

HG 13 149, publiziert im Dezember 2014

Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern

vom 30. Juni 2014

Spruchkörper

Oberrichter Greiner (Präsident)

Gerichtsschreiber Sarbach

Verfahrensbeteiligte

A AG,

vertreten durch Rechtsanwalt X

Gesuchstellerin

gegen

B AG,

vertreten durch Rechtsanwalt Y und/oder Rechtsanwalt Z

Gesuchsgegnerin

Gegenstand

Gesuch vom 19. Dezember 2013

Regeste:

- *Art. 261 Abs. 1 ZPO*
- *Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme muss zeitlich dringlich sein. Verlangt wird neben der objektiven Dringlichkeit auch eine relative Dringlichkeit: Die Gesuchstellerin muss den Erlass vorsorglicher Massnahmen zeitlich so beantragt haben, dass dieses Verfahren mindestens so schnell beendet ist wie ein sofort eingeleitetes ordentliches Hauptsacheverfahren.*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die A AG bietet seit 1998 ein bestimmtes Produkt für die Einrichtung von Baustellen im heutigen Design an. Die B AG vertreibt seit Januar 2012 ebenfalls ein bestimmtes Produkt für die Einrichtung von Baustellen. Die A AG ist der Ansicht, dass die B AG mit ihrem Produkt Verwechslungsgefahr schafft, die Rechte der A AG und wettbewerbsrechtliche Bestimmungen verletzt. Sie hatte die B AG deshalb mit Schreiben vom 13. Dezember 2012 erstmals zur sofortigen Unterlassung ihres Angebots aufgefordert und ihr eine Frist bis am

20. Dezember 2012 zur Abgabe einer schriftlichen Unterlassungserklärung angesetzt. Mit Schreiben vom 9. Januar 2013 wies die B AG die vorgeworfenen Verletzungen zurück und erklärte, sie werde der Aufforderung der A AG keine Folge leisten.

Am 19. Dezember 2013 reichte die A AG Klage beim Handelsgericht ein. Sie beantragte (unter anderem), der B AG zu verbieten, ihr besagtes Produkt auf dem Gebiet der Schweiz anzubieten, zu vertreiben oder sonst wie in Verkehr zu bringen. Mit gleichentags eingereichtem Gesuch beantragte die A AG, ebendieses Verbot für die Dauer des Verfahrens als vorsorgliche Massnahme zu erlassen. Mit Verfügung vom 20. Dezember 2013 wies es das Handelsgericht aufgrund mangelnder besonderer Dringlichkeit ab, das Verbot als superprovisorische Massnahme zu erlassen. Mit Entscheid vom 30. Juni 2014 wies es das Handelsgericht auch ab, das Verbot als vorsorgliche Massnahme zu erlassen.

Auszug aus den Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

(...)

II. Formelles

(...)

III. Sachverhalt

(...)

IV. Materielles

(...)

22. Im vorliegenden Fall ist es angezeigt, die Voraussetzung der **zeitlichen Dringlichkeit** an erster Stelle zu prüfen.

22.1. Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme muss zeitlich dringlich sein (vgl. FRANÇOIS BOHNET, in: Bohnet et al. [Hrsg.], Code de procédure civile commenté, 2011, Art. 261 N. 12; LUCIUS HUBER, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A. 2013, Art. 261 N. 22; SABINE KOFMEL EHRENZELLER, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. A. 2014, Art. 261 N. 7; THOMAS SPRECHER, in: Spühler et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2013, Art. 261 N. 39; STAEHELIN ET AL., Zivilprozessrecht, 2. A. 2013, § 22 Rz. 11; MICHAEL TREIS, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2010, Art. 261 N. 10; JOHANN ZÜRCHER, in: Brunner et al. [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2011, Art. 261 N. 8).

