

Verfügung vom 31. Januar 2019

GPR 2019 2

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsident Dr. Reto Heizmann,
Gerichtsschreiberin MLaw Julia Lüönd.

In Sachen **A.**_____,
Gesuchstellerin,
vertreten durch Rechtsanwalt B._____,

gegen

C._____ **AG**,
Gesuchsgegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt D._____,

betreffend vorsorgliche Massnahmen (UWG)
(Direktprozess, ZK1 2018 17);-

hat der Kantonsgerichtsvizepräsident,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Die A._____ (nachfolgend: Gesuchstellerin) erhob am 30. April 2018 Klage beim Kantonsgericht Schwyz gegen die C._____ AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) betreffend UWG (KG-act. 1 [ZK1 2018 17]) und reichte am 8. Januar 2019 ein „Gesuch um Erlass superprovisorischer eventualiter vorsorglicher Massnahmen“ ein mit den folgenden Anträgen (KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17]):

1. Es sei der Gesuchsgegnerin und deren Organen sowie den für die Gesuchsgegnerin handelnden Personen (insbesondere E._____, F._____, G._____, H._____, I._____, J._____, K._____, L._____, M._____, N._____, O._____, P._____, Q._____, R._____, S._____, T._____, U._____, V._____, W._____, X._____, Y._____, Z._____, AA._____ und AB._____) im Rahmen einer superprovisorischen vorsorglichen Massnahme, d.h. ohne Anhörung der Gegenpartei, zu verbieten, AC._____ - und AD._____ -Produkte mit Bildmaterial und Logos i) der AE._____, ii) der AF._____ und iii) der AG._____, iv) der AH._____ v) der AI._____ sowie vi) den Athleten dieser Nationalmannschaften zu bewerben oder ihren Distributoren zu erlauben, solche Werbung zu nutzen.

2. Es sei der Gesuchsgegnerin, deren Organen sowie den für die Gesuchsgegnerin handelnden Personen eine Bestrafung gemäss Art. 292 StGB bei Verletzung der Anordnung gemäss Ziffer 1 aufzuerlegen.

3. Es sei der Gesuchsgegnerin, deren Organen sowie den für die Gesuchsgegnerin handelnden Personen eine Ordnungsbusse in der Höhe von CHF 5'000.00 für jeden Verstoss gegen die Anordnungen gemäss Ziffer 1 aufzuerlegen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.

und den folgenden prozessualen Anträgen:

1. Es sei der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin der Entscheid bezüglich der Gewährung der superprovisorischen Massnahme vorab per Fax (Fax-Nr. Gesuchstellerin: zz, Fax-Nr. Gesuchsgegnerin: yy) zu eröffnen.

2. Falls die superprovisorische Massnahme oder Teile davon abgewiesen werden, beantragt die Gesuchstellerin die umgehende Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Mit Verfügung vom 9. Januar 2019 wies der Kantonsgerichtsvizepräsident das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen ab und setzte der Gesuchsgegnerin eine Frist zur Stellungnahme (KG-act. 2/KG-act. 13 [ZK1 2018 17]). Die Gesuchstellerin reichte am 11. Januar 2019 eine weitere Eingabe ins Recht, welche der Gesuchsgegnerin zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt wurde (KG-act. 3 f.). Letztere reichte am 16. Januar 2019 rechtzeitig ihre Gesuchsantwort ein mit dem Antrag auf Abweisung des Gesuchs, soweit auf dieses einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten der Gesuchstellerin (KG-act. 5). Mit Eingabe vom 18. Januar 2019 verzichtete die Gesuchstellerin auf eine Stellungnahme (KG-act. 7).

2. a) Vorab ist die Frage der Zuständigkeit zu prüfen. Gemäss Art. 2 ZPO bleiben die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG) vorbehalten. Laut seinem Art. 1 Abs. 1 lit. a regelt das IPRG die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte im internationalen Verhältnis. Weil die Gesuchstellerin ihren Sitz in AJ. _____, Italien, die Gesuchsgegnerin den ihren in Wollerau, Schweiz, und die AC. _____ ihren Sitz in der Slowakei hat (vgl. KG-act. 1 [ZK1 2018 17], N 2–4; vgl. KG-act. 7 [ZK1 2018 17], N 6, 11 und 13), ist ein internationales Verhältnis gegeben. Art. 2 IPRG sieht vor, dass völkerrechtliche Verträge vorbehalten sind. Sowohl die Gesuchstellerin als auch die Gesuchsgegnerin haben ihren Sitz in verschiedenen Vertragsstaaten des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ). Zudem handelt es sich beim geltend gemachten Anspruch der Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin betreffend vorsorgliche Massnahmen wegen behaupteter Verletzungen der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des slowakischen Rechts um eine Zivil- und Handelssache i.S.v. Art. 1 Abs. 1 LugÜ. Somit ist sowohl der räumliche als auch der sachliche Anwendungsbereich des LugÜ eröffnet (vgl. Rohner/Lerch, in:

