

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZK.2019.9 vom 25. November 2019**

BS Appellationsgericht, 2019-11-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZK.2019.9](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZK.2019.9)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZK.2019.9 du 25 novembre 2019

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZK.2019.9 del 25 novembre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Vorliegend ist ein Gesuch um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zu behandeln. Gemäss Art. 13 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) ist für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen das Gericht am Ort zuständig, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder an dem die Massnahme vollstreckt werden soll. Es ist daher vorgängig die Zuständigkeit in der Hauptsache zu prüfen.

Die Gesuchstellerin hat ihren Sitz im Kanton [...]. Der Gesuchsgegner gibt in seiner Stellungnahme zwar eine Adresse in [...] an. Das Gesuch konnte ihm aber an der von der Gesuchstellerin angegebenen Adresse in [...] zugestellt werden. Der Gesuchsgegner hat denn auch die Zustellung an diese Adresse nicht moniert und sich vorbehaltlos zum Gesuch geäussert.

Die Gesuchstellerin macht unlauteren Wettbewerb durch den Gesuchsgegner geltend. Sie wirft diesem unlautere, verletzende Äusserungen und Handlungen vor (vgl. Gesuch, Rz. 5). Wettbewerbsrechtliche Verletzungsklagen zählen zu den Klagen aus unerlaubter Handlung (vgl. Chevalier/Hedinger, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, Art. 36 ZPO N 12). Sollte aufgrund des allfälligen ausländischen Wohnsitzes des Gesuchsgegners von einem grenzüberschreitenden Sachverhalt ausgegangen werden, würde sich die Zuständigkeit nach dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ, SR 0.275.12) richten. Gemäss Art. 5 Abs. 1 Ziff. 3 LugÜ ist bei Verfahren betreffend unerlaubter Handlungen das Gericht am Deliktort zuständig, zu welchem sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort zählt (BGE 133 III 282 E. 4.1 S. 289 f., 132 III 778 E. 3 S. 783 f.; BGer 4A\_446/2018 vom 21. Mai 2019 E. 4). Die Gesuchstellerin äussert sich in ihrem Gesuch nicht explizit zur Frage des Handlungs- oder Erfolgsortes. Sie beruft sich zur Begründung der Zuständigkeit ausschliesslich auf den Sitz der geschädigten Person gemäss Art. 36 ZPO. Die Frage kann letztlich aber offengelassen werden, da sich der Gesuchsgegner in seiner Eingabe vom 7. Dezember 2019 (Postaufgabe: 11. Dezember 2019) vorbehaltlos materiell zum Gesuch geäussert und sich so im Sinn von Art. 24 LugÜ auf das Verfahren eingelassen hat. Bei der Annahme eines schweizerischen Sachverhalts würde sich die örtliche Zuständigkeit ohne Weiteres aus Art. 36 ZPO ergeben.

Für Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (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; § 88 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft [SG

154.100]). Diese Instanz ist auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig (Art. 5 Abs. 2 ZPO). Die Gesuchstellerin schätzt den Streitwert auf ein Vielfaches von CHF 6'500.■, sicherlich aber mehr als CHF 30'000.■. Gestützt auf diese, mangels Entgegnung des Gesuchsgegners auch nicht bestrittene Angabe ist davon auszugehen, dass die Streitwertwertgrenze von CHF 30'000.■ erreicht ist (vgl. Art. 91 Abs. 2 ZPO). Funktionell zuständig zum Erlass vorsorglicher Massnahmen vor Rechtshängigkeit der Hauptsache und bis zur Einreichung der Klage ist ein Präsident des Appellationsgerichts (§ 41 Abs. 1 GOG).

1.2 Dem Gesuchsgegner wurde vorliegend die Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme zum Gesuch eingeräumt. Die entsprechende Verfügung mit einer Fristansetzung von zehn Tagen seit deren Eröffnung wurde dem Gesuchsgegner am 30. November 2019 zugestellt. Die vom Gesuchsgegner am 11. Dezember 2019 bei der Post aufgegebenen Stellungnahme erfolgte somit um einen Tag verspätet. Die Frage, ob die Stellungnahme in sinngemässer Anwendung von Art. 223 ZPO (vgl. Art. 219 ZPO) dennoch zu berücksichtigen ist, wird von der Lehre und Rechtsprechung kontrovers diskutiert (vgl. KGer BL 430 18 287 vom 27. November 2018 E. 2; Willisegger, in: Basler Kommentar, 3. Aufl., 2017, Art. 223 ZPO N 29 mit weiteren Hinweisen). Sie braucht vorliegend jedoch nicht entschieden zu werden, da auf das Gesuch aus den nachfolgend aufgeführten Gründen ohnehin nicht eingetreten werden kann.

