

**HOR.2019.16 / fr / MD**

**Urteil vom 3. August 2021**

\_\_\_\_\_  
Besetzung      Oberrichter Dubs, Präsident  
Handelsrichterin Baumann  
Handelsrichter Felber  
Handelsrichter Friedli  
Ersatzrichter Meichssner  
Gerichtsschreiberin F. Ruff

\_\_\_\_\_  
Kläger            **A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Dr. iur. Kilian Schärli, Rechtsanwalt, Schiffbaustrasse 2,  
Postfach 1765, 8031 Zürich  
vertreten durch Dr. iur. Stefan Schröter, Rechtsanwalt, Schiffbaustrasse 2,  
Postfach, 8031 Zürich

\_\_\_\_\_  
Beklagter 1      **B.** \_\_\_\_\_

Beklagte 2      **C. GmbH** \_\_\_\_\_

1 und 2 vertreten durch lic. iur. Bernard Volken, Rechtsanwalt, Konsum-  
strasse 16 A, 3007 Bern

1 und 2 vertreten durch MLaw Pascal Spycher, Rechtsanwalt, Konsum-  
strasse 16 A, 3007 Bern

\_\_\_\_\_  
Gegenstand      Ordentliches Verfahren betreffend Urheber- und Lauterkeitsrecht

---

## **Das Handelsgericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

Der Kläger ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in V und betätigt sich als Bildhauer und Stahlplastiker. Er ist Inhaber des Schweizer Patents Nr. 699047 betreffend eine "Vorrichtung zum Garen von Lebensmitteln" (Anmeldedatum: 01.07.2008, Erteilungsdatum 15.01.2010; Antwortbeilage [AB] 1) und des europäischen Patents Nr. 2 581 003 B1 betreffend eine "Vorrichtung zum Kochen von Nahrungsmitteln" (AB 3) sowie der Schweizer Marke Nr. 613117 "Feuerring" für Waren- und Dienstleistungen der Nizza-Klassifikation Nrn. 6, 11 und 21 (Hinterlegungsdatum: 04.10.2010, Eintragungsdatum: 16.03.2011; Klagebeilage [KB] 53).

### **2.**

#### **2.1.**

Der Beklagte 1 ist eine natürliche Person mit Wohnsitz W. Er ist einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der *C. GmbH* (Beklagte 2) mit Einzelunterschrift (Klagebeilage [KB] 42).

#### **2.2.**

Die Beklagte 2 ist eine am 21. Juni 2017 gegründete und am 26. Juni 2017 ins Handelsregister eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in W. Sie bezweckt einerseits die Herstellung von und den Handel mit eigenen dekorativen und funktionellen Elementen aus Stahl, Holz und Keramik sowie den Vertrieb exklusiver Designermöbel und Zubehör für den Innen- und Aussenbereich und andererseits die Planung und Gestaltung von Gärten und Empfangsbereichen von Unternehmen (KB 42).

Die Beklagte 2 übernahm anlässlich ihrer Gründung die Aktiven und Passiven der seit dem 1. Juli 2013 im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmung *C. B.* des Beklagten 1, welche in der Folge am 6. Juli 2017 im Handelsregister gelöscht wurde.

### **3.**

Der Kläger stellt sogenannte "Feuerringe" her. Ursprungsmodell ist der "Feuerring D", aus dem der Kläger weitere Varianten entwickelte (KB 14). Bei den "Feuerringen" handelt es sich um grosse Stahlschalen (Klage Rz. 13) mit unterschiedlichem Aufriss und Durchmesser (Klage Rz. 6 f., 17) und aufgesetztem, 12 mm starkem, am Rand der Schale befestigtem horizontalem Stahlring (Klage Rz. 13, Replik Rz. 31), in deren Zentrum ein Holzfeuer entfacht werden kann und auf deren Stahlring Lebensmittel gegart werden können.

**4.**

Der Beklagte 1 konstruierte den ersten sogenannten "Grillring" im Jahr 2014 (Klageantwort Rz. 6, Replik Rz. 21). Er ist Inhaber der Internet-Domains "www.q.ch" (Registrierung: 12. Januar 2004; KB 44) und "www.r.ch" (Registrierung: 4. Mai 2009; KB 43), über die namentlich "Grillringe" der Beklagten 2 vertrieben werden. Die ebenfalls auf den Beklagten 1 registrierte Domain "www.feuerundring.ch" (Registrierung: 18. Januar 2018; KB 45) ist seit anfangs März 2019 inaktiv (Klage Rz. 38, KB 58).

**5.**

Der Kläger liess den Beklagten 1 mit Schreiben vom 12. Juni 2014 wegen Verletzung seines Patents CH 699 047 abmahnen und verlangte von ihm eine entsprechende Unterlassungserklärung (KB 50).

**6.**

Mit Schreiben vom 25. Juni 2014 teilte der Beklagte 1 dem Kläger mit, er könne die vorformulierte Unterlassungserklärung nicht unterschreiben, werde es aber unterlassen, Produkte zu produzieren, zu verkaufen oder anderweitig in Verkehr zu bringen, welche das klägerische Patent CH 699 047 verletzen. Er habe alle Hinweise, welche die Feuerschalen "vesta" und "dimidius" betreffen, von sämtlichen elektronischen Medien entfernt und Dritten unzugänglich gemacht; Printmedien seien keine vorhanden (KB 52).

**7.**

Mit E-Mail vom 19. August 2016 liess der Kläger den Beklagten 1 erneut abmahnen; dieses Mal wegen behaupteter Verletzung der klägerischen Patente CH 699 047, EPO 2 143 362 und EPO 2 581 003 sowie der Schweizer Marke Nr. 613117 "Feuerring" (KB 53). Weitere Abmahnungen an die Beklagten 1 und 2 ergingen am 12. Januar 2017 betreffend Verletzung der klägerischen Marke "Feuerring" (KB 54) und am 4. September 2017 betreffend Verletzung des Schweizer Patents Nr. 699047 und des europäischen Patents Nr. 2 581 003 (KB 55).

**8.**

Mit Stellungnahme vom 18. September 2017 lehnte die Beklagte 2 eine Unterlassungserklärung mit dem Argument ab, sie verletze die letztgenannten beiden Patente des Klägers nicht, weil ihren Produkten jeweils ein erfindungswesentliches Merkmal fehle (KB 56).

**9.**

Mit Schreiben vom 19. Februar 2019 liess der Kläger die Beklagten 1 und 2 ein weiteres Mal abmahnen wegen behaupteter Verletzung seiner Rechte aus Patent-, Marken- und Urheberrecht sowie wegen Verstosses gegen den lautereren Wettbewerb (KB 57).

**10.**

In der Folge stellte der Beklagte 1 den Betrieb der Domain "www.feuerundring.ch" ein und gab mit Schreiben vom 4. März 2019 eine Unterlassungserklärung betreffend die künftige Benützung der Bezeichnung "Feuerundring" ab. Dagegen bestritt er, dass dem Kläger in Bezug auf den "Feuerring" Urheberrechtsschutz zukomme. Weiter bekräftigte er seine Ansicht, die Produkte der Beklagten 2 verletzen die klägerischen Rechte aus dem Schweizer Patent Nr. 699047 und dem europäischen Patent Nr. 2 581 003 B1 mangels erfindungswesentlicher Merkmale nicht (KB 58).

**11.**

Mit Klage vom 15. März 2019 (eingegangen am 18. März 2019) stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren:

1. Den Beklagten sei unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 pro Tag der Nichterfüllung, mindestens aber CHF 5'000, sowie der Bestrafung nach Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall zu verbieten, die von der Beklagten unter den Modellnamen "vesta", "dimidius", "conicum", "dimidius altus", und "hemisfär" angebotenen Stahlkulpturen, wie nachstehend skizziert abgebildet, selbst oder durch Dritte anzubieten, zu veräußern oder sonst wie zu verbreiten.

"vesta":



"vesta" 100

"vesta" 110

"vesta" 120

"vesta" 130

"dimidius":



"dimidius" 90

"dimidius" 100

"dimidius" 110

"dimidius" 120



"dimidius" 130

"conicum":

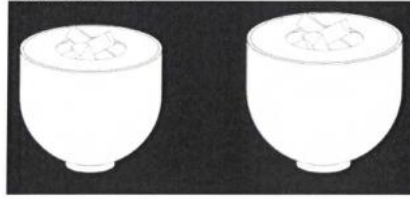


"conicum" 105

"conicum" 115

"conicum" 125

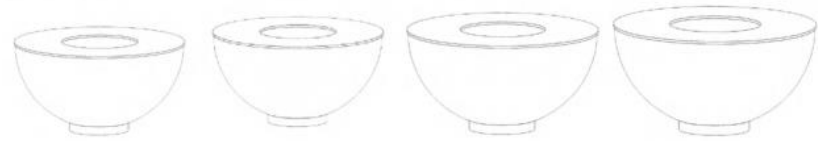
"dimidius altus":



"dimidius altus" 100

"dimidius altus" 100

"hemisfär":



"hemisfär90"

"hemisfär100"

"hemisfär110"

"hemisfär120"



"hemisfär130"

2. Die Beklagten seien unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 pro Tag der Nichterfüllung, mindestens aber CHF 5'000, sowie der Bestrafung nach Art. 292 StGB mit Busse, sowie unter Androhung der kostenpflichtigen Ersatzvornahme im Widerhandlungsfall zu verpflichten, innerhalb von 10 Kalendertagen nach der Rechtskraft des Urteils sämtliche Bestände von Stahlskulpturen gemäss Ziff. 1, die sich zum Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils direkt oder indirekt in ihrem Besitz oder unter ihrer Kontrolle befinden, auf eigene Kosten zu zerstören und dem Gericht sowie dem Kläger den schriftlichen Nachweis zu erbringen, dass sämtliche entsprechenden Stahlskulpturen zerstört wurden, unter Angabe des Zeitpunkts und des Ortes der Zerstörung sowie der zerstörten Mengen.
3. Die Beklagten seien unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 pro Tag der Nichterfüllung, mindestens aber CHF 5'000, sowie der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall zu verpflichten, innerhalb von 30 Kalendertagen nach Rechtskraft des Urteils Auskunft zu erteilen und nach anerkannten Grundsätzen der Rechnungslegung Rechnung zu legen über
  - a) die Anzahl aller vom 26. Juni 2014 bis zum Datum des Urteils in die Schweiz eingeführten bzw. in der Schweiz verkauften Stahlskulpturen gemäss Abbildungen unter Ziff. 1 unter Beilegung der Zollunterlagen, Rechnungen, Lieferscheine sowie sämtlicher weiterer Dokumente, aus denen die Stückzahlen und Verkaufspreise der Stahlskulpturen hervorgehen;

- b) den Gesamtumsatz, der seit dem 26. Juni 2014 bis zum Datum des Urteils mit dem Verkauf von Stahlskulpturen gemäss Abbildungen unter Ziff. 1 in der Schweiz erzielt wurde, unter Angabe der unmittelbar zuzuordnenden Herstellungskosten sowie den unmittelbar zuzuordnenden sonstigen Kosten, wobei sämtliche Kosten mit Belegen nachgewiesen sein müssen.
- 4. Die Beklagten seien zu verurteilen, dem Kläger eine nach dem Ergebnis der Auskunftserteilung gemäss vorstehendem Rechtsbegehren durch den Kläger noch zu beziffernden oder durch das Gericht festzulegenden Betrag als finanzielle Wiedergutmachung zu bezahlen.
- 5. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Zur Begründung brachte der Kläger im Wesentlichen vor, als Künstler habe er sich im Jahr 2004 das Ziel gesetzt, sein persönliches Grillgerät, das sich von einem reinen Gebrauchsgegenstand abheben sollte, zu konzipieren und mit Studien zum "Feuerring" begonnen. Nach einem mehrjährigen Schöpfungsprozess habe er im Jahr 2009 den sogenannten "Feuerring D" geschaffen. Dieser sei ein skulpturales Dekorationsstück und Grillgerät. Der "Feuerring" bestehe aus einer überdimensionierten Stahlschale und einem aufgesetzten Ring. Aus der ursprünglichen Form habe er weitere Varianten mit unterschiedlichen Grössenverhältnissen entwickelt.

Der Beklagte 1 habe erstmals im Jahr 2014 als "Grillringe" bezeichnete Nachahmungen des "Feuerrings" angeboten, zunächst über seine Einzelunternehmung, ab 2017 über die Beklagte 2. Dabei habe er sich ausdrücklich auf den "Feuerring" bezogen, um von dessen Bekanntheit zu profitieren. Trotz mehrerer Abmahnungen des Klägers seit dem Jahr 2014 und einer Unterlassungserklärung des Beklagten 1 vom 25. Juni 2014 habe dieser die "Grillringe" weiterhin vertrieben. Nach der letzten Abmahnung vom 19. Februar 2019 habe der Beklagte 1 zwar den Betrieb der Domain "feuerundring.ch" eingestellt und eine Unterlassungserklärung bezüglich der weiteren Benutzung der Bezeichnung "Feuerundring" abgegeben, gleichzeitig aber die Urheberrechte des Klägers am "Feuerring" bestritten. Aktuell werde das beklagte Verletzungsmodell "hemisfär" über "www.ricardo.ch" angeboten.

## **12.**

Mit Klageantwort vom 18. Juni 2019 (eingegangen am 20. Juni 2019) beantragten die Beklagten 1 und 2:

" Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers -"

Die Beklagten 1 und 2 bestreiten, dass der klägerische "Feuerring" 2009 entstanden sei. Weiter führen sie im Wesentlichen aus, der Beklagte 1

habe die Idee des Grillrings bereits im Jahr 2004 gehabt und im selben Jahr die Domain "q.ch" registrieren lassen. Kurz nach der Entwicklung des ersten "Grillrings" 2014 sei er vom Kläger wegen angebliche Verletzung des Schweizer Patents Nr. 699047 abgemahnt worden. Der Beklagte 1 habe eine auf die Patentansprüche bezogene Unterlassungserklärung abgegeben und die Konstruktion so verändert, dass sich der "Grillring" ausserhalb des Patentschutzes bewege. Mit den Abmahnungen vom 19. August 2016 und vom 4. September 2017 habe der Kläger wiederum Patentverletzungen geltend gemacht, worauf die Beklagte 2 am 17. September 2017 geantwortet habe, solche lägen nicht vor. Urheber- und lauterkeitsrechtliche Ansprüche hätten die Kläger erstmals mit der Abmahnung vom 19. Februar 2019 geltend gemacht. Diese gingen aber ebenfalls fehl. Die Konstruktion orientiere sich am Zweck, Lebensmittel zu garen. Dem "Feuerring" fehle jegliche Individualität, weil Form und Materialwahl rein technisch bedingt seien und er sich nicht genügend vom vorbekannten Formenschatz abhebe. Mangels Individualität fehle die für den urheberrechtlichen Schutz vorausgesetzte Werkqualität. Auch lauterkeitsrechtlicher Schutz entfalle. Einerseits komme dem "Feuerring" weder originäre noch derivative Kennzeichnungskraft zu. Andererseits habe der Kläger keinen Ruf, an welchen sich die Beklagten 1 und 2 anlehnen oder welchen sie schmarotzerisch ausbeuten könnten. Im Übrigen wären sowohl urheber- als auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche verwirkt.

