

Inhaltsverzeichnis

B

Stichwortverzeichnis

11

3.7 Art. 261 ZPO, Art. 3 Abs. 1 lit. d und Art. 5 lit. c UWG

Regeste:

Art. 261 ZPO, Art. 3 Abs. 1 lit. d und Art. 5 lit. c UWG – Die gesuchstellende Partei hat die Voraussetzungen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen glaubhaft zu machen. Unter anderem wird das Bedürfnis nach sofortigem Rechtsschutz – d.h. ein aktuelles Rechtsschutzinteresse – vorausgesetzt.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Gemäss Art. 261 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass (a) ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (sogenannter Verfügungsanspruch) und (b) ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (sogenannter Verfügungsgrund). Weiter muss die vorsorgliche Massnahme zur Abwehr des Nachteils notwendig sein. Mit Notwendigkeit ist gemeint, dass die Massnahme in zeitlicher und sachlicher Hinsicht als geeignet erscheint. Dabei darf die Massnahme nicht weiter gehen als zur Wahrung der materiellen Ansprüche erforderlich. Überdies muss sie auch verhältnismässig sein (Sprecher, Basler Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 261 N 112 m.w.H.).

Die gesuchstellende Partei muss sowohl das Bestehen ihres materiell-rechtlichen Anspruchs, dessen Gefährdung oder Verletzung als auch den drohenden, nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft machen. Im Massnahmeverfahren braucht kein voller Beweis für die aufgestellten Behauptungen erbracht, sondern bloss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Richtigkeit dargetan zu werden. Dabei genügen aber nicht bloss Behauptungen, sondern es sind dem Richter objektive Anhaltspunkte zu liefern, die für eine erhebliche Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhaltes sprechen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache aber immerhin 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. Die Reduktion des Beweismasses gilt dabei für beide Parteien gleichermassen. Auch die Gegenpartei hat mit anderen Worten ihre Einreden oder Einwendungen nur glaubhaft zu machen (BGE 132 III 83 E.3.2 S. 86; 103 II 287 E.2 S. 290; Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 50 ff.). Die Rechtslage ist vom Richter lediglich summarisch zu prüfen, d.h. der Anspruch muss im Rahmen der glaubhaft gemachten Voraussetzungen aufgrund einer summarischen Prüfung als rechtlich begründet erscheinen (Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 261 N 25 mit Hinweisen auf BGE 113 III 473 und BGE 104 I a 413).

3.1 Die Gesuchstellerin macht zur Begründung des Verfügungsanspruchs unter anderem geltend, die Gesuchsgegnerin verstosse gegen das Lauterkeitsrecht, indem sie zur Gestaltung

der eigenen Website verschiedene Inhalte ihres früheren und aktuellen Internetauftritts übernommen habe. Dabei habe die Gesuchsgegnerin nicht nur die deutschen Webinhalte kopiert, sondern auch die englischen Übersetzungen übernommen. Die kopierten Inhalte würden aus den Jahren 2011 bis 2013 stammen. Auf ihr Abmahnschreiben vom 30. Juni 2015 hin habe die Gesuchsgegnerin zwar einen Teil der unbefugt verwendeten Materialien von der Homepage entfernt. Einige Slideshows seien aber nach wie vor abrufbar und die Gesuchsgegnerin werbe auf ihrer Homepage weiterhin mit vielen Texten und Bildern, die sie von ihrer Website übernommen habe. Zudem bediene sich die Gesuchsgegnerin ihrer Referenzen, wodurch ein möglicher Interessent in die Irre geführt werde. Zur Anpreisung ihres eigenen Produktes «X.TM» verwende die Gesuchsgegnerin zudem die Werbematerialien zum Produkt «Z.R.» bzw. «Z.S.». Indem die Gesuchsgegnerin ihre Webinhalte, Werbematerialien, Bilder und Texte für die Anpreisung des Produkts «X.TM» verwende, verursache sie Verwechslungen mit ihren Werbematerialien und ihrem Geschäftsbetrieb sowie mit ihrem Produkt «Z.R.». Damit sei der Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG und – dort wo die Gesuchsgegnerin Werbematerialien unmittelbar übernehme – von Art. 5 lit. c UWG erfüllt.

Die Gesuchsgegnerin wendet dagegen im Wesentlichen ein, sie bzw. ihr Geschäftsführer A.G. habe bis zum 12. Juli 2015 sämtliche Elemente, welche auf die Gesuchstellerin hinweisen könnten, entsprechend ihrem Schreiben vom 13. Juli 2015 entfernt. Auch die Slideshows seien ab 12. Juli 2015 für das Publikum beim Besuch der Homepage nicht mehr erkennbar gewesen. Gemäss Angaben des Hosting-Providers habe einzig ein Internetnutzer, welchem der Pfad bekannt gewesen sei, die Slideshows weiterhin abrufen können. Mittlerweile habe sie beim Provider die definitive technische Entfernung veranlasst.

