

# ZH\_HANDELSGERICHT HE170290 vom 25. Oktober 2017

Zh Handelsgericht, 2017-10-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE170290](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE170290)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE170290 du 25 octobre 2017

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE170290 del 25 ottobre 2017

## Erwägungen

### E. 1

September 2017 ersuchte die Klägerin um Ansetzung einer Frist zur Replik von 20 Tagen (act. 12). Gemäss Verfügung vom 4. September 2017 wurde der klägenden Partei keine Frist zur Ausübung des Replikrechts angesetzt (act. 13). Da-

- 4 - raufhin kündigte die Klägerin mit Eingabe vom 7. September 2017 die Einreichung einer Novenstellungnahme an (act. 15; Beilage: act. 16), welche vom 11. September 2017 datiert (act. 17; Beilagen: act. 18/89 - 110). Mit Verfügung vom 13. September 2017 wurden die klägerischen Eingaben vom 7. und vom 11. September 2017 samt Beilagen der Beklagten zugestellt (act. 19; act. 20/2). Eine weitere Eingabe der Klägerin vom 18. September 2017 (act. 21; Beilage: act. 22) wurde der Beklagten ebenfalls zugestellt und am 20. September 2017 in Empfang genommen (act. 23). Die Beklagte reichte am 22. September 2017 ihrerseits eine zweite Stellungnahme ein (act. 24; Beilagen: act. 25/36 - 38). Es erfolgten weitere Eingaben der Klägerin vom 22. September 2017 (act. 26; Beilage: act. 27), vom 27. September 2017 (act. 30) und vom 9. Oktober 2017 (act. 32; Beilagen: act. 33/111 - 113). Diese Eingaben wurden der betreffenden Gegenseite jeweils kommentarlos zugestellt (act. 28, act. 29, act. 31 und act. 34). Mit Eingabe vom 18. Oktober 2017 nahm die Beklagte ihrerseits erneut Stellung (act. 35; Beilage: act. 36/39). Diese Stellungnahme samt Beilage ist der Klägerin mit dem Urteil zuzustellen.

### E. 2

Parteien und wesentlicher Sachverhalt

#### E. 2.1

Die Klägerin ist eine in L.\_\_\_\_\_ in ... [Staat] domizilierte Gesellschaft, welche Socken, Unterwäsche und hochtechnische Funktionsbekleidung, in erster Linie unter den Marken "C.\_\_\_\_\_" und "G.\_\_\_\_\_", herstellt und über ein europaweites Distributionsnetzwerk vertreibt (act. 1 Rz. 2, Rz. 5, Rz. 73; act. 7 Rz. 92; Beilagen: act. 3/2, act. 3/3 und act. 3/6). Gemäss Angaben der Klägerin übernimmt sie für die genannten Marken auch die Produktentwicklungen (act. 1 Rz. 13, Rz. 40; vgl. auch act. 17 Rz. 18; act. 32 Rz. 9), was seitens der Beklagten unter Hinweis auf einen auf der Homepage der Klägerin publizierten Text, gemäss welchem die Produktentwicklung durch die Beklagte erfolgt (act. 9/28), bestritten wird (act. 7 Rz. 98, Rz. 114 und act. 24 Rz. 16 ff.).

#### E. 2.2

Bei der Beklagten (act. 3/7) handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in M.\_\_\_\_\_ im Kanton Schwyz. Während die Klägerin ausführt, die Beklagte sei für das Marketingkonzept und das Design der Kleidungsstücke verant-

- 5 - wortlich (act. 1 Rz. 7, Rz. 13, Rz. 40), nimmt die Beklagte gemäss eigener Darstellung als operativ tätige Hauptgesellschaft innerhalb der B.\_\_\_\_\_ Gruppe, bei der aktuell alle Mitarbeitenden der Gruppe angestellt seien, sämtliche Aufgaben im Rahmen der Produkt- und Markenentwicklung der C.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ Produkte, deren Marktpositionierung und Verbreitung wahr (act. 7 Rz. 17 ff., Rz. 32 f., Rz. 93, Rz. 97, Rz. 103, Rz. 114 und act. 24 Rz. 9 ff., Rz. 15 ff.).

### **E. 2.3**

Die Parteien arbeiten seit rund zehn Jahren zusammen. Am 5. März 2013 schlossen sie eine weitere Rahmenvereinbarung betreffend Dienstleistungen (act. 3/9) ab, namentlich hinsichtlich des Beizugs der Beklagten für Fragen des Vertriebs, des Marketings und der Werbung von C.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ Produkten (act. 1 Rz. 7, Rz. 39 ff. und act. 17 Rz. 25, Rz. 32; act. 7 Rz. 20, Rz. 29 und act. 24 Rz. 28).

### **E. 2.4**

Die von der Klägerin mit dem vorliegenden Massnahmebegehren zunächst ebenfalls ins Recht gefasste B1.\_\_\_\_\_ Swiss GmbH (act. 3/10; fortan B1.\_\_\_\_\_ genannt) ist gemäss Angaben der Beklagten die zweite Hauptgesellschaft innerhalb der B.\_\_\_\_\_ Gruppe (act. 7 Rz. 17). Laut dem eingereichten Swissreg-Auszug vom 26. Juli 2017 ist sie Inhaberin u.a. der Marken C.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ (act. 3/11). Es ist unbestritten, dass die B1.\_\_\_\_\_ und die Klägerin am 22. Februar 2013 zwei Lizenzverträge (act. 3/13 und act. 3/14) bezüglich Lizenzierung der Klägerin zur Herstellung und zum Vertrieb von C.\_\_\_\_\_ bzw. G.\_\_\_\_\_ Produkten in Europa mit einer Laufzeit bis 28. Februar 2018 abgeschlossen haben (act. 1 Rz. 8 f., Rz. 40, Rz. 142 und act. 17 Rz. 25; act. 7 Rz. 93 ff., Rz. 117). Dem von der Klägerin mit Eingabe vom 9. Oktober 2017 (act. 32) eingereichten, zwischen ihr und der B1.\_\_\_\_\_ abgeschlossenen Addendum vom 14. September 2017 zu den Lizenzverträgen vom 22. Februar 2013 ist zu entnehmen, dass die B1.\_\_\_\_\_ und die Klägerin für den Zeitraum ab 1. März 2018 einen Beendigungsmechanismus vereinbart haben (act. 33/111; zur Zulässigkeit dieses Novums vgl. nachfolgend unter 3.3.3). In der Erstverfügung vom 31. Juli 2017 wurde auf das Massnahmebegehren gegen die B1.\_\_\_\_\_ nicht eingetreten, da zwischen der Klägerin und der genannten Gesellschaft am hiesigen Handelsgericht bereits ein Hauptsacheverfahren (HG160198) anhängig ist (act. 4 Erw. 3

- 6 - und Dispositiv Ziff. 4). Die Beklagte macht geltend, sie würde seit jeher mit Wissen der Klägerin auch im Auftrag B1.\_\_\_\_\_ agieren, ja sogar deren operatives Geschäft betreiben (act. 7 Rz. 17, Rz. 32 f., Rz. 93, Rz. 97, Rz. 126 und act. 24 Rz. 9 ff., Rz. 15 ff.), was seitens der Klägerin in den Stellungnahmen vom 11. September 2017 und vom 9. Oktober 2017 u.a. unter Hinweis auf die Lizenzverträge und die Rahmenvereinbarung bestritten wird (act. 17 Rz. 6 ff., Rz. 16 ff., Rz. 22 ff. und act. 32 Rz. 3, Rz. 5, Rz. 12 ff., Rz. 38). Von den mit der Stellungnahme vom 11. September 2017 in dieser Hinsicht eingereichten Beilagen (act. 18/90 - 93) sind das bereits vor Verfahrenseinleitung entstandene Schreiben vom 17. Mai 2017 samt Anhängen (act. 18/90) sowie die betreffenden klägerischen Ausführungen nicht zu berücksichtigen (act. 17 Rz. 20, Rz. 30 und act. 32 Rz. 5; dazu die Beklagte act. 24 S. 2, Rz. 7, Rz. 21 ff., Rz. 34). Abgesehen davon wären diese ohnehin nicht relevant. Unabhängig davon, ob die Darstellung der Beklagten zutrifft oder nicht, ist in Bezug auf allfällige gegenüber der B1.\_\_\_\_\_ bzw. deren Organen auszusprechende vorsorgliche Verbote im Verfahren HG160198 zu entscheiden. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass das von der Klägerin ebenfalls erwähnte

Hauptsacheverfahren HG150130 zwischen denselben Parteien, aber mit umgekehrten Parteipollen, mit Urteil vom 2. März 2017 abgeschlossen wurde (act. 1 Rz. 44, Rz. 48; act. 17 Rz. 76; act. 32 Rz. 12). Insoweit die Parteien vorliegend Ausführungen zu den vertraglichen Verpflichtungen der B1.\_\_\_\_\_ aufgrund der mit der Klägerin abgeschlossenen Lizenzverträge machen (Klägerin: act. 1 Rz. 41 ff., Rz. 53 ff., Rz. 68 ff., Rz. 81, Rz. 89 ff., Rz. 98 ff., Rz. 110 ff., Rz. 142 ff., Rz. 150 ff., Rz. 190, Rz. 196 ff.; act. 17 Rz. 45, Rz. 60; act. 32 Rz. 6, Rz. 13 f.; Beklagte: act. 7 Rz. 21, Rz. 25 f., Rz. 60, Rz. 79, Rz. 115 f., Rz. 130 ff., Rz. 149 ff., Rz. 157 ff., Rz. 197 ff.; act. 35 Rz. 6), ist darauf nur insoweit einzugehen, als dies einen Einfluss auf die vertraglichen Verpflichtungen der Parteien des vorliegenden Verfahrens haben kann.

### **E. 2.5**

Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Klägerin würden neben der Beklagten und der B1.\_\_\_\_\_ weitere Gesellschaften innerhalb des "Unternehmenskonglomerates" unter der Leitung von O.\_\_\_\_\_ und dessen Sohn P.\_\_\_\_\_ stehen, so die Q.\_\_\_\_\_ AG, die kürzlich umbenannte Q1.\_\_\_\_\_ AG und die Q2.\_\_\_\_\_ AG (act. 1 Rz. 10 ff., Rz. 38; act. 7 Rz. 96 ff.; Handelsregisterauszüge:

- 7 - act. 3/15 - 18). Auf die Ausführungen der Klägerin zu Handlungen und allfälligen Vertragsverletzungen dieser ins vorliegende Verfahren nicht involvierten Gesellschaften bzw. deren Organe (act. 1 Rz. 74 ff., Rz. 87 ff., Rz. 101 ff., Rz. 118, Rz. 153, Rz. 172; act. 17 Rz. 56, Rz. 59) ist nicht weiter einzugehen. Relevant sind einzig diejenigen Handlungen und allfälligen Vertragsverletzungen, welche gemäss den Ausführungen der Klägerin der Beklagten zuzuordnen sind.

### **E. 2.6**

Es ist unbestritten, dass sich zwischen der Klägerin einerseits und den zur B.\_\_\_\_\_ Gruppe gehörenden Gesellschaften andererseits seit 2015 immer grösser werdende Differenzen entwickelt haben (act. 1 Rz. 47 ff., Rz. 67 ff.; act. 7 Rz. 117 f., Rz. 129 ff.). Die Parteien gingen zunächst übereinstimmend von einer Beendigung der Zusammenarbeit per 28. Februar 2018, dem Ende der Laufzeit der mit der B1.\_\_\_\_\_ abgeschlossenen Lizenzverträge, aus (act. 1 Rz. 52, Rz. 86, Rz. 164 f.; act. 7 Rz. 68, Rz. 117, Rz. 134). Dem zwischen der B1.\_\_\_\_\_ und der Klägerin abgeschlossenen Addendum vom 14. September 2017 zu den Lizenzverträgen ist indessen zu entnehmen, dass die Klägerin und die B1.\_\_\_\_\_ für den Zeitraum ab 1. März 2018 einen Beendigungsmechanismus vereinbart haben, gemäss welchem die Zusammenarbeit faktisch um über ein Jahr verlängert wird, indem der Klägerin von der B1.\_\_\_\_\_ im Wesentlichen das Recht eingeräumt wird, die von den Lizenzverträgen erfassten Markenprodukte bis 31. Dezember 2018 zu produzieren, zu vertreiben und zu verkaufen, bis 31. Januar 2019 erfolgte Bestellungen noch bis 28. Februar 2019 auszuliefern und dannzumal noch im Lager der Klägerin vorhandene Markenprodukte bis 30. Mai 2019 an bestimmte Händler und Distributoren zu verkaufen und bis 30. Juni 2019 an diese auszuliefern, während die B1.\_\_\_\_\_ bzw. eine neue Lizenznehmerin ab 1. Mai 2018 berechtigt ist, die Markenprodukte der F/S Kollektion 2019 zu produzieren und zu verkaufen und ab 1. Februar 2019 auszuliefern (act. 33/111 Ziff. 2 - 4). Weiter ist im Addendum u.a. geregelt, dass die von der Klägerin an die Beklagte zu leistende, monatliche Servicepauschale ab 1. März 2018 entfällt (act. 33/111 Ziff. 8 Abs. 1).

### **E. 2.7**

Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, die Beklagte sei nicht gewillt, ihre vertraglichen Verpflichtungen bis 28. Februar 2018 einzuhalten. Die Be-

- 8 - klagte habe diese Verpflichtungen im Gegensatz zu ihr selber bereits mehrfach verletzt und es würden weitere Vertragsverletzungen drohen. Gemäss klägerischem Standpunkt habe sie vertragliche, wettbewerbsrechtliche und markenrechtliche Ansprüche gegen die Beklagte (act. 1 Rz. 32 ff., Rz. 41, Rz. 50 f., Rz. 67, Rz. 107 ff., Rz. 138, Rz. 150 ff., Rz. 160 ff., Rz. 204 ff.; act. 17 Rz. 5, Rz. 26 ff., Rz. 58 ff.; act. 32 Rz. 30 ff.). Die Beklagte bestreitet jegliche bereits erfolgten oder noch drohenden Vertragsverletzungen. Sie treffe bzw. habe lediglich legitime Handlungen im Hinblick auf den Aufbau ihres Geschäfts für die Zeit nach dem 1. März 2018 getroffen, was die Klägerin u.a. mit dem vorliegenden Massnahmebegehren zu behindern versuche. Im Gegenteil sei es die Klägerin selber, welche ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht einhalte (act. 7 Rz. 13 ff., Rz. 28, Rz. 35, Rz. 100, Rz. 129, Rz. 151 ff., Rz. 169 f., Rz. 186, Rz. 192, Rz. 203, Rz. 205, Rz. 218, Rz. 224, Rz. 228 und act. 24 Rz. 8 f., Rz. 36, Rz. 46, Rz. 63 ff., Rz. 77).

### **E. 3**

Formelles

#### **E. 3.1**

Zuständigkeit

##### **E. 3.1.1**

Die Klägerin hat ihren Sitz in ... [Staat], während sich der Sitz der Beklagten in der Schweiz befindet. Damit liegt der Streitsache ein internationales Verhältnis zugrunde. Im internationalen Verhältnis wird die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte grundsätzlich durch das IPRG geregelt, wobei völkerrechtliche Verträge vorbehalten sind (Art. 1 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IPRG). Sowohl ... [Staat] als Mitglied der Europäischen Union wie auch die Schweiz sind Vertragsstaaten des Übereinkommens vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12).

##### **E. 3.1.2**

Es ist unbestritten, dass die Parteien in Ziff. 11.5 der Rahmenvereinbarung vom 22. Februar 2013 (fortan Rahmenvereinbarung genannt) eine gültige Gerichtsstandsklausel im Sinne von Art. 23 Ziff. 1 LugÜ vereinbart haben, wonach sämtliche aus oder im Zusammenhang mit dem Vertrag entstehenden Streitigkei-

- 9 - ten ausschliesslich durch die zuständigen Gerichte in Zürich entschieden werden sollen (act. 3/9 S. 6).

