

# **BGer 4A\_358/2011 vom 25. Oktober 2011**

Bundesgericht, 2011-10-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_358\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_358_2011)

FR: TF 4A\_358/2011 du 25 octobre 2011

IT: TF 4A\_358/2011 del 25 ottobre 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der angefochtene Entscheid betrifft eine Zivilsache ( Art. 72 BGG ) in einer Streitigkeit im Zusammenhang mit geistigem Eigentum, für welche das Bundesrecht eine einzige kantonale Instanz vorsieht ( Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO ), weshalb die Beschwerde unbesehen einer Streitwertgrenze zulässig ist ( Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG ). Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen vor Vorinstanz unterlegen ( Art. 76 BGG ) und die Beschwerdefrist ist gewahrt ( Art. 100 BGG ).

### **E. 1.1**

Wie die Beschwerdeführerin zutreffend erkennt, richtet sich die Beschwerde gegen einen Zwischenentscheid, da die umstrittene vorsorgliche Massnahme für die Dauer eines Hauptverfahrens beantragt wurde ( BGE 134 I 83 E. 3.1 S. 86 f.). Gegen selbständig eröffnete Zwischenentscheide, die weder die Zuständigkeit noch den Ausstand betreffen ( Art. 92 BGG ) ist - da vorliegend ein Endentscheid nicht herbeigeführt werden kann ( Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG ) - die Beschwerde nur zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ). In einem neueren amtlich publizierten Entscheid hat das Bundesgericht unter Verweis auf die konstante Praxis unter dem OG bemerkt, es liege auf der Hand, dass ein solcher Massnahmeentscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken und daher beim Bundesgericht mit Beschwerde angefochten werden kann ( BGE 134 I 83 E. 3.1 S. 87). In einem beiden Parteien bekannten Urteil, das nach der Einreichung der Beschwerde ergangen ist, wurde allerdings als fraglich bezeichnet, ob an diesem Verständnis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG , das für letztinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ohne Weiteres die Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht eröffnet, festgehalten werden kann. Es ist danach jedenfalls in Zukunft zu fordern, dass der Beschwerdeführer, der einen Massnahmeentscheid beim Bundesgericht anfight, in der Beschwerdebegründung wie allgemein erforderlich aufzeigt, inwiefern ihm im konkreten Fall ein nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur droht ( BGE 137 III 324 E. 1.1 mit Hinweisen). Da sich die Beschwerdeführerin vorliegend auf die Erwägung in BGE 134 I 83 verlassen durfte, ist die Voraussetzung von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG nach Treu und Glauben als erfüllt anzusehen.

### **E. 1.2**

Mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 98 BGG ). Die Verletzung von Grundrechten prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Das bedeutet, dass klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen

ist, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen ( BGE 134 I 83 E. 3.2 S. 88; 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 133 III 439 E. 3.2 S. 444 f.; je mit Hinweisen).

## **E. 2**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe das Willkürverbot ( Art. 9 BV ) verletzt mit der Feststellung, ihr Betriebskonzept werde durch die Verwendung des neuen Logo der Beschwerdegegnerin nicht tangiert und die Beschwerdegegnerin verkaufe nach wie vor ihr Bier.

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz legt im angefochtenen Entscheid dar, dass Brauerei und Restaurant nach dem Betriebskonzept der Beschwerdeführerin in den gleichen Räumen vereinigt sind und zum Konzept ein einheitlich gestaltetes Kennzeichen für die Brauerei, das Bier und das Restaurant gehört. Das Kennzeichen, das die Beschwerdegegnerin seit Mitte Dezember 2010 benützt, ist nach den Erwägungen der Vorinstanz dem von der Beschwerdeführerin benützten Zeichen so ähnlich, dass dadurch ihr Konzept nicht tangiert wird. Die Vorinstanz führt weiter aus, dass die Beschwerdegegnerin in den von der Beschwerdeführerin gemieteten Räumen nach wie vor das Bier der Beschwerdeführerin verkauft und diese wie bis anhin vom Umsatz des Restaurants profitiert, wobei nicht behauptet werde, dass sich deswegen der Umsatz vermindert hätte und daher auch nicht ersichtlich sei, inwiefern ein finanzieller Schaden drohe.