3.1.1 Gemäss den vorstehenden Erwägungen hat die gesuchstellende Partei das Bedürfnis nach sofortigem Rechtsschutz, mithin ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse darzulegen (vgl. Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 16 f.). Die Gegenpartei muss den Anspruch der gesuchstellenden Partei durch ihr Verhalten verletzen oder zu verletzen drohen oder aber sie hat ihn bereits verletzt und es droht nun die Wiederholung der Verletzung. Ist dies nicht der Fall, fehlt es zum vornherein an den Voraussetzungen und das Gesuch ist abzuweisen. Bei vorsorglichen Massnahmen geht es nicht darum, einen in der Vergangenheit zurückliegenden Sachverhalt der rechtlichen Klärung zuzuführen (Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 20 f.).

3.1.2 Die von der Gesuchstellerin zur Glaubhaftmachung eingereichten Screenshots datieren alle vom 15. Juni 2015 (act. 1/4-26, 28-31; aus act. 1/27 ist kein Datum ersichtlich). Einzig die Belege betreffend die Verwendung der Slideshows datieren vom 26. Juli 2015. Damit ist glaubhaft, dass die Slideshows auch nach der durchgeführten Löschung der fraglichen Elemente von der Website der Gesuchsgegnerin abgerufen werden konnten (act. 1/5, 6, 8, 10, 17- 22, 24 jeweils die letzte Seite). Diesbezüglich erweist sich aber der Einwand der Gesuchsgegnerin als glaubhaft, wonach die Slideshows nur durch Eingabe des Pfades angezeigt wurden. Bei den betreffenden Belegen handelt es sich nicht um Screenshots der Website der Gesuchsgegnerin. Es erscheint naheliegend, dass hier der Pfad eingegeben wurde, damit die

Slideshows aufgerufen werden konnten. Die Gesuchstellerin bestreitet das denn auch nicht. Mithin ist aufgrund der Einwände der Gesuchsgegnerin nicht glaubhaft, dass ein Besucher der Website die Slideshows nach dem 12. Juli 2015 noch hätte aufrufen können, sondern dies nur bei Kenntnis des Pfades möglich war. Die Gesuchstellerin vermag zudem ohnehin nicht glaubhaft darzutun, dass die Slideshows überhaupt zu betriebsbezogenen Fehlzurechnungen führen könnten. Gemäss Vorbringen der Gesuchsgegnerin enthielten die Slideshows keinen Hinweis auf ein Kennzeichen der Gesuchstellerin (act. 4 S. 6), was letztere in der Folge nicht bestritten hat. Damit ein Marktauftritt aber lauterkeitsrechtlich relevant ist, müssen die dazu verwendeten Elemente Unterscheidungsfunktion aufweisen, d.h. diese müssen in der Lage sein, das damit gekennzeichnete Objekt zu individualisieren und von anderen Objekten zu unterscheiden (Arpagaus, Basler Kommentar UWG, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. d N 10 f.; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 9. Oktober 2014, in: ZR 6/2015 Nr. 45).