##### **E. 3.1.3**

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich für die Beurteilung des vorliegenden Massnahmebegehrens ist gegeben (Art. 23 Ziff. 1 LugÜ i.V.m. Art. 10 lit. a IPRG; Art. 6 Abs. 2 und Abs. 5 ZPO i.V.m. § 44 lit. b und § 45 lit. b GOG; bezüglich Streitwert siehe nachfolgend unter 10.2.) und blieb auch unbestritten (act. 1 Rz. 28 ff.; act. 7 Rz. 2, Rz. 113).

#### **E. 3.2**

Anwendbares Recht Der Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht (Art. 116 Abs. 1 IPRG). Gemäss Ziff. 11.4 der Rahmenvereinbarung unterliegt der Vertrag ausschliesslich dem schweizerischen materiellen Recht, unter Ausschluss des internationalen Privatrechts sowie internationaler Verträge (act. 3/9 S. 6). Diese Rechtswahl wurde von den Parteien nicht in Zweifel gezogen.

### **E. 3.3**

#### **Aktenschluss**

##### **E. 3.3.1**

Im summarischen Verfahren ist grundsätzlich kein zweiter Schriftenwechsel vorgesehen. Solange kein solcher angeordnet wird, tritt nach erfolgter Beantwortung des Gesuches Aktenschluss ein. Im Sinne des Replikrechts haben die Parteien zwar die Möglichkeit, sich zu den Eingaben der jeweiligen Gegenpartei nochmals zu äussern, neue Tatsachen und Beweismittel können jedoch nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden. Wer nach Aktenschluss Noven geltend macht, hat diese ohne Verzug vorzubringen und zu begründen, weshalb diese Noven zulässig sein sollen (LEUENBERGER, Die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren gelten sinngemäss für sämtliche andere Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt [Art. 219 ZPO], in: Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Prof. Thomas Sutter-Somm, 2016, S. 389, sowie in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, N 4a und N 17 zu Art. 229 ZPO; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2017, N 10 und N 58 zu Art. 229 ZPO;

- 10 - PAHUD, in: DIKE Kommentar zur ZPO, Art. 197 - 408 ZPO, 2. Aufl. 2016, N 16, N 27 zu Art. 229 ZPO).

##### **E. 3.3.2**

Mit Verfügung vom 25. August 2017 wurde der Klägerin die Gesuchsantwort unter Hinweis auf den eingetretenen Aktenschluss und zur Wahrung des Replikrechts zugestellt (act. 10). Weitere Fristansetzungen - wie von der Klägerin mit Eingabe vom 1. September 2017 beantragt (act. 12) - waren daher nicht angezeigt (vgl. dazu die Erwägungen in der Verfügung vom 4. September 2017 [act. 13] sowie das Urteil des Bundesgerichts 4A\_61/2017 vom 31. August 2017 E. 6.2.2). Welche relevanten Vorbringen der Parteien in Bezug auf die nach Aktenschluss noch eingereichten Eingaben der Klägerin vom 11. September 2017 (act. 17), vom 18. September 2017 (act. 21), vom 22. September 2017 (act. 26) sowie vom 9. Oktober 2017 (act. 32) und der Beklagten vom 22. September 2017 (act. 24) und vom 18. Oktober 2017 (act. 35) sich als unzulässig erweisen, ergibt sich aus den Erwägungen, während als zulässig erachtete Vorbringen und in dieser Hinsicht eingereichte Beilagen in der Regel nicht gesondert erwähnt werden, sondern in die Erwägungen einfließen. Ebenfalls nicht gesondert erwähnt werden irrelevante Ausführungen und dazu eingereichte Beilagen oder blosser Wiederholungen bzw. Präzisierungen der bereits in der ersten Rechtschrift enthaltenen Vorbringen, welche nicht unter Art. 229 Abs. 1 ZPO fallen (KILLIAS, in: Berner Kommentar zur ZPO, Band II, 2012, N 7 zu Art. 229 ZPO).

##### **E. 3.3.3**

Speziell einzugehen ist indessen auf die Frage der Zulässigkeit des von der Klägerin mit Eingabe vom 9. Oktober 2017 eingereichten Addendums zwischen der B1.\_\_\_\_\_ und der

Klägerin vom 14. September 2017 (act. 33/111) und den Ausführungen dazu. Die Beklagte macht in der Stellungnahme vom 18. Oktober 2017 geltend, das Addendum sei von der Klägerin nicht innert zehn Tagen nach Vertragsabschluss vom 19. September 2017 eingereicht worden, weshalb dieses sowie die klägerischen Ausführungen dazu zufolge verspäteten Vorbringens nicht zu berücksichtigen seien (act. 35 S. 2; Rz. 7 f., Rz. 10). Beim Addendum handelt es sich um ein nach Aktenschluss entstandenes, echtes Novum im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO, welches gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO "ohne Verzug" vorzubringen ist. Praxisgemäss bedeutet das Vorbringen oh-

- 11 - ne Verzug innert einer Frist von zehn Tagen, wobei es sich dabei nicht um eine exakte Frist, sondern um die Grössenordnung einer Frist handelt, die unter Würdigung der konkreten Umstände in einer gewissen Bandbreite variieren kann (vgl. dazu PAHUD, a.a.O., N 16 zu Art. 229 ZPO; LEUENBERGER, ZPO-Komm., a.a.O., N 9 und N 9a zu Art. 229 ZPO je m.H.). Ein späteres Vorbringen eines echten Novums als innerhalb von zehn Tagen seit dessen Entstehung bedeutet daher nicht, dass dieses generell nicht mehr zu berücksichtigen wäre (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_61/2017 vom 31. August 2017 E. 6.2.2 und 5A\_155/2013 vom 17. April 2013 E. 1.4). Vorliegend reichte nach Aktenschluss zunächst die Klägerin am 11. September 2017 eine Stellungnahme in Ausübung ihres Replikrechts ein (act. 17), welche der Beklagten mit Verfügung vom 13. September 2017 unter Hinweis auf das Replikrecht zugestellt wurde (act. 19; act. 20/2). Eine weitere Stellungnahme der Klägerin vom 18. September 2017 (act. 21) wurde der Beklagten kommentarlos zugestellt (act. 23). In jenen Tagen wurde zwischen der B1.\_\_\_\_\_ und der Klägerin das Addendum abgeschlossen, welches die Klägerin am 15. September und die B1.\_\_\_\_\_ am 19. September 2017 unterzeichneten (act. 33/111 S. 4). Der Vertreter der B1.\_\_\_\_\_ ist auch der Vertreter der Beklagten im vorliegenden Verfahren, so dass der Beklagten das Wissen ihres Vertreters zuzurechnen ist. Beim Addendum handelt es sich vorliegend um ein wesentliches Novum, was den Parteien ohne Weiteres klar sein musste. Unter diesen Umständen durfte die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Beklagte nach Erlass der Verfügung vom 13. September 2017 bzw. der Zustellung ihrer Eingaben vom 11. und 18. September 2017 an die Beklagte ihrerseits ebenfalls Stellung nehmen und u.a. das Addendum einreichen würde. Die Beklagte nahm mit Eingabe vom 22. September 2017 (act. 24) denn auch Stellung, ging ihrerseits aber nicht auf das drei Tage zuvor abgeschlossene Addendum ein. Diese Stellungnahme wurde der Klägerin zugestellt und am 27. September 2017 von ihr in Empfang genommen (act. 28). Zwar reichte die Klägerin am 22. September 2017 selber eine weitere Stellungnahme ein, in welchem sie das Addendum nicht erwähnte (act. 26), doch wusste sie erst am 27. September 2017, dass die Beklagte das Addendum in ihrer Stellungnahme vom 22. September 2017 nicht thematisiert hatte. Auf die-

- 12 - sen Zeitpunkt bezogen lief die zehntägige Frist zur Einbringung des Novums am Samstag, 7. Oktober 2017 ab, worauf die Klägerin am darauf folgenden Werktag, d.h. am Montag, 9. Oktober 2017, eine weitere Eingabe einreichte, mit welcher sie das Addendum in den Prozess einbrachte und dazu Stellung nahm (act. 32). Unter diesen Umständen ist von einem Vorbringen des Novums ohne Verzug gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO auszugehen. Hinzu kommt, dass die Beklagte das wesentliche Novum in ihrer Stellungnahme vom 22. September 2017 trotz Kenntnis nicht erwähnt hatte. Dazu war sie zwar keineswegs verpflichtet, doch erweist sich ihr nachträglicher Einwand, das in der Folge von der Klägerin innert rund zwanzig Tagen nach dessen Entstehung eingereichte

Novum sei wegen verspäteter Einreichung nicht zu berücksichtigen, als rechtsmissbräuchlich. Zusammenfassend sind das Addendum vom 14. September 2017 (act. 33/111) und die Ausführungen der Parteien dazu (act. 32 Rz. 15, Rz. 19, Rz. 32, Rz. 36 ff.; act. 35 Rz. 11 ff.) vorliegend zu berücksichtigen.

#### **E. 3.4**

Fehlendes Aktenstück Im Massnahmebegehren führt die Klägerin aus, sie reiche eine ungeschwärzte Version des E-Mails eines ihrer Mitarbeiter an H.\_\_\_\_\_ vom 27. Juli 2017 auch als "versiegelte ungeschwärzte Kopie" ein (act. 1 Rz. 132). Im eingereichten Beilagenordner befindet sich an der betreffenden Stelle eine Seite mit der Aufschrift "Beilage 85 Versiegelt als Geschäftsgeheimnis eingereicht" (act. 3/85). Das versiegelte Dokument befindet sich indessen nicht in den Akten. Gemäss einer Nachfrage bei der Beklagten vom 5. September 2017 stimmen ihre Akten in Bezug auf act. 3/85 mit den Gerichtsakten überein (Prot. S. 7). Nachdem das betreffende Aktenstück, welches den von der Klägerin geltend gemachten Produktionsort von R.\_\_\_\_\_ Shirts belegen soll (act. 1 Rz. 131 f.), gemäss den nachfolgenden Ausführungen für die Entscheidungsfindung nicht von Relevanz ist (vgl. 5.1.4.10.), erübrigt es sich, der Klägerin Frist zur Nachreichung desselben anzusetzen.

#### **E. 3.5**

Genügende Bestimmtheit der Rechtsbegehren

- 13 -

##### **E. 3.5.1**

Im Rechtsbegehren hat die klagende Partei den Anspruch zu bezeichnen, den sie gegen die beklagte Partei erhebt. Dabei ist das Rechtsbegehren so bestimmt zu formulieren, dass es bei Gutheissung der Klage vom Gericht unverändert zum Inhalt des Entscheidungsdispositivs erhoben und ohne weitere Verdeutlichung vollstreckt werden kann (KILLIAS, a.a.O., N 8 zu Art. 221 ZPO, PAHUD, a.a.O., N 7 zu Art. 221 ZPO; LEUENBERGER, ZPO-Komm., a.a.O., N 28 zu Art. 221 ZPO; je m.w.H.). Bei Unterlassungsklagen muss das Begehren auf das Verbot eines genau umschriebenen Verhaltens gerichtet sein. Die verpflichtete Partei soll erfahren, was sie nicht mehr tun darf, und die Vollstreckungs- oder Strafbehörden müssen wissen, welche Handlungen sie zu verhindern oder mit Strafe zu belegen haben. Werden diese Behörden mit der Behauptung angerufen, der Beklagte habe eine ihm untersagte Handlung trotz des Verbots des Zivilrichters erneuert begangen, haben sie einzig zu prüfen, ob die tatsächliche Voraussetzung erfüllt ist; dagegen haben sie das Verhalten nicht rechtlich zu qualifizieren. Auch das vorsorgliche Verbot muss demnach so formuliert werden, dass keine materiellrechtlichen Fragen in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden. Zu diesem Zweck hat der Gesuchsteller seinen Verbotsantrag ganz konkret anhand der drohenden Verletzung zu umschreiben (BGE 142 III 587 E. 5.3; BGE 131 III 70 E. 3.3; ZR 116 [2017] Nr. 3 E. 6.1; ZR 111 [2012] Nr. 63 E. 5.1, je m.w.H.). Unklare Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben auszulegen, wobei nicht nur auf den Wortlaut des Begehrens, sondern auch auf die Klagebegründung abzustellen ist. Das Gericht kann demnach ein zu unbestimmtes Rechtsbegehren in seinem Dispositiv allenfalls präzisieren, sofern sich die entsprechende Auslegung eindeutig aus der Gesuchbegründung ergibt. Auf Klagen mit Rechtsbegehren, die – trotz Auslegung – unklar, unvollständig oder unbestimmt sind, ist nicht einzutreten (LEUENBERGER, ZPO-Komm., a.a.O., N 38 ff. zu Art. 221 ZPO m.w.H.; PAHUD, a.a.O., N 8 f. zu Art. 221 ZPO; KILLIAS, a.a.O., N 15 zu

Art. 221 ZPO, je m.w.H.).

### E. 3.5.2

Die Klägerin verlangt im Hauptbegehren von Rechtsbegehren Ziff. 1 im Wesentlichen die Anordnung eines vorsorglichen Verbots gegenüber der Beklagten zur Herstellung und zum Vertrieb von Markenprodukten (i. Sportfunktionsbe-

- 14 - kleidung, einschliesslich Unterwäsche und Socken und ii. Socken und Strümpfe) in Europa (act. 1 S. 2). Sie betont die genügende Bestimmtheit und Vollstreckbarkeit des genannten Rechtsbegehrens. Der Begriff "Markenprodukte" entspreche der Definition von Ziff. 2 der Lizenzverträge, unter Einbezug von weiteren Begriffsdefinitionen in den Lizenzverträgen (act. 1 Rz. 16 ff., vgl. auch Rz. 53 ff., Rz. 155, Rz. 208 und act. 17 Rz. 4). Die Beklagte hält das Rechtsbegehren unter Hinweis auf die diesbezüglichen Erwägungen in der Erstverfügung (act. 4 S. 6 Erw. 6.1) für zu unbestimmt (act. 7 Rz. 5, Rz. 99 ff., Rz. 112).

