

AG_HANDELSGERICHT HSU.2024.50 vom 14. Dezember 2024

Ag Handelsgericht, 2024-12-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_handelsgericht_HSU.2024.50

FR: AG_HANDELSGERICHT HSU.2024.50 du 14 décembre 2024

IT: AG_HANDELSGERICHT HSU.2024.50 del 14 dicembre 2024

Erwägungen

E. 2

September 2024 als auch in ihrem Online-Store "Feine Schokoladenkugeln" der Marke "Moser Roth" als "Weihnachts-Edition" (nachfolgend "Moser Roth-Kugeln"; Schutzschrift Rz. 13, Schutzschriftbeilage [SB] 9; Gesuchsantwort [Antwort] Rz. 53; Augenschein). Ab der Kalenderwoche 42 wurden dies Moser Roth-Kugeln regelmässig im Prospekt "Aldi-Woche" beworben (Schutzschrift Rz. 14, SB 10–12). Die Moser Roth-Kugeln werden dabei unter anderem in roten und blauen Wrapper bzw. in Dreheinschlägen primärverpackt, daraufhin allerdings sekundär in Beutel mit Sichtfenster gefüllt und nur in dieser Form zum Verkauf angeboten (Schutzschrift Rz. 13 und 44 f.; Gesuch Rz. 44; GB 6).

- 4 -

E. 2.1

Es wird im Saal des Handelsgerichts eine Instruktionsverhandlung mit Gelegenheit der Gesuchsgegnerin zum Gesuch vom 10. Dezember 2024 eine mündliche Antwort zu erstatten, durchgeführt am:

- 7 - Freitag, 13. Dezember 2024, 14:00 Uhr

E. 2.2

Diese Verfügung gilt für die Gesuchstellerinnen 1 und 2 und deren Rechtsvertreter sowie die Gesuchsgegnerin und deren Rechtsvertreter als Vorladung. 3. Die Gesuchstellerinnen 1 und 2 hab bis 19. Dezember 2024 einen Kostenvorschuss von Fr. 6'000.00 mit beiliegendem Einzahlungsschein zu leisten. 4. Es gilt kein Stillstand der Fristen (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO). 5. Zustellung der Schutzschrift vom 6. Dezember 2024 (inkl. Beilagen) an die Rechtsvertreter der Gesuchstellerinnen 1 und 2 zur Kenntnisnahme.

E. 2.3

Die Gesuchsgegnerin vertreibt sowohl in ihren Schweizer Filialen seit dem

E. 3.1

Mit Schreiben vom 3. Dezember 2024 mahnte die Gesuchstellerin 1 die Gesuchsgegnerin wegen des Vertriebs der roten und blauen Moser Roth-Kugeln in der Schweiz ab. Der Vertrieb verletze die Marke Nr. 528476 der Gesuchstellerin 1 und verstosse gegen Art. 3 Abs. 1 lit. d und lit. e UWG (SB 14).

E. 3.2

Mit Schreiben vom 6. Dezember 2024 wies die Gesuchsgegnerin die Vorwürfe der Gesuchstellerin 1 als unbegründet zurück (SB 17).

E. 4

Am 6. Dezember 2024 reichte die Gesuchsgegnerin zusammen mit der Moser-Roth GmbH (DE) beim Handelsgericht des Kantons Aargau eine Schutzschrift mit folgenden Rechtsbegehren ein:

- 5 -

E. 4.1

Unnötige Anlehnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG

E. 4.1.1

Parteibehauptungen

E. 4.1.1.1

Gesuchstellerinnen 1 und 2 Hinsichtlich lauterkeitsrechtlicher Ansprüche stellen sich die Gesuchstellerinnen 1 und 2 auf den Standpunkt, Gesuchstellerin 1 sei als Schweizer Muttergesellschaft von Gesuchstellerin 2 durch die Verletzungshandlungen der Gesuchsgegnerin in ihren wirtschaftlichen Interessen direkt verletzt und insofern nach Art. 9 Abs. 1 UWG aktivlegitimiert. Die Aktivlegitimation von Gesuchstellerin 2 folge daraus, dass sie für das Angebot und den Vertrieb der LINDOR-Kugeln in der Schweiz exklusiv verantwortlich sei (Gesuch Rz. 70). In der Sache bringen die Gesuchstellerinnen 1 und 2 unter anderem vor, die Gestaltung der Produktausstattung der Moser Roth-Kugeln würden eine unnötige Anlehnung an die Ausstattung der LINDOR-Kugeln i.S.v. Art. 3 lit. e UWG darstellen (Gesuch Rz. 139). Insbesondere übernehme die gewählte Ausstattung der Gesuchsgegnerin sämtliche wesentlichen Elemente der ikonischen LINDOR-Kugel in sehr ähnlicher Form. Der dadurch resultierende Gesamteindruck wecke beim Durchschnittsverbraucher sofort Assoziationen zum Originalprodukt der Gesuchstellerin (recte: Gesuchstellerinnen 1 und 2), was auch aus den durchgeführten Umfragen folge (Gesuch Rz. 143 f.; GB 28 und 29). Weiter bestünden auch keine sachlichen Gründe für die anlehrende Produktausstattung. Vielmehr sei die Gesuchsgegnerin lediglich darauf aus, den "Goodwill" der beliebten LINDOR-Kugeln für die eigenen Moser Roth-Kugeln auszunutzen. Obwohl es der Gesuchsgegnerin ein leichtes gewesen wäre, die Produktgestaltung abzuändern, um so Fehlassoziationen entgegenzuwirken, habe sie dies absichtlich unterlassen (Gesuch Rz. 146). 4 HUBER (Fn. 2), Art. 261 N. 25. 5 BGE 130 III 321 E. 3.3; BÜHLER, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Tagungsband HAVE, Der Haftpflichtprozess, Tücken der gerichtlichen Schanderledigung, 2006, S. 43; HUBER (Fn. 2), Art. 261 N. 25.

- 10 -

E. 4.1.1.2

Gesuchsgegnerin Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin 1, in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht, da diese keine LINDOR-Kugeln herstelle und auch nicht vertreibe (Schutzschrift Rz. 42). Die Gesuchstellerin 1 sei direkt nicht in eigenen wirtschaftlichen Interessen verletzt (Antwort Rz. 77). Hinsichtlich der lauterkeitsrechtlichen Aktivlegitimation von Gesuchstellerin 2 bringt die Gesuchsgegnerin vor, dass die Exklusivlizenz der Gesuchstellerin 2 nicht glaubhaft gemacht wurde und sie entsprechend

