

BS_APPELLATIONSGERICHT ZK.2020.2 vom 23. September 2020

BS Appellationsgericht, 2020-09-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZK.2020.2

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZK.2020.2 du 23 septembre 2020

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZK.2020.2 del 23 settembre 2020

Erwägungen

E. 3

Auflage 2016, Art. 5 N 14) ■ ist das Appellationsgericht als einzige kantonale Instanz zuständig (Art. 5 Abs. 1 lit. c und Art. 5 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272] in Verbindung mit § 88 Abs. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Im Bereich des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) ergibt sich dieselbe Zuständigkeit aus den erwähnten Bestimmungen in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO, sofern der Streitwert mindestens CHF 30'000.– beträgt. Der Gesuchsteller beziffert den Streitwert mit mindestens CHF 100'000.■ (Gesuch Rz. 7). Der Gesuchsgegner bestreitet dies nicht (Stellungnahme Rz. 4). Ausgegangen wird im Folgenden von diesem Streitwert.

1.3 Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der auch im Rahmen eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens zur Anwendung gelangt, sind Rechtsbegehren so bestimmt zu formulieren, dass sie bei Gutheissung zum Urteil erhoben werden können (zum Ganzen BGer 4A_686/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1; vgl. BGE 131 III 70 E. 3.3 S. 73 hinsichtlich Unterlassungsbegehren). Diesen Anforderungen genügen die Rechtsbegehren des Gesuchstellers, was unter den Parteien auch nicht umstritten ist. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf das vorliegende Gesuch einzutreten.

2. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

2.1 Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO setzt voraus, (1) dass dem Gesuchsteller gegenüber dem Gesuchsgegner ein materieller zivilrechtlicher Anspruch (Verfügungsanspruch) zusteht, (2) dass der Gesuchsgegner diesen Anspruch verletzt oder zu verletzen droht, (3) dass dem Gesuchsteller aus der Verletzung des Anspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, (4) dass die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zeitlich dringlich ist und (5) dass die vorsorgliche Massnahme verhältnismässig ist (vgl. Huber, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 261 N 17 f., 20 und 23). Der Gesuchsteller muss das Vorliegen dieser Voraussetzungen glaubhaft machen, was das Gericht summarisch zu prüfen hat (Huber, a.a.O., Art. 261 ZPO N 25). Eine vorsorgliche Massnahme kann jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden, so insbesondere ein Verbot (Art. 262 lit. a ZPO).

2.2 Eine umfassende Interessenabwägung ist bei allen vorsorglichen Massnahmen unabdingbar. Je einschneidender die vorsorgliche Massnahme die eingeklagte Partei treffen kann, desto höhere Anforderungen sind an die Begründetheit des Begehrens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu stellen (BGE 131 III 473 S. 478 E. 3.2). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann das Gericht keine vorsorgliche Massnahme

anordnen, die ihrer Natur nach einen definitiven Entscheid über den zu schützenden Anspruch beinhaltet (BGE 141 III 564 E. 4.2.2 S. 568; vgl. AGE ZB.2017.1 vom 29. März 2017 E. 3.2.3; AGE ZB.2017.29 vom 14. September 2017 E. 4.7). Leistungsmassnahmen auf vorzeitige vorläufige Vollstreckung, die praktisch eine definitive Wirkung haben, sind nach der Rechtsprechung zwar nicht ausgeschlossen. Da sie die Rechtsstellung des Gesuchsgegners besonders stark beeinträchtigen, gelten für solche Massnahmen bezüglich aller Voraussetzungen erheblich höhere Anforderungen als im Allgemeinen und sind solche Massnahmen nur restriktiv anzuordnen (BGE 138 III 378 E. 6.4 S. 381; BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476 f. und E. 3.2 S. 478 f.; HGer ZH vom 7. Mai 2018, in: sic! 2020 S. 187 E. 8). Hinsichtlich der Voraussetzung des bestehenden zivilrechtlichen Anspruchs ist bei vorsorglichen Massnahmen, welche die Vollstreckung des Hauptanspruchs vorwegnehmen, zu verlangen, dass der Anspruch als aussichtsreich erscheint (HGer BE, in: CAN 2013 Nr. 80 S. 214; Huber, a.a.O. Art. 261 N 25c; KGer GR ZK2 16 26 vom 3. November 2016 E. 5.b; vgl. auch HGer ZH vom 7. Mai 2018, in: sic! 2020 S. 187 E. 8, wonach solche Massnahmen nur bei klarer Rechtslage angeordnet werden können). Hinsichtlich der Voraussetzung der Gefährdung oder Verletzung dieses aussichtsreichen zivilrechtlichen Anspruchs ist in derartigen Fällen sodann eine offensichtliche Verletzung vorauszusetzen (Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 2. März 2005, in: sic! 2005, S. 816 ff. E. 3.a und 4.a; Altenpohl, Basler Kommentar OR II, 5. Auflage 2016, Art. 956 OR N 14 mit weiteren Hinweisen).

Diese erhöhten Anforderungen wurden im Zusammenhang mit einem Verbot der Führung der im Handelsregister eingetragenen Firma angewendet, mit der Begründung, dass das Unternehmen, welchem der Gebrauch seiner Firma vorsorglich verboten würde, gezwungen wäre, diese Firma aufzugeben und eine neue anzunehmen, was praktisch nicht mehr rückgängig zu machen wäre. Stehen lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche zur Diskussion, ist dieselbe hohe Messlatte anzulegen (vgl. Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 2. März 2005, in: sic! 2005, S. 816 ff. E. 3.a und 4.a; HGer ZH vom 7. Mai 2018, in: sic! 2020 S. 187 E. 8.3; Altenpohl, Basler Kommentar OR II, 5. Auflage 2016, Art. 956 OR N 14 mit weiteren Hinweisen). Es spricht einiges dafür, dass der Gesuchsgegner, dem vorsorglich die Führung eines Vereinsnamens verboten und dem damit vorsorglich zum Namenswechsel gezwungen wird, selbst im Fall des Obsiegens in einem möglicherweise mehrere Jahre dauernden ordentlichen Verfahren nicht mehr zum ursprünglichen Namen zurückkehren wird, da häufige Namenswechsel die Kundschaft verwirren und in der Regel auch nicht mit einem erfolgreichen Konzept in Verbindung gebracht werden (vgl. HGer ZH vom 7. Mai 2018, in: sic! 2020 S. 187 E. 8.3). Somit käme die Gutheissung der vom Gesuchsteller beantragten Massnahmen einem Wechsel des Vereinsnamens gleich (vgl. auch Entscheid des Appellationshofs Freiburg vom 31. August 2001, in: FRZ 2002, S. 60). Daraus ergibt sich, dass die Anordnung der vorliegend beantragten vorsorglichen Massnahmen das Vorliegen eines aussichtsreichen zivilrechtlichen Anspruchs sowie eine offensichtliche Verletzung desselben voraussetzt.

3. Standpunkt des Gesuchstellers im Überblick

Der Gesuchsteller macht in seinem Gesuch im Kern geltend, dass er im Verkehr unter der Kurzbezeichnung «HANDELSchweiz» bekannt sei und dass «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» Verkehrsgeltung erlangt und sich bei den jeweiligen Adressaten durchgesetzt habe. Der vom Gesuchsgegner beabsichtigte Vereinsname «HANDELSVERBAND.swiss» sei erstens irreführend (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG),

begründe zweitens eine Verwechslungsgefahr (Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG), lehne sich drittens an «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» an (Art. 3 Abs. 1 lit. e und Art. 2 UWG) und stelle viertens eine Namensanmassung dar (Art. 29 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs [ZGB, SR 210]). Nachfolgend (E. 4■7) wird auf diese geltend gemachten Ansprüche im Einzelnen eingegangen.

4. Irreführungsgefahr (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG)

4.1

4.1.1 Zur Gefahr der Irreführung führt der Gesuchsteller Folgendes aus: Für Interessensvertreter wie den Gesuchsteller und den Gesuchsgegner bildeten unter anderem die Mitglieder, Behörden und die Öffentlichkeit die Adressatenkreise; bei der Öffentlichkeit sei von einer geringen Aufmerksamkeit auszugehen, da sich die breite Öffentlichkeit nicht für Handelsthemen interessiere (Gesuch Rz. 86; Replik, Rz. 73). Zwischen dem geplanten Vereinsnamen «HANDELSVERBAND.swiss» einerseits und tatsächlichem Zweck, Tätigkeitsbereich und Mitglieder des Gesuchsgegners andererseits bestehe eine erhebliche Diskrepanz, und namentlich bei der Öffentlichkeit mit geringer Aufmerksamkeit führe dies zu einer falschen Vorstellung. Der Gesuchsgegner erwecke den unzutreffenden Eindruck, er vertrete die Interessen des schweizerischen Handels in seiner Gesamtheit, was umso schwerer wiege, als für vergleichbare Vereine die Bezeichnung mit Zweck bzw. Tätigkeitsbereich oder Mitgliedern üblich sei. Vertretung des gesamten Schweizer Handels bedeute Vertretung in einem repräsentativen Umfang, wobei sich der Umfang nach qualitativen und quantitativen Kriterien bestimme, das heisst, es müsse einerseits die Gesamtheit der Wertschöpfungskette zwischen Produzent und Endkonsument sowie andererseits eine gewisse Zahl von Unternehmen abgebildet sein. Der «HANDELSVERBAND.swiss» vertrete nicht sämtliche Branchen des Handels, vielmehr bezwecke er gemäss Statuten die Förderung der wirtschaftlichen Interessen des «online und stationären Handels» sowie des Handels mit (End-)«Verbraucher[n]». Der Gesuchsgegner beschränke sich auf die Interessensvertretung von in der Schweiz tätigen Filialunternehmungen, die lediglich eine der sechs grossen Gruppierungen des Detailhandels (nicht etwa des Gesamthandels) bildeten. Darunter befänden sich einige wenige Dienstleister, fast ausschliesslich aus den Bereichen Reisen oder Sicherheit. Doch gerade im Detailhandel bestünden weitere allseits bekannte Branchenverbände. Aus Branchen- und Verbandsstrukturen ergebe sich die Erwartung, dass ein Gesamtvertreter eine Dachverbandstruktur aufweise, was vorliegend nicht zutrefte, da Mitglieder von «HANDELSVERBAND.swiss» einzelne Unternehmer seien (Gesuch Rz. 86■98; Replik Rz. 265■288).

Der beabsichtigte Vereinsname eigne sich, beim Durchschnittsadressaten, insbesondere der Öffentlichkeit mit geringer Aufmerksamkeit, die Erwartung zu wecken, dass der Gesuchsgegner den gesamten Schweizer Handel in einem repräsentativen Umfang vertrete. Zwischen geweckter Erwartung und tatsächlichen Gegebenheiten bestehe jedoch in qualitativer und quantitativer Hinsicht eine erhebliche Diskrepanz.