### E. 3.5.3

Gemäss Ziff. 2 des Lizenzvertrages betreffend die Herstellung und den Vertrieb von C.\_\_\_\_\_ Textilprodukten (fortan C.\_\_\_\_\_ Lizenzvertrag) erteilt die Lizenzgeberin, d.h. die B1.\_\_\_\_\_, der Lizenznehmerin, d.h. der Klägerin, "das auf die Dauer dieses Vertrages befristete, nicht übertragbare Recht, das Vertrags-IP zur Herstellung und zum Vertrieb" "a) der im Anhang 3 von Zeit zu Zeit aufgelisteten Produkte (die "Vertragsprodukte") unter der Marke C.\_\_\_\_\_ und anderen Vertragsmarken (die "Markenprodukte") [...] gemäss den Bedingungen dieses Vertrages zu nutzen [...] (act. 3/13 S. 7 Ziff. 2 lit. a). Der Wortlaut von Ziff. 2 lit. a des Lizenzvertrages betreffend die Herstellung und den Vertrieb von G.\_\_\_\_\_ Produkten (fortan G.\_\_\_\_\_ Lizenzvertrag) ist gleichlautend abgesehen davon, dass es anstatt "C.\_\_\_\_\_" an der betreffenden Stelle "G.\_\_\_\_\_" heisst (act. 3/14 S. 7). Die in Ziff. 2 lit. b der Lizenzverträge aufgeführten "N.\_\_\_\_\_-Produkte" hat die Klägerin vorliegend explizit ausgeklammert (act. 1 Rz. 20, Rz. 27), so dass darauf nicht weiter einzugehen ist. In Ziff. 2 lit. a der Lizenzverträge wird auf Anhang 3 verwiesen. In den eingereichten Unterlagen findet sich dazu lediglich eine Seite, welche abgesehen vom Titel "Anhang 3 C.\_\_\_\_\_ Produkte und entsprechende N.\_\_\_\_\_ Produkte" bzw. "'Anhang 3 Socken und Strümpfe" leer ist (Anhänge 3 von act. 3/13 und act. 3/14). Abgesehen davon lässt die Wendung in Ziff. 2 lit. a "der im Anhang 3 von Zeit zu Zeit aufgelisteten Produkte" darauf schliessen, dass die entsprechende Produktliste wiederkehrenden Änderungen unterworfen ist. In ihren Ausführungen zur Erläuterung des Begriffs "Markenprodukte" nimmt die Klägerin Bezug auf Ziff. 2 der Lizenzverträge und führt zu den dort verwendeten

- 15 - Begriffen die in den Lizenzverträgen aufgeführten Definitionen auf, um namentlich den Begriff "Vertrags-IP" durch die Begriffsdefinitionen von "Vertragsschutzrechte", "Vertragsmarken" und "Vertrags-Know-How" näher zu umschreiben. Diese Definitionen enthalten ihrerseits den Hinweis auf die Anhänge 1 und 2. Während in Anhang 1 die Vertragsmarken jeweils einzeln aufgelistet sind, liegt in Bezug auf Anhang 2 jeweils lediglich eine Seite vor, welche abgesehen vom Titel "Anhang 2 Vertragsschutzrechte [Separate Excel-Liste] leer ist (Anhänge 1 und 2 von act. 3/13 und act. 3/14). Aufgrund des Hinweises auf Ziff. 2 lit. a der Lizenzverträge und die angeführten Begriffsdefinitionen schliesst die Klägerin, dass Markenprodukte definiert würden als "sämtliche Sportfunktionsbekleidung, einschliesslich Unterwäsche und Socken, sowie Socken und Strümpfe jeglicher Art, welche unter Verwendung von Immaterialgüterrechten der

Gesuchsgegnerin hergestellt werden und mit den Marken G.\_\_\_\_\_ oder C.\_\_\_\_\_ versehen sind." (act. 1 Rz. 18 und act. 17 Rz. 4). Diese Schlussfolgerung der Klägerin ist indessen schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil in der relevanten Vertragsbestimmung Ziff. 2 lit. a in den Lizenzverträgen, auf welche das Hauptbegehren von Rechtsbegehren Ziff. 1 Bezug nimmt, die Rede ist von der Marke C.\_\_\_\_\_ bzw. G.\_\_\_\_\_ und anderen Vertragsmarken, mit anderen Worten solche, die eben gerade nicht mit den Marken C.\_\_\_\_\_ bzw. G.\_\_\_\_\_ versehen sind. In dieser Hinsicht besteht ein Widerspruch zwischen dem gestellten Rechtsbegehren und der Begründung desselben. Auch die ineinander verschachtelten Begriffsdefinitionen tragen nichts zur Klärung der Frage bei, welche Produkte unter die "anderen Vertragsmarken" und damit ebenfalls unter die "Markenprodukte" zu subsumieren sind. Selbstredend gilt dies auch für die vorliegenden Seiten mit den Anhängen 2 und 3, wobei in Bezug auf Anhang 3 noch hinzu kommt, dass von wiederkehrenden Änderungen der dort aufgeführten Produkte auszugehen ist. Nichts anderes gilt für die eingereichte Produkteliste "C.\_\_\_\_\_ G.\_\_\_\_\_ Price List AW17 - 18" (act. 3/21), welche gemäss Angaben der Klägerin alle Produkte enthält, welche sie unter den Marken C.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ momentan herstellt und vertreibt (act. 1 Rz. 18), betrifft diese Liste doch wiederum nicht die "anderen Vertragsmarken". Die Klägerin macht denn auch selber geltend, dass in der Produkteliste lediglich ein Teil der "Markenprodukte" enthalten sei (act. 17 Rz. 4) und die Beklagte und die B1.\_\_\_\_\_ in Europa aktuell noch weitere Markenprodukte herstellen und vertreiben würden (act. 1 Rz. 19). Im Ergebnis können die unter das Hauptbegehren von Rechtsbegehren Ziff. 1 zu subsumierenden Produkte weder aufgrund der Klagebegründung noch aufgrund der eingereichten Beilagen eruiert werden, so dass sich dieses als zu unbestimmt erweist. Entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 1 Rz. 20; act. 17 Rz. 4; act. 32 Rz. 37) vermag die Anlehnung des Rechtsbegehrens an die im Vertragstext verwendete Terminologie daran nichts zu ändern (vgl. dazu ZR 116 [2017] Nr. 3 E. 6.3).

#### **E. 3.5.4**

Als unbehelflich erweist sich auch der Hinweis der Klägerin auf Erw. 4.3 im Beschluss vom 23. Januar 2017 im Verfahren HG160198 (act. 1 Rz. 20 und act. 17 Rz. 4), zumal im betreffenden Rechtsbegehren in jenem Verfahren - neben den vorliegend explizit ausgeklammerten "N.\_\_\_\_\_ Produkten" - konkret "C.\_\_\_\_\_ Produkte" sowie "Socken und Strümpfe" genannt werden, während der im vorliegenden Verfahren in Rechtsbegehren Ziff. 1 verwendete Begriff "Markenprodukte" nicht vorkommt und dementsprechend in der zitierten Erwägung auch nicht thematisiert wurde.

#### **E. 3.5.5**

Schliesslich kann die genügende Bestimmtheit des Rechtsbegehrens entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 17 Rz. 4) auch nicht schon deshalb bejaht werden, weil die Klägerin ihr Begehren auf das in der Rahmenvereinbarung enthaltene, gemäss klägerischem Standpunkt umfassende Konkurrenzverbot (act. 3/9 S. 4 Ziff. 6) stützt. Dabei geht es um die Frage, ob in materieller Hinsicht ein Verfügungsanspruch der Klägerin zu bejahen ist, während ein genügend bestimmtes Rechtsbegehren eine vorab zu prüfende Prozessvoraussetzung darstellt.

#### **E. 3.5.6**

Zusammenfassend ist auf das Hauptbegehren von Rechtsbegehren Ziff. 1 mangels genügender Bestimmtheit nicht einzutreten.

### **E. 3.5.7**

Im Übrigen erweisen sich die von der Klägerin gestellten Rechtsbegehren als genügend bestimmt.

### **E. 4**

Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

#### **E. 4.1**

Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Gleichzeitig wird vorausgesetzt, dass eine gewisse zeitliche Dringlichkeit vorliegt. Schliesslich wird die Verhältnismässigkeit der Massnahme vorausgesetzt (KOFMEL EHRENZELLER, in: OBERHAMMER / DOMEJ / HAAS, Kurzkomentar zur ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 4 ff. zu Art. 261 ZPO).

#### **E. 4.2**

Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts schon 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 130 III 321 E. 3.3; BGE 120 II 393 E. 4c; Urteil des Bundesgerichts 4A\_312/2009 vom 23. September 2009 E. 3.6.1, je m.w.H.). Das Gericht darf somit weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stringenten Beweis verlangen. Die Last des Glaubhaftmachens entspricht der Beweislast im ordentlichen Prozess. Der Kläger hat sowohl das Bestehen seines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, dessen Gefährdung oder Verletzung als auch den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft zu machen. Auf der anderen Seite muss die Gegenpartei ihre Einwendungen gegen das Vorliegen der genannten Voraussetzungen ebenfalls nur glaubhaft machen. Schliesslich wird auch das Rechtliche vom Glaubhaftmachen erfasst, womit es das Gericht bei einer summarischen Prüfung der Rechtsfragen bewenden lassen kann (ZÜRCHER, in: DIKE Kommentar zur ZPO, Art. 197 - 408 ZPO, 2. Aufl. 2016, N 5 ff. zu Art. 261 ZPO; HUBER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, N 25 zu Art. 261 ZPO; TREIS, in: Stämpflis Handkommentar zur ZPO, 2010, N 14 ff. zu Art. 261 ZPO).

### **E. 5**

Rechtsbegehren Ziffer 1, Absatz 2 (Eventualbegehren)

#### **E. 5.1**

Verfügungsanspruch

##### **E. 5.1.1**

R.\_\_\_\_\_ Aktion

##### **E. 5.1.1.1**

Es ist unbestritten, dass die Klägerin einen Prototypen auf Basis der C.\_\_\_\_\_ R.\_\_\_\_\_ Technologie herstellte und anlässlich eines Verkaufsevents im Mai 2017 den Distributoren vorstellte. Die umstrittene Frage, ob die Klägerin den genannten Prototypen gemäss klägerischer Darstellung im Wesentlichen auf- grund von Zeichnungen der Beklagten herstellen konnte (act. 1 Rz. 21, Rz. 83 ff. und act. 17 Rz. 72 ff.) oder ob sie dazu gemäss beklagtischer Darstellung erst in der Lage gewesen sei, nachdem sie von der Beklagten überdies physische Muster mit der Strickstruktur in Form von Stoffschläuchen erhalten habe (act. 7 Rz. 59, Rz. 104, Rz. 147, Rz. 187, Rz. 200 und act. 24 Rz. 76), erweist sich vorliegend als irrelevant und kann offen bleiben.

#### **E. 5.1.1.2**

Weiter ist unbestritten, dass P.\_\_\_\_\_ namens der Beklagten am 25. Juli 2017 per E-Mail den mit der Klägerin zusammen arbeitenden Distributoren und Händlern bzw. deren Mitarbeitenden sowie den Mitarbeitenden der Klägerin ein Angebot zum Erwerb des "C.\_\_\_\_\_ F.\_\_\_\_\_ Shirt mit C.\_\_\_\_\_ R.\_\_\_\_\_ Techno- logie" zum Einführungspreis von EUR 19 unterbreitete (fortan "R.\_\_\_\_\_ Aktion"; act. 1 Rz. 107 ff., Rz. 160 ff., Rz. 181, Rz. 199; act. 7 Rz. 10 f., Rz. 49, Rz. 62, Rz. 171). Das genannte E-Mail, deren Absender P.\_\_\_\_\_ unter Hinweis auf die Beklagte als "mailing address" ist, trägt den Titel "Exklusives Einführungsangebot: die revoluti- onäre C.\_\_\_\_\_ R.\_\_\_\_\_ Technologie kennenlernen. Du erhältst 50 % Marketing- Support von C.\_\_\_\_\_". Den C.\_\_\_\_\_ Händlern werden - im Hinblick auf die Markteinführung 2018 - "Samples vom neuen Spitzenmodell des C.\_\_\_\_\_ F.\_\_\_\_\_ Shirt mit R.\_\_\_\_\_ -Technologie" zum Vorzugspreis des Produktmusters von EUR 19 pro Stück (zzgl. Versand und MwSt.) angeboten mit dem Hinweis, dass die "Samples nicht für den Verkauf bestimmt" seien. Es wird darum ersucht, möglichst bis 28. Juli 2017 eine Liste mit den Namen der Händler bzw. deren Mit-  
- 19 - arbeitenden, welche die Produktmuster bestellen wollen und Feedback geben sollten, und der Stückzahl pro Händler zu senden. In einer Klammerbemerkung wird angefügt: "bitte schränkt die Auswahl nicht zu stark ein, wir wollen, dass möglichst viele Händler die neue Technologie erleben und davon erzählen". Der Versand der Produkte wird auf Mitte Oktober 2017 angekündigt (act. 3/69; vgl. auch act. 3/70 in englischer Sprache und die E-Mails mit jeweils identischem Text an verschiedene Empfänger [act. 3/71 - 76]).

#### **E. 5.1.1.3**

Während die Klägerin dies als gross angelegte E-Mailkampagne bezeich- net (act. 1 Rz. 107), betont die Beklagte, dass es sich um ein Angebot an eine begrenzte Anzahl von Händlern und Distributoren gehandelt habe, ein nicht zum Verkauf bestimmtes Muster eines neu entwickelten Produktes, das erst nach Ab- lauf der Verträge mit der Klägerin produziert werde und auf den Markt komme, zu testen und Feedback zu geben, welche Vorgehensweise bei Produktneuheiten üblich sei (act. 7 Rz. 11, Rz. 60 f., Rz. 68, Rz. 172 f., Rz. 209, Rz. 225 und act. 24 Rz. 13 f., Rz. 39, Rz. 42).

#### **E. 5.1.1.4**

Sodann ist unbestritten, dass die Beklagte vor Erlass der Erstverfügung im vorliegenden Verfahren beabsichtigte, das Shirt mit C.\_\_\_\_\_ R.\_\_\_\_\_ Techno- logie (fortan "R.\_\_\_\_\_ Shirt") an der vom 30. August bis 2. September 2017 statt- findenden Messe "S.\_\_\_\_\_ " auszustellen (act. 1 Rz. 134, Rz. 184, Rz. 205; act. 7 Rz. 189; vgl. act. 3/88).

#### **E. 5.1.2**

## Konkurrenzverbot

### E. 5.1.2.1

Gemäss Titelseite der zwischen den Parteien abgeschlossenen Rahmenvereinbarung wird die Klägerin als "Auftraggeberin" und die Beklagte als "Agentur" bezeichnet (act. 3/9 S. 1). Ziffer 6 der Vereinbarung mit dem Titel "Konkurrenzverbot" lautet wie folgt (act. 3/9 S. 4): "Die Agentur verpflichtet sich, der Auftraggeberin sämtliche Aufträge offen zu legen, die zu einer Kollision mit den Interessen der Auftraggeberin führen könnten. Ohne ausdrückliche Einwilligung der Auftraggeberin ist die Agentur nicht berechtigt, für konkurrierende Produkte und/oder Dienstleistungen von konkurrierenden Unternehmen Aufträge irgendwelcher Art anzunehmen. Ausgenommen

- 20 - vom Konkurrenzverbot sind Tätigkeiten der Agentur für Unternehmen, die ausserhalb des Gebietes, für welches die Auftraggeberin exklusive Rechte bezüglich der Herstellung und des Vertriebs von C.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ hat, tätig sind."

### E. 5.1.2.2

Nach Auffassung der Klägerin verletzt die Beklagte mit der R.\_\_\_\_\_ Aktion das Konkurrenzverbot gemäss Ziffer 6 der Rahmenvereinbarung und zudem ihre auftragsrechtliche Treuepflicht (act. 1 Rz. 32, Rz. 34, Rz. 140 f., Rz. 160 ff., Rz. 200, Rz. 206 f.; act. 17 Rz. 24 ff., Rz. 40; act. 32 Rz. 5; Rz. 15 ff., Rz. 22, Rz. 33, Rz. 42 ff.). Der Beklagten verboten seien Tätigkeiten für Unternehmen, welche innerhalb von Europa tätig seien und in irgendeiner Form in Konkurrenz zur Klägerin stünden (act. 1 Rz. 64, Rz. 139, Rz. 191; act. 32 Rz. 11). Unabhängig von den Lizenzverträgen dürfe die Beklagte keine Sportfunktionsbekleidung, einschliesslich Unterwäsche und Socken, sowie Socken und Strümpfe jeglicher Art herstellen und vertreiben, egal mit welchen Marken die Produkte versehen seien (act. 1 Rz. 113, Rz. 116, Rz. 118; act. 17 Rz. 4, Rz. 32, Rz. 62 f., Rz. 71, Rz. 79 f.; act. 32 Rz. 11). Zudem werde das R.\_\_\_\_\_ Shirt unter Verwendung der Marken "C.\_\_\_\_\_" und "D.\_\_\_\_\_" angeboten, was einen Eingriff in die der Klägerin in den Lizenzverträgen eingeräumten Exklusivitätsrechte darstelle (act. 1 Rz. 121, Rz. 149, Rz. 159).

