

BS_APPELLATIONSGERICHT ZK.2016.7 vom 20. Dezember 2016

BS Appellationsgericht, 2016-12-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZK.2016.7

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZK.2016.7 du 20 décembre 2016

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZK.2016.7 del 20 dicembre 2016

Erwägungen

E. 1

Zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist das Gericht am Ort zuständig, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist (Art. 13 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Örtlich zuständig für Klagen gegen eine juristische Person ist das Gericht unter anderem an deren Sitz (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Im vorliegenden Fall hat die Gesuchsgegnerin ihren Sitz in [...]. Die örtliche Zuständigkeit des Appellationsgerichts Basel-Stadt ist folglich zu bejahen.

Für Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) ist das Appellationsgericht als einzige kantonale Instanz sachlich zuständig, sofern der Streitwert mehr als CHF 30'000.■ beträgt (Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO in Verbindung mit § 88 Abs. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG; SG 154.100]). Zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen in diesem Bereich ist das Einzelgericht zuständig (§ 93 Abs. 2 in Verbindung mit § 41 und § 71 Abs. 1 lit. b Ziffer 1 GOG). Die Gesuchstellerin stützt ihr Gesuch auf das UWG und beziffert den Streitwert des Gesuchs mit CHF 150'000.■ (Gesuch, Rz. 16). Dieser Streitwert wird von der Gesuchsgegnerin nicht bestritten. Ausgegangen wird deshalb im Folgenden von einem Streitwert von CHF 150'000.■. Aufgrund des wettbewerbsrechtlichen Charakters der Streitigkeit, der Höhe des Streitwerts und des Umstands, dass vorsorgliche Massnahmen verlangt werden, ist die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Appellationsgerichts somit gegeben.

E. 2

Nach Art. 261 Abs. 1 ZPO müssen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme folgende Tatbestandsmerkmale erfüllt sein: ein Anspruch zivilrechtlicher Natur, die Gefährdung oder Verletzung dieses Anspruchs, ein drohender nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, die 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,

E. 3

3.1 Die Gesuchstellerin macht gegenüber der Gesuchsgegnerin einen Unterlassungsanspruch geltend bezüglich des Imports und der Abgabe der ■[...]■, der ■[...]■, der ■[...]■ und der ■[...]■. Im Folgenden werden die genannten Produkte als ■umstrittene Tabakerzeugnisse■ bezeichnet. Diesen Unterlassungsanspruch stützt die Gesuchstellerin auf Art. 9 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 2 UWG. Die Gesuchstellerin führt in ihrem Gesuch aus, dass die Gesuchsgegnerin versuche, durch Rechtsbruch einen ungerechtfertigten Vorsprung zu erzielen, womit sie unlauter handle: Der Import und die

Abgabe der umstrittenen Tabakerzeugnisse verletze Art. 5 Abs. 1 der Verordnung über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (TabV; SR 817.06) in Verbindung mit der Weisung des Bundesamts für Gesundheit (BAG) vom 23. August 2016. Bei den umstrittenen Tabakerzeugnissen der Gesuchsgegnerin handle es sich um verbotene Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch gemäss Art. 5 Abs. 1 TabV ■ und nicht um ausnahmsweise erlaubten Kautabak gemäss Art. 5 Abs. 2 Satz 2 TabV. Art. 5 TabV diene sodann zwar in erster Linie dem Schutz der Gesundheit, sei aber auch geeignet, den Wettbewerb zwischen Anbietern von Tabakerzeugnissen zu beeinflussen (Gesuch, Rz. 19■29). Eventualiter macht die Gesuchstellerin einen Unterlassungsanspruch geltend bezüglich der falschen Deklaration der umstrittenen Tabakerzeugnisse; diesen Anspruch stützt sie auf Art. 9 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 lit. b und i UWG (Gesuch, Rz. 30■37).

Die Gesuchstellerin führt aus, ihr drohe ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil: Indem die Gesuchsgegnerin verbotene Produkte verkaufe, bediene sie Konsumenten, die ansonsten auf andere, legale Tabakprodukte ausweichen würden. Die finanzielle Einbusse, die der Gesuchstellerin dadurch entstehe, sei nur sehr schwer zu beziffern. Sodann werde der Markteintritt der Gesuchstellerin mit ihrem legalen Produkt erschwert, solange die Gesuchsgegnerin ihre verbotenen Tabakerzeugnisse abgebe. Die Gesuchstellerin könne deshalb nicht auf das ordentliche Verfahren verwiesen werden (Gesuch, Rz. 38 und 39). In Bezug auf die zeitliche Dringlichkeit der vorsorglichen Massnahme führt die Gesuchsgegnerin aus, dass angesichts des drohenden Nachteils und der drohenden Marktverwirrung das Endurteil nicht abgewartet werden könne. Seit der klarstellenden Weisung des BAG vom 23. August 2016 sei völlig klar, dass die umstrittenen Produkte in der Schweiz nicht mehr vertrieben werden dürften (Gesuch, Rz. 40 und 41). Schliesslich ■ so die Gesuchstellerin ■ sei die verlangte vorsorgliche Massnahme auch verhältnismässig (Gesuch, Rz. 42 und 43).