Dieses Erfordernis findet sich zwar im Gesetz nicht ausdrücklich, folgt aber ohne Weiteres aus der Voraussetzung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils gemäss Art. 261 Abs. 1 Bst. b ZPO (vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7354 Ziff. 5.19; vgl. auch BOHNET, a.a.O., Art. 261 N. 12; HUBER, a.a.O., Art. 261 N. 22; RÜETSCHI/ROTH, in: Hilty/Arpagus [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], 2013, Vor Art. 9–13a N. 62; SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N. 39; STAEHELIN ET AL., a.a.O., § 22 Rz. 11; JOHANN ZÜRCHER, in: Brunner et al. [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2011, Art. 261 N. 9). Implizit kann die Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit aus Art. 265 ZPO gelesen werden, der für superprovisorische Massnahmen eine "besondere Dringlichkeit" verlangt (vgl. SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N. 39; TREIS, a.a.O., Art. 261 N. 10).

22.2. Massgeblich für die Beurteilung der zeitlichen Dringlichkeit ist der von der Gesuchstellerin geltend gemachte **(primäre) Realerfüllungsanspruch**. Ein allfälliger sekundärer Schadenersatzanspruch vermag die Dringlichkeit, die ein Realerfüllungsanspruch begründet, nicht aufzuheben, da er nicht nur an der Insolvenz der Gegenpartei scheitern kann, sondern häufig mit den Schwierigkeiten der Schadensbeurteilung und des Schadensnachweises verbunden ist (vgl. ANDREAS GÜNGERICH, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, 2012, Art. 261 N. 37; HUBER, a.a.O., Art. 261 N. 22; SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N. 39; STAEHELIN ET AL., a.a.O., § 22 Rz. 11; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N. 25; vgl. auch RÜETSCHI/ROTH, a.a.O., Vor Art. 9–13a N. 61).

22.3. Wer zur Durchsetzung eines Rechtsanspruchs an ein Gericht gelangt, wird den Schutz seines Anspruchs in aller Regel als dringlich empfinden. Ein Gesuch auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist aber nicht bereits deshalb dringlich, weil die Gesuchstellerin glaubhaft machen kann, das Verfahren sei für sie subjektiv dringlich. Vielmehr muss eine objektive Dringlichkeit bestehen (TREIS, a.a.O., Art. 261 N. 11).

Objektive Dringlichkeit liegt vor, wenn eine akute Gefährdungslage besteht und ein gerichtlicher Endentscheid im Hauptsacheverfahren nicht ohne Weiteres abgewartet werden kann (vgl. HUBER, a.a.O., Art. 261 N. 22; vgl. auch DAVID RÜETSCHI, Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf, sic! 2002 S. 417; RÜETSCHI/ROTH, a.a.O., Vor Art. 9–13a N. 62).

22.4. Selbst bei gegebener objektiver Dringlichkeit unterliegt der Anspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen aber einer Verwirkung durch Zeitablauf: Ein übermässiges Zuwarten der Gesuchstellerin kann zur Verwirkung des Anspruchs auf Erlass vorsorglicher Massnahmen führen (vgl. GÜNGERICH, a.a.O., Art. 261 N. 41; vgl. auch Urteil des Handelsgerichts Aargau vom 19. Dezember 2001 E. 5a., sic! 2002 S. 355; RÜETSCHI/ROTH, a.a.O., Vor Art. 9–13a N. 63; SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N. 42; TREIS, a.a.O., Art. 261 N. 12; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N. 9).

