[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben

Handelsgericht des Kantons Zürich

Postfach 2401

8001 Zürich

[Ort], [Datum]

Klage

[Anrede]

In Sachen

B AG Klägerin

[Adresse], Zürich

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

gegen

A GmbH Beklagte

[Adresse], Konstanz, Deutschland

betreffend Lauterkeitsrecht

reiche ich namens und im Auftrag der Klägerin die vorliegende

KLAGE

ein mit den folgenden

Rechtsbegehren

* 1. Es sei der Beklagten zu verbieten, mit den Begriffen «Tiefstpreisgarantie auf alle Produkte» und «garantierter Dauertiefstpreis auf das gesamte Sortiment» zu werben – unter Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe mit Busse nach Art. 292 StGB im Fall der Zuwiderhandlung gegen das Verbot.

Bemerkung 2: Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG kann der Verletzte dem Mitbewerber eine drohende Verletzung verbieten lassen. Prozessual kann dieser Anspruch im Rahmen einer Unterlassungsklage geltend gemacht werden. In Abgrenzung zur Beseitigungsklage dient die Unterlassungsklage nicht dazu, eine bestehende Verletzung zu beseitigen, sondern vielmehr eine (erstmalige oder erneute) Verletzung zu verhindern. In Einzelfällen kann die Abgrenzung zwischen Unterlassungs- und Beseitigungsklage Probleme bereiten (siehe hierzu Baudenbacher UWG-Baudenbacher/Glöckner, Art. 9 N 60). Fällt die Verletzung nach Rechtshängigkeit der Klage weg, kann es notwendig werden, eine Beseitigungsklage im Wege der Klageänderung gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO in eine Unterlassungsklage abzuändern (BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 26 ff.).

Bemerkung 3: In der Praxis bereitet die Formulierung des Klagebegehrens zum Teil Schwierigkeiten. Zum einen muss der Klageantrag dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen und vollstreckbar sein. Zum anderen soll möglichst vermieden werden, dass der Antrag zu eng gefasst ist und der Beklagte durch eine geringfügige Anpassung seines Verhaltens das Verbot umgehen kann. Hat bereits eine Verletzung stattgefunden, sollte diese so konkret wie möglich umschrieben werden. Hierfür kann im Begehren beispielsweise auch auf einen beigelegten Werbeprospekt Bezug genommen werden. Allgemeine Zusätze, die eine Umgehung des Verbots verhindern sollen, jedoch kein konkretes Verhalten umschreiben, wie beispielsweise das Verbot «Prospekte, Preislisten und dergleichen» herzustellen (siehe Massnahmeentscheid Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, 14.11.2001, sic! 2002 S. 258 – «Werbekonzept»), sind zu unbestimmt und daher unzulässig. Solche Zusätze könnten später nicht vollstreckt werden, da sie eine erneute rechtliche Wertung voraussetzen (ausführlich hierzu BSK UWG-Rüetschi/Roth/Frick, Art. 9 N 24 ff. m.w.N.).

Bemerkung 4: Zwar werden Vollstreckungsmassnahmen grundsätzlich erst vom Vollstreckungsgericht gemäss Art. 343 Abs. 1 ZPO angeordnet. Allerdings kann das urteilende Gericht auf Antrag des Klägers nach Art. 236 Abs. 3 ZPO selbst Vollstreckungsmassnahmen anordnen. Im Falle eines Unterlassungsbegehrens kommen aus dem Katalog der möglichen Vollstreckungsmassnahmen nach Art. 343 ZPO aufgrund der Natur des Anspruchs lediglich eine Strafandrohung nach Art. 292 StGB (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) oder eine Ordnungsbusse (Art. 343 Abs. 1 lit. b und c ZPO) in Betracht. In der Praxis ist die Durchsetzung mithilfe einer Strafandrohung üblich (vgl. Pedrazzini/Pedrazzini, UWG, Rz 14.13; David/Frick/Kunz/ Studer/Zimmerli, SIWR I/2, Rz 742 ff.). Vor Inkrafttreten der ZPO war das Verbot gemäss der Rechtsprechung von Amts wegen mit einer entsprechenden Strafandrohung zu verbinden (BGE 87 II 107 E. 5). Nunmehr verlangt Art. 236 Abs. 3 ZPO ausdrücklich einen entsprechenden Antrag der obsiegenden Partei. Gegenüber juristischen Personen darf keine Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB angeordnet werden, da grundsätzlich nur natürliche Personen schuld- und straffähig sind. Die Strafandrohung ist stattdessen an die zuständigen Organe bzw. Vertreter der juristischen Person zu richten (vgl. BGE 78 IV 237 S. 239; 96 II 257 E. 3.b a.E.; 97 II 234 E. 2 a.E. sowie BSK STGB II-Riedo/Boner, Art. 292 N 75 f.).

* 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, das Urteilsdispositiv sowie eine vom Gericht geprüfte Zusammenfassung des Urteils während 30 Tagen auf der Webseite ‹www.schöner-garten-markt.ch› in Form einer vorgelagerten Schicht-Anzeige (Layer-Ad) in der Grösse von mindestens einem Viertel des Bildschirms bei dynamischer Seitengrösse auf ihre Kosten aufzuschalten.

Bemerkung 5: Gemäss Art. 9 Abs. 2 UWG kann der Kläger verlangen, dass das Urteil öffentlich bekannt gemacht wird, wenn der Tatbestand des Art. 9 Abs. 1 UWG erfüllt ist, der Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der Urteilspublikation hat und die Urteilspublikation verhältnismässig ist (BSK UWG-Rüetschi/Roth/Frick, Art. 9 N 65). Die Urteilspublikation dient insbesondere dazu, weiteren Verletzungen vorzubeugen und das Publikum aufzuklären. Entsprechende Bestimmungen finden sich auch in immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetzen (Art. 70 PatG; Art. 66 URG; Art. 39 DesG; Art. 60 MSchG) sowie im Persönlichkeitsrecht (Art. 28a Abs. 2 ZGB). Die Veröffentlichung des Urteils durch die Beklagte hat den Vorteil, dass die Klägerin durch die Veröffentlichung nicht ihrerseits Gefahr läuft, eine unlautere Handlung zu begehen (Pedrazzini/Pedrazzini, UWG, Rz 14.29).