3.2 Die Gesuchsgegnerin dagegen erachtet ihre Tätigkeit als legal. Die umstrittenen Tabakerzeugnisse fielen nicht unter das Verbot von Art. 5 TabV. Diese Bestimmung verbiete einzig Tabakerzeugnisse in Form von Pulver oder feinkörnigem Granulat, nicht aber Erzeugnisse aus fein geschnittenem Tabak, wie sie die Gesuchstellerin importiere und vertreibe (Gesuchsantwort, Rz. 6■20). Die Weisung des BAG vom 23. August 2016 stelle eine Verwaltungsverordnung dar, die für ein Zivilgericht nicht verbindlich sei. Zudem setze die Weisung fein geschnittenen Tabak im unteren Millimeterbereich mit Pulver und feinkörnigem Granulat gleich und verstosse so gegen den Wortlaut von Art. 5 TabV (Gesuchsantwort, Rz. 21■34 und 73■76). Im Weiteren sei die Funktionalität des Wettbewerbs durch die umstrittenen Tabakerzeugnisse in keiner Weise beeinträchtigt. Die Ausführungen der Gesuchstellerin zu ihrem angeblich spezifisch für den Schweizer Markt entwickelten Produkts seien zudem völlig unglaubwürdig (Gesuchsantwort, Rz. 35■45).

Die Gesuchsgegnerin wendet sodann ein, die Gesuchstellerin könne nicht glaubhaft darlegen, inwiefern ihr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil entstehen soll, nachdem die Gesuchstellerin auf dem Schweizer Markt noch gar nicht präsent sei (Gesuchsantwort, Rz. 71 und 72). Im Weiteren fehle es an der Dringlichkeit der verlangten Massnahme: Die umstrittenen Tabakerzeugnisse der Gesuchsgegnerin seien seit März 2016 in der Schweiz auf dem Markt, was der Gesuchstellerin bekannt sein müsste. Die Gesuchstellerin habe ihr Produkt sodann bereits im Jahr 2013 erfunden und seither Jahre verstreichen lassen, um ihr Produkt in der Schweiz einzuführen. Im Weiteren spezifiziere

die Gesuchstellerin auch nicht, in welchem Zeitraum des kommenden Jahres die Markteinführung geplant sei (Gesuchsantwort, Rz. 60■66). Schliesslich sei die verlangte Massnahme auch unverhältnismässig: Schnitttabakprodukte, wie sie die Gesuchsgegnerin anbiete, seien schon seit Jahren in der Schweiz auf dem Markt. Der entsprechende Markt habe sich etabliert. Es sei deshalb nicht glaubhaft, dass ohne die umstrittenen Tabakerzeugnisse die Konsumenten auf andere, legale Tabakerzeugnisse ausweichen würden (Gesuchsantwort, Rz. 67■70).

3.3 In ihrer Replik hält die Gesuchstellerin daran fest, dass die umstrittenen Tabakerzeugnisse der Gesuchsgegnerin unter das Verbot gemäss Art. 5 TabV fallen (Replik, Rz. 9■23). Auch führt sie aus, weshalb die Weisung des BAG entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin vom Gericht anzuwenden sei (Replik, Rz. 24■26) und weshalb die Funktionalität des Wettbewerbs durch das Verhalten der Gesuchsgegnerin entgegen ihrer Ausführungen beeinträchtigt sei (Replik, Rz. 27 f.).

3.4 Im vorliegenden Fall wird zunächst die Frage der zeitlichen Dringlichkeit der Massnahme geprüft. Da die zeitliche Dringlichkeit ■ wie nachfolgend dargelegt wird ■ zu verneinen und folglich das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen ist, sind die weiteren Voraussetzungen ■ Gefährdung eines wettbewerbsrechtlichen Anspruchs, Drohen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils und Verhältnismässigkeit der Massnahme ■ nicht zu prüfen.