### E. 5.1.2.3

Die Beklagte macht geltend, das Konkurrenzverbot gemäss Rahmenvereinbarung sei aufgrund der R.\_\_\_\_\_ Aktion nicht verletzt worden, da dieses nicht die eigennützige, im eigenen Interesse erfolgende Aktivitäten der Beklagten, sondern nur die Annahme bzw. Ausführung von Aufträgen bzw. Tätigkeiten zugunsten Dritter umfasse (act. 7 Rz. 7, Rz. 11, Rz. 29 f., Rz. 80 f., Rz. 125, Rz. 171, Rz. 178 ff., Rz. 189, Rz. 193 ff., Rz. 225 und act. 24 Rz. 26 ff., Rz. 33 ff., Rz. 44 ff., Rz. 68, Rz. 77). Auch sei die eigennützige Tätigkeit der Beklagten als interne Dienstleisterin für die B1.\_\_\_\_\_ als Inhaberin der Rechte bzw. für andere Gruppengesellschaften aufgrund des Konkurrenzverbots nicht ausgeschlossen (act. 7 Rz. 24 f., Rz. 31, Rz. 37, Rz. 44, Rz. 80 f., Rz. 126 ff., Rz. 181, Rz. 193 f., Rz. 225 und act. 24 Rz. 26 ff., Rz. 34, Rz. 38, Rz. 44 ff.). Die R.\_\_\_\_\_ Aktion sei offensichtlich allein im Interesse der Beklagten und der B1.\_\_\_\_\_ erfolgt, und nicht für einen anderen Vertriebspartner oder Hersteller (act. 7 Rz. 11, Rz. 62,

- 21 - Rz. 80, Rz. 194). Die Beklagte, welche u.a. für die Produktentwicklung verantwortlich sei, habe ein legitimes, eigenständiges, vom jeweiligen Lizenznehmer unabhängiges Interesse an der Positionierung der Marken und Produkte. In diesem eigennützigen

Rahmen benutze und promote die Beklagte seit jeher die Vertrags- marken bzw. die entsprechenden Produkte, so etwa auf ihrer Firmenwebsite www.B.\_\_\_\_.com, ohne dass die Klägerin dagegen jemals irgendwelche Ein- wände erhoben hätte. Die Beklagte habe im Wissen und mit Einverständnis der Klägerin auch selbständig und in eigenem Namen Test- und Promotionsveranstal- tungen durchgeführt, ohne dass die Klägerin in irgendeiner Weise erschienen wä- re (act. 7 Rz. 21 ff., Rz. 31 ff., Rz. 45, Rz. 81, Rz. 93, Rz. 107, Rz. 126 ff. und act. 24 Rz. 26, Rz. 30 ff.).

### **E. 5.1.3**

Vertragsauslegung Haben die Parteien unterschiedliche Auffassungen über den massgeblichen Inhalt eines Vertrages, ist das Gericht aufgerufen, durch Vertragsauslegung das Verein- barte zu ermitteln (SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2016, § 33 N 33.01). Ziel der Vertragsauslegung ist es dabei, in ers- ter Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbe- wiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärun- gen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ih- rem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszuge- hen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste, massgebend (BGE 138 III 659 E. 4.2.1 m.H.; BGE 133 III 61 E. 2.2.1 und 406 E. 2.2). Des Weiteren ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 132 III 626

- 22 - E. 3.1; BGE 129 III 675 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_615/2015 vom 19. Mai 2016 E. 5.1).

### **E. 5.1.4**

Würdigung in Bezug auf das Konkurrenzverbot

#### **E. 5.1.4.1**

Nachdem hinsichtlich des Konkurrenzverbots konkrete Ausführungen zum übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien fehlen und in dieser Hinsicht auch keine Beweisofferten vorliegen, sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen.

#### **E. 5.1.4.2**

In Ziff. 6 der Rahmenvereinbarung werden lediglich in Satz 2 konkrete Anwendungsfälle von möglichen Verstössen der Beklagten gegen das Konkur- renzverbot explizit geregelt. Es geht um die Annahme von Aufträgen durch die Beklagte, woraus erhellt, dass es um die Tätigkeit der Beklagten gemäss lit. B der Präambel geht, nämlich als Agentur, welche für Fragen des Vertriebs, des Marke- ting und der Werbung beigezogen wird. Nicht explizit geregelt sind hingegen an- dere Tätigkeiten der Beklagten, so etwa im Rahmen der vorliegend zu beurteilen- den R.\_\_\_\_ Aktion, welche im Namen der Beklagten durchgeführt wurde. Der Wortlaut von Satz 2 spricht somit für einen engen

Anwendungsbereich des Konkurrenzverbots gemäss dem Standpunkt der Beklagten.

#### **E. 5.1.4.3**

Aus Satz 2, gemäss welchem die Beklagte nicht berechtigt ist, für konkurrierende Produkte und/oder Dienstleistungen von konkurrierenden Unternehmen Aufträge anzunehmen, leitet die Beklagte ab, dass das Konkurrenzverbot nicht die eigennützige, im eigenen Interesse erfolgende Aktivitäten der Beklagten für sich oder für Gesellschaften der B.\_\_\_\_\_ Gruppe, sondern nur die Annahme bzw. Ausführung von Aufträgen zugunsten nicht zum B.\_\_\_\_\_ Konzern gehörender Dritter umfasse. Gemäss dem Standpunkt der Beklagten wäre in Bezug auf die Frage, ob ein Unternehmen konkurrierend gemäss Satz 2 ist, lediglich eine Konkurrenzierung der Beklagten oder anderer Konzerngesellschaften der B.\_\_\_\_\_ Gruppe massgebend. Dass diese Auslegung zu kurz greift, ergibt sich indessen schon aus Satz 1, gemäss welchem die Beklagte Aufträge offen zu legen hat, die zu einer Kollision mit den Interessen der Klägerin führen können. Demgegenüber wird das "eigene Interesse" der Beklagten in Ziff. 6 nirgends er-

- 23 - wähnt. Aber auch die Ausnahme vom Konkurrenzverbot in örtlicher Hinsicht gemäss Satz 3 zeigt die Bezugnahme auf das Tätigkeitsgebiet der Klägerin. Somit spricht schon der Wortlaut von Ziff. 6 in seiner Gesamtheit betrachtet gegen den von der Beklagten geltend gemachten engen Anwendungsbereich.

#### **E. 5.1.4.4**

Wird zudem der Regelungszweck des Konkurrenzverbots zu Gunsten der Klägerin berücksichtigt, so ist klar, dass dieses jeglichen Sinns entleert wäre, wenn es bei einer Tätigkeit im Interesse der Beklagten bzw. im Interesse der zur B.\_\_\_\_\_ Gruppe gehörenden Gesellschaften jeweils nicht zur Anwendung käme. De facto gäbe es diesfalls keinen relevanten Anwendungsbereich für das Konkurrenzverbot, sondern dieses wäre toter Buchstabe, könnte sich die Beklagte doch stets auf das eigene Interesse oder das Interesse von zur B.\_\_\_\_\_ Gruppe gehörenden Gesellschaften berufen, während Tätigkeiten ausschliesslich im Interesse von Dritten praktisch nie gegeben wären. Dass die Parteien ein inhaltsleeres Konkurrenzverbot vereinbaren wollten, ist indessen nicht anzunehmen. Aufgrund der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist davon auszugehen, dass sich der Ausdruck "konkurrierend" nicht alleine auf die Beklagte beziehen kann, sondern auch in Bezug auf die Klägerin gemeint sein muss.

#### **E. 5.1.4.5**

Sodann ist der Klägerin darin beizupflichten (act. 1 Rz. 34, Rz. 46, Rz. 65, Rz. 200; act. 17 Rz. 25; act. 32 Rz. 15, Rz. 19, Rz. 44), dass die aufgrund der Rahmenvereinbarung unbestrittenermassen (act. 7 Rz. 21) an die Beklagte zu leistende Zahlung von EUR 255'005 pro Monat ein weiteres Indiz dafür darstellt, dass eine der wesentlichsten Gegenleistungen das von der Beklagten einzuhaltende Konkurrenzverbot darstellt. Dem Standpunkt der Beklagten, wonach das Addendum keinerlei Rückschlüsse auf das Konkurrenzverbot gemäss Rahmenvereinbarung zulasse (act. 35 Rz. 12 ff.), kann nicht gefolgt werden. Die Regelung im Addendum, wonach die Zahlung von EUR 255'005 pro Monat ab 1. März 2018 entfällt (act. 33/111 Ziff. 8 Abs. 1), ab welchem Zeitpunkt der zwischen der B1.\_\_\_\_\_ und der Klägerin vereinbarte Beendigungsmechanismus gilt, spricht für einen Zusammenhang dieser Zahlungsverpflichtung mit dem Konkurrenzverbot.

#### **E. 5.1.4.6**

In Bezug auf das geltend gemachte Eigeninteresse der Beklagten kommt folgendes hinzu:  
Die Klägerin betont, dass die Beklagte über keinerlei Rechte an

- 24 - den Marken der B1.\_\_\_\_\_ verfüge. Die Nutzung der Marken dieser Gesellschaft durch die Beklagte erfolge aufgrund des Auftragsverhältnisses zwischen der Klä- gerin und der Beklagten (act. 1 Rz. 66, Rz. 154, Rz. 159; vgl. auch act. 32 Rz. 15 ff., Rz. 30). Die Beklagte bezeichnet diesen klägerischen Standpunkt unter Hin- weis auf die Einschränkung der klägerischen Lizenzrechte als offensichtlich falsch (act. 7 Rz. 48, Rz. 81, Rz. 128). Während die Beklagte die B1.\_\_\_\_\_ einerseits wiederholt als Inhaberin der Rechte an den Marken bezeichnet, macht sie ande- rerseits geltend, dass die Rechte an den Marken und Produkten bzw. die diesen zugrunde liegenden Immaterialgüterrechten von der Beklagten als Produkteent- wicklerin jeweils an die B1.\_\_\_\_\_ abgetreten worden seien (act. 7 Rz. 18, Rz. 21, Rz. 49, Rz. 62, Rz. 80 und act. 24 Rz. 18 f.). Die Klägerin bestreitet, dass die Be- klagte die ursprüngliche Inhaberin der genannten Immaterialgüterrechte sei und diese an die B1.\_\_\_\_\_ abgetreten worden seien (act. 17 Rz. 19). Die vorstehende Darstellung der Beklagten erweist sich als widersprüchlich und nicht schlüssig. Dass die im Jahre 2005 gegründete Beklagte die ursprüngliche Inhaberin der Immaterialgüterrechte sei, ist eine unsubstantiierte und unbelegte Behauptung (act. 7 Rz. 18 und act. 24 Rz. 18), welche sich schon aufgrund des Auszugs aus Swissreg, wonach durchwegs die B1.\_\_\_\_\_ als Inhaberin der seit 2002 registrierten Marken genannt wird (act. 3/11), als unglaubhaft erweist. Auch in dem von der Beklagten selber eingereichten Patentportfolio und der aktuellen Patentanmeldung wird stets die B1.\_\_\_\_\_ als Patentinhaberin bzw. -anmelderin genannt. Aber auch die Lizenzverträge, gemäss welchen die B1.\_\_\_\_\_ Lizenzge- berin und die Klägerin Lizenznehmerin ist (act. 3/13 f.), sprechen dagegen. Selbst wenn man aber auf die Darstellung der Beklagten abstellen wollte, wonach ur- sprünglich sie es gewesen sei, welche die Immaterialgüterrechte an die B1.\_\_\_\_\_ abgetreten habe, wäre es wiederum die B1.\_\_\_\_\_ gewesen, welche aufgrund dieser Abtretung Inhaberin der Rechte geworden wäre, in Bezug auf welche die B1.\_\_\_\_\_ der Klägerin mit den Lizenzverträgen Lizenzen einräumte. So oder an- ders und zudem unabhängig vom Umfang der der Klägerin eingeräumten Lizenz- rechte verfügt die Beklagte somit über keinerlei Rechte an den Immaterialgüter- rechten in Bezug auf die vorliegend zur Diskussion stehenden Marken und Pro-

- 25 - dukte, weshalb das Argument des Eigeninteresses an deren Vermarktung auch deshalb ins Leere geht.

#### **E. 5.1.4.7**

Auch aus dem Vorbringen, wonach die Beklagte seit jeher im Wissen und mit Einverständnis der Klägerin in eigenem Namen die Vertragsmarken und -produkte benutze sowie Test- und Promotionsveranstaltungen durchgeführt ha- be, kann die Beklagte nichts für ihren Standpunkt ableiten. Dass die Klägerin während der reibungslosen, einvernehmlichen Zusammenarbeit der Parteien nicht gegen das Vorgehen der Beklagten opponierte, ist ohne Weiteres nachvollziehbar und bedarf keiner näheren Begründung, so dass es sich erübrigt, auf die strittige Frage der Zulässigkeit der in dieser Hinsicht seitens der Klägerin nachgereichten Unterlagen (act. 18/94 - 96) einzugehen (act. 17 Rz. 33, Rz. 42 und act. 32 Rz. 5, Rz. 14, Rz. 17, Rz. 22; act. 24 S. 2, Rz. 7, Rz. 19 f., Rz. 35 f. und act. 35 Rz. 3). Dass das Konkurrenzverbot aufgrund der früheren Einwilligung der Klägerin zu den Handlungen der Beklagten seine Geltung verloren hätte, wird von der Beklag- ten zu Recht nicht vorgebracht. Abgesehen davon ist das Parteiverhalten nach Vertragsabschluss bei der

Vertragsauslegung ohnehin nicht von entscheidender Bedeutung.

#### **E. 5.1.4.8**

Zudem ist die R.\_\_\_\_\_ Aktion entgegen der Darstellung der Beklagten (act. 7 Rz. 62 ff., Rz. 171 ff., Rz. 182, Rz. 213; act. 24 Rz. 13, Rz. 39) nicht als blosse Test- oder Promotionsveranstaltung zu qualifizieren. Zwar werden die R.\_\_\_\_\_ Shirts im Angebot als "Samples" bzw. "Produktmuster" bezeichnet (act. 3/69), doch ist in dieser Hinsicht wesentlich, dass der Adressatenkreis und die Bestellmenge keineswegs beschränkt werden, indem die Adressaten der Aktion mit den Worten "bitte schränkt die Auswahl nicht zu stark ein, wir wollen, dass möglichst viele Händler die neue Technologie erleben und davon erzählen" im Gegenteil zu einer möglichst breit gestreuten Bestellung in beliebiger Anzahl auf- gefordert werden.

#### **E. 5.1.4.9**

Die Beklagte weist weiter darauf hin, dass die R.\_\_\_\_\_ Shirts nicht zum Verkauf bestimmt gewesen seien (act. 7 Rz. 11, Rz. 172 f. und act. 24 Rz. 42). Bei dieser Argumentation wird ausgeblendet, dass gegen Entgelt eine Übereig- nung einer beliebigen Anzahl von R.\_\_\_\_\_ Shirts an Distributoren und Händler

- 26 - bzw. an deren Mitarbeitende erfolgen sollte und daher mit dem Hinweis im Ange- bot "Samples nicht für den Verkauf bestimmt" (act. 3/69) lediglich deren Weiter- verkauf im Detailhandel gemeint sein kann. Angesichts des Verkaufs der R.\_\_\_\_\_ Shirts erweisen sich die umstrittenen Fragen, welchen Umsatz die Beklagte mit der Aktion hätte erzielen können und ob der Verkauf der R.\_\_\_\_\_ Shirts gewinn- bringend gewesen wäre oder nicht, als irrelevant und können offen bleiben (Klä- gerin: act. 1 Rz. 120 ff., Rz. 199; act. 17 Rz. 12, Rz. 36 ff. und act. 32 Rz. 9, Rz. 20 f.; Beklagte: act. 7 Rz. 59, Rz. 63 ff., Rz. 185 und act. 24 Rz. 39 ff.).