### 13.

Mit Replik vom 10. September 2019 (eingegangen am Folgetag) hielt der Kläger vollumfänglich an den Klagebegehren fest. Er begründete dies im Wesentlichen damit, die Beklagten 1 und 2 versuchten, Ansprüche aus Patent- und Urheberrecht zu vermischen. Diese bestünden ohne Überschneidungen nebeneinander. Vorliegend gehe es einzig um Ansprüche aus Urheber- und Lauterkeitsrecht. Der klägerische "Feuerring" sei ein Werk der angewandten Kunst. Die Behauptung, dessen Gestaltung sei rein technischer Natur, widerlegten die Beklagten 1 und 2 selber mit denjenigen ihrer Produkte, die vom Kläger nicht angegriffen würden. Es gebe viele alternative Formen. Damit verbleibe genügend Raum für einen individuellen Charakter. Die "Grillringe" seien dem "Feuerring" frappant ähnlich; sie unterschieden sich nur in unwesentlichen Details, die im Gesamteindruck untergingen.

Der "Feuerring" sei originär kennzeichnungskräftig und habe sich bei den Abnehmern als Herkunftshinweis durchgesetzt. Die Beklagten 1 und 2 schafften mit der Übernahme seiner Form eine Verwechslungsgefahr bzw. lehnten sich unnötig an das Produkt des Klägers an und beuteten dessen guten Ruf aus. Die Verwechslungsgefahr werde durch die unnötig ähnliche Gestaltung der Website sowie unnötig ähnliche AdWords zusätzlich verstärkt. Im Übrigen seien die urheber- und lauterkeitsrechtlichen Ansprüche

des Klägers entgegen den Behauptungen der Beklagten 1 und 2 nicht verwirkt.

**14.**

Mit Duplik vom 1. November 2019 (eingegangen am 5. November 2019) beantragten die Beklagten 1 und 2 erneut:

" Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers -"

Die Begründung lautete im Wesentlichen, der klägerische "Feuerring" geniesse keinen Urheberrechtsschutz. Einerseits stelle er die direkte Umsetzung des Konzepts "Grillen auf einem Ring" dar. Andererseits hebe er sich ungenügend vom vorbekannten Formenschatz ab. Auch bestehe weder eine lauterkeitsrechtliche Verwechslungsgefahr noch eine Ausbeutung des klägerischen Rufs. Im Übrigen wären allfällige urheber- oder lauterkeitsrechtliche Ansprüche des Klägers verwirkt.

**15.**

Mit unaufgefordert eingereichter Stellungnahme vom 15. November 2019 (eingegangen am 18. November 2019) äusserte sich der Kläger zur Duplik.

**16.**

Mit unaufgefordert eingereichter Stellungnahme vom 27. November 2019 (eingegangen am Folgetag) äusserten sich die Beklagten 1 und 2 zur klägerischen Eingabe vom 15. November 2019.

**17.**

Mit unaufgefordert eingereichter Stellungnahme vom 8. Dezember 2019 (eingegangen am Folgetag) äusserte sich der Kläger zur beklagten Stellungnahme vom 27. November 2019.

**18.**

Mit unaufgefordert eingereichter Eingabe vom 7. April 2020 (eingegangen am Folgetag) reichte der Kläger eine Bestätigung des Direktors des Museum Tinguely betreffend Einsatz eines klägerischen "Feuerrings" im Rahmen einer grossen Performance ein.

**19.**

Mit unaufgefordert eingereichter Stellungnahme vom 17. April 2020 (eingegangen am 20. April 2020) äusserten sich die Beklagten 1 und 2 zur klägerischen Eingabe vom 7. April 2020.



**20.**

Am 19. Oktober 2020 (eingegangen am Folgetag) machte der Kläger eine Noveneingabe.

**21.**

Mit unaufgefordert eingereichter Stellungnahme vom 29. Oktober 2020 (eingegangen am Folgetag) äusserten sich die Beklagten 1 und 2 zur klägerischen Noveneingabe vom 19. Oktober 2020.

**22.**

Mit unaufgefordert eingereichter Stellungnahme vom 12. November 2020 (eingegangen am Folgetag) äusserte sich der Kläger zur beklagtischen Stellungnahme vom 29. Oktober 2020.

**23.**

Mit unaufgefordert eingereichter Stellungnahme vom 24. November 2020 (eingegangen am Folgetag) äusserten sich die Beklagten 1 und 2 zur klägerischen Eingabe vom 12. November 2020.

**24.**

Am 2. März 2021 (eingegangen am Folgetag) machten die Beklagten 1 und 2 eine Noveneingabe.

**25.**

Mit Verfügung vom 11. März 2021 wurden die Parteien und deren Rechtsvertreter zu einer Instruktionsverhandlung mit Vermittlungsgespräch auf Donnerstag, 27. Mai 2021, vorgeladen.

**26.**

Mit unaufgefordert eingereichter Stellungnahme vom 15. März 2021 (eingegangen am Folgetag) äusserte sich der Kläger zur beklagtischen Noveneingabe vom 2. März 2021.

**27.**

Mit unaufgefordert eingereichter Stellungnahme vom 23. März 2021 (eingegangen am Folgetag) äusserten sich die Beklagten 1 und 2 zur klägerischen Eingabe vom 15. März 2021.

**28.**

Mit unaufgefordert eingereichter Stellungnahme vom 31. März (eingegangen am 6. April 2021) äusserte sich der Kläger zur beklagtischen Stellungnahme vom 23. März 2021.

**29.**

Am 27. Mai 2021 fand eine Instruktionsverhandlung mit Vermittlungsgespräch statt. Anlässlich dieser Verhandlung konnte kein gerichtlicher Vergleich erzielt werden. Die Parteien gaben einen Verzicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung sowie einen Verzicht auf Einreichung schriftlicher Schlussvorträge zu Protokoll.

**30.**

Mit Verfügung vom 10. Juni 2021 wurde die Streitsache ans Handelsgericht überwiesen und die Zusammensetzung des Gerichts bekannt gegeben.

**31.**

Am 16. Juni 2021 erliess der Präsident die Beweisverfügung.

**32.**

Am 3. August 2021 fällte das Handelsgericht den nachfolgenden Teilentcheid.

---

**Das Handelsgericht zieht in Erwägung:**

**1. Prozessvoraussetzungen**

Die Prozessvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Darunter fallen insbesondere die örtliche und die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

**1.1. Örtliche Zuständigkeit**

Für Klagen aus unerlaubter Handlung ist laut Art. 36 ZPO das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder Erfolgsort zuständig. Zu den Klagen aus unerlaubter Handlung zählen namentlich immaterialgüterrechtliche Verletzungsklagen nach dem URG und wettbewerbsrechtliche Verletzungsklagen nach dem UWG.<sup>1</sup> Erfolgsort ist bei unerlaubten Handlungen aus dem Wettbewerbsrecht jener Ort, wo sich die Handlung auf dem Markt ausgewirkt hat, bei Urheberrechtsverletzungen dort, wo die entsprechenden Waren in Verkehr gebracht oder die geschützten Zeichen verwendet wurden.<sup>2</sup> Bei Internet-Delikten liegt der Erfolgsort dort, wo die Webseite bestimmungsgemäss abrufbar ist.<sup>3</sup> Die Beklagten 1 und 2 vertreiben die angegriffenen Produkte der Beklagten 2 unter den Internetadressen "www.q.ch" und "www.r.ch" (KB 43 f.), welche auch im Kanton Aargau abrufbar sind. Demgemäss sind dessen Gerichte in der vorgetragenen Streitigkeit örtlich zuständig. Zudem

---

<sup>1</sup> CHEVALIER/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 36 N. 12.

<sup>2</sup> KUKO ZPO-HAAS/STRUB, 2. Aufl. 2014, Art. 36 N. 22.

<sup>3</sup> DIKE-Komm. ZPO-SCHMID/WEBER, 2. Aufl. 2016, Art. 36 N. 27.

haben sich die Beklagten 1 und 2 vor dem hiesigen Gericht i.S. von Art. 18 ZPO eingelassen, indem sie dessen Zuständigkeit ausdrücklich nicht bestreiten (Klageantwort Rz. 2).

### **1.2. Sachliche Zuständigkeit**

Sachlich zuständig ist sowohl für Streitigkeiten im Zusammenhang mit geistigem Eigentum, wozu das Urheberrecht gehört, als auch für solche aus Lauterkeitsrecht eine einzige kantonale Instanz (Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. d ZPO). Im Kanton Aargau ist dies das Handelsgericht (Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO i.V.m. § 12 lit. a EG ZPO).

### **1.3. Einfache Streitgenossenschaft**

Mehrere Personen können gemeinsam beklagt werden, wenn Rechte und Pflichten beurteilt werden sollen, die auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen (Art. 71 Abs. 1 ZPO). Die passive einfache Streitgenossenschaft setzt weiter voraus, dass die einzelnen Klagen nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen sind (Art. 71 Abs. 2 ZPO) und dass dasselbe Gericht sachlich zuständig ist.<sup>4</sup> Der Kläger behauptet, die Beklagten 1 und 2 verletzen seine Rechte als Urheber und verstossen gegen das Gebot des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs. Er stützt die beantragte Verurteilung des Beklagten 1 und der Beklagten 2 auf dieselben Lebensvorgänge und Rechtsgründe; diese bilden eine einfache Streitgenossenschaft nach Art. 71 Abs. 1 ZPO.

### **1.4. Stufenklage**

Mit Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 ersucht der Kläger um finanzielle Wiedergutmachung in Form einer Stufenklage (Art. 85 Abs. 2 ZPO).

#### **1.4.1. Parteibehauptungen**

Der Kläger macht im Wesentlichen geltend, neben dem urheberrechtlichen Anspruch auf Unterlassung habe er auch Anspruch auf Auskunftserteilung, Schadenersatz und Gewinnherausgabe. Letztere liessen sich erst beziffern, nachdem die Beklagten 1 und 2 Auskunft erteilt und Rechnung gelegt hätten. Alternativ stünden ihm zudem Ansprüche aus Lauterkeitsrecht zu. Die Beklagten 1 und 2 bestreiten demgegenüber grundsätzlich, gegen urheberrechtliche und lauterkeitsrechtliche Normen verstossen zu haben.

#### **1.4.2. Rechtliches**

Nach Art. 62 Abs. 2 URG und Art. 9 Abs. 3 UWG kann der in seinem Urheberrecht oder durch unlauteren Wettbewerb Verletzte nach Massgabe des OR vom Schädiger Schadenersatz und Genugtuung sowie Herausgabe eines Gewinnes entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) verlangen.

---

<sup>4</sup> BGE 142 III 581 E. 2.1 m.w.N.

Die Erschwernisse, die sich dem Geschäftsherrn im Streit um den Nachweis der finanziellen Ansprüche in den Weg stellen und zu deren Bewältigung gegebenenfalls die ermessensweise Schätzung nach Massgabe von Art. 42 Abs. 2 OR ins Spiel kommt, rühren oft daher, dass der Geschäftsherr ohne eigenes Verschulden den Umsatz respektive den Umfang des Gewinns des Schädigers gar nicht kennt und den diesbezüglichen Beweis praktisch nur erbringen kann, wenn der Schädiger über den von ihm erzielten Umsatz respektive Gewinn Auskunft und Rechnungslegung gewährt. In der Lehre wird deshalb angenommen, die geschädigte Person verfüge gegenüber dem Schädiger über einen Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung, der seine gesetzliche Grundlage wohl in Art. 2 Abs. 1 ZGB findet.<sup>5</sup> Es steht dem Kläger frei, seinen Auskunftsanspruch im Rahmen einer Stufenklage (Art. 85 ZPO) geltend zu machen, die das Auskunftsbegehren mit einem ganz oder teilweise unbezifferten Leistungsbegehren verbindet.<sup>6</sup>

Es muss der klagenden Partei dabei insbesondere unmöglich<sup>7</sup> oder unzumutbar sein, ihre Forderung bereits bei Klageanhebung zu beziffern.<sup>8</sup> Die Bezifferung ist *unmöglich*, wenn die klagende Partei die Höhe ihres Anspruchs nicht kennen kann, da diese von Tatsachen abhängig ist, die sie selber nicht kennt, d.h. wenn die Bezifferung des klägerischen Anspruchs im Einflussbereich eines Dritten oder der beklagten Partei liegt.<sup>9</sup> Darüber hinaus ist die Bezifferung insbesondere *unzumutbar*, wenn die klagende Partei zur Erlangung der zur Bezifferung notwendigen Unterlagen zuvor ein selbständiges Verfahren zu durchlaufen hätte.<sup>10</sup> Die unbezifferte Forderungsklage dient damit der Prozessökonomie.<sup>11</sup> Die Unmöglichkeit resp. Unzumutbarkeit muss sich auf die *Forderungsbezifferung* beziehen. Besteht diesbezüglich kein Informationsdefizit, kann von vornherein weder eine Unmöglichkeit noch eine Unzumutbarkeit vorliegen, womit die Klage

---

<sup>5</sup> Zum Ganzen je m.w.N.: DIKE UWG-DOMEJ, 2018, Art. 9 N. 108; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, 2013, Art. 9 N. 134; SHK UWG-SPITZ, 2. Aufl. 2016, Art. 9 N. 239 f.

<sup>6</sup> BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2.

<sup>7</sup> BGE 123 III 140 E. 2c: "Der Hilfsanspruch auf Auskunftserteilung oder Rechnungslegung setzt den Kläger überhaupt erst in die Lage, seine Forderung zu beziffern."

<sup>8</sup> BAECHLER, Die Stufenklage, in: sic! 1/2017, S. 1.

<sup>9</sup> GUT, Die unbezifferte Forderungsklage nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, 2014, N. 116 m.w.V.; KRAUSKOPF/WIRZ, Rechtsbegehren im Haftpflichtrecht, in: Kostkiewicz/Markus/Rodriguez (Hrsg.), Die Rechtsfragen im Zivilverfahren: Theoretische Fragen, praktische Antworten, 2016, S. 45; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.) (Fn. 1), Art. 85 N. 12; vgl. auch BGer 4A\_36/2009 vom 27. Februar 2009 E. 3.1.

<sup>10</sup> KRAUSKOPF/WIRZ (Fn. 9), S. 45; GUT (Fn. 9), N. 117.

<sup>11</sup> BOPP/BESSENICH (Fn. 9), Art. 85 N. 13; vgl. auch BSK ZPO-DORSCHER, 3. Aufl. 2017, Art. 85 N. 8, wonach das Risiko der Einklagung eines falschen Betrags massgebend sei.

von Beginn weg zu beziffern ist.<sup>12</sup> Sie muss dabei einen Mindestwert angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt.<sup>13</sup> Die Forderung ist zu beziffern, sobald die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die beklagte Partei dazu in der Lage ist (Art. 85 Abs. 2 ZPO).

