



**Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Schweiz) AG / Migros-Genossenschafts-Bund, Chocolat Frey AG betreffend Begehren um Erlass einer superprovisorischen Massnahme (unlauterer Wettbewerb)**

---

Superprovisorischer Massnahmeentscheid des Handelsgerichtspräsidenten vom 25. Oktober 2013

Art. 265 ZPO; Art. 3 lit. e UWG. Die Aufhebung einer verfügten superprovisorischen Massnahme kann ihrerseits superprovisorisch, das heisst ohne Anhörung der Gegenpartei erfolgen. Mit Entscheid vom 16. Oktober 2013 verbot der Handelsgerichtspräsident den Gesuchsgegnern vorläufig und ohne Anhörung der Gegenpartei den Vertrieb und die Bewerbung ihres Schoko-Bären, da der Vorwurf der Rufausbeutung glaubhaft erscheine. Mit vorliegendem superprovisorischen Entscheid wird der vorläufige Entscheid vom 16. Oktober 2013 vorläufig aufgehoben, da nach Eingang der Gesuchsantwort der Vorwurf der Rufausbeutung nicht mehr glaubhaft erscheint, namentlich weil der gesuchsgegnerische Schoko-Bär nicht in einer Goldfolienverpackung, sondern in einer PET-Verpackung angeboten wird, der Farbton sich wesentlich vom gesuchstellerischen unterscheidet und die Gesuchsgegner glaubhaft machen konnten, dass ihr Schoko-Bär bereits in früheren Jahren in ähnlicher Form verkauft wurde (Handelsgerichtspräsident St. Gallen, 25. Oktober 2013, HG.2013.206).

## Erwägungen

### I.

1. Mit Gesuch vom 8. Oktober 2013, das am 9. Oktober 2013 beim Handelsgericht St. Gallen einging, beantragten die Gesuchstellerinnen die dringliche Anordnung vorsorglicher Massnahmen ohne vorgängige Anhörung der Gegenparteien. Sie machten geltend, dass der Gesuchsgegner 1 die streitgegenständlichen Produkte durch Kataloge in der ganzen Schweiz beworben habe und diese Produkte in seinen Geschäften im Kanton St. Gallen anbieten und verkaufen werde. Zudem sei zu befürchten, dass auch die Gesuchsgegnerin 2 diese Produkte auf ihrer Internetseite unter der Rubrik Neuheiten bewerben werde. Die Gesuchsgegner würden mit den streitgegenständlichen Produkten gegen das Gesetz über unlauteren Wettbewerb verstossen.

Die Gesuchstellerinnen führten aus, sie hätten aufgrund des Weihnachtskatalogs 2013 der Gesuchsgegner den begründeten Verdacht, dass der Gesuchsgegner 1 in den nächsten Tagen den im Rechtsbegehren beschriebenen Schoko-Bären zum Verkauf anbieten werde. Der Schoko-Bär werde von der Gesuchsgegnerin 2 hergestellt und an den Gesuchsgegner 1 geliefert. Die Gesuchstellerinnen machten geltend, der Schoko-Bär der Gesuchsgegner übernehme sämtliche wesentlichen Merkmale des Lindt-Teddys, wie z.B. sitzender Bär, goldfarbene Verpackung, rotes Halsband sowie weitere Merkmale. Gleichzeitig kopiere die Aufmachung des Schoko-Bären der Gesuchsgegner die Gestaltungselemente des Lindt-Teddys. Zudem vermittele er den gleichen Gesamteindruck. Der Schoko-Bär der Gesuchsgegner sei eine ganz gezielte Anlehnung an die Ausstattung des Lindt-Teddys. Damit würden die Gesuchsgegner unmittelbare und mittelbare Verwechslungen mit dem Produkt der Gesuchstellerinnen provozieren. Zudem würden sie den exzellenten Ruf der Gesuchstellerinnen und deren Produkte, namentlich auch des Lindt-Teddys, ausbeuten.

