[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben

Handelsgericht des Kantons Zürich

Postfach 2401

8001 Zürich

[Ort], [Datum]

Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen

[Anrede]

In Sachen

B AG Gesuchstellerin

[Adresse], Zürich

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

gegen

A GmbH Gesuchsgegnerin

[Adresse], Konstanz, Deutschland

betreffend Lauterkeitsrecht

reiche ich namens und im Auftrag der Gesuchstellerin das vorliegende

Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen

ein mit den folgenden

Rechtsbegehren

* 1. Es sei der Gesuchsgegnerin 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 1: Vorliegend begehrt die Gesuchstellerin laut Sachverhalt lediglich die Beseitigung der beanstandeten Werbung, nicht jedoch Schadenersatz bzw. Herausgabe des Gewinns wie in der Musterklage § 42 (siehe I. Vorbemerkungen, 1. Ausgangslage, Rz 2). Ein Rechtsbegehren auf Zahlung von Schadenersatz bzw. Gewinnherausgabe wäre im vorläufigen Massnahmeverfahren auch nicht zulässig, da gemäss Art. 262 lit. e ZPO durch eine vorsorgliche Massnahme nur dann die Leistung einer Geldzahlung angeordnet werden kann, wenn dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist (z.B. im Unterhaltsrecht, vgl. Art. 303 ZGB). Leistungsbegehren, die auf eine Geldzahlung gerichtet sind, sind somit – ausser in den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen – im ordentlichen Verfahren geltend zu machen.

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

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 dem Lugano-Übereinkommen, da die Parteien ihren satzungsmässigen Sitz in der Schweiz bzw. Deutschland und damit in Vertragsstaaten des Lugano-Übereinkommens haben.

Beweis: Handelsregisterauszug der Gesuchstellerin vom [Datum] Beilage 2

Beweis: Handelsregisterauszug der Gesuchsgegnerin vom [Datum] Beilage 3

* 1. Danach ist das Gericht der Hauptsache auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig. Zwar ist dies im Lugano-Übereinkommen nicht ausdrücklich geregelt. Nach der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesgerichts ist das Gericht der Hauptsache aufgrund seiner Sachnähe jedoch ohne weitere Voraussetzungen auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig (EuGH vom 17.11.1998, Rs. C-391/95, «Van Uden», Rz 19 f.; EuGH vom 27.03.1999, Rs. C-99/96, «Mietz», Rz 40; BGE 129 III 626 E. 5.3.2).

Bemerkung 2: Daneben kann über Art. 31 LugÜ die Zuständigkeit beim Gericht eines anderen Staates als dem Hauptsachegericht gegeben sein, wenn in diesem Staat die Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen aufgrund einer nationalen Kompetenznorm begründet ist (vgl. BSK LugÜ-Favalli/Augsburger, Art. 31 N 125 ff.). Allerdings setzt dies voraus, dass zwischen dem Gegenstand der beantragten Massnahme und dem Gebiet des angerufenen Vertragsstaates eine «reale Verknüpfung» besteht (EuGH vom 17.11.1998, Rs. C-391/95, «Van Uden», Rz 40; vgl. einschränkend hierzu BGE 129 III 626 E. 5.3.3). Das Element der «realen Verknüpfung» soll verhindern, dass Vertragsstaaten des Lugano-Übereinkommens durch nationale Zuständigkeitsnormen die Zuständigkeit ihrer Gerichte für Massnahmeverfahren begründen, in denen nur eine geringe oder keine Sachnähe besteht.

* 1. Vorliegend ergibt sich die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte in der Hauptsache aus Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 LugÜ. 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 3: Für weitere Ausführungen zu Art. 5 Abs. 3 LugÜ, siehe § 42, Rz 17, Bemerkungen 13 und 14.