### **1.4.3. Würdigung**

Die Guttheissung von Rechtsbegehren Ziff. 1 setzt voraus, dass die Beklagten 1 und 2 das Urheberrecht des Klägers verletzen oder sich unlauter verhalten. Entsprechend kann der Kläger bei Guttheissung von Rechtsbegehren Ziff. 1 in Anwendung von Art. 62 Abs. 2 URG bzw. Art. 9 Abs. 3 UWG Schadenersatz, Genugtuung sowie die Herausgabe eines von der Beklagten 1 und 2 erzielten Gewinns verlangen. Gegenstand dieses finanziellen Ausgleichsanspruchs bildet die klägerische Stufenklage (Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4).

Die Erhebung der Stufenklage ist vorliegend zulässig: Einerseits gewährt die Praxis dem Kläger hinsichtlich seiner geldwerten Ausgleichsansprüche einen materiell-rechtlichen Auskunftsanspruch. Andererseits ist es ihm weder möglich noch zumutbar, seine Forderung bereits zu beziffern, weil die Beklagten 1 und 2 ein widerrechtliches Handeln kategorisch bestreiten und dementsprechend keine Angaben zu den mit ihren streitgegenständlichen Grillgeräten erzielten Verkaufs- und Umsatzzahlen machen. Solche finden sich denn auch nicht in den Verfahrensakten. Zudem erfüllt der Kläger die Vorgabe des Art. 85 Abs. 1 ZPO, indem er einen Mindeststreitwert von Fr. 100'000.00 angibt (Klage Rz. 4).

### **1.5. Ergebnis**

Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkung Anlass; auf die Klage ist einzutreten.

## **2. Novenrecht und Aktenschluss**

### **2.1. Rechtliches**

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist jede Partei befugt, sich zweimalig unbeschränkt zum Sachverhalt zu äussern.<sup>14</sup> Danach tritt der Aktenschluss ein.<sup>15</sup> Nach dessen Eintritt können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden.<sup>16</sup> Eine Tatsache ist neu, wenn sie ein Sachverhaltselement erstmals einführt. Wird ein bereits eingeführtes Sachverhaltselement hingegen bloss klargestellt, ist es nicht neu. Jedoch sind Vorbringen

---

<sup>12</sup> BAUMANN WEY, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, 2013, N. 426 f.; HGer ZH, HG140244 vom 20. April 2016 E. 3.4.1.

<sup>13</sup> BGE 140 III 409 E. 4.3.1.

<sup>14</sup> BGE 144 III 117 E. 2.2; 144 III 67 E. 2.1.

<sup>15</sup> BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3.

<sup>16</sup> LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.) (Fn. 1), Art. 229 N. 4a.

neu, die dem Nachsubstantiieren dienen, wenn die Partei ein substantiiertes Behaupten oder Bestreiten zuvor unterlassen hat.<sup>17</sup> Zulässig ist das Vorbringen von neuen Tatsachen oder Beweismitteln, welche nach Abschluss des Schriftenwechsels entstanden sind (echte Noven; Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO) oder welche bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven; Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Hingegen soll es den Parteien nicht ermöglicht werden, mittels einer Noveneingabe inhaltlich mangelhafte Eingaben zu verbessern.

Gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden. Dies ist der Fall, wenn sie unverzüglich nach der Entdeckung in den Prozess eingebracht werden.<sup>18</sup> Eine Verspätung ist entschuldbar, wenn der betroffenen Partei keine Nachlässigkeit bei der Behauptungs- oder Beweisführungslast vorzuwerfen ist. Das Mass der zumutbaren Sorgfalt ist aus der Sicht vor dem Aktenschluss und nicht *ex post* zu bewerten.<sup>19</sup> Es gilt ein objektiver Massstab.<sup>20</sup> Es obliegt der Partei, die das Novenrecht beansprucht, darzutun, inwiefern die Verspätung entschuldbar ist.<sup>21</sup> Ohne Verzug sind Noven vorgebracht, wenn sie *unverzüglich nach der Entdeckung* in den Prozess eingebracht werden.<sup>22</sup> Nach handelsgerichtlicher Praxis sind Noven im ordentlichen Verfahren innert kurzer Frist (praxisgemäss 10 Tage)<sup>23</sup> und – falls sie nicht erst unmittelbar vor der Hauptverhandlung entstehen – noch vor Durchführung der Hauptverhandlung mittels Noveneingabe in das Verfahren einzubringen.<sup>24</sup> Ob das Erfordernis des Vorbringens "ohne Verzug" mit Bezug auf eine bestimmte Eingabe eingehalten ist, ist letztlich jedoch in Würdigung der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Allgemein ist immerhin festzuhalten, dass nach der Entdeckung von Noven nicht einfach zugewartet werden darf, bis die nächste Rechtschrift zu verfassen ist oder bis eine Stellungnahme im Rahmen des Replikrechts erfolgt.

## 2.2. Würdigung

Mit der Erstattung der Duplik vom 1. November 2019 durch die Beklagte trat dem Gesagten zufolge der Aktenschluss ein.

---

<sup>17</sup> BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 11), Art. 229 N. 16.

<sup>18</sup> LEUENBERGER (Fn. 16), Art. 229 N. 9.

<sup>19</sup> LEUENBERGER (Fn. 16), Art. 229 N. 8.

<sup>20</sup> BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 11), Art. 229 N. 32.

<sup>21</sup> BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 11), Art. 229 N. 33; vgl. LEUENBERGER (Fn. 16), Art. 229 N. 10.

<sup>22</sup> LEUENBERGER (Fn. 16), Art. 229 N. 9.

<sup>23</sup> Vgl. Merkblatt des Handelsgerichts, abrufbar unter: <[https://www.ag.ch/media/kanton\\_aargau/jb/dokumente\\_6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt\\_Handelsgericht.pdf](https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/jb/dokumente_6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt_Handelsgericht.pdf)> (letztmals besucht am 24. Februar 2020); vgl. auch die Übersicht zur Lehre und kantonalen Praxis in BGer 5A\_141/2019 vom 7. Juni 2019 E. 6.3.

<sup>24</sup> Vgl. auch LEUENBERGER (Fn. 16), Art. 229 N. 9 m.w.N.; ZR 2014 Nr. 54, S. 176.

Mit unaufgefordert eingereicherter Stellungnahme vom 15. November 2019 (eingegangen am 18. November 2019) äusserte sich der Kläger zur Duplik und reichte eine Bestätigung des Direktors des Kunsthauses Zug ein, die den Feuerringen des Klägers künstlerischen Charakter, insbesondere skulpturale und kraftvolle Wirkung sowie Schlichtheit und Formstärke attestiert. Dabei handelt es sich nicht um eine (neue) Tatsachenbehauptung, sondern um eine subjektive Wertung des Verfassers. Ob der "Feuerring" Werkcharakter aufweist, ist keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage, deren Beantwortung dem Gericht vorbehalten ist. Nach dem Grundsatz "iura novit curia" hat die eingereichte Auffassung eines Dritten bei der Entscheidungsfindung unbeachtlich zu bleiben. Dasselbe gilt für die vom Kläger am 7. April 2020 unaufgefordert eingereichte Bestätigung des Direktors des Museum Tinguely, die dem klägerischen "Feuerring" ebenfalls künstlerischen Charakter bescheinigt.

Am 19. Oktober 2020 reichte der Kläger unaufgefordert einen Beschluss des Landgerichts Düsseldorf vom 25. September 2020 in einem einstweiligen Verfügungsverfahren zwischen dem Kläger und einer deutschen Unternehmung ein, welcher dieser untersagte, bestimmte Stahlplastiken in der Bundesrepublik Deutschland anzubieten und/oder in Verkehr zu bringen (Beilage 1 zur klägerischen Eingabe vom 19. Oktober 2020). Im Urheberrecht gilt das Territorialitätsprinzip, gemäss welchem das URG Rechte an Werken nur auf schweizerischem Hoheitsgebiet schützt und der Schutz von Werken im Ausland den ausländischen Gesetzen untersteht.<sup>25</sup> Daraus folgt, dass ein im Ausland gestützt auf ausländisches Recht ergangener Entscheid keinen Einfluss auf einen in der Schweiz gestützt auf Schweizer Urheberrecht zu fällenden Entscheid haben kann. Demgemäss bleibt die klägerische Eingabe vom 19. Oktober 2020 unbeachtlich.

Mit Eingabe vom 2. März 2021 brachten die Beklagten 1 und 2 neue Tatsachen vor, indem sie behaupteten, die im Dezember 2006 ins Handelsregister eingetragene *HOGA Kaminfeuer AG*, Wettingen, bzw. deren Vorgängereinheit habe mindestens seit 2005 Grillgeräte verkauft und verkaufe solche heute noch, die mit dem klägerischen "Feuerring" quasi-identisch seien. Der genaue Zeitpunkt der Entstehung und des ersten Verkaufs des HOGA-Grills seien zurzeit nicht bekannt. Dieser Sachverhalt habe bereits zum Zeitpunkt des zweiten Schriftenwechsels existiert, habe aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher eingebracht werden können. Er sei dem beklagten Rechtsvertreter Bernard Volken erst am 25. Februar 2021 von Rechtsanwalt Christoph Gasser zugetragen worden, welcher die Information am 24. Februar 2021 am Telefon vom Geschäftsführer der HOGA erfahren habe. Dieser sei eigenen Angaben zufolge in der Vergangenheit vom Kläger bzw. dessen Anwalt kontaktiert worden, weil sich der Kläger damals am Verkauf des jetzt immer noch von der HOGA insbesondere über

---

<sup>25</sup> SHK URG-CHEPILLOD, 2. Aufl. 2012, Art. 1 N. 2.

ihren Internetauftritt angebotenen Grills gestört habe und dies gerichtlich habe unterbinden wollen (Eingabe vom 2. März 2021 Rz. 5). Es leuchtet nicht ein, wieso der Kläger und sein Anwalt in der – wenn auch nicht spezifizierten – Vergangenheit auf das namentlich über das Internet angebotene bzw. vertriebene Grillgerät der *HOGA Kaminfeuer AG* aufmerksam geworden sind, dasselbe den Beklagten 1 und 2 aber vor Aktenschluss nicht hätte möglich gewesen sein sollen. Die Beklagten 1 und 2 unterlassen denn auch jegliche Behauptungen zu den getätigten Recherchen und den dabei erzielten Resultaten. Mangels substantiierter Behauptungen zur Entschuldbarkeit der Verspätung bleibt die Eingabe vom 2. März 2021 unbeachtlich.

### 3. Verhandlungsmaxime

Vorliegend gilt die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Auf die sich daraus ergebenden Obliegenheiten der Parteien ist vorab einzugehen:

#### 3.1. Behauptungslast

Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.<sup>26</sup> Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB.<sup>27</sup> Somit trägt die Behauptungslast für rechtserzeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang eines Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshindernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung etc.).<sup>28</sup> Dementsprechend hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu behaupten, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.<sup>29</sup>

Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden rechtlichen Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden.<sup>30</sup> Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden (sog. implizite bzw. mitbehauptete Tatsachen).<sup>31</sup> Blosser Mutmassungen

---

<sup>26</sup> Vgl. BGer 5A\_83/2019 vom 23. Juli 2019 E. 4; 4A\_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; SCHNEUWLY, Lange Rechtsschriften – Wieso? Und was tun?, Anwaltsrevue 2019, S. 444.

<sup>27</sup> BGE 132 III 186 E. 4; BGer 5A\_808/2018 vom 15. Juli 2019 E. 4.2.

<sup>28</sup> SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.) (Fn. 1), 3. Aufl. 2016, Art. 55 N. 18.

<sup>29</sup> BGE 128 III 271 E. 2.a.aa; weitergehend ZK ZGB-JUNGO, 3. Aufl. 2018, N. 387.

<sup>30</sup> BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer 4A\_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

<sup>31</sup> BGE 144 III 519 E. 5.3; BGer 4A\_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.1 m.w.N.; Josi, Behaupten, Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Markus/Eichel/Rodriguez (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess, Chancen und Gefahren – national und international, 2019, S. 80.



stellen jedoch keine rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen dar.<sup>32</sup> Ist ein Tatsachenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt.<sup>33</sup>

Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO).<sup>34</sup> Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.<sup>35</sup> Durch einen Verweis auf Urkunden können Sachverhaltselemente jedoch ausnahmsweise als behauptet gelten, wenn es überspitzt formalistisch wäre, eine Übernahme des Urkundeninhalts in die Rechtsschrift zu verlangen. Die Zulässigkeit des Verweises bedingt, dass die Partei die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen in der Rechtsschrift behauptet.<sup>36</sup> Aus dem in der Rechtsschrift aufzuführenden Verweis muss zudem für das Gericht und die Gegenpartei klar ersichtlich sein, dass Informationen aus einem Aktenstück zum Tatsachenfundament erhoben werden sollen. Weiter hat die Rechtsschrift ein spezifisches Aktenstück zu nennen und es muss ersichtlich sein, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen.<sup>37</sup> Weil ein Verweis auf Akten nicht dazu führen darf, dass die Gegenpartei und das Gericht die relevanten Tatsachen aus der Beilage selbst zusammensuchen müssen, muss auf die fragliche Information bzw. Tatsache problemlos zugegriffen werden können und es darf kein Interpretationsspielraum bestehen.<sup>38</sup> Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbst-erklärend ist und genau die verlangten (bzw. in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen.<sup>39</sup> Die in der Praxis beliebten Pauschalverweise auf eingereichte Akten bzw. die allgemeine Erklärung, diese würden "integrierenden Bestandteil" der Rechtsschrift bilden, stellen deshalb keine hinreichenden Behauptungen dar bzw. können fehlende Behauptungen nicht ersetzen.<sup>40</sup>

---

<sup>32</sup> BGer 4A\_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2.

<sup>33</sup> BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.1 m.w.N.; 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SCHNEUWLY (Fn. 26), S. 445.

<sup>34</sup> BGE 144 III 519 E. 5.2.1; 144 II 67 E. 2.1; BRUGGER, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 2019, S. 534; JOSI (Fn. 31), S. 60.

<sup>35</sup> BGer 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 m.w.N.; JOSI (Fn. 31), S. 61.

<sup>36</sup> Vgl. BGer 4A\_398/2018 vom 25. Februar 2019 E. 10.4.1; 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; BRUGGER (Fn. 34), S. 535 f.

<sup>37</sup> BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; BGer 4A\_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.2.1; 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; eingehend BRUGGER (Fn. 34), S. 536 ff.

<sup>38</sup> BGer 4A\_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.4.2; 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.

<sup>39</sup> BGer 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.3; eingehend BRUGGER (Fn. 34), S. 538 ff.

<sup>40</sup> BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 21 m.w.N.; BRUGGER (Fn. 34), S. 540 Fn. 50 m.w.N.