Oetiker/Weibel [Hrsg.], Basler Kommentar Lugano Übereinkommen, 2. A. 2016, N 4 zu Art. 1 LugÜ). Der zeitliche Anwendungsbereich des LugÜ i.S.v. Art. 63 Abs. 1 LugÜ ist ebenfalls eröffnet. Das nach dem LugÜ in der Hauptsache zuständige Gericht ist für den Erlass einstweiliger Massnahmen zuständig, ohne dass diese Zuständigkeit von weiteren Voraussetzungen abhängt (Acocella, in: Schnyder [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Kommentar, 2011, N 37 zu Art. 31 LugÜ; Monnier, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWG-Kommentar, 2018, Grundlagen, § 4 N 20). Ist das mit dem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen befassende Gericht nach Art. 2 ff. LugÜ zuständig, braucht es folglich Art. 31 LugÜ nicht heranzuziehen (Acocella, a.a.O., N 39 zu Art. 31 LugÜ; Monnier, a.a.O., § 4 N 20). Somit gilt es zu prüfen, welches Gericht nach Art. 2 ff. LugÜ in der Hauptsache zuständig ist.

Die von der Gesuchstellerin beantragten vorsorglichen Massnahmen betreffen in der Hauptsache Ansprüche gegenüber der Gesuchsgegnerin wegen angeblicher Verletzungen der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des slowakischen Rechts (vgl. nachstehend E. 4a bezüglich des auf die Hauptsache anwendbaren Rechts). International zuständig i.S.v. Art. 2 Abs. 1 LugÜ sind die Gerichte desjenigen Vertragsstaates des LugÜ, in welchem der Beklagte seinen Wohnsitz resp. Sitz hat (vgl. Dallafior/Honegger, in: Oetiker/Weibel [Hrsg.], Basler Kommentar Lugano Übereinkommen, 2. A. 2016, N 9 f. zu Art. 2 LugÜ). Für die Hauptsache international zuständig sind somit die Gerichte am Sitz der Gesuchsgegnerin in der Schweiz. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem autonomen Recht des international zuständigen Vertragsstaats, d.h. vorliegend nach dem IPRG (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_224/2013 vom 7. November 2013, E. 2.1). Die Zuständigkeit für Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb bestimmt sich nach Art. 129 IPRG (Kren Kostkiewicz, Kommentar IPRG/LugÜ, 2. A. 2019, N 5 zu Art. 129 IPRG; vgl. BGE 117 II 204, E. 2a). Demzufolge sind für Klagen aus unerlaubter Handlung u.a. die schweizerischen Gerichte am Sitz der Gesuchsgegnerin in Wollerau zuständig (vgl. Art. 129 Abs. 1 i.V.m. Art. 21

Abs. 1 IPRG). Wie für die örtliche Zuständigkeit ist auch für die sachliche Zuständigkeit das autonome Recht des international zuständigen Vertragsstaates massgebend, d.h. vorliegend die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) i.V.m. dem Einführungsgesetz zum schweizerischen Obligationenrecht (EGzOR; SRSZ 217.110) des Kantons Schwyz (vgl. Dallafior/Honegger, a.a.O., N 31 zu Art. 2 LugÜ). Nach Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO i.V.m. § 19 Abs. 1 EGzOR ist das Kantonsgericht als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zuständig, sofern der Streitwert wie vorliegend (KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 17) mehr als Fr. 30'000.00 beträgt (oder sofern der Bund sein Klagerecht ausübt).

Die Gesuchsgegnerin bringt vor, gemäss Art. 2 Abs. 1 LugÜ i.V.m. Art. 129 Abs. 1 IPRG sei das angerufene Gericht als Hauptsachegericht am schweizerischen Sitz der Gesuchsgegnerin grundsätzlich auch für vorsorgliche Massnahmen international und örtlich zuständig; Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO spreche jedoch ausdrücklich vom „Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 über den unlauteren Wettbewerb“, weshalb das angerufene Gericht sachlich nicht zur Beurteilung von Ansprüchen zuständig sei, auf die wie vorliegend ausländisches Recht anwendbar sei (KG-act. 5, N 3). Zwar trifft es zu, dass eine wortgetreue Interpretation von Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO den Schluss erlauben könnte, dass die diesbezügliche Zuständigkeitsnorm nur bei schweizerischer *lex causae* anzuwenden sei; allerdings ist in Übereinstimmung mit Monnier davon auszugehen, dass auch lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten nach ausländischem Recht unter die Zuständigkeitsnorm von Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO fallen, weil sonst die sachliche Zuständigkeit je nach anwendbarem Recht unterschiedlich ausfiele, was überdies angesichts der breiteren Regelung für „kartellrechtliche Streitigkeiten“ nach Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO kaum im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein dürfte, zumal mit der ZPO eine Konzentration der Kompetenz im Bereich des Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechts bei einem spezialisierten kantonalen Gericht