nicht aktiv- legitimiert sei (Antwort Rz. 78). Gegen den Tatbestand der unlauteren Anlehnung bzw. Rufausbeutung bringt die Gesuchsgegnerin vor, eine Anlehnung an die LINDOR-Kugeln scheidet bereits wegen des prominent angebrachten Moser Roth-Logos aus. Hiergegen spreche auch, dass sich das besagte Logo seit Jahren am Markt etabliert habe, kein "Fake-Logo" sei und das verwendete Logo auch grafisch nicht ähnlich wie das Lindt bzw. Lindor-Logo gestaltet wurde (Antwort Rz. 146; Schutzschrift Rz. 55). Auch im Maltesers/Kit Kat-Entscheid sei für die Verneinung der unnötigen Anlehnung mitentscheidend gewesen, dass die Beklagte ihr eigenes Logo gut sichtbar auf der Verpackung anbrachte (Antwort Rz. 146). Zudem müsse die Wicklerform mit einer farbigen Kugel und durchsichtigen Enden, unabhängig vom verwendeten Material, dem Verkehr freigehalten werden. Sowohl die Grundfarben Rot und Blau als auch Gold seien für Schokoladenkugeln weit verbreitet. Letztere Farbe vermittele gemeinhin und insbesondere in der Festtagszeit Wertigkeit und Qualität. Der Glanz des Schokoladenpapiers sei weit verbreitet, sei auf die verwendete Folie zurückzuführen und vorliegend sogar andersartig (Schutzschrift Rz. 15, 51 und 56; vgl. auch Antwort Rz. 54). Schliesslich seien die weihnachtlichen Verzierungen der Moser Roth-Kugeln rein dekorativ bedingt, die ähnliche Grösse der Kugeln liesse sich auf das Bedürfnis nach Abpackung mündgerechter Stücke zurückführen. Folglich bestünden für sämtliche übereinstimmenden Merkmale sachliche Gründe (Schutzschrift Rz. 56). Zu den von den Gesuchstellerinnen 1 und 2 eingereichten Zuordnungsumfragen (GB 28 und 29) bringt die Gesuchsgegnerin vor, die Umfragen seien in der Fragestellung suggestiv und infolge der absolut freihaltebedürftigen Elemente (Grundform bestehend aus einem Wickler, einer roten bzw. blauen Kugel und transparenten Wickel-Enden) nicht aussagekräftig, da sie insofern irrelevanten Zuordnungen Rechnung tragen (Antwort Rz. 68 und 110). Darüber hinaus seien die Antworten zusammeninterpretiert, da gewisse Antworten anscheinend mehrmals gezählt worden seien (Antwort Rz. 70). Die Gesuchsgegnerin vertritt zudem den Standpunkt, eine Assoziationsgefahr i.S.v. "Ersatz für" oder "gleich gut wie" falle ausser Betracht, weil die - 11 - Produkte hinsichtlich deren Geschmacksrichtung und Konsistenz gänzlich unterschiedlich seien (Antwort Rz. 111). Schliesslich seien diejenigen Fälle, welche eine "post sale" confusion berücksichtigen mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Dies sei darauf zurückzuführen, dass die Moser Roth-Kugeln zuhause immer in der (Sekundär-)Verpackung mit gut sichtbarer Hausmarke "Moser Roth" gelagert werden würden. Diese verschwinde erst beim Öffnen des Wicklers (Antwort Rz. 114). Die Moser Roth-Kugeln würden letztlich auch in der Werbung nicht in unverpackter Form abgebildet (Antwort Rz. 114).

E. 4.1.2

Rechtliches Unlauter handelt, wer seine Waren in unnötig anlehnender Weise mit den Waren eines anderen vergleicht (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.⁶ Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG ist der Vergleich im Rahmen der Werbung, wobei sowohl der Vergleich wie auch die Werbung weit zu verstehen sind. Mithin kommt es nicht auf spezifische Werbemassnahmen, sondern bloss auf die Veröffentlichung an. Der Vergleich kann sodann auch durch Anlehnung an Konkurrenzprodukte erfolgen, wobei nicht im eigentlichen Sinne Fakten verglichen werden, sondern dargelegt wird, dass das eigene Produkt so gut sei, wie ein anderes.⁷ Es geht um die Koppelung der eigenen mit der fremden Ware, um

dessen Bekanntheit auszunutzen (sog. Rufausbeutung).⁸ Das Bundesgericht hielt fest,⁹ dass "wer mit seinem Werbeauftritt im Ergebnis den guten Ruf von unter einem anderen Zeichen bekannten Waren auf seine eigenen überträgt" unlauter handle. Es ist daher davon auszugehen, dass das Bundesgericht einen "guten Ruf" als Tatbestandsmerkmal der Rufausbeutung bzw. der unnötigen Anlehnung voraussetzt.¹⁰ Der vorausgesetzte Vergleich kann auch konkludent, implizit durch Werbe- oder Marketingmassnahmen erfolgen.¹¹ Darunter fällt etwa die Etikette einer 6 SHK UWG-OETIKER/SINGH, 3. Aufl. 2023, Art. 3 lit. e N. 4; STAUBER/ISKIC, in: Heizmann/Loacker, Kommentar zum UWG, 2018, Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 5.

E. 4.1.3

Würdigung

E. 4.1.3.1

Aktiv- und Passivlegitimation Die Gesuchstellerin 2 vertreibt die LINDOR-Kugeln in der Schweiz exklusiv (Gesuch Rz. 70; GB 8). Damit ist sie im hier interessierenden Marktsegment unmittelbar aktiv und kann bezüglich des Verkaufs der LINDOR-Kugeln eigene wirtschaftliche Interessen geltend machen. Mit dem Verkauf von Moser Roth-Kugeln steht die Gesuchsgegnerin in direkter Konkurrenz zur Gesuchstellerin 2. Ihre Aktivlegitimation ist ohne Weiteres zu bejahen. Als Schweizer Muttergesellschaft der Gesuchstellerin 2 ist die Gesuchstellerin 1 durch die behaupteten Verletzungshandlungen der Gesuchsgegnerin in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit betroffen, so dass ihre Aktivlegitimation ebenfalls zu bejahen ist. Umgekehrt droht die Gesuchsgegnerin gemäss den Ausführungen der Gesuchstellerinnen 1 und 2 die Tatbestandsmerkmale von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG zu erfüllen. Diesfalls würde der Wettbewerb im Segment der Schokoladenkugeln gestört, so dass die Passivlegitimation der Gesuchsgegnerin gegeben ist.

E. 4.1.3.2

Guter Ruf Die schweizweite grosse Bekanntheit der roten und blauen LINDOR-Kugeln ist gerichtsnotorisch, von der Gesuchstellerin 2 genügsam glaubhaft gemacht (Gesuch Rz. 22–38, GB 9, 17 und 23) und es ist somit von einem guten Ruf der roten und blauen LINDOR-Kugeln auszugehen.

E. 4.1.3.3

Unnötige Anlehnung bzw. Ausbeutung 4.1.3.3.1. Analyse Ausstattungen der LINDOR und Moser Roth-Kugeln Um zu beurteilen, ob die Gesuchsgegnerin den guten Ruf der roten und blauen LINDOR-Kugeln ausbeutet, sind die Ausstattungen der LINDOR und Moser Roth-Kugeln jeweils im Einzelnen zu analysieren, damit in der Folge beurteilt werden kann, ob im Gesamteindruck eine unnötige Anlehnung durch die Moser Roth-Kugeln vorliegt. Da die Parteien keine Exempel zum Augenschein vorlegten und im vorliegenden Verfahren die

E. 4.2

Markenrechtliche und weitere lauterkeitsrechtliche Ansprüche Da bereits ein lauterkeitsrechtlicher Verfügungsanspruch der Gesuchstellerinnen 1 und 2 gegeben ist, erübrigt sich die Prüfung der vorgebrachten markenrechtlichen Ansprüche sowie von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG. 5. Nachteilsprognose

E. 5

Mit Gesuch vom 10. Dezember 2024 (persönlich überbracht: 10. Dezember 2024) stellten die Gesuchstellerinnen 1 und 2 beim Handelsgericht des Kantons Aargau folgende Rechtsbegehren:

- 6 - Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Gesuchsgegnerin verletze mit ihren derzeit als "Weihnachts-Edition" unter der Bezeichnung "Schokokugeln" bzw. "feine Schokoladenkugeln" angebotenen Produkten die Rechte der Marke Nr. CH 528 476 sowie der berühmten Marke Nr. CH 528 476. Weiter würde eine lauterkeitsrechtliche Verwechslungsgefahr gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG sowie eine unnötige Anlehnung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG vorliegen.