3.1.3 Die Gesuchstellerin reichte eine Übersicht des Inhaltes der Website der Gesuchsgegnerin ein, aus welcher durch farbliche Hervorhebung aufgezeigt werden soll, welche Teile der Website der Gesuchsgegnerin am 16. Juli 2015 aus von ihrer Homepage übernommenen Inhalten bestehen (act. 1/34). Bei diesem von der Gesuchstellerin erstellten Dokument handelt es sich aber nur um eine Parteibehauptung. Sie hat keine Screenshots der gesuchgegnerischen Website per 16. Juli 2015 eingereicht, aus welchen die weitere Verwendung der fremden Inhalte – in einer für Besucher der Website sichtbaren Weise – hervorgehen würde. Demgegenüber gab die Gesuchsgegnerin Screenshots von ihrem aktuellen Internetauftritt zu den Akten, welche sich von jenen vom Juni 2015 deutlich unterscheiden (act. 4/2, 3). Insbesondere sind die fraglichen Objekte auf der Website – mit einer Ausnahme (vgl. dazu E. 3.1.4 hiernach; act. 1/36) – nicht mehr zu finden. Die Gesuchstellerin stellt die Darstellung der Gesuchsgegnerin denn auch nicht in Abrede, wonach sämtliche Elemente, welche auf die Gesuchstellerin hinweisen könnten, bis zum 12. Juli 2015 von der Website entfernt worden seien und dass die danach – nur bei Kenntnis des Pfades – abrufbaren Slideshows keine Kennzeichnungsfunktion haben. Aufgrund der gesuchsgegnerischen Vorbringen hätte durchaus Anlass bestanden, zur substantiierten Bestreitung derselben von der Möglichkeit einer Replik Gebrauch zu machen (BGE 133 I 98 E. 2.1 f. S. 99). Indem die Gesuchstellerin dies unterliess, ist Verzicht auf eine Stellungnahme anzunehmen (BGE 138 I 484 E. 2.2 S. 486; 133 I 100 E. 4.8 S. 105). Bleiben aber die Vorbringen der Gesuchsgegnerin in ihrer Gesuchsantwort demnach unbestritten, ist darauf abzustellen (Urteil des Bundesgerichts 4A_747/2012 vom 5. April 2013 E. 3.3). Da die im Streit liegenden Elemente und Inhalte noch vor Einreichung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen von der Website der Gesuchsgegnerin entfernt wurden, fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse. Die Gefahr einer Wiederholung der Verletzung macht die Gesuchstellerin nicht geltend. Davon ist auch nicht auszugehen, nachdem die Gesuchsgegnerin nicht bestritten hat, dass einige Element ihrer Website Hinweise oder Gedankenassoziationen auf das Werbematerial oder die Produkte der Gesuchstellerin hätten geben können (act. 4 S. 3 ff.; vgl. dazu Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 21). Sie trägt zudem glaubhaft vor, dass aufgrund der Lancierung eines eigenen Produktes, welches sich von jenem der Gesuchstellerin unterscheidet, ohnehin eine Neugestaltung der Website nötig gewesen

sei (act. 4 S. 5). Weiter vermochte die Gesuchsgegnerin glaubhaft darzutun, dass sie – seit der Lancierung ihres eigenen Produktes – keine Werbematerialien der Gesuchstellerin verwendet. Mit E-Mail vom 25. August 2015 bestätigte ein Kunde, dass die Gesuchsgegnerin bei der Präsentation ihres neuen Produktes keine Werbematerialien dabei gehabt habe. Sodann geht aus der E-Mail hervor, dass bei der Applikation des Produktes der Gesuchsgegnerin ein Arbeitsschritt weniger auszuführen ist als beim Produkt der Gesuchstellerin (act. 4/16). Mithin würde es in der Tat kaum Sinn machen, das Werbematerial der Gesuchstellerin weiterhin zu verwenden.

3.1.4 Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass die Aussage, wonach in der Schweiz inzwischen über 960 Plattenleger und Sanitärinstallateure zertifiziert worden seien, weiterhin auf ihrer Website zu finden ist (act. 1/36). Sie stellt aber die rechtliche Grundlage für die Durchsetzung eines Verbots der Verwendung dieses Textes in Abrede, insbesondere da die Aussage grundsätzlich zulässig sei, von der Gesuchstellerin nie oder nicht mehr verwendet werde und keinerlei Verwechslungsgefahr bestehe (act. 4 S. 14 f.). Diesbezüglich sind die Ausführungen der Gesuchstellerin knapp gehalten (act. 1 S. 10). Ob die betreffende Textpassage lauterkeitsrechtlich von Belang ist und die rechtliche Grundlage für ein Verbot besteht, braucht aber ohnehin nicht geklärt zu werden. Die Gesuchstellerin beantragt die Entfernung sämtlicher «Webinhalte» von der Homepage der Gesuchsgegnerin, «welche den Webinhalten der gesuchstellerischen Webseiten (...) entsprechen». Ob ein solcher Antrag überhaupt unter der Gesichtswinkel der genügenden Bestimmtheit (vgl. BGE 137 III 617 E. 4.3) zulässig ist, braucht hier nicht weiter thematisiert zu werden. Die Gesuchstellerin führt selber aus, dass der fragliche Text auf ihrer Website nur bis Februar 2014 zu finden war. Mithin bildete die betreffende Aussage im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs nicht mehr Inhalt ihrer Website. Es fehlt somit bereits an einem Antrag, gestützt auf welchen der Gesuchsgegnerin die Verwendung Textstelle untersagt werden könnte.

3.2 Weiter stellt sich die Gesuchstellerin auf den Standpunkt, indem die Gesuchsgegnerin behaupte, das Produkt «X.TM» sei eine eigene Entwicklung, mache sie unrichtige und irreführende Angaben im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG. Das Produkt «X.TM» basiere auf der Rezeptur des Produkts «Z.R.». Mithin habe die Gesuchsgegnerin ihr Arbeitsergebnis unbefugt verwendet und auch das Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis verletzt, womit sie den Tatbestand von Art. 5 lit. b UWG erfüllt habe.