### 3.2. Bestreitungslast

Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).<sup>41</sup> Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangt von der beklagten Partei, darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Es ist deshalb empfehlenswert, die Tatsachenbehauptungen der Klägerin detailliert, d.h. Punkt für Punkt zu bestreiten.<sup>42</sup> Bestreitungen sind dabei so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so bestimmt sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Pauschale Bestreitungen reichen indessen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfolgen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.<sup>43</sup> Auch ein implizites Bestreiten genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderungen der rechtsgenügenden Bestreitung.<sup>44</sup>

### 3.3. Substantiierungslast

Bestreitet aber der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei in rechtsgenügender Weise, so greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.<sup>45</sup> Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ein ungenügendes Parteivorbringen zu vervollständigen.<sup>46</sup> Der nicht oder nicht substantiiert vorgebrachte Sachverhalt ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen.<sup>47</sup>

### 3.4. Bezeichnung der Beweismittel

Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO, wonach die

---

<sup>41</sup> BK ZPO I-HURNI (Fn. 40), Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO; Josi (Fn. 31), S. 57.

<sup>42</sup> Ähnlich DROESE, Bestreitungsbedürftige Beilagen – ein Hinweis zur bundesgerichtlichen Speisekarte, Note zu Urteil 4A\_11/2018, SZPP 2019, S. 19.

<sup>43</sup> BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3; SCHNEUWLY (Fn. 26), S. 445 f.

<sup>44</sup> SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 285 m.w.N.

<sup>45</sup> BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A\_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

<sup>46</sup> DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 21; Josi (Fn. 31), S. 86; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3.

<sup>47</sup> BGer 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; KUKO ZPO-OBERHAMMER (Fn. 2), Art. 55 N. 12; ähnlich JOSI (Fn. 31), S. 62.

Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht, in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen.<sup>48</sup> Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.<sup>49</sup> Deshalb sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufzuführen, welche durch sie bewiesen werden sollen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung").<sup>50</sup> Es ist hingegen unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich pauschal auf eine Vielzahl von Urkunden oder eine Anzahl Zeugen zu verweisen.<sup>51</sup> Bei umfangreichen Urkunden ist zudem die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO).<sup>52</sup>

#### **4. Urheberrechtliche Ansprüche**

##### **4.1. Parteibehauptungen**

###### **4.1.1. Klage**

Der Kläger behauptet, er habe sich im Jahr 2004 zum Ziel gesetzt, sein persönliches Grillgerät zu konzipieren, und in der Folge mit den Studien zum "Feuerring" begonnen. Nach einem mehrjährigen Schöpfungsprozess habe er sein Ziel im Jahr 2009 mit dem so genannten "Feuerring D" erreicht (Klage Rz. 11 f.). Auf dieses urheberrechtlich geschützte Werk stütze sich die Klage ab (Klage Rz. 6). Der "Feuerring D" sei aus einer überdimensionierten Stahlschale mit einem aufgesetzten Ring geformt und erscheine auf den ersten Blick als skulpturales und massives Dekorationsstück. Wegen der einzigartigen und atypischen Form bleibe dem unbefangenen Betrachter die gleichzeitig enthaltene Funktionalität als Grillgerät verborgen. Der "Feuerring" sei insoweit eine vollkommen neue Kreation einer skulpturalen Ästhetik aus Stahl (Klage Rz. 12 ff.). Aus dieser ursprünglichen Form habe der Kläger weitere Varianten des "Feuerrings" mit unterschiedlichen Größenverhältnissen entwickelt, welche neben dem "Feuerring D" Gegenstand des vorliegenden Verfahrens seien (Klage Rz. 17, 26). Die "Feuerringe" hätten im In- und Ausland breite Beachtung gefunden und verschiedene Auszeichnungen erhalten (Klage Rz. 18).

---

<sup>48</sup> BGer 4A\_195/2014 und 4A\_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

<sup>49</sup> BGer 4A\_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 4.4.2; 4A\_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3 m.w.N.

<sup>50</sup> BK ZPO II-KILLIAS, 2012, Art. 221 N. 29; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 221 N. 16 ff.; BRUGGER (Fn. 34), S. 537.

<sup>51</sup> BK ZPO II-KILLIAS (Fn. 50), Art. 221 N. 29; JOSI (Fn. 31), S. 86; ähnlich BGer 4A\_360/2017 vom 30. November 2017 E. 4.

<sup>52</sup> BK ZPO II-RÜETSCHI (Fn. 50), Art. 180 N. 17 ff.; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 1), Art. 180 N. 10 ff., je m.w.N.

Der Beklagte 1 sei zunächst unter seiner 2013 ins Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmung tätig gewesen, deren Aktiven und Passiven anlässlich der Gründung 2017 auf die Beklagte 2 übergegangen seien. Er vertreibe über die Domains "r.ch", "q.ch" und "feuerundring.ch" Nachahmungen der "Feuerringe" und hänge auch als Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten 2 mit dem Vertrieb der streitgegenständlichen Produkte zusammen (Klage Rz. 27 f., 30). Der Beklagte 1 habe erstmals 2014 Nachahmungen des "Feuerrings" als "Grillringe" angeboten und sich in seiner Werbung ausdrücklich auf den "Feuerring" bezogen (Klage Rz. 31). Der Kläger habe den Beklagten 1 wegen Patent- und Markenrechtsverletzung abgemahnt, worauf jener am 25. Juni 2014 eine Unterlassungserklärung abgegeben habe (Klage Rz. 32). Im Sommer 2016 habe der Kläger den Beklagten 1 wegen Verstosses gegen die Unterlassungserklärung erneut abmahnen müssen (Klage Rz. 33). Am 19. Februar 2019 habe der Kläger die Beklagten 1 und 2 unter Hinweis auf sein Urheberrecht letztmalig abgemahnt, worauf der Beklagte 1 den Betrieb der Domain "feuerundring.ch" eingestellt und eine Unterlassungserklärung hinsichtlich der Bezeichnung "Feuerundring" abgegeben, gleichzeitig aber die Urheberrechte des Klägers am "Feuerring" bestritten und behauptet habe, die Form sei altbekannt und die urheberrechtlichen Ansprüche seien verspätet vorgebracht worden (Klage Rz. 37 ff.). Die Nachahmungen der Beklagten 1 und 2 seien mit den jeweiligen Varianten des "Feuerrings" praktisch identisch (Klage Rz. 41).

#### **4.1.2. Klageantwort**

Die Beklagten 1 und 2 bestreiten, dass der klägerische Feuerring 2009 entstanden sei; hierfür gebe es keinerlei Beweise (Klageantwort Rz. 15, 53). Sie bringen vor, zwischen den Parteien bestehe seit Jahren ein Konflikt wegen der "Grillringe". Der Beklagte 1 habe die Idee des Grillrings bereits im Jahr 2004 gehabt und im selben Jahr die Domain "grillring.ch" registrieren lassen. Kurz nach der Entwicklung des ersten "Grillrings" 2014 sei der Beklagte 1 vom Kläger betreffend die Modelle "vesta" und "dimidius" abgemahnt worden. Während der Kläger anfänglich Patentverletzungen geltend gemacht habe, seien es neu Urheberrechts- und Lauterkeitsrechtsverletzungen. Dies, nachdem es der Kläger jahrelang versäumt habe, die Beklagten 1 und 2 auf irgendwelche Rechtsverletzungen durch die Gestaltung der "Grillringe" hinzuweisen, sondern mit den Abmahnungen von Juni 2014, August 2016 und September 2017 mit den geltend gemachten Patentverletzungen immer technische Veränderungen verlangt habe, welche die Beklagten 1 und 2 vorgenommen hätten (Klageantwort Rz. 4, 9 f.).

Der klägerische "Feuerring" geniesse keinen urheberrechtlichen Schutz. Er sei zu trivial und entstamme dem vorbekannten Formenschatz. So habe namentlich *Ernsdorf Design*, Los Angeles (USA), bereits im Zeitpunkt der Entstehung des klägerischen "Feuerrings" ein quasiidentisches bzw. äusserst ähnliches Produkt im Angebot gehabt (als Produkt "A" bezeichnet;

Klageantwort Rz. 25 ff.) bzw. solche Produkte schon 2007 in einer Bar des "Hotel del Coronado" nahe San Diego (USA) installiert gehabt (bezeichnet mit Produkt "D"; Klageantwort Rz. 38 ff.). Für Grillgeräte seien Schalenform und Ringfläche schon lange vor Entstehung des "Feuerrings" bekannt gewesen. Der Weg von quasiidentischen vorbekannten Produkten zum klägerischen "Feuerring" sei offensichtlich minim (Klageantwort Rz. 17 ff.). Die Produkte des Klägers seien bloss gewerbliche Serienprodukte mit Gebrauchszweck, die sich von vorbestehenden solchen Produkten nur in geringfügigen Abweichungen unterschieden, die bei der urheberrechtlichen Wertung nicht ins Gewicht fallen könnten (Klageantwort Rz. 47). So habe der Kläger gegenüber der Zeitung "Südostschweiz" 2013 erklärt, der "Feuerring" sei keine Kunst, sondern Design, das funktional sei (Klageantwort Rz. 50). Die Konstruktion sei auf den Zweck, Lebensmittel zu garen, ausgerichtet. Mangels Individualität fehle ihm denn auch die vorausgesetzte Werkqualität (Klageantwort Rz. 72). Die Form reduziere sich auf trivialste geometrische Formen (Klageantwort Rz. 74). Im Übrigen stünden die gewichtigen Unterschiede zwischen den klägerischen "Feuerringen" und den beklagten "Grillringen" der Verletzung eines allfälligen Urheberrechts entgegen (Klageantwort Rz. 4, 6 f.).

#### **4.1.3. Replik**

Der Kläger behauptet ergänzend zur Klage, die Idee zum "Feuerring" sei ihm im August 2005 gekommen. Anfangs September 2005 habe er den allerersten "Feuerring" realisiert. Dieser stehe noch heute auf einem Steg über dem See beim "Sonnenfels" bei seinem Elternhaus in V (Replik Rz. 28). Um der Hitze des Feuers standzuhalten, habe der "Feuerring" aber noch mehrere Jahre bis zur Marktreife weiterentwickelt werden müssen. Am 1. Juli 2008 habe der Kläger das Schweizer Patent CH 699 047 angemeldet; anfangs 2009 sei dann der – äusserlich mit der Stahlskulptur von 2005 identische – marktreife "Feuerring" auch technisch vollendet gewesen (Replik Rz. 29 ff.). Dass der Kläger den ersten "Feuerring" 2005 erschaffen habe, bestätige ein Beitrag im internationalen Blog "Architecture | Art | Design" (Replik Rz. 35). Alle von den Beklagten 1 und 2 genannten, angeblich vorbekannten Feuerschalen datierten nach September 2005 und damit nach Entstehung des klägerischen Urheberrechts (Replik Rz. 39). Im Übrigen werde im Rahmen des Urheberrechts keine objektive Neuheit verlangt; auch die Doppelschöpfung sei geschützt. Lehne man diese ab, würden durch das Kriterium der statistischen Einmaligkeit nur absolut identische Doppelschöpfungen vom Schutz ausgeschlossen; teilweise identische oder ähnliche Schöpfungen hielten diesem Kriterium stand und wären geschützt. Selbst wenn die von den Beklagten 1 und 2 genannten Formen im Zeitpunkt der Schöpfung des "Feuerrings" irgendwo auf der Welt vorhanden gewesen wären, wären sie dem Kläger damals nicht bekannt gewesen (Replik Rz. 44 f.). Lauterkeitsrechtlich sei der "Feuerring" originär kennzeichnungskräftig, zumindest aber habe er derivative Kennzeichnungs-

kraft, weil er aufgrund seiner hohen Bekanntheit über einen kennzeichnungskräftigen Marktauftritt verfüge. Er habe sich im Verkehr als Herkunftshinweis durchgesetzt (Replik Rz. 168 ff.). Die Verwechslungsgefahr werde durch die unnötig ähnliche Gestaltung der Website sowie unnötig ähnliche AdWords zusätzlich verstärkt (Replik Rz. 16 ff.).

#### **4.1.4. Duplik**

Die Beklagten 1 und 2 bestreiten, dass der klägerische "Feuerring" 2005 oder 2009 entstanden sei und bringen vor, der Kläger habe keinen Entstehungszeitpunkt schlüssig dargelegt und bewiesen. Seine Ausführungen seien widersprüchlich und unglaubwürdig (Duplik Rz. 33). So habe er kein einziges nachweislich aus dem Jahr 2009 stammendes Bild seines Produkts vorgelegt. Vielmehr stütze er sich für die Datierung der Erschaffung auf Auszüge aus der Website "architectonic.com", deren Beweiskraft er in einem patentrechtlichen Verfahren gerade bestritten habe. Die genannte Website sei nicht vertrauenswürdig und taue nicht zum Beweis des Zeitpunkts der Erschaffung. So habe sie als Erscheinungsjahr der Feuerring-Produkte "Gastro" und "Luna 40" am 3. November 2017 "2010", am 8. November 2017 dagegen "2011" genannt (Duplik Rz. 7 ff.). Die replikando neu erhobene Behauptung, der allererste "Feuerring" stamme aus dem Jahr 2005 bzw. sei "anfangs September 2005" entstanden, widerspreche Angaben des Klägers gegenüber den Medien, wonach "erste Skizzen für die exklusive Feuerschale" 2005 entstanden seien und diese 2009 "ausgereift und parat zur Patentanmeldung" gewesen sei (Duplik Rz. 12 ff.). Zudem habe der Kläger in einem von ihm 2017 vor dem Handelsgericht Wien angestregten Prozess betreffend Patentverletzung einen vom Prozessgegner zitierten Zeitungsartikel, laut dem der allererste Feuerring aus dem Jahr 2005 noch heute auf einem Steg über dem See im Garten seines Vaters in V stehe, korrigiert und bestritten, dass vor bzw. am 30. Juni 2009 eine klagepatentgemässe Vorrichtung im Garten seines Vaters aufgestellt gewesen sei. Damit misslinge dem Kläger der Beweis, dass der "Feuerring" 2005 entstanden sei (Duplik Rz. 15 ff.). Die Beklagten 1 und 2 bestreiten, dass der Kläger die von ihnen genannten vorbestehenden Produkte nicht gekannt habe. Zudem stehe in der Fussgängerzone von Verona (I) schon seit 1998 ein in Blech gehaltenes Objekt, das die Form des "Feuerrings" vorwegnehme (Duplik Rz. 42 ff.). Der "Feuerring" sei zu trivial und die Form rein technisch bedingt, womit ihm urheberrechtlicher Schutz versagt bleibe (Duplik Rz. 65).