beabsichtigt war (Monnier, a.a.O., § 4 N 10, m.w.H.). Im Übrigen ist das Kantonsgericht als einzige kantonale Instanz nach Art. 5 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 19 Abs. 1 EGzOR auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig. Somit ist das Kantonsgericht sowohl für die Hauptsache als auch für die beantragten vorsorglichen Massnahmen zuständig. Das IPRG enthält abgesehen von der Regelung der Zuständigkeit in Art. 10 keine Regelungen der vorsorglichen Massnahmen, weshalb sich deren Inhalt sowie die prozessualen Voraussetzungen nach der *lex fori* bestimmen, mithin nach Art. 261 ff. ZPO (vgl. Müller-Chen, in: Müller-Chen/Widmer Lüchinger [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. A. 2018, N 10 zu Art. 10 IPRG).

b) Das Gericht trifft gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für ihr Vorhandensein spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (Urteil des Bundesgerichts 5A_239/2017 vom 14. September 2017, E. 2.3, m.w.H.; vgl. BGE 132 III 715, E. 3.1; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.201/2004 vom 29. November 2004, E. 4.2; vgl. Lardelli/Vetter, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. A. 2018, N 20 zu Art. 8 ZGB; vgl. auch Sprecher, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2017, N 50 ff. zu Art. 261 ZPO).

3. a) Die Gesuchstellerin begründet ihr Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen zusammengefasst damit, dass die der Gesuchsgegnerin dem Namen nach sehr nahestehende slowakische Distributorin, die AC._____, kurz vor Weihnachten Unmengen an Werbeflyern, welche AF._____ und

AG._____ in AC._____-Bekleidung gezeigt hätten, an die Händler verschickt habe, obwohl diese Teams nun mit Bekleidung der neuen Marke der Gesuchstellerin AL._____ ausgerüstet würden. Zusätzlich seien die Logos der AE._____, AH._____, AF._____ und AI._____ verwendet worden, obschon diese Teams offiziell nicht mehr durch die Gesuchsgegnerin, sondern durch die Gesuchstellerin ausgerüstet würden. Die Gesuchsgegnerin sei gemäss eigenen Angaben für den Vertrieb verantwortlich und verfüge über dieses Bild- und Werbematerial. Offenbar stelle die Gesuchsgegnerin dieses Werbematerial ihren Distributoren zur Verfügung oder genehmige zumindest dessen Erstellung. Die Gesuchsgegnerin nutze unerlaubterweise die Marke AC._____ zum Vertrieb der aktuell angebotenen Kollektion und täusche die Abnehmer über die aktuelle Ausrüsterin der verschiedenen AM._____ sowie über ihre eigenen Leistungen (vgl. KG-act. 1/KG-act.12 [ZK1 2018 17], N 3).

b) Die Gesuchsgegnerin bringt dagegen u.a. vor, die AC._____ sei eine slowakische Gesellschaft, die zwar von der AN._____-Gruppe ermächtigt sei, die Marke AC._____ zu führen, aber weder personell noch konzernmässig mit ihr bzw. der AN._____-Gruppe verbunden sei. Die AC._____ sei eine von der AN._____-Gruppe unabhängige Gesellschaft (KG-act. 5, N 6). Zwischen der Gesuchstellerin und der zur AN._____-Gruppe gehörenden AO._____ GmbH bzw. der AP._____ AG bestehe zurzeit noch das Addendum, welches zwecks reibungsloser Beendigung der Lizenzverträge resp. der Rahmenverträge abgeschlossen worden sei. Hingegen bestünden zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin keine vertraglichen Beziehungen und letztere sei nicht Partei des Addendums (KG-act. 5, N 8 f.). Weder die Gesuchsgegnerin noch eine andere Gesellschaft der AN._____-Gruppe sei je über die Erstellung, Produktion oder Verteilung des streitgegenständlichen Werbematerials informiert worden. Ausserdem hätten sie auch keine schriftliche Genehmigung erteilt und das Werbematerial nicht selber entworfen (vgl. KG-act. 5, N 20).