Verlangt wird deshalb neben der objektiven Dringlichkeit auch eine **relative Dringlichkeit**: Die Gesuchstellerin muss den Erlass vorsorglicher Massnahmen

zeitlich so beantragt haben, dass das Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen mindestens so schnell beendet ist wie ein sofort eingeleitetes ordentliches Hauptsacheverfahren – ansonsten hat sie übermässig zugewartet. Die relative Dringlichkeit bemisst sich damit nicht an einer abstrakten Zeitspanne, sondern an der voraussichtlichen Dauer des entsprechenden Hauptsacheverfahrens, die vom Gericht abzuschätzen ist (vgl. Urteil des Handelsgerichts Aargau vom 19. Dezember 2001 E. 5c, sic! 2002 S. 355; RÜETSCHI, a.a.O., S. 422 und 425). Relative Dringlichkeit ist also dann nicht gegeben, wenn die Gesuchstellerin durch ein sofort eingeleitetes ordentliches Hauptsacheverfahren schneller zu einer Entscheidung gelangt wäre als durch das erst später eingeleitete Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen. Umgekehrt: Die relative Dringlichkeit ist dann zu bejahen, wenn das rechtzeitig eingeleitete ordentliche Hauptsacheverfahren deutlich länger dauern würde oder dauern wird als das Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen (vgl. BOHNET, a.a.O., Art. 261 N. 12; RÜETSCHI, a.a.O., S. 422; RÜETSCHI/ROTH, a.a.O., Vor Art. 9–13a N. 63; vgl. auch Urteil des Handelsgerichts Aargau vom 19. Dezember 2001 E. 5c, sic! 2002 S. 355). Beim entsprechenden Vergleich zwischen der hypothetischen Dauer des ordentlichen Hauptsacheverfahrens und der Dauer des Verfahrens auf Erlass vorsorglicher Massnahmen ist auf den Zeitpunkt der Beendigung der Verfahren abzustellen (vgl. RÜETSCHI, a.a.O., S. 426).

Im Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen ist für die Prüfung der relativen Dringlichkeit deshalb die Frage zu beantworten, ob die Gesuchstellerin bereits einen Entscheid im Hauptsacheverfahren in den Händen hätte, wenn sie von Anfang an eine ordentliche Klage eingereicht hätte (vgl. Urteil des Handelsgerichts Aargau vom 19. Dezember 2001 E. 5d, sic! 2002 S. 357). Reicht die Gesuchstellerin das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen zu spät ein, riskiert sie folglich, dass ihr Gesuch abgewiesen wird, weil das Gericht zur Schlussfolgerung kommt, dass ein rechtzeitig eingeleitetes ordentliches Verfahren in derselben Zeit hätte durchgeführt werden können (vgl. BOHNET, a.a.O., Art. 261 N. 12; RÜETSCHI/ROTH, a.a.O., Vor Art. 9–13a N. 63; SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N. 43; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N. 9).

Entscheidend für die Beurteilung der relativen Dringlichkeit ist somit die Bestimmung des Zeitpunkts, in dem die Partei das ordentliche Hauptsacheverfahren hätte einleiten können. Ab dann beginnt die Verwirkungsfrist zu laufen. Auszugehen ist von der erstmöglichen Einleitung. Dies ist dann der Fall, wenn der Sachverhalt, der die Grundlage des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen bildet, bereits vorgelegen hat, und zwar so, dass dann ein dem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen entsprechendes Begehren für das ordentliche Hauptsacheverfahren hätte formuliert und begründet werden können. Dabei ist darauf abzustellen, dass ein Verfahren erst eingeleitet werden muss, wenn das gegnerische Verhalten überhaupt einen nennenswerten Erfolg zeitigt, d.h. wenn feststeht, dass es sich weder um einen erfolglosen Versuch noch um eine Eintagsfliege handelt (vgl. RÜETSCHI, a.a.O., S. 423; vgl. auch SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N. 41). Die Verwirkungsfrist beginnt aber dann nicht zu laufen, wenn die Gesuchstellerin eine Vergleichslösung sucht, der Gegenpartei eine letzte Frist setzt oder wo sie zeitintensive Abklärungen des Sachverhalts oder der

Rechtslage vornimmt (vgl. SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N. 44; vgl. auch RÜETSCHI, a.a.O., S. 424 f.).