* 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 132 III 778 E. 3 ; 131 III 153 E. 6.2).
  2. Vorliegend ist der Erfolg in der Schweiz eingetreten. Zwar mag es sein, dass die beanstandeten Werbeanzeigen ausserhalb der Schweiz auf die Webseite der Gesuchsgegnerin 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, u.a. auch in Zürich abrufbar. Zudem hat die Gesuchstellerin einen Testkauf über die Webseite der Gesuchsgegnerin vorgenommen und sich Produkte, die durch die beanstandeten Werbebanner beworben wurden, an ihre Postfachadresse in Zürich schicken lassen. Das schädigende Ereignis ist folglich in Zürich eingetreten und die örtliche Zuständigkeit in der Hauptsache und damit auch im vorliegenden vorsorglichen Massnahmeverfahren ist dort begründet.

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

Beweis: Auszug aus der Webseite der Gesuchsgegnerin v. [Datum] Beilage 5

Beweis: Rechnung vom [Datum] Beilage 6

Beweis: Lieferschein vom [Datum] Beilage 7

* 1. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich als einzige kantonale Instanz ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 lit. d, Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG/ZH, da (i) die vorliegende Angelegenheit eine Streitigkeit betreffend den unlauteren Wettbewerb betrifft, (ii) der Streitwert CHF 30'000.00 übersteigt (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 10) und (iii) die vom Kanton Zürich bezeichnete einzige Instanz auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage zuständig ist (Art. 5 Abs. 2 ZPO).
  2. Ferner ist das Einzelgericht des Handelsgerichts Zürich gemäss Art. 5 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG/ZH funktionell zuständig.
  3. Der Streitwert der vorliegenden Angelegenheit wird auf CHF 300'000.00 geschätzt.

II. Materielles

A. Sachverhalt

* 1. Die Gesuchstellerin 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 Gesuchstellerin vom [Datum] Beilage 2

* 1. Die Gesuchstellerin 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 Gesuchstellerin vom [Datum] **Beilage 9**

**Beweis:** Auszug aus der Whois Domainnamen-Abfrage für die Webseite der Gesuchstellerin vom [Datum] Beilage 10

* 1. Die Gesuchsgegnerin 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 Gesuchsgegnerin vom [Datum] Beilage 3

* 1. Die Gesuchsgegnerin betreibt ihre Geschäfte über einen Fachmarkt in Konstanz sowie über ihre Onlineshops. Dabei richtet sich die Gesuchsgegnerin 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 Gesuchsgegnerin vom [Datum] Beilage 4

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

* 1. Am [Datum] wurde die Gesuchstellerin darauf aufmerksam, dass die Gesuchsgegnerin 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 Gesuchsgegnerin ohne Bezug zu einem konkreten Produkt dominant in der rechten oberen Ecke bzw. mittig platziert.

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

* 1. Einige Tage nach Entdeckung der Werbebanner auf der Webseite der Gesuchsgegnerin am [Datum] nahm die Gesuchstellerin im Onlineshop der Gesuchsgegnerin 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 Gesuchstellerin 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 Gesuchstellerin von der Gesuchsgegnerin erwarb, verkauft die Gesuchstellerin auch in ihrem eigenen Onlineshop. Gartenstuhl, Gartenschlauch und Gartenschere bot die Gesuchstellerin 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 Gesuchstellerin vom [Datum]Beilage 12

* 1. Die Gesuchstellerin mahnte daraufhin die Gesuchsgegnerin wegen Verstosses gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ab und forderte die Gesuchsgegnerin 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 Abmahnschreibens vom [Datum] Beilage 13

* 1. Mit Schreiben vom [Datum] wies die Gesuchsgegnerin jegliche Ansprüche der Gesuchstellerin zurück und weigerte sich nachdrücklich, die Werbebanner von ihrer Webseite zu löschen.

Beweis: Kopie des Schreibens der Gesuchsgegnerin vom [Datum] Beilage 14

* 1. Die Gesuchstellerin hoffte zunächst, die Werbebanner seien Teil einer temporären Werbeaktion und beobachtete die Webseite der Gesuchsgegnerin über sechs Wochen hinweg. Da die Gesuchsgegnerin die Werbebanner jedoch nach wie vor in unveränderter Form nutzt, befürchtet die Gesuchstellerin, dass sie zunehmend Kunden an die Gesuchsgegnerin verlieren und dadurch massive Gewinneinbussen erleiden könnte. Die Gesuchstellerin sieht sich daher dazu veranlasst, gerichtliche Schritte einzuleiten.

