



Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 21. Mai 2012 (430 12 61)

Zivilprozessrecht

vorsorgliche Massnahmen - nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, Entscheidung über die Prozesskosten

Besetzung

Präsidentin Christine Baltzer-Bader; Gerichtsschreiber Hansruedi Zweifel

Parteien

A_____ AG,
vertreten durch Advokat Roman Schlager, Dufourstrasse 49,
4010 Basel,
Gesuchstellerin

gegen

B_____ AG,
Gesuchsgegnerin

Gegenstand

unlauterer Wettbewerb - vorsorgliche Massnahmen

- A.** Mit Eingabe vom 24.02.2012 stellte die Gesuchstellerin folgende Rechtsbegehren:
1. In Sinne einer vorsorglichen Massnahme sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu verpflichten,
 - 1.1 auf den Websites <http://www...>, <http://www...> und <http://www...> das Bild des Objekts X. und

- 1.2 auf der Website <http://www...> die Referenzen X. und Y. unverzüglich zu entfernen.
2. Im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu verpflichten, jegliche Werbung mit Referenzen der Gesuchstellerin zu unterlassen.
3. Die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten sind der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass die Gesuchsgegnerin auf der unter deren Websites abrufbaren Referenzliste Arbeiten aufführe, die gar nicht durch die Gesuchsgegnerin, sondern durch die C_____ AG ausgeführt worden seien, und auch Bilder der entsprechenden Objekte aufführe. Die Gesuchsgegnerin sei bei diesen Bauwerken nicht Vertragspartnerin gewesen und habe somit weder Planungen noch Ausführungen irgendeiner Art ausgeführt. Die Gesuchstellerin habe Teile der konkursiten C_____/D_____-Gruppe und so auch der C_____ AG und der D_____ AG übernommen. Die Gesuchstellerin habe der Gesuchsgegnerin mit Express-Einschreiben vom 08.02.2012 Frist bis am 09.02.2012, 08.00 Uhr, gesetzt, um die täuschenden Angaben von ihrer Homepage zu nehmen. Die Gesuchsgegnerin habe dieser Aufforderung bislang keine Folge geleistet. Durch die erwähnten Bilder und Referenzen auf der Homepage erwecke die Gesuchsgegnerin beim Betrachter den Eindruck, dass die Gebäudehüllen bzw. Dächer der gezeigten und genannten Objekte durch sie geplant und/oder erstellt worden seien. Zwar sage sie, dass es sich bei den aufgeführten Referenzen um "Eigene Bauvorhaben, bzw. Bauvorhaben, an welchen unsere Mitarbeiter massgeblich beteiligt waren" handle. Die Gesuchsgegnerin spezifiziere aber nicht, welche der aufgeführten Objekte eigene Bauvorhaben gewesen seien bzw. an welchen Objekten ihre Mitarbeiter lediglich beteiligt gewesen seien, resp. welches Unternehmen die Projekte tatsächlich ausgeführt habe. Dass gewisse Mitarbeiter der Gesuchsgegnerin, als sie noch bei der Gesuchstellerin gearbeitet hätten, bei der Planung oder Ausführung einiger der genannten Referenzen tatsächlich beteiligt gewesen seien, ändere nichts daran, dass bei den Besuchern der Homepage und Empfängern der Referenzliste der Gesuchsgegnerin der Eindruck entstehe, dass die aufgeführten Objekte durch die Gesuchsgegnerin ausgeführt worden seien. Potentielle Kunden würden offensichtlich getäuscht. Dadurch mache die Gesuchsgegnerin falsche Angaben über die eigene Leistungsfähigkeit und über die Marktposition, was zur Täuschung bzw. Irreführung objektiv geeignet sei. Dieses Verhalten sei unlauter und widerrechtlich. Als Mitbewerberin habe die Gesuchstellerin Anspruch auf lauterer Wettbewerb. Durch die irreführenden und täuschenden Angaben der Gesuchsgegnerin sei sie in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht und habe ein unmittelbares Interesse daran, die eigene Stellung im Wettbewerb mit dem Erfolg einer Klage abzusichern. Sie habe einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch und damit einen materiellen Anspruch auf den Erlass einer vorsorglichen Massnahme. Verliere die Gesuchstellerin potentielle Kunden aufgrund des unlauteren und widerrechtlichen Verhaltens an die Gesuchsgegnerin, sei der Nachteil bzw. Schaden gross und nicht wieder gutzumachen. Dieser könne nur durch eine vorsorgliche Massnahme verhindert werden. Die angebehrten Massnahmen seien dringlich.