2. Mit superprovisorischer Verfügung vom 16. Oktober 2013 verbot der Handelsgerichtspräsident daraufhin den Gesuchsgegnern vorsorglich, Bären aus Schokolade in der folgenden Ausstattung zu bewerben, anzubieten, zu verkaufen, zu vertreiben oder sonst wie in Verkehr zu bringen bzw. an solchen Handlungen mitzuwirken oder solche Handlungen zu veranlassen: Sitzende Bären aus Schokolade in einer goldfarbenen Verpackung mit einem roten Halsband, insbesondere gemäss folgender Abbildung:





Für den Fall der Widerhandlung gegen diese Verbote drohte er den Organen der Gesuchsgegner eine Ordnungsbusse von Fr. 1'000.-- pro Tag der Nichterfüllung sowie eine Bestrafung gemäss Art. 292 StGB an. Gleichzeitig forderte er die Gesuchstellerinnen auf, innert 10 Tagen einen Kostenvorschuss von Fr. 20'000.-- zu bezahlen. Den Gesuchsgegnern setzte er eine Frist von 10 Tagen, um zum Gesuch Stellung zu nehmen.

3. Am 23. Oktober 2013 gingen der Gerichtskostenvorschuss sowie die Gesuchsantwort beim Handelsgericht ein. Die Gesuchsgegner machen im Wesentlichen geltend, dass ihr Schoko-Bär bereits vor dem Lindt-Teddy auf dem Markt gewesen sei. Ihr Schoko-Bär sei bereits 2008 sowie 2009 im Rahmen des Weihnachtssortiments verkauft worden und solle jetzt als Relaunch wieder zu Weihnachten 2013 verkauft werden. Er sei somit bereits 3 Jahre vor dem Lindt-Teddy auf dem Markt gewesen. Es sei daher nicht möglich, dass es sich bei ihrem Schoko-Bären um eine Anlehnung an den Lindt-Teddy handle, der erst im Jahr 2011 lanciert worden sei. Zudem machen die Gesuchsgegner geltend, dass weder der sitzenden Form des Bären, der goldenen Verpackung noch dem roten Halsband eine Unterscheidungskraft oder gar Kennzeichnungskraft zu komme. Auch unterscheide sich ihr Schoko-Bär deutlich vom Lindt-Teddy.

## II.

1. Die Gesuchstellerinnen haben glaubhaft gemacht, dass sich die befürchteten Wettbewerbshandlungen der Gesuchsgegner im Kanton St. Gallen auswirken würden. Damit ist die örtliche Zuständigkeit für das Hauptverfahren und dementsprechend auch für das Massnahmeverfahren gegeben (Art. 36 i.V.m. Art. 13 lit. a und Art. 5 Abs. 2 ZPO). Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtspräsidenten ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO sowie Art. 11 Abs. 1 lit. a und Art. 17 lit. a EG ZPO. Die Zuständigkeit des Handelsgerichtspräsidenten wird von den Gesuchsgegnern nicht bestritten.

2. 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 ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen (Art. 265 Abs. 1 ZPO).

3 Die Gesuchstellerinnen machen im wesentlichen geltend, die Gesuchsgegnerinnen würden mit ihrem Schoko-Bären gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb verstossen, da sie mit ihrem Schoko-Bär sowohl eine unmittelbare als auch eine mittelbare Verwechslungsgefahr mit dem Lindt-Teddy provozieren und den Ruf der Gesuchstellerinnen ausbeuten würden.

a) Unlauter verhält sich insbesondere, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen (Art. 3 lit. d UWG). Eine unmittelbare oder mittelbare Verwechslungsgefahr wurde bereits im Entscheid über die superprovisorische Anordnung des Vertriebsverbotes vom 16. Oktober 2013 als nicht glaubhaft gemacht erachtet. Daran hat sich auch mit der Einreichung der Gesuchsantwort nichts geändert. In diesem Punkt kann somit auf die entsprechenden Ausführungen (...) im erwähnten Entscheid verwiesen werden.

c) Im Entscheid über die superprovisorische Anordnung des Vertriebsverbotes vom 16. Oktober 2013 wurde jedoch in einer ersten kurzen summarischen Prüfung als glaubhaft gemacht erachtet, dass eine Rufausbeutung drohe. Es gilt diesen Punkt nun nach Eingang der Gesuchsantwort erneut zu prüfen.