«HANDELSVERBAND.swiss» schliesse Gross-, Zwischen- und Rohstoffhändler, Dienstleistungsanbieter sowie Unternehmen ohne Handelsregistereintrag von einer gleichberechtigten Mitgliedschaft aus, werde knapp 350 Mitglieder aufweisen und verfüge nicht über eine Dachverbandstruktur. Diese erhebliche Diskrepanz führe zu falschen und unklaren Vorstellungen über den Verein, dessen Namen bzw. Geschäftsbezeichnung, Leistung und Geschäftsverhältnisse. Der beabsichtigte Vereinsname

«HANDELSVERBAND.swiss» sei damit offensichtlich irreführend im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG. Im für den Gesuchsgegner günstigsten Fall sei der beabsichtigte Vereinsname ergänzungsbedürftig. Ein akkurates Verständnis wäre stets zu ergänzen, etwa durch «nur im online Bereich» oder «nein, nicht für Zwischenhändler» (Gesuch Rz. 99■102; Replik Rz. 289■304).

4.1.2 Der Gesuchsgegner wendet ein, es sei nicht ersichtlich, was an der Verwendung der gemeinfreien Sachbezeichnung «HANDELSVERBAND.swiss» irreführend sein solle. Damit werde nicht der Eindruck von etwas Grösserem oder Umfassenderem erweckt, als der fusionierte Verein tatsächlich sei. Der Gesuchsteller gestehe ein, dass mit «Vertretung des Handels in seiner Gesamtheit» nur eine Vertretung «in repräsentativem Umfang» gemeint sein könne. Wenn nach eigener Darstellung des Gesuchstellers die Interessen und Meinungen etwa von Gross-, Zwischen- oder Rohstoffhändlern nicht deckungsgleich seien, sei eine Vertretung des Handels in seiner Gesamtheit ■ auch «in repräsentativem Umfang» generell nicht möglich. Das bedeute aber nicht, dass Interessensvertreter nicht eine umfangreiche Tätigkeit für Unternehmen im Bereich Handel erbringen könnten. Eine Vertretung des Handels in seiner Gesamtheit sei aber ausgeschlossen, was für alle Interessensvertreter gelte und völlig normal sei. Niemand erwarte von einem Interessensvertreter, dass er die gesamte Branche mit allen Gruppierungen und Unternehmen vertrete. Der «HANDELSVERBAND.swiss» vertrete den schweizerischen Handel mit einer ausgesprochen umfangreichen Tätigkeit, weshalb keine Diskrepanz zwischen geweckter Erwartung und tatsächlichen Gegebenheiten bestehe. Zu den Mitgliedern des VSV zählten gewichtige Unternehmen; er vereine rund 340 Online-Shops, die etwa 60% bis 70% des Onlinehandel B2C Markts der gesamten Schweiz abdeckten, die fast die Hälfte des Paketvolumens der Schweizerischen Post generierten. Der VSV sei die branchenübergreifende Vereinigung der in der Schweiz tätigen Filialunternehmungen. Zu seinen Mitgliedern zählten gegen siebzig filialisierte Unternehmungen aus Handel und Fabrikation, die sämtliche Branchen und Regionen abdeckten, wobei die Mehrheit der grossen Player des Detailhandels bei ihm vertreten sei. Der «HANDELSVERBAND.swiss» vertrete somit einen namhaften Teil des Schweizer Handels. Durch die Fusion des VSV und des Gesuchsgegners hätten sich zwei Interessensvertreter aus unterschiedlichen Handelsbereichen zusammengeschlossen, die bereits zu den wichtigsten und einflussreichsten Interessensvertretern im Bereich Handel in der Schweiz gehörten. Der «HANDELSVERBAND.swiss» vereinige somit insbesondere online- und offline-Versandhandel, physische Geschäfte, Grossanbieter und kleine Unternehmen, Unternehmen mit oder ohne Filialen, Unternehmungen aus Handel und Fabrikation, B2B und B2C, sämtliche Branchen sowie sämtliche Regionen der Schweiz. Abgesehen davon, dass auch Dienstleistungsanbieter als Dienstleistungspartner im «HANDELSVERBAND.swiss» teilnehmen könnten, handle es sich bei Dienstleistungsanbietern nicht um Unternehmen, die im Bereich Handel im eigentlichen Sinn tätig seien. Auch sei es nicht richtig, dass von einem Gesamtbranchenvertreter eine Dachverbandstruktur erwartet werde (Stellungnahme Rz. 94■115; Duplik Rz. 228■241).

Weiter bestreitet der Gesuchsgegner, dass die Verwendung eines beschreibenden Namens die Vorstellung wecke, dass der Verwender der einzige Anbieter der entsprechenden Ware bzw. Dienstleistungen sei oder dass er den anderen Anbietern etwa in Bezug auf Umfang und/oder Qualität überlegen sei. Genau so werde auch «HANDELSVERBAND.swiss» von niemandem als Alleinstellungsbehauptung verstanden. Diese Einschätzung stimme auch

mit dem Gebrauch identischer oder ähnlicher analoger Verbandsnamen im Ausland und in der Schweiz überein. Das Element «.swiss» werde analog zu «Schweiz», «schweizerisch» und dergleichen verstanden und weise damit auf die substantielle Tätigkeit des «HANDELSVERBAND.swiss» in allen Landesteilen und Sprachregionen der Schweiz hin. Zudem weise dieses Element einen gewissen Online- und Omnichannel-Bezug auf, der auf das entsprechende branchenübergreifende Angebot von «HANDELSVERBAND.swiss» hinweise. Ein Fall einer Irreführung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG könne somit nicht vorliegen (Stellungnahme Rz. 116■127; Duplik Rz. 242■250).

4.2 Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Art. 2 UWG). Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG handelt insbesondere unlauter, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbeziehungen, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG dient vor allem dem Schutz von Allgemeininteressen, insbesondere dem Schutz des Vertrauens von Konsumenten in die Einhaltung gegebener Werbeversprechen, indem es ein Geschäftsgebaren untersagt, das darauf abzielt, den Adressaten beim Vertragsschluss dadurch zu beeinflussen, dass beim potenziellen Vertragspartner eine Diskrepanz zwischen dessen subjektiver Vorstellung und der Realität bewirkt wird (BGer 6B_99/2019 vom 18. April 2019 E. 2.2; Baudenbacher/Glückner, in: Baudenbacher [Hrsg.], Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], Basel 2001, Art. 3 lit. b UWG N 8). Kommunikationsverhalten fällt nur dann unter das UWG, wenn die übermittelte Information Wettbewerbsrelevanz aufweist. Angaben nach Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG müssen somit wettbewerbsbezogen sein, was dann der Fall ist, wenn sie für den Kaufentschluss der potenziellen Kunden wesentlich sind. Sie müssen mit anderen Worten geeignet sein, die Entscheidungsfindung seitens der Nachfrage bzw. die Willensbildung des Adressaten und damit letztlich das Verhältnis zwischen den Wettbewerbsteilnehmern zu beeinflussen (Blattmann, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWG Kommentar, Zürich 2018, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 71 f.; Jung, in: Jung/ Spitz [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], 2. Auflage, Bern 2016, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 29; Hofer/Vasella, in: Amstutz/Roberto/Trüeb, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 3 UWG N 10). Ob eine Irreführung vorliegt, bestimmt sich nach dem Durchschnittsadressaten und unter Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls (Berger, Basler Kommentar, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG N 63). Für die Erfüllung des Tatbestands genügt es, wenn nach den allgemeinen Erfahrungen des Lebens anzunehmen ist, dass sich eine nicht unerhebliche Anzahl von Adressaten der Handlungen täuschen lässt bzw. einem Irrtum verfällt. Hingegen vermag ein geringfügiges Risiko der Irreführung keine Unlauterbarkeit im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG zu begründen (BGE 136 III 23 E. 9.1 S. 44 f.; BGer 6B_99/2019 vom 18. April 2019 E. 2.4.2).

Auch Geschäftsbezeichnungen, die auf die Tätigkeit des Unternehmens oder dessen Grösse schliessen lassen, können irreführend sein (Berger, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG N 77 in Verbindung mit N 73; HGer ZH HG170194 vom 11. März 2020 E. 5.2.3). In der Lehre wird als Beispiel einer irreführenden Geschäftsbezeichnung ein kleines Detailhandelsgeschäft erwähnt, das sich als «Grosshandel» bezeichnet (Jung, a.a.O., Art. 3 lit. b N 57; Berger,

a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG N 77). Ob eine Firma nach firmenrechtlichen Massstäben zu Recht oder zu Unrecht eingetragen worden ist oder verwendet wird, kann allenfalls als Indiz für das Vorliegen einer lauterkeitsrechtlichen Irreführungsgefahr dienen (Berger, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG N 69). In der Lehre werden folgende Beispiele aus der Rechtsprechung genannt, in welchen eine aus Sicht des Lauterkeitsrechts unzulässige Firma bzw. Geschäftsbezeichnung anzunehmen sei (vgl. Baudenbacher/Glückner, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG N 105 ff.; Blattmann, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N 98 ff.):

Hinsichtlich des Herbeiführens einer Täuschungsgefahr durch die Firma als Ganzes oder durch einen Firmenbestandteil im Sinn von Art. 944 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR, SR 220) werden in der Lehre folgende Beispiele aus der Rechtsprechung genannt, von denen ausgegangen wird, dass sie trotz der in den letzten Jahren erfolgten Liberalisierung im Firmenrecht auch heute noch Bestand haben (vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Auflage, Bern 2018, § 7 Rz. 86):

In der Lehre wird einschränkend darauf hingewiesen, dass in lauterkeitsrechtlichen Fragen die ältere Rechtsprechung nicht vorbehaltlos übernommen werden kann, weil sich das Verständnis des Durchschnittsadressaten über die Jahre möglicherweise verändert (Blattmann, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N 100). So wird beispielsweise angenommen, dass der Begriff «Zentrale» für ein Unternehmen mit mehreren Betriebsstätten stehe, daraus heute aber nicht mehr unbedingt auf die Grösse des Unternehmens geschlossen wird (Berger, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG N 73; anderer Meinung noch OGer SO vom 28. Juli 1970, in: SMI 1972, 82 f.). Auch wird der Begriff «Center» heute kaum noch als Hinweis auf Grösse bzw. auf eine besondere Organisationsstruktur verstanden (Baudenbacher/Glückner, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG N 108; Blattmann, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N 100). Demgegenüber wird die Verwendung des Zusatzes «Grossimporteur» auch heute in der Lehre nur dann als zulässig erachtet, wenn dem betreffenden Unternehmer im Vergleich zu seinen Konkurrenten eine überragende Stellung zukommt, sei dies nun mit Bezug auf die Grösse des Unternehmens oder den Umfang importierter Ware oder eines importierten Guts (Blattmann, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N 101 mit Verweis auf BGE 69 I 122 E. 2 ff.). Weiter wird in der Lehre die Ansicht vertreten, dass es sich ähnlich mit Begriffen wie «Zentrum» oder «Klinik» verhalte. Auch diese Begriffe suggerierten zumindest eine gewisse Grösse oder ein relativ breites Angebot. Insbesondere beziehe sich der Begriff «Klinik» in der Regel auf stationäre Institutionen, weshalb eine private Arztpraxis diesen Begriff nicht verwenden dürfe. Hingegen sei für Gruppenpraxen der Begriff «Zentrum» oder «Center» nicht unlauter (Blattmann, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N 101).