Bemerkung 6: Das Gericht hat bei der Entscheidung, ob und wie das Urteil veröffentlicht wird, ein erhebliches Ermessen (BGE 136 III 23, nicht in der amtlichen Sammlung publizierte E. 2.1). Die Modalitäten der Urteilspublikation sind vom Gericht zu bestimmen. Dem Kläger steht es dabei frei, die von ihm gewünschten Modalitäten der Veröffentlichung zu beantragen, wobei neben der Publikation des Urteilsdispositivs auch beantragt werden kann, dass eine vom Gericht geprüfte Urteilszusammenfassung publiziert wird (vgl. Baudenbacher UWG-Baudenbacher/Glöckner, Art. 9 N 155). Das Gericht ist befugt, den klägerischen Antrag anzupassen, insbesondere wenn dieser nicht hinreichend bestimmt und deswegen nicht vollstreckbar ist (BGE 100 II 177 E. 6).

Bemerkung 7: Auch wenn sich dies nicht ausdrücklich aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, erfolgt die Veröffentlichung des Urteils in der Regel auf Kosten der unterlegenen Prozesspartei, wobei das Gericht die Einzelheiten bestimmt (BSK UWG-Rüetschi/Roth/Frick, Art. 9 N 71).

* 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, Rechnung zu legen über die in der Schweiz über ihre Webseite getätigten Verkäufe von Produkten im Zeitraum vom [Datum – Aufschaltung der Werbung] bis zum [Datum – Löschung der Werbung] unter Angabe von Hersteller- und Produktname, Verkaufsmenge, Verkaufszeit, Verkaufspreis und Gestehungskosten.

Bemerkung 8: Benötigt der Kläger zur Substantiierung seiner kompensatorischen Ansprüche nach Art. 9 Abs. 3 UWG Informationen und Beweise aus der Sphäre des Beklagten, so kann er das Begehren um Auskunftserteilung (insb. Rechnungslegung) mit einem zunächst unbezifferten Antrag auf Leistung des Geschuldeten im Rahmen der Stufenklage geltend machen (vgl. hierzu SHK UWG-Spitz, Art. 9 N 238 ff.; BSK UWG-Rüetsch/Roth/Frick, Art. 9 N 134). Die Bezifferung der Forderung muss in diesem Fall nach erfolgter Auskunftserteilung erfolgen (BGE 140 III 409 E. 4.3; 131 III 243 E. 5.1; 116 II 215 E. 4.a).

* 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Gewinn herauszugeben, den die Beklagte mit dem Verkauf von Produkten über ihre Webseite in der Schweiz im Zeitraum vom [Datum – Aufschaltung der Werbung] bis zum [Datum – Löschung der Werbung] erzielt hat, mindestens jedoch CHF 50'000.00.

Bemerkung 9: Im Rahmen der Stufenklage kann der Kläger zunächst einen unbezifferten Klageantrag stellen, wenn er in der Klagebegründung darlegt und nachweist, dass ihm eine Bezifferung des Antrags unmöglich oder unzumutbar ist. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, ist die Forderung nach dem Grundsatz des Art. 82 Abs. 2 ZPO zu beziffern. Es genügt nicht, einzig unter Hinweis auf fehlende Informationen auf die an sich erforderliche Bezifferung zu verzichten. Fehlt der Nachweis seitens des Klägers, dass ihm eine Bezifferung des Leistungsbegehrens nicht möglich bzw. nicht zumutbar ist, ist auf dieses Begehren mangels Bezifferung nicht einzutreten (BGE 140 III 409 E. 4.3).

Bemerkung 10: Gemäss Art. 85 Abs. 2 ZPO muss die Klägerin auch bei einem unbezifferten Klageantrag einen Mindestwert angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt. Das Gericht darf über den angegebenen Mindestbetrag hinausgehen.

Bemerkung 11: Nach Art. 9 Abs. 3 UWG kann der Verletzte nach Massgabe des Obligationenrechts Schadenersatz und Herausgabe des Gewinns verlangen. Diese Ansprüche schliessen sich gegenseitig aus, soweit sie funktional vergleichbar sind, d.h. dieselben Schadensposten abdecken (z.B. entgangener Gewinn und Herausgabe des Gewinns, vgl. BGE 133 III 153 E. 2.5). Soweit dies nicht der Fall ist, sind beide Ansprüche nebeneinander anwendbar (z.B. Marktverwirrungsschaden und Gewinnherausgabe).

Bemerkung 12: Hat der Kläger im Zeitpunkt der Klageeinreichung keine Kenntnis vom Umfang des Anspruchs auf Gewinnherausgabe, sondern will diesen mit Hilfe einer Stufenklage ermitteln, so kann von ihm nicht erwartet werden, sich zwischen den sich gegenseitig ausschliessenden Ansprüchen auf Schadenersatz und Gewinnherausgabe zu entscheiden. Vielmehr kann er ein alternatives Rechtsbegehren stellen und sich vorbehalten, sich nach der Auskunftserteilung für Schadenersatz oder Gewinnherausgabe zu entscheiden (BSK UWG-Rüetsch/Roth/Frick, Art. 9 N 134 m.w.N.).

* 1. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Begründung

**I. Formelles**

* 1. Der unterzeichnende Rechtsanwalt ist gehörig bevollmächtigt.

Beweis: Vollmacht vom [Datum] Beilage 1

* 1. Die internationale und örtliche Zuständigkeit ist am Gerichtsstand Zürich begründet:
  2. Die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte ergibt sich aus Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 LugÜ, da die Parteien ihren satzungsmässigen Sitz in der Schweiz bzw. Deutschland und damit in Vertragsstaaten des Lugano-Übereinkommens haben.

Beweis: Handelsregisterauszug der Klägerin vom [Datum] Beilage 2

Beweis: Handelsregisterauszug der Beklagten vom [Datum] Beilage 3

* 1. Gemäss Art. 5 Abs. 3 LugÜ kann der Kläger im Fall einer unerlaubten Handlung bzw. einer Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, den Schädiger an dem Ort einklagen, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Art. 5 Abs. 3 LugÜ bestimmt dabei nicht nur die internationale, sondern (innerhalb des zuständigen Vertragsstaates) auch die örtliche Zuständigkeit. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Regelung, welche die Zuständigkeit ausdrücklich dem *«Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist»* zuweist (vgl. BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 32).

Bemerkung 13: Art. 5 Abs. 3 LugÜ begründet eine besondere Zuständigkeit, die – nach der Wahl des Klägers – alternativ zum allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz bzw. im Fall einer juristischen Person am Geschäftssitz (vgl. Art. 60 Abs. 1 LugÜ) des Beklagten nach Art. 2 Abs. 1 LugÜ zur Anwendung kommt. Ratio legis des Art. 5 Abs. 3 LugÜ ist die Privilegierung der durch die unerlaubte Handlung geschädigten Partei (BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 453).