## **4.2. Urheberrechtlich geschützte Werke**

### **4.2.1. Der Werkbegriff im Allgemeinen**

Vom urheberrechtlichen Schutz erfasste Werke sind, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben (Art. 2 Abs. 1 URG). Dazu gehören namentlich Werke der bildenden Kunst, insbesondere der Bildhauerei (Art. 2 Abs. 2 lit. c URG) und Werke der angewandten Kunst (Art. 2 Abs. 2 lit. f

URG). Um als Werk zu gelten, hat die geistige Schöpfung demnach zwei Kriterien zu erfüllen: sie muss erstens den Bereichen Literatur und Kunst angehören und zweitens einen individuellen Charakter haben. Abweichend vom allgemeinen Sprachgebrauch fallen auch Werke mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt sowie Werke der Baukunst und der angewandten Kunst unter den Begriff "Literatur und Kunst" (vgl. Art. 2 Abs. 2 URG). Dieser enthält folglich kaum ein brauchbares negatives Abgrenzungskriterium<sup>53</sup>; er grenzt den Kreis der schutzfähigen Werke kaum näher ein, als der Begriff der geistigen Schöpfung selbst.<sup>54</sup>

Werkqualität nach Art. 2 Abs.1 URG erfordert eine *Schöpfung*; es muss etwas noch nicht Vorhandenes geschaffen werden.<sup>55</sup> Die Schöpfung muss etwas Neues darstellen, das sich vom bisher Bekannten unterscheidet.<sup>56</sup> Als *geistige* Schöpfung muss das Werk dem menschlichen Geist entspringen, auf menschlichem Willen beruhen; es muss Ausdruck einer Gedankenäusserung sein.<sup>57</sup> Ohne geistige Aktivität eines Menschen entstandene Objekte haben keinen Werkcharakter.<sup>58</sup> An das Mass der geistigen Tätigkeit sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Der gesetzliche Schutz des Urhebers setzt einen *individuellen Charakter* seines *Werks* voraus; *massgebend* ist die *Werk-Individualität* und nicht die Urheber-Individualität.<sup>59</sup> Die Werkqualität ist hinsichtlich des Merkmals der Individualität unabhängig von der Entstehungsgeschichte, also auch vom getätigten materiellen oder geistigen Aufwand zur Herstellung des Objekts, zu beurteilen.<sup>60</sup> Soweit zur Beurteilung der Werk-Individualität das Kriterium der "statistischen Einmaligkeit" herangezogen wird, ist damit nicht die rein statistische Einmaligkeit der Existenz einer Sache oder eines Ereignisses gemeint. Diese genügt nicht. Vielmehr setzt die Werk-Individualität die statistische Einmaligkeit der *Werksgestaltung* voraus. Die Gestaltung des Werks muss sich vom allgemein Üblichen abheben.<sup>61</sup> Für den urheberrechtlichen Schutz entscheidend ist der künstlerische Eindruck der Formgebung, der nicht die notwendige oder gar ausschliessliche Folge eines einzelnen Bauelements ist, sondern durch die Gestaltung, Linienführung und das Zusammenwirken aller Elemente bestimmt wird. Die sogenannte mosaikartige Betrachtung, bei der der vorbekannte Formenschatz in einzelne Elemente zergliedert wird und diese miteinander verglichen werden, ist unzulässig.<sup>62</sup>

---

<sup>53</sup> EGLOFF in: Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum URG, 4. Aufl. 2020, Art. 2 N. 8.

<sup>54</sup> MACCIACCHINI, Die urheberrechtlich schützbares Doppelschöpfung: Ein populärer Irrtum, in: sic! 4/2004, S. 352 f.

<sup>55</sup> HILTY, Urheberrecht, 2. Aufl. 2020, N. 153.

<sup>56</sup> EGLOFF (Fn. 53), Art. 2 N. 9.

<sup>57</sup> BGE 130 III 168 E. 4.5.

<sup>58</sup> EGLOFF (Fn. 53), Art. 2 N. 8.

<sup>59</sup> BGE 143 III 373 E. 2.1 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Praxis.

<sup>60</sup> BGE 130 III 168 E. 4.5 und 5.1; BGE 130 III 714 E. 2.2.

<sup>61</sup> BGE 134 III 166 E. 2.3.1 mit Hinweisen.

<sup>62</sup> BGE 143 III 373 E. 2.4.

#### **4.2.2. Werke der angewandten Kunst im Besonderen**

Soweit sie als geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter anzusehen sind, geniessen auch Werke der angewandten Kunst urheberrechtlichen Schutz (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. f URG). Geschützt sind folglich menschlicher Geistesarbeit entsprungene Gegenstände, die für einen materiellen Gebrauchswert konzipiert sind, sich aber durch ihren individuellen Charakter von entsprechenden Gebrauchsartikeln unterscheiden.<sup>63</sup> Auch hier verlangt das Gesetz keine Originalität im Sinne einer persönlichen Prägung durch den Urheber. Vorausgesetzt wird lediglich, dass der individuelle Charakter im Werk selbst zum Ausdruck kommt. Massgebend ist wiederum die Werk-Individualität (vgl. vorne E. 3.2.1), wobei die Anforderungen an letztere vom Spielraum abhängen, der für die individuelle Gestaltung zur Verfügung steht. Je geringer dieser ist, desto eher ist Individualität zu bejahen, solange sie sich von Banalität oder routinemässiger Arbeit abgrenzt.<sup>64</sup> Die Gestaltung des Werks muss in dem Sinne statistisch einmalig sein, als sie sich vom allgemein Üblichen abhebt, d.h. in wesentlichen Merkmalen unterscheidet.<sup>65</sup> Um Rechtsschutz zu erlangen, muss Überdurchschnittlichkeit vorliegen; das übliche Formenrepertoire muss deutlich überragt werden.<sup>66</sup>

Weil Werke der angewandten Kunst durch ihren Gebrauchszweck bestimmt sind, ist entscheidend, ob sich die künstlerische Formgebung im Rahmen dieses Zwecks von den vorbekannten Formen so deutlich abhebt, dass sie als einmalig erscheint.<sup>67</sup> Dies ist namentlich dann der Fall, wenn sich das Gebrauchsobjekt von den bisherigen Darstellungen der gleichen Werksgattung deutlich unterscheidet.<sup>68</sup> Geschützt ist demnach, was sich als individuelle oder originelle Schöpfung von den tatsächlichen oder natürlichen Vorbedingungen im Rahmen der Zweckbestimmung abhebt. Diktiert allerdings der Gebrauchszweck die Gestaltung durch vorbekannte Formen derart, dass für individuelle oder originelle Merkmale praktisch kein Raum bleibt, liegt ein rein handwerkliches Erzeugnis vor, das vom Schutz des Urheberrechts auszunehmen ist.<sup>69</sup> Dabei werden nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei Werken der angewandten Kunst verhältnismässig hohe Anforderungen an die Individualität gestellt; im Zweifel ist danach auf eine rein handwerkliche Leistung zu erkennen.<sup>70</sup>

---

<sup>63</sup> EGLOFF (Fn. 53), Art. 2 N. 26.

<sup>64</sup> SHK URG-CHEPILLOD (Fn. 25), Art. 2 N. 20.

<sup>65</sup> BGE 134 III 166 E. 2.3.1 f. mit Hinweisen.

<sup>66</sup> SENN, Die urheberrechtliche Individualität – eine methodische Annäherung, in: sic! 10/2017, S. 530.

<sup>67</sup> BGE 143 III 373 E. 2.6.2.

<sup>68</sup> BGE 113 II 190 E. I.2a.

<sup>69</sup> BGE 125 III 328 E. 4a, 117 II 466 E. 2a je mit Hinweisen.

<sup>70</sup> BGE 143 III 373 E. 2.1 mit Hinweisen.



### 4.3. Würdigung

Auszugehen ist vom Objekt "Feuerring D" gemäss nebenstehender Abbildung, welches der Kläger als ersten marktreifen "Feuerring" anfangs 2009 geschaffen haben will und auf welches er die Klage primär abstützt



(vgl. Klage Rz. 6, 12, Replik Rz. 32). Die Parteien stimmen darin überein, dass es sich beim "Feuerring" um ein Grillgerät mit Holzfeuerung handelt (Klage Rz. 11; Klageantwort Rz. 21, 55). Unter "grillen" oder "grillieren" versteht man gemeinhin das Braten bzw. Garen von Speisen durch Wärmestrahlung und/oder Wärmeleitung.<sup>71</sup> Der "Feuerring" ist demzufolge ein Gebrauchsgegenstand mit dem Gebrauchszweck "Grillgerät", dessen praktische Anwendung darin besteht, Lebensmittel – namentlich Fleisch- bzw. Fleischprodukte und Gemüse – mittels Wärmeleitung zu braten bzw. zu garen. Als Gebrauchsgegenstand ist der "Feuerring D" (mit den daraus abgeleiteten Varianten [vgl. Klage Rz. 7]) dann als Werk der angewandten Kunst im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. f URG geschützt, wenn er sich als individuelle oder originelle Schöpfung von den tatsächlichen oder natürlichen Vorbedingungen im Rahmen seiner Zweckbestimmung deutlich abhebt.<sup>72</sup>

#### 4.3.1. Geistige Schöpfung (Gestalterisches Konzept)

Für Grillgeräte mit Holzfeuerung besteht eine Vielzahl möglicher Formen; der Gebrauchszweck setzt der Formgebung kaum Grenzen, soweit die praktische Anwendung erhalten bleibt. Die vom Gebrauchszweck gestellten technischen Anforderungen bedingen nicht eine bestimmte Form der Konstruktion. Ihre Gestaltung hängt folglich nicht weitgehend oder ausschliesslich vom Zweck ab. Damit einem Grillgerät urheberrechtlicher Schutz zuteil wird, ist vorab erforderlich - aber auch ausreichend -, dass über eine rein handwerkliche oder industrielle Arbeit hinaus eine künstlerische Gestaltung erkennbar ist.

Das Konzept des "Feuerring D" besteht aus einer grossen Stahlschale in Form einer Kugelhaube, die mit dem Scheitelpunkt nach unten gerichtet in einem niedrigen zylinderförmigen Sockel steht, dessen Durchmesser in etwa einem Drittel des Durchmessers der Stahlschale entspricht. Mit deren nach oben gerichteten Schnittkante ist eine rechtwinklig zur Rotationsachse stehende Kreisringfläche verbunden, deren Innenradius rund der Hälfte des Aussenradius bzw. des Radius der Stahlschale entspricht. Ein Holzfeuer im Innern der Konstruktion dient als Wärmequelle, der Kreisring als Garfläche (vgl. Klage Rz. 22). Aus dem "Feuerring D", bei dessen verschiedenen Varianten das Verhältnis von Aussendurchmesser zu Höhe jeweils in etwa 4:1 beträgt, entwickelte der Kläger weitere Modelle des "Feuerrings" namens "LUNA", "LUNELI" und "GASTRO" mit kleinerem Verhältnis zwischen Aussendurchmesser und Höhe bei im Übrigen unveränderter

<sup>71</sup> <https://de.wikipedia.org/wiki/Grillen>; Website letztmals abgerufen am 14. Juni 2021.

<sup>72</sup> Vgl. BGE 143 III 373 E. 2.8.

äusserer Gestaltung. Das Modell "OVUM" unterscheidet sich von den vor-  
genannten Modellen insofern, als seine Silhouette nicht einem Kreisseg-  
ment oder Halbkreis, sondern einer auf einem Scheitelpunkt der Haupt-  
achse stehenden, durch die Nebenachse halbierten Ellipse entspricht. Das  
Verhältnis von Aussendurchmesser (Nebenachse) zu Höhe beträgt hier 4:3  
(vgl. Klage Rz. 41).

Zusammengefasst besteht das klägerische Grillgerät in der Verbindung ei-  
ner auf dem Scheitelpunkt stehenden Stahlschale, deren Umriss eine un-  
unterbrochene Kurve mit vertikaler Symmetrieachse beschreibt, mit einer  
horizontal auf Höhe der Schnittkante befindlichen, nach innen gerichteten  
ringförmigen Garfläche. In diesem Konzept ist über die rein handwerkliche  
oder industrielle Arbeit hinaus eine künstlerische Gestaltung erkennbar,  
verlangt doch die Funktion eines Holzfeuergrills keineswegs nach der vom  
Kläger gewählten Form. Vielmehr lehrt die allgemeine Erfahrung, dass der  
angestrebte Zweck eine grosse Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten zu-  
lässt.

#### **4.3.2. Individualität**

Urheberrechtlicher Schutz setzt weiter voraus, dass das Werk als geistige  
Schöpfung individuellen Charakter hat (Art. 2 Abs. 1 URG). Werdegang  
und berufliche Erfolge des Klägers (vgl. Klage Rz. 8 ff.) spielen bei der Be-  
urteilung der Werkqualität des "Feuerrings" anhand des Kriteriums der In-  
dividualität ebenso wenig eine Rolle wie dessen Entstehungsgeschichte  
mitsamt dem vom Kläger behaupteten geistigen und materiellen Aufwand  
(vgl. Klage Rz. 11 f.). Denn massgebend ist weder der getriebene Aufwand  
noch die Urheber-Individualität, sondern einzig und alleine die Individualität  
des Werks (vgl. vorne E. 3.2.1).

Die Beklagten 1 und 2 bestritten in der Klageantwort (Rz. 53) die klägeri-  
sche Behauptung, der "Feuerring D" (im Folgenden "Feuerring") sei im  
Jahre 2009 entstanden (Klage Rz. 12). Darauf replizierte der Kläger, der  
allererste Feuerring stamme aus dem Jahr 2005. Die enorme Hitze des  
Feuers habe diesen aber deformiert. Es habe noch vier Jahre intensiver  
Arbeit gebraucht, um den "Feuerring" zur Marktreife zu entwickeln. Am  
1. Juli 2008 habe der Kläger das Schweizer Patent CH 699 047 angemel-  
det; anfangs 2009 sei dann der – äusserlich mit der Stahlskulptur von 2005  
identische – marktreife "Feuerring" auch technisch vollendet gewesen  
(Replik Rz. 27 ff.). Die Beklagten 1 und 2 bestreiten duplikando als Zeit-  
punkt der Entstehung sowohl das neu genannte Jahr 2005 (Duplik  
Rz. 12 ff.) als auch erneut das Jahr 2009 (Duplik Rz. 7 ff.).

Das Grillgerät, das gemäss klägerischen Behauptungen im Jahr 2005 ent-  
standen sein soll (vgl. Abbildungen in Replik Rz. 28 und 29), vermittelt ei-  
nen ganz anderen Gesamteindruck als der "Feuerring", der von Anfang  
2009 stammen soll (vgl. Abbildung in Replik Rz. 32). Ersteres besteht aus

einem horizontalen, mehrteiligen Trägerarm, auf dessen freiem Ende eine Feuerschale in Form einer Kugelhaube mit dem Scheitelpunkt nach unten montiert ist. In der Verlängerung des Scheitelpunkts durchstösst ein stielartiger Zylinder den Trägerarm. Die Kugelhaube ist an ihrer Schnittkante bündig mit einer ringförmigen Fläche verbunden, deren innere Begrenzung allerdings nicht als Kreis, sondern als Hexagon ausgestaltet ist (vgl. Abbildung in Replik Rz. 29). Ob diese Ausgestaltung bewusst vorgenommen worden oder Folge einer Deformation durch Hitze ist, spielt für den Betrachter keine Rolle. Die optische Wirkung dieses Grillgeräts besteht darin, dass die eigentliche Feuerstelle schwebend erscheint. Die Feuerschale weist zwar isoliert betrachtet gewisse Ähnlichkeiten mit dem Grillgerät gemäss Abbildung in Replik Rz. 32 auf, ist aber bloss Teil eines grösseren Ganzen.