E. 5.1

Die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 6'000.00 werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.

E. 5.1.1

Gesuchstellerinnen 1 und 2 Die Gesuchstellerinnen 1 und 2 bringen vor, wegen der Dauer eines ordentlichen Verfahrens von bis zu zwei Jahren in erster Instanz bestehe die reale Gefahr, dass die Ausstattung der LINDOR-Kugeln in nicht wiedergutzumachender Weise verwässert werden (Gesuch Rz. 152).

E. 5.1.2

Gesuchsgegnerin Zufolge der Gesuchsgegnerin drohe der Gesuchstellerin 2 kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ohne Erlass einer vorsorglichen Massnahme. Die beanstandeten Schokoladenkugeln würden seit vielen Jahren (seit 2016, vgl. Antwort Rz. 52; Antwortbeilage 29) in der im Wesentlichen gleichen Aufmachung wie heute in der Schweiz vertrieben. Es sei schlicht nicht vorstellbar, dass dieser Gebrauch den Gesuchstellerinnen 1 und 2 nicht schon längstens (bzw. seit weniger als ein bis zwei Jahren) bekannt sei. Dies sei auch dadurch begründet, dass die Gesuchstellerin (recte: Gesuchstellerinnen 1 und 2) in Deutschland vor über dreieinhalb Jahren wegen dieser Ausstattung erfolglos ein Verfahren gegen die Moser Roth-Kugeln führte. Spätestens dann werden die Gesuchstellerinnen 1 und 2 sich auch auf dem Schweizer Heimatmarkt umgesehen haben (Antwort Rz. 149, vgl. auch Antwort Rz. 48 f. und 58 f.; Antwortbeilage 28). Da sich die Gesuchstellerin 2 bislang nicht daran störte, erlitt sie dadurch offensichtlich auch keine Nachteile. Andernfalls wäre sie bereits früher aktiv geworden (Schutzschrift Rz. 58). Ausserdem liege auch keine Verwässerungsgefahr vor, da die streitgegenständlichen Kugelverpackungen nicht einzeln, sondern nur in Beutelverpackungen verkauft, angeboten und beworben werden (Antwort Rz. 151).

E. 5.2

Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, den Gesuchstellerinnen 1 und 2 eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 6'660.00 (inkl. Auslagen) zu bezahlen.

E. 5.3

Eine abweichende Verteilung der in Ziff. 5.1 und 5.2 vorstehend verlegten Gerichts- und Parteikosten in einem allfälligen Hauptprozess bleibt vorbehalten, falls dieser vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau geführt wird. Zustellung an: – die Gesuchstellerinnen 1 und 2 (Vertreter; dreifach mit Einzahlungsschein und Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 13. Dezember 2024. Vorab per E-Mail: peter.scharmm@mll-legal.com und andrea.schaeffler@mll-legal.com) – die

Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach mit Einzahlungsschein und Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 13. Dezember 2024. Vorab per E-Mail: manuel.bigler@walderwyss.com und roger.staub@walder-wyss.com) Mitteilung an: – die Obergerichtskasse 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

- 31 - 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, 14. Dezember 2024 Handelsgericht des Kantons Aargau 2. Kammer
Der Präsident:
Der Gerichtsschreiber: Vetter Wendt

E. 6

Weitere Beweisvorkehren bleiben ausdrücklich vorbehalten.

E. 6.1

Parteibehauptungen

E. 6.1.1

Gesuchstellerinnen 1 und 2 Die Gesuchstellerinnen 1 und 2 behaupten, die besondere Dringlichkeit sei im vorliegenden Fall durch den unmittelbar bevorstehenden "Peak" des Weihnachtsgeschäfts in den kommenden 14 Tagen vor dem 24. Dezember gegeben. Das Anbieten der Aldi-Kopien zu diesem Zeitpunkt als Weihnachtsedition sei somit in besonderem Masse geeignet, zur Verwässerung der LINDOR-Originale beizutragen und müsse daher schnellstmöglich gestoppt werden. Würde die Gesuchsgegnerin jetzt nicht unmittelbar gestoppt, würde sie sich ermutigt fühlen, auch im nächsten Jahr an Weihnachten die gleichen rechtsverletzenden Produkte wieder anzubieten. Zudem wäre ein Hauptsacheverfahren auch bis zur nächsten Weihnachtssaison nicht entschieden (Gesuch Rz. 153 ff.).

E. 6.1.2

Gesuchsgegnerin Die Gesuchsgegnerin bringt in ihrer Schutzschrift vom 6. Dezember 2024 vor, die beanstandeten Moser Roth-Kugeln würden seit Jahren in der Schweiz vertrieben. Ein ordentliches Verfahren hätte längst abgeschlossen werden können (Antwort Rz. 155). Die neuste Edition der Produktlinie "Feine Schokoladenkugeln" werde seit über drei Monaten in den Filialen der Gesuchsgegnerin verkauft und seither nicht weniger als drei Mal in deren wöchentlichen Prospekt beworben. Es müsse daher von ausgegangen werden, dass die Gesuchstellerinnen 1 und 2 seit geraumer Zeit Kenntnis

E. 6.2

Rechtliches Obwohl im Gesetz nicht vorgesehen, setzt die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme Dringlichkeit voraus.⁴² Sie ist darin begründet, dass der vorsorgliche

Rechtsschutz bezweckt, den Eintritt von Nachteilen zu verhindern, welche im Zeitraum zwischen der Klageanhebung und der Rechtskraft des Hauptsacheentscheids zu entstehen drohen. Kann der Eintritt der drohenden Nachteile auch durch ein ordentliches Urteil verhindert werden, liegt keine Dringlichkeit und damit kein Grund für eine vorsorgliche Massnahme vor.⁴³ Die Dringlichkeit bemisst sich somit an dem vom Gesuchsteller geltend gemachten primären Realerfüllungsanspruch.⁴⁴ Wartet der Gesuchsteller mit dem vorsorglichen Massnahmebegehren zu lange zu, kann er seinen Anspruch darauf verwirken.⁴⁵ Grundsätzlich geht der Anspruch auf Anordnung einer vorsorglichen Massnahme aber nicht durch Zeitablauf unter.⁴⁶ Eine Verwirkung des Anspruchs auf Erlass vorsorglicher Massnahmen infolge Zeitablaufs bemisst sich folglich nicht an einer abstrakten Zeitspanne, sondern ausschliesslich an der voraussichtlichen Dauer des Hauptprozesses.⁴⁷ Die Verwirkung infolge Zeitablaufs setzt ein ungebührlich langes und damit rechtsmissbräuchliches Zuwarten voraus.⁴⁸ Es bedürfte schon jahrelanger Untätigkeit, bis einem Gesuchsteller Rechtsmissbrauch infolge Zeitablaufs vorgeworfen werden kann, so dass auf sein Massnahmegesuch nicht einzutreten wäre.⁴⁹ An die Glaubhaftmachung der zeitlichen Dringlichkeit sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Grundsätzlich ist die Dringlichkeit immer dann gegeben, wenn ein ordentlicher Prozess deutlich länger dauern würde als das Massnahmeverfahren.⁵⁰

E. 6.3

Würdigung Den Ausführungen der Gesuchstellerinnen 1 und 2 kann gefolgt werden. Ein Hauptverfahren in der vorliegenden Streitsache dauert ohne Weiteres ein bis zwei Jahre, so auch für die Weihnachtssaison 2026 kein rechtskräftiger Entscheid vorliegend dürfte. Daher konnte das ca. dreimonatige Zuwarten der Gesuchstellerinnen 1 und 2 zu keiner Verwirkung ihres Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz geführt haben. Die zeitliche Dringlichkeit ist daher zu bejahen.