E. 4

4.1 In Bezug auf die Dringlichkeit der verlangten vorsorglichen Massnahme führt die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch aus, dass sie im Bereich des oralen Tabakkonsums ein Produkt spezifisch für den Schweizer Markt entwickelt habe, das mit den gesetzlichen Anforderungen an orale Tabakprodukte im Einklang stehe. Hierfür habe sie hohe Investitionskosten in Kauf genommen und bereits ein Patent angemeldet. Es sei geplant, das Produkt im Jahr 2017 auf den Markt zu bringen (Gesuch, Rz. 3). Als Beweis hierfür reicht sie eine EU-Patentanmeldung aus dem Jahr 2013 ein (Gesuchbeilage 3). Weiter führt die Gesuchstellerin aus, dass der ihr durch das Verhalten der Gesuchsgegnerin drohende Nachteil auch deshalb nicht wiedergutzumachen sei, weil der Markteintritt der Gesuchstellerin mit ihrem legalen Produkt erheblich erschwert, um nicht zu sagen faktisch verunmöglicht werde, solange die Gesuchsgegnerin ihre rechtswidrigen Produkte im Schweizer Markt abgebe. Daher könne die Gesuchstellerin nicht auf das ordentliche Verfahren und die Möglichkeit, in diesem Rahmen einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen, verwiesen werden (Gesuch, Rz. 39). Vorliegend sei die klarstellende Weisung des BAG am 23. August 2016 erlassen worden. Angesichts des drohenden nicht wiedergutzumachenden Nachteils und der akut drohenden Marktverwirrung könne das richterliche Endurteil nicht abgewartet werden. Ab diesem Datum sei es völlig klar, dass das Produkt der Gesuchsgegnerin in der Schweiz nicht mehr vertrieben werden dürfe. Gleichwohl führe die Gesuchsgegnerin den Vertrieb unverändert fort und ignoriere die Weisung des BAG geflissentlich (Gesuch, Rz. 41). In ihrer Replik führt die Gesuchstellerin zur Frage der Dringlichkeit aus, dass erfahrungsgemäss davon auszugehen sei, dass mit dem vorliegenden Massnahmeverfahren immer noch ein rascheres Urteil als in einem sofort eingeleiteten Hauptverfahren zu erwarten sei (Rz. 38).

4.2 Wie in Erwägung 2 dargelegt wurde, hat die um Erlass einer vorsorglichen Massnahme ersuchende Partei sowohl das Bestehen ihres materiell-rechtlichen Anspruchs, dessen

Gefährdung bzw. Verletzung als auch den drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft zu machen. Im Massnahmeverfahren braucht kein voller Beweis für die aufgestellten Behauptungen erbracht, sondern bloss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Richtigkeit dargetan zu werden. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 83 E. 3.2 S. 86; BGer 4A_567/2012 vom 9. April 2013 E. 1.3.3). Dabei genügen aber nicht bloss Behauptungen, vielmehr sind dem Gericht objektive Anhaltspunkte zu liefern, die für eine erhebliche Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhalts sprechen (vgl. OGer ZG vom 22. November 2015, GVP 2015, S. 29 E. 2).

4.3 Vorliegend stellt die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch lediglich die Behauptung auf, dass sie im Jahr 2017 das von ihr neu entwickelte Produkt in den Schweizer Markt einführen werde. Diese Behauptung bleibt jedoch völlig unbelegt. In ihrem Gesuch reicht die Gesuchstellerin als einziges Beweismittel die Bestätigung über eine im Jahr 2013 eingereichte EU-Patentanmeldung ein. Daraus lassen sich jedoch keine Schlüsse auf einen kurz bevorstehenden Markteintritt ziehen. Damit bleibt der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Markteintritt ihres Produkts im Jahr 2017 eine bloss Behauptung. Auch in ihrer Replik substantiiert die Gesuchstellerin diese Behauptung nicht (vgl. Replik, Rz. 38), weshalb die Frage offen gelassen werden kann, ob und unter welchen Voraussetzungen ein nachträgliches Substantiieren in der Replik überhaupt zulässig ist. Ist offen, ob der behauptete Markteintritt im Jahr 2017 oder erst in den Folgejahren erfolgen wird, so ist nicht glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin nicht ein ordentliches Verfahren einleiten und den Endentscheid in diesem Verfahren abwarten könnte. Die zeitliche Dringlichkeit und damit zumindest eine Voraussetzung der beantragten vorsorglichen Unterlassung erscheint demgemäss als nicht glaubhaft (vgl. vorstehende Erwägung 4.2). Das Gesuch ist folglich bereits aus diesem Grund abzuweisen.

E. 5

Angesichts des Ausgangs des Massnahmeverfahrens trägt die Gesuchstellerin die Gerichtskosten von CHF 5'000.00 (§ 11 Abs. 1 Ziffer 3 in Verbindung mit § 2 Abs. 3 und § 7 der Verordnung über die Gerichtsgebühren [GebV; SG 154.810]). Zudem hat sie der Gesuchsgegnerin ■ unter Annahme eines Streitwerts von CHF 150'000.00 (vgl. dazu obige E. 1.) eine Parteientschädigung von CHF 5'000.00 inklusive Auslagen zu zahlen (§ 11 in Verbindung mit § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 lit. b und § 10 Abs. 2 der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt [HO; SG 291.400]).

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