aa) Erst mit der Einreichung der Gesuchsantwort erhielt das Gericht ein Exemplar des gesuchsgegnerischen Schoko-Bären. Dieser weist zwar durchaus gewisse Übereinstimmungen zum Lindt-Teddy auf. So handelt es sich ebenfalls um einen sitzenden Bären in goldfarbener Verpackung mit einem roten Halsband. Er unterscheidet sich jedoch vom Lindt-Teddy durch eine unterschiedliche Form, insbesondere des Gesichtes und der Beine. Sowohl die Gesichtsform als auch die Beine des Schoko-Bären der Gesuchsgegner weisen deutlich ausgeprägtere dreidimensionale Formen auf als der Lindt-Teddy. Zudem besteht die Verpackung des gesuchsgegnerischen Schoko-Bären aus einer dreidimensionalen PET-Form und nicht wie beim Lindt-Teddy aus einer Aluminium-Folie. Zur Illustration haben die Gesuchsgegnerinnen folgende Abbildungen der beiden Bären eingereicht:



bb) In der superprovisorischen Verfügung vom 16. Oktober 2013 wurde noch aufgrund der damals vorliegenden Abbildungen davon ausgegangen, in Anbetracht des Umstandes, dass die Gesuchsgegner für ihren Schoko-Bären die wesentlichen Ausstattungselemente des Lindt-Teddys, die aus der goldfarbigen Verpackung, der roten Schleife sowie der sitzenden Position des Bären bestehen, verwenden, erscheine es vorerst als glaubhaft, dass eine unnötige Anlehnung an den Lindt-Teddy bestehe und diese Anlehnung objektiv geeignet sei, bei den Konsumenten eine gedankliche Verbindung zum Lindt-Teddy zu erwecken. Diesen Eindruck haben die Gesuchsgegnerinnen nun mit der Einreichung eines Exemplars ihres Schoko-Bären widerlegt. Es hat sich gezeigt, dass sich die Verpackung des Schoko-Bären insbesondere im Farbton wie auch in der Materialwahl wesentlich von der Folien-Verpackung der Schoko-Tiere der Gesuchstellerinnen unterscheiden, so dass eine gedankliche Verbindung zur Gesuchstellerin nicht glaubhaft erscheint.

cc) Zudem lassen auch die Ausführungen der Gesuchsgegnerinnen zur bisherigen Geschichte ihres Schoko-Bären nicht mehr als glaubhaft erscheinen, dass eine Rufausbeutung oder unlautere Anlehnung an die Produkte der Gesuchstellerinnen droht. Die Gesuchsgegner legen nämlich mittels der eingereichten Weihnachtskataloge 2008 und 2009 glaubhaft dar, dass sie ihren Schoko-Bären bereits 2008 und 2009 im Weihnachtssortiment angeboten haben und die drei dreidimensionale Gussform des damals verkauften Schoko-Bären identisch mit dem gegenwärtig produzierten Schoko-Bären ist (gest.act. 10, 11, 13). Zudem machen sie geltend, dass einzig bei den Accessoires im Laufe der Jahre minimale Anpassungen vorgenommen worden seien. So habe der im Jahre 2008 lancierte Bär eine breite rote Schlaufe aufgewiesen und im Jahr 2009 sei ein blaues Etikett mit der Aufschrift "FREY" und "Kids" hinzugefügt worden. Der Schokobär in der gegenwärtigen Ausstattung trage eine etwas schmalere rote Schlaufe

mit einem roten Etikett mit dem Aufdruck "FREY" und einer verkleinerten Abbildung des Bären und einem kleinen Medaillon mit dem Wort "lait" (gesg.act. 13). Die Gesuchsgegner reichen diesbezüglich die nachfolgenden Abbildungen ein:



Schoko-Bär 2008

Schoko-Bär 2009

Schoko-Bär 2013

dd) Aufgrund der eingereichten Unterlagen (gest.act. 10, 11 und 13) erscheint es als glaubhaft, dass sich das Gesamterscheinungsbild des Schoko-Bären seit 2008, abgesehen von der Grösse der Schleife und der Etikette, nicht wesentlich verändert hat. Haben die Gesuchstellerinnen gemäss eigenen Angaben ihren Lindt-Teddy erst 2011, d.h. erst drei Jahre nach dem Schoko-Bär der Gesuchsgegner auf den Markt gebracht und hat sich der Schoko-Bär der Gesuchsgegner in seinem Gesamterscheinungsbild nicht wesentlich verändert, erscheint die Behauptung der Gesuchstellerinnen, die Gesuchsgegner würden sich mit ihrem Schoko-Bären an den erst später lancierten Lindt-Teddy anlehnen und damit den Ruf der Gesuchstellerinnen ausbeuten, nicht glaubhaft.