* 1. Die Begriffe *«unerlaubte Handlung»* bzw. *«Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist»* sind weit zu verstehen und umfassen nach der bundesrechtlichen Rechtsprechung auch Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb (BGer 4C.329/2005 vom 05.05.2006 E. 2.1; 4C.341/2005 vom 06.03.2007 E. 4.1).

Bemerkung 14: Der Begriff der «unerlaubten Handlung» i.S.d. Art. 5 Abs. 3 LugÜ ist staatsvertragsautonom, d.h. ohne Rückgriff auf das nationale Recht auszulegen. Der EuGH geht nach ständiger Rechtsprechung von einer Negativ-Definition aus, wonach die Begriffe «unerlaubte Handlung» und «Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt» ist, alle Ansprüche umfasst, mit denen der Beklagte eine Schadenshaftung geltend macht, die nicht an einen Vertrag i.S.d. Art. 5 Abs. 1 LugÜ anknüpft (Kropholler/von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 5 EuGVO N 72 m.w.N.).

* 1. Der Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, bezeichnet nach der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesgerichts sowohl den Handlungs- als auch den Erfolgsort, wobei der Kläger bei sog. Distanzdelikten ein Wahlrecht zwischen den beiden Gerichtsständen hat (EuGH vom 07.03.1995, Rs. C-68/93, «Fiona Shevill et al.», Rz 20; EuGH vom 19.09.1995, Rs. C-364/93, «Antonio Marinari», Rz 11; EuGH vom 27.10.1998, Rs. C-51/97, «Réunion européenne SA u.a.», Rz 28; BGer 4C.343/1999 vom 03.02.2000 E. 2.b; 4P.88/2000 vom 10.05.2000 E. 3.b.bb; BGE 131 III 153 E. 6.2; 132 III 778 E. 3).
  2. Vorliegend ist der Erfolg in der Schweiz eingetreten. Zwar mag es sein, dass die beanstandeten Werbeanzeigen ausserhalb der Schweiz auf die Webseite der Beklagten hochgeladen wurden. Allerdings richtet sich die Werbung gezielt an Schweizer Konsumenten, was daraus deutlich wird, dass es sich bei der Webseite um eine Top-Level-«ch»-Domain handelt, die Preise auf der Webseite in Schweizer Franken angegeben sind und sich die auf der Webseite beschriebenen Lieferbedingungen auf Lieferungen in die Schweiz beziehen. Die Webseite ist in der gesamten Schweiz, d.h. auch in Zürich abrufbar. Zudem hat die Klägerin einen Testkauf über die Webseite der Beklagten vorgenommen und sich Produkte, die durch die beanstandeten Werbebanner beworben wurden, an ihre Postfachadresse in Zürich schicken lassen. Damit ist das schädigende Ereignis in Zürich eingetreten und die örtliche Zuständigkeit dort begründet.

Beweis: Auszug aus der Whois Domainnamen-Abfrage für die Webseite der Beklagten vom [Datum] Beilage 4

Beweis: Auszug aus der Webseite der Beklagten vom [Datum] Beilage 5

Beweis: Rechnung vom [Datum] Beilage 6

Beweis: Lieferschein vom [Datum] Beilage 7

Bemerkung 15: Während Handlungs- und Erfolgsort bei sog. Platzdelikten zusammenfallen, kommt es bei sog. Distanzdelikten zu einer Konkurrenz zwischen den beiden Gerichtsständen. Die Wahl zwischen den beiden Gerichtsständen obliegt dem Kläger, unabhängig von der Beweis- oder Sachnähe des jeweiligen Gerichts (vgl. BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 559). Dies führt bei mittels Internet begangenen unerlaubten Handlungen dazu, dass eine Vielzahl potenzieller Gerichtsstände in Betracht kommt. Um diesem Problem zu begegnen, schränkt der EuGH das Kriterium des Erfolgsortes in seiner Rechtsprechung so ein, dass für die Bestimmung des Erfolgsortes lediglich die unmittelbaren und direkten Folgen, nicht jedoch blosse Vermögenseinbussen ausschlaggebend sind (EuGH vom 11.01.1990, Rs. C-220/88, «Dumez France SA und Tracoba Sarl», Rz 20 f.; EuGH vom 27.10.1998, Rs. C-51/97, «Réunion européenne SA u.a.», Rz 31). Zudem schränkt der EuGH bei diesen sog. Streudelikten die Kognition der Gerichte am Erfolgsort ein (vgl. BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 630 ff.). In der Rechtsprechung und Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass ein Erfolgsort bei mittels Internet begangenen unerlaubten Handlungen nur dort zu bejahen sei, wo die Information «bestimmungsgemäss» abrufbar ist (vgl. BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 630 ff. m.w.N.). Das Bundesgericht hat diese Frage bislang offen gelassen (BGer 4C.341/2005 vom 06.03.2007 E. 4.1). Im vorliegenden Fall ist diese Frage nicht relevant, da die Werbung bestimmungsgemäss in der Schweiz abrufbar ist.

* 1. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich als einzige kantonale Instanz ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG/ZH, da der Streitwert CHF 30'000.00 übersteigt (siehe II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 9).

Bemerkung 16: Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach der Höhe des Streitwerts. Bei lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über CHF 30'000.00 muss gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO das kantonale Recht eine einzige kantonale Instanz bezeichnen. Liegt der Streitwert unter oder gleich CHF 30'000.00, obliegt die Bestimmung des sachlich zuständigen Gerichts ausschliesslich dem kantonalen Recht.

* 1. Der Streitwert der vorliegenden Angelegenheit wird auf CHF 500'000.00 geschätzt.

II. Materielles

A. Sachverhalt

* 1. Die Klägerin wurde am [Datum] als Aktiengesellschaft gegründet und hat ihren Sitz in Zürich. Sie bezweckt den Betrieb von Bau- und Gartenmärkten mit Baustoffcentern einschliesslich aller damit zusammenhängender Geschäfte.

Beweis: Handelsregisterauszug der Klägerin vom [Datum] Beilage 2

* 1. Die Klägerin betreibt in der Schweiz insgesamt sechs Bau- und Gartenmärkte. Über ihre stationären Verkaufslokale sowie über ihren Onlineshop ‹www.doityourself.ch› verkauft sie Produkte für den Garten-, Bau- und Heimwerkerbedarf.