### **E. 1.3**

1.3.1 Das Gericht hat das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Dazu gehört auch die Einhaltung des Gebots der genügenden Bestimmtheit des Rechtsbegehrens (Zingg, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 59 ZPO N 160). Nach einem allgemeinen Prozessgrundsatz muss ein Rechtsbegehren so bestimmt sein, dass es bei Gutheissung der Klage bzw. des Gesuchs zum Urteil erhoben werden kann (BGE 137 III 617 E. 4.3 S. 619; BGer 4A\_686/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1 mit Hinweisen). Der Entscheid über das Rechtsbegehren wiederum muss der Vollstreckung zugänglich sein, ohne dass die hierfür zuständige Vollstreckungsbehörde noch einmal eine materielle Beurteilung des in Frage stehenden Verhaltens vorzunehmen hat (HGer ZH HG160261 vom 3. Januar 2017 E. 3.2.1, in: CaS 2017, S. 32; KGer BL 430 16 292 vom 7. Februar 2017 E. 3; WILLISEGGER, a.a.O., Art. 221 ZPO N 18). Bei der Prüfung, ob das Rechtsbegehren genügend bestimmt ist, ist es unter Berücksichtigung der Parteibehauptungen nach Treu und Glauben auszulegen (Art. 52 ZPO; vgl. HURNI, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 58 ZPO N 18). Es ist auch zu beachten, dass vorliegend die Gesuchstellerin den Erlass einer strafbedrohten Verfügung beantragt. Der Tatbestand des Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs [StGB, SR 311.0]) verlangt, dass die Verfügung eine verbindliche und genügend klar umschriebene Verhaltensanweisung beinhalten muss. Die in der Verfügung getroffene Anweisung muss derart präzise gehalten sein, dass der Adressat sein Verhalten tatsächlich danach richten kann (BGE 127 IV 119 E. 2a S. 121, 124 IV 297 E. II.4d S. 311; RIEDO/BONER, in: Basler Kommentar, 3. Auflage, 2013, Art. 292 StGB N 80 mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall lautet das Massnahmebegehren dahingehend, es sei dem Gesuchsgegner unter Strafandrohung provisorisch zu verbieten, die Gesuchstellerin bei Kunden und Geschäftspartnern, insbesondere der D\_\_\_\_, E\_\_\_\_, F\_\_\_\_ und den G\_\_\_\_, direkt oder indirekt in irgendeiner Weise herabzusetzen oder anzuschwärzen, insbesondere

durch Ausführungen über die Finanzlage, die Bonität oder die Zahlungsmoral der Gesuchstellerin.

Mit dieser Formulierung wird zur Umschreibung des verpönten Handelns der Begriff der Herabsetzung von Art. 3 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) verwendet und durch die Beifügung "direkt oder indirekt in irgendeiner Weise" generalisiert. Eine Präzisierung erfolgt lediglich durch das beispielhafte (insbesondere) Erwähnen von Ausführungen über die Finanzlage, die Bonität oder die Zahlungsmoral der Gesuchstellerin. Die Gesuchstellerin weist in ihrem Gesuch in Rz. 25 selbst darauf hin, dass Äusserungen über die Finanzlage, die Bonität oder die Zahlungsmoral eines Marktteilnehmers zwar grundsätzlich heikel sein können. Damit ist aber noch nicht geklärt, wann eine Aussage über die Finanzlage, die Bonität oder die Zahlungsmoral der Gesuchstellerin herabsetzend ist. Auch eine herabsetzende Äusserung alleine genügt noch nicht, um den Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG zu erfüllen. Eine herabsetzende Äusserung ist nur dann unlauter gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG, wenn es sich um eine qualifizierte Herabsetzung handelt, welche sich dadurch auszeichnet, dass die herabsetzende Äusserung zudem unrichtig, irreführend oder unnötig verletzend ist (HGer ZH HE150090 vom 18. Mai 2016 E. 5.4 f.; Berger, in: Basler Kommentar, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG N 30, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung). Die Gesuchstellerin macht in ihrem Rechtsbegehren Angaben dazu, welche Äusserungen des Gesuchsgegners etwa zu ihrer Finanzlage als unrichtig, irreführend oder unnötig verletzend und daher unter Strafdrohung zu verbieten seien. Das Bundesgericht erachtet ein Verbot, das dem Beklagten die Zustellung von Briefen an die Klägerin und Äusserungen gegenüber Dritten untersagte, "welche die Klägerin in ihren persönlichen Verhältnissen verletzen" als zu unbestimmt. Mit dieser generalklauselartigen Umschreibung würde es dem Strafrichter überlassen, zu bestimmen, ob das Verhalten des ihm zur Bestrafung wegen Ungehorsams nach Art. 292 StGB überwiesenen Beklagten als persönlichkeitsverletzend zu qualifizieren ist (BGE 97 II 92; vgl. dazu BGer 5A\_658/2014 vom 6. Mai 2015 E. 3.3). Dies gilt in gleicher Form für das vorliegend zu beurteilende Rechtsbegehren auf Anordnung eines Verbots von Äusserungen, mit welchen die Gesuchstellerin "direkt oder indirekt in irgendeiner Weise" herabgesetzt oder angeschwärzt wird. Würde diese allgemeine Formulierung in ein Dispositiv übernommen, müsste das Vollstreckungsgericht erneut prüfen, ob Aussagen des Gesuchsgegners über die Gesuchstellerin als verbotene Herabsetzung oder Anschwärtzung zu qualifizieren sind. Damit wird die gesamte materielle Prüfung des Verhaltens in unzulässiger Weise an die Vollstreckungsbehörde delegiert.