#### **E. 5.1.4.10**

Auch der Einwand der Beklagten, wonach die Produktion und Marktein- führung der R.\_\_\_\_\_ Shirts erst nach dem 28. Februar 2018 erfolgen sollte (act. 7 Rz. 61, Rz. 68), geht an der Sache vorbei. Angesichts des Umstandes, dass die Auslieferung der R.\_\_\_\_\_ Shirts im Rahmen der Aktion bereits für Mitte Oktober 2017 angekündigt war (act. 3/69), kann damit nur die serienmässige Produktion für den Detailhandel gemeint sein. Abgesehen davon ist die Klägerin aufgrund des Addendums vom 14. September 2017 nunmehr ohnehin bis Ende Dezember 2018 zur Produktion und zum exklusiven Vertrieb bzw. Verkauf der Markenpro- dukte berechtigt (act. 33/111 Ziff. 2 und Ziff. 3). Angesichts des beabsichtigten Verkaufs der R.\_\_\_\_\_ Shirts in Europa ebenfalls offen bleiben kann die umstrittene Frage, ob die Produktion der Shirts für die R.\_\_\_\_\_ Aktion in Europa und damit innerhalb des exklusiven Vertragsgebiets der Klägerin gemäss den Lizenzverträgen (act. 3/13 f. jeweils Ziff. 3.1 und Anhang 4) erfolgt ist bzw. erfolgen sollte (act. 1 Rz. 110 ff., Rz. 131 ff., Rz. 152 und act. 32 Rz. 9; act. 7 Rz. 75 ff., Rz. 188, Rz. 225).

#### **E. 5.1.4.11**

Schliesslich kann offen bleiben, ob die Beklagte gemäss klägerischem Standpunkt generell keine Sportfunktionsbekleidung, einschliesslich Unterwäsche und Socken, sowie Socken und Strümpfe jeglicher Art herstellen und vertreiben dürfe, egal mit welchen Marken die Produkte versehen seien. Wesentlich ist, dass aufgrund einer Auslegung der Rahmenvereinbarung nach dem Vertrauensprinzip davon auszugehen ist, dass dies

jedenfalls in Bezug auf die wiederholt explizit genannten C.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ Produkte gilt, so u.a. in Satz 3 von Ziff. 6 der Rahmenvereinbarung. Zu den C.\_\_\_\_\_ Produkten gehören u.a. die im Angebot

- 27 - als "C.\_\_\_\_\_ F.\_\_\_\_\_ Shirt mit R.\_\_\_\_\_ -Technologie" (act. 3/69) bezeichneten R.\_\_\_\_\_ Shirts. Nachdem die Klägerin C.\_\_\_\_\_ Produkte herstellt und vertreibt, stellt der Vertrieb bzw. Verkauf von Produkten mit identischer Markenbezeichnung durch die Beklagte eine unter das Konkurrenzverbot fallende Tätigkeit dar. Dies gilt entgegen der Auffassung der Beklagten unabhängig davon, ob dieses spezifische Produkt von den Exklusivitätsrechten der Klägerin gemäss den Lizenzverträgen erfasst wird oder nicht. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist aber ohnehin davon auszugehen, dass die Exklusivitätsrechte der Klägerin gemäss den Lizenzverträgen (act. 3/13 f.), auf welche in der Rahmenvereinbarung verschiedentlich Bezug genommen wird (act. 3/9 Ziff. 1, 3 und 6), mit der R.\_\_\_\_\_ Aktion verletzt wurden.

### **E. 5.1.5**

Exklusivitätsrechte der Klägerin gemäss Lizenzverträgen

#### **E. 5.1.5.1**

Der Umfang der Lizenzerteilung der B1.\_\_\_\_\_ an die Klägerin wird in Ziff. 2 der Lizenzverträge näher umschrieben. Nachdem die Klägerin die in Ziff. 2 lit. b der Lizenzverträge aufgeführten "N.\_\_\_\_\_ -Produkte" explizit ausgeklammert (act. 1 Rz. 20, Rz. 27) hat, ist vorliegend Ziff. 2 lit. a hinsichtlich der "Vertragsprodukte" unter den Marken C.\_\_\_\_\_ bzw. G.\_\_\_\_\_ und anderen Vertragsmarken (die "Markenprodukte") relevant (act. 3/13 f. je S. 7; vgl. zum Wortlaut von Ziff. 2 lit. a der Lizenzverträge vorstehend unter 3.5.3.). Gemäss Ziff. 3.1 der Lizenzverträge wird der Lizenznehmerin die Lizenz für das Vertragsgebiet gemäss Anhang 4 erteilt. Abs. 1 von Ziff. 3.2 mit dem Titel "Exklusivität" lautet wie folgt: "Vorbehaltlich nachfolgender Absätze wird die Lizenzgeberin während der Dauer dieses Vertrages im Vertragsgebiet keine weiteren Vertriebs- und und/oder Produktionslizenzen für Vertragsprodukte erteilen." (act. 3/13 f. je S. 8). In Abs. 1 von Ziff. 6 der Lizenzverträge wird sodann folgendes geregelt: "Während der Dauer dieses Vertrages umfasst die Lizenz alle Weiterentwicklungen der Markenprodukte. Die Erweiterung der Lizenz auf Weiterentwicklungen führt zu keiner Veränderung der Lizenzbedingungen. Nicht erfasst von der Lizenz sind, vorbehaltlich separater Vereinbarung zwischen den Parteien, neuentwickelte Produkte." (act. 3/13 f. je S. 14).

- 28 -

#### **E. 5.1.5.2**

Unter Hinweis auf Ziff. 2, Ziff. 3.1 und Ziff. 3.2 der Lizenzverträge betont die Klägerin, ihr sei in Bezug auf die Marken, welche sie nutzen dürfe, im Vertragsgebiet eine exklusive Produktions- und Vertriebslizenz eingeräumt worden. Dazu gehörten gemäss Anhang 1 der Lizenzverträge u.a. die Marken C.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_. Sämtliche Sportfunktionsbekleidung bzw. Socken und Strümpfe, welche unter den Marken C.\_\_\_\_\_ oder G.\_\_\_\_\_ angeboten würden, fielen unter die Lizenzverträge, also auch R.\_\_\_\_\_. Bis zum 28. Februar 2018 dürfe somit kein anderes Unternehmen in Europa die betreffenden Immaterialgüterrechte nutzen (act. 1 Rz. 53 ff., Rz. 142, Rz. 190; act. 17 Rz. 25, Rz. 64). Die Klägerin vertritt im Wesentlichen den Standpunkt, dass namentlich die

R.\_\_\_\_\_ Aktion eine Verletzung der ihr mit den Lizenzverträgen ein- geräumten Exklusivitätsrechte darstelle (act. 1 Rz. 41, Rz. 144 ff., Rz. 190, Rz. 195 ff.; act. 17 Rz. 24 ff., Rz. 71; act. 32 Rz. 34). Im Addendum vom 14. September 2017 werde die Auffassung der Klägerin in Bezug auf den Umfang ihrer Exklusivitätsrechte bestätigt (act. 32 Rz. 40 ff.).

### **E. 5.1.5.3**

Die Beklagte bestreitet eine Verletzung der Lizenzverträge durch die R.\_\_\_\_\_ Aktion. Sie macht im Wesentlichen geltend, mit den Lizenzverträgen würde der Klägerin keine umfassende, exklusive Markenlizenz betreffend die Marken C.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ oder andere Vertragsmarken oder am sonstigen Ver- trags-IP eingeräumt, sondern nur das Recht, diese zur Herstellung und zum Ver- trieb von Vertragsprodukten zu benutzen. Zudem gehörten nicht sämtliche Klei- dungsstücke zu den Vertragsprodukten. Insbesondere seien gemäss Ziff. 6 Abs. 1 der Lizenzverträge neuentwickelte Produkte davon ausgenommen (act. 7 Rz. 7, Rz. 11 f., Rz. 38 ff., Rz. 74, Rz. 81, Rz. 94 f., Rz. 99, Rz. 119 ff., Rz. 128, Rz. 171, Rz. 178, Rz. 181 ff., Rz. 189, Rz. 196, Rz. 202, Rz. 225 und act. 24 Rz. 28 f., Rz. 44, Rz. 69 ff.). Aus dem Addendum vom 14. September 2017 könne nicht auf die Reichweite der Exklusivitätsbestimmungen in den Lizenzverträgen geschlos- sen werden (act. 35 Rz. 12 ff.).

### **E. 5.1.6**

Würdigung in Bezug auf die Lizenzverträge

- 29 -

#### **E. 5.1.6.1**

Unter Hinweis auf Ziff. 3.2. Abs. 1 der Lizenzverträge (act. 3/13 f. je S. 8) und die Ausführungen zu dieser Vertragsbestimmung in Erw. 8.1. des Beschlus- ses vom 23. Januar 2017 im Verfahren HG160198 macht die Beklagte zusam- mengefasst geltend, dass der B1.\_\_\_\_\_ während der Vertragsdauer lediglich die Erteilung einer Vertriebs- und Herstellungslizenz für Vertragsprodukte an Dritte untersagt sei, nicht aber andere Formen der Zusammenarbeit, so dass für die Nutzung der Vertragsmarken und des sonstigen Vertrags-IP bzw. für Vertriebs- und Herstellungshandlungen durch die B1.\_\_\_\_\_ selber keine Restriktionen be- stünden und demzufolge die Beklagte als interne Dienstleisterin für die B1.\_\_\_\_\_ zu den betreffenden Handlungen ebenfalls berechtigt sei (act. 7 Rz. 42 ff., Rz. 81, Rz. 122 ff., Rz. 128, Rz. 181, Rz. 202 und act. 24 Rz. 28, Rz. 44). Abgesehen da- von, dass in der zitierten Erwägung im Beschluss vom 23. Januar 2017 (vgl. act. 7 Rz. 43) nicht die eigenen Tätigkeiten der B1.\_\_\_\_\_, sondern die Zusammenarbeit mit Dritten thematisiert wird, geht die Argumentation der Beklagten auch deshalb an der Sache vorbei, als vorliegend nicht zur Diskussion steht, dass die B1.\_\_\_\_\_ von den Lizenzverträgen erfasste Produkte selber herstellen und vertreiben wür- de, sondern es geht um die Produktion durch eine nicht näher bezeichnete Dritte und den Vertrieb durch die Beklagte. Zumindest faktisch läuft die R.\_\_\_\_\_ Aktion daher ohne Weiteres auf eine Lizenzerteilung der B1.\_\_\_\_\_ an die Beklagte zum Vertrieb der betreffenden Produkte hinaus. Abgesehen davon ist nicht nachvoll- ziehbar, weshalb die B1.\_\_\_\_\_ während der Geltungsdauer der Lizenzverträge bezüglich eigener Handlungen im Zusammenhang mit der Herstellung und dem Vertrieb von Vertragsprodukten nicht eingeschränkt sein sollte. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Ziff. 3.3 Abs. 1 der Lizenzverträge, wonach die Li- zenzgeberin ausserhalb des Vertragsgebietes frei ist, weitere Vertriebs- und/oder Produktionslizenzen zu

vergeben oder selber tätig zu werden, was darauf schlies- sen lässt, dass dies innerhalb des Vertragsgebiets gerade nicht der Fall ist. Zu- dem ist aufgrund einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip davon auszuge- hen, dass die Einräumung von Exklusivitätsrechten an die Klägerin im Vertrags- gebiet, welche auch die B1.\_\_\_\_\_ als Lizenzgeberin in ihrer Handlungsfreiheit be- schränken, gegen Entrichtung von Lizenzgebühren von der Klägerin an die B1.\_\_\_\_\_ zum zentralen Inhalt der Lizenzverträge gehören. Insoweit die Lizenz-  
- 30 - verträge die B1.\_\_\_\_\_ in ihren Handlungen einschränken, muss dies selbstredend auch für die Beklagte gelten, welche gemäss den vorstehenden Ausführungen über keine Markenrechte verfügt (vgl. 5.1.4.6). In Bezug auf das geltend gemach- te Eigeninteresse gilt das vorstehend unter 5.1.4.4 Ausgeführte analog für die Li- zenzverträge - auch diese wären jeglichen Sinns entleert, wenn Tätigkeiten der B1.\_\_\_\_\_ im eigenen Interesse bzw. im Interesse einer der zur B.\_\_\_\_\_ Gruppe gehörenden Gesellschaft, namentlich der Beklagten, in jedem Fall als vertrags- konform einzustufen wären.

#### **E. 5.1.6.2**

Weiter bringt die Beklagte vor, dass die Nutzung der Vertragsmarken und des sonstigen Vertrags-IP für andere Zwecke als bezüglich des Vertriebs und der Herstellung von Vertragsprodukten nicht von der Exklusivität erfasst seien. Dazu gehörten namentlich eigennützige Marketing- und Promotionsaktivitäten (act. 7 Rz. 45, Rz. 81, Rz. 128, Rz. 181). Wie bereits vorstehend unter 5.1.4.8 f. ausge- führt, ist die R.\_\_\_\_\_ Aktion entgegen der Darstellung der Beklagten nicht bloss als allgemeine Marketingaktion oder Produktpromotion zu qualifizieren, sondern es ist davon auszugehen, dass es um einen Verkauf bzw. Vertrieb von R.\_\_\_\_\_ Shirts ging. Die betreffenden Handlungen fallen daher auch ohne Weiteres unter die nach Auffassung der Beklagten relevante Definition des Begriffs "Vertrieb" (act. 7 Rz. 46, Rz. 105 ff., Rz. 218).

#### **E. 5.1.6.3**

Dass nicht sämtliche Kleidungsstücke von den Lizenzverträgen erfasst sind, spielt vorliegend insofern keine Rolle, als es sich beim R.\_\_\_\_\_ Shirt um ein Produkt mit der Bezeichnung C.\_\_\_\_\_ handelt, welche Marke in Ziff. 2 lit. a des C.\_\_\_\_\_ Lizenzvertrags explizit aufgeführt ist (act. 3/13 S. 7).

#### **E. 5.1.6.4**

Die Beklagte vertritt sodann die Auffassung, bei R.\_\_\_\_\_ handle es sich um eine Neuentwicklung im Sinne von Ziff. 6 Abs. 1 der Lizenzverträge, so dass kein Vertragsprodukt vorliege und die Exklusivitätsrechte der Klägerin nicht tan- giert seien. Zwar werde R.\_\_\_\_\_ aus marketing-technischen Gründen auch unter Bezugnahme auf das bestehende D.\_\_\_\_\_ System vermarktet, da die Kunden diesen Namen bereits kennen würden. Indes sei es eine von der Beklagten kom- plett neu entwickelte Technologie, die mit der bekannten D.\_\_\_\_\_ Technologie

- 31 - nichts gemeinsam habe (act. 7 Rz. 11 f., Rz. 47 ff., Rz. 74, Rz. 81, Rz. 102, Rz. 148, Rz. 178, Rz. 183, Rz. 196, Rz. 225; act. 24 Rz. 69 ff.; act. 35 Rz. 15). Die Klägerin hält dafür, die "C.\_\_\_\_\_ R.\_\_\_\_\_ " Technologie basiere auf der durch die Klägerin seit Jahren benutzten "D.\_\_\_\_\_ Technologie" (act. 1 Rz. 21, Rz. 85). Sie bestreitet das Vorliegen einer Neuentwicklung. Es handle sich um eine Ver- besserung des bestehenden D.\_\_\_\_\_ Systems und damit um eine Weiterentwick- lung im Sinne von Ziff. 6 Abs. 1 der Lizenzverträge (act. 17 Rz. 65 ff.).

#### **E. 5.1.6.5**

Die in Ziff. 6 Abs. 1 von der Lizenzerteilung an die Klägerin ausgenommenen neuentwickelten Produkte werden in den Lizenzverträgen nicht näher definiert, sondern aus Ziff. 6 Abs. 1 ergibt sich lediglich, dass diese von den Weiterentwicklungen der Markenprodukte abzugrenzen sind (act. 3/13 f. je S. 14). Auch die Regelung im letzten Absatz von Ziff. 1 der Rahmenvereinbarung, wonach die technischen Weiter- und Neuentwicklungen von Produkten der Marken G.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ nicht Gegenstand der Rahmenvereinbarung seien (act. 3/9 S. 3), trägt nichts zur Klärung der Frage bei, welches die massgebenden Kriterien zur Unterscheidung von neu- und weiterentwickelten Produkten sind.