E. 7

SHK UWG-OETIKER/SINGH (Fn. 6), Art. 3 lit. e N. 11 ff.; BSK UWG-SCHMID, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 30 f.; STAUBER/ISKIC (Fn. 6), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 7 je m.w.N.

E. 7.1

Parteibehauptungen

E. 7.1.1

Gesuchstellerinnen 1 und 2 Nach Ansicht der Gesuchstellerinnen 1 und 2 verkaufe die Gesuchsgegnerin ein breites Sortiment von Weihnachtsprodukten, die vom geforderten Verbot gemäss Rechtsbegehren 1 nicht betroffen seien. Das Verbot treffe die Gesuchsgegnerin ungleich weniger hart als die unterlassene Anordnung eines Verbots die Gesuchstellerinnen 1 und 2 treffe, da diese ausschliesslich Schokoladenprodukte herstelle, das Weihnachtsgeschäft das wichtigste Geschäft des Jahres sei und die rote LINDOR-Kugel schliesslich der grösste Umsatzbringer sei (Gesuch Rz. 159).

E. 7.1.2

Gesuchsgegnerin Da die Gesuchsgegnerin 2 den Vertrieb der Festtagsproduktlinie der Moser Roth-Kugeln seit Jahren dulde, würden ihr durch den aktuellen Vertrieb keine Nachteile erwachsen. Demgegenüber würde ein Vertriebsverbot das Festtagsgeschäft der Gesuchsgegnerin zunichte machen. Das Vertriebsverbot sei damit unverhältnismässig (Schutzschrift Rz. 60).

E. 7.2

Rechtliches Da vorsorgliche Massnahmen in die Rechtslage der Gegenpartei oder Dritter⁵¹ eingreifen, müssen sie verhältnismässig sein.⁵² Damit muss die vorsorgliche Massnahme geeignet, erforderlich und zumutbar sein. Die angeordnete Massnahme darf sachlich und zeitlich nicht weiter gehen, als zum vorläufigen Schutz des glaubhaft gemachten Anspruchs erforderlich ist.⁵³ Je dringlicher das Anliegen der gesuchstellenden Partei erscheint, umso eher rechtfertigt sich eine vorsorgliche Massnahme.⁵⁴ Höhere Anforderungen sind an vorsorgliche Massnahmen zu stellen, die auf vorläufige Vollstreckung lauten und einen besonders schweren Eingriff in die Rechte darstellen.⁵⁵

E. 7.3

Würdigung Angesichts der bejahten Hauptsachenprognose sowie der drohenden Nachteile bei einer fortgesetzten unnötigen Anlehnung und Rufausbeutung haben die Gesuchstellerinnen 1 und ein grosses Interesse, dass das Handelsgericht ein vorsorgliches Verbot im Sinne des beantragten Rechtsbehrens gegenüber der Gesuchsgegnerin ausspricht. Zudem ist zu 51 Vgl. hierzu ZR 111/2012 Nr. 61 S. 172 ff. E. 8; ZR 111/2012 Nr. 67 S. 189 ff. E. 5. 52 HUBER (Fn. 2), Art. 261 N. 23; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 2), Art. 261 N. 10 und 112 f.; STAEHELIN (Fn. 31), § 22 N. 12. 53 BOTSCHAFT vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, S. 7354; HUBER (Fn. 2), Art. 261 N. 23 m.w.N. 54 HUBER (Fn. 2), Art. 261 N. 23; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 2), Art. 262 N. 47; STAEHELIN (Fn. 31), § 22 N. 12. 55 ZÜRCHER (Fn. 2), Art. 261 N. 33; SHK ZPO-TREIS (Fn. 40), Art. 261 N. 19.

- 25 - berücksichtigen, dass die Gesuchsgegnerin zahlreiche weitere Weihnachtsartikel im Sortiment anbietet und daher ihren Kunden weiterhin eine grosse Auswahl an Schokoladenartikeln auch zur Weihnachtszeit anbieten kann. 8. Zwischenfazit Sämtliche Voraussetzungen zum Erlass des geforderten Verbots i.S.v. Art. 262 lit. a ZPO sind erfüllt. 9. Vollstreckungsmassnahmen Die Gesuchstellerinnen 1 und 2 beantragen, das Verbot mit der Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe der Gesuchsgegnerin im Falle der Zuwiderhandlung nach Art. 292 StGB (Busse bis Fr. 10'000.00) zu verbinden sowie eine Ordnungsbusse in Höhe von Fr. 1'000.00 für jeden Tag der Nichterfüllung, mindestens aber Fr. 5'000.00, des Unterlassungsverbots anzudrohen. Das Gericht, das eine vorsorgliche Massnahme anordnet, trifft gemäss Art. 267 ZPO auch die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen.⁵⁶ Im Rahmen der Anordnung superprovisorischer Massnahmen hat das Gericht eine umfassende Verhältnismässigkeitsprüfung der von der Gesuchstellerinnen 1 und 2 beantragten Vollstreckungsmassnahmen von Amtes wegen vorzunehmen.⁵⁷ Eine offensichtliche Unverhältnismässigkeit der beantragten Vollstreckungsmassnahmen ist mit Ausnahme der beantragten Ordnungsbusse gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO gegen die Organe der Gesuchsgegnerin nicht ersichtlich. Auch die von der Gesuchstellerinnen 1 und 2 beantragte Kombination von Vollstreckungsmassnahmen ist zulässig.⁵⁸ Jedoch ist zu berücksichtigen, dass Ordnungsbussen gemäss Bundesgericht anhand des "objektiven Ausmasses der Zuwiderhandlung" auszufallen sind.⁵⁹ 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.⁶⁰ Auf den Mindestbetrag von Fr. 5'000.00 ist daher zu verzichten. 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. 56 SCHNEUWLY/VETTER, Die Realvollstreckung handelsgerichtlicher Entscheide, in: Jusletter 5. September 2016, Rz. 17. 57 SCHNEUWLY/VETTER (Fn. 56), Rz. 33. 58 SCHNEUWLY/VETTER (Fn. 56), Rz. 34 ff. m.w.N. 59 BGE 142 III 587 E. 6.2. 60 SCHNEUWLY/VETTER (Fn. 56), Rz. 29.

- 26 - 10. Sicherheitsleistung der Gesuchstellerinnen 1 und 2

E. 7.4

Die nachfolgenden Vergleichsgespräche endeten ergebnislos. Der Präsident zieht in Erwägung: 1. Zuständigkeit Betreffend die örtliche und sachliche Zuständigkeit wird auf die Erwägung 1 der Verfügung vom 11. Dezember 2024 verwiesen. 2. Rechtsschutzinteresse Vorliegend handelt es sich um ein Gesuch um Beseitigungsansprüche, so- dass weder eine Erstbegehungs- noch eine Wiederholungsgefahr erforder- lich ist.¹ 3. Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass: (a.) ein ihr zustehender An- spruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist; und (b.) ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Leistet die Gegenpartei angemessene Sicherheit, so kann das Gericht von vorsorglichen Massnahmen absehen (Art. 261 Abs. 2 ZPO). Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen sind folglich (a) die Verletzung oder Gefährdung eines materiellen An- spruchs (sog. Hauptsachenprognose bzw. Verfügungsanspruch; nachfol- gend E. 4), b) der Umstand, dass die drohende Verletzung des zu schüt- zenden Rechts einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hat (sog. Nachteilsprognose bzw. Verfügungsgrund; nachfolgend E. 5) sowie c) die zeitliche Dringlichkeit (nachfolgend E. 6).² Schliesslich hat die anzuordnende vorsorgliche Massnahme verhältnismässig zu sein (nachfolgend E. 7).³ Das Vorliegen der den Erlass vorsorglicher 1 VETTER, in: Weinmann/Münch/Herren (Hrsg.), Schweizer IP-Handbuch, 2. Aufl. 2021, § 50 N. 6. 2 Vgl. hierzu HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizeri- schen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 261 N. 17 ff. und Art. 265 N. 7 ff.; BSK ZPO-SPRE- CHER, 4. Aufl. 2024, Art. 261 N. 10 ff. und Art. 265 N. 6 ff.; ZÜRCHER, in: Brunner/Gasser/Schwan- der (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 261 N. 5 ff. je m.w.N. 3 Vgl. HUBER (Fn. 2), Art. 261 N. 23; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 2), Art. 261 N. 10 ff.; ZÜRCHER (Fn. 2), Art. 261 N. 33 ff.