- 22.5. Diese Voraussetzung der relativen Dringlichkeit bildet ein Korrektiv als Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots (vgl. BOHNET, a.a.O., Art. 261 N. 12; RÜETSCHI, a.a.O., S. 418; SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N. 43; TREIS, a.a.O., Art. 261 N. 13; vgl. auch RÜETSCHI/ROTH, a.a.O., Vor Art. 9–13a N. 63), nimmt die Gesuchsstellerin mit übermässigem Zuwarten doch der Gesuchsgegnerin unnötigerweise die Möglichkeit, sich gegen die angebehrten Massnahmen im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens umfassend zu verteidigen (vgl. RÜETSCHI, a.a.O., S. 420).

(...)

- 22.8. **Das Handelsgericht** geht ohne Weiteres davon aus, dass die Gesuchsstellerin glaubhaft machen kann, dass sie ihr Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen subjektiv dringlich empfindet. Ob aber auch die relevante objektive Dringlichkeit besteht, kann an dieser Stelle offen gelassen werden. Fraglich scheint in casu nämlich insbesondere, ob der von der Gesuchsstellerin geltend gemachte Anspruch relativ dringlich ist.

Im Folgenden ist deshalb der Frage nachzugehen, ob die Gesuchsstellerin nicht bereits zum jetzigen Zeitpunkt einen Entscheid aus dem ordentlichen Hauptsacheverfahren in der Hand hätte, wenn sie dieses rechtzeitig eingeleitet hätte. Ist dies der Fall, hätte die Gesuchsstellerin ihren Anspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen verwirkt.

Zu bestimmen ist somit, wann die Gesuchsstellerin ein ordentliches Hauptsacheverfahren erstmals hätte einleiten können. Dabei ist darauf abzustellen, dass die Gesuchsgegnerin (...) [ihr betroffenes Produkt für die Einrichtung von Baustellen] seit Januar 2012 vertreibt. Zwar ist der Gesuchsstellerin zuzugestehen, dass sie erst dann ein Verfahren einleiten muss, wenn der Vertrieb (...) [des Produkts der Gesuchsgegnerin] nennenswerten Erfolg zeitigt. Die Gesuchsstellerin hat aber eine erste Reaktion auf den Vertrieb (...) [des Produkts] erst mit ihrem Schreiben vom 13. Dezember 2013 an die Gesuchsgegnerin gezeigt. Seit Markteintritt war zu diesem Zeitpunkt bereits fast ein Jahr vergangen. Dies erscheint in Anbetracht des überschaubaren Markts für (...) [die betroffenen Baustellenprodukte] in der Schweiz als zu lange. Dazu kommt, dass die Gesuchsstellerin nach umgehendem Erhalt des Antwortschreibens der Gesuchsgegnerin vom 9. Januar 2013 vorerst nicht reagierte, sondern wiederum beinahe ein Jahr zuwartete, bis sie am 19. Dezember 2013 das vorliegende Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen einreichte. Ein solches Zuwarten ist übermässig. Das Handelsgericht geht davon aus, dass der Sachverhalt, der Grundlage für das vorliegende Gesuch bildet, schon lange bekannt war. Es kann davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsstellerin nach dem Markteintritt (...) [des Produkts] der Gesuchsgegnerin im Januar 2012 bereits im Sommer 2012 mit erheblicher Verlässlichkeit bekannt war, dass es sich dabei nicht um eine erfolglose Produktlancierung handelte. Der Zeitpunkt der

erstmöglichen Einleitung des ordentlichen Hauptsacheverfahrens ist daher auf Sommer 2012, mithin auf August, zu bestimmen. Ab dann beginnt die Verwirkungsfrist zu laufen.