4.3 Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob der Vereinsname «HANDELS-VERBAND.swiss» nach dem Verständnis des Durchschnittsadressatenkreises ■ welcher sich vorliegend nach übereinstimmender Ansicht der Parteien aus den Mitgliedern, Behörden und der Öffentlichkeit zusammensetzt (vgl. Gesuch, Rz. 86; Stellungnahme Rz. 95) ■ unrichtig oder irreführend ist und den Durchschnittsadressaten in seiner Willensbildung zu beeinflussen vermag. Zu prüfen ist damit, ob der Vereinsname «HANDELSVERBAND.swiss» beim Durchschnittsadressaten eine unzutreffende Vorstellung über die Grösse und Umfang seines Tätigkeitsbereichs, des Mitgliederumfangs und des Zwecks zu erwecken vermag und dadurch die Gefahr einer Beeinflussung in der Willensbildung der Adressaten besteht.

Der Begriff «HANDELSVERBAND.swiss» suggeriert als Kombination der Sachbezeichnung «Handelsverband» und der Ortsangabe «.swiss» eine gewisse Grösse bzw. ein relativ breites Tätigkeitsfeld im Bereich des Handels in der Schweiz. Die Parteien sind sich indes darüber einig, dass aufgrund der Zahl und Vielfalt der Unternehmen und deren regelmässig auseinanderfallenden und unvereinbaren Interessen eine umfassende Interessenvertretung des gesamten Schweizer Handels schlicht nicht möglich ist (Gesuch Rz. 88 f.; Stellungnahme Rz. 104 f.). Dies erscheint naheliegend und entspricht der Vorstellung des Durchschnittsadressaten. Weiter legt der Gesuchsgegner dar und wird vom Gesuchsteller nicht bestritten, dass zu den Mitgliedern des Gesuchsgegners unter anderem folgende Unternehmungen zählen: IKEA, Media Markt, Orell Füssli, Fressnapf, Qualipet, Franz Carl Weber, Beldona, Dosenbach-Ochsner, PKZ, H&M, C&A, Modissa, Tiffany & Co., Bally, Navyboot, Schuhhaus Walder, Esprit, Yves Rocher, Marionnaud Parfumeries, Bucherer, Securitas, Edelweiss Air, DER Touristik (Kuoni), Mc Optik, Veloplus, Möbel Pfister, Läderach und Confiserie Sprüngli (Stellungnahme Rz. 43; Beilage 54 zur Stellungnahme; vgl. Replik Rz. 242). Damit ist erstellt, dass der Gesuchsgegner die Interessen diverser namhafter und bedeutender Akteure des Schweizer Handels vertritt, die eine grosse Zahl unterschiedlicher Branchen und sämtliche Regionen der Schweiz ab-decken. Dass der Vereinsname «HANDELSVERBAND.swiss» im Verständnis des Durchschnittsadressaten eine über diese tatsächlichen Gegebenheiten hinausgehende Grösse in Bezug auf Zweck, Tätigkeit oder Mitgliedern des Verbands suggeriert und damit eine Irreführungsgefahr besteht, erscheint hingegen als unwahrscheinlich. Dies gilt umso mehr, als für die Öffentlichkeit als Adressatenkreis entgegen der Ansicht des Gesuchstellers nicht von einer «geringen Aufmerksamkeit» auszugehen ist. Das Schweizer Recht geht in Zusammenhang mit Angaben, die sich an das breite Publikum richten, vielmehr von einem Nachfrager aus, der nicht nur intellektuell in der Lage ist, sich mit Angaben auseinanderzusetzen, sondern dies auch tatsächlich tut (Baudenbacher/Glöckner, a.a.O., Art. 3 lit. b UWG N 74; Berger, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG N 46; vgl. BGER 4P.321/2006 vom 15. Mai 2007 E. 3.2.2; HGER ZH HG170194 vom 11. März 2020 E. 5.1.2). Dass bei einer nicht unerheblichen Anzahl von Adressaten aufgrund des Vereinsnamens «HANDELSVER-BAND.swiss» eine Diskrepanz zwischen der subjektiven Vorstellung und der Realität bewirkt wird, erscheint somit nicht als wahrscheinlich.

Auch der Vergleich mit den in Lehre und Rechtsprechung dargestellten Fällen unlauterer bzw. dem firmenrechtlichen Täuschungsverbot widersprechender Geschäftsbezeichnungen (vgl. vorstehend E. 4.2) bestätigt diese Einschätzung und zeigt, dass sich der vorliegende Fall von den dargestellten Fällen wertungsmässig deutlich unterscheidet. Der Gesuchsgegner bemerkt zu Recht (Stellungnahme Rz. 98 f.), dass es sich bei den Beispielen aus der Rechtsprechung zur Frage der Irreführung ■ anders als im vorliegenden Fall ■ um klare Fälle einer Falschbezeichnung handelt. Zu verweisen ist hierbei insbesondere auf BGE 82 I 40, wo der Firmenbestandteil «schweizerisch» in der Firma «Schweizerische Prospektzentrale» nach Massgabe des Firmenrechts als täuschend erachtet wurde. Dabei führte das Bundesgericht aus, dass sich dieser Firmenbestandteil ursprünglich rechtfertigte, da es dem fraglichen Unternehmen gelungen war, in allen Teilen des Landes Fuss zu fassen, und Aussicht bestand, dass es grossen am schweizerischen Fremdenverkehr interessierten Kreisen zu dienen vermöge. Das Bundesgericht stellte jedoch fest, dass der Betrieb im Zeitpunkt der Beurteilung aufgrund eines erheblichen Rückgangs des Umsatzes in den vergangenen Jahrzehnten mit Mühe noch eine Person ernähren konnte und von den massgebenden Kreisen nur noch geringe Bedeutung beigemessen oder gar als überflüssig

bezeichnet wurde, weshalb der Zusatz «schweizerisch» in der Firma nicht mehr den tatsächlichen Verhältnissen entspreche (BGE 82 I 40 E. 2 S. 45 ff.). Es ist offensichtlich, dass sich der vorliegende Fall aufgrund der Anzahl und der Bedeutung der oben dargestellten Mitglieder des Gesuchsgegners erheblich unterscheidet. Würde es sich bei «HANDELSVERBAND.swiss» um eine Firma handeln, wäre eine Täuschungsgefahr im Sinn von Art. 944 Abs. 1 OR folglich zu verneinen. Desgleichen erscheint auch eine Irreführung im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG durch die Verwendung des Vereinsnamens «HANDELSVERBAND.swiss» als nicht glaubhaft. Die Frage der Beweislastumkehr gemäss Art. 13a UWG stellt sich folglich nicht.

5. Verwechslungsgefahr (Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG)

5.1

5.1.1 Zur Verwechslungsgefahr macht der Gesuchsteller geltend, dass er seit Jahren unter der Kurzbezeichnung «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» im Verkehr auftrete. Infolge der Anpassung des Namens im Jahr 2006 (Namensänderung in «VSIG Handel Schweiz») dominiere das Element «Handel Schweiz» bzw. in graphischer, logohafter Ausgestaltung «HANDELSchweiz» den öffentlichen Auftritt des Gesuchstellers und dieses Element sei zum den öffentlichen Auftritt prägenden Zeichen avanciert. Diese Entwicklung lasse sich exemplarisch an den Titelblättern der Jahresberichte des Gesuchstellers oder den regelmässigen Berichterstattungen in der NZZ studieren. Auch diverse weitere Publikationen erfolgten unter der Kurzbezeichnung. Der Gesuchsteller erfreue sich seit jeher einer beachtlichen medialen Präsenz und habe sich unter der Kurzbezeichnung etabliert. Auch verfüge er über Profile auf den gängigen Social Media-Kanälen unter Verwendung der Kurzbezeichnung. Der Gesuchsteller sei im Verkehr unter der Kurzbezeichnung bekannt, diese habe somit Verkehrsgeltung erlangt, habe sich bei den jeweiligen Adressaten durchgesetzt und sei als gerichtsnotorisch bzw. als offenkundige Tatsache zu betrachten (Gesuch Rz. 110■123; Replik Rz. 330). Die Kurzbezeichnung werde zwar nicht ausschliesslich gebraucht, das sei aber auch nicht nötig, denn die Kurzbezeichnung werde unabhängig vom im Handelsregister eingetragenen Vereinsnamen (ausreichend) gebraucht. Sowohl unter «VSIG Handel Schweiz» wie auch unter «Handel Schweiz» werde der Gesuchsteller von den Durchschnittsadressaten verstanden (Replik Rz. 325■330).

Als zulässige Kombination von Sachbezeichnung und geographischer Angabe eigne sich «Handel Schweiz» zur Individualisierung des Namensträgers, sei also eintragbar und verfüge über Kennzeichnungskraft. Solche Kombinationen bedürften ausserdem hinsichtlich des Zwecks regelmässig eines Gedankenschritts. Sei ein Gedankenschritt zum Verständnis eines Zeichens nötig, sei es nicht direkt beschreibend und damit unterscheidungskräftig. Vor diesem Hintergrund sei auch nicht ersichtlich, weshalb an der konkreten Kombination ein Freihaltebedürfnis bestehen soll (Gesuch Rz. 124■129). Firmenrechtliche Grundsätze und Eintragungspraxis würden auch für die Namen von Vereinen gelten. Von der Eintragungsfähigkeit könne deshalb direkt auf die Individualisierungseignung bzw. Kennzeichnungskraft geschlossen werden, denn feihaltebedürftige Firmen und Vereinsnamen dürften nicht eingetragen werden. Die vielen Eintragungen von Kombinationen von Sachbezeichnung und geographischer Angabe zeigten, dass die vorliegende Kombination aus Sachbezeichnung und geographischer Angabe nicht feihaltebedürftig sei (Gesuch Rz. 124■126; Replik Rz. 318■323).