Beweis: Werbeprospekt vom [Datum] Beilage 8

Beweis: Auszug aus der Webseite der Klägerin vom [Datum] **Beilage 9**

Beweis: Auszug aus der Whois Domainnamen-Abfrage für die Webseite der Klägerin vom

[Datum] Beilage 10

* 1. Die Beklagte wurde am 25. April 2001 als Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht gegründet und hat ihren Sitz in Konstanz, Deutschland. Sie bezweckt die Aufzucht und den Handel mit Pflanzen aller Art sowie den Handel mit Gartenartikeln.

Beweis: Handelsregisterauszug der Beklagten vom [Datum] Beilage 3

* 1. Die Beklagte betreibt ihre Geschäfte über einen Fachmarkt in Konstanz sowie über ihre Onlineshops. Dabei richtet sich die Beklagte auch gezielt an Schweizer Kunden. Über den Onlineshop ‹www.schoener-garten-markt.ch› können sich Schweizer Kunden Gartenprodukte in die Schweiz liefern lassen. Dabei werden alle Preise auf der vorgenannten Webseite in Schweizer Franken angegeben und die auf der Webseite beschriebenen Lieferbedingungen beziehen sich auf Lieferungen in die Schweiz.

Beweis: Auszug aus der Whois Domainnamen-Abfrage für die Webseite der Beklagten vom [Datum] Beilage 4

Beweis: Auszug aus der Webseite der Beklagten vom [Datum] Beilage 5

* 1. Am [Datum] wurde die Klägerin darauf aufmerksam, dass die Beklagte auf ihrer Webseite ‹www.schoener-garten-markt.ch› zwei rote Werbebanner aufgeschaltet hatte. Auf diesen Werbebannern waren in weisser Schrift die Aussagen «Tiefstpreisgarantie für alle Produkte» und «garantierter Dauertiefstpreis auf das gesamte Sortiment» zu lesen. Sie waren – wie aus Beilage 11 ersichtlich – auf der Startseite der Internetpräsenz der Beklagten ohne Bezug zu einem konkreten Produkt dominant in der rechten oberen Ecke bzw. mittig platziert.

Beweis: Auszug aus der Webseite der Beklagten vom [Datum] Beilage 11

* 1. Die Recherchen der Klägerin mit Hilfe der Suchmaschine «*WaybackMachine*», die unter «https://archive.org» abrufbar ist, ergaben, dass die Werbebanner mindestens drei Monate zuvor, d.h. spätestens am [Datum] auf die Webseite der Beklagten hochgeladen worden waren.

Beweis: Auszug aus ‹https://archive.org› (besucht am: [Datum]) Beilage 12

* 1. Einige Tage nach Entdeckung der Werbebanner auf der Webseite der Beklagten am [Datum] nahm die Klägerin im Onlineshop der Beklagten einen Testkauf vor. Sie erwarb einen Gartenstuhl des Herstellers LIRANA, Model Verona zum Preis von CHF 69.95, eine Gartenliege des Herstellers FRUNA, Model Sonnendeck 3105 zum Preis von CHF 210.00, einen Gartenschlauch des Herstellers XINO, Model 1305 zum Preis von CHF 59.90 sowie eine Gartenschere des Herstellers SALINA, Model RS-XQ Amboss zum Preis von CHF 16.90. Die Produkte wurden drei Tage später, am [Datum], an die von der Klägerin bei Bestellung angegebenen Postfachadresse in Zürich geliefert.

Beweis: Rechnung vom [Datum] Beilage 6

Beweis: Lieferschein vom [Datum] Beilage 7

* 1. Alle vorgenannten Produkte, welche die Klägerin von der Beklagten erwarb, verkauft die Klägerin auch in ihrem eigenen Onlineshop. Gartenstuhl, Gartenschlauch und Gartenschere bot die Klägerin am Tag des Testkaufs zum exakt gleichen Preis in ihrem eigenen Onlineshop an, die Gartenliege sogar zu einem tieferen Preis von CHF 209.95.

**Beweis:** Auszug aus der Webseite der Klägerin vom [Datum] Beilage 13

* 1. Die Klägerin mahnte daraufhin die Beklagte wegen Verstosses gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ab und forderte die Beklagte auf, die Werbebanner mit den Aussagen «Tiefstpreisgarantie für alle Produkte» und «garantierter Dauertiefstpreis auf das gesamte Sortiment» unverzüglich von ihrer Webseite zu löschen.

Beweis: Kopie des Abmahnschreiben vom [Datum] Beilage 14

* 1. Die Beklagte löschte darauf am [Datum]die beanstandeten Werbebanner von ihrer Webseite. In ihrem Antwortschreiben führte sie aus, sie habe zwar *«vorübergehend»* die beanstandeten Werbebanner von ihrer Webseite gelöscht. Dies sei jedoch lediglich *«des lieben Friedens willen»* geschehen; sie habe sich in keiner Weise widerrechtlich verhalten.

Beweis: Kopie des Schreibens der Beklagten vom [Datum] Beilage 15

* 1. Da sich aus dem Antwortschreiben der Beklagten unmissverständlich ergibt, dass diese uneinsichtig ist und sich die beanstandeten Verletzungshandlungen jederzeit wiederholen können, sieht sich die Klägerin veranlasst, gerichtliche Schritten gegen die Beklagte einzuleiten.

B. Rechtliches

a) Anwendbares Recht

* 1. Die Anwendbarkeit Schweizer Rechts ergibt sich aus Art. 136 Abs. 1 IPRG. Danach unterstehen Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb dem Recht des Staates, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet.
  2. Der Verweisungsbegriff «*Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb*» ist autonom auszulegen. Als Auffangtatbestand erfasst der Begriff jedes rechtswidrige Wettbewerbsverhalten mit Ausnahme von Wettbewerbsbehinderungen, die unter Art. 137 IPRG fallen, und Ansprüchen aus der Verletzung von Immaterialgüterrechten, für die Art. 109 ff. IPRG spezieller sind (BSK IPRG-Dasser, Art. 136 N 4).
  3. Art. 136 Abs. 1 IPRG knüpft an den Markt, auf dem die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet, an (sog. Marktauswirkungsprinzip, vgl. BGE 136 III 23 E. 6.1; 124 IV 73 E. 2.c.aa; BGer 4A\_47/2011 vom 08.08.2011 E. 1.3.1; 4A\_741/2011 vom 11.04.2012 E. 2; 4A\_689/2012 vom 24.04.2013 E. 2.1). Massgeblich ist demnach der Ort, an dem der Wettbewerber am Markt mit seinem Angebot auftritt, d.h. mit potenziellen Mitbewerbern in Konkurrenz tritt und potenzielle Kunden anspricht. Nicht massgebend ist demgegenüber der Ort, an dem die unlautere Handlung vorgenommen wird.
  4. Vorliegend haben die Werbebanner auf der Webseite der Beklagten ihre Wirkung am Schweizer Markt entfaltet. Zwar hat die Beklagte ihren Verwaltungssitz in Deutschland und betreibt dort einen Gartenmarkt. Allerdings richtet sich die Schweizer Webseite der Beklagten gezielt an Schweizer Konsumenten. Dies wird daraus deutlich, dass es sich um eine schweizerische Top-Level-Domain handelt, die Preise im Onlineshop in Schweizer Franken angegeben werden und sich die auf der Webseite beschriebenen Lieferbedingungen auf Lieferungen in die Schweiz beziehen.

