfahrungsgemäss deutlich länger als ein Jahr.³⁶ Davon ist aufgrund der Komplexität der Angelegenheit auch vorliegend auszugehen. Deshalb ist die Dringlichkeit vorliegend zu bejahen. Überdies kann auf die Ausführungen in E. 8.3 der Verfügung vom 12. Dezember 2019 verwiesen werden; die Markteinführung der Produkte der Gesuchsgegnerin 2 scheint unmittelbar bevorzuzustehen. 11. Verhältnismässigkeit Zu prüfen ist überdies, ob die von der Gesuchstellerin beantragten Massnahmen verhältnismässig sind. 11.1. Parteibehauptungen Die Gesuchstellerin führt aus, das Verbot sei geeignet, den drohenden Nachteil abzuwenden. Ein anderer Rechtsbehelf sei nicht ersichtlich und es handle sich um das mildeste Mittel. Zudem bleibe es den Gesuchsgegnerinnen unbenommen, Plüschtiere auf den Markt zu bringen, solange dies unter anderer Bezeichnung als F. erfolge. Die Massnahme sei somit nicht einschneidend. Demgegenüber würde der über ein Jahrzehnt lang aufgebaute Werbewert und Ruf der Plüschtiere der Gesuchstellerin durch die Gesuchsgegnerinnen geschädigt (Gesuch N. 117-119). Die Gesuchsgegnerinnen führen lediglich aus, es bedürfe keiner Ausführungen zur Verhältnismässigkeit, da weder die Hauptsachen- noch die Nachteilsprognose zu bejahen sei (Plädoyernotizen der Gesuchsgegnerin 1 und Streitberufenen der Gesuchsgegnerin 2 N. 112). 11.2. Rechtliches Vorsorgliche Massnahmen müssen verhältnismässig sein, da sie in die Rechtslage der Gegenpartei eingreifen, bevor ein definitiver Entscheid über den behaupteten Anspruch vorliegt. Es ist zu prüfen, ob überhaupt eine Massnahme anzuordnen ist. Darüber hinaus und vor allem bezieht sich das Kriterium der Verhältnismässigkeit auf die Frage nach der Art der verhängten Massnahme und der Schwere des Eingriffs.³⁷ Die Verhältnismässigkeit

E. 35

SHK MSchG-STAUB (Fn. 12), Art. 59 N. 23; SHK UWG-STAEHELIN (Fn. 16), Vor Art. 9-13a UWG N. 27.

E. 36

Vgl. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 19. Juni 2015, HSU.2015.23, E. 8.3.

E. 37

BSK ZPO-Sprecher (Fn. 8), Art. 261 N. 10.

- 27 - ist aufgrund einer Interessenabwägung zu beurteilen, wobei die angeordnete Massnahme sachlich und zeitlich nicht weitergehen darf, als zum vorläufigen Schutz des glaubhaft gemachten Anspruchs nötig ist. Sie muss in einem vernünftigen Verhältnis zur Verhinderung des drohenden Nachteils stehen.³⁸ 11.3. Würdigung Den Ausführungen der Gesuchstellerin kann gefolgt werden: Die beantragte Massnahme erweist sich als geeignet und erforderlich; die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne ist mit Blick auf die befürchteten Nachteile bei Verzicht auf eine Massnahme gegeben. 12. Fazit Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für den Erlass des Verbots im vorsorglichen Massnahmeverfahren erfüllt sind. 13. Prosequierung Ist die Klage in der Hauptsache noch nicht rechtshängig, ist der gesuchstellenden Partei nach Art. 263 ZPO eine Frist zur Einreichung der Klage anzusetzen mit der Androhung, die angeordnete Massnahme falle bei ungenutztem Ablauf der Frist ohne weiteres und ersatzlos dahin. Die Prosequierungsfrist beträgt nach handelsgerichtlicher Praxis bei Fällen der vorliegenden Grösse rund drei Monate, d.h. bis am 20. April 2020. 14. Direkte Vollstreckung

E. 38

BSK ZPO-Sprecher (Fn. 8), Art. 262 N. 47.

E. 39

SCHNEUWLY/VETTER, Die Realvollstreckung handelsgerichtlicher Entscheide, in: Jusletter 5. September 2016, Rz. 17.

- 28 - Bei der Wahl der Vollstreckungsmassnahme ist die zur Durchsetzung wirksamste Anordnung zu wählen, wobei dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen ist.⁴⁰ Sind keine Tatsachen erkennbar, welche die Vollstreckungsanträge als unverhältnismässig erscheinen lassen, hat sich das Gericht an diesen zu orientieren. Sofern sich die Gegenpartei nicht zu den Vollstreckungsmassnahmen äussert, läuft dies im Ergebnis darauf hinaus, dass das Gericht von den beantragten Vollstreckungsmassnahmen nur dann abweichen wird, wenn die Unverhältnismässigkeit offensichtlich ist.⁴¹ Es können verschiedene Massnahmen miteinander kombiniert werden.⁴²

E. 40

STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 1), Art. 343 N. 14.

E. 41

SCHNEUWLY/VETTER (Fn. 39), Rz. 29.

E. 42

STAEHELIN (Fn. 40), Art. 343 N. 15.

E. 43

Vgl. SCHNEUWLY/VETTER (Fn. 39), Rz. 34 ff. m.w.N.

E. 44

BGE 142 III 587 E. 6.2.

E. 45

SCHNEUWLY/VETTER (Fn. 39), Rz. 29.

- 29 - Die Gesuchstellerin hat sich nicht zur Sicherheitsleistung geäussert.

E. 46

BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 28), Art. 264 N. 2, 9; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 8), Art. 264 N. 7, 9, 10.

E. 47

BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 8), Art. 264 N. 17, 29 f., 35; DIKE Kommentar ZPO-ZÜRCHER, 2. Aufl. 2016, Art. 264 N. 4, 6.

- 30 -