Der Gesamteindruck eines Zeichens ergebe sich aus dem Zusammenspiel einzelner Elemente. Der vom Gesuchsgegner beabsichtigte Name setze sich aus den Elementen «HANDELS», «VERBAND» und «.swiss» zusammen, wobei «Verband» hochgradig beschreibend sei und als Mittelelement lediglich geringe Bedeutung habe. Das Element «.swiss» werde als Hinweis auf eine Internetseite und als geographische Angabe für die Schweiz verstanden und weise keinen Phantasiegehalt auf. «HANDELSVERBAND.swiss» übernehme die Elemente von «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» integral, den besonders zu gewichtenden Wortanfang sowie die geographische Angabe am Schluss. Die Elemente «Handel» und «.swiss» bestimmten das Element «Verband» näher und seien notwendig, um zu verstehen, um was für einen Verband es sich handle. Der Sinngehalt der beiden Zeichen sei damit praktisch identisch (der Namensträger stehe für den Handel in der Schweiz) und die Zeichen unterschieden sich nur durch das wenig zu gewichtende Mittelelement «VERBAND». Zwischen «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» und «HANDELSVERBAND.swiss» bestehe deshalb eine unmittelbare Verwechslungsgefahr. Diese gründe in gleicher Branche, gleichem geographischen Tätigkeitsgebiet und sehr grosser Namensähnlichkeit. Zudem sei das Zeichen des Gesuchsgegners aufgrund der konzeptionellen Ähnlichkeit und der Übernahme der Kurzbezeichnung des Gesuchstellers geeignet, eine mittelbare Verwechslungsgefahr zu schaffen, selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Durchschnittsadressaten die beiden Zeichen in deren Erinnerung auseinanderhalten könnten. Und selbst wenn angenommen würde, es bestünde keine Gefahr eigentlicher Fehlzurechnungen, provoziere das Zeichen des Gesuchsgegners den Gedanken der Gleichwertigkeit der Leistungen der beiden Parteien (Gesuch Rz. 130■141; Replik Rz. 310■314, 331■335). Die vom Gesuchsgegner vorgebrachten Logos und Webseiten stellten lediglich eine von vielen konkreten Präsentationsformen dar und der Vergleich der Logos zeige klar auf, dass Gestaltungsmittel sowie eine Graphik notwendig seien, um die offenbare Ähnlichkeit ein wenig einzuschränken (Replik Rz. 336).

5.1.2Der Gesuchsgegner wendet Folgendes ein: Weder die (breite) Öffentlichkeit, noch die Behörden oder Verbandsmitglieder würden durch den Gesamteindruck veranlasst, die Zeichen «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» und «HANDELS-VERBAND.swiss» zu verwechseln. Zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr sei auf den vollen Namen des Gesuchstellers «VSIG Handel Schweiz» abzustellen (Stellungnahme Rz. 133 f.; Duplik Rz. 251 f.). Doch sei auch bei Zugrundelegung der Kurzbezeichnung eine Verwechslungsgefahr zu verneinen: Die Begriffe «Handel» und «Schweiz» sowie deren Kombination «Handel Schweiz» gehörten zum Gemeingut, seien absolut freihaltebedürftig und hätten folglich keine Kennzeichnungskraft (Stellungnahme Rz. 135■142; Duplik Rz. 259■262). Aus der Liberalisierung der Eintragungspraxis des Eidgenössischen Handelsregisteramts (EHRA) könne nicht abgeleitet werden, dass der Begriff «Handel» nicht freihaltebedürftig sei, denn zwischen Eintragungsfähigkeit und Schutzzumfang von beschreibenden Firmen bestehe kein Gleichlauf. Die vielen Handelsregistereintragungen von Kombinationen aus Sachbezeichnung und geografischer Angabe zeigten daher nicht, dass an solchen Kombinationen kein Freihaltebedürfnis bestehe; sie dokumentierten vielmehr die seit der Praxisänderung von 1998 bestehende liberale firmenrechtliche Eintragungspraxis, gemäss welcher die Prüfung des Firmenschutzzumfangs den Gerichten vorbehalten bleibe. Firmen, die nur aus einer Kombination von mehreren Sach- und Gattungsbegriffen zusammengesetzt seien, genössen einen engeren Schutz als Fantasiebezeichnungen. Je beschreibender eine Firma sei, desto geringer sei der Firmenschutz. Zudem sei festzuhalten,

dass Vereine keine Firma hätten und damit auch keinen firmenrechtlichen Schutz beanspruchen könnten, der Firmenschutz abgesehen davon ohnehin der Firma vorbehalten bleibe, wie sie im Handelsregister eingetragen sei und ein Firmenschutz von Kurzbezeichnungen abzulehnen sei (Stellungnahme Rz. 142■150; Duplik Rz. 253■257). «Handel Schweiz» umschreibe die Tätigkeit des Gesuchstellers direkt und wecke weder Gedankenassoziationen noch enthalte sie Anspielungen, die nur entfernt auf die Unternehmenstätigkeit hinwiesen. Der beschreibende Charakter sei vom angesprochenen Publikum ohne besondere Denkarbeit und ohne Fantasiaaufwand unmittelbar erkennbar (Stellungnahme Rz. 135■151).

Weiter macht der Gesuchsgegner geltend, dass ein lauterkeitsrechtlicher Schutz somit selbst dann ausser Betracht fiele, wenn man zum Schluss gelangte, dass die Begriffe «Handel» und «Schweiz» und deren Kombination «Handel Schweiz» nicht absolut Freihaltebedürftig seien. Der Gesuchsteller sei nach wie vor unter dem vollständigen Namen «VSIG Handel Schweiz» im Handelsregister eingetragen und im Markt bekannt, die Kurzbezeichnung werde lediglich mitverwendet. Generell werde der volle Name des Gesuchstellers inklusive Akronym «VSIG» immer wieder in Artikeln verschiedener Zeitungen, Fachzeitschriften, Newsplattformen genannt und erscheine überdies in diversen Wegleitungen, Broschüren und Unterlagen von anderen Schweizer Verbänden. Auch die ETH Zürich, die Universität Luzern und weitere Einrichtungen würden den Gesuchsteller unter vollem Namen kennen. Sollten die 100% beschreibenden Bezeichnungen «Handel» und «Schweiz» wider Erwarten nicht als absolut Freihaltebedürftig qualifiziert werden, sei zumindest das Freihaltebedürfnis sehr gross und die Anforderungen an den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung sehr hoch. Eine Verkehrsdurchsetzung der Kurzbezeichnungen «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» sei vorliegend nicht gegeben, da die Kurzbezeichnung in der Öffentlichkeit weder einheitlich noch durchgängig verwendet werde. Somit sei bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr auf den vollen Vereinsnamen des Gesuchstellers abzustellen. Auch seien die Bezeichnungen offensichtlich nicht gerichtsnotorisch (Stellungnahme Rz. 152■165; Duplik Rz. 263■265).

Der Gesuchsgegner führt schliesslich aus, dass die schwache Kennzeichnungskraft der Zeichen «Handel» und «Schweiz» bei einer Beurteilung der Verwechslungsgefahr zur Folge habe, dass sich die beanstandeten Zeichen nur sehr geringfügig zu unterscheiden hätten. Zudem sei es unzulässig, den Namen «HANDELSVERBAND.swiss» in die Einzelteile «HANDELS», «VERBAND» und «.swiss» zu zerlegen und isoliert zu betrachten. Der Sinngehalt der Begriffe «Handelsverband» und «Handel» sei ein ganz anderer, weshalb der Wortteil «Verband» bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr entgegen der Ansicht des Gesuchstellers nicht wenig zu gewichten sei. Zudem sei das Wort «Handelsverband» stets in Grossbuchstaben geschrieben, während das Wort «Handel» im Namen des Gesuchstellers nicht grossgeschrieben werde. Zur genügenden Abhebung trage ferner auch das individualisierende Element «.swiss» bei, dem ein gewisser Phantasiegehalt zukomme und bei dem es sich nicht um einen wenig unterscheidungskräftigen Domain-Namen handle. Abgesehen davon hebe sich das Zeichen «HANDELSVERBAND.swiss» aufgrund der Farbgestaltung und des Schriftbilds auch gestalterisch genügend vom Zeichen des Gesuchstellers ab. Die Logos (und Webseiten) seien Teil der geforderten Gesamtbetrachtung der Umstände. Da sich Wortbild, Wortklang und Wortsinn der in Frage stehenden Vereinsnamen klar unterscheiden würden, könne eine Verwechslungsgefahr nicht vorliegen (Stellungnahme Rz. 166■175; Duplik Rz. 267■271).

5.2 Nach Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG handelt unlauter, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen. Der Begriff der Verwechslungsgefahr ist im gesamten Kennzeichenrecht inklusive Lauterkeitsrecht einheitlich (BGer 4A_123/2015 vom 25. August 2015 E. 4.2; AGE ZK.2015.14 vom 4. Februar 2016 E. 2.3.2; Arpagaus, Basler Kommentar, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG N 64). Die konkrete Beurteilung der Verwechslungsgefahr kann jedoch im Einzelfall je nach Rechtsgrundlage unterschiedlich ausfallen. Es ist möglich, dass die Verwechslungsgefahr beispielsweise unter firmenrechtlichen Gesichtspunkten zu verneinen, unter lauterkeitsrechtlichen Kriterien hingegen zu bejahen ist (BGer 6B_298/2013 vom 16. Januar 2014 E. 1.2.1; Arpagaus, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG N 65 mit Hinweisen). So ist im Lauterkeitsrecht zu beachten, dass ■ im Gegensatz zum Firmen- oder Markenrecht, wo nur die jeweiligen Zeichen bzw. Registereinträge massgebend sind (sog. kennzeicheninterne Elemente) ■ die gesamten Umstände zu würdigen sind. Von Bedeutung ist damit nicht nur das registerrechtliche Zeichen, sondern dessen tatsächlicher Gebrauch sowie auch weitere Elemente ausserhalb der jeweiligen Zeichen (kennzeichenexterne Elemente) (HGer ZH vom 21. Januar 2019, in: sic! 2019, S. 429 ff. E. 5.1; Arpagaus, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG N 91). Verwechslungsgefahr bedeutet, dass ein Kennzeichen im Schutzbereich, den ihm das Firmen-, Namens-, Marken- oder Wettbewerbsrecht verleiht, durch gleiche oder ähnliche Zeichen in seiner Funktion der Individualisierung bestimmter Personen oder Gegenstände gefährdet wird. Dabei können schlechter berechnete, gleiche oder ähnliche Zeichen Fehlzurechnungen derart verursachen, dass die Adressaten die mit ihnen gekennzeichneten Personen oder Gegenstände für jene halten, die mit den besser berechtigten Zeichen individualisiert werden (unmittelbare Verwechslungsgefahr), oder die schlechter berechtigten Zeichen können eine mittelbare Verwechslungsgefahr schaffen, indem die Adressaten zwar die Unterschiede der Zeichen wahrnehmen, aber aufgrund der Ähnlichkeit falsche Zusammenhänge vermuten. Die Gefahr von Fehlzurechnungen hängt von den gesamten Umständen ab, unter denen die Adressaten die Zeichen wahrnehmen, und von der Art, wie sie die Zeichen verstehen und in der Erinnerung behalten (BGE 127 III 160 E. 2a S. 165 f. mit Hinweisen). Die Verwechslungsgefahr ist nach dem Gesamteindruck und der Aufmerksamkeit und Wahrnehmungsfähigkeit des durchschnittlichen Publikums zu beurteilen (BGer 6B_298/2013 vom 16. Januar 2014 E. 1.2.1, 4A_315/2009 vom 8. Oktober 2009 E. 2.1, 4C_240/2006 vom 13. Oktober 2006 E. 2.1.1). Starke bzw. prägende Elemente sind dabei eher geeignet, in der Erinnerung haften zu bleiben. Stark sind insbesondere Eigennamen und originelle Elemente oder reine Fantasieworte. Schwache Elemente sind insbesondere beschreibende oder sachbezogene Begriffe (BGer 4A_123/2015 vom 25. August 2015 E. 4.2; Arpagaus, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG N 94 ff.), das heisst, Elemente, die sich eng an Sachbegriffe des allgemeinen Sprachgebrauchs anlehnen (HGer ZH HE200055 vom 2. April 2020 E. 6.4.1). Kommt einem Kennzeichen keine besondere Kennzeichnungskraft zu, so genügen bereits relativ geringe Abweichungen, um eine Verwechslungsgefahr zu verneinen (AGE ZK.2105.14 vom 4. Februar 2016 E. 2.3.3). Dass Verwechslungen tatsächlich stattgefunden haben, ist für sich allein zur Bejahung der Unlauterkeit weder vorausgesetzt noch genügend. Bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung hat das Zeichen Priorität, das früher gebraucht wurde (AGE ZK.2015.14 vom 4. Februar 2016 E. 2.3.2).