Demgegenüber zeichnet sich der angeblich Anfang 2009 geschaffene "Feuerring" durch die Schlichtheit seiner runden, aus allen Blickrichtungen gleich wirkenden Formgebung und den niedrigen, den Gesamteindruck kaum beeinflussenden zylinderförmigen Sockel aus. Dementsprechend weichen die beiden Konstruktionen im Gesamteindruck so stark voneinander ab, dass sich die Objekte der Beklagten 1 und 2 nur mit denjenigen des Klägers, wie sie ab 2009 hergestellt worden sein sollen, vergleichen lassen, nicht aber mit dem klägerischen Grillgerät gemäss den Abbildungen in Replik Rz. 28 und 29. Das entspricht offensichtlich auch der Auffassung des Klägers, der an anderer Stelle im Zusammenhang mit einem Drittprodukt ausführte, dieses weise "insbesondere" durch "die Placierung der Schale auf Stützen" im Vergleich mit dem "Feuerring" einen deutlich unterschiedlichen Gesamteindruck auf (Replik Rz. 76). Damit braucht die Frage nach der Richtigkeit der Datierung des Grillgeräts gemäss den Abbildungen in Rz. 28 f. der Replik auf das Jahr 2005 nicht geklärt zu werden; die Befragung des Zeugen Thomas Wengel erübrigt sich.

Es trifft zwar zu, dass der Kläger den Entstehungszeitpunkt des "Feuerrings" nicht schlüssig dargelegt und bewiesen und kein einziges nachweislich aus dem Jahr 2009 stammendes Bild seines Produkts vorgelegt hat. Ebenfalls trifft zu, dass die Angaben der Internetplattform "www.architonic.com" zur Datierung der verschiedenen "Feuerring"-Modelle nicht taugen, weichen doch beispielsweise die Angaben zum Erscheinungsjahr des Modells "Gastro" in der Aufschaltung vom 2. November 2017 ("Erscheinungsjahr: 2010"; Duplikbeilage [DB] 1) und in der Aufschaltung vom 13. März 2019 ("Erscheinungsjahr: 2011"; KB 4) voneinander ab.

Dennoch ist von der Erschaffung des "Feuerrings" im Jahr 2009 auszugehen. Das Schweizer Patent CH 699 047 B1 des Klägers betreffend eine "Vorrichtung zum Garen von Lebensmitteln", auf das sich die Beklagten 1 und 2 beziehen (Klageantwort Rz. 7 ff.), trägt das Anmeldedatum 01.07.2008 (AB 1). Die zugehörige Patentschrift enthält auf den Seiten 1, 5 und 6 grafische Darstellungen des "Feuerrings" (Replikbeilage [RB] 70,

Seiten 1, 5 und 6), die mit der fotografischen Abbildung in der Replik (Rz. 32) in etwa übereinstimmen. Die von den Beklagten 1 und 2 ins Recht gelegte Patentschrift zum europäischen Patent EP 2 143 362 B1 des Klägers nennt als Anmeldetag den 30.06.2009 und enthält dieselben grafischen Darstellungen des "Feuerrings" (AB 2, Seiten 6 und 7). In diesem Kontext erscheint es durchaus plausibel, dass der Kläger den ersten "Feuerring", den sogenannten "Feuerring D", im Jahr 2009 hergestellt hat. Die geforderte Individualität des klägerischen Grillgeräts ist dann zu bejahen, wenn aufgrund seiner Linienführung und der Ausgestaltung der Garfläche als Ring über die rein handwerkliche oder industrielle Arbeit hinaus eine individuelle künstlerische Gestaltung erkennbar ist, die sich von den im Jahr 2009 bekannten Formen deutlich abhebt.<sup>73</sup>

#### **4.3.3. Vorbekannte Formen**

Die Beklagten 1 und 2 bringen vor, für das Grillen werde seit jeher die Schalenform, auch die ellipsoidförmige, verwendet. Ebenso seien Ringelemente üblich. Auch das Grillen auf einer Ringfläche sei schon lange vor Entstehung des klägerischen "Feuerrings" bekannt gewesen und praktiziert worden (Klageantwort Rz. 17 ff.). Die Beklagten 1 und 2 verweisen zur Bestreitung der Individualität des klägerischen "Feuerrings" auf sechs ihrer Meinung nach quasiidentische vorbereitete Produkte A bis E' (Klageantwort Rz. 23 ff.). Im Hinblick auf die Beurteilung des Werkcharakters eines Gegenstands ist daran zu erinnern, dass für den urheberrechtlichen Schutz der künstlerische Eindruck der Formgebung entscheidend ist, der durch die Gestaltung, die Linienführung und das Zusammenwirken aller Elemente bestimmt wird, und die sogenannte mosaikartige Betrachtung, bei der der vorbereitete Formenschatz in einzelne Elemente zergliedert wird und diese miteinander verglichen werden, unzulässig ist.<sup>74</sup>

**A)** Die Feuerschale von *Produkt A* hat die Form eines auf der Deckfläche stehenden Kegelstumpfs von geringer Höhe und wird von fünf schlanken Stützen getragen, die rund die doppelte Höhe der Feuerschale aufweisen (vgl. Abbildung in Replik Rz. 74 und AB 11). Demgegenüber hat die Feuerschale des "Feuerrings D" die Form einer auf den Scheitelpunkt gestellten Kugelhaube mit geringer Höhe. Sie ruht auf einem niedrigen, kaum sichtbaren zylinderförmigen Sockel. Im allein massgebenden Gesamteindruck hebt sich der "Feuerring" mit seiner runden Linienführung und der kaum wahrnehmbaren Tragkonstruktion deutlich von Produkt A ab, das insbesondere von der Seite bzw. in flachem Winkel betrachtet auf seinen schlanken Stützen eher einem Klubtisch mit integrierter Feuerstelle gleicht. Bezeichnenderweise nennen die Hersteller die Konstruktion auch "fire table" (AB 11, S. 2). Im Vergleich mit Produkt A erreicht der "Feuerring" die geforderte Individualität.

---

<sup>73</sup> Vgl. BGE 143 III 373 E. 2.5.

<sup>74</sup> BGE 143 III 373 E. 2.4.

**B)** Bei *Produkt B* (vgl. Abbildungen in Klageantwort Rz. 23, 29 und 32 sowie AB 16) ist eine Feuerschale auf ein buntes, mit Rückleuchten versehenes Fahrgestell montiert. Die Schale wird von einer kleineren Kreisfläche leicht überdeckt und von einer angewinkelten Stange sowie einem anderen Bauteil überragt. Die ganze Konstruktion besteht für den Betrachter aus einer willkürlichen Anhäufung verschiedener Elemente und wirkt eher technisch. Anders als beim "Feuerring" erscheint die Formgebung unruhig und lässt eine künstlerisch gestaltete Linienführung vermissen. Im Vergleich mit *Produkt B* ist dem "Feuerring" individueller Charakter zuzusprechen. Das in Klageantwort Rz. 35 abgebildete Objekt besteht aus einer auf den Scheitelpunkt gestellten Kugelhaube mit geringer Höhe, an deren nach oben gerichteter Schnittkante eine rechtwinklig zur Rotationsachse stehende sichelförmige Fläche angebracht ist. Die Konstruktion steht auf einer mit dem Scheitelpunkt der Kugelschale verbundenen, vergleichsweise filigranen Stange, was ihr im Gegensatz zum eher behäbig wirkenden "Feuerring" eine gewisse Leichtigkeit verleiht. Obwohl ähnlich schnörkellos, weicht auch diese Konstruktion für den Betrachter durch das Zusammenspiel ihrer Merkmale so deutlich vom "Feuerring" ab, dass Individualität vorliegt.

**C)** Bei *Produkt C* handelt es sich gemäss den Abbildungen in Klageantwort Rz. 23 und 36 ff. um eine ringförmige Feuerstelle, die gleichsam einem Rad mit horizontaler Rotationsachse an einer Wand befestigt wird. Die dem Raum zugewandte Seite besteht aus einer mit der Mantelfläche verbundenen Kreisringfläche, durch deren Öffnung ein Feuer im Zentrum der Konstruktion sichtbar ist. Die Konstruktion lässt sich offensichtlich nicht mit dem "Feuerring" vergleichen, weil sie aufgrund der fehlenden Garfläche nicht als Grillgerät dienen kann und folglich einen anderen Gebrauchszweck aufweisen muss. Die Beklagten 1 und 2 unterlassen denn auch jegliche Behauptungen zur Zweckbestimmung.

**D)** Laut unwidersprochen gebliebener klägerischer Behauptung existiert das *Produkt D* in zwei Ausführungen: Die eine ähnelt dem zweiten unter "Produkt B" in Klageantwort Rz. 35 genannten Objekt. Dieses besteht aus einer runden Feuerschale, deren nach oben gerichtete Schnittkante der Mantelfläche mit einem Kreisring verbunden ist, wobei nicht ersichtlich ist, ob es sich bei der Schale um einen Zylinder oder einen Kegelstumpf von jeweils geringer Höhe handelt. Sie steht auf einer schlanken, in der Verlängerung der Rotationsachse angebrachten Stange und wirkt so wie ein einbeiniger Tisch mit zentraler Feuerstelle. Soweit ersichtlich wird die Konstruktion nicht als Grillgerät benutzt (vgl. AB 11 und Duplik Rz. 52, jeweils Fotografie rechts, rechte Feuerstelle) und es wird von den Beklagten 1 und 2 auch nicht dargetan, dass sie als solches gebraucht werden könnte. Die zweite Konstruktion scheint aus einem auf der Deckfläche stehenden Kegelstumpf in Tischhöhe, aus dessen nach oben gerichteter Grundfläche

eine Kreisfläche von geringerem Radius mit Zentrum Rotationsachse ausgeschnitten ist, zu bestehen. Aus der durch den Ausschnitt gebildeten Vertiefung lodert ein Feuer. Auch diese Konstruktion wird soweit ersichtlich nicht als Grillgerät benutzt; vielmehr dient die Kreisringfläche zum Abstellen von Gläsern (vgl. Fotografien in Klageantwort Rz. 39 und AB 11, linkes Bild). So wird von den Beklagten 1 und 2 wiederum nicht dargetan, dass die Konstruktion als Grillgerät gebraucht werden könnte. Auch die beiden Varianten des Produktes D können daher mangels Nachweises der Zweckbestimmung als Grillgeräte nicht zur Beurteilung der Individualität des "Feuerrings" herangezogen werden.

**E/E')** Bei *Produkten E* und *E'* handelt es sich um eine höhere und eine niedrigere, offensichtlich doppelwandige Stahlschale, bestehend aus einer grösseren äusseren und einer kleineren inneren Kugelhaube, die mit einem Kreisring mit vertikaler Rotationsachse miteinander verbunden sind. Die Konstruktionen ruhen auf einem massiven Gestell aus vier kreuzartig angeordneten, vierkantigen Metallträgern. Die Objekte werden vorwiegend mit einem aufgesetzten, auf vier schlanken Trägern ruhenden, kreisförmigen Metallrost, der in etwa den Durchmesser der inneren Kugelhaube aufweist, abgebildet (Klageantwort Rz. 42 und 43 sowie AB 29, S. 3). Das Zusammenwirken von Kugelhaube und massivem Kreuzfuss lässt die Objekte schon ohne aufgesetzten Metallrost massig und schwer wirken; dieser Eindruck wird mit montiertem Grill noch verstärkt. Insgesamt weicht die Formgebung der Produkte E und E' bereits ohne Metallrost so erheblich vom "Feuerring D" ab, dass diesem Individualität zuzusprechen ist. Im Übrigen zeigen die Beklagten 1 und 2 nicht auf, dass die Produkte E und E' auch ohne Metallrost als Grillgeräte eingesetzt werden könnten; diesbezüglich fehlt es bereits an der für den Vergleich vorausgesetzten Zweckbestimmung.

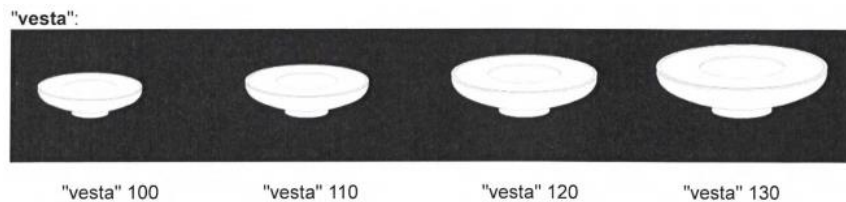
Mit der Duplik führten die Beklagten 1 und 2 ein weiteres Objekt in den Prozess ein, das die Form des "Feuerrings" bereits im Jahr 1998 vorweggenommen haben soll (Duplik Rz. 41 ff.). Sie reichten dazu ein E-Mail des Fremdenverkehrsbüros der Stadt Verona (IT) vom 11. Oktober 2019 ein, worin erklärt wird, der Brunnen sei 1998 erbaut worden (DB 24). Den Fotografien in Duplik Rz. 42 und 43 lässt sich denn auch entnehmen, dass es sich beim fraglichen Objekt um einen auf drei jeweils um 120° versetzten, massiven Stahlplatten stehenden runden Brunnen handelt. Das Wasserbecken hat die Form einer mit dem Scheitelpunkt nach unten gerichteten Kugelhaube, mit deren oberer Schnittkante eine rechtwinklig zur Rotationsachse stehende Kreisringfläche verbunden ist, auf der in Verlängerung der Trägerplatten jeweils ein Wasserhahn montiert ist. Es ist offensichtlich, dass diese Konstruktion nicht das Garen von Speisen zum Zweck hat. Die Beklagten 1 und 2 behaupten solches denn auch nicht. Der Brunnen in Verona taugt folglich nicht zur Beurteilung der Individualität des klägerischen Grillgeräts "Feuerring".