1.3.2 Damit das Massnahmebegehren dem Bestimmtheitsgebot dennoch entsprechen könnte, müsste zumindest aus der Begründung klar und deutlich hervorgehen, welche Äusserungen in Zukunft so oder in vergleichbarer Form zu unterlassen sind (vgl. BGer 5A\_658/2014 vom 6. Mai 2015 E. 3.3). Zwar können aus der Begründung des Gesuchs Hinweise auf Äusserungen des Gesuchsgegners gefunden werden, welche als Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG qualifiziert werden können. Aufgeführt werden etwa Äusserungen des Gesuchsgegners gegenüber den Inhabern der Gesuchstellerin, wonach deren Geschäftsführer die Gesuchstellerin in den Konkurs treiben werde sowie Äusserungen des Gesuchsgegners, wonach die Gesuchstellerin nicht mehr solvent sei und betrügerische Machenschaften betreibe (vgl. Gesuch, Rz. 16). Diese Hinweise in der Begründung des Gesuchs auf einzelne verpönte Äusserungen des Gesuchsgegners ersetzen aber eine sowohl für den Gesuchsgegner als auch für das Vollstreckungsgericht

nachvollziehbare Umschreibung der mit Strafdrohung verbundenen Aussagen nicht. Aus diesen Ausführungen lassen sich die Aussagen, die gemäss dem sehr allgemein gehaltenen Massnahmebegehren in Zukunft verboten werden sollen, nur sehr undeutlich bestimmen. Aufgrund des generell und umfassend gehaltenen Rechtsbegehrens kann im Hinblick auf ein allfälliges Vollstreckungsverfahren nicht mit genügender Bestimmtheit definiert werden, welche Aussagen als Verletzung der gerichtlichen Verfügung eine Strafe gemäss Art. 292 StGB nach sich ziehen sollen.

1.3.3 Das Massnahmebegehren entspricht weder aus sich selbst noch unter Berücksichtigung der Begründung den Anforderungen an die Bestimmtheit. Auf das Gesuch kann daher nicht eingetreten werden.

## **E. 2**

Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Prozesskosten der unterliegenden Gesuchstellerin aufzuerlegen. Die Höhe der Gerichtskosten bemisst sich im summarischen Verfahren nach § 10 des Reglements über die Gerichtsgebühren (GGR, SG 154.810). Entscheidet das Appellationsgericht als einzige kantonale Instanz, beträgt die Grundgebühr das Ein- bis Anderthalbfache der Gebühr nach § 10 GGR (vgl. § 11 GGR). Die Grundgebühr beträgt somit CHF 200.■ bis CHF 30'000.■. Sie kann bei Nichteintretensentscheiden bis auf die Hälfte ermässigt werden (§ 16 Abs. 1 lit. b GGR). Bei der Bemessung der Gebühr innerhalb dieses Rahmens trägt das Gericht der Bedeutung des Falls, dem Zeitaufwand, der Komplexität des Falls und dem Streitwert Rechnung (§ 2 GGR). Das Gericht setzt den Streitwert fest, wenn sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Die Gesuchstellerin beziffert den Streitwert auf ein Vielfaches von CHF 6■500.■, sicherlich aber mehr als CHF 30■000.■. Dies stellte der Gesuchsgegner nicht in Frage. Es ist daher von einem Streitwert von rund CHF 40'000.■ auszugehen. Zu berücksichtigen ist, dass auf das Gesuch aus den oben genannten Gründen nicht eingetreten werden kann. Die Gebühr wird unter diesen Umständen auf CHF 1'000.■ festgelegt. Dem nicht anwaltlich vertretenen Gesuchsgegner wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

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