B. Rechtliches

a) Anwendbares Recht

* 1. Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen (insb. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen; Anforderungen an Glaubhaftmachung des Anspruchs) richten sich nach Schweizer Recht als *lex fori* (SHK UWG-Grolimund, Einleitung N 140; BSK IPRG-Dasser, Art. 136 N 28).
  2. Der materiell-rechtliche Anspruch ist grundsätzlich aus der lex causae abzuleiten; dies gilt auch, wenn der Anspruch vor Rechtshängigkeit der Hauptsacheklage im vorsorglichen Massnahmeverfahren geltend gemacht wird (Pedrazzini/Pedrazzini, UWG, Rz 21.04; SHK UWG-Grolimund, Einleitung N 140).

**Bemerkung 4:** Eine Ausnahme hiervon soll in besonders dringlichen Fällen gelten, insbesondere bei superprovisorischen Massnahmen. Danach soll – wenn an sich gemäss Art 136 Abs. 1 IPRG ausländisches Recht anwendbar wäre – zunächst schweizerisches Recht gemäss Art. 16 Abs. 2 IPRG analog angewendet werden, wenn die Feststellung des ausländischen Rechts zu einer Verzögerung führen würde (vgl. Pedrazzini/Pedrazzini, UWG, Rz 21.04; SHK UWG-Grolimund, Einleitung N 140; jeweils m.w.N.).

* 1. Danach ist vorliegend gemäss Art. 136 Abs. 1 IPRG auf den materiell-rechtlichen Anspruch ebenfalls Schweizer Recht anzuwenden. Gemäss Art. 136 Abs. 1 IPRG unterstehen Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb dem Recht des Staates, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet. Dies gilt auch für vorsorgliche Massnahmen, die vor Rechtshängigkeit der Hauptklage beantragt werden (Pedrazzini/Pedrazzini, UWG, Rz 21.04).
  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 an, auf dem die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet (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 Gesuchsgegnerin ihre Wirkung am Schweizer Markt entfaltet. Zwar hat die Gesuchsgegnerin ihren Verwaltungssitz in Deutschland und betreibt dort einen Gartenmarkt. Allerdings richtet sich die Schweizer Webseite der Gesuchsgegnerin 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.
  5. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass vorliegend sowohl auf die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen als auch auf den materiell-rechtlichen Anspruch, den es glaubhaft zu machen gilt, Schweizer Recht Anwendung findet.

b) Anspruch auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen

* 1. Gemäss Art. 261 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Darüber hinaus müssen die angeordneten vorsorglichen Massnahmen dringlich und verhältnismässig sein (SHK ZPO-Treis, Art. 261 N 17 ff.).
  2. Somit ergeben sich für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vier Voraussetzungen, die aufgrund einer summarischen Beurteilung der Sach- und Rechtslage (BGE 130 II 149 E. 2.2) vom Gericht geprüft werden müssen, nämlich: (1) die Verletzung oder die drohende Verletzung eines materiell-rechtlichen Anspruches, (2) das Risiko eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils, (3) die Dringlichkeit und (4) die Verhältnismässigkeit der beantragten Massnahmen. Diese vier Voraussetzungen sind im konkreten Fall erfüllt:

Verletzung eines materiell-rechtlichen Anspruchs

* 1. Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG kann derjenige, der durch unlauteren Wettbewerb in seinen wirtschaftlichen Interessen verletzt wird, die Verletzung gerichtlich beseitigen lassen. Dies setzt voraus, dass (i) die Parteien aktiv- bzw. passivlegitimiert sind und (ii) ein unlauteres Verhalten seitens der Gesuchsgegnerin gegeben ist.