B. Mit Stellungnahme vom 29.03.2012 (Postaufgabe) beantragte die Gesuchsgegnerin die Abweisung des Gesuchs. Dass ihre Website unlautere Inhalte verbreite, werde bestritten. Die Zuständigkeit der basellandschaftlichen Gerichte sei nicht gegeben. Dass die Gesuchstellerin durch die Angabe von Referenzen geschädigt werden könne, sei nicht einsehbar. Wenn sie einen Auftrag verliere, sei dies nicht aufgrund der Referenzen, sondern aufgrund einer schlech-

teren Offerte. Dass die Gesuchstellerin Teile und Betriebsmittel der Firmen C____ AG und D____ AG übernommen habe, treffe zu. Es habe aber nie eine Vereinbarung zwischen diesen Firmen und der Gesuchstellerin über die Rechtsnachfolge gegeben. Auf der Website werde nicht gesagt, dass die erwähnten Gebäude von der Gesuchsgegnerin ausgeführt worden seien, sondern dass jetzige Mitarbeiter der Gesuchsgegnerin damals massgeblich an der Verwirklichung dieser Gebäude beteiligt gewesen seien. Dies sei der Sinn einer Referenz. Das Abmahnungsschreiben der Gesuchstellerin sei terminlich viel zu kurz und inhaltlich unbrauchbar gewesen. Das Projekt Y. sei tatsächlich keine Kernreferenz der Gesuchsgegnerin, weshalb dieses Projekt aus der Referenzliste entfernt worden sei. Es werde nirgends "falscherweise" behauptet, dass die Projekte in der Referenzliste von der Gesuchsgegnerin erstellt worden seien. Vielmehr sei bewusst der Satz "Eigene Bauvorhaben bzw. Bauvorhaben, an welchen unsere Mitarbeiter massgeblich beteiligt waren" eingeführt worden. Die Vorspiegelung falscher Tatsachen und eine Täuschung potentieller Kunden werde bestritten. Unterzeichnet war die Stellungnahme von E. (kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats), auch im Namen von F. (Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift).

Mit Postaufgabe vom 03.04.2012 wurde die gleiche Stellungnahme nochmals eingereicht, diesmal unterzeichnet von F. und versehen mit dem Zusatz, dass die Ausarbeitung der Stellungnahme mit einem Zeitaufwand von ca. 15 Stunden verbunden gewesen sei, was bei der Festlegung der Parteientschädigung zu berücksichtigen sei.

C. Anlässlich der Gerichtsverhandlung vom 21.05.2012 brachte die Gesuchstellerin als Novum vor, dass die Gesuchsgegnerin ihre Homepage geändert habe, und hielt an den gestellten Rechtsbegehren fest, wobei das Projekt Y. nicht mehr zu beachten sei. Die erst am 03.04.2012 der Post übergebene Stellungnahme der Gesuchsgegnerin sei zufolge Verspätung nicht beachtlich. Das Projekt Y sei erst nach Gesuchseinreichung entfernt worden. Dass Mitarbeiter in den von der Gesuchsgegnerin angeführten Objekten mitgearbeitet hätten, sei ein ungenügender Zusatz. Die Gesuchsgegnerin verschweige, dass es sich dabei um Objekte der C____/D____-Gruppe handle.

Die Gesuchsgegnerin liess die Abweisung der Rechtsbegehren der Gesuchstellerin beantragen. G. sei als Projektleiter am Projekt Z. beteiligt gewesen. Als es um den Verkauf der C____/D____-Gruppe gegangen sei, sei F. beteiligt gewesen.

Erwägungen

1. Gemäss Art. 13 ZPO ist für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend zuständig das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist, oder an dem die Massnahme vollstreckt werden soll. Die Zuständigkeit für die Hauptsache ergibt sich aus Art. 36 ZPO, wonach für Klagen aus unerlaubter Handlung, zu welchen auch unlauterer Wettbewerb zählt, das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig ist. Die Gesuchstellerin macht Ansprüche als geschädigte Person geltend und hat ihren Sitz in H. Folglich ist die örtliche Zuständigkeit der basellandschaftlichen Gerichte gegeben. Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO bezeichnet