#### 4.3.4. Ergebnis

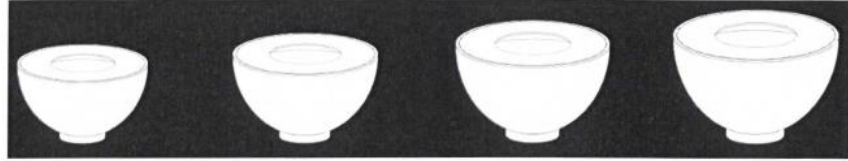
Der klägerische "Feuerring" ist ein Grillgerät mit Holzfeuerung und damit ein Gebrauchsgegenstand. Wird dieser als Werk der angewandten Kunst qualifiziert, genießt der Kläger urheberrechtlichen Schutz (Art. 1 Abs.1 lit. a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. f URG). Konstruiert wurde der "Feuerring" im Jahr 2009. Verglichen mit der aktenkundigen Formgebung der damals vorhandenen bzw. bekannten Grillgeräte mit Holzfeuerung stellten die klare Linienführung, die Silhouette in Form einer auf dem Scheitelpunkt stehenden und entlang der Längsachse spiegelsymmetrischen ununterbrochenen Kurve sowie die Ausgestaltung der Garfläche als Ring bei seiner Lancierung etwas Neues dar. Das Zusammenspiel der auf dem Scheitelpunkt auf einem kaum sichtbaren zylinderförmigen Sockel stehenden, in jeder Hinsicht runden Schale aus Stahl mit der von der Schnittkante her nach innen gerichteten, horizontalen Ringfläche aus demselben Material gibt dem "Feuerring" ein eigenständiges Gepräge. Seine Aufmachung hebt sich von den im Jahr 2009 für holzbefeuerte Grillgeräte bekannten bzw. verwendeten Formen künstlerisch so deutlich ab, dass sie im Rahmen seines Gebrauchszwecks als einmalig erscheint. Aufgrund seiner Individualität besitzt der "Feuerring" Werkqualität im Sinne des Art. 2 Abs. 1 URG und der Kläger ist als Urheber berechtigt, den Beklagten eine drohende Verletzung seines Urheberrechts verbieten und eine bestehende Verletzung desselben beseitigen zu lassen (Art. 6 i.V.m. 62 Abs. 1 lit. a und b URG).

#### 4.4. Verbot drohender Verletzung

Mit Klagebegehren Ziff. 1 beantragt der Kläger, den Beklagten 1 und 2 sei zu verbieten, die unter den Modellnamen "vesta", "dimidius", "conicum", "dimidius altus" und "hemisfär" nachstehend skizziert abgebildeten angebotenen Stahlskulpturen anzubieten, zu veräußern oder sonst wie zu verbreiten.



"dimidius":



"dimidius" 90

"dimidius" 100

"dimidius" 110

"dimidius" 120



"dimidius" 130

"conicum":

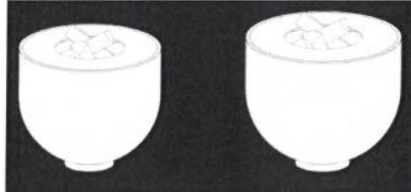


"conicum" 105

"conicum" 115

"conicum" 125

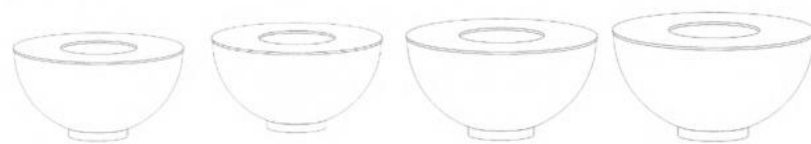
"dimidius altus":



"dimidius altus" 100

"dimidius altus" 100

"hemisfär":



"hemisfär" 90

"hemisfär" 100

"hemisfär" 110

"hemisfär" 120



"hemisfär" 130

Die Modelle "dimidius", "conicum" und "hemisfär" der Beklagten 1 und 2 entsprechen in ihrer Gestaltung dem "Feuerring". Es sind ebenfalls grosse runde Stahlschalen in Form von Kugelhauben, die mit dem Scheitelpunkt nach unten gerichtet auf einem niedrigen zylinderförmigen Sockel stehen



und von deren nach oben gerichteter Schnittkante eine nach innen gerichtete, rechtwinklig zur Rotationsachse stehende Kreisringfläche ausgeht. Zur Form der Stahlschalen führen auch die Beklagten 1 und 2 aus, die Schale der Modelle "conicum" entspreche einer Kugel, die oberhalb des Äquators geschnitten sei, und die Schale der Modelle "dimidius" und "hemisfär" seien exakt eine Halbkugel (Klageantwort Rz. 52). Die beklagti-schen Objekte "dimidius", "conicum" und "hemisfär" übernehmen Formen-sprache, Linienführung und Materialisierung des klägerischen "Feuerrings" und verletzen damit das Urheberrecht des Klägers. Dass die Schale und die ringförmige Platte beim "Feuerring" fest verschweisst, bei den Objekten der Beklagten 1 und 2 dagegen voneinander getrennt ausgestaltet sind, dass Ring und Kante beim "Feuerring" bündig sind, der Ring dagegen beim Modell "hemisfär" auf die Schale gelegt ist und geringfügig über die Kante hinausragt, dass die Konstruktion im Innern der Objekte abweicht und dass die Modelle der Beklagten 1 und 2 mit einer kleinen, farblich abgehobenen Metallplakette mit der Aufschrift "GARTENFEUER.CH" gekennzeichnet sind, ändert daran entgegen der Ansicht der Beklagten 1 und 2 nichts. Diese Unterschiede in der Konstruktion bzw. Gestaltung sind kaum wahr-nehmbaar und beeinflussen den Gesamteindruck nicht. Im Ergebnis verletzen die Beklagten 1 und 2 mit ihren Modellen "dimidius", "conicum" und "hemisfär" das Urheberrecht des Klägers. Dieser kann ihnen grundsätzlich gestützt auf Art. 62 Abs. 1 lit. a URG das Anbieten, Veräussern oder anderweitige Verbreiten dieser Modelle verbieten lassen.

Die Beklagten 1 und 2 bringen vor, ihre Modelle "vesta" und "dimi-dius altus" unterschieden sich vom klägerischen Feuerring, indem das Mo-dell "vesta" einen senkrecht zur oberen Kante verlaufenden längeren Ab-schnitt aufweise, der weiter unten in eine runde Form übergehe. Das Modell "dimidius altus" weise angrenzend zur oberen Kante einen senkrecht ver-laufenden Abschnitt auf, der sich über mehr als die Hälfte der Höhe erstre-cke und deutlich zylinderförmig sei. Weiter unten gehe dieser dann in die runde Form über (Klageantwort Rz. 52).

Tatsächlich bestehen die Modelle "vesta" und "dimidius altus" jeweils aus Stahlschalen in Form von Kugelhauben, die mit dem Scheitelpunkt nach unten gerichtet auf einem niedrigen zylinderförmigen Sockel stehen und an deren Schnittkante ein stählerner Hohlzylinder nahtlos anschliesst. Von dessen Oberkante geht eine nach innen gerichtete, rechtwinklig zur Rota-tionsachse stehende Kreisringfläche aus. Die von den Beklagten 1 und 2 gewählte Gestaltung wird ebenso wenig vom Gebrauchszweck diktiert wie die Gestaltung der klägerischen Grillgeräte. Linienführung und Gesamtein-druck der Modelle "vesta" und "dimidius altus" unterscheiden sich aufgrund der Kombination von Kugelhaube und Hohlzylinder klar sichtbar vom "Feuerring" in seinen verschiedenen Varianten. Sie heben sich von letzteren so deutlich ab, dass ihnen als Werken der angewandten Kunst Individualität im urheberrechtlichen Sinne zukommt.

Die Klägerin behauptet, soweit kleinere geometrische Unterschiede bestünden, würden diese nur bei einer schematischen Betrachtung der schwarz-weiss Zeichnung merklich sichtbar; betrachte man die Objekte in Natura, würden die Unterschiede von den ansonsten identischen Merkmalen überlagert. Sie widerlegt diese Behauptung allerdings mit den beiden Farbfotos der Modelle "Ovum" und "dimidius altus" gleich selber (Replik Rz. 108). Auch die unteren beiden Farbfotos in Replik Rz. 112 zeigen deutlich, dass sich der klägerische "Feuerring" und das beklagte Modell "vesta" in Natura im Gesamteindruck markant unterscheiden.

Zusammenfassend liegen die Modelle "vesta" und "dimidius altus" der Beklagten 1 und 2 dem Gesagten zufolge ausserhalb des urheberrechtlichen Schutzbereichs der klägerischen Schöpfung.

## **5. Lauterkeitsrechtliche Ansprüche**

### **5.1. Parteibehauptungen**

#### **5.1.1. Klage**

Der Kläger behauptet, die Vermarktung der beklagten "Grillringe" verstosse zudem gegen Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG. Letzterer setze einen individualisierenden und kennzeichnungskräftigen Marktauftritt voraus. Angesichts der hohen Bekanntheit des "Feuerrings" liege ein kennzeichnungskräftiger Marktauftritt vor, der dem Kläger eine schutzwürdige Marktposition vermittele. Seine Werke hätten den Grillmarkt revolutioniert, seien durch verschiedene Designpreise gewürdigt worden und erzeugten eine erhebliche mediale Aufmerksamkeit in der Schweiz. Die "Feuerringe" des Klägers seien daher geeignet, bei Abnehmern Rückschlüsse auf den Hersteller und seine Qualität hervorzurufen. Die Verwechslungsgefahr beurteile sich danach, ob ein verwendetes Zeichen einem anderen derart ähnlich sei, dass die massgebenden Verkehrskreise Gefahr liefen, die damit gekennzeichneten Gegenstände zu verwechseln. Angesichts der frappanten Ähnlichkeit der Nachahmungen der Beklagten 1 und 2 und der "Feuerringe" des Klägers, der übereinstimmenden Produktepräsentation und der Bezeichnung FEUERUNDRING sei das Angebot der Beklagten 1 und 2 irreführend und schaffe eine grosse Verwechslungsgefahr. Dies könne gleichzeitig auch den Tatbestand von Art. 2 UWG erfüllen (Klage Rz. 69 ff.).

#### **5.1.2. Klageantwort**

Die Beklagten 1 und 2 halten dagegen, Art. 3 lit. d UWG verlange zunächst originäre oder derivative Kennzeichnungskraft des fraglichen Produkts. Die Voraussetzungen für erstere seien hoch. Die Beurteilung der Kennzeichnungskraft von Formen könne nach markenrechtlichen Grundsätzen erfolgen. Sie stehe in Bezug zum technischen Gehalt des entsprechenden Objekts, welcher vorliegend hoch sei. Aber selbst Warenformen ohne techni-

schen Bezug müssten ein bestimmtes Mass an Unterscheidungskraft aufweisen, um im Gedächtnis der Abnehmer haften zu bleiben. Dies sei nicht der Fall, wenn die Form als Gestaltung des Produkts und nicht als dessen Kennzeichnung erscheine. Blossen Variationen des Formenschatzes – auch neuen – fehle die erforderliche Unterscheidungskraft. Vor diesem Hintergrund fehle dem klägerischen "Feuerring" die originäre Kennzeichnungskraft. Er sei aber auch nicht derivativ kennzeichnungskräftig, weil der Kläger keine Beweise entsprechender Bekanntheit beigebracht habe. Diese ergebe sich nicht aus den vom Kläger ausgeführten Auszeichnungen (Kla-geantwort Rz. 111 ff.).

### **5.1.3. Replik**

Der Kläger hält fest, sein "Feuerring" sei als Verschmelzung von Kunstskulptur und Grillfunktion originär kennzeichnungskräftig. Zumindest aber liege derivative Kennzeichnungskraft vor. Der für die Beurteilung massgebende relevante Adressatenkreis bestehe aus Personen, welche sich allgemein für Kunst interessierten und grundsätzlich bereit seien, für die betreffenden Kunstwerke mehrere Tausend Franken – im Falle des "Feuerrings" zwischen Fr. 4'000 und Fr. 35'000 – zu bezahlen. Der "Feuerring" verfüge aufgrund zahlreicher Auszeichnungen und Pressemitteilungen beim genannten Adressatenkreis über eine hohe Bekanntheit und damit einen kennzeichnungskräftigen Marktauftritt, was mit entsprechenden Beweisen belegt worden sei. Weil die Unterschiede zwischen den klägerischen und den beklagischen Produkten klein seien, schüfen die Beklagten 1 und 2 eine Verwechslungsgefahr (Replik Rz. 167 ff.).

### **5.1.4. Duplik**

Die Beklagten 1 und 2 entgegnen, der Kläger habe keine Belege für die behauptete derivative Kennzeichnungskraft eingereicht. Seine Ausführungen entbehrten jeglicher quantitativer Angaben zur Verwendung des Feuerrings. Aus Auszeichnungen und Erwähnungen könne nicht auf dessen Verkehrsdurchsetzung geschlossen werden. Für die angesprochenen Verkehrskreise bestehe aufgrund der Unterschiede zwischen den klägerischen und den beklagischen Objekten, der jeweiligen Warenpräsentation und der Umstände ausserhalb des Kaufgegenstands keine Verwechslungsgefahr (Duplik Rz. 76 ff.).

## **5.2. Rechtliches**

### **5.2.1. Allgemeines**

In den Anwendungsbereich des UWG fallen nur Verhaltensweisen, die eine wirtschaftliche Wettbewerbshandlung darstellen.<sup>75</sup> Wettbewerb im Sinne des UWG liegt dann vor, wenn sich jemand ausserhalb der eigenen Sphäre wirtschaftsrelevant betätigt.<sup>76</sup> Gemeint sind damit Handlungen, die objektiv

---

<sup>75</sup> MARBACH/DUCREY/WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, N. 1126.

<sup>76</sup> PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl. 2002, N. 1.10.

auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse gerichtet sind und nicht in einem völlig anderen Zusammenhang erfolgen. Wettbewerbsrelevant sind Handlungen, die den Erfolg gewinnstrebiger Unternehmen im Kampf um Abnehmer verbessern oder mindern, deren Marktanteile vergrössern oder verringern sollen oder dazu objektiv geeignet sind.<sup>77</sup>

### 5.2.2. Aktivlegitimation

Der Kläger stützt seine behaupteten Ansprüche gegen die Beklagten 1 und 2 alternativ auch auf Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG. Art. 9 UWG nennt die Ansprüche, die dem Verletzten gegen den unlauter Handelnden zustehen.<sup>78</sup> Die Durchsetzung solcher zivilrechtlicher Ansprüche setzt die Aktivlegitimation des Klägers voraus; dieser muss berechtigt sein, das eingeklagte Recht oder die eingeklagte Rechtsverletzung überhaupt geltend zu machen.<sup>79</sup> Stellt sich aufgrund des von den Parteien vorgetragenen Sachverhalts heraus, dass der eingeklagte Anspruch dem Kläger nicht zusteht, weist das Gericht die Klage ab. Dies geschieht von Amtes wegen und ohne dass die Sachlegitimation von einer der Parteien bestritten wird, da es sich um gerichtliche Rechtsanwendung handelt.<sup>80</sup> Nach Art. 9 Abs. 1 UWG sind (nur) Rechtssubjekte aktivlegitimiert, die selbst am wirtschaftlichen Wettbewerb beteiligt sind und eigene wirtschaftliche Interessen geltend machen können.<sup>81</sup> Es gilt der Grundsatz der Gebrauchspriorität<sup>82</sup>, wobei lauterkeitsrechtlicher Kennzeichenschutz die sog. materielle Priorität voraussetzt.<sup>83</sup> Gefordert ist die erstmalige, nach aussen feststellbare Benutzung des Zeichens im Geschäftsverkehr.<sup>84</sup> Gebrauchspriorität liegt vor, wenn das Zeichen in der Schweiz im Wettbewerb erstmals im Zusammenhang mit Waren oder Dienstleistungen, dem Geschäftsbetrieb usw. benutzt wurde.<sup>85</sup> Das nachgeahmte Produkt muss also früher auf dem Markt gewesen sein, als das Nachahmerprodukt.<sup>86</sup> Der Beweis der Beteiligung am wirtschaftlichen Wettbewerb und der Markteinführung des nachgeahmten Produkts obliegt der klagenden Partei (Art. 8 ZGB).