Aktiv- und Passivlegitimation

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

Unlauteres Verhalten seitens Gesuchsgegnerin

* 1. Voraussetzung für das Bestehen eines Abwehranspruchs nach Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG ist, dass sich die Gesuchsgegnerin unlauter verhält. Im Rahmen des Massnahmeverfahrens ist es dabei ausreichend, dass die Gesuchstellerin ein unlauteres Verhalten der Gesuchsgegnerin glaubhaft macht. Dies bedeutet, dass das Gericht nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt sein muss; es genügt vielmehr, dass das Gericht auf Grund objektiver Anhaltspunkte es für wahrscheinlich hält, dass der Anspruch gegeben ist (BGE 88 I 11 E. 5.a; seither in ständiger Rechtsprechung).
  2. Vorliegend verstösst die Gesuchsgegnerin durch die Bewerbung ihres Sortiments mit den beanstandeten Werbebannern auf ihrer Webseite gegen Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG. Danach 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).
  3. 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).
  4. 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 Abgabe 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).
  5. 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 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).
  6. Vorliegend bringt die Gesuchsgegnerin 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 Gesuchsgegnerin diese Werbeaussagen auf *«alle Produkte»* bzw. das *«gesamte Sortiment»* bezieht, suggeriert sie, alle Produkte, die sie im Angebot habe, seien günstiger als die vergleichbaren Produkte der Konkurrenz. Dies entspricht jedoch nicht den Tatsachen, da die Gesuchstellerin als direkte Konkurrentin der Gesuchsgegnerin 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.
  7. 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.

Zusammenfassung

* 1. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin, indem sie ihre Produkte mit den Werbeaussagen *«Tiefstpreisgarantie für alle Produkte»* und *«garantierter Dauertiefstpreis auf das gesamte Sortiment»* bewirbt, gegen Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG verstösst. Damit steht der Gesuchstellerin ein Anspruch nach Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG zu.

Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

* 1. Durch das unlautere Verhalten der Gesuchsgegnerin droht der Gesuchstellerin ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil. Ein solcher Nachteil muss tatsächlicher Natur sein und liegt insbesondere dann vor, wenn der Nachteil auch bei einem allfälligen Prozessgewinn in der Hauptsache nicht wieder behoben werden kann (SHK ZPO-Treis, Art. 261 N 7; KUKO ZPO-Ehrenzeller, Art. 261 N 9).

**Bemerkung 5:** Zur Frage, ob bereits im Rahmen der Prüfung des «nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils» eine Nachteilsabwägung vorzunehmen ist, siehe I. Vorbemerkungen, 3. Probleme und Risiken, Rz 10.

* 1. Dies ist vorliegend der Fall. Wirbt die Gesuchsgegnerin weiterhin mit unlauteren Methoden, steht zu befürchten, dass die Gesuchstellerin Kunden an die Gesuchsgegnerin verlieren und so einen schweren finanziellen Schaden erleiden wird. Ein solcher Schaden wird – da unklar ist, wie viele Kunden tatsächlich abgeworben wurden – nachträglich nicht oder nur schwer zu bemessen sein. Zudem droht aufgrund der unlauteren Werbung eine Marktverwirrung, die – einmal eingetreten – nur schwer wieder beseitigt werden kann.
  2. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der Gesuchstellerin ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil i.S.d. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO droht.

Dringlichkeit

* 1. Um die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zu rechtfertigen, muss die Angelegenheit zudem dringlich sein (SHK ZPO-Treis, Art. 261 N 17 ff.). Zeitliche Dringlichkeit ist dann gegeben, wenn eine akute Gefährdungslage vorliegt und das richterliche Endurteil nicht abgewartet werden kann (ZPO Komm-Huber, Art. 261 N 22).
  2. Vorliegend setzt die Gesuchsgegnerin die unlautere Werbung bereits ein. Angesichts des drohenden, nicht wiedergutzumachenden Nachteils und der akut drohenden Marktverwirrung kann das richterliche Endurteil nicht abgewartet werden.