4. Weil die Gesuchstellerin den Standpunkt vertritt, die Gesuchsgegnerin sei für das Handeln der slowakischen Distributorin AC._____ verantwortlich, der AC._____ im vorliegenden Verfahren aber keine Parteistellung zukommt, ist zunächst die Passivlegitimation der Gesuchsgegnerin zu prüfen.

a) Zutreffend und unbestritten ist, dass das von der Gesuchstellerin gerügte Verteilen von Werbeflyern auf dem slowakischen Markt Wirkung entfaltet, weshalb das slowakische und nicht das schweizerische Recht betr. unlauterer Wettbewerb anwendbar ist (vgl. Art. 136 Abs. 1 IPRG; vgl. KG-act. 5, N 33; vgl. KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 40–42). Auch die Passivlegitimation beurteilt sich nach der *lex causae*, vorliegend mithin nach slowakischem Recht (Dasser, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti [Hrsg.], Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. A. 2013, N 6 zu Art. 136 IPRG; Kren Kostkiewicz, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. A. 2018, N 2693; vgl. nur betreffend Aktivlegitimation: BGE 136 III 23, E. 5; Buhr/Gabriel/Schramm, in: Furrer/Girsberger/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A. 2016, N 11 zu Art. 136 IPRG). Der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts ist nach Art. 16 Abs. 1 IPRG grundsätzlich von Amtes wegen festzustellen. Die Anwendung dieser Bestimmung auf die dem summarischen Verfahren unterliegenden Streitigkeiten, vor allem auf die vorsorglichen Massnahmen, bildet, wie das Bundesgericht in BGE 140 III 456, E. 2.3 = Pra 104 [2015] Nr. 36 festhält, Gegenstand von Kontroversen. Die Dringlichkeit in solchen Verfahren lässt die Ermittlung ausländischen Rechts nämlich oftmals zeitlich nicht zu. Für Rechtsöffnungsverfahren entschied das Bundesgericht, es obliege dem Betreibenden, den Inhalt des ausländischen Rechts zu ermitteln, soweit dies von ihm zumutbarerweise verlangt werden könne (BGE 140 III 456, Regeste). Das Bundesgericht sieht von der Anwendung von Art. 16 Abs. 1 Satz 1 IPRG ab und erwägt, dass das Rechtsöffnungsverfahren zwar nicht den Dringlichkeitsgrad eines Arrests aufweise, trotzdem aber eine gewisse Schnelligkeit verlange. Wenn es nicht dem Rechtsöffnungsrichter unterliege, den Inhalt des ausländischen

Rechts festzustellen, werde die betreibende Partei jedoch auch ohne Aufforderung des Richters nicht davon dispensiert, dieses Recht festzustellen, soweit man dies von ihr vernünftigerweise verlangen könne. Der Betreibende habe der Thematik des anwendbaren Rechts in dem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall aber nicht die geringste Aufmerksamkeit gewidmet, obwohl sich dies aufgedrängt habe (BGE 140 III 456, E. 2.4 = Pra 104 [2015] Nr. 36 und ius.focus 5/2015 S. 21; vgl. auch Urteil des Obergerichts Zürich RT150102-O vom 5. Januar 2016, E. 2.2.1; Urteil des Bundesgerichts 5P.355/2006 vom 8. November 2006, E. 4.2 f.; Kren Kostkiewicz, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. A. 2018, N 938). Diese Rechtsprechung lässt sich, wie im Folgenden dargelegt wird, auch auf die von der Gesuchstellerin beantragten vorsorglichen Massnahmen anwenden.

Grundvoraussetzung für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist die Dringlichkeit (Sprecher, a.a.O., N 39 zu Art. 261 ZPO). Die Gesuchstellerin bringt dementsprechend vor, die von ihr beantragten vorsorglichen Massnahmen seien von besonderer Dringlichkeit, weil im AR._____ und AS._____ die wichtigen Rennen des aktuellen AQ._____ stattfänden und die angeblich unlauteren Werbemassnahmen der Gesuchsgegnerin in diesem Zeitraum die grösste Wirkung hätten und deshalb vorher unterbunden werden müssten (KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 71). Damit gelingt es der Gesuchstellerin zwar nicht, eine besondere Dringlichkeit i.S.v. Art. 265 ZPO darzulegen. Dennoch ist mit dieser Begründung des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen eine gewisse Dringlichkeit glaubhaft dargetan. Es ist ein rascher Entscheid gefordert und es ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass das vorliegende Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mindestens so dringend ist wie ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung. Deshalb ist vorliegend Art. 16 Abs. 1 Satz 1 IPRG nicht anzuwenden, das heisst, der Inhalt des slowakischen Rechts hinsichtlich der Passivlegitimation ist nicht von Amtes wegen festzustellen. Dies folgt auch aus dem Umstand (und zeigte sich in einem Rechercheversuch), dass die Feststellung des slowakischen Rechts