### 5.3. Würdigung

Die Aktivitäten des Beklagten 1 und der Beklagten 2 stellen ohne Zweifel wirtschaftliche Wettbewerbshandlungen im Sinne des UWG dar (vgl. vorne E. 4.2.1). Während zwischen den Parteien unbestritten ist, dass die Beklagten ihre Grillgeräte dem Publikum als "Grillringe" erstmals im Jahr 2014 zum Kauf angeboten haben (Klage Rz. 31, Klageantwort Rz. 61), unterlässt

---

<sup>77</sup> BGE 120 II 78 E. 3a.

<sup>78</sup> PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 76), N. 13.01.

<sup>79</sup> PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 76), N. 16.01.

<sup>80</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, N. 5.24.

<sup>81</sup> BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH (Fn. 5), Art. 9 N. 4.

<sup>82</sup> MARBACH/DUCREY/WILD (Fn. 75), N. 1230.

<sup>83</sup> SHK UWG-SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 5) Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 21.

<sup>84</sup> DIKE UWG-HEINEMANN (Fn. 5), Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 130.

<sup>85</sup> SHK UWG-SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER (Fn. 5), Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 21.

<sup>86</sup> DIKE UWG-HEINEMANN (Fn. 5), Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 130.

der Kläger jegliche Behauptungen dazu, ab wann bzw. dass er mit dem "Feuerring" beim Markteintritt des Beklagten 1 2014 bereits auf dem Markt war, d.h. sein Zeichen in wettbewerbsrelevanter Weise gebrauchte. Die Abmahnung vom 12. Juni 2014 (KB 50) bezieht sich nur auf die Verletzung des klägerischen Patents CH 699 047. Sie äussert sich nicht dazu, ob und wenn ja, seit wann der Kläger das Patent auch wirtschaftlich verwertet. Damit lässt sich die lauterkeitsrechtlich vorausgesetzte Gebrauchspriorität des Klägers nicht prüfen. Einziger Hinweis auf ein wettbewerbsrelevantes Verhalten ist die vom Kläger im Zusammenhang mit der behaupteten Kennzeichnungskraft offerierte Auftragsbestätigung der Sonderanfertigung eines "Feuerrings". Diese datiert allerdings vom 7. November 2018 und erfolgte damit gute vier Jahre nach dem Markteintritt des Beklagten 1.

#### **5.4. Fazit**

Der Kläger zeigt nicht auf, dass er im Zeitpunkt der behaupteten Rechtsverletzung selbst am wirtschaftlichen Wettbewerb beteiligt war. Damit misslingt ihm der Beweis der Aktivlegitimation; seine Ansprüche gegen die Beklagten 1 und 2 lassen sich nicht auf Lauterkeitsrecht stützen.

### **6. Verwirkung**

#### **6.1. Parteibehauptungen**

Die **Beklagten** 1 und 2 behaupten, der Kläger habe insbesondere sein Urheberrecht durch zu langes Zuwarten bei der Geltendmachung seiner Rechte aus Urheber- und Lauterkeitsrecht verwirkt. Bis zur Abmahnung vom 19. Februar 2019 hätten sich keine Kenntnis vom klägerischen Urheberrecht gehabt, weil dieser sich in den früheren Abmahnungen stets nur auf seine Patente gestützt habe (Klageantwort Rz. 123 ff.). Der Kläger verhalte sich heute treuwidrig, habe er den Beklagten doch vor Jahren zumindest implizit signalisiert, dass er keinen Anspruch an der äusseren Gestaltung erhebe (Klageantwort Rz. 131).

Der **Kläger** hält dem im Wesentlichen entgegen, die Geltendmachung seiner urheberrechtlichen Ansprüche sei nicht verwirkt. Bereits im Juni 2014 habe der den Beklagten 1 erstmals abgemahnt. Dass er sich dabei auf ein klar nachweisbares Registerrecht gestützt habe, bedeute nicht, dass der Beklagte 1 darin eine stillschweigende Zustimmung zu optisch praktisch identischen Nachahmungen oder einen Verzicht auf weitere Schutzrechte des Klägers habe sehen dürfen (Replik Rz. 189).

#### **6.2. Rechtliches**

Die Grundlage der Verwirkung liegt im Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) durch das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens.<sup>87</sup> Von der Verwirkung sind grundsätzlich auch kennzeichen- und lauterkeitsrechtliche

---

<sup>87</sup> BSK MSchG-FRICK, 3. Aufl. 2017, Vor Art. 51a-60 N. 58 m.w.H.; DIKE UWG-DOMEJ (Fn. 5), Art. 9 N. 114 m.w.N.

Abwehransprüche erfasst, sofern sie zu spät geltend gemacht werden.<sup>88</sup> Die Verwirkung ist allerdings nicht leichthin anzunehmen.<sup>89</sup> Vielmehr müssen folgende vier Voraussetzungen erfüllt sein:

- (a) *Duldung trotz Kenntnis oder Erkennbarkeit des Marktauftritts*: Soweit der Verletzer nicht um Einwilligung ersucht, ist zumindest erforderlich, dass der Verletzer aufgrund seines Marktauftritts bei objektivierter Betrachtung davon ausgehen darf, die Verletzung werde für den Rechteinhaber bei gehöriger Sorgfalt erkennbar.<sup>90</sup> Seitens des Schutzrechteinhabers besteht eine gewisse Sorgfalts- bzw. Beobachtungspflicht, nicht jedoch eine generelle Überwachungspflicht.<sup>91</sup> Demgegenüber erachtet die Rechtsprechung eine verzögerte Rechtsausübung als missbräuchlich, sofern diese auf fahrlässige Unkenntnis der Rechtsverletzung zurückzuführen ist, weil es der Schutzrechteinhaber sorgfaltswidrig unterlassen hat, den Markt auf gegnerische Zeichen hin zu beobachten.<sup>92</sup> Das Mass der Sorgfalt hängt von der Stellung des Berechtigten ab.<sup>93</sup> Die Kenntnis muss sich auf eine Verletzung in der Schweiz beziehen. Verletzungen im Ausland sind irrelevant.<sup>94</sup>
- (b) *Lange Dauer des verletzenden Gebrauchs*: Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. Als Faustregel ist davon auszugehen, dass diese Voraussetzung kaum vor fünf Jahren zu bejahen ist und nach Ablauf von zehn Jahren meistens erfüllt sein dürfte.<sup>95</sup> Vor fünf Jahren kann eine Verwirkung nur ausnahmsweise eintreten, z.B. wenn der Berechtigte den Verletzer zur Annahme verleitet hat, sein Verhalten werde geduldet.<sup>96</sup> Unter lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten gesteht die Lehre dem Schutzrechteinhaber eine angemessene Zeitdauer zu, damit dieser die Rechtslage und die tatsächlichen Auswirkungen der Verletzung abzuschätzen vermag. Regelmässig sei jedoch eine rechtzeitige Verwarnung angezeigt, um den guten Glauben des Verletzers zu zerstören.<sup>97</sup>

---

<sup>88</sup> BGE 125 III 193 E. 1e; BAUDENBACHER/GLÖCKNER: in: Baudenbacher (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, 2001, Art. 9 N. 273.

<sup>89</sup> BGer 4A\_22/2019 vom 23. Mai 2019 E. 2.3.2; SHK UWG-SPITZ (Fn. 5), Art. 9 N. 229; BSK MSchG-FRICK (Fn. 87), Vor Art. 51a-60 N. 58 m.w.H.

<sup>90</sup> BAUDENBACHER/GLÖCKNER (Fn. 88), Art. 9 N. 274; DIKE UWG-DOMEJ (Fn. 5), Art. 9 N. 115; BSK MSchG-FRICK (Fn. 87), Vor Art. 51a-60 N. 62 m.w.H.

<sup>91</sup> Vgl. DIKE UWG-DOMEJ (Fn. 5), Art. 9 N. 115; BAUDENBACHER/GLÖCKNER (Fn. 88), Art. 9 N. 276; BSK MSchG-FRICK (Fn. 87), Vor Art. 51a-60 N. 62 f. m.w.H.

<sup>92</sup> BGE 117 II 575 E. 4b; BGer Urteil 4C.371/2005 vom 2. März 2006 E. 3.1.

<sup>93</sup> BSK MSchG-FRICK (Fn. 87), Vor Art. 51a-60 N. 63 m.w.H.

<sup>94</sup> SHK MSchG-STAUß, 2. Aufl. 2017, Vorbemerkungen Art. 51a-60 N. 70 m.w.H.

<sup>95</sup> MARBACH/DUCREY/WILD (Fn. 75), N. 1061.

<sup>96</sup> SHK UWG-SPITZ (Fn. 5), Art. 9 N. 228 Fn. 525; BSK MSchG-FRICK (Fn. 87), Vor Art. 51a-60 N. 69 m.w.H.

<sup>97</sup> DIKE UWG-DOMEJ (Fn. 5), Art. 9 N. 116; BAUDENBACHER/GLÖCKNER (Fn. 88), Art. 9 N. 278; SHK UWG-SPITZ (Fn. 5), Art. 9 N. 228 Fn. 525.

- (c) *Wertvoller Besitzstand*: Zu prüfen ist, ob der Verletzer eine so starke Wettbewerbsstellung erlangt hat, dass es gerechtfertigt erscheint, dem Berechtigten die Rechtsausübung zu verwehren.<sup>98</sup>
- (d) *Guter Glaube des Verletzers*: Vorausgesetzt ist, dass der Verletzer seinen wertvollen Besitzstand im schutzwürdigen Vertrauen auf die Zulässigkeit seines Verhaltens oder auf den durch die Untätigkeit des Berechtigten hervorgerufenen Anschein der Duldung geschaffen hat.<sup>99</sup>

### 6.3. Würdigung

Der Beklagte 1 anerkennt, dass er die angegriffenen Grillgeräte erstmals im Jahr 2014 angeboten hat (Klageantwort Rz. 61).

Bereits mit Schreiben vom 12. Juni 2014 mahnte der Kläger den Beklagten 1 wegen Verletzung des klägerischen Patents CH 699 047 ab (Klage Rz. 32, KB 50). Am 25. Juni 2014 erklärte der Beklagte 1, er werde es unterlassen, Produkte herzustellen, zu verkaufen oder anderweitig in Verkehr zu bringen, welche das Patent CH 699 047 des Klägers verletzen (KB 52).

Mit E-Mail vom 19. August 2016 mahnte der Kläger den Beklagten 1 erneut wegen Verletzung des Schweizer Patents CH 699 047 sowie zweier europäischer Patente ab (KB 53), was der Beklagte 1 ausdrücklich anerkennt. Er bestreitet jedoch, irgendeinen Verstoss begangen zu haben (Klageantwort Rz. 63).

Eine weitere Abmahnung erfolgte mit Schreiben vom 4. September 2017 an die mittlerweile gegründete und im Handelsregister eingetragene (21. bzw. 26. Juni 2017) Beklagte 2 (KB 55). Mit Schreiben vom 18. September 2017 brachte die Beklagte 2 vor, mit ihren Produkten mangels fester Verbindung zwischen Schnittkante der Feuerungswanne und Aussenkante der Heizfläche nicht gegen die Patente des Klägers zu verstossen (KB 56).

Mit Schreiben vom 19. Februar 2019 mahnte der Kläger den Beklagten 1 nochmals ab und berief sich dabei sowohl auf die Verletzung seiner Patente als auch seines Urheberrechts (KB 57).

Entgegen ihrer Auffassung durften der Beklagte 1 und später auch die von ihm beherrschte Beklagte 2 bei den klägerischen Abmahnungen der Jahre 2014 bis 2017 nicht einfach davon ausgehen, der Kläger sei damit einverstanden, dass sie an ihren Grillgeräten ein einziges vom Patent erfasstes technisches Merkmal ändern und sie weiterhin optisch unverändert zum Kauf anbieten, weil sich der Kläger vor 2019 immer nur auf seine patentrechtlichen Ansprüche berufen hat. Das ergibt sich bereits aus Ziff. 3 der

---

<sup>98</sup> Vgl. BAUDENBACHER/GLÖCKNER (Fn. 88), Art. 9 N. 279; DIKE UWG-DOMEJ (Fn. 5), Art. 9 N. 117.

<sup>99</sup> DIKE UWG-DOMEJ (Fn. 5), Art. 9 N. 118; SHK UWG-SPITZ (Fn. 5), Art. 9 N. 228.

Unterlassungserklärung, die der Kläger dem Beklagten 1 mit der Abmahnung vom 12. Juni 2014 zugesandt hatte. Laut dieser hätte sich der Beklagte 1 verpflichten sollen, "*sämtliche Hinweise (in Wort und Bild) auf die Feuerschalen "Vesta" und "Dimidius" von sämtlichen von ihm betriebenen Homepages (...) bzw. sonstigen elektronischen Medien (...) zu entfernen sowie sämtliche Printprodukte mit Hinweisen auf die Feuerschalen "Vesta" und "Dimidius" nicht mehr für Dritte zugänglich zu machen*" (KB 50). Dieser Passus lässt sich nach Treu und Glauben nur so verstehen, dass der Kläger dem Beklagten 1 grundsätzlich das Anbieten von Feuerschalen mit der Linienführung und Form der Modelle "vesta" und "dimidius" untersagen und sich nicht mit einer kaum sichtbaren technischen Änderung zufrieden geben wollte. Hätte sich der Kläger mit einer marginalen technischen Änderung abfinden wollen, die auf den Gesamteindruck, den die Abbildungen der Objekte in den genannten Medien dem Betrachter bieten, keinen Einfluss hat, hätte er Ziff. 3 nicht so formuliert. Auch die weiteren Abmahnungen aus den Jahren 2016 und 2017 zeigen, dass der Kläger keineswegs gewillt war, den Marktauftritt der Beklagten 1 und 2 zu dulden. Damit fehlt es sowohl an der Duldung des Verhaltens der Beklagten 1 und 2 trotz Kenntnis ihres Marktauftritts als auch am guten Glauben der Verletzerinnen. Dementsprechend sind die klägerischen Ansprüche nicht verwirkt.

## **7. Ergebnis**

Zusammenfassend verletzen die Beklagten 1 und 2 mit den in Rechtsbegehren Ziff. 1 der Klage vom 15. März 2019 unter den Modellnamen "dimidius", "conicum" und "hemisfär" skizziert abgebildeten Grillgeräten die klägerischen Urheberrechte. Diesbezüglich hat der Kläger Anspruch auf zivilrechtlichen Schutz. Mit Blick auf die klägerische Bezeichnung der Streitobjekte in den Klagebegehren Ziff. 1 bis 3 ist vorzuschicken, dass vorliegend nicