

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZK.2014.13 vom 28. Januar 2015**

BS Appellationsgericht, 2015-01-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZK.2014.13](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZK.2014.13)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZK.2014.13 du 28 janvier 2015

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZK.2014.13 del 28 gennaio 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist gemäss Art. 13 ZPO für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend zuständig das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist (lit. a) oder die Massnahme vollstreckt werden soll (lit. b). Die Verletzungstatbestände des Immaterialgüter- und Lauterkeitsrechts werden unter den Begriff der unerlaubten Handlungen subsumiert (von Büren/Marbach/Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 2008, N. 911). Gemäss Art. 36 ZPO ist für Klagen aus unerlaubter Handlung das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig. Die Gesuchstellerin hat ihren Sitz in Basel. Folglich ist die örtliche Zuständigkeit sowohl für Klagen aus unerlaubter Handlung als auch für entsprechende vorsorgliche Massnahmen im Kanton Basel-Stadt gegeben.

1.2 Die Gesuchstellerin macht eine Verletzung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG; SR 241) durch die Gesuchsgegnerin geltend. Den mutmasslichen Schaden beziffert sie auf mehrere CHF 10'000.00 pro Monat und den Streitwert auf über CHF 30'000.00 (Gesuch, S. 3, 7). Bei Streitigkeiten nach UWG ist eine einzige kantonale Instanz zuständig, sofern der Streitwert mehr als CHF 30'000.00 beträgt (Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO). Gemäss Art. 91 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt (Abs. 1). Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Abs. 2). Die Gesuchstellerin geht von einer Streitwertschätzung (möglicher Schaden durch entgangene Geschäfte) von mehreren CHF 10'000.00/Monat aus. Gestützt auf die Angaben der Gesuchstellerin ist deshalb davon auszugehen, dass die Streitwertwertgrenze von CHF 30'000.00 erreicht ist. Gemäss § 11 Abs. 2 Ziff. 1 des baselstädtischen Gesetzes über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 13. Oktober 2010 (EG ZPO) ist die besondere zivilrechtliche Abteilung des Appellationsgerichts zuständig (vgl. § 63 Abs. 3 bis des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG] SG 154.100) und für vorsorgliche Massnahmen der Einzelrichter (§ 9 Abs. 2 Ziff. 1 lit. c i.V.m. § 11 Abs. 3 EG ZPO).

### **E. 2**

Da die Gesuchstellerin den Kostenvorschuss nicht fristgerecht geleistet hat, hat der Instruktionsrichter der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 1. Dezember 2014 eine nicht erstreckbare Nachfrist bis zum 9. Dezember 2014 gesetzt.

2.1 Gemäss Art. 143 Abs. 3 ZPO ist die Frist für eine Zahlung an das Gericht eingehalten, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist zugunsten des Gerichts der

Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist. Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Kostenvorschusszahlung trägt der Rechtssuchende (BGE 139 III 364 E. 3.1 S. 365 mit Hinweisen). Massgebend ist der Valutatag der Belastung auf dem Post- oder Bankkonto des Zahlungspflichtigen (BGer 5A\_61/2014 vom 13. März 2014 E. 2.1). Wird der Kostenvorschuss im Falle einer Post- oder Banküberweisung dem Gericht nicht innert der angesetzten Frist gutgeschrieben, muss dieses den Vorschusspflichtigen zum Nachweis auffordern, dass der Betrag am letzten Tag der Frist seinem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist (BGE 139 III 364 E. 3.2.1 f. S. 366 mit Hinweisen).