**Bemerkung 17:** Sind nach dem Marktauswirkungsprinzip mehrere Staaten betroffen, weil der Wettbewerber in verschiedenen Staaten am Markt auftritt, werden jedoch alle Ansprüche vor dem Gericht eines Staates geltend gemacht, kann dies zur parallelen Anwendbarkeit des Rechts mehrerer Rechtsordnungen führen (sog. Mosaik-Prinzip). In der Praxis führt dies dazu, dass bei weltweit operierenden Wettbewerbern theoretisch eine Vielzahl von Rechtsordnungen zur Anwendung kommen könnte. Um diesem Problem zu begegnen, werden daher marginale Märkte ausser Betracht gelassen, z.B. Märkte, die nur mittelbar betroffen sind oder Märkte, die wirtschaftlich völlig untergeordnet sind, weil Produkte dort nur sporadisch vertrieben werden (BSK IPRG-Dasser, Art. 136 N 13 m.w.N.).

**Bemerkung 18:** Fallen Gerichtsstand und anwendbares Recht auseinander, so ist eine nachträgliche Rechtswahl zugunsten des am Gerichtsorts anwendbaren Rechts (lex fori) gemäss Art. 132 IPRG zulässig.

b) Werbeverbot bezüglich Werbebanner (Rechtsbegehren Ziff. 1)

* 1. Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG kann derjenige, der durch unlauteren Wettbewerb in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht wird, die drohende Verletzung gerichtlich verbieten lassen. Dies setzt voraus, dass (i) die Parteien aktiv- bzw. passivlegitimiert sind und (ii) ein unlauteres Verhalten seitens des Beklagten droht.

**Bemerkung 19:** Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG enthalten sog. negatorische Rechtsbehelfe, d.h. Abwehransprüche. Art. 9 Abs. 3 UWG enthält demgegenüber die sog. kompensatorischen Rechtsbehelfe auf Schadenersatz und Gewinnherausgabe. Die Unterscheidung ist u.a. deswegen von Bedeutung, weil Berufs- und Wirtschaftsverbände, Organisationen zum Konsumentenschutz und der Bund nur hinsichtlich der negatorischen Rechtsbehelfe aktivlegitimiert sind (vgl. BSK UWG-Rüetsch/Roth/Frick, Art. 9 N 13).

Aktiv- und Passivlegitimation

* 1. Die Klägerin ist als Konkurrentin der Beklagten gemäss Art. 9 Abs. 1 UWG direkt aktivlegitimiert. Sie wird durch das vorliegend im Streit stehende Verhalten der Beklagten in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht, da die Gefahr besteht, dass sich potenzielle Kunden durch die Werbung der Beklagten täuschen und sich dazu verleiten lassen, Gartenartikel bei der Beklagten anstatt bei der Klägerin zu kaufen.

**Bemerkung 20:** Selbst in Fällen, in denen keine direkte Konkurrenzsituation zwischen Kläger und Beklagtem vorliegt, ist die Aktivlegitimation zu bejahen; erforderlich und hinreichend ist hierfür, dass die eigene Stellung im Wettbewerb durch das als wettbewerbswidrig ausgegebene Verhalten verschlechtert wird (BGE 121 III 168 E. 3.b.aa; BGer 4C.369/1999 vom 11.04.2001 E. 2.a). Dies setzt in jedem Fall einen Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Mitbewerbers und der Beeinträchtigung der eigenen wirtschaftlichen Interessen voraus. In diesem Sinne hat das Bundesgericht das Bestehen eines Kausalzusammenhangs abgelehnt und eine Aktivlegitimation verneint, wenn eine in Deutschland domizilierte Klägerin am schweizerischen Markt nicht auftritt (vgl. BGer 4C.369/1999 vom 11.04.2001 E. 2.a und 2.b).

* 1. Die Beklagte ist als Betreiberin der Webseite – unabhängig davon, ob ein Arbeitnehmer oder ein externer IT-Dienstleister die beanstandeten Werbebanner auf der Webseite platziert hat (vgl. Art. 11 UWG) – passivlegitimiert.

Drohendes unlauteres Verhalten

* 1. Voraussetzung für das Bestehen eines Abwehranspruchs nach Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG ist, dass ein unlauteres Verhalten droht. Ein solches ist gegeben, wenn sich der Beklagte in der Vergangenheit bereits unlauter verhalten hat und eine Wiederholungsgefahr besteht (Pedrazzini/Pedrazzini, UWG, Rz 14.08; BSK UWG-Rüetschi/Roth/Frick, Art. 9 N 17).

**Bemerkung 21:** Gemäss Art. 2 UWG ist jedes objektiv unlautere Verhalten widerrechtlich. Nicht erforderlich ist, dass ein Schaden entstanden ist oder dass der Beklagte schuldhaft gehandelt hat (BGE 88 II 176 E. 6; Baudenbach UWG-Baudenbach/Glöckner, Art. 9 N 17; BSK UWG-Rüetschi/Roth/ Frick, Art. 9 N 12).

* 1. Vorliegend hat die Beklagte durch das Aufschalten der beanstandeten Werbebanner auf ihrer Homepage gegen Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG verstossen; aufgrund der Uneinsichtigkeit der Beklagten besteht auch eine konkrete Wiederholungsgefahr:

Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG

* 1. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG handelt unlauter, wer die Preise seiner Waren in unrichtiger oder irreführender Weise mit den Preisen anderer vergleicht. *Ratio legis* der Vorschrift ist es, Geschäftsgebaren zu verbieten, die darauf abzielen, den Adressaten beim Vertragsschluss dahingehend zu beeinflussen, dass beim potenziellen Vertragspartner eine Diskrepanz zwischen dessen subjektiver Vorstellung und der Realität entsteht (BGer 4A\_443/2015 vom 12.04.2016).