das kantonale Recht das Gericht, welches als einzige kantonale Instanz zuständig ist für Streitigkeiten nach dem UWG, sofern der Streitwert mehr als CHF 30'000.00 beträgt oder sofern der Bund sein Klagerecht ausübt. Der Streitwert in vorliegender Sache übersteigt den genannten Grenzwert. Gemäss Art. 5 Abs. 2 ZPO ist diese Instanz auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage zuständig. Gemäss § 6 Abs. 1 lit. a i.V.m. § 5 Abs. 1 lit. c EG ZPO beurteilt das Präsidium der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts Streitigkeiten, die in die Zuständigkeit des Kantonsgerichts, Abteilung Zivilrecht, als einziger kantonaler Instanz fallen, in denen das summarische Verfahren zur Anwendung gelangt. Für vorsorgliche Massnahmen ist laut Art. 248 lit. d ZPO das summarische Verfahren anwendbar. Somit ist die sachliche Zuständigkeit der Präsidentin der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts zu bejahen. Das Schlichtungsverfahren entfällt gemäss Art. 198 lit. f ZPO. Auf das Gesuch ist daher einzutreten. Die erst am 03.04.2012 der Post übergebene Stellungnahme der Gesuchsgegnerin ist zufolge verspäteter Einreichung unbeachtlich, soweit sie über eine reine Bestätigung der ersten Stellungnahme mit Nachholung einer Unterzeichnung durch eine einzelzeichnungsberechtigte Person hinausgeht.

2. Die Gesuchstellerin erbrachte mittels Urkunden den Beweis dafür, dass sie aus der Konkursmasse der C___ AG und der D___ AG das Inventar sowie das Know-how und die Immaterialgüterrechte käuflich erworben hatte (vgl. Gesuchsbeilagen 4 und 5). Weiter ist folgender Sachverhalt unbestritten: Die C___ AG plante und erstellte als Mitglied einer ARGE die Fassaden und Dächer des Objekts X. und erbrachte als Subunternehmerin die Fassadenarbeiten am Objekt Y. (vgl. Gesuchsbeilagen 11 bis 17). Damalige Mitarbeiter der C___ AG arbeiten heute für die Gesuchsgegnerin. Die Gesuchsgegnerin bietet - wie die Gesuchstellerin - auf ihrer Homepage im Internet auf dem Gebiet der Gebäudehüllen eine umfassende Leistungspalette an. Sie bildete auf ihrer Homepage neben dem Titel "Projektplanung und Projektabwicklung" das Objekt X. ab (vgl. Gesuchsbeilage 9). Unter dem fetten Titel "Referenzen" mit dem Zusatz in kleiner Schrift "Eigene Bauvorhaben, bzw. Bauvorhaben, an welchen unsere Mitarbeiter massgeblich beteiligt waren" führte sie sowohl das Objekt X. als auch das Objekt Y. auf und bildete das Objekt X. nochmals ab (vgl. Gesuchsbeilage 10). Mit Express-Schreiben vom 08.02.2012 wurde die Gesuchsgegnerin von der Gesuchstellerin aufgefordert, bis 09.02.2012, 08.00 Uhr, sämtliche Referenzen auf Werke und Bilder von Werken, die von der Gesuchstellerin bzw. Dritten erstellt worden seien, von der Homepage der Gesuchsgegnerin und von der Referenzliste zu entfernen. Diese Frist verlief ungenutzt. Nach Einreichung des Gesuchs nahm die Gesuchsgegnerin folgende Änderungen an ihrer Homepage vor: Sie strich das Objekt Y. von ihrer Referenzliste und nahm eine Unterteilung ihrer Referenzliste in eigene Projekte und in solche "Projekte, wo unsere Mitarbeiter in massgeblicher Funktion mitgearbeitet haben" vor und erwähnte das Objekt X. unter der zweiten Kategorie.

3. Gemäss Art. 261 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (lit. a), und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (lit. b). Die Gesuchstellerin macht eine Verletzung eines Anspruchs gemäss Art. 3 lit. b UWG und ein ihr aus dieser Verletzung drohender, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil geltend, weshalb die Anordnung vorsorglicher Massnahmen

notwendig sei. Gemäss Art. 3 lit. b UWG handelt unlauter, wer über sich, seine Werke oder Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht. Unter solchen Angaben ist eine mündliche, schriftliche oder bildliche Äusserung zu verstehen, die nachprüfbare Tatsachen betrifft (vgl. Stämpfli Handkommentar UWG-Jung, Art. 3 lit. b N 17). Somit zählen auch das Abbilden von Fotografien und die Beschreibungen von Referenzobjekten dazu, weil damit über die eigene Leistungsfähigkeit und über die Marktposition getäuscht wird (vgl. Stämpfli Handkommentar UWG-Jung, Art. 3 lit. b N 30 und 57). Beide Parteien des heutigen Verfahrens sind in der gleichen Branche und im gleichen Raum tätig.