nur schon aus sprachlichen Gründen weitaus aufwändiger wäre als etwa die Feststellung deutschen, französischen, italienischen oder englischen Rechts. Entsprechend der vorstehend zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts obliegt es somit der Gesuchstellerin, das slowakische Recht festzustellen resp. glaubhaft zu machen. Die Gesuchstellerin äussert sich jedoch nicht dazu, welchen Inhalt das slowakische Recht in Bezug auf die Frage der Passivlegitimation der Gesuchsgegnerin aufweist. Angesichts ihres Vorbringens, die Klage könne sich gegen die Gesuchsgegnerin richten, weil diese sämtliche Werbemassnahmen der slowakischen Distributorin genehmige (vgl. KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 16), hätte hierfür aber Anlass bestanden. Darüber hinaus führt die Gesuchstellerin bezüglich des auf die Hauptsache anwendbaren Rechts selber aus, die Anwendbarkeit der *lex causae* und deren Inhalt seien glaubhaft zu machen, und reicht ein Gutachten zur Frage der Verletzung ihres Rechtsanspruchs aus den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen nach slowakischem Recht ein (KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 40 und N 45 ff.; KG-act. 1/26/KG-act. 12/26 [ZK1 2018 17]). Es wäre der Gesuchstellerin somit durchaus zumutbar gewesen, im eingereichten Gutachten auch den Inhalt des slowakischen Rechts in Bezug auf die Passivlegitimation abklären zu lassen und hierzu Stellung zu nehmen. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist somit mangels Ausführungen der Gesuchstellerin zum Inhalt des slowakischen Rechts betreffend die Passivlegitimation der Gesuchsgegnerin abzuweisen.

b) Wäre das Gesuch nicht wie vorstehend in E. 4a ausgeführt bereits wegen der fehlenden Ausführungen der Gesuchstellerin zum Inhalt des slowakischen Rechts abzuweisen, käme aufgrund der beschriebenen Dringlichkeit des Verfahrens ersatzweise Schweizer Recht zur Anwendung (vgl. Art. 16 Abs. 2 IPRG; vgl. BGE 140 III 456, E. 2.3 f. = Pra 104 [2015] Nr. 36; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_60/2013 vom 27. Mai 2013, E. 3.2.1.2; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.355/2006 vom 8. November 2006, E. 4.2 f.; Kren Kostkiewicz, Kommentar IPRG/LugÜ, 2. A. 2019, N 21 zu Art. 16 IPRG; vgl. Kren Kostkiewicz,

Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. A. 2018, N 938). Die Passivlegitimation gehört im schweizerischen Recht zu den materiell-rechtlichen Voraussetzungen des streitigen Anspruches und bestimmt sich nach materiellem Recht. Die Passivlegitimation bedeutet, dass der Kläger seinen Anspruch gegen den Beklagten geltend machen kann. Ihr Fehlen führt zur Abweisung der Klage, unabhängig davon, ob sich die objektiven Elemente des Klageanspruchs realisieren oder nicht (vgl. BGE 126 III 59, E. 1a = Pra 89 [2000] Nr. 117; vgl. BGE 125 III 82, E. 1a = Pra 88 [1999] Nr. 113).

aa) Die Gesuchstellerin selbst führt aus, die AC._____ werde ihrem Wissen nach nicht von der Gesuchsgegnerin beherrscht (KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 3). Die Gesuchsgegnerin habe im bisherigen Verfahren jedoch ausdrücklich bestätigt, innerhalb der AN._____ -Gruppe für den Vertrieb zuständig zu sein. Es könne somit davon ausgegangen werden, dass die Gesuchsgegnerin Vertriebsverträge mit den Distributoren in den verschiedenen Ländern abschliesse, diese beaufsichtige und ihnen das Werbematerial zur Verfügung stelle (KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 12). Bisher sei sie, die Gesuchstellerin, selbst für den Vertrieb in Europa zuständig gewesen. Gemäss den Lizenzverträgen zwischen ihr und der AO._____ GmbH hätten sämtliche Marketingmassnahmen mit der Lizenzgeberin abgesprochen und von dieser genehmigt werden müssen. Falls sie die Distribution der Produkte nicht selber übernommen habe, hätten die Verträge mit Distributoren in den Ländern gemäss dem Lizenzvertrag der Lizenzgeberin zur Genehmigung vorgelegt werden müssen. Analog dieser Regelung in den Lizenzverträgen sei auch gemäss den Distributionsverträgen die Zustimmung der AN._____ -Gruppe zur Erstellung von Werbematerial durch die Distributoren notwendig, damit die Gesuchsgegnerin die Verwendung der Marken der AN._____ -Gruppe kontrollieren könne. Auch die Distributionsverträge zwischen ihr, der Gesuchstellerin, und der AC._____ für die Slowakei und Tschechien (KG-act. 1/1/KG-act. 12/1 [ZK1 2018 17]) seien von der Gesuchsgegnerin bzw. deren Mitarbeitern genehmigt worden (vgl. KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 14). Neu