**Bemerkung 22:** In dem bundesgerichtlichen Entscheid, auf dem der vorliegende Sachverhalt beruht, wendete das Bundesgericht neben Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG auch Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG an und verzichtete auf eine Differenzierung zwischen den beiden Tatbeständen (vgl. BGer 4A\_442/2015 vom 12.04.2016 E.2.1; kritisch hierzu Roth/Zeller, Werbung, S. 442 ff.). In seiner bisherigen Rechtsprechung scheint das Bundesgericht demgegenüber davon auszugehen, dass Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG gegenüber Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG in Fällen der vergleichenden Werbung spezieller ist (vgl. BGE 132 III 414 E. 4.2.1; BGE 129 III 426 E. 3.1.3). Auch die Literatur scheint überwiegend davon auszugehen, dass die beiden Tatbestände in einem Konkurrenzverhältnis stehen und Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG in Fällen vergleichender Werbung als lex generalis hinter Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG zurücktritt (vgl. Roth/Zeller, Werbung, S. 442 ff.; BSK UWG-Schmid, Art. 3 Abs. 1 lit. e N 136; SHK UWG-Oetiker, Art. 3 Abs. 1 lit. e N 46).

* 1. Unrichtig kann nur sein, was auf seinen Wahrheitsgehalt hin überprüfbar ist. Eine Angabe i.S.d. Art. 3 lit. e UWG kann daher nur eine dem Beweis zugängliche Tatsachenbehauptung sein. Keine Angaben i.S.d. Art. 3 lit. e UWG sind erkennbar reisserische Anpreisungen, Glücksversprechen und Werturteile (BGer 4A\_443/2015 vom 12.04.2016 E. 2.2; 4A\_300/ 2015 vom 04.09.2015 E. 6.1).
  2. Irreführend ist eine Angabe, wenn davon auszugehen ist, dass sich eine nicht unerhebliche Anzahl der angesprochenen Adressaten unter Zugrundelegung von durchschnittlicher Erfahrung, Sachkunde und Aufmerksamkeit von der Angabe täuschen lassen (BGE 136 III 23 E. 9.1; BGer 4A\_443/2015 vom 12.04.2016 E. 2.2). Eine Täuschung des Publikums muss nicht tatsächlich eintreten; vielmehr reicht es, dass die Gefahr einer Täuschung besteht (BGE 136 III 23 E. 9.1).
  3. Ein unrichtiger oder irreführender Vergleich liegt auch dann vor, wenn der Werbende sich mit der gesamten Konkurrenz vergleicht (sog. Superlativ- der Alleinstellungswerbung). Die Rechtsprechung legt an Superlativwerbung angesichts deren «notorisch intensiver Anziehungswirkung» einen strengen Massstab an (vgl. BGer 4A\_443/2015 vom 12.04.2016 E. 2.3.3; BGE 132 III 414 E. 4.2.1; 129 III 426 E 3.1.2.). Superlative Preisvergleiche sind demnach unrichtig und irreführend, wenn zum Zeitpunkt der Werbung ein mengen- und qualitätsmässig vergleichbares Konkurrenzprodukt zum gleichen oder zu einem günstigeren Preis angeboten wird (BGE 94 IV 35 E. 1.b; SHK UWG-Oetiker, Art. 3 Abs. 1 lit. e N 46 m.w.N.). Aus diesem Grund qualifizierte das Bundesgericht in BGE 94 IV 35 die Angaben *«billigste Preise in der Schweiz»* und *«immer am billigsten»* als unlauter (vgl. E. 1.b).
  4. Vorliegend bringt die Beklagte mit den Werbeaussagen *«Tiefstpreisgarantie»* und *«garantierter Dauertiefstpreis»* zum Ausdruck, dass sie ihre Produkte zu günstigeren Preisen anbietet als alle am Schweizer Markt tätigen Mitbewerber und vergleicht sich mithin mit der gesamten Konkurrenz. Es handelt sich folglich um Superlativwerbung. Indem die Beklagte diese Werbeaussagen auf *«alle Produkte»* bzw. das *«gesamte Sortiment»* bezieht, suggeriert sie, alle Produkte, die sie im Angebote habe, seien günstiger als die vergleichbaren Produkte der Konkurrenz. Dies entspricht jedoch nicht den Tatsachen, da die Klägerin als direkte Konkurrentin der Beklagten ihre Produkte zum gleichen bzw. sogar zu einem günstigeren Preis anbietet. Es handelt sich somit um einen unrichtigen Vergleich. Da zu befürchten ist, dass sich die Konsumenten durch die unrichtigen Werbebanner täuschen lassen, sind die Aussagen auch irreführend.

**Bemerkung 23:** Gemäss Art. 13a UWG ist bei unrichtiger vergleichender Werbung eine Beweislastumkehr möglich. Danach kann der Richter vom Werbenden den Beweis für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen verlangen, wenn dies unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderen am Verfahren beteiligter Personen im Einzelfall angemessen erscheint. Zu beachten ist jedoch, dass das Gericht keine automatische Beweislastumkehr vorsieht, sondern es dem gerichtlichen Ermessen (Art. 4 ZGB) obliegt, eine solche anzuordnen (ausführlich hierzu BSK UWG-Rüetschi, Art. 13a N 16 ff.).

* 1. Zudem liegt vorliegend auch keine reisserisch übertriebene Werbung ausserhalb des Anwendungsbereichs des Art. 5 Abs. 1 lit. e UWG vor. Dies ist nur anzunehmen, wenn die Werbung derart übertrieben ist, dass davon ausgegangen werden kann, dass das Publikum sie nicht ernst nehmen wird. Bei Preisangaben sind reisserische Übertreibungen nach der Rechtsprechung nur in extremen Ausnahmefällen anzunehmen (BGE 129 III 426 E. 3.1.1). So hat das Bundesgericht etwa die Aussage *«70'000 mal günstiger»* als reisserische Übertreibung angesehen (vgl. BGer 4C.439/1998 vom 05.12.2000 E. 1.d). Ein solcher Fall ist vorliegend nicht gegeben, da der durchschnittliche Verbraucher bei den Werbeaussagen *«Tiefstpreisgarantie für alle Produkte»* und *«garantierter Dauertiefstpreis auf das gesamte Sortiment»* davon ausgehen darf und auch erwartet, dass die Preise des Werbenden tatsächlich tiefer liegen als die der Konkurrenz.
  2. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Beklagte durch die Bewerbung ihrer Produkte mit den beanstandeten Werbebannern gegen Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG verstossen hat.