- 9 - Massnahmen begründenden Tatsachen muss die gesuchstellende Partei glaubhaft machen.⁴ Glaubhaft gemacht ist eine Behauptung, wenn der Richter von ihrer Wahrheit nicht völlig überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind. Für das Vorhanden- sein der behaupteten Tatsache müssen folglich gewisse Elemente spre- chen, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sich diese nicht verwirklicht haben könnten.⁵ 4. Hauptsachenprognose

E. 8

SHK UWG-OETIKER/SINGH (Fn. 6), Art. 3 lit. e N. 36; BSK UWG-SCHMID (Fn. 7), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 86 und 89.

E. 9

BGE 135 III 446 E. 7.

E. 10

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) publiziert in: sic! 2021, S. 37 ff.

E. 10.1

Parteibehauptungen

E. 10.1.1

Gesuchsgegnerin Die Gesuchsgegnerin führt an, bei den Moser Roth-Kugeln handle es sich um die seit vielen Jahren vertriebene Festtags-Produktlinie. Ein Vertriebsverbot würde sie schmerzlich treffen. Im neuen Jahr könnte sie die Produkte selbst bei Aufhebung des Verbots nicht mehr (Verbrauchsdatum: 1. April 2025) oder nur noch schwer absetzen. Dies hätte Gewinneinbussen zur Folge. Weiter sei ein Reputationsschaden zu berücksichtigen. Ingesamt sei mit einem Schaden von nicht weniger als Fr. 200'000 zu rechnen. Entsprechend wäre die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme mindestens von einer Sicherheitsleistung von Fr. 200'000 abhängig zu machen.

E. 10.1.2

Gesuchstellerinnen 1 und 2 Die Gesuchstellerinnen 1 und 2 nahmen zur beantragten Sicherheitsleistung nicht Stellung.

E. 10.2

Rechtliches Ist ein Schaden für die Gegenpartei zu befürchten, so kann das Gericht gemäss Art. 264 Abs. 1 ZPO die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit durch die gesuchstellende Partei abhängig machen. 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. 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. 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).

- 27 -

E. 10.3

Würdigung Die zu erlassende Massnahme beeinträchtigt den weihnachtlichen Umsatz und damit den Gewinn der Gesuchsgegnerin unmittelbar. Ein potentieller Schaden der Gesuchsgegnerin ist damit nicht ausgeschlossen. Zur Höhe von Fr. 200'000.00 der von der Gesuchsgegnerin beantragten Sicherheitsleistung äussern sich die Gesuchstellerinnen 1 und 2 nicht. Da ein potentieller Schaden der Gesuchsgegnerin in Höhe von Fr. 200'000.00 nicht

ausgeschlossen werden kann, ist die beantragte Sicherheitsleistung ermessensweise auf diesen Betrag festzulegen. 11. Prosequierungsfristen Den Gesuchstellerinnen ist gemäss Art. 263 ZPO eine Frist zur Anhebung der Klage im ordentlichen Verfahren anzusetzen und für den Säumnisfall das Dahinfallen der vorsorglichen Massnahmen anzudrohen. In Würdigung der Umstände rechtfertigt sich eine Prosekutionsfrist von rund drei Monaten, d.h. bis zum 13. März 2025. 12. Prozesskosten Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteient- schädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterlie- genden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unter- liegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da das Gesuch gutgeheissen wird, sind die Prozesskosten vollumfänglich der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen. Eine abweichende Verteilung der Prozesskosten in einem allfälligen Hauptpro- zess bleibt vorbehalten, falls dieser vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau geführt wird.

E. 11

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

- 12 - Getränkeflasche, da dieser Werbefunktion zukommt, 12 also auch die Aus- stattung. Unter den Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG fallen somit Verhaltens- weisen, mit denen sich Mitbewerber unnötig an die Leistungen eines Dritten anlehnen oder dessen Ruf ausbeuten. Die Rufausbeutung kann insbeson- dere 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. 13 Verdeckt ist die Rufausbeutung, wenn die Gestal- tung eines fremden Produkts übernommen und das eigene Produkt an die Merkmale der anderen Ware angenähert wird. 14 Einer lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsgefahr wie beim wettbewerbs- rechtlichen Kennzeichenschutz von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG bedarf es bei der hier unter Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG relevanten assoziativen "Verwechs- lungsgefahr" nicht. Sie liegt insbesondere dann vor, wenn die spätere Aus- stattung unmissverständlich eine Botschaft des Inhalts "Ersatz für" oder "gleich gut wie" das ältere Produkt vermittelt und auf diese Weise die Un- terscheidungsfunktion der Ausstattung stört. 15 Die Anforderungen an die Ähnlichkeit der Ausstattung sind damit bei der Schaffung einer Gedanken- assoziation geringer als bei der Verwechslungsgefahr. Allerdings genügt nicht schon jede noch so geringfügige Ähnlichkeit einer Ausstattung mit derjenigen eines Konkurrenten, 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 ei- nes 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 An- lehnung an eine Konkurrenzausstattung soll nur eindeutige Fälle unnötiger Anlehnungen erfassen, die nicht durch ein Informationsbedürfnis zu recht- fertigen sind. Gleichzeitig ist umso mehr eine Rufausbeutung durch Image- transfer anzunehmen, je ähnlicher sich die Ausstattungen nach ihrem Ge- samteindruck und je näher sich die Produkte sind. 16 Die Grenzlinie zwi- schen zulässiger und unzulässiger Anlehnung bzw. Rufausbeutung wird

E. 12

HGer ZH HE960020 vom 26. November 1996 E. G.d.bb, (auszugsweise) publiziert in: sic! 1999, S. 581 ff.; SHK UWG-OETIKER/SINGH (Fn. 6), Art. 3 lit. e N. 14.

E. 12.1

Gerichtskosten Zu den Gerichtskosten gehört zunächst die Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO). Die Entscheidgebühr für das vorliegende summarische Verfahren wird ermessensweise auf Fr. 6'000.00 festgelegt (vgl. § 8 Ge- bührD) und wird der Gesuchsgegnerin auferlegt.