sei nun explizit die Gesuchsgegnerin für die Distribution der Produkte zuständig und es würden anerkanntermassen die Mitarbeiter einer anderen Gesellschaft innerhalb der AN._____-Gruppe, die AP._____-AG, für die Gesuchsgegnerin handeln. Bei der von der Gesuchsgegnerin geschilderten Aufgabenverteilung innerhalb der Unternehmensgruppe sei es äusserst naheliegend, dass diese die gleiche Funktion übernehme wie vorher die Lizenzgeberin für sie (vgl. KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 15). Es sei bisher vertraglich vorgesehen gewesen, dass die AN._____-Gruppe unter den anhin geltenden Verträgen die Marketingmassnahmen der Distributoren direkt kontrolliert habe. Da nun die Gesuchsgegnerin für die Distribution zuständig sei, müsse diese die Werbeflyeraktion direkt gesteuert haben. Zudem sei anzunehmen, dass auch die neuen Distributionsverträge, welche die AC._____- mit der Gesuchsgegnerin für den Vertrieb der Produkte ab dem 1. Mai 2018 abgeschlossen habe, ähnliche Klauseln beinhalte. Deshalb sei klar, dass die Werbemassnahmen der Distributoren durch die AN._____-Gruppe-Unternehmensgruppe, d.h. konkret durch die Gesuchsgegnerin, zumindest genehmigt werden müssten (vgl. KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 16).

bb) Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass keine Gesellschaft innerhalb der AN._____-Gruppe für den Vertrieb der AC._____-Produkte in der Slowakei zuständig sei. Vielmehr bestehe ein Vertriebsvertrag mit der AC._____- einer slowakischen Gesellschaft ausserhalb der AN._____-Gruppe (KG-act. 5, N 38). Die Gesuchsgegnerin sei in Bezug auf die Werbemassnahmen der AC._____- in der Slowakei nicht passivlegitimiert (KG-act. 5, N 39). Darüber hinaus habe weder sie noch eine andere AN._____-Gruppe-Gruppengesellschaft die von der AC._____- verteilten Flyer erstellt oder genehmigt, weshalb sie hierfür nicht verantwortlich gemacht werden könne (KG-act. 5, N 41).

cc) Die Gesuchstellerin will aufgrund ehemals zwischen ihr selbst und der AC._____ geltender Regelungen gemäss den Distributionsverträgen („distributorship agreement“) vom 29. Dezember 2016 und 6. Februar 2017 (KG-act. 1/1/KG-act. 12/1 [ZK1 2018 17]) darauf schliessen, ebensolche müssten neu auch zwischen der AC._____ und der Gesuchsgegnerin bestehen. Allein aus dem Umstand, dass bisher vertraglich vorgesehen gewesen sei, dass die AN._____ -Gruppe die Marketingmassnahmen der Distributoren direkt kontrolliert resp. genehmigt habe, kann jedoch nicht im erforderlichen Mass der Glaubhaftmachung gefolgert werden, dass diese Regelung neu auch zwischen der AC._____ und der Gesuchsgegnerin gilt. Dies insbesondere angesichts dessen, dass entsprechend der von der Gesuchstellerin zitierten Textstelle aus den Distributionsverträgen vom 29. Dezember 2016 und 6. Februar 2017 (KG-act. 1/1/KG-act. 12/1 [ZK1 2018 17], Ziff. 11.3 f.) bisher die Zustimmung der AO._____ GmbH für Werbemassnahmen der AC._____ nötig war – und nicht jene der Gesuchsgegnerin. Wenn die Gesuchstellerin einzig vorbringt, neu sei die Gesuchsgegnerin für die Distribution der Produkte zuständig (KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 15), was die Gesuchsgegnerin für den Vertrieb in der Slowakei ausdrücklich bestreitet (KG-act. 5, N 11 und 38), ist damit nicht glaubhaft dargetan, dass nicht mehr die AO._____ GmbH, sondern die Gesuchsgegnerin die Werbemassnahmen der AC._____ genehmigen müsse bzw. direkt kontrolliere (vgl. KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 16). Die Gesuchstellerin kann denn auch keine schriftlichen Verträge zwischen der Gesuchsgegnerin und der AC._____ ins Recht legen. Auch wenn dies als Nicht-Vertragspartei und aufgrund der Streitkonstellation nachvollziehbar ist, gereicht ihr dieser Umstand zum Nachteil, weil es so bei der blossen Mutmassung bleibt, zwischen der Gesuchsgegnerin und der AC._____ bestünden neue Distributionsverträge, wonach die Werbemassnahmen der slowakischen Distributorin durch die Gesuchsgegnerin genehmigt werden müssten. Dies erscheint zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, der Gesuchstellerin gelingt es aber nicht, glaubhaft zu machen, dass die Gesuchsgegnerin die von der slo-