Wiederholungsgefahr

* 1. Die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs nach Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG setzt zudem eine Wiederholungsgefahr voraus (BGE 124 III 72 E. 2.a).
  2. Eine Wiederholungsgefahr ist gegeben, wenn eine vergleichbare Rechtsverletzung in der Vergangenheit bereits stattgefunden hat und eine Wiederholung dieser Rechtsverletzung *«zu befürchten ist»* (BGE 128 III 96 E. 2.e) bzw. dass *«Wiederholungen nicht auszuschliessen sind»* (BGer, 02.06.2004, sic! 2004 S. 876 und 877 – «Champagner-Etiketten»). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die Wiederholungsgefahr vermutet, wenn der Beklagte die Verletzung zwar abgestellt hat, die Widerrechtlichkeit seines Verhaltens jedoch bestreitet (BGE 128 III 96 E. 2.e; 124 III 72 E. 2.a; BGer, 06.03.2007, sic! 2007 S. 543 und 545 – «swiss-life.ch» und «la-suisse.com»; BGer, 09.03.2009, sic! 2009 S. 607 und 608 – «Produit cosmétiques»).

**Bemerkung 24:** Umstritten ist, ob es sich hierbei um eine Prozessvoraussetzung handelt (so BGE 124 III 72 E. 2.a) oder um eine selbstständige materielle Voraussetzung (vgl. HGer AG, 16.06.2008, sic! 2009 S. 884 und 885 f. – «Caramelköpfli»; Rüetschi, Anmerkung zu BGer 5A\_228/2009 vom 08.07.2009, S. 890; zum Ganzen BSK UWG-Rüetschi/Roth/Frick, Art. 9 N 17 m.w.N.). Vorliegend kann diese Frage jedoch dahinstehen, da eine Wiederholungsgefahr jedenfalls gegeben ist.

* 1. Vorliegend hat die Beklagte die unlauteren Angaben zwar von ihrer Webseite gelöscht. Allerdings hat sie mit Schreiben vom [Datum] klargestellt, dass dies *«nur des lieben Friedens willen»* erfolgt sei. Die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens hat die Beklagte jedoch ausdrücklich bestritten. Es ist daher zu befürchten, dass die Beklagte in der Zukunft wieder gegen Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG verstossen wird.

**Bemerkung 25:** Wird die Wiederholungsgefahr vermutet, so kann der Beklagte den Gegenbeweis antreten (BGer, 06.05.2002, sic! 2002 S. 599 und 601). Die Rechtsprechung stellt an den Gegenbeweis allerdings sehr hohe Anforderungen (vgl. BGer, 09.03.2009, sic! 2009 S. 607 und 608 – «Produits cosmetiques»), so dass dieser in der Praxis nur in seltenen Fällen gelingen wird.

Zusammenfassung

* 1. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Beklagte, indem sie ihre Produkte mit den Werbeaussagen *«Tiefstpreisgarantie für alle Produkte»* und *«garantierter Dauertiefstpreis auf das gesamte Sortiment»* beworben hat, gegen Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG verstossen hat. Da die Beklagte die Widerrechtlichkeit ihres Verhaltens bestreitet, ist zu befürchten, dass die Beklage ihr unlauteres Verhalten zukünftig wiederholen wird, weshalb eine unlautere Handlung droht. Das klägerische Rechtsbegehren nach Ziff. 1 ist daher gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG gutzuheissen.

c) Veröffentlichung des Urteils (Rechtsbegehren Ziff. 2)

* 1. Die Klägerin kann gestützt auf Art. 9 Abs. 2 UWG auch die Veröffentlichung des Urteils verlangen.
  2. Nach dieser Vorschrift kann der Verletzte eine Veröffentlichung des Urteils verlangen, wenn (i) die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 UWG vorliegen, (ii) der Verletzte ein schutzwürdiges Interesse an der Urteilsveröffentlichung hat und (iii) die Urteilsveröffentlichung verhältnismässig ist (BSK UWG-Rüetschi/Roth/Frick, Art. 9 N 65 ff.).
  3. Die Veröffentlichung des Urteils dient in erster Linie dazu, das Publikum aufzuklären und weiteren Verletzungen vorzubeugen, wenn aufgrund des Verhaltens des Verletzten, beispielsweise bei Bestreiten der Rechtswidrigkeit des beanstandeten Verhaltens, weitere Verstösse zu befürchten sind (BGE 136 III 23, nicht in der Sammlung publizierte E. 2.1). Der Urteilspublikation kommt hierbei eine Wiedergutmachungs-, Störungsbeseitigungs- und Genugtuungsfunktion zu (BGE 131 III 26 E. 12.3; 126 III 209 E. 5.a; 115 II 474 E. 4.b; 93 II 260 E. 8).
  4. Vorliegend hat die Klägerin ein schutzwürdiges Interesse an der Veröffentlichung des Urteils. Die Beklagte hat die Konsumenten durch die unrichtige und irreführende Werbung getäuscht. Auch wenn die unrichtige und irreführende Werbung mittlerweile gelöscht wurde, kann davon ausgegangen werden, dass sie bei den Konsumenten noch nachwirkt, so dass nach wie vor eine Marktverwirrung besteht. Die Klägerin hat als Konkurrentin der Beklagten ein schutzwürdiges Interesse an der Aufklärung der massgeblichen Verkehrskreise und an der Beseitigung der anhaltenden Marktverwirrung. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das Bestehen einer Marktverwirrung von der Klägerin nicht bewiesen werden muss. Vielmehr ist es nach der Rechtsprechung ausreichend, dass die massgeblichen Verkehrskreise wahrscheinlich irregeführt wurden und deshalb der Aufklärung bedürfen (vgl. BGE 93 II 260 E. 8; BGer, 02.06.2005, sic! 2005 S. 738 und 739 f. – «Stoffmuster»). Zudem sind aufgrund der Uneinsichtigkeit der Beklagten im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit ihres Handelns weitere Verstösse zu befürchten.
  5. Die Veröffentlichung des Urteils auf der Internetseite der Beklagten in der beantragten Form ist auch verhältnismässig. Die Beklagte hat ihre Webseite als Medium für ihre unrichtigen und irreführenden Werbeaussagen selbst gewählt, um einen unbeschränkten Adressatenkreis zu erreichen. Folglich ist eine Veröffentlichung des Urteils auf der Webseite der Beklagten notwendig und erforderlich, um dieselben Adressaten zu erreichen und aufzuklären. Eine Veröffentlichung in einem anderen Medium, beispielsweise einer Tageszeitung oder in der Fachpresse wäre nicht gleich geeignet, da hierdurch nicht der gleiche Adressatenkreis wie durch die unrichtige und irreführende Werbung erreicht würde. Es bestehen auch keine Bedenken im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne. Die Beklagte hat kein schützenswertes Interesse an der Nichtveröffentlichung des Urteils. Der Umstand, dass die Beklagte durch die Veröffentlichung eventuell einen Imageschaden erleiden könnte, ist unbeachtlich, da eine solche Wirkung allein ihrem eigenen widerrechtlichen Verhalten zuzuschreiben wäre (vgl. BGE 84 II 570 E. e).
  6. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Klägerin gestützt auf Art. 9 Abs. 2 UWG eine Veröffentlichung des Urteilsdispositivs sowie einer vom Gericht geprüften Zusammenfassung des Urteils auf der Webseite der Beklagten verlangen kann.