E. 12.2

Parteientschädigung Gemäss § 3 Abs. 2 Satz 2 AnwT beträgt die Grundentschädigung in den übrigen summarischen Verfahren sowie in einfachen Gesuchsachen 25– 100 % der Ansätze gemäss § 3 Abs. 1 AnwT. Durch die Grundentschädi- gung sind abgegolten: Instruktion, Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, Korrespondenz und Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung (§ 6 Abs. 1 AnwT). Im vor- liegenden Verfahren wurde eine Rechtsschrift (Gesuch vom 10. Dezember 2024) eingereicht und es wurde eine Instruktionsverhandlung durchgeführt. Demgemäss entspricht die Parteientschädigung der Grundentschädigung unter Berücksichtigung des Abschlags für ein Summarverfahren. Bei einem

- 28 - Streitwert von Fr. 100'000.00 beträgt die Grundentschädigung nach § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 6 AnwT Fr. 12'930.00. Davon ist der Summarabzug von

E. 13

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. 14

HGer SG vom 6. Januar 2009 E. 3e, publiziert in: GVP 2009, S. 139 f.; BSK UWG-SCHMID (Fn. 7), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 94 und 105 je m.w.N.

E. 15

Vgl. etwa BGE 135 III 446 E. 7.1; 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. 6), Art. 3 lit. e N. 40.

E. 16

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. 6), Art. 3 lit. e N. 36 und 39; BSK UWG-SCHMID (Fn. 7), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 86, 89 und 109; STAUBER/ISKIC (Fn. 6), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 37 je m.w.N.

- 13 - auch von der Zumutbarkeit eines weiteren Abstands beeinflusst.¹⁷ "Unnötig ist eine Anlehnung, wenn sie ohne sachlichen Rechtfertigungsgrund erfolgt oder das zur Information erforderliche Mass überschreitet."¹⁸ Verdeckte An- lehnungen werden teilweise als generell unnötig bezeichnet, ausser es werden bloss einzelne Elemente übernommen, deren Übernahme sachlich gerechtfertigt ist, weil objektive Gründe bestehen.¹⁹ Je mehr das Bezugs- produkt als eigentliches "Zugpferd" verwendet wird, desto eher ist die An- lehnung als unnötig zu qualifizieren.²⁰

E. 17

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

E. 18

STAUBER/ISKIC (Fn. 6), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 56.

E. 19

STAUBER/ISKIC (Fn. 6), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 59.

E. 20

STAUBER/ISKIC (Fn. 6), Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 60

- 14 - Verhandlungsmaxime zur Anwendung gelangt, sind die Ausstattungselemente aufgrund der eingereichten Abbildungen zu beurteilen: Die Ausstattung der roten und blauen LINDOR-Kugeln (Gesuch Rz. 22 und 47; GB 14): - Die LINDOR-Kugeln haben eine mundgerechte kugelige Form und Grösse. - Sie werden in einen Wrapper aus Plastik-Folie eingedreht und verpackt. Der Wrapper ist im Korpus in metallischem, glänzenden eher dunkleren Rot- bzw. Blautönen. - Die durch die Eindrehung erzeugten Flügel an den Rändern der Kugel 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 Symbol bedruckt. Unter einem zum Schriftbild bezogen horizontal verlaufenden, goldenen Trennstrich folgt in silbrig, weisser Farbe das Wort "LINDOR". Die Ausstattung der roten und blauen Moser Roth-Kugeln (Schutzschrift Rz. 13; SB 9): - Die Moser Roth-Kugeln haben eine mundgerechte kugelige Form und Grösse. - Sie werden in einen Wrapper aus Plastik-Folie eingedreht und primär verpackt. - Der Wrapper ist im Korpus in metallischem, glänzenden eher dunkleren Rot- bzw. Blautönen. - Die durch Eindrehung erzeugten Flügel an den Rändern der Kugel sind transparent und mit weihnachtlichen, goldenen, sternförmigen Verzierungen (Blau) und weihnachtlichen Mistelzweigen (Rot) bedruckt. - Die Moser Roth-Kugeln sind zentral mit goldenem Schriftzug mit "MOSER ROTH" bedruckt. Die "MOSER ROTH" Kennzeichnung ist von unten durch einen horizontalen, goldenen Strich und von oben durch das goldene Moser Roth Logo (Bergpanorama vor goldenem Hintergrund) begrenzt. Die gesamte Beschriftung wird in einem goldenen Kreis abgebildet, der wiederum noch etwas dunkler (rot bzw. blau) gefärbt ist.

- 15 - - Der Wrapper ist zusätzlich mit der Geschmackrichtung in goldener Schrift und Grossbuchstaben gekennzeichnet (Rot: NUSS, MANDEL; Blau: KNUSPER, NOUGAT). - Die Moser Roth-Kugeln werden ausschliesslich jeweils in einem Plastikbeutel als Sekundärverpackung verkauft. Die Sekundärverpackungen weisen jeweils ein transparentes und rundes Sichtfenster auf, durch das ca. drei oder vier der darin enthaltenen Kugeln gut bis sehr gut erkennbar sind. 4.1.3.3.2. Würdigung der unnötigen Anlehnung Die Gesuchsgegnerin vertritt unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung²¹ den Standpunkt, eine Übereinstimmung in gemeinfreien Elementen führe zu keinen relevanten Gedankenassoziationen (Schutzschrift Rz. 54; vgl. zur Verwechslungsgefahr auch Antwort Rz. 96). Damit nimmt sie auf die zum Markenrecht ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung Bezug, nach der die Grundform bestehend aus einem Wickler, einer roten bzw. blauen Kugel und transparenten Enden absolut

E. 21

BGer 4A_166/2024 vom 17. September 2024 E. 4.4.2.

- 16 - freihaltebedürftig sei (Schutzschrift Rz. 30 und 38).²² Zur Assoziationsfähigkeit der LINDOR-Kugeln äussert sie sich weitergehend indessen nicht. Mit ihren Ausführungen verkennt die Gesuchsgegnerin, dass für die Frage der Assoziationsgefahr der Gesamteindruck eines Produkts im tatsächlichen Gebrauch²³ bei einem Schweizer Durchschnittskonsumenten massgebend ist.²⁴ Im Kontext der Verwechslungsgefahr macht sie denn auch selbst hierauf aufmerksam (Schutzschrift Rz. 43). Die isolierte Betrachtung einzelner Elemente ist entsprechend nicht zielführend. Darüber hinaus vermögen auch einzelne gemeinfreie Elemente in Kombination einen unterscheidungskräftigen Gesamteindruck einer Ausstattung erzeugen.²⁵ Schliesslich ist die angeführte bundesgerichtliche markenrechtliche Rechtsprechung für die vorliegende lauterkeitsrechtliche Thematik auch nicht einschlägig. So lässt sich ihr namentlich nicht entnehmen, ob die konkrete und stets unter dem Blickwinkel des Gesamteindrucks erzeugte optische Gestalt von spezifisch kombinierten Wickler- und Flügelementen assoziationsfähig ist oder nicht. Bei einer Einzelbetrachtung der verschiedenen Ausstattungselemente der Moser Roth-Kugeln lassen sich zugegebenermassen verschiedene Unterschiede ausmachen. Die verwendeten Farbtöne der Moser Roth-Kugeln sind in der Tat leicht dunkler als diejenigen der LINDOR-Kugeln. Weiter unterscheiden sich die Kugeln auch in ihrem Glanz bzw. in der Stärke der Reflexion. Auch die transparenten Cellophan-Flügel der Kugeln sind mit verschiedenen, kleinen Elementen bedruckt. Selbstredend unterscheiden sich die Logos der Kugeln im Wortlaut, aber auch in der gesamten Aufmachung. Während sich der Verpackung der LINDOR-Kugeln die Geschmacksrichtung wörtlich nicht entnehmen lässt, wird diese auf den Moser Roth-Kugeln angegeben. Im Verbund betrachtet (sog. Gesamteindruck) verlieren die Unterschiede der einzelnen Ausstattungselemente an Gewicht. Demgegenüber treten die Gemeinsamkeiten der LINDOR und Moser Roth-Kugeln stärker hervor: Sowohl bei den LINDOR als auch bei den Moser Roth-Kugeln werden stark ähnlich rot/blau dunkel und metallisch glänzende Kugeln mit goldenem Schriftzug und transparenten Flügeln, die allesamt mit einem dezenten Muster versehen sind, kombiniert. Der aus dieser Kombination resultierende Gesamteindruck rückt die Moser Roth-Kugeln in erkennbare Nähe zu den LINDOR-Kugeln. Ersichtlich wird dies unter anderem aus dem Foto in Gesuch Rz. 47, auf dem die vier streitgegenständlichen Kugeln in gemischter Form präsentiert werden:

E. 22

BGer 4A_129/2007.