4. Die Gesuchsgegner beantragen, es sei superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Gesuchstellerinnen über die Aufhebung der superprovisorischen Massnahmen zu entscheiden.

a) Nachdem die superprovisorischen Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei erlassen wurden, gebietet es die Rechtsgleichheit, dass eine solche Massnahme auch superprovisorisch ohne Anhörung der Gesuchstellerinnen wieder aufgehoben werden kann. Dafür müssen die Gesuchsgegner glaubhaft machen, dass die Voraussetzungen für den Erlass der superprovisorischen Massnahmen nicht vorgelegen bzw. nicht ausreichend glaubhaft gemacht worden seien. Zudem haben sie glaubhaft zu machen, dass ihnen aufgrund der zeitlichen Verzögerung, welche dadurch entstehen würde, dass



den Gesuchstellerinnen vor Aufhebung der superprovisorischen Massnahmen noch das rechtliche Gehör gewährt würde, ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil entstehen würde.

b) Die Gesuchsgegner haben nach dem Gesagten glaubhaft gemacht, dass die Voraussetzungen für den Erlass der superprovisorischen Massnahmen nicht vorgelegen haben. Zudem machen die Gesuchsgegner geltend, dass das ausgesprochene Verbot, die Schoko-Bären in der vorliegenden Ausstattung zu verkaufen, einem totalen Verkaufsverbot gleichkomme. Ein Umpacken komme aus Gründen der Lebensmittelsicherheit nicht in Frage. Ein Verkauf nach einer allfälligen Aufhebung des Verbotes zu einem späteren Zeitpunkt, d.h. nach Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Gesuchstellerinnen, sei wegen der beschränkten Haltbarkeit der Schoko-Bären ebenfalls ausgeschlossen. Die für Weihnachten 2013 produzierten und zum Versand bereiten Schoko-Bären wären in diesem Fall "für die Halde" produziert worden. Bei den Schoko-Bären handle es sich um einen Weihnachtsartikel, der rechtzeitig auf das Weihnachtsgeschäft in den Regalen der Detailhändler sein müsse. Spätester Startpunkt für den Verkauf von Weihnachtsartikeln sei der 1. November 2013. Es bestehe daher eine ausserordentlich hohe zeitliche Dringlichkeit.

c) Es erscheint damit als glaubhaft, dass die Voraussetzungen für eine sofortige Aufhebung der superprovisorischen Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei gegeben sind. Die Ziffern 1 und 2 der superprovisorischen Massnahme sind daher ohne Anhörung der Gegenpartei sofort aufzuheben.

5. Die Kosten dieser Verfügung bleiben einstweilen beim Massnahmeverfahren. Die Zustellung der Gesuchsantwort an die Gesuchsteller und die weiteren Verfahrensleitenden Anordnungen im Massnahmeverfahren erfolgen mit separatem Schreiben.

6. Angesichts des Umstandes, dass diese Aufhebung des Entscheides vom 16. Oktober 2013 ohne Anhörung der Gesuchsteller erfolgt, ist davon auszugehen, dass es sich um eine superprovisorische Verfügung handelt, gegen die kein Rechtsmittel gegeben ist. Dem Entscheid wird deshalb keine Rechtsmittelbelehrung angefügt (vgl. jedoch BGE 139 III 86 ff.).

Demgemäss wird vorläufig und dringlich ohne weitere Anhörung der Gesuchstellerinnen



**verfügt:**

1. Die Ziffern 1 und 2 der superprovisorischen Verfügung des Handelsgerichtspräsidenten vom 16. Oktober 2013 werden per sofort aufgehoben.
2. Der vorliegende Entscheid tritt sofort in Kraft.
3. Die Entscheidegebühr bleibt einstweilen beim Massnahmeverfahren.

Der Präsident

Rolf Brunner