**Bemerkung 5:** Die «Dringlichkeit» ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Die Botschaft ZPO hält ausdrücklich fest, dass der «nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil» und die «zeitliche Dringlichkeit» untrennbar miteinander verbunden sind (BBl 2006 7221). In der Praxis sind sowohl der «nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil», als auch die «Dringlichkeit» zu bejahen, wenn das Endurteil im Hauptprozess nicht abgewartet werden kann. Eigenständige Bedeutung erlangt die Anspruchsvoraussetzung «Dringlichkeit» daher in der Regel insbesondere, wenn rein objektiv die Durchsetzung des Anspruchs bei Zuwarten auf das Endurteil zwar erschwert bzw. unmöglich gemacht würde, die Dringlichkeit jedoch dennoch verneint wird, weil der Gesuchsteller durch das Hinauszögern der Einreichung des Gesuchs die Dringlichkeit selbst herbeigeführt und somit rechtsmissbräuchlich gehandelt hat (siehe hierzu I. Vorbemerkungen, 4. Zu beachtende Fristen und Kosten, Rz 14).

* 1. Vorliegend hat die Gesuchstellerin zwar nicht unmittelbar ein vorsorgliches Massnahmegesuch eingereicht, als sie von den unlauteren Werbebannern Kenntnis erlangt hat, sondern drei Wochen abgewartet. Allerdings war dies dem Umstand geschuldet, dass sie zunächst davon ausging, es würde sich nur um eine temporäre Werbeaktion handeln und den Konflikt daher nicht unnötig eskalieren wollte. Darin ist in keinem Fall ein rechtsmissbräuchliches Verhalten zu sehen. Im Ergebnis ist Dringlichkeit daher zu bejahen.

Verhältnismässigkeit

* 1. Die angeordneten Massnahmen müssen verhältnismässig sein, d.h. sie dürfen im Rahmen der Abwägung der Interessen der Parteien nicht weiter gehen, als es zum vorläufigen Schutz des durch den Gesuchsteller glaubhaft gemachten Anspruchs notwendig ist (ZPO Komm-Huber, Art. 261 N. 23).
  2. Vorliegend ist die beantragte vorsorgliche Massnahme zur Abwehr des drohenden Nachteils für die Gesuchstellerin erforderlich. Es ist das einzige und damit mildeste Mittel, das zur Wahrung des gefährdeten Anspruchs der Gesuchstellerin ergriffen werden kann. Da die Gesuchsgegnerin auf das Abmahnschreiben der Gesuchstellerin hin alle Ansprüche der Gesuchstellerin pauschal abgestritten hat und die beanstandeten Werbebanner nach wie vor zur Bewerbung ihres Sortiments auf ihrer Webseite nutzt, sieht die Gesuchstellerin keine milderen Mittel als gerichtlichen Schutz zu suchen. Zudem würden der Gesuchstellerin im Fall eines Abwartens auf den Hauptsacheentscheid empfindliche Nachteile drohen, da nicht absehbar ist, wie viele Kunden die Gesuchstellerin verlieren würde. Die Gesuchsgegnerin wäre demgegenüber bei Anordnung der beantragten Massnahmen nur vorübergehend an der Nutzung der konkret beanstandeten Werbebanner gehindert, während es ihr offen stehen würde, ihre Produkte mit anderen (lauteren) Mitteln zu bewerben. Insofern erscheint die vorsorgliche Massnahme in zeitlicher und sachlicher Hinsicht geeignet und verhältnismässig.

C. Zusammenfassung

Die Gesuchstellerin hat glaubhaft gemacht, dass sie einen Anspruch auf die Löschung der beanstandeten Werbung von der Webseite der Gesuchsgegnerin hat, ihr ohne Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen würde, die Rechtssache dringlich ist und die beantragten vorsorglichen Massnahmen verhältnismässig sind. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Voraussetzungen für die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen vorliegen.

Hochachtungsvoll

[Unterschrift des Rechtsanwaltes der Gesuchstellerin]

[Name des Rechtsanwalts der Gesuchstellerin]

Beilage: Beweismittelverzeichnis dreifach mit den Urkunden im Doppel