#### **E. 5.1.6.6**

Es fällt indessen auf, dass in den relevanten Vertragsbestimmungen im Zusammenhang mit den Weiter- und Neuentwicklungen stets schlicht die Rede von Markenprodukten ist, während Funktionalität oder Technologie nicht thematisiert werden. Dem Vorbringen der Beklagten, wonach im Bereich der Sportfunktionsbekleidung die Neuentwicklung im Bereich der Funktion liegen müsse (act. 24 Rz. 74), kann mit Blick auf den Wortlaut Ziff. 6 Abs. 1 der Lizenzverträge sowie den letzten Absatz von Ziff. 1 der Rahmenvereinbarung daher nicht gefolgt werden. Aber auch eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip dieser Vertragsbestimmungen führt zu keinem anderen Ergebnis: Gerade bei bekannteren Marken wie vorliegend ist davon auszugehen, dass die Kennzeichnung von Produkten mit diesen Marken regelmässig ein gewichtiges Kriterium für den Kaufentscheid der Konsumenten in Bezug auf die betreffenden Produkte darstellt, indem diese bereit sind, dafür einen überdurchschnittlichen Preis zu zahlen, wobei neben erwarteter Qualität und Funktionalität auch Kriterien wie Prestige bzw. der Erwerb eines Statussymbols regelmässig eine nicht zu unterschätzende Rolle spielen dürften. Da-

- 32 - mit in Einklang steht, dass vorliegend die Beklagte gemäss eigener Darstellung R.\_\_\_\_\_ aus marketing-technischen Gründen unter Bezugnahme auf das bestehende D.\_\_\_\_\_ System vermarktet habe. Es liegt auf der Hand, dass die mit den betreffenden Markenprodukten potentiell zu erzielenden Gewinne ein entscheidendes Kriterium für die Modalitäten eines Lizenzvertrages in Bezug auf diese Produkte darstellt. Den Akten ist zu entnehmen, dass mit den C.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ Produkten relativ hohe Margen erzielt werden können (vgl. insbesondere act. 3/21), was sich entsprechend in der Höhe der von der Klägerin zu entrichtenden Lizenzgebühren (act. 3/13 f. je Ziff. 11 S. 20 ff.) und unter der Rahmenvereinbarung an die Beklagte zu leistenden Entschädigung (act 3/9 Ziff. 9 S. 5) niedergeschlagen hat. Auch dies spricht dafür, dass ein neues Markenprodukt gemäss Ziff. 6 Abs. 1 der Lizenzverträge in erster Linie dann vorliegt, wenn dieses eine bis dahin nicht verwendete Markenbezeichnung aufweist, während es nicht entscheidend darauf ankommen kann, ob das betreffende Markenprodukt allfällige neue Funktionalitäten oder Technologien enthält.

#### **E. 5.1.6.7**

Zunächst ist festzuhalten, dass das R.\_\_\_\_\_ Shirt im Rahmen der R.\_\_\_\_\_ Aktion einerseits unter der Markenbezeichnung C.\_\_\_\_\_ und andererseits unter Bezugnahme auf das bereits bekannte D.\_\_\_\_\_ System angeboten wurde. Im Angebot vom 25. Juli 2017 wird das R.\_\_\_\_\_ Shirt als das "neue Spitzenmodell des C.\_\_\_\_\_ F.\_\_\_\_\_ Shirt" angepriesen und als "Klassiker mit neuer Technologie" bezeichnet. Unter den Konditionen wird ausgeführt,

der empfohlene Einzelhandelspreis des neuen, parallel geführten Modells betrage zusätzliche 15 % des aktuellen F.\_\_\_\_\_ T.\_\_\_\_\_ -Shirt (act. 3/69). Gemäss dem Angebot handelt es sich somit um ein neues Modell des F.\_\_\_\_\_ Shirt, was für das Vorliegen einer Weiterentwicklung dieses Produkts spricht. Nachdem es sich beim R.\_\_\_\_\_ Shirt im Wesentlichen um ein neues Modell des F.\_\_\_\_\_ Shirt unter der bereits für das frühere Modell verwendeten Markenbezeichnung handelt, kann offen bleiben, ob dieses gemäss dem Standpunkt der Beklagten eine neu entwickelte Technologie oder gemäss klägerischem Standpunkt die Weiterentwicklung einer bestehenden Technologie enthält.

- 33 -

#### **E. 5.1.6.8**

Zudem wird in der Werbebroschüre zu R.\_\_\_\_\_ diese Technologie als "THE NEXT GENERATION OF C.\_\_\_\_\_ D.\_\_\_\_\_ SYSTEM" bezeichnet und u.a. ausgeführt: "20 years of experience are now ready for the next step" sowie "make the best better". Die Verbesserungen "Improvements" zum bisherigen System werden konkret in Prozenten angegeben (act. 3/22 S. 2 ff.). Dies spricht für das Vorliegen einer technologischen Weiterentwicklung. Demgegenüber sind die von der Beklagten in dieser Hinsicht eingereichten Beilagen nicht geeignet, das Vorliegen einer neuen Technologie glaubhaft zu machen. So liegen lediglich Unterlagen bezüglich der Patentanmeldung von "Sportbekleidung mit wenigstens einer Klimazone" durch die B1.\_\_\_\_\_ vor, während ein Entscheid der zuständigen Behörde aussteht (act. 9/14 ff. und act. 18/109; dazu die Beklagte: act. 7 Rz. 51 f. und act. 24 Rz. 72; die Klägerin: act. 17 Rz. 65 f., Rz. 70). Dass die Unterschiede der beiden Technologien bei einem Vergleich der Abbildungen (act. 3/22 und act. 3/48) evident seien (act. 7 Rz. 53), ist aus Laiensicht nicht nachvollziehbar. Dasselbe gilt für die Ausführungen zur Funktionalität, wonach bei der bisherigen Technologie stegförmige Teilbereiche mit Luft- und Funktionskanälen, bei der neuen Technologie indessen Einzelelemente mit Y-förmigen Klimazonen vorliegen würden (act. 7 Rz. 56 ff.).

#### **E. 5.1.6.9**

Im Ergebnis erscheint glaubhaft, dass es sich beim R.\_\_\_\_\_ Shirt um die Weiterentwicklung eines bisherigen Markenprodukts handelt, so dass die R.\_\_\_\_\_ Aktion die Exklusivitätsrechte der Klägerin gemäss den Lizenzverträgen tangiert.

#### **E. 5.1.7**

Zusammenfassende Würdigung Zusammenfassend ist glaubhaft, dass mit der R.\_\_\_\_\_ Aktion sowohl das Konkurrenzverbot gemäss Rahmenvereinbarung als auch die Exklusivitätsrechte gemäss den Lizenzverträgen verletzt wurden. Damit ist der Verfügungsanspruch in Bezug auf das Eventualbegehren von Rechtsbegehren Ziff. 1 zu bejahen. Ob die R.\_\_\_\_\_ Aktion gemäss den Ausführungen der Klägerin (act. 1 Rz. 150 ff.) zudem eine Widerhandlung gegen das UWG darstellt, kann offen bleiben.

#### **E. 5.2**

Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

- 34 -

#### **E. 5.2.1**

Ein drohender Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO gilt u.a. dann als nicht leicht wieder gutzumachen, wenn dieser bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht mehr ermittelt, bemessen oder ersetzt werden kann. Bei einem drohenden materiellen Schaden ist dies etwa dann der Fall, wenn dieser nur schwer beziffer- und beweisbar ist. Eine Wiederholungsgefahr wird indiziert durch analoge Verletzungen in der Vergangenheit und speziell, wenn eine Verwarnung keine Wirkung gezeitigt hat. Die Wiederholungsgefahr wird zudem vermutet, wenn die beklagte Partei die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens bestreitet (ZÜRCHER, in: DIKE Kommentar zur ZPO, a.a.O., N 20 ff., zu Art. 261 ZPO sowie in: Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Diss. 1998, S. 101 ff.; vgl. auch SPRECHER, in: Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2017, N 16 ff., N 28 ff., N 34 zu Art. 261 ZPO; HUBER, a.a.O., N 20 zu Art. 261 ZPO; je m.H.).

### **E. 5.2.2**

In Bezug auf den drohenden Nachteil macht die Klägerin im Wesentlichen geltend, mit der R.\_\_\_\_\_ Aktion würden ihre Exklusivitätsrechte beschnitten und ihre Marktstellung durch die Beklagte untergraben. Durch die Ankündigung zukünftiger Produkte und deren Verkauf bereits während der Vertragslaufzeit würden die Distributoren und Händler sich mit Bestellungen des aktuellen Sortiments bei der Klägerin zurück halten, so dass die Verkäufe ins nächste Jahr verschoben und die Klägerin auf ihrem Lager sitzen bleiben würde. Weiter würde u.a. die Beklagte versuchen, den ausgezeichneten Ruf der Klägerin in Täuschung des Marktes auf einen neuen Produzenten zu übertragen. Während dieser von der Rufausbeutung profitieren könnte, drohe der Klägerin eine Rufschädigung. Es wäre praktisch unmöglich, den drohenden Schaden nachzuweisen (act. 1 Rz. 35, Rz. 158 ff., Rz. 181, Rz. 187 f.). Die Beklagte bestreitet einen relevanten Nachteil. Die entgangene Marge für die Muster würde sich leicht berechnen lassen (act. 7 Rz. 204 ff., Rz. 227).

### **E. 5.2.3**

Dass die Produktion von R.\_\_\_\_\_ Shirts durch einen anderen in Europa ansässigen Produzenten zur einer Rufausbeutung und Rufschädigung der Klägerin führen könnte, erscheint glaubhaft. Auch der geltend gemachte Rückgang von Verkäufen aufgrund der R.\_\_\_\_\_ Aktion und ein daraus möglicherweise resultie-

- 35 - render, nur schwer beziffer- und beweisbarer Schaden erweisen sich als nachvollziehbar und glaubhaft. Die Argumentation der Beklagten, wonach derselbe Effekt einträte (act. 7 Rz. 208; vgl. auch Rz. 223), wenn die Klägerin gemäss ihrem Angebot im Massnahmebegehren die R.\_\_\_\_\_ Shirts selber herstellen und vertreiben würde (act. 1 Rz. 199, Rz. 202; vgl. auch act. 17 Rz. 13), geht insofern an der Sache vorbei, als dies der Klägerin unter dem Strich einen Gewinn einbringen könnte, was bei einer Produktion und dem Vertrieb durch Dritte unter Verletzung des Konkurrenzverbotes und der klägerischen Exklusivitätsrechte gerade nicht der Fall wäre.

### **E. 5.2.4**

Hinzu kommt, dass das von der Beklagten eingestandene Auftreten der Organe und Mitarbeitenden der B.\_\_\_\_\_ Gruppe im Namen verschiedener Gruppengesellschaften (vgl. etwa act. 7 Rz. 97) und das geltend gemachte Betreiben des operativen Geschäfts der B1.\_\_\_\_\_ durch die Beklagte (act. 7 Rz. 17 ff., Rz. 32 f., Rz. 93, Rz. 126 und act. 24 Rz. 9 ff., Rz. 15 ff.) die Durchsetzung eines allfälligen Schadenersatzanspruchs massiv erschweren könnte.

### **E. 5.2.5**

Nachdem bei Verfahrenseinleitung die Messe S.\_\_\_\_\_ kurz bevorstand, anlässlich welcher die Beklagte die R.\_\_\_\_\_ Shirts auszustellen beabsichtigte (vgl. vorstehend 5.1.1.4), und da die Beklagte die Widerrechtlichkeit der Handlungen im Zusammenhang mit der R.\_\_\_\_\_ Aktion generell bestreitet, ist auch die von der Klägerin geltend gemachte Wiederholungsgefahr zu bejahen (act. 1 Rz. 115, Rz. 119 ff., Rz. 159, Rz. 184, Rz. 187, Rz. 205).

### **E. 5.2.6**

Zusammenfassend wurde der drohende, nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil glaubhaft dargetan.

## **E. 5.3**

Dringlichkeit

### **E. 5.3.1**

Die Dringlichkeit hat sich an der Dauer des erwartenden Hauptprozesses zu messen. Lässt sich dasselbe Ziel durch den richterlichen Endentscheid errei-

- 36 - chen, fehlt es an der Dringlichkeit. Dabei kommt es auf den geltend gemachten primären Realerfüllungsanspruch und nicht auf einen allfälligen, bloss sekundär gegebenen Schadenersatzanspruch an (SPRECHER, a.a.O., N 39, N 46 zu Art. 261 ZPO; HUBER, a.a.O., N 22 zu Art. 261 ZPO m.H.; ZÜRCHER, Der Einzelrichter, a.a.O., S. 88 f. je m.H.).

### **E. 5.3.2**

Der Klägerin ist darin beizupflichten (act. 1 Rz. 164), dass eine ordentliche Klage nicht vor dem 28. Februar 2018 und damit der gemäss Eventualbegehren von Rechtsbegehren Ziff. 1 beantragten maximalen Dauer der beantragten vorsorglichen Massnahme entschieden werden könnte. Die erforderliche Dringlichkeit ist daher zu bejahen.

## **E. 5.4**

Verhältnismässigkeit

### **E. 5.4.1**

Mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip muss eine Massnahme notwendig und angemessen sein und es ist unter den notwendigen die mildeste Massnahme zu wählen. Gemäss Praxis des Bundesgerichts ist eine Interessenabwägung vorzunehmen unter Berücksichtigung der Nachteile, welche sich bei den Varianten Anordnung oder Nichtanordnung der angebehrten Massnahmen für die jeweils betroffene Partei ergeben (BGE 131 III 473 E. 3.2; ZÜRCHER, in DIKE Kommentar zur ZPO, a.a.O., N 33 ff. zu Art. 261 ZPO sowie in: Der Einzelrichter, a.a.O., S. 256 ff.; HUBER, a.a.O., N 23 zu Art. 261 ZPO).

### **E. 5.4.2**

Die Beklagte macht geltend, dass es ihr im Falle der Gutheissung des Massnahmebegehrens faktisch unmöglich wäre, das neue Geschäft für die Zeit nach dem 1. März 2018 vorzubereiten, etwa durch den Aufbau eines neuen Distributionsnetzes oder der Vorbereitung neuer Produkte (act. 7 Rz. 218 ff., Rz. 228). Dem ist entgegen zu halten, dass ungeachtet des legitimen Interesses an der Vorbereitung der Beklagten für die Zeit nach der Vertragsbeendigung die Rahmenvereinbarung und die Lizenzverträge bis zu deren Ablauf

einzuhalten sind. Abgesehen davon ist die Klägerin aufgrund des Addendums vom 14. September 2017 nunmehr ohnehin bis Ende Dezember 2018 zur Produktion und zum exklusiven Vertrieb bzw. Verkauf der Markenprodukte berechtigt (act. 33/111 Ziff. 2 und Ziff. 3).

- 37 -

### **E. 5.4.3**

Dem Standpunkt der Klägerin, wonach die beantragte Massnahme der Einhaltung des vertraglich vorgesehenen Zustandes diene (act. 1 Rz. 189 ff.), kann gefolgt werden. Das beantragte Verbot erweist sich - mit Ausnahme der Androhung einer Busse von CHF 1'000 für jeden Verstoss gegen die Anordnung - als verhältnismässig.

### **E. 5.5**

Inhalt des zu erlassenden Verbots

#### **E. 5.5.1**

Die im Eventualbegehren genannten Bezeichnungen "C. \_\_\_\_\_", "D. \_\_\_\_\_ System", "E: \_\_\_\_\_" sowie "F. \_\_\_\_\_" kommen in der für die Bejahung der Vertragsverletzungen relevanten R. \_\_\_\_\_ Aktion vom 25. Juli 2017 vor (act. 3/69).

#### **E. 5.5.2**

Welche Länder zu Europa gehören, ergibt sich aus dem Massnahmebegehren (act. 1 Rz. 14 f.; vgl. auch Rz. 56 f., Rz. 63 f.) und ist unbestritten (act. 7 Rz. 78, Rz. 99).

#### **E. 5.5.3**

Die Meinungsverschiedenheiten der Parteien in Bezug auf die Definition der Begriffe "herstellen" und "vertreiben" (act. 1 Rz. 22 ff.; act. 7 Rz. 46, Rz. 105 ff.) betreffen irrelevante Details (vgl. auch vorstehend unter 5.1.6.2). Die Begriffe erweisen sich als genügend klar.