Wer als Marktteilnehmer auf dem Gebiet der Gebäudehüllen eine umfassende Leistungspalette anbietet, diese Dienstleistungen im Internet auf einer eigenen Homepage anpreist und dort Fotos und Referenzobjekte aufschaltet, erweckt bei einem in Zahlen nicht messbaren, aber bedeutenden Kreis von Betrachtern den Eindruck, dass es sich bei den abgebildeten und bei den in der Referenzliste erwähnten Objekten um eigene Objekte resp. Projekte des Anbieters handelt. Daran ändert nichts, dass unter dem fetten Titel "Referenzen" in kleinerer Schrift "Eigene Bauvorhaben, bzw. Bauvorhaben, an welchen unsere Mitarbeiter massgeblich beteiligt waren" als Zusatz angemerkt worden ist, weil der Durchschnittsbetrachter nicht auf solche unüblichen Differenzierungen achtet. Unter "Referenzen" wird von Betrachtern vielmehr stets ein Objekt oder Projekt verstanden, das der Herausgeber der Referenzliste selbst geplant und/oder erstellt hat. Verlassen Mitarbeiter, die an einem Referenzobjekt mitgearbeitet haben, die projektierende Unternehmung, so hat das keine Auswirkung auf die Berechtigung, das Objekt als Referenz zu nennen. Diese Berechtigung haftet nicht am Mitarbeiter, sondern verbleibt bei der projektierenden Unternehmung. Folglich ist auch die nach der Gesuchseinreichung von der Gesuchsgegnerin vorgenommene Unterteilung der Referenzliste in eigene Objekte und in solche, bei welchen ihre Mitarbeiter in massgeblicher Funktion beteiligt gewesen sind, nicht geeignet, das Gesuch hinfällig werden zu lassen. Somit ist hinreichend glaubhaft gemacht, dass die Gesuchsgegnerin ihre Dienstleistungen unter bildlichem und sprachlichem Verweis auf Referenzobjekte anpreist, die nicht von ihr stammen, sondern von der C_____ AG, deren Know-how und Immaterialgüterrechte die Gesuchstellerin käuflich erworben hat, und dass die Gesuchsgegnerin damit unrichtige und potentielle Kunden irreführende Angaben über Werke und Geschäftsverhältnisse macht und sich im Wettbewerb mit der Gesuchstellerin unlauter und widerrechtlich verhält.

Beim aus der Verletzung drohenden Nachteil kann es sich um einen schwer abschätzbaren, bezifferbaren oder beweisbaren Nachteil handeln, z.B. bei Nachahmung eines gewerblich geschützten Verfahrens oder Erzeugnisses oder bei Marktverwirrung (BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 28). Nicht leicht wieder gutzumachen ist ein Nachteil, der glaubhafterweise später nicht mehr ermittelt, bemessen oder ersetzt werden kann. Dies ist z.B. der Fall bei der Schwierigkeit, den Schaden nachzuweisen, z.B. bei Verlust der Kundschaft und Marktverwirrung (BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 34). Die glaubhaft gemachte Verletzung des Anspruchs der Gesuchstellerin auf unlauteren Wettbewerb führt dazu, dass die Gesuchstellerin möglicherweise potentielle Kunden an die Gesuchsgegnerin verliert. Dabei ist der Nachweis der Schadensverursachung und der Schadenshöhe mit grossen Schwierigkeiten verbunden. Ferner kann der im Abschluss eines Vertrags des potentiellen Kunden mit der Gesuchsgegnerin bestehende Nachteil real nicht mehr wieder gut gemacht werden, weil eine nachträgliche Vertragsauflösung nicht erzwingbar ist. Die Gesuchstellerin hat folglich hinreichend glaubhaft gemacht, dass ihr durch den weiter anhaltenden Internetauftritt der Gesuchsgegnerin ein nicht leicht wieder gutzumachen

chender Nachteil droht, der nur durch den Erlass der angebehrten vorsorglichen Massnahmen verhindert werden kann. Das Gesuch ist daher gutzuheissen.