wakischen AC. _____ verteilten Werbeflyer genehmigte und insofern für deren Handeln verantwortlich gewesen sein soll. Abgesehen davon erscheint fraglich, ob das Vorlegen des Vertrags resp. der Nachweis einer vertraglichen Vereinbarung der Genehmigungspflicht daran etwas ändern könnte, weil die Genehmigung auch tatsächlich hätte erteilt werden müssen, was die Gesuchstellerin aber nicht darlegt (vgl. KG-act. 5, N 42).

Die Gesuchstellerin macht ausserdem geltend, weil das Handelsgericht Zürich im parallelen Verfahren das Verhalten (insbesondere die Zuständigkeit für den globalen Vertrieb) nicht der Hauptgesellschaft der AN. _____-Gruppe, der AP. _____ AG, zugerechnet habe, müsse unweigerlich die Gesuchsgegnerin verantwortlich sein (vgl. KG-act. 3, S. 1). Dieser Schlussfolgerung steht entgegen, dass gemäss den Distributionsverträgen vom 29. Dezember 2016 und 6. Februar 2017 bisher die Zustimmung der AO. _____ GmbH für Werbemassnahmen der AC. _____ nötig war und somit nicht anzunehmen ist, dass unweigerlich die Gesuchsgegnerin verantwortlich sein müsse. Die Gesuchstellerin führt denn auch selber aus, die Gesuchsgegnerin resp. die AN. _____-Gruppe schaffe absichtlich „undurchsichtige Strukturen“, so dass nicht nachvollzogen werden könne, wie die Verantwortlichkeiten verteilt seien (KG-act. 3, S. 1). Ihr in diesem Zusammenhang weiter vorgebrachtes Argument, es sei der Gesuchsgegnerin bzw. der AN. _____-Gruppe zuzurechnen, wenn diese absichtlich undurchsichtige Strukturen schaffe, resp. die undurchsichtige Konzernstruktur könne nicht dazu dienen, dass der AN. _____-Gruppe unlautes Handeln nicht verboten werden könne (KG-act. 3, S. 1), vermag dabei am Umstand, dass die Passivlegitimation der Gesuchsgegnerin nicht glaubhaft ist, nichts zu ändern.

Die Gesuchstellerin bringt überdies vor, das Handeln der AC. _____ sei der Gesuchsgegnerin auch deshalb zuzurechnen, weil letztere AC. _____ angewiesen haben soll, zumindest einen Händler über die Unrechtmässigkeit des Werbeflyers zu informieren, was zeige, dass die AC. _____ nur das mache,

was ihr die Gesuchsgegnerin befehle (KG-act. 3, S. 1 f.). Auch die Gesuchsgegnerin bringt vor, nachdem sie von der streitgegenständlichen Werbemassnahme in Kenntnis gesetzt worden sei, habe sie die AC._____ angewiesen, solche Werbemassnahmen zu unterlassen (KG-act. 5, N 42). Dies lässt aber nicht per se glaubhaft erscheinen, dass die AC._____ vertraglich verpflichtet ist, für ihre Werbemassnahmen die Genehmigung der Gesuchsgegnerin einzuholen. Möglich erscheint auch etwa, dass die Gesuchsgegnerin die AC._____ nur darüber informieren wollte, dass die AN._____ -Gruppe nicht mehr Sponsor dieser National-teams ist und solches Verhalten, fände es statt, unzulässig wäre (vgl. KG-act. 5/6 und 5/8). Dafür spricht auch, dass aus den von der Gesuchsgegnerin eingereichten E-Mails vom 19. Dezember 2018 (KG-act. 5/6) und 7. Januar 2019 (KG-act. 5/8) hervorgeht, dass nicht klar war, wo und wann die AC._____ das Werbematerial verwandte. Es ist nicht glaubhaft anzunehmen, dass die Gesuchsgegnerin die Werbemassnahmen erst genehmigt, nur um danach in internen E-Mails nachfragen zu müssen, wann und wo das Werbematerial verwendet wurde mit der Bitte, dies zu unterlassen.