5.3

5.3.1 Im vorliegenden Fall ist zunächst zu prüfen, ob der Gebrauch des Zeichens «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» als schutzfähiger Marktauftritt zu qualifizieren ist, was Voraussetzung für die Annahme einer Verwechslungsgefahr ist (Arpagaus, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG N 44 mit weiteren Hinweisen). Die Merkmale eines Marktauftritts werden nur dann im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG geschützt, wenn sie entweder über eine originäre oder mittels Verkehrsdurchsetzung erworbene Kennzeichnungskraft verfügen (Spitz/Brauchbar Birkhäuser, in: Jung/ Spitz [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], 2. Auflage, Bern 2016, Art. 3 Abs. 1 lit. d N 12). Ist ein Zeichen als Gemeingut vom Sonderrechtsschutz nach Art. 2 lit. a des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (MSchG, SR 232.11) ausgeschlossen, so kann ein Marktteilnehmer, der dieses Element verwendet, sich gegenüber einem Mitbewerber, der das gleiche oder ein ähnliches Element verwendet, grundsätzlich nicht auf Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG berufen. Hat sich indes ein ursprünglich gemeinfreies Zeichen durch langen, intensiven und im Wesentlichen unbestritten gebliebenen Alleingebrauch im Verkehr durchgesetzt und sich dadurch zum schutzfähigen Individualzeichen entwickelt, kann Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG unabhängig von einer Markeneintragung angerufen werden (HGer ZH HE160500 vom 13. März 2017 E. 7.1.2; vgl. BGE 139 III 176 S. 178 E. 2 und E. 5; HGer ZH HE160238 vom 19. Juni 2019 E. 2.2; Arpagaus, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG N 50 f.). Zum Gemeingut im Sinn von Art. 2 lit. a MSchG gehören insbesondere Sach- und Gattungsbezeichnungen, Beschaffenheitsangaben (also Angaben zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Werts oder sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen) sowie unmittelbare Herkunftsangaben. Von Gemeingut ist auszugehen, wenn der beschreibende Charakter des Zeichens in Bezug auf die gekennzeichnete Leistung derart ist, dass er ohne besondere Denkarbeit und ohne besonderen Fantasiaufwand sofort erkennbar ist (Spitz/Brauchbar Birkhäuser, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N 17). Dass eine Angabe neuartig, ungewohnt oder fremdsprachig ist, schliesst ihren beschreibenden Charakter nicht aus. Entscheidend ist, ob das Zeichen nach dem Sprachgebrauch oder den Regeln der Sprachbildung von den beteiligten Verkehrskreisen in der Schweiz als Aussage über bestimmte Merkmale oder Eigenschaften der gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung aufgefasst wird (BGer 4C.197/2003 vom 5. Mai 2004 E. 1.1 mit Verweis auf BGE 108 II 487 E. 3, 104 Ib 65 E. 2, 103 II 339 E. 4c S. 334; BGer 4A.5/2003 vom 22. Dezember 2003 E. 3.1).

5.3.2 Die Bezeichnung «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» besteht aus den zwei Wörtern «Handel» und «Schweiz», die Sachbegriffe des allgemeinen Sprachgebrauchs darstellen. Es ist offensichtlich, dass die Bedeutung dieser beiden Wörter dem einschlägigen Adressatenkreis bekannt ist. Der beschreibende Charakter dieser Begriffe wird vom angesprochenen Publikum ohne besondere Denkarbeit und ohne Fantasiaufwand unmittelbar erkannt. Die Kombination dieser beiden Wörter ist weder originell noch einprägsam und ist folglich dem Gemeingut zuzuordnen. Diese Qualifikation wird auch mit Blick auf die Rechtsprechung, bestätigt. Demnach wurden folgende Wortkombinationen als Gemeingut qualifiziert: «Schwiizergoofe» (HGer ZH HE160500 vom 13. März 2017 E. 6.1.1), «Top Care» (HGer ZH HE160238 vom 19. Juni 2019 E. 2.3), «top set» (BGE 97 I 81 E. 2), «SECURITOP» (BGE 127 III 160 E. 2/d/aa S. 169) und «toppharm» (BVer B-5296/2012 vom 30. Oktober 2013 E. 4.4.2). Die Bezeichnung «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» reiht sich ohne weiteres in diese Kategorie.

Entgegen der Ansicht des Gesuchstellers kann aus den firmenrechtlichen Grundsätzen des EHRA und aus den erfolgten Eintragungen in das Handelsregister nicht auf die Kennzeichnungskraft eines konkreten Zeichens geschlossen werden. Dies ergibt sich bereits daraus, dass Handelsregisterbehörden zwar grundsätzlich zu prüfen haben, ob die im OR und in der Handelsregisterverordnung (HRegV, SR 221.411) genannten Voraussetzungen erfüllt sind, bevor sie eine Eintragung vornehmen (Art. 28 Satz 1 und Art. 32 Abs. 3 HRegV). Doch beschränken die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Lehre die volle Prüfungskognition auf formelle und registerrechtliche Voraussetzungen. Bei materiell-rechtlichen Voraussetzungen lassen sie dagegen eine Überprüfung auf offensichtliche und unzweideutige Verletzungen von zwingenden Bestimmungen genügen (BGer 4A_24/2007 vom 22. Juni 2007 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen). So ist namentlich die Frage, ob sich eine neue Firma von den anderen bestehenden Firmen genügend unterscheidet, eine Frage des Firmenschutzes und ist vom Gericht lediglich auf Begehren eines Betroffenen hin zu prüfen (BGE 123 III 220 E. 4b S. 226; BVerwGerB-4719/2010 vom 31. August 2010 E. 3.2). Deshalb kann aus einer erfolgten Eintragung nicht auf die fehlende Verwechslungsgefahr des eingetragenen Zeichens geschlossen werden (vgl. HGer ZH vom 21. Januar 2019, in: sic! 2019, S. 429 E. 2.2.2.4). Desgleichen kann aus erfolgten Eintragungen nicht auf die Kennzeichnungskraft der vorliegend in Frage stehenden Zeichen geschlossen werden. Im Ergebnis läuft die Argumentation des Gesuchstellers darauf hinaus, dass Kombinationen von Sachbezeichnungen stets kennzeichnungskräftig seien. Dem kann nicht gefolgt werden.

5.3.3 Nach dem Ausgeführten kommt den Zeichen des Gesuchstellers keine originäre Kennzeichnungskraft zu. Damit bleibt zu prüfen, ob «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» zufolge Verkehrsdurchsetzung als schutzfähiger Marktauftritt zu qualifizieren ist. An absolut freihaltebedürftigen Zeichen (banale und unentbehrliche Elemente und Ausdrücke des allgemeinen Sprachgebrauchs) ist die Verkehrsdurchsetzung ausgeschlossen, da auf deren Verwendung die Mitkonkurrenten mangels Alternativen zwingend angewiesen sind (HGer ZH HE160500 vom 13. März 2017 E. 7.1.2; vgl. BGE 126 II 239 E. 3b S. 246 [«Berner Oberland»]). Ob «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» als absolut freihaltebedürftig anzusehen ist, kann offengelassen werden, da eine Verkehrsdurchsetzung aus den nachfolgenden Gründen nicht als glaubhaft erscheint.

Ein Zeichen kann sich durch lang andauernden Gebrauch im Verkehr durchsetzen (BGE 92 II 270 E. 2 S. 274). In der Rechtsprechung wurde etwa eine Verkehrsdurchsetzung des beschreibenden Firmenbestandteils «Zurich» angenommen, da dieser Firmenbestandteil während über 100 Jahren und derart umfassend als Kenn- und Schlagwort für die fragliche Firma im Gebrauch stand, dass er den Charakter einer generellen verkehrsblichen Bezeichnung in der entsprechenden Branche verlor (HGer ZH vom 21. Januar 2019, in: sic! 2019, S. 429 E. 2.2.2.3). Demgegenüber genügte ein über vier Jahre dauernde Alleingebrauch des als dem Gemeingut zugerechneten Wortzeichens «Schwiizergoofe» nicht für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung (HGer ZH HE160500 vom 13. März 2017 E. 7.2.2).