E. 23

DOBLER, Der lauterkeitsrechtliche Schutz von Produktausstattungen, Bern 2015, N. 153.

E. 24

Vgl. BGE 135 III 446 E. 6.5, 7.5; 116 II 365 E. 3a, 108 II 327 E. 4.

E. 25

Vgl. HGer BE HG 20 87 vom 31. Dezember 2020 E. 12.7.2; BGer 4A_166/2024 vom 17. September 2024 E. 4.4.2 (zur Publikation bestimmt) e contrario.

- 17 - Nicht von der Hand zu weisen sind überdies die von der Gesuchstellerinnen 1 und 2 eingereichten Ergebnisse der Zuordnungsumfragen vom 13. bis 21. November 2024. 1249 bzw. 1250 Personen wurden die roten bzw. die roten und blauen Moser Roth-Kugeln zusammen mit dem Schriftzug "MO-SER ROTH" vorgehalten. Ohne Suggestion dachte

ein nicht unwesentlicher Teil der Befragten (25 % bzw. 28 %) direkt an Lindt. Weitere 20 % bzw. 15 % spezifizierten die Moser Roth-Kugeln als Kopie von Lindt (Gesuch Rz. 55–63, GB 28 und 29). Damit ist zum einen genügend glaubhaft gemacht, dass die Kennzeichnungskraft der LINDOR-Kugeln ausreichend ist, um Bezugsprodukt von Assoziationen und einer Produkthanleitung zu sein. Zum anderen geht aus diesen Umfrageergebnissen glaubhaft hervor, dass die aktuelle Ausstattung der Moser Roth-Kugeln trotz unterschiedlicher Beschriftung direkte Assoziationen an die LINDOR-Kugeln in wesentlichem Umfang auslösen kann. Der empirische Befund deckt sich zudem auch mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die davon ausgeht, bei Lebensmitteln können nicht ohne Weiteres angenommen werden, der mit durchschnittlicher Aufmerksamkeit handelnde Käufer orientiere sich durch die Lektüre der Anschriften. Vielmehr würde er ihm bekannte Produkte nicht zuletzt anhand der Form und der Ausstattung wählen, ohne sich durch Konsultation einer Etikette zwingend zu vergewissern.²⁶ Für die objektiv erfolgte Anlehnung an die LINDOR-Kugeln bestehen entgegen der Gesuchsgegnerin keine sachlichen Gründe, d.h. sie ist sachlich nicht gerechtfertigt und daher unnötig: Entgegen der Auffassung der

E. 26

BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022 E. 8.4 (nicht publiziert in BGE 148 III 409).

- 18 - Gesuchsgegnerin (Schutzschrift Rz. 56), welche die sachlichen Funktionen der einzelnen Verpackungs-Elemente betont (Transparenz der Enden folge aus der verwendeten Cellophanfolie, die Grundfarben Rot und Blau seien weit verbreitet und damit nicht unnötig, Gold stehe gemeinhin für Qualität etc.), kommt es auch für das Kriterium des sachlichen Grunds darauf an, ob für die individuell gestaltete Verpackung als Inbegriff kombinierter Elemente in der Gesamtbetrachtung sachliche Gründe sprechen. Es ist zwar richtig, dass gewisse Farben wie namentlich Rot und Gold in der Weihnachtszeit im Schweizer Kulturkreis weite Verbreitung finden, sich einer gewissen Beliebtheit erfreuen und freihaltebedürftig sind. Dass die konkret gewählten, objektiv stark an die LINDOR-Kugeln angelehnten Verpackungen der Moser Roth-Kugeln sachlich notwendig wären, folgt aus den freien Farbtönen und einem saisonalen Bedürfnis jedoch noch nicht. Vielmehr geht aus den Ausführungen der Gesuchstellerinnen 1 und 2 glaubhaft hervor, dass auch bei Schokoladenkugeln im Wrapper mannigfaltige Gestaltungsoptionen gegeben wären, die sich deutlich stärker von den LINDOR-Kugeln abgrenzen würden (Gesuch Rz. 41; GB 24–26). Fraglich ist, ob die Gesuchsgegnerin zumutbare und geeignete Massnahmen ergriffen hat, um eine Assoziationsgefahr zu beseitigen oder zu verringern. Eine solche Massnahme könnte darin bestehen, dass die Gesuchsgegnerin ihre Moser Roth-Kugeln ausschliesslich gesammelt in einem Plastikbeutel (Sekundärverpackung) zum Verkauf anbietet (GB 6): Wie auf vorangehender Abbildung ersichtlich, bleiben die Moser Roth-Kugeln 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 an Ausstrahlungskraft und wohl auch an Wirkung verliert. Die

- 19 - Sekundärverpackung fügt durch eine übergeordnete eckige Form, weiteren Verzierungen und Schriftzügen (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. Unabhängig davon, ob die Sekundärverpackungen mit Sichtfenster als

Schutzmassnahme genügen, wäre sie nur dann geeignet, wenn allein der Kaufzeitpunkt für die Beurteilung der Assoziationsgefahr massgebend wäre. Gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Bestimmung einer Verwechslungsgefahr allein auf den Zeitpunkt des Warenkaufs abzustellen.²⁷ Als niederschwelligere Form der Verwechslungsgefahr hat dies für die Assoziationsgefahr ebenso zu gelten. Die Rechtsprechung ist indessen in der Lehre mit dem Argument auf Kritik gestossen, Fehlzurechnungen könnten auch ausserhalb des Kaufvorgangs den Kaufentscheid potenzieller Käufer beeinflussen. Dies treffe namentlich dann zu, wenn eine im Erwerbszeitpunkt verwendete Verpackung unmittelbar nach dem Kauf entfernt werde.²⁸ Auch zwei neuere Bundesgerichtsentscheide akzeptieren das Konstrukt einer sogenannten "post-sale"-confusion.²⁹ Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass die Moser Roth-Kugeln zeitnah nach deren Erwerb aus der Sekundärverpackung entfernt werden. Dies ist darauf zurückzuführen, dass es sich bei den Kugeln um zum Nahrungsmittelverzehr und Genuss bestimmte Produkte handelt. Darüber hinaus werden die fraglichen Moser Roth-Kugeln auch nur für einen begrenzten Zeitraum, der Weihnachtszeit, in der strittigen Ausstattung angeboten. Auch dieser Umstand legt eine zeitnahe Öffnung der Sekundärverpackung nahe. Die Gesuchstellerinnen 1 und 2 reichten überdies die Abbildung eines "Chlaus-Tellers" der Gesuchsgegnerin ein, auf dem anschaulich gezeigt wird, wie Schokoladenkugeln einzeln, und damit nicht in Beuteln verpackt, zusammen mit anderen Weihnachtsleckereien assortiert beworben werden (GB 34). Entsprechend ist das Anbieten der Moser Roth-Kugeln in einer Sekundärverpackung nicht als geeignete Schutzmassnahme vor einer unnötigen Anlehnung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG zu werten. Sobald Kunden die Sekundärverpackung öffnen, besteht eine Assoziationsgefahr hinsichtlich der LINDOR-Kugeln für zukünftige Käufe, sei es durch den Erwerber oder Dritte.