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin hält die Feststellung für offensichtlich falsch, dass ihr Betriebskonzept nicht tangiert werde und bringt in dieser Hinsicht vor, diese widerspreche der vorinstanzlichen Feststellung, dass ein einheitlich gestaltetes Kennzeichen zum Betriebskonzept gehöre. Der Schluss, dass ihr Konzept nicht tangiert werde, sei insbesondere unhaltbar, wenn berücksichtigt werde, dass das auf ihre Biermarke abgestimmte Kennzeichen während mehr als zehn Jahren von der Beschwerdegegnerin gebraucht worden sei und das Restaurant der Hauptabsatzkanal und die Hauptwerbepattform der Beschwerdeführerin bilde; unter diesen Umständen hätte die Vorinstanz gestützt auf die Feststellung, dass das neue Kennzeichen davon abweiche, zum Schluss gelangen müssen, dass ihr Betriebskonzept vereitelt werde. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die sich aus dem vereitelten Betriebskonzept ergebenden Nachteile seien nicht leicht wieder gutzumachende Schäden aus Betriebsstörung, Verminderung des Unternehmenswertes bzw. Verwässerung der Marke sowie ideelle Schäden aus Verlust ihres Rufs, konkret die Gefahr, dass ihre Biermarke nach der Dauer des ordentlichen Prozesses in Vergessenheit geraten werde.

Die Beschwerdeführerin erkennt mit diesen Vorbringen, dass die Vorinstanz das Betriebskonzept des einheitlichen Auftritts deswegen als nicht tangiert erachtete, weil das neue Kennzeichen der Beschwerdegegnerin dem früher benutzten verwechselbar ähnlich sei. Die Beschwerdeführerin rügt nicht, dass diese Feststellung unhaltbar sei. Es kann aber mit vertretbaren Gründen geschlossen werden, dass die Einheitlichkeit eines Auftritts nach aussen nicht in Frage gestellt wird, wenn verwechselbar ähnliche Zeichen verwendet werden.

### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin beanstandet sodann die Feststellung im angefochtenen Entscheid, wonach die Beschwerdegegnerin nach wie vor das von ihr gebraute Bier verkaufe. Sie bringt zur Begründung nicht vor, ihre Lieferungen seien eingestellt. Sie kritisiert insbesondere die Schlussfolgerung der Vorinstanz nicht, dass sie nach wie vor aus dem Bierumsatz im Restaurationsbetrieb der Beschwerdegegnerin finanziellen Nutzen ziehe. Sie hält für aktenwidrig und will im Hinblick auf den kennzeichenrechtlichen Streitgegenstand vielmehr ergänzt haben, dass die von ihr gebraute und von der Beschwerdegegnerin verkaufte Flüssigkeit in Flaschen abgefüllt, in Biergläsern ausgeschenkt und auf Bierdeckel gestellt werde, die mit dem Zeichen der Beschwerdegegnerin versehen sind.

Die Vorinstanz hat entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht verkannt, dass das von der Beschwerdegegnerin ihren Gästen verkaufte, von der Beschwerdeführerin gebraute Bier unter dem neuen, von der Beschwerdegegnerin abgewandelten Logo vertrieben wird. Sie hat diesen Umstand wie erwähnt nicht als wesentlich erachtet, weil sie das neu verwendete Kennzeichen als verwechselbar ähnlich qualifizierte. Sie hat den Anspruch der Beschwerdeführerin, dessen Verletzung sie glaubhaft machte, aus wettbewerbsrechtlicher und eventuell markenrechtlicher Verwechslungsgefahr hergeleitet. Dass die Beschwerdeführerin Anspruch darauf hätte, dass ihr die Beschwerdegegnerin für ihr Kennzeichen eine "Präsentationsplattform" biete, gegen deren Entzug sie sich wehren wolle, ergibt sich weder aus dem angefochtenen Entscheid noch finden sich dazu Ausführungen in der Beschwerde. Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdegegnerin noch immer den von der Beschwerdeführerin gebrauten Saft verkauft, ist als solche zutreffend und insofern nicht willkürlich. Die Vorinstanz hat auch durchaus festgestellt, und der Sachverhalt bedarf insofern keiner Ergänzung, dass die Beschwerdegegnerin dieses von der Beschwerdeführerin gebrauchte Bier unter ihrem neuen, dem alten verwechselbar ähnlichen Zeichen verkauft.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt als Verletzung des rechtlichen Gehörs, dass die Vorinstanz gewisse ihrer Vorbringen nicht berücksichtigt habe. Sie beanstandet namentlich, dass der behauptete "Identitäts-Schwindel" übergangen worden sei, dass sie mit ihrem behaupteten Vorwurf des "Rebranding" nicht gehört worden sei und dass ihre Behauptung nicht berücksichtigt wurde, wonach sich die Beschwerdegegnerin eine Konkurrenzmarke aufbauen wolle.

#### **E. 3.1**

Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistet der rechtsuchenden Person, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen ( BGE 135 V 465 E. 4.3.2 S. 469 ; 133 I 270 E. 3.1 S. 277; je mit Hinweisen).