2.2 Vorliegend hat die Gesuchstellerin die Zahlung des Kostenvorschusses am 9. Dezember 2014 durch die Credit Suisse veranlasst, der Vorschuss ist beim Appellationsgericht am 11. Dezember 2014 eingegangen. Der Instruktionsrichter hat deshalb die Gesuchstellerin mit Verfügung vom 12. Dezember 2014 dazu aufgefordert, einen Kontoausdruck der Credit Suisse einzureichen, welcher das Datum der Belastung ihres Auftrags bestätigt. Hierzu erklärte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 22. Dezember 2014, dass sie wegen Ferienabwesenheit den Kostenvorschuss erst am letzten Tag der Frist am 9. Dezember 2014 habe überweisen können. Sie habe die Zahlung am 9. Dezember 2014 online bei der Bank Credit Suisse per Express veranlasst, so dass diese noch am gleichen Tag ihrem Konto habe belastet werden können. Trotzdem sei die Belastung erst am darauffolgenden Tag erfolgt (Schreiben vom 22. Dezember 2014). Als Beilage reicht sie dem Gericht den Zahlungsauftrag vom 9. Dezember 2014 ein. Aufgrund dieses Zahlungsbelegs konnte das Gericht feststellen, dass die Gesuchstellerin die Einzahlung am letzten Tag der Frist, am 9. Dezember 2014, online per Express bei der Bank in Auftrag gegeben hat. Als Ausführungsdatum wird der 9. Dezember 2014 genannt. Gleichzeitig ergibt sich aus den Richtlinien des Online Bankings der Credit Suisse, dass mit der sog. Express-Funktion ■dringende Zahlungen noch am gleichen Tag ausgeführt werden■. Deshalb sind Express-Zahlungen kostenpflichtig, können nur bis 14 Uhr aufgegeben und nicht mehr mutiert oder gelöscht werden. In einem solchen Fall darf von der Bank, welcher der Auftrag erteilt wurde, erwartet werden, dass sie die Express-Zahlung am Ausführungsdatum ausführt, wie dies von der Bank auch angekündigt wird. Dass der Kostenvorschuss dem Konto der Gesuchstellerin am 9. Dezember 2014 nicht belastet wurde, kann der Gesuchstellerin daher nicht angelastet werden (vgl. dazu auch BGer 5A\_61/2014 vom 13. März 2014 E. 2.4). Die Leistung des Kostenvorschusses wird folglich als fristgerecht beurteilt, sodass auf das Gesuch einzutreten ist.

Wie die Gesuchstellerin zu Recht ausführt (Eingabe vom 22. Dezember 2014 S. 2), wäre ein Nichteintretensentscheid wegen Nichtleistung des Kostenvorschusses im Übrigen aus prozessökonomischen Gründen auch nicht sinnvoll, könnte die Gesuchstellerin doch umgehend ein vergleichbares Gesuch einreichen und damit eine neue Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses erwirken.

### **E. 3**

Gemäss Art. 9 UWG ist zur Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Feststellungsklage berechtigt, wer durch den unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird. Dies trifft nur auf denjenigen zu, der als Marktteilnehmer selbständig am Wettbewerb teilnimmt; mit anderen Worten also nur auf den Mitbewerber, der ein unmittelbares Interesse daran hat, die eigene Stellung im

Wettbewerb abzusichern oder zu verbessern (BGE 126 III 239 E. 1). Die Aktivlegitimation nach Art. 9 UWG ist zwar nicht an eine direkte Konkurrenzsituation gebunden. Erforderlich ist jedoch, dass die eigene Stellung im Wettbewerb durch das als wettbewerbsverletzend angegebene Verhalten verschlechtert wird. Voraussetzung ist aber in jedem Fall, dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Mitbewerbers und der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen des Klägers besteht (BGer 4C.369/1999 E. 2a). Da die Gesuchstellerin ihren Quartierladen in Basel und die Gesuchsgegnerin ihr Geschäft in Zürich hat, ist fraglich, ob überhaupt ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Gesuchsgegnerin und der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Gesuchstellerin besteht (Rüetschi/Roth, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Basler Kommentar zum UWG, Basel 2013, Art. 9 ZPO N 6). Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs der Gesuchstellerin ist unwahrscheinlich, weil die beanstandete Flyer-Werbung sich an Endabnehmer/ Konsumenten und nicht an abnehmende Detailhandelsgeschäfte richtet. Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs würde daher voraussetzen, dass die Käuferschaft der Gesuchstellerin in Basel aufgrund der beanstandeten Werbung neu zur Gesuchsgegnerin nach Zürich fahren und dort ihre Kaffeebohnen einkaufen würde. Es ist nicht wahrscheinlich, dass diese Käuferschaft diesen Reiseaufwand auf sich nimmt, bloss um Kaffee für CHF 1.20/kg billiger einkaufen zu können, zumal die Gesuchsgegnerin keinen Versandhandel betreibt. Ob die Gesuchstellerin aufgrund dieser Erwägungen überhaupt aktivlegitimiert ist, ist fraglich, kann jedoch vorliegend offenbleiben, da das Gesuch aus anderen Gründen ■ wie noch zu zeigen sein wird ■ abzuweisen ist.