#### **E. 5.5.4**

In der Erstverfügung vom 31. Juli 2017 wurde das Verbot auf den Vertrieb durch die Beklagte beschränkt, nachdem ein Verfügungsanspruch in Bezug auf die weiteren der Beklagten zu verbotenden Tätigkeiten ("herzustellen" bzw. "herstellen zu lassen" bzw. "vertreiben zu lassen") nicht glaubhaft erschien (act. 4 E. 6.1 S. 7). Nachdem sich die Beklagte selber als die operativ tätige Hauptgesellschaft der B. \_\_\_\_\_ Gruppe bezeichnet, bei der aktuell sämtliche Mitarbeitenden der Gruppe angestellt seien (act. 7 Rz. 17 ff., Rz. 32 f., Rz. 93, Rz. 97, Rz. 103, Rz. 126 und act. 24 Rz. 9 ff., Rz. 15 ff.), können gestützt auf diese Zugehörigkeit die weiteren Tätigkeiten in das Verbot einbezogen und dieses gegenüber der Erstverfügung entsprechend ausgeweitet werden.

#### **E. 5.5.5**

Nachdem sämtliche Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt sind, ist das gemäss Eventualbegehren von Rechtsbegehren Ziff. 1

- 38 - beantragte Verbot antragsgemäss - mit Ausnahme der Bussenandrohung von CHF 1'000 für jeden Verstoss gegen die Anordnung - zu verfügen.

### **E. 6**

Rechtsbegehren Ziffer 2

## **E. 6.1**

In Rechtsbegehren Ziff. 2 beantragt die Klägerin im Wesentlichen, die Beklagte sei vorsorglich zu verpflichten, auf diversen von ihr betreuten Internetseiten "www.C.\_\_\_\_\_[...]" eine Mitteilung in Bezug auf die B1.\_\_\_\_ zu veröffentlichen (act. 1 S. 2).

## **E. 6.2**

Zur Begründung hat die Klägerin einzig ausgeführt, die aufzuschaltende Kommunikation diene lediglich dazu, die Kunden (Distributoren, Händler, Endkunden) über den aktuellen vertraglichen Zustand in Kenntnis zu setzen. Daraus sei kein Nachteil für die B1.\_\_\_\_ ersichtlich (act. 1 Rz. 193).

## **E. 6.3**

Ausführungen zur Anspruchsgrundlage und den weiteren Voraussetzungen fehlen in Bezug auf dieses Rechtsbegehren, so dass es in dieser Hinsicht an der erforderlichen Glaubhaftmachung mangelt. Zudem geht es um eine Mitteilung namens der B1.\_\_\_\_ und nicht der Beklagten. Nicht nachvollziehbar ist weiter, was die Beklagten mit dem Betrieb der genannten Internetseiten zu tun haben soll. Rechtsbegehren Ziff. 2 ist daher abzuweisen.

## **E. 7**

Rechtsbegehren Ziffer 3

### **E. 7.1**

Parteibehauptungen

#### **E. 7.1.1**

Die Klägerin führt im Wesentlichen aus, u.a. die Beklagte habe versucht, Vertriebsmitarbeitende der Klägerin durch Meetings, E-Mails und Telefonate dazu zu bringen, zur neuen Vertriebsorganisation der B.\_\_\_\_ Gruppe zu wechseln. Konkret habe P.\_\_\_\_ wiederholt den Versuch unternommen, Schlüsselpersonen von der Klägerin abzuwerben, u.a. U.\_\_\_\_, den Verkaufsleiter für Deutschland, mit seinem ganzen Team. Diese Kontaktaufnahmen würden die Mitarbeitenden der Klägerin verunsichern und dadurch deren Geschäftstätigkeit behindern. Damit die Klägerin das von ihr aufgebaute Vertriebsnetz - und insbesondere die eigenen Mitarbeitenden - vor den "Avancen" u.a. der Beklagten schützen könne, sei die

- 39 - Kommunikation auf die innerhalb der Klägerin zuständigen Personen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3 einzuschränken, welche sämtliche anfallenden Arbeiten erledigen oder weiter verteilen würden (act. 1 Rz. 36, Rz. 94 ff., Rz. 173 ff., Rz. 183, Rz. 194, Rz. 205, Rz. 208 und act. 17 Rz. 47 ff., Rz. 80; act. 32 Rz. 4, Rz. 23 ff.). Nach Auffassung der Klägerin stellen die Abwerbungsversuche durch die Beklagte sowohl eine Verletzung der auftragsrechtlichen Treuepflicht als auch einen Verstoss gegen das UWG dar (act. 1 Rz. 32 f., Rz. 151 und act. 32 Rz. 29).

#### **E. 7.1.2**

Die Beklagte bestreitet die Abwerbungsversuche. Bis heute habe sie keinem Mitarbeitenden der Klägerin bzw. deren Ländergesellschaft ein Angebot für eine Anstellung gemacht. Vielmehr hätten sich verschiedene Mitarbeitende aufgrund der unsicheren Zukunftsaussichten selber aktiv darum bemüht, nach Vertragsbeendigung bei den Marken C.\_\_\_\_ bzw. G.\_\_\_\_ bleiben zu dürfen, so auch U.\_\_\_\_, der verschiedene

Anbiederungsversuche unternommen habe. Richtig sei einzig, dass man mit U.\_\_\_\_\_ im Gespräch gewesen sei und ihm eine Perspektive habe bieten wollen, wobei die Initiative von ihm ausgegangen sei und er sich aktiv und wiederholt um eine Anstellung bemüht habe. Ein konkretes Angebot sei ihm oder anderen Mitarbeitern der Klägerin aber nie unterbreitet worden, schon gar nicht für die Zeit vor Beendigung des Rahmenvertrages per 28. Februar 2018 (act. 7 Rz. 16, Rz. 82 ff., Rz. 154 ff., Rz. 199, Rz. 215, Rz. 226; act. 24 Rz. 50 ff.). Die Beklagte bestreitet einen Verstoß gegen das UWG und eine Verletzung ihrer vertraglichen Pflichten. Auch die auftragsrechtliche Treuepflicht verlange keine generelle Interessenwahrung, geschweige denn für die Zeit nach Ablauf eines Vertrages (act. 7 Rz. 91, Rz. 156, Rz. 199, Rz. 226 und act. 24 Rz. 59).

- 40 -

## **E. 7.2**

Würdigung

### **E. 7.2.1**

Die Beklagte räumt Gespräche mit Mitarbeitenden der Klägerin bzw. deren Ländergesellschaften bezüglich eines Wechsels dieser Mitarbeitenden zur B.\_\_\_\_\_ Gruppe ein. Sie bestreitet lediglich, dass die Initiative dafür von ihr ausgegangen sei.

### **E. 7.2.2**

In Bezug auf U.\_\_\_\_\_ liegt zunächst sein E-Mail vom 28. Juli 2017 an H.\_\_\_\_\_ von der Klägerin vor, in welchem er die Abwerbungsversuche seitens O.\_\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_\_ schildert (act. 3/61). Der Beklagten ist darin beizupflichten (act. 24 Rz. 53), dass es aufgrund des Datums kurz vor Einleitung des Massnahmenbegehrens naheliegend erscheint, dass U.\_\_\_\_\_ dieses E-Mail auf Aufforderung der Klägerin verfasste, so dass diesem von vornherein nur eine äusserst geringe Beweiskraft zukommen kann. Als aussagekräftiger erweist sich hingegen das E-Mail von U.\_\_\_\_\_ an O.\_\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_\_ vom 30. Juni 2017 sowie die Antwort von P.\_\_\_\_\_ vom 2. Juli 2017 (act. 3/62). Zur zukünftigen Zusammenarbeit nach der allfälligen Beendigung der Verträge mit der Klägerin ab 1. März 2018 schrieb U.\_\_\_\_\_ u.a.: "Vielen Dank für das Vertrauen in meine Person und meinen Team! Aber wie geht der Vertrieb in Zukunft weiter?" und schliesslich "Aus diesen besagten Gründen, werde ich auch in Zukunft für A.\_\_\_\_\_ arbeiten. Hoffe ihr habt für meine Entscheidung Verständnis". Darauf antwortet P.\_\_\_\_\_ u.a.: "Das ist schade denn wie schon gesagt schätzen wir Deinen Einsatz für unseren Marken und wollten dir eine Perspektive bieten die deine Arbeit der letzten Jahre würdigt [...] Die Sache ist doch die, wenn H.\_\_\_\_\_ den Vertrag mit C.\_\_\_\_\_ nicht unterschreibt, dann bist Du doch realistisch gesehen deinen Vertrag los. Denn was willst Du dann von A.\_\_\_\_\_ verkaufen?" Der Inhalt dieser E-Mailkonversation fügt sich ohne Weiteres in die Darstellung der Klägerin ein, wonach es seitens O.\_\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_\_ einen Abwerbungsversuch von U.\_\_\_\_\_ und dessen Team gegeben habe, zumal P.\_\_\_\_\_ auf die Absage von U.\_\_\_\_\_ mit Bedauern und Unverständnis reagierte. Dass gemäss beklagter Darstellung es U.\_\_\_\_\_ gewesen sei, der die Initiative ergriffen haben soll, passt demgegenüber nicht zu den Ausführungen von U.\_\_\_\_\_ und der Reaktion von P.\_\_\_\_\_. Aufgrund dieser E-Mailkonversation erscheint glaubhaft, dass es ca. im Juni 2017

- 41 - seitens O.\_\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_\_ einen Abwerbungsversuch von U.\_\_\_\_\_ und dessen Team gab, bei welchem die Initiative von O.\_\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_\_ ausgegangen war.

### **E. 7.2.3**

Die seitens der Beklagten in dieser Hinsicht eingereichten E-Mails (act. 9/25 - 27) vermögen an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Das E-Mail von U.\_\_\_\_\_ vom 28. Juni 2017, in welchem er ein E-Mail von H.\_\_\_\_\_ von der Klägerin an O.\_\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_\_ weiterleitet mit dem Ersuchen, dieses absolut vertraulich zu behandeln, ansonsten er sich mit seinem Handeln in "Teufelsküche" bringe (act. 9/27), wirkt zwar tatsächlich wie ein Anbiederungsversuch von U.\_\_\_\_\_. Indessen ist hier die zeitliche Einordnung relevant: Offenbar verfasste U.\_\_\_\_\_ dieses E-Mail in der Phase, als er einen Wechsel zur B.\_\_\_\_\_ Gruppe in Erwägung zog. Seine Absage erfolgte indessen zwei Tage später mit E-Mail 30. Juni 2017, worauf P.\_\_\_\_\_ am 2. Juli 2017 sein Bedauern und Unverständnis über die Absage von U.\_\_\_\_\_ zum Ausdruck brachte (act. 3/62). Aus dem E-Mail von V.\_\_\_\_\_ vom 18. August 2017 geht lediglich hervor, dass gemäss seiner Einschätzung aufgrund eines Gesprächs mit U.\_\_\_\_\_ vom 30. Mai 2017 dieser darauf abziele, ein Angebot für die Zeit auch nach Vertragsbeendigung mit A.\_\_\_\_\_ zu erhalten, weiterhin für die Marke C.\_\_\_\_\_ tätig sein zu können (act. 9/25). Dass U.\_\_\_\_\_ im Gespräch mit V.\_\_\_\_\_ möglicherweise diesen Eindruck erweckte, bedeutet indessen noch nicht, dass er tatsächlich entsprechend aktiv geworden wäre. Dasselbe gilt für das E-Mail von W.\_\_\_\_\_ vom 22. August 2017, in welchem dieser ausführt, U.\_\_\_\_\_ habe sich bereits seit längerem darum bemüht bei B.\_\_\_\_\_ Fuss zu fassen (act. 9/26). Dagegen spricht die E-Mailkonversation vom 30. Juni bzw. 2. Juli 2017 (act. 3/62). Abgesehen davon sprechen sowohl die Versanddaten als auch der Inhalt der E-Mails von V.\_\_\_\_\_ und von W.\_\_\_\_\_ dafür, dass diese eigens zur Einreichung im vorliegenden Verfahren veranlasst wurden, weshalb der Beweiswert dieser E-Mails als höchst gering erscheint.

- 42 -

### **E. 7.2.4**

Nachdem der Abwerbungsversuch von U.\_\_\_\_\_ und dessen Team auf Initiative der Beklagten bereits aufgrund der mit dem Massnahmebegehren eingereichten Unterlagen glaubhaft erscheint, kann die strittige Frage offen bleiben, ob das E-Mail von U.\_\_\_\_\_ vom 7. September 2017 (act. 18/101) sowie die Ausführungen der Klägerin dazu (act. 17 Rz. 47 ff.) die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllen (act. 24 S. 2, Rz. 7, Rz. 50 ff.; act. 32 Rz. 4, Rz. 23 ff.).

### **E. 7.2.5**

Auf die zwischen den Parteien abgeschlossene Rahmenvereinbarung (act. 3/9) kommt in erster Linie Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) zur Anwendung. Die auftragsrechtliche Treuepflicht im Sinne von Art. 398 Abs. 2 OR bedeutet für den Beauftragten, sein Verhalten angesichts der Fremdnützigkeit des Auftrags dem Interesse des Auftraggebers unterzuordnen. Mit der Treue im Sinne einer generellen Interessenwahrung ist gemeint, dass der Beauftragte alles zu tun hat, was zur Erreichung des Auftragserfolges erforderlich sein kann, und alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber Schaden zuzufügen vermöchte (WEBER, in: Basler Kommentar zu OR I, 6. Aufl. 2015, N 8 zu Art. 398 OR m.H.).

### **E. 7.2.6**

Der Abwerbungsversuch von Mitarbeitenden einer der Ländergesellschaften der Klägerin seitens der Beklagten ist als Verstoss gegen die auftragsrechtliche Treuepflicht zu qualifizieren. Dies gilt umso mehr, als die Rahmenvereinbarung ein ausdrückliches Konkurrenzverbot enthält (act. 3/9 Ziff. 6 S. 4). Entgegen dem Standpunkt der Beklagten

handelt es sich bei der Treuepflicht um eine die Auftragsbeendigung grundsätzlich überdauernde Pflicht (WEBER, a.a.O., N 8 zu Art. 398 OR), weshalb der sinngemässen Argumentation der Beklagten, wonach es ohnehin nur auf eine Abwerbung für den Zeitraum bis 28. Februar 2018 ankommen könne (act. 7 Rz. 156; act. 24 Rz. 59), nicht gefolgt werden kann. Abgesehen führt der Abschluss des Addendums vom 14. September 2017 (act. 33/111) zumindest faktisch zu einer Verlängerung der Zusammenarbeit der Parteien über den 28. Februar 2018 hinaus.

#### **E. 7.2.7**

Nachdem der Verfügungsanspruch aufgrund der Verletzung der aus der Rahmenvereinbarung fliessenden Treuepflicht zu bejahen ist, kann offen bleiben,

- 43 - ob das Verhalten der Beklagten zugleich eine Widerhandlung gegen das UWG darstellt.

#### **E. 7.3**

Weitere Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen

##### **E. 7.3.1**

Dass die Abwerbung von Mitarbeitenden der Klägerin und deren Länder- gesellschaften gemäss den Ausführungen der Klägerin (act. 1 Rz. 36, Rz. 158, Rz. 173 ff., Rz. 182) zu einem schwer beziffer- oder beweisbaren Schaden führen könnte, erscheint ohne Weiteres glaubhaft. Auch die Wiederholungsgefahr ist angesichts der bestrittenen Widerrechtlichkeit des beklagtischen Verhaltens sowie der - ungeachtet der Anordnung in Dispositiv Ziff. 2 der Erstverfügung (act. 4 S. 10) - erfolgten weiteren Kontaktaufnahmen seitens der Beklagten (act. 18/106; act. 22; act. 27; act. 33/113; vgl. dazu aber auch nachfolgend unter 7.4.4) zu be- jahren.