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat nicht als glaubhaft gemacht erachtet, dass der Beschwerdeführerin durch das Verhalten der Beschwerdegegnerin zurzeit ein Ruf- oder Imageschaden erwachse, da nach wie vor das Originalprodukt der Beschwerdeführerin auf dem Markt sei, die Beschwerdeführerin zwar eine Marktverwirrung behauptete, diese jedoch nicht mit Urkunden glaubhaft mache. Insgesamt hielt sie nicht für glaubhaft gemacht, dass das verwechselbare

Zeichen der Beschwerdegegnerin die Marktstellung der Beschwerdeführerin im heutigen Zeitpunkt beeinträchtigt. Wie sich die Situation nach einer Beendigung des Mietverhältnisses präsentieren werde, liess die Vorinstanz ausdrücklich offen, da hiezu nichts Konkretes vorgetragen sei.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin rügt, sie habe in ihrem Gesuch dargelegt, dass sie durch das verwechselbare Logo der Beschwerdegegnerin einen Verlust an Ruf und Ansehen als Brauerei, an Identität bzw. Unterscheidbarkeit zur Person der Beschwerdegegnerin erleide. Sie hält dafür, derartige Renommee-Verluste liessen sich als immaterielle Schäden kaum je nachweisen, sondern entsprächen der allgemeinen Lebenserfahrung. Inwiefern die Vorinstanz verfassungsmässige Rechte verletzt haben könnte, indem sie dieses Vorbringen als zu wenig konkret und daher unerheblich ansah, ist mit dieser Rüge nicht dargetan. Ebenso wenig ergibt sich aus den Ausführungen in der Beschwerde, inwiefern sich aus der behaupteten Verletzung der Namens- und Persönlichkeitsrechte weitergehende, erhebliche Nachteile ergeben könnten.

### **E. 3.4**

Inwiefern die Vorinstanz aus dem von der Beschwerdeführerin behaupteten Image-Transfer, dem angeblich von der Beschwerdegegnerin geschaffenen Eindruck eines Rebrandings oder sogar einer Betriebsübernahme konkretere und damit erhebliche Behauptungen der Beschwerdeführerin zum behaupteten nicht wieder gutzumachenden Nachteil hätte ableiten müssen, ist der Rechtschrift nicht zu entnehmen.

### **E. 3.5**

Die Vorinstanz hat entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin nicht übersehen, sondern im angefochtenen Entscheid erwähnt, dass die Beschwerdegegnerin das von ihr aktuell benutzte Zeichen als Marke hinterlegt hat. Dass die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang vorbrachte, es sei damit eine Grundlage für einen langfristigen Gebrauch des Zeichens gelegt, konnte die Vorinstanz ohne Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV als unerheblich erachten. Denn inwiefern sich daraus etwas Konkretes zur Situation nach Beendigung des Mietverhältnisses ergeben sollte, ist weder offensichtlich noch in der Beschwerde dargetan.

### **E. 3.6**

Die Rüge der Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV ist abzuweisen, soweit sie gehörig begründet ist.

## **E. 4**

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, die Vorinstanz habe Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO willkürlich ausgelegt, indem sie die Anforderungen an einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil überdehnt habe.

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, es seien etwa eine drohende Marktverwirrung, die drohende Verwässerung eines Kennzeichens, drohende Image-mässige Nachteile als nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile zu anerkennen, wobei nach objektiven Kriterien eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Tatsachen sprechen müsse. Ihren Vorbringen ist indes nicht zu entnehmen, inwiefern die Vorinstanz in Willkür verfallen sein

könnte mit dem Schluss, die Beschwerdeführerin habe nach objektiven Kriterien einen konkret drohenden Schaden solcher Art gerade nicht glaubhaft gemacht. Ihre Vorbringen erschöpfen sich in einer abweichenden Würdigung der Auswirkung des Gebrauchs des verwechselbaren neuen Kennzeichens durch die Beschwerdegegnerin auf ihre Marktstellung, was sie sinngemäss selbst bemerkt, wenn sie kritisiert, die Vorinstanz habe die Folgen aufgrund des zwischen den Parteien bestehenden Mietverhältnisses und Bierlieferungsvertrages pauschal als weniger schlimm eingestuft als sie selbst. Ein Verstoß gegen das Willkürverbot ist damit nicht ausgewiesen.

#### **E. 4.2**

Dass die Vorinstanz eine Marktverwirrung nicht als glaubhaft gemacht erachtete, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, auch wenn der Beschwerdeführerin zuzugestehen ist, dass allfällige Belege dafür nicht auf Urkunden beschränkt sind. Da die Beschwerdeführerin selbst am Markt nach eigener Darstellung bisher kaum aufgetreten ist und die Vermarktung des von ihr gebrauten Bieres fast ausschliesslich über die Beschwerdegegnerin erfolgt, hat die Vorinstanz jedenfalls in der gegenwärtigen Situation nicht willkürlich entschieden, wenn sie die von der Beschwerdeführerin behauptete Verwirrung ihres Marktes nicht als glaubhaft erachtete.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist als unbegründet abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Gerichtsgebühr ist bei diesem Verfahrensausgang der Beschwerdeführerin zu auferlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Sie hat der Beschwerdegegnerin überdies die Parteikosten für das bundesgerichtliche Verfahren zu ersetzen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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