d) Anspruch auf Rechnungslegung (Rechtsbegehren Ziff. 3)

* 1. Die Klägerin kann in analoger Anwendung von Art. 400 OR bzw. Art. 2 ZGB von der Beklagten Rechnungslegung über den Gewinn verlangen, den die Beklagte durch die unlautere Handlung erlangt hat.
  2. Zwar ist im UWG ein Anspruch auf Auskunft bzw. Rechnungslegung nicht explizit vorgesehen. Allerdings ist sich die ganze herrschende Lehre darüber einig, dass ein solcher im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes aus Art. 400 OR analog bzw. Art. 2 ZGB analog herzuleiten ist (vgl. Baudenbacher UWG-Baudenbacher/Glöckner, Art. 9 N 238; SHK UWG-Spitz, Art. 9 N 239; BSK UWG-Rüetschi/Roth/Frick, Art. 9 N 134; jeweils m.w.N.).
  3. Voraussetzung ist, dass die Auskunft bzw. Rechnungslegung erforderlich sein muss, um den Anspruch zu beziffern. Zudem muss die begehrte Auskunft bzw. Rechnungslegung verhältnismässig sein.
  4. Vorliegend hat die Klägerin keinerlei Kenntnis davon, wie viele Produkte die Beklagte während des Zeitraums, in dem die unlautere Werbung auf der Webseite der Beklagten aufgeschaltet war, verkauft hat. Sie hat somit keinerlei Grundlage dafür, um den Gewinn, den die Beklagte durch die unlautere Handlung erzielt hat, zu berechnen. Zudem ist die verlangte Rechnungslegung auch verhältnismässig. Die Angaben, die zu Produktbezeichnung, Produktmenge, Zeitpunkt des Verkaufs, Verkaufspreis und Gestehungskosten verlangt werden, sind alle notwendig, um den Gewinn zu berechnen. Zudem sind auch keine Geheimhaltungsinteressen der Beklagten ersichtlich, aufgrund derer das Auskunftsverlangen der Klägerin unangemessen sein könnte.
  5. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der Klägerin der begehrte Anspruch auf Rechnungslegung zusteht.

e) Anspruch auf Gewinnherausgabe (Rechtsbegehren Ziff. 4)

* 1. Die Klägerin hat schliesslich auch einen Anspruch auf Gewinnherausgabe aus Art. 9 Abs. 3 UWG i.V.m. Art. 423 OR.
  2. Die Stellung eines unbezifferten Antrags ist gemäss Art. 85 Abs. 1 ZPO zulässig. Danach kann die klagende Partei einen unbezifferten Klageantrag stellen, wenn ihr die Bezifferung unmöglich oder unzumutbar ist. Nach der Rechtsprechung setzt dies voraus, dass ein Beweisverfahren schon für schlüssige Behauptungen unabdingbar ist (vgl. BGE 140 III 409 E. 4.3).
  3. Dies ist vorliegend der Fall. Der Klägerin ist es unmöglich, den Gewinn, den die Beklagte durch die unlautere Werbung erzielt hat, zu beziffern. Mangels Kenntnis der Verkaufszahlen fehlt der Klägerin jegliche Grundlage, um auch nur schlüssige Behauptungen aufzustellen.
  4. Der Anspruch steht der Klägerin auch materiell zu. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass es sich bei Art. 9 Abs. 3 UWG um einen Rechtsgrundverweis handelt, so dass die Voraussetzungen des Art. 423 Abs. 1 OR gegeben sein müssen. Der Geschäftsführer muss somit bösgläubig ein objektiv fremdes Geschäft mit Eigengeschäftsführungswillen geführt haben und hierdurch kausal einen Gewinn erzielt haben (vgl. Baudenbacher UWG-Baudenbacher/ Glöckner, Art. 9 N 257).
  5. Dies ist vorliegend der Fall. Die Beklagte hat durch die unlautere Handlung in die Rechtssphäre der Klägerin eingegriffen, indem sie durch die unrichtige und irreführende Werbung unlauter Konsumenten angesprochen hat und so den Gewinn bzw. zumindest die Gewinnaussichten der Klägerin geschmälert hat (vgl. hierzu Baudenbacher UWG-Baudenbacher/ Glöckner, Art. 9 N 257; BSK UWG-Rüetschi/Roth/Frick, Art. 9 N 125; jeweils m.w.N.). Zudem hat die Beklagte im eigenen Interesse und damit mit Eigengeschäftsführungswillen gehandelt. Die Beklagte war auch bösgläubig, da sie wusste oder zumindest hätte wissen müssen, dass Mitbewerber dieselben Produkte zu gleichen oder sogar tieferen Preisen anboten und die Werbeaussagen daher unzutreffend und irreführend waren.
  6. Im Ergebnis steht der Klägerin somit ein Anspruch auf Herausgabe des Gewinns zu.

**Bemerkung 26:** Der Kläger kann nach Art. 423 OR nur den Gewinn herausverlangen, den der Beklagte durch die unlautere Handlung erzielt hat, d.h. die finanziellen Vorteile, die er hierdurch erlangt hat. Massgebend ist der Nettogewinn (BGE 134 III 306 E. 4.1.1). Der Kläger trägt die Beweislast für die Höhe des erzielten Bruttogewinns, während der Beklagte seine Aufwendungen darzulegen und nachzuweisen hat (BGE 134 III 306 E. 4.1.2 m.w.H.). Lässt sich der Gewinn auch nach Rechnungslegung nicht beziffern, so ist er nach gerichtlichem Ermessen analog Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen (BGE 134 III 306 E. 4.1.2; BSK UWG-Rüetschi/Roth/Frick, Art. 9 N 131).

C. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Klage vollumfänglich begründet ist und daher vollumfänglich gutzuheissen ist.

Hochachtungsvoll

[Unterschrift des Rechtsanwaltes der Klägerin]

[Name des Rechtsanwaltes der Klägerin]

dreifach

Beilage: Beweismittelverzeichnis dreifach mit den Urkunden im Doppel