#### **E. 4**

Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO vorausgesetzt: Ein Anspruch zivilrechtlicher Natur, der seine Grundlage im materiellen Zivilrecht hat; die Gefährdung oder Verletzung dieses Anspruchs; der drohende nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil; die (nicht in Art. 261 ZPO explizit genannte) zeitliche Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit, indem die getroffenen Massnahmen nicht weiter gehen dürfen, als dies zum Schutz des glaubhaft gemachten Anspruchs nötig ist (vgl. zum Ganzen Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, Art. 261 ZPO N 17 ff.). Die Gesuchstellerin muss das Vorliegen dieser Voraussetzungen glaubhaft machen, was das Gericht summarisch zu prüfen hat. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Tatsache dann glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (statt vieler BGE 130 III 321 ff. E. 3.3. S. 325).

#### **E. 5**

5.1 Voraussetzung für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist zunächst die wahrscheinliche Begründetheit des Hauptanspruchs der Gesuchstellerin.

5.2 Die Gesuchstellerin stützt ihren Anspruch auf Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG. Sie macht geltend, sie sei die Generalimporteurin des Kaffees ■C\_\_\_\_■ bzw. ■D\_\_\_\_■ des Herstellers E\_\_\_\_ und habe ein Exklusivrecht für den Verkauf dieses Kaffees in der Schweiz. Die Gesuchsgegnerin würde nun mit einem Werbeflyer (vom November 2014) diesen Kaffee für CHF 3.60/500 Gramm als Sonderangebot anpreisen und dadurch Kunden aus der ganzen Schweiz anlocken. Dies sei unlauter, weil die Gesuchsgegnerin den Kaffee ■C\_\_\_\_■ bzw. ■D\_\_\_\_■ des Herstellers E\_\_\_\_ unter dem Einstandspreis verkaufe. Die

Gesuchstellerin habe sich mit aufwändigen Werbemassnahmen einen treuen Kundenstamm in der Schweiz aufgebaut und nun versuche die Gesuchsgegnerin in wettbewerbswidriger Weise vom Goodwill und der am Markt geleisteten Aufbauarbeit der Gesuchsklägerin profitieren. Durch den Verlust von Kunden sei die Gesuchstellerin finanziell enorm geschädigt. Der Schaden betrage mehrere CHF 10'000. pro Monat (Gesuch S. 4, 6).

5.3 Zunächst gilt es festzuhalten, dass der Vorwurf der Gesuchstellerin bezüglich der Verletzung des Exklusivrechts für den Verkauf des Kaffees in der Schweiz gegenüber der Gesuchsgegnerin in vorliegendem Zusammenhang nicht gehört werden kann. Die Gesuchstellerin hat sich diesbezüglich an ihren Vertragspartner und Hersteller des Kaffees, die E\_\_\_\_, zu halten. Gründe, weshalb das angebliche Verletzen eines vertraglichen Exklusivrechts durch einen Dritten unlauter sein soll, legt die Gesuchstellerin nicht dar und sind auch nicht erkennbar.