4. Über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen kann gemäss Art. 104 Abs. 3 ZPO zusammen mit der Hauptsache entschieden werden. Art. 104 Abs. 3 ZPO e contrario erlaubt auch die Verlegung der Prozesskosten im Massnahmeentscheid. Nach Art. 106 ZPO hat dies grundsätzlich nach dem Obsiegen bzw. Unterliegen der im Massnahmeverfahren gestellten Rechtsbegehren zu erfolgen (Stämpflis Handkommentar ZPO-Fischer, Art. 104 N 10). Sofern das Gericht die Prozesskosten im Massnahmeentscheid verteilt und kein Hauptverfahren stattfindet, soll es bei einer Verteilung der Prozesskosten nach Obsiegen bzw. Unterliegen im Massnahmeverfahren bleiben - vorbehältlich eines allfälligen Schadenersatzprozesses. Der obsiegende Gesuchsteller muss die Prozesskosten nicht tragen, auch wenn er das Massnahmeverfahren verursacht hat. Diese Lösung der ZPO beruht auf der Annahme, dass das Massnahmeverfahren, bei dem eine vorläufige Prüfung des Sachverhalts und der Rechtslage genügt, ein separates, vom Hauptprozess zu unterscheidendes Verfahren ist. Diejenige Partei, die gemäss den Grundsätzen von Art. 106 ff. ZPO im Massnahmeverfahren kostenpflichtig wird, soll grundsätzlich die entsprechenden Kosten tragen. Dies gilt selbst dann, wenn eine eingehende Prüfung der Sach- und Rechtslage infolge unterbliebener Prosequierung nicht stattfindet (Stämpflis Handkommentar ZPO-Fischer, Art. 104 N 117; DIKE-Komm. ZPO-Urwyler, Art. 104 N 5 Fn. 8).

Da das Gesuch mit den heute aufgrund von Noven leicht modifizierten Anträgen vollumfänglich gutgeheissen wurde und die von der Gesuchsgegnerin geschaffenen Noven (Streichung des Objekts Y. aus der Referenzliste sowie Unterteilung der Referenzliste) eine diesbezügliche Anerkennung des Gesuchs darstellen, gilt die Gesuchsgegnerin als unterliegende Partei. Folglich hat sie sämtliche Prozesskosten zu tragen. Die Gerichtsgebühr ist auf pauschal CHF 5'000.00 festzusetzen. Die der obsiegenden Gesuchstellerin zulasten der Gesuchsgegnerin zuzusprechende Parteientschädigung berechnet sich gemäss § 2 Abs. 1 der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (TO; SGS 178.112) nach dem Zeitaufwand. Laut § 3 Abs. 1 TO beträgt das Honorar CHF 180.00 bis 350.00 pro Stunde, je nach Schwierigkeit und Bedeutung der Sache, der damit verbundenen Verantwortung und der persönlichen und finanziellen Verhältnisse der zahlungspflichtigen oder der auftraggebenden Person. Der bis zur Gerichtsverhandlung geltend gemachte Zeitaufwand und der verrechnete Stundenansatz gemäss Honorarnote vom 21.05.2012 erscheinen angemessen. Hinzu kommen 2 weitere Stunden für die Teilnahme an der Gerichtsverhandlung, was gesamthaft ein Honorar von CHF 8'226.25 inkl. Auslagen und inkl. MWST von CHF 609.35 ergibt.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die Gesuchsgegnerin wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall verpflichtet, auf den Websites <http://www...>, <http://www...> und <http://www...> das Bild des Objektes X. und auf der Website <http://www...> die Referenz X. unverzüglich zu entfernen.
Es wird festgestellt, dass die Gesuchsgegnerin nach Eingang des Gesuchs die Referenz Y. von der Website <http://www...> entfernt hat.
Die Gesuchsgegnerin wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall verpflichtet, jegliche Werbung mit Referenzen der Gesuchstellerin zu unterlassen.
Art. 292 StGB lautet: " Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."
 2. Die Gerichtsgebühr von pauschal CHF 5'000.00 wird der Gesuchsgegnerin auferlegt. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von CHF 8'226.25 inkl. Auslagen und inkl. MWST von CHF 609.35 zu bezahlen.
 3. Der Gesuchstellerin wird eine **nicht erstreckbare** Frist von 60 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids zur Einreichung der Klage beim zuständigen Gericht gesetzt. Bei ungenutztem Ablauf der Frist fällt die angeordnete Massnahme gemäss Ziff. 1 dieses Entscheids ohne Weiteres dahin.

Präsidentin

Gerichtsschreiber

Christine Baltzer-Bader

Hansruedi Zweifel