Die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Abklärungen, die sie mit zwei Urkunden belegt (vgl. Replikbeilagen [im Folgenden: RB] 18 und 19), sind im Übrigen nicht geeignet, den Beginn der Verwirkungsfrist zu verschieben. Keine der beiden eingereichten Urkunden vermag eine zeitintensive Abklärung des Sachverhalts (geschweige denn der Rechtslage) zu belegen: In RB 18, bestehend aus einer halben A4-Seite, werden vier technische Kriterien der beiden (...) [Produkte] miteinander verglichen. RB 19 beinhaltet sodann 12 Seiten, auf welchen die beiden (...) [Produkte] miteinander verglichen werden. Dies geschieht primär mit der Gegenüberstellung von Abbildungen, denen ein kurzer Kommentar (wenige Sätze) beigefügt wird. Zu Recht hält die Gesuchsgegnerin fest, dass die Erstellung dieser Dokumente kaum mehr als einige Stunden in Anspruch genommen haben dürfte. Es handelt sich dabei nicht um zeitintensive Abklärungen des Sachverhalts. Dass die Gesuchstellerin auch Abklärungen in rechtlicher Hinsicht gemacht hat, ist im Übrigen nicht aktenkundig belegt; der entsprechende Zeitbedarf würde sich im Übrigen in Tagen bemessen.

Betreffend Dauer des ordentlichen Hauptsacheverfahrens geht das Handelsgericht des Kantons Bern aufgrund eines Vergleichs mit seinen übrigen Verfahren davon aus, dass ein ordentliches Hauptsacheverfahren, in dem die hier aufgeworfenen Fragen zu beurteilen wären, einen Zeitraum von ungefähr einviertel Jahren in Anspruch nehmen würde (ohne Berücksichtigung eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens). Es handelt sich um einen durchschnittlich komplexen Fall, der aber einen doppelten Schriftenwechsel erfordert, weshalb nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass er innerhalb eines Jahres zu Ende geführt werden könnte.

Hätte die Gesuchstellerin also im Sommer 2012 ein ordentliches Hauptsacheverfahren eingeleitet, wäre dies bei einer hypothetischen Dauer von einviertel Jahren spätestens zu Beginn 2014 beendet gewesen. Bereits zu diesem Zeitpunkt hätte die Gesuchstellerin somit einen Entscheid aus dem ordentlichen Hauptsacheverfahren gehabt. Die Gesuchstellerin hat aber ihr Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen erst in diesem Zeitraum eingereicht, über welches nun – nach knapp siebenmonatiger Dauer – anfangs Sommer 2014 entschieden werden kann (ebenfalls ohne Berücksichtigung eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens). Ein rechtzeitig eingeleitetes ordentliches Hauptsacheverfahren würde damit gerade nicht deutlich länger dauern als das Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen, vielmehr ist davon auszugehen, dass es im Gegenteil bereits im jetzigen Zeitpunkt längstens beendet wäre.

Da die Gesuchstellerin nach dem Dargelegten durch ein rechtzeitig eingeleitetes ordentliches Hauptsacheverfahren deutlich schneller – um mehrere Monate gegen ein halbes Jahr – zu einem Entscheid gelangt wäre als durch das erst später eingeleitete Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen, ist das Vorliegen relativer Dringlichkeit zu verneinen. Die Gesuchstellerin hat sich den Anspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen mit übermässigem Zuwarten verwirkt. Sie ist deshalb auf das ordentliche Hauptsacheverfahren zu verweisen. Das Privileg der

beschränkten Beweisanforderungen zugunsten der Gesuchstellerin erscheint gegenüber der Gesuchsgegnerin nach diesem Zeitablauf nicht mehr zumutbar.

Bereits diese relative Betrachtungsweise der Dringlichkeit ergibt somit ein deutliches Ergebnis. Im Übrigen ist das Handelsgericht aber auch bei einer abstrakten Betrachtungsweise der Ansicht, dass die Gesuchstellerin ihr Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen zu spät eingereicht hat. Nach dem Dargelegten hätte sie ab August 2012 ein entsprechendes Gesuch einreichen können. Sie hat dies aber erst im Dezember 2013 getan. Damit hat sie mehr als 15 Monate mit der Stellung des Gesuchs zugewartet; dies erscheint ebenfalls zu lange.

(...)

V. Kosten

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.