Der Gesuchsteller ist unter dem Vereinsnamen «VSIG Handel Schweiz» im Handelsregister eingetragen. Er bringt vor, dass im Jahr 2006 eine Namensänderung stattgefunden habe, wobei von Anfang das Element «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» den öffentlichen Auftritt geprägt habe. Weiter führt er aus, dass «bald einmal» die mündliche

wie schriftliche Bezugnahme auf den Gesuchsteller überwiegend mittels «Handel Schweiz» erfolgte und das Element zum den öffentlichen Auftritt prägenden Zeichen avancierte. Der Gesuchsteller heisse für die Leute heute schlicht «Handel Schweiz» (Gesuch Rz. 114 f.). Der Gesuchsgegner ist hingegen der Ansicht, dass der Gesuchsteller auch heute noch unter seinem im Handelsregister eingetragenen vollen Namen («VSIG Handel Schweiz») bekannt sei (Stellungnahme Rz. 157 ff.). Aus den vom Gesuchsgegner eingereichten Beweismitteln ergibt sich, dass der Gesuchsteller in verschiedenen Zeitungen, Fachzeitschriften und weiteren Publikationen ■ unter anderem von seinen eigenen Mitgliedern ■ auch in jüngster Vergangenheit nach wie vor unter seinem vollen Namen bezeichnet wird (vgl. Beilagen 3■38 zur Stellungnahme). Unter Berücksichtigung des Grundsatzes, wonach umso höhere Anforderungen an den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens zu stellen sind, je einfacher bzw. banaler dieses erscheint (BGE 131 III 121 E. 7.4; BGE 130 III 328 E. 3.4 S. 333; HGer ZH HE160500 vom 13. März 2017 E. 7.1.2; vgl. auch BGE 117 II 321 E. 3a S. 325 hinsichtlich der Verkehrsdurchsetzung einer Ortsbezeichnung) und des Umstands, dass «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» als Sachbegriffe des allgemeinen Sprachgebrauchs einfache Zeichen darstellen, kann eine Verkehrsdurchsetzung dieser Kurzbezeichnung nicht als glaubhaft erachtet werden. Erst recht können die Zeichen «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» entgegen der Ansicht des Gesuchstellers (Gesuch Rz. 122) nicht als offenkundige Tatsachen bzw. als gerichtsnotorisch bezeichnet werden (zum Begriff der offenkundigen Tatsachen bzw. der Gerichtsnotorietät vgl. etwa Hasenböhler, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, Art. 151 N 3 ff.).

Somit erweist sich insgesamt als nicht glaubhaft, dass der Gebrauch des Zeichens «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» als schutzfähiger Marktauftritt zu qualifizieren ist. Die Glaubhaftmachung eines zivilrechtlichen Anspruchs gestützt auf Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG scheitert indes auch mangels Glaubhaftmachung einer Zeichenähnlichkeit bzw. Verwechslungsgefahr, wie nachfolgende Ausführungen zeigen.

5.3.4 Beim Vergleich zweier Zeichen bestimmt sich die Ähnlichkeit der Wortelemente durch Schriftbild, Klang und Sinngehalt (BGE 121 III 377 E. 2b S. 379 mit weiteren Hinweisen; BVerwGer B-2256/2019 vom 11. August 2020 E. 7.1.3; AGE ZK.2017.12 vom 14. Dezember 2017 E. 8.4.2), wobei einem herausragenden Bestandteil, der aufgrund seines Klangs, Rhythmus oder Sinns besonders auffällt, erhöhte Bedeutung zukommen kann (Joller, Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht, Bern 2000, S. 223). In der Regel finden Wortanfang bzw. Wortstamm sowie die Endung grössere Beachtung als dazwischen geschobene, unbetonte weitere Silben (BGE 127 III 160 E. 2/b/cc S. 168; AGE ZK.2017.12 vom 14. Dezember 2017 E. 8.4.2). Hingegen misst das Publikum Wortelementen, die es von ihrem Sinngehalt her sogleich als beschreibend erkennt, für die Kennzeichnung in der Regel weniger Gewicht zu als originellen Elementen (BGE 122 III 382 E. 5a S. 389). Vorliegend ist ein Vergleich der Zeichen «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» und «HANDELS-VERBAND.swiss» vorzunehmen, wobei die Zeichen als Ganzes und nicht in ihre Einzelteile zerlegt und isoliert zu betrachten sind (AGE ZK.2017.12 vom 14. Dezember 2017 E. 8.4.2; HGer ZH vom 21. Januar 2019, in: sic! 2019 S. 429 E. 6.4.2.2).

Das Schriftbild wird durch die Wortlänge sowie die Gleichartigkeit oder Verschiedenheit der verwendeten Buchstaben geprägt (BGE 119 II 473 E. 2c S. 475; HGer ZH vom 10. April 2013, in: sic! 2013 S. 612 E. 4.3.3.3.6). Vorliegend beginnen beide Zeichen mit

denselben sechs Buchstaben, wobei das Zeichen des Gesuchstellers teilweise mit sechs Grossbuchstaben, teilweise mit nur einem Gross- und fünf Kleinbuchstaben beginnt, während das Zeichen des Gesuchsgegners stets mit sechs Grossbuchstaben beginnt. Die restlichen Buchstaben sind hingegen deutlich verschieden. Das Zeichen des Gesuchsgegners ist mit 20 Zeichen (bzw. 14 Zeichen im ersten Element) nicht unerheblich länger als das Zeichen des Gesuchstellers, welches 13 Zeichen (und in der einen Schreibweise einen zusätzlichen Leerschlag) (bzw. sechs Zeichen im ersten Element) umfasst. Der Wortklang ist bedingt durch das Silbenmass, die Aussprachekadenz und die Vokalfolge (BGE 122 III 382 E. 5a S. 388, 119 II 473 E. 2c S. 475; Regionalgericht BE vom 11. Juni 2003, in: sic! 2004 S. 31 E. 3.3). Auch hier ist eine Übereinstimmung am Anfang beider Zeichen auszumachen («Handel»), während im Übrigen erhebliche Unterschiede bestehen: Das Zeichen des Gesuchstellers besteht insgesamt aus drei, jenes des Gesuchsgegners aus fünf Silben, wobei sich die Übereinstimmung im Wortklang auf die ersten beiden Silben beschränkt. Der Vergleich ergibt somit, dass «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» einerseits und «HANDELSVERBAND.swiss» andererseits aufgrund ihres Schriftbilds und Wortklangs gewisse Ähnlichkeiten aufweisen. Aufgrund der abgesehen hiervon bestehenden Unterschiede reicht die Übereinstimmung am Wortanfang allerdings nicht aus, um eine Verwechslungsgefahr zu bejahen (vgl. die analoge Beurteilung der Zeichen «Radion» und «Radiomat» in BGE 119 II 473 E. 2c S. 475).

In Bezug auf den Sinngehalt ist zu bemerken, dass die zu vergleichenden Zeichen zwar beide das Wort «Handel» und eine grundsätzlich identische Ortsangabe enthalten, wobei das Zeichen des Gesuchgegners mit dem Wort «Handelsverband» einen konkreteren bzw. eingeschränkteren Wortsinn hat. Das Element «Schweiz» ist eine geografische Angabe. Dasselbe gilt für das Wort «Swiss» (vgl. BVerwGer B-5011/ 2018 vom 25. Mai 2020 E. 5.2). Allerdings wird im Zeichen des Gesuchgegners das erste Worтеlement «HANDELSVERBAND» nicht bloss mit dem Wort «Swiss», sondern mit «.swiss» ohne Leerschlag ergänzt, was den Anschein eines Top Level Domains (TLD) erwecken kann. Hinsichtlich der Relevanz eines TLD bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr besteht in der Lehre keine Einigkeit, wobei die Mehrheit in der Lehre jedenfalls mit Bezug auf die verbreiteten TLD wie «.ch» oder «.com» eine Unterscheidungskraft derselben abzusprechen scheint (vgl. etwa Weber/Unternährer, Unlautere Verwendung von Domain-Namen Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 2. Mai 2000 i.S. "berneroberland.ch", in: SZW 2000, 260 ff.; Mondini/Zollinger-Löw/Buri, in: Streuli-Youssef [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band III/2, Firmenrecht und Schutz nicht registrierter Kennzeichen, Basel 2019, Rz. 660 ff.). Letztlich bleibt aber die Relevanz des fraglichen TLD im Einzelfall zu bestimmen (Arpagaus, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG N 179). «.swiss» stellt ein seit dem Jahr 2012 verfügbares, jedoch im Vergleich zu den verbreiteten TLD wie «.ch» oder «.com» deutlich weniger bekanntes TLD dar (vgl. Mondini/Zollinger-Löw/Buri, a.a.O., Rz. 602). Es erscheint daher nicht als unwahrscheinlich, dass «.swiss» zumindest von einem Teil des Adressatenkreises nicht als TLD wahrgenommen wird, sondern allenfalls als eine im Sinn einer modernen Schreibweise verfasste Ortsangabe. Damit wird das Element «.swiss» zwar nicht zu einem herausragenden Bestandteil, führt aber zu einer nicht unerheblichen Abweichung des Schriftbilds und Wortklangs im Vergleich zum Zeichen des Gesuchstellers. Zudem dürfte das Element «.swiss» zumindest bei einem Teil des Adressatenkreises leicht weitergehende Assoziationen (Verknüpfung zum digitalen-Bereich bzw. online-Bereich) wecken als der

Begriff «Schweiz», der ausschliesslich als Ortsangabe wahrgenommen wird. Somit können auch in Bezug auf den Sinngehalt Unterschiede der zu vergleichenden Zeichen ausgemacht werden. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass begriffliche Ähnlichkeiten in gemeinfreien Elementen für sich allein grundsätzlich keine kennzeichnungsrechtlich hinreichende Zeichenähnlichkeit schaffen, wobei dies insbesondere für beschreibende Bestandteile gilt (HGer ZH vom 10. April 2013, in: sic! 2013 S. 612 E. 4.3.3.3.7; Joller, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2. Auflage, Bern 2017, Art. 3 N 172; vgl. auch BGer vom 16. Dezember 1999, in: sic! 2000 S. 104 E. 4).

Schliesslich ergibt sich aus den Ausführungen der Parteien (Stellungnahme Rz. 172 f.; Replik Rz. 336), dass sich die fraglichen Zeichen zumindest in einer konkreten Präsentationsform gestalterisch erheblich voneinander unterscheiden, was im Rahmen der Beurteilung der lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsgefahr als kennzeichenexternes Element ebenfalls zu berücksichtigen ist.

Die summarische Prüfung der Gesamtumstände ergibt somit, dass keine hinreichende Zeichenähnlichkeit vorliegt. Auch mangels Zeichenähnlichkeit ist eine relevante Verwechslungsgefahr und damit ein zivilrechtlicher Anspruch gestützt auf Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG nicht glaubhaft gemacht. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die Führung eines Vereinsnamens nur dann vorsorglich verboten werden darf, wenn eine offensichtliche, schwere Verletzung vorliegt (vgl. oben E.2.2).