3.2.1 Gemäss den vorstehenden Erwägungen Ziffer 2 hat die gesuchstellende Partei die Voraussetzungen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachen bedeutet mehr als behaupten, aber weniger als beweisen (Güngerich, Berner Kommentar zur ZPO, 2012, Art. 261 N 19). Eine Tatsache ist dann glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen (BGE 130 III 321 E. 3.3 S. 325). Im Rahmen ihrer Darlegung der anspruchbegründenden Tatsachen hat die gesuchstellende Partei «Beweise» zu unterbreiten, die ohne Umstände und Zeitverlust abgenommen werden können (Huber, a.a.O., Art. 261 N 25).

3.2.2 Die Gesuchstellerin belässt es bei ihrer Behauptung, wonach die Gesuchsgegnerin die Rezeptur des Produkts «Z.R.» zur Herstellung ihres eigenen Produktes übernommen habe, ohne ihre Darstellung mit Belegen zu untermauern und glaubhaft zu machen. Insbesondere wäre es angezeigt gewesen, das Ergebnis der erwähnten Analyse des Produktes «X.TM» einzureichen (act. 1 S. 12). Aus der E-Mail einer ehemaligen Kundin der Gesuchstellerin geht hervor, dass diese aufgrund der einfacheren Applikation – ein Arbeitsschritt falle weg – und des besseren Haftungsvermögens auf das Produkt der Gesuchsgegnerin umgestiegen ist (act. 4/16). Mithin erscheint nicht glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin die Rezeptur der Produkte der Gesuchstellerin übernommen hat, weshalb auch die Anträge Ziffern 2 und 3 abzuweisen sind.

4. Ergänzend ist anzumerken, dass allenfalls auch die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorgliche Massnahmen zu prüfen wäre. Die Gesuchsgegnerin stellt die Darstellung der Gesuchstellerin in Abrede, wonach diese erst Anfang Juni 2015 von der Verwendung der betreffenden Webinhalte auf der Website (...) erfahren habe. Vielmehr sei die Website sogar in gegenseitiger Absprache erstellt worden und deren Inhalt sei der Gesuchstellerin seit Mitte 2012 bekannt (act. 4 S. 10 ff.). Vorsorgliche Massnahmen sind aber zu verweigern, wenn es der gesuchstellenden Partei, die während Monaten oder Jahren keine vorsorgliche Massnahmen angebeht hat, nunmehr zumutbar ist, das Urteil in der Hauptsache abzuwarten (Günther, a.a.O., Art. 261 N 41). Es wird in der Regel verlangt, dass die vorsorgliche Massnahme nach Kenntnis der drohenden Rechtsverletzung innerhalb einer Zeitspanne beantragt wird, die kürzer ist als die Dauer eines ordentlichen Prozesses. Dabei darf davon ausgegangen werden, dass für einen ordentlichen Prozess unter Einschluss des Rechtsmittelweges zwei bis drei Jahre vergehen können (Treis, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Handkommentar zur ZPO, 2010, Art. 261 N 12). Aufgrund des E-Mailverkehrs zwischen dem heutigen Geschäftsführer der Gesuchsgegnerin A.G. dem Verwaltungsratsmitglied der Gesuchstellerin Andreas Schaufelberger (heute Geschäftsführer) im Sommer 2012 ist glaubhaft, dass die Parteien bei der Gestaltung ihrer Websites Mitte 2012 teilweise zusammengearbeitet haben und der Gesuchstellerin der strittige Inhalt der Website der Gesuchsgegnerin seit Mitte 2012 bekannt war (act. 4/8). Die diesbezüglichen Vorbringen der Gesuchsgegnerin blieben denn auch unbestritten. Hatte die Gesuchstellerin aber bereits Mitte 2012 Kenntnis vom Inhalt der Website der Gesuchsgegnerin, so hätte sie bereits damals um die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen ersuchen oder einen ordentlichen Prozess einleiten müssen, zumal sie behauptet, weder A.G. noch die Gesuchsgegnerin seien je berechtigt gewesen, ihre Webinhalte und Namensrechte zu verwenden (act. 1 S. 7). Ein ordentlicher Prozess wäre inzwischen bereits abgeschlossen.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 22. Oktober 2015

B

Stichwortverzeichnis

Vorsorgliche Massnahmen: Voraussetzungen fuuml;r die Anordnung vorsorglicher Massnahmen; Glaubhaftmachung eines aktuellen Rechtsschutzinteresses, 5