##### **E. 7.3.2**

Das mit der beantragten Massnahme angestrebte Ziel könnte mit Blick auf die zu erwartende Dauer eines Hauptsacheverfahrens mit einem Endent- scheid nicht innert nützlicher Frist erreicht werden, weshalb auch die Dringlichkeit gegeben ist.

##### **E. 7.3.3**

Schliesslich ist auch die Verhältnismässigkeit der beantragten Anordnung grundsätzlich zu bejahen. Auf die konkrete Ausgestaltung derselben ist nachfol- gend näher einzugehen.

#### **E. 7.4**

Konkrete Ausgestaltung der Anordnung

##### **E. 7.4.1**

Nachdem sämtliche Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Mass- nahmen erfüllt sind, ist Rechtsbegehren Ziff. 3 im Grundsatz gutzuheissen. Indes- sen sind in Bezug auf die konkrete Ausgestaltung der Anordnung Modifikationen vorzunehmen.

##### **E. 7.4.2**

Wie bereits in der Erstverfügung vom 31. Juli 2017 ausgeführt, könnten unter die Kategorie der in Rechtsbegehren Ziff. 3 genannten "Vertriebsgesell- schaften" auch ausserhalb der Konzernstruktur der Klägerin stehende Vertriebs- partner fallen, mit welchen der Beklagten die Kontaktaufnahme nicht verboten

- 44 - werden kann (vgl. act. 4 Erw. 6.1 S. 7). Die Anordnung ist daher wiederum auf den Kontakt mit Mitarbeitenden der Klägerin und deren Ländergesellschaften zu beschränken.

#### **E. 7.4.3**

Die Beklagte führt aus, dass die Mitarbeitenden der Parteien und der Distributoren der Klägerin seit jeher stets im engen und direkten Kontakt gestanden und freien Zugang zu allen relevanten Informationen gehabt hätten (act. 7 Rz. 136 ff., Rz. 145, Rz. 198, Rz. 219 f.). Als Beleg reicht sie eine Sammlung von E Mails bezüglich der direkten Kontaktierung durch Mitarbeitende der Klägerin, deren Ländergesellschaften und Distributoren ein (act. 9/30). Weiter weist die Beklagte darauf hin, dass es einige persönliche Freundschaften zwischen Mitarbeitenden der Parteien gebe (act. 7 Rz. 219). Die Klägerin räumt ein, dass sie in der Vergangenheit die direkte Kommunikation ihrer Mitarbeitenden mit jenen der Beklagten toleriert habe, zumal sie davon ausgegangen sei, dass es bei diesen Kontakten um die Abwicklung operativer Fragen und nicht um die Abwerbung ihrer Mitarbeitenden gehe. Aufgrund der superprovisorischen Anordnung gemäss Erstverfügung vom 31. Juli 2017 sei den Mitarbeitenden der Klägerin mit E-Mail vom 4. August 2017 (act. 18/103) der direkte Kontakt indessen untersagt worden (act. 17 Rz. 53 f.; act. 32 Rz. 27).

#### **E. 7.4.4**

Dass die von der Klägerin vorgebrachten "neuen Vorfälle" von Kontaktaufnahmen seitens der Beklagten (act. 17 Rz. 57, act. 21; act. 26; act. 32 Rz. 26 ff., Rz. 47 ff.) einen Zusammenhang mit Abwerbungsversuchen hätten, ist entweder eine blosser Behauptung der Klägerin (vgl. act. 18/106), welche seitens der Beklagten substantiiert und glaubhaft bestritten wurde (act. 24 Rz. 57 ff. mit Hinweis auf act. 25/36 ff. sowie act. 35 Rz. 18), oder im Gegenteil offenkundig nicht der Fall (vgl. act. 22; act. 27; act. 33/113). Zwar erfolgte in der superprovisorischen Anordnung gemäss Dispositiv Ziff. 2 der Erstverfügung keine Differenzierung, so dass grundsätzlich jegliche Kontaktaufnahme seitens der Beklagten mit Mitarbeitenden der Klägerin und deren Ländergesellschaften einen Verstoß gegen die Anordnung darstellt, was entgegen der Auffassung der Klägerin aber nicht die sinngemäss beantragte Androhung der "Auferlegung einer zusätzlichen Busse für jeden Verstoß" (act. 17 Rz. 57; act. 32 Rz. 50) rechtfertigen würde.

- 45 -

#### **E. 7.4.5**

Die vorliegend auszusprechende Anordnung ist gegenüber der superprovisorischen Anordnung insoweit einzuschränken, als damit bezweckt wird, direkte Kontaktaufnahmen seitens der Beklagten zur Abwerbung von Mitarbeitenden der Klägerin und deren Ländergesellschaften zu unterbinden. Andererseits soll die Anordnung nicht einfach mit dem Hinweis auf einen anderen Zweck der Kontaktaufnahme umgangen werden können. Dementsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, mit den Mitarbeitenden der Klägerin und den Mitarbeitenden der Ländergesellschaften der Klägerin jeweils nur dann Kontakt aufzunehmen bzw. zu kommunizieren, wenn dazu vorgängig das schriftliche Einverständnis von H.\_\_\_\_ und/oder I.\_\_\_\_ und/oder J.\_\_\_\_ und/oder K.\_\_\_\_ vorliegt. Von der Androhung der Bestrafung auszunehmen sind einerseits Fälle, in welchen in geschäftlichen Angelegenheiten das Einverständnis zur Kontaktaufnahme bzw. Kommunikation von den genannten Personen ohne schriftliche Begründung verweigert wird. Dies bedeutet, dass das Einverständnis in geschäftlichen Angelegenheiten zwar stets verweigert werden kann, dies aber schriftlich zu begründen ist, welche Begründung im

Hinblick auf eine allfällige Bestrafung der Organe der Beklagten im Einzelfall relevant sein kann. Andererseits sind Fälle auszunehmen, in welchen in privaten Angelegenheiten das Einverständnis zur Kontaktaufnahme bzw. Kommunikation von den genannten Personen verweigert wird. Mit anderen Worten hat die Verweigerung des Einverständnisses in privaten Angelegenheiten stets folgenlos zu bleiben.

#### **E. 8**

Fazit Da sämtliche Voraussetzungen gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO glaubhaft gemacht wurden, sind die superprovisorisch angeordneten Massnahmen gemäss Dispositiv Ziff. 1. und 2. der Erstverfügung vom 31. Juli 2017 mit den vorstehend dargelegten Modifikationen als vorsorgliche Massnahmen zu bestätigen.

- 46 - Im übrigen ist das Massnahmebegehren abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 9**

Prozessfortgang Der Klägerin ist Frist anzusetzen, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen. Bei Säumnis würden die entsprechende Anordnungen ohne Weiteres dahinfallen (Art. 263 ZPO).

#### **E. 10**

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 200'000.00.

- 51 - Zürich, 25. Oktober 2017 Handelsgericht des Kantons Zürich Einzelgericht  
Gerichtsschreiberin: Helene Lampel

#### **E. 10.1**

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

#### **E. 10.2**

Die Klägerin geht von einem Streitwert in der Höhe von mindestens CHF 200'000 aus (act. 1 Rz. 32 ff.), während die Beklagte diesen mit der Begründung, dass der Klägerin lediglich allenfalls die Möglichkeit entgehe, die Muster für die R. \_\_\_\_\_ Aktion herzustellen, für deutlich tiefer hält (act. 7 Rz. 4, Rz. 113, Rz. 211). Besteht über die Höhe des Streitwerts Uneinigkeit, bestimmt das Gericht diesen nach freiem, d.h. pflichtgemäßem Ermessen. In Bezug auf den Streitwert u.a. hinsichtlich markenrechtlicher Unterlassungsansprüche ist in erster Linie das klägerische Interesse an der Durchsetzung des Unterlassungsgebotes monetär zu gewichten. In der Praxis wird regelmässig von einem Mindeststreitwert von CHF 100'000, sicher aber nicht weniger als CHF 50'000 ausgegangen, bei Zeichen von mittlerer Bedeutung von einem Streitwert von CHF

250'000 bis CHF 500'000 und bei sehr bedeutenden bzw. bekannten Marken unter Umständen auch von einem Streitwert über CHF 1 Mio. (FRICK, in: Basler Kommentar

- 47 - zum Marken- und Wappenschutzgesetz, 3. Aufl. 2017, N 87 ff. vor Art. 51a-60 MSchG m.H.; ZÜRCHER, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechtsprozess, in: sic! 7/8 2002, S. 494 ff. und S. 505 m.H., vgl. auch in: Der Einzelrichter, a.a.O., S. 142 ff.). Vorliegend kann von Unterlassungsansprüchen hinsichtlich relativ bekannter Zeichen und somit zumindest von solchen mit mittlerer Bedeutung ausgegangen werden. Zudem blendet die beklagte Argumentation aus, dass die R.\_\_\_\_\_ Aktion lediglich eine von mehreren vorliegend relevanten Themen bildet. Mit Blick auf die verschiedenen von der Klägerin gestellten Rechtsbegehren und des Umstandes, dass die Klägerin der Beklagten gestützt auf die Rahmenvereinbarung unbestrittenermassen monatlich EUR 255'005 zu bezahlen hat (act. 1 Rz. 34, Rz. 46, Rz. 65, Rz. 200 und act. 17 Rz. 25; act. 7 Rz. 21, Rz. 117 f., Rz. 125 ff.; vgl. auch die Rechnung vom 28. Februar 2017: act. 3/30), ist ohne Weiteres von dem in der Erstverfügung auf CHF 200'000 geschätzten Streitwert (act. 4 S. 9 Erw. 7) auszugehen.

### **E. 10.3**

Die Gerichtsgebühr ist unter Berücksichtigung des erheblichen Zeitaufwandes des Gerichts auf rund drei Viertel der Grundgebühr bzw. CHF 10'000.00 festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG). Während die Klägerin in Bezug auf das Hauptbegehren von Rechtsbegehren Ziff. 1 und hinsichtlich des Rechtsbegehrens Ziff. 2, welches vorliegend von marginaler Bedeutung ist, unterliegt, obsiegt sie in Bezug auf das Eventualbegehren von Rechtsbegehren Ziff. 1 vollumfänglich und hinsichtlich Rechtsbegehren Ziff. 3 in den wesentlichen Punkten. Es erscheint daher angemessen, in Bezug auf das vorliegende Massnahmeverfahren von einem Unterliegen der Klägerin im Umfang von 50 % auszugehen. In diesem Umfang sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 106 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 111 Abs. 1 ZPO). Gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO ist die definitive Regelung der Gerichtskosten im restlichen Umfang von 50 % dem Hauptsachegericht vorzubehalten und teilweise aus dem klägerischerseits geleisteten Kostenvorschuss und im Übrigen von der

- 48 - Klägerin zu beziehen. Nur für den Fall, dass die Anordnung wegen Nichtanhängigmachens des Prozesses dahinfallen sollte, ist für den Kostenanteil von CHF 5'000.00 eine definitive (wenn auch bedingte) Anordnung zu treffen. Die Kosten sind der (diesfalls unterliegenden) Klägerin aufzuerlegen, womit der Kostenbezug definitiv würde.

### **E. 10.4**

Nachdem nicht feststeht, zu welchem Anteil die Parteien definitiv obsiegen bzw. unterliegen, ist über den Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung in einem allfälligen Hauptsacheprozess zu befinden. Wiederum ist für den Eventualfall, dass die Anordnung wegen Nichtanhängigmachens des Prozesses dahinfallen sollte, eine von der Klägerin an die Beklagte zu leistende Entschädigung festzulegen. Bezüglich des Antrags der Beklagten auf Zusprechung der Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 7 S. 2 Ziff. 3 sowie act. 24 S. 2 Ziff. 3 und act. 35 S. 2 Ziff. 3) ist grundsätzlich auf das Kreisschreiben des Obergerichtes vom 17. Mai 2006 (mit Modifikation betreffend Mehrwertsteuer-Satz am 17. September 2010) hinzuweisen. Demgemäss hat eine mehrwertsteuerpflichtige Partei, welche die Ersetzung der Mehrwertsteuer beantragt, die

Umstände, welche einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zulassen, zu behaupten und belegen. Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch, wenn die Gegenseite gegen den Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzusatzes nicht opponiert hat (Urteil des Bundesgerichts 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Angesichts der fehlenden Begründung und Belege ist der Beklagten unter dem Titel "Mehrwertsteuer" daher kein Betrag zuzusprechen. Neben der Massnahmeantwort vom 22. August 2017 (act. 7) sind die beklagteschen Eingaben vom 22. September 2017 (act. 24) und vom 18. Oktober 2017 (act. 35) bei der Festsetzung der Parteientschädigung zu berücksichtigen. Allerdings enthielt insbesondere der zweite Vortrag der Beklagten zahlreiche Wiederholungen und wenig Notwendiges. Die Wahrung des rechtlichen Gehörs gebot es nicht, derart ausführlich zu werden. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt CHF 15'900.00 (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 2 i.V.m. § 9 und § 11 Abs. 2 AnwGebV auf rund drei Fünftel zu reduzieren.

- 49 - Dementsprechend ist die Klägerin für den Fall, dass die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahinfallen, zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 10'000.00 zu bezahlen. Der Einzelrichter erkennt: 1. Der Beklagten wird, unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe nach Art. 292 StGB mit Busse bis CHF 10'000 im Widerhandlungsfall, vorsorglich bis 28. Februar 2018 verboten, Produkte mit den Bezeichnungen "C.\_\_\_\_\_" oder "D.\_\_\_\_\_" oder "E.\_\_\_\_\_" oder "F.\_\_\_\_\_" oder der Technik von "D.\_\_\_\_\_ System" ohne Zustimmung der Klägerin in Europa herzustellen oder zu vertreiben oder durch andere Unternehmen als die Klägerin herstellen oder vertreiben zu lassen. 2. Die Beklagte wird, unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe nach Art. 292 StGB mit Busse bis CHF 10'000 im Widerhandlungsfall, vorsorglich verpflichtet, mit den Mitarbeitenden der Klägerin und den Mitarbeitenden der Ländergesellschaften der Klägerin jeweils nur dann Kontakt aufzunehmen bzw. zu kommunizieren, wenn dazu vorgängig das schriftliche Einverständnis von H.\_\_\_\_ und/oder I.\_\_\_\_ und/oder J.\_\_\_\_ und/oder K.\_\_\_\_ vorliegt. Von der vorstehenden Androhung der Bestrafung ausgenommen sind Fälle, in welchen - in geschäftlichen Angelegenheiten das Einverständnis zur Kontaktaufnahme bzw. Kommunikation von den genannten Personen ohne schriftliche Begründung verweigert wird; - in privaten Angelegenheiten das Einverständnis zur Kontaktaufnahme bzw. Kommunikation von den genannten Personen verweigert wird. 3. Im Übrigen wird das Massnahmebegehren abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

- 50 - 4. Der Klägerin wird eine einmalige Frist bis 11. Januar 2018 angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache gegen die Beklagte anhängig zu machen. Bei Säumnis würden die Anordnungen gemäss Dispositiv Ziff. 1 und 2 ohne Weiteres dahinfallen. 5. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 10'000.00. 6. Die Kosten werden der Klägerin im Umfang von CHF 5'000.00 auferlegt und aus dem klägerischerseits geleisteten Kostenvorschuss bezogen. 7. Der verbleibende Kostenanteil von CHF 5'000.00 wird teilweise aus dem klägerischerseits geleisteten Kostenvorschuss und im Übrigen von der Klägerin bezogen. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv Ziff. 4), wird auch dieser Kostenanteil der Klägerin auferlegt und der Kostenbezug wird definitiv. Kommt es zum Prozess in der Hauptsache, so bleibt die definitive Regelung der Verteilung des Kostenanteils von CHF 5'000.00 dem dortigen Verfahren vorbehalten. 8. Die Regelung der Parteientschädigung wird dem Prozess in der Hauptsache vorbehalten. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv Ziff. 4), hat

die Klägerin der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 10'000.00 zu bezahlen. 9.  
Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin mit Doppeln der Eingabe der  
Beklagten vom 18. Oktober 2017 samt Beilage (act. 35 und act. 36/39).

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