Des Weiteren macht die Gesuchstellerin geltend, auf der Homepage www.AC._____.com, welche denselben Namen trage wie die Gesuchsgegnerin, sei ein Werbeflyer verfügbar (vgl. KG-act. 1/19/KG-act. 12/19 [ZK1 2018 17]), der bis auf die Sprache genau dem von der slowakischen Distributorin verwendeten Flyer entspreche. Es sei zwar nicht ersichtlich, welche AN._____ -Gruppe den Werbeflyer erstellt habe, die Gesuchsgegnerin werde aber bei anderen auf ihrer Internetseite online verfügbaren Katalogen (vgl. KG-act. 1/20/KG-act. 12/20 f. [ZK1 2018 17]) als Erstellerin angegeben. Es sei daher möglich, dass sowohl der online verfügbare Flyer als auch der slowakische Werbeflyer von der Gesuchsgegnerin erstellt worden seien (KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 33).

Dem von der Gesuchsgegnerin ins Recht gelegten Impressum der Webseite www.AC._____.com lässt sich jedoch entnehmen, dass nicht sie, sondern die AP._____ AG für den Betrieb der Webseite verantwortlich ist (KG-act. 5/2). Die Gesuchsgegnerin bringt vor, sie habe den Inhalt dieser Webseite nicht zu verantworten (KG-act. 5, N 13) und die AP._____ AG habe bereits veranlasst, dass die Logos auf dem Werbeflyer „AT._____“ entfernt worden seien und der Flyer vom Netz genommen worden sei (KG-act. 5, N 17). Selbst die Gesuchstellerin führt in ihrer Eingabe vom 18. Januar 2018 aus, die Gesuchsgegnerin habe den online verfügbaren Werbeflyer nun geändert (vgl. KG-act. 7). Angesichts dessen fehlt es der Gesuchstellerin an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse für die Anordnung diesbezüglicher vorsorglicher Massnahmen. Darüber hinaus ist entgegen der Gesuchstellerin einzig aufgrund der behaupteten Ähnlichkeit des slowakischen Flyers mit einem auf der Webseite der AP._____ AG aufgeschalteten Werbeflyer nicht glaubhaft dargelegt, dass die Gesuchsgegnerin den slowakischen Flyer erstellte resp. für die Erstellung verantwortlich war. Die AC._____ könnte den Flyer ebenso gut in eigener Verantwortung erstellt haben.

dd) Wäre vorliegend ersatzweise Schweizer Recht anwendbar, könnte die Gesuchstellerin aus den vorstehend genannten Gründen für das Handeln der slowakischen AC._____ nicht verantwortlich gemacht werden und wäre insofern nicht passivlegitimiert. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wäre somit auch wegen der fehlenden Passivlegitimation der Gesuchsgegnerin abzuweisen.

c) Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigen sich Erwägungen zu den weiteren Vorbringen der Gesuchstellerin, insbesondere betreffend die behauptete Verletzung eines ihr zustehenden Rechtsanspruchs nach slowakischem Recht (KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 45 ff.), die angebliche Wiederholungsgefahr (KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 58 ff.) sowie den nicht

leicht wiedergutzumachenden Nachteil (KG-act. 1/KG-act. 12 [ZK1 2018 17], N 61 ff.).

Ebenso kann ausgangsgemäss offenbleiben, ob die Klageänderung der Gesuchstellerin in der gleichen Eingabe wie das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen zulässig ist.

5. Über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen kann gemäss Art. 104 Abs. 3 ZPO zusammen mit der Hauptsache entschieden werden.

verfügt:

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Kosten dieser Verfügung bleiben bei der Hauptsache (ZK1 2018 17).
3. Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 98 BGG) beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden. Die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert der Hauptsache übersteigt Fr. 30'000.00.
4. Zufertigung an Rechtsanwalt B._____ (2/R, vorab per Fax) und Rechtsanwalt D._____ (2/R, vorab per Fax).

Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Die Gerichtsschreiberin

Versand

31. Januar 2019 kau