4.1.3.3. Zwischenfazit

Eine unnötige Anlehnung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG der Moser Roth-Kugeln an die LINDOR-Kugeln ist nach dem Gesagten glaubhaftgemacht.

E. 27

BGE 108 II 327 E. 4.

E. 28

Zum Ganzen DOBLER, (Fn. 23), N. 222 f.; siehe auch SHK MSchG-JOLLER, 2. Aufl. 2017, Art. 3 N. 66 ff. m.w.N.

E. 29

BGer 4C.361/2005 vom 22. Februar 2006 E. 3.9.2, 4C.169/2004 vom 8. September 2004 E. 2.3

- 20 -

E. 30

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

- 21 - tatsächlicher wie auch rechtlicher Art, materieller als auch immaterieller Natur.³¹ Auch bloss faktische Erschwernisse genügen.³² Ferner kann auch die drohende Zahlungsunfähigkeit eines Beklagten im Falle des Unterliegens im Prozess gegebenenfalls ein solcher Nachteil sein.³³ Ausreichend ist bereits die Gefährdung oder Verzögerung der Vollstreckung eines in erster Linie auf Realerfüllung gerichteten Anspruchs. Als Nachteil kommt insbesondere auch eine Beeinträchtigung in der Ausübung absoluter Rechte in

Betracht.³⁴ Der Nachteil muss grundsätzlich ein zukünftiger sein. Bei bereits eingetretenen Nachteilen können vorsorgliche Massnahmen nur dann Platz haben, wenn eine weitere Benachteiligung droht.³⁵ Weiter muss der Nachteil nicht leicht wieder gutzumachen sein. Dies ist dann nicht der Fall, wenn das Hauptsachenurteil abgewartet werden kann und dieses der gesuchstellenden Partei hinreichenden Rechtsschutz bietet.³⁶ 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 werden können, d.h. wenn ein rein ökonomischer Ausgleich keinen vollwertigen Ersatz begründet.³⁷ 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.³⁸ Rein finanzielle Nachteile sind hingegen regelmässig nicht schwer zu ersetzen.³⁹ Rein finanzielle Nachteile sind daher zusätzlich nur unter der Voraussetzung nicht leider wieder gutzumachen, wenn bei der Gegenpartei beispielsweise mangelnde Zahlungsfähigkeit zu befürchten respektive die Vollstreckung finanzieller Ansprüche zweifelhaft ist oder der Schaden später nur schwer nachgewiesen oder eingefordert werden könnte.⁴⁰

E. 31

HUBER (Fn. 2), Art. 261 N. 20 m.w.N.; BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 30), Art. 261 N. 34; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 2), Art. 261 N. 29; ZÜRCHER (Fn. 2), Art. 261 N. 25; STAEHELIN, in: Staeelin/Staehelin (Hrsg), Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2024, § 22 N. 10

E. 32

BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 30), Art. 261 N. 34.

E. 33

HUBER (Fn. 2), Art. 261 N. 20 m.w.N.; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 2), Art. 261 N. 28b.

E. 34

HUBER (Fn. 2), Art. 261 N. 20 m.w.N.; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 2), Art. 261 N. 28b.

E. 35

HUBER (Fn. 2), Art. 261 N. 21; BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 30), Art. 261 N. 35; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 2), Art. 261 N. 28a; STAEHELIN (Fn. 31), § 22 N. 10.

E. 36

BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 30), Art. 261 N. 36.

E. 37

HUBER (Fn. 2), Art. 261 N. 20 m.w.N.; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 2), Art. 261 N. 34; ZÜRCHER (Fn. 2), Art. 261 N. 29; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, in: Lauterkeitsrecht 2001, Art. 14 N. 22.

E. 38

Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 2), Art. 261 N. 34.

E. 39

BGer 5P.104/2005 vom 18. Juli 2005 E. 1.2. so wohl auch: HUBER (Fn. 2), Art. 261 N. 20.

E. 40

ZR 112/2013 Nr. 67 S. 243 E. 7; HGer ZH HE130180 vom 27. September 2013 E. 2.3.1 und 2.3.4; vgl. auch BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 2), Art. 261 N. 34; SHK ZPO-TREIS, 2010, Art. 261 N. 8; LEU- POLD, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, sic! 4/2000 S. 265-274, 270 f m.w.N.

- 22 -

E. 41

Vgl. zum Inhalt und den Voraussetzungen von Schadenersatzklagen im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht: DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, SIWR I/2, 3. Aufl. 2011, N. 378 ff. m.w.N.

- 23 - von den nun zu beanstandeten Produkten gehabt hätte. (Schutzschrift Rz. 61 ff.).

E. 42

HUBER (Fn. 2), Art. 261 N. 22; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 2), Art. 261 N. 39; ZÜRCHER (Fn. 2), Art. 261 N. 12; SHK ZPO-TREIS (Fn. 40), Art. 261 N. 10 je m.w.N.

E. 43

Vgl. hierzu: RÜETSCHI, Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf, sic! 2002, S. 417 m.w.N.

E. 44

HUBER (Fn. 2), Art. 261 N. 22.

E. 45

SHK ZPO-TREIS (Fn. 40), Art. 261 N. 12.

E. 46

BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 2), Art. 261 N. 41 m.w.N.

E. 47

Rüetschi (Fn. 43), S. 422.

E. 48

Zürcher (Fn. 2), Art. 261 N. 13; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 2), Art. 261 N. 42 ff.

E. 49

David/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI (Fn. 41), N. 622 m.w.N.

E. 50

% vorzunehmen (vgl. § 3 Abs. 2 AnwT), so dass nach der Hinzurechnung Auslagen von praxisgemäss 3 % (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 2 AnwT) eine Parteientschädigung in Höhe von gerundet Fr. 6'660.00 resultiert.

- 29 - Der Präsident erkennt: 1. Der Gesuchsgegnerin wird unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe mit Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung i.S.v. Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie einer Ordnungsbusse in Höhe von bis zu Fr. 1'000.00 für jeden Tag der Nichterfüllung vorsorglich verboten, Schokoladenwaren in den nachstehend abgebildeten Verpackungen anzubieten, zu bewerben, in Verkehr zu bringen, zu verkaufen oder durch Dritte anbieten, bewerben, in

Verkehr bringen oder verkaufen zu lassen: 2. Art. 292 StGB lautet: " Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

3. Den Gesuchstellerinnen 1 und 2 wird Frist bis zum 13. März 2025 angesetzt, um Klage im ordentlichen Verfahren anzuheben. Im Säumnisfall fallen die in vorstehender

Dispositiv-Ziff. 1 angeordneten vorsorglichen Massnahmen dahin. 4. Die

Gesuchstellerinnen 1 und 2 werden verpflichtet, zugunsten der Gesuchsgegnerin eine Sicherheitsleistung in Höhe von Fr. 200'000.00 bis zum

- 30 - 20. Dezember 2024 an die Obergerichtskasse zu bezahlen. Im Säumnisfall fallen die in vorstehender Dispositiv-Ziff. 1 angeordneten vorsorglichen Massnahmen dahin. 5.

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