5.4 Nach Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG handelt insbesondere unlauter, wer ausgewählte Waren wiederholt unter Einstandspreisen anbietet, diese Angebote in der Werbung besonders hervorhebt und damit den Kunden über die eigene oder die Leistungsfähigkeit von Mitbewerbern täuscht. Lockvogelpreise sind eine Form der marktschreierischen Werbung. Wer auf Lockvogelpreise zurückgreift, bietet Waren zu äusserst günstigen Preisen an, deutlich unter den üblichen Preisen, bisweilen sogar unter dem Selbstkosten- oder Einstandspreis (Troller, Grundzüge des Schweizerischen Immaterialgüterrechts, 2. Auflage, S. 360). Für die Anwendbarkeit des Lockvogeltatbestands müssen die wiederholten Angebote von ausgewählten Waren unter den sog. Einstandspreisen liegen. Der Einstandspreis setzt sich zusammen aus dem Einkaufspreis abzüglich Abzüge, Rabatte und erhöht um bezahlte Steuern, Zölle und Transportkosten (Wickihalder, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. f N 15).

Vorliegend macht die Gesuchstellerin geltend, die Gesuchsgegnerin verkaufe den auch von ihr vertriebenen Kaffee unter dem Einstandspreis, was gegen Art. 2 und 3 Abs. 1 lit. f UWG verstosse und unlauter sei. Diesen zivilrechtlichen Anspruch hat die Gesuchstellerin nicht zu beweisen, jedoch glaubhaft zu machen. Bereits vorhandene Beweisurkunden sind dem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen beizulegen und können nicht bloss zur Edition angeboten werden (Art. 221 Abs. 2 ZPO analog, vgl. Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, Art. 252 N 10).

Die Gesuchstellerin behauptet vorliegend, der Einstandspreis für 500 Gramm Kaffee des Herstellers E\_\_\_\_ setze sich zusammen aus einem Einkaufspreis von CHF 2.45, Transportkosten von CHF 1.35 sowie Zollkosten, MWST und Versicherungskosten von CHF 0.40, was einen Einstandspreis von insgesamt CHF 4.20 für 500 g Kaffee ergebe. Hierzu offeriert die Gesuchstellerin eine Rechnung der E\_\_\_\_ vom 19. März 2014 sowie Belege zu Transport-, Zoll- und Versicherungskosten. Diese unbelegten Behauptungen reichen nicht aus um glaubhaftzumachen, dass die Gesuchsgegnerin den Kaffee unter dem Einstandspreis verkauft und anpreist.

Die Gesuchsgegnerin verkauft ihren Kaffee für CHF 3.60 und weicht damit lediglich CHF 0.60 vom behaupteten Einstandspreis der Gesuchstellerin ab. Für das Gericht ist es ohne Weiteres möglich, dass die Gesuchsgegnerin den Kaffee zu günstigeren Konditionen als die Gesuchstellerin und damit günstiger als CHF 2.45 einkaufen kann. Zudem

erscheinen die von der Gesuchstellerin behaupteten Transportkosten von CHF 1.35 für 500 Gramm Kaffee, was mehr als der Hälfte des Einkaufspreises entspricht, als unrealistisch hoch. Die Gesuchstellerin belegt ihre eigenen Kosten in keiner Weise. Damit es möglich, dass der geltend gemachte Einstandspreis unter CHF 4.20 liegt. Die Gesuchstellerin kann folglich nicht glaubhaft machen, dass die Gesuchsgegnerin mit dem Verkauf des Kaffees zum Preis von CHF 3.60 für 500 Gramm unter ihrem Einstandspreis verkauft. So ist es ohne weiteres möglich, dass die Transportkosten anstatt der von der Gesuchstellerin behaupteten CHF 1.35 nicht mehr als CHF 0.75 für 500 Gramm Kaffee ausmachen, was immer noch einen erheblichen Transportkostenanteil, nämlich rund 30% des Einkaufspreises von 500 Gramm Kaffee, ergeben würde. Mit einem solchen möglichen Transportkostenanteil von CHF 0.75/500 Gramm würde die Gesuchsgegnerin nicht unter ihrem Einstandspreis verkaufen. Zudem ist auch ein tieferer Einkaufspreis möglich. Die Gesuchstellerin vermag jedenfalls keinen Anspruch glaubhaft machen, da ihre Behauptung, die Gesuchsgegnerin würde unter Einstandspreis verkaufen, unglaubhaft erscheint. Damit ist auch kein unlauteres Verhalten im Sinne des UWG erkennbar, weshalb es sich erübrigt, die weiteren kumulativ erforderlichen Tatbestandsmerkmale von Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG zu prüfen.