6. Anlehnung (Art. 3 Abs. 1 lit. e und Art. 2 UWG)

6.1

6.1.1 Zur Frage der Anlehnung führt der Gesuchsteller aus, dass er unter «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» durch seine umfassenden wie vielfältigen Tätigkeiten einen beachtlichen wettbewerblichen Besitzstand erworben habe und bei Mitgliedern, Partnern sowie in der Öffentlichkeit über einen ausgezeichneten Ruf verfüge. Dieser heute ausgezeichnete Ruf sei wesentlich durch die Arbeit und die Führungspersonen der letzten fünfzehn Jahre geprägt worden. Kurzbezeichnungsgebrauch und Rufsteigerung fielen zusammen, wobei die Namensanpassung der sichtbarste Teil dieser grossen Anstrengung sei. Auch der Gesuchsgegner und der VSV seien sich der Stellung des Gesuchstellers im Schweizer Handel bewusst und hätten sich daher gezwungen gesehen, den Gesuchsteller informell telefonisch im Vorfeld der Fusion über ihre Pläne zu informieren. Aufgrund der Branchen- sowie geographischen Nähe und der sehr grossen Zeichenähnlichkeit wecke der Vereinsname «HANDELSVERBAND.swiss» insbesondere für einen Durchschnittsadressaten aus dem Bereich Handel unweigerlich und umgehend Gedanken an «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» und dessen ausgezeichneten Ruf. Mit der Gedankenverbindung übertrügen sich Image und damit verbundene Vorstellungen wie grosse Mitgliederzahl, breites Branchenspektrum, vielseitiges Leistungsangebot, hervorragende Vernetzung, politisches Gewicht und Medienpräsenz von «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» auf den «HANDELSVERBAND.swiss». Zudem werde der Eindruck der Substituierbar- und Ebenbürtigkeit mit «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» erweckt. Es handle sich um eine offene Bezugnahme bzw. Anlehnung, da das Bezugsobjekt für die Durchschnittsadressatenkreise klar erkennbar sei. Für diese Bezugnahme liege kein sachlicher Grund und damit keine Rechtfertigung vor. Die Namenswahl stelle somit eine unnötige Anlehnung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG

dar. Das Vorgehen des Gesuchstellers sei zudem als qualifiziert im Sinn von Art. 2 UWG zu betrachten, da es sich um eine sehr enge, einfach zu vermeidende und aufgrund des irreführenden Charakters im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG unzulässige Anlehnung handle. Der Gesuchsgegner sei planmässig vorgegangen, indem er im Vorfeld den «Handelsverband Schweiz» als «Dachverband» gegründet habe, um sich Namens- und Domainrechte zu sichern, um diese dann in den Gesuchsgegner hineinzufusionieren. Eine besondere Dreistigkeit liege im (vermeintlichen) Vertrauen auf das Ausbleiben rechtlicher Schritte. Dem Gesuchsgegner sei bewusst gewesen, dass die beiden Zeichen derart ähnlich seien, dass «HANDELSVERBAND.swiss» unweigerlich an «Handel Schweiz» erinnere, was auch das Verhalten des Gesuchsgegners (informelle Kontaktaufnahme) zeige. Der Gesuchsgegner handle somit vorsätzlich, zumindest mit Eventualvorsatz. Der Tatbestand der Anlehnung setze aber ohnehin keinen Vorsatz voraus (Gesuch Rz. 148■159; Replik Rz. 339■359).

6.1.2 Der Gesuchsgegner macht geltend, dass eine unnötige Anlehnung bzw. Rufausbeutung mangels Kennzeichnungskraft der Zeichen «Handel» und «Schweiz» von vornherein nicht möglich sei, weil bei der Verwendung solcher gemeinfreien Bezeichnungen eine Bezugnahme für den Durchschnittsadressaten von vornherein nicht erkennbar sei. Da der Gesuchsteller die Kurzbezeichnung «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» erst seit dem Jahr 2006 und überdies uneinheitlich und nicht durchgängig verwende, habe er entgegen seinen Ausführungen einen wettbewerblichen Besitzstand, wenn überhaupt, dann lediglich unter seinem früheren Namen erworben. Der Gesuchsteller sei im Markt nach wie vor unter seinem vollen Namen «VSIG Handel Schweiz» bekannt. Eine Anlehnung an «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» sei mangels grosser Bekanntheit und gutem Ruf der Kurzbezeichnung somit nicht möglich. Das fragliche Telefonat im Vorfeld der Fusion sei aus Höflichkeit und den guten Sitten der Verbandsbranche entsprechend erfolgt. Demzufolge habe der Gesuchsgegner auch andere Verbände und Unternehmen über die geplante Fusion informiert. Eine unnötige Anlehnung bzw. Rufausbeutung sei auch deshalb zu verneinen, weil sich die beiden Vereinsnamen bzw. Zeichen unter Würdigung der gesamten Umstände nicht genügend stark ähnelten. Der Begriff «Handel» habe einen anderen Sinn als der Begriff «Handelsverband». Auch das Bild und der Klang sowie die Webseite des Gesuchstellers und des HANDELSVERBAND.swiss unterschieden sich stark. Die fraglichen Zeichen erweckten folglich einen deutlich unterschiedlichen Gesamteindruck und damit keine Gedankenassoziationen und auch nicht den Eindruck der Substituierbar- und Ebenbürtigkeit. Zudem bestünden für die Verwendung des Begriffs «Handelsverband» im vorliegenden Fall sachliche Gründe, da mit diesem auf den (tatsächlichen) Zweck bzw. Tätigkeitsbereich des Gesuchsgegners hingewiesen werde (Stellungnahme Rz. 180■190; Duplik Rz. 272■281). Schliesslich wendet der Gesuchsgegner ein, dass es beim HANDELSVERBAND.swiss an einem Vorsatz zur Rufausbeutung fehle. Es sei sinnvoll und völlig normal, vor einer Fusion gewisse Vorkehrungen und Vorbereitungshandlungen zu treffen, wie etwa die Sicherung von Domain-Rechten. Es sei wenig zielführend, solche Rechte erst nach erfolgter Fusion zu sichern, um dann festzustellen, dass diese bereits vergeben seien. Es liege weder «Planmässigkeit» noch «Dreistigkeit» vor (Stellungnahme Rz. 191■196; Duplik Rz. 282 f.).

6.2 Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches

das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Art. 2 UWG). Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG handelt insbesondere unlauter, wer seine Waren, Werke, Leistungen oder deren Preise in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehnender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken, Leistungen oder deren Preisen vergleicht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt. Als Anlehnung gilt die Ausbeutung des guten Rufs fremder Ware, Leistung, Kennzeichnung oder Werbung als Werbemittel für das eigene Angebot (sog. Rufausbeutung). Es geht hierbei nicht um den Schutz einer bestimmten Leistung, sondern um den Schutz des sog. wettbewerblichen Besitzstands, das heisst des guten Rufs, der sich als Ergebnis aus der guten Aufnahme von Leistungen durch die Marktgegenseite und von Massnahmen der Imagepflege ergibt (Jung, a.a.O., Art. 2 N 104). Dabei kann es sich um eine offene oder um eine versteckte Anlehnung handeln. Eine offene Anlehnung zeichnet sich dadurch aus, dass das Bezugsobjekt für den Adressaten klar erkennbar ist, wobei die explizite Nennung des Namens des Mitbewerbers nicht notwendigerweise erforderlich ist. Eine offene Anlehnung kann beispielsweise durch die Übernahme identischer oder ähnlicher Zeichen geschehen. Eine versteckte oder stillschweigende Anlehnung kann auf verschiedene Art und Weise erfolgen, so etwa durch die Übernahme im Verkehr bekannter Merkmale des Konkurrenzprodukts (Schmid, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG N 104). Sowohl die offene wie auch die versteckte Anlehnung ist nur dann unlauter im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG, wenn sie als «unnötig» zu qualifizieren ist (vgl. Stauber/Iskic, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWG Kommentar, Zürich 2018, Art. 3 Abs. 1 lit. e N 50; Baudenbacher/Glöckner, a.a.O., Art. 3 lit. e N 96 ff.). Dabei sind alle positiven Bezugnahmen auf die Konkurrenz als unnötig anzusehen, die zur angemessenen Aufklärung der Abnehmer des eigenen Angebots nicht erforderlich (Schmid, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG N 109) bzw. sachlich nicht gerechtfertigt oder verletzend in der Form sind (BGE 102 II 292 E. 6 S. 296; Oetiker, in: Jung/ Spitz [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], 2. Auflage, Bern 2016, Art. 3 Abs. 1 lit. e N 39).

In diesem Sinn handelt etwa unlauter, wer mit seinem Werbeauftritt im Ergebnis den guten Ruf von unter einem anderen Zeichen bekannten Waren oder Leistungen auf seine eigenen überträgt, indem er Gedankenassoziationen zu diesen weckt, ohne dass es einer Verwechslungsgefahr im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG bedarf (vgl. Schmid, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG N 97). Der Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG ist erfüllt, wenn ein Zeichen, das dem bekannten Drittzeichen ähnlich ist, in einer Weise verwendet wird, dass es nicht anders denn als Anlehnung an jenes gedeutet werden kann, und dies objektiv geeignet ist, bei den Adressaten eine gedankliche Verbindung zum Drittzeichen bzw. zu den damit bezeichneten Produkten zu wecken (BGE 135 III 446 E. 7.1 S. 460; BGER 4A_103/2008 vom 7. Juli 2008 E. 6, 4A_467/2007 vom 8. Februar 2008 E. 4.3 und 6.2; HGER ZH HE200055 vom 2. April 2020 E. 6.5.6; OGER ZG vom 15. Juli 2014, in: GVP 2014, 236, E. 8.1). Bei der Beurteilung dieser Voraussetzungen ist namentlich die Kennzeichnungskraft des fraglichen Kennzeichens entscheidend (Baudenbacher/Glöckner, a.a.O., Art. 3 lit. e N 13). Das Verbot der unlauteren Anlehnung soll grundsätzlich nur eindeutige Fälle unnötiger Anlehnung erfassen, die nicht durch ein Informationsbedürfnis zu rechtfertigen sind (vgl. BGE 135 III 446 E. 7.5 S. 462; OGER ZG vom 15. Juli 2014, in: GVP 2014, 236, E. 8.1; Oetiker, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. e N 36).