5.5 Sodann will die Gesuchstellerin einen Anspruch aus Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG ableiten, wonach unlauter handelt, wer sich und auch seine Ware oder deren Preis in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender, oder anlehnender Weise mit anderen, ihren Waren oder deren Preis vergleicht. Diese Unlauterkeit will die Gesuchstellerin darin erblicken, dass die Gesuchsgegnerin den gleichen Kaffee wie die Gesuchstellerin verkauft und damit versucht, vom Goodwill und der am Markt geleisteten Aufbauarbeit der Gesuchstellerin zu profitieren. Diese hat sich durch den Verkauf des im Balkan sehr beliebten Kaffees während Jahren einen treuen Kundestamm bei den aus dem Balkan stammenden Einwohnern der Schweiz aufgebaut, welche mit rund 500'000 eine bedeutende Kundschaft darstellen (Eingabe S. 6). Die Gesuchstellerin habe als Generalimporteurin aufwändige Werbemassnahmen betrieben und beispielsweise zwei ihrer Lieferwagen für je CHF 10'000. mit dem E\_\_\_\_-Logo bemalen lassen.

Beim von der Gesuchstellerin angerufenen Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG geht es um vergleichende Werbung, d.h. die von verschiedenen Geschäftsleuten angebotenen Waren oder Leistungen werden verglichen. Dieser Tatbestand ist hier nicht anwendbar. Vorliegend unterlässt es die Gesuchsgegnerin nämlich, in ihrer Werbebroschüre einen Bezug zur Gesuchstellerin herzustellen und Produkte der Parteien respektive ihre Preise zu vergleichen. Sie beschränkt sich mit ihrem Prospekt vielmehr darauf, ihre eigenen verschiedenen Produkte aufzuzeigen ohne diese in eine Verbindung mit den Produkten der Gesuchstellerin zu setzen. Die Gesuchsgegnerin stellt mit ihrer Werbung keine Vergleiche zwischen den Produkten der Gesuchstellerin und ihren eigenen her, sondern versucht vielmehr, sich einen Anteil am Markt der Kaffeekonsumenten zu erarbeiten. Das ist zulässiger Wettbewerb und nicht unlauter.

5.6 Fehlt ein materieller Anspruch können die weiteren Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme, nämlich ein drohender nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, zeitliche Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Massnahme ungeprüft bleiben. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass das Gesuch abzuweisen ist.

## E. 6

Die Prozesskosten, welche die Gerichtskosten und die Parteienschädigung umfassen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden der unterliegenden Gesuchstellerin auferlegt (Art. 106 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach § 7 der Verordnung über die Gerichtsgebühren (SG 154.810). Dabei sind auch der Streitwert und die Dringlichkeit der Verfahrensdurchführung, insbesondere aufgrund des gestellten Antrags auf superprovisorische Anordnung zu berücksichtigen. Vorliegend sind die Gerichtskosten auf CHF 3'000.00 festzulegen.

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin ausserdem eine Parteienschädigung zu leisten. Gemäss der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt (SG 291.400; Honorarordnung) beträgt das Grundhonorar bei Streitigkeiten mit einem Streitwert über CHF 30'000.00 bis CHF 50'000.00 zwischen CHF 3'700.00 bis CHF 5'600.00 (§ 4 Abs. 1 lit. b Ziff. 8 Honorarordnung). Dieses Grundhonorar ist im summarischen Verfahren zu reduzieren um einen Drittel bis vier Fünftel (§ 4 Abs. 1 lit. b Ziff. 8 i.V.m. § 10 Abs. 2 Honorarordnung). Vorliegend rechtfertigt es sich, die Parteienschädigung auf rund zwei Fünftel des Grundhonorars auf CHF 1'500.00 (für Instruktion und mehrere Eingaben, keine Rechtsschrift; inkl. Auslagen zuzüglich Mehrwertsteuer) festzulegen.

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