6.3 Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob die Verwendung des Zeichens «HANDELSVERBAND.swiss» durch den Gesuchsgegner als unnötige Anlehnung im

dargestellten Sinn an das Zeichen des Gesuchstellers («Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz») zu qualifizieren ist. Obwohl eine Verwechslungsgefahr gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG nach dem Ausgeführten zu verneinen ist, lässt sich nicht sagen, dass zwischen den beiden Zeichen keinerlei Ähnlichkeit besteht. So beinhalten beide Zeichen das Wort bzw. den Wortstamm «Handel» sowie eine Ortsangabe mit Bezug auf die Schweiz. Dies für sich allein genügt für die Annahme einer unnötigen Anlehnung im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG jedoch nicht, da das Zeichen des Gesuchstellers ausschliesslich aus rein beschreibenden Elementen besteht und folglich als gemeinfrei bzw. mangels Verkehrsdurchsetzung als kennzeichnungsschwach zu qualifizieren ist (vgl. oben E. 5.3.2). Dasselbe gilt für das Zeichen des Gesuchsgegners: Wie beim Wort ■Handel■ wird auch der beschreibende Charakter des Worts ■Handelsverband■ vom angesprochenen Publikum ohne besondere Denkarbeit und ohne Fantasiaufwand unmittelbar erkannt. Nichts anderes gilt grundsätzlich für die Ortsangabe «Schweiz» bzw. «.swiss». Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Gesuchsteller ■ mitunter auch bei seinen Mitgliedern ■ zumindest auch unter dem vollen Namen «VSIG Handel Schweiz» bekannt ist (vgl. oben E. 5.3.3), wobei zu berücksichtigen ist, dass diesem Namen aufgrund des stark prägenden Akronyms «VSIG» im Vergleich zur Kurzbezeichnung eine deutlich erhöhte Kennzeichnungskraft zukommt (zur Kennzeichnungskraft derartiger Akronyme vgl. BGer 4A_123/2015 vom 25. August 2015 E. 4.3.1). Schliesslich unterscheiden sich die fraglichen Zeichen im Wortbild sowie Wortklang und insbesondere in der gestalterischen Ausgestaltung (Logo, Webseite) erheblich voneinander (vgl. oben E. 5.3.4). Der Gesuchsteller bringt zwar vor, dass es sich bei den vom Gesuchsgegner vorgebrachten Logos und Webseiten lediglich um eine von vielen konkreten Präsentationsformen handle (Replik Rz. 336). Dass andere Präsentationsformen existierten, bei denen weniger starke Unterschiede auszumachen seien, behauptet der Gesuchsteller jedoch nicht. Unter Würdigung dieser Umstände erscheint es nicht als glaubhaft, dass das Zeichen des Gesuchsgegners bei Mitgliedern, Behörden und der Öffentlichkeit umgehend eine Gedankenverbindung zum Gesuchsteller auslöst und der Gesuchsgegner somit ein Zeichen verwendet, welches vom Durchschnittsadressaten nicht anders denn als Anlehnung an das Zeichen des Gesuchstellers gedeutet werden kann.

Im Weiteren ist zu beachten, dass für die Verwendung von Begriffen des allgemeinen Sprachgebrauchs grundsätzlich kein Rechtfertigungsgrund notwendig ist (vgl. HGer ZH vom 10. April 2013, in: sic! 2013 S. 612 E. 4.4.2.3). Dies hat jedenfalls solange zu gelten, als ■ wie vorliegend (vgl. oben E. 5.3.3) ■ nicht von einer Verkehrsdurchsetzung der fraglichen Zeichen im massgeblichen Adressatenkreis auszugehen ist. Das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds ist vorliegend somit nicht zu prüfen. Im Übrigen weist der Gesuchsgegner zu Recht darauf hin, dass mit den Begriffen «Handelsverband» und «.swiss» zutreffend auf den Zweck bzw. den Tätigkeitsbereich des Verbands hingewiesen wird. Dass mit dieser Bezeichnung unmissverständlich eine Botschaft des Inhalts «Ersatz für» oder «gleich gut wie» (vgl. BGE 135 III 446 E. 7.1 S. 460; BGer 4A_103/2008 vom 7. Juli 2008 E. 6, 4A_468/2007 vom 8. Februar 2008 E. 4.3) in Relation zum Gesuchsteller vermittelt wird, ist nicht glaubhaft. Auch das Kriterium der Unnötigkeit der Anlehnung erweist sich folglich als nicht erfüllt. Insgesamt vermag der Gesuchsteller somit einen zivilrechtlichen Anspruch gestützt auf Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG nicht glaubhaft zu machen.

Ebenso erweist sich ein zivilrechtlicher Anspruch gestützt auf Art. 2 UWG nicht als glaubhaft. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Unlauterkeit im Sinn der

Generalklausel von Art. 2 UWG zu verneinen, wenn das Verhalten aus Handlungen besteht, die ihrerseits qualitativ unter einen der Spezialtatbestände von Art. 3 ff. UWG fielen, aber deren Voraussetzungen nicht erfüllen. Vielmehr sind hierfür zusätzliche besondere Unlauterkeitsmerkmale vorausgesetzt (BGer 4C.369/1999 vom 11. April 2001 E. 3; vgl. Jung, a.a.O., Art. 2 N 103). Der Gesuchsteller macht geltend, dem Gesuchsgegner sei Planmässigkeit vorzuwerfen, indem er im Vorfeld der Fusion den Verein «Handelsverband Schweiz» lediglich mit dem Zweck gegründet habe, Namens- und Domainrechte zu sichern, um diese anschliessend in den Gesuchsgegner hineinzufusionieren (Gesuch Rz. 159; Replik, Rz. 356). Dieses Vorbringen erweist sich als wenig substantiiert. So bleibt insbesondere unklar, um welche konkreten Namens- und Domainrechte es sich hierbei handelt. Sofern es sich dabei um den Vereinsnamen des Gesuchsgegners sowie um die Domain «www.handelsverband.swiss» handelt (vgl. Gesuch Rz. 49), ist nicht ersichtlich, weshalb darin ein besonderes Unlauterkeitsmerkmal erblickt werden soll. Aus dem Ausgeführten ergibt sich sodann, dass ■ entgegen der Ansicht des Gesuchstellers (Gesuch Rz. 159) ■ vorliegend nicht von einer «sehr engen Anlehnung mit irreführendem Charakter im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG» die Rede sein kann. Auch die übrigen Vorbringen des Gesuchsgegners sind nicht geeignet, zusätzliche besondere Unlauterkeitsmerkmale glaubhaft zu machen bzw. eine Qualifikation im Sinn von Art. 2 UWG zu begründen. Da der Gesuchsteller das Vorliegen einer unlauteren Werbeaussage nicht glaubhaft machen kann, erübrigt sich die Prüfung einer Beweislastumkehr gemäss Art. 13a UWG.

7. Namensanmassung (Art. 29 Abs. 2 ZGB)

7.1

7.1.1 Der Gesuchsteller bringt schliesslich vor, dass «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» Kurzbezeichnungen darstellten, die den Gesuchsteller individualisierten und Verkehrsgeltung aufwiesen und deshalb namensrechtlichen Schutz verdienten. Unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände wie grosse sachliche und örtliche Nähe sowie der Tatsache, dass es sich jeweils um Vereine handle, begründe die sehr grosse Zeichenähnlichkeit zwischen dem prioritätsälteren «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» und dem jüngeren «HANDELSVERBAND.swiss» Verwechslungsgefahr im mehr oder weniger verschwommenen Erinnerungsbild eines der Durchschnittsadressatenkreise, gerade in der Öffentlichkeit mit geringer Aufmerksamkeit. Der Gesuchsgegner habe kein rechtlich zu schützendes Interesse am Gebrauch des irreführenden Vereinsnamens und es dürfe dem Gesuchsteller insbesondere nicht zugemutet werden, in eine Beziehung zum Gesuchsgegner gebracht zu werden. Der Gesuchsteller werde durch die Namenswahl des Gesuchsgegners in seinem Recht auf Namensausübung behindert und es liege eine Namensanmassung im Sinn von Art. 29 Abs. 2 ZGB vor (Gesuch Rz. 160■164; Replik Rz. 360■366).

7.1.2 Der Gesuchsgegner verweist erneut darauf, dass mangels Verkehrsdurchsetzung der Kurzbezeichnungen «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» auf den Namen «VSIG Handel Schweiz» abzustellen sei. Da es sich sowohl bei den Begriffen «Handel» und «Schweiz» um gemeinfreie Sachbezeichnungen bzw. Begriffe des allgemeinen Sprachgebrauchs handle, die gemeinfrei und absolut freihaltebedürftig seien, entfalle eine Verwechslungsgefahr und komme eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 ZGB nicht in Betracht. In Bezug auf die Verwechslungsgefahr sei zu wiederholen, dass sich vorliegend Wortbild, Wortklang und Wortsinn der in Frage stehenden Namen klar unterschieden. Der Gesuchsteller werde durch die Namenswahl des Gesuchsgegners weder in seinem Recht auf

Namensausübung behindert, noch liege eine Namensanmassung vor (Stellungnahme Rz. 197■203; Duplik, Rz. 284■289).

7.2 Namensschutz nach Art. 29 Abs. 2 ZGB geniesst, wer dadurch beeinträchtigt wird, dass sich ein anderer seinen Namen anmasset. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts setzt die Anwendbarkeit dieser Bestimmung eine Beeinträchtigung rechtlich schützenswerter Interessen des betroffenen Namensträgers voraus (sog. unbefugte Namensanmassung; vgl. BGE 116 II 463 E. 3b S. 469; Bühler, in Basler Kommentar, 6. Auflage, 2018, Art. 29 ZGB N 31 mit Hinweisen). Im Allgemeinen ist hierfür eine Verwechslungsgefahr hinsichtlich der fraglichen Zeichen das entscheidende Element (BGE 116 II 463 E. 3b S. 469, 102 II 161 E. 4a S. 167 f.; BGer 4C.199/2001 vom E. 5c; Bühler, a.a.O., Art. 29 ZGB N 31; vgl. BGer 4A_45/2012 vom 12. Juli 2012 E. 4.1; vgl. auch Gesuch Rz. 162).

Die Verwechslungsgefahr beurteilt sich beim Namensschutz anhand des jeweiligen konkreten Zeichengebrauchs und anhand einer Gesamtwürdigung der Umstände, wobei auch die konkrete Gestaltung der zu vergleichenden Kennzeichen zu beachten ist (Bühler, a.a.O., Art. 29 ZGB N 45). Der Begriff der Verwechslungsgefahr ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für das gesamte Kennzeichenrecht (Namens-, Firmen-, Marken- und Lauterkeitsrecht) einheitlich zu umschreiben (BGE 128 III 401 E. 5 S. 403, 127 III 160 E. 2a S. 165; BGer 4A_45/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.2.2 und E. 4.1; HGer ZH vom 2. April 2020 HE200055 E. 6.5.1; vgl. auch bereits oben E. 5.2). Da bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung der Verwechslungsgefahr die konkrete Gestaltung sowie die konkrete Art und Weise der Verwendung der fraglichen Kennzeichen berücksichtigt wurde (vgl. oben E. 5.3.4), kann in Bezug auf die namensrechtliche Beurteilung der Verwechslungsgefahr durch den Gebrauch der zwei Kennzeichen «Handel Schweiz» bzw. «HANDELSchweiz» sowie «HANDELSVERBAND.swiss» vollumfänglich auf die Erwägungen zu Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG verwiesen werden. Mangels Vorliegen einer Verwechslungsgefahr erweist sich somit auch ein zivilrechtlicher Anspruch gestützt auf Art. 29 Abs. 2 ZGB als nicht glaubhaft.

8. Entscheid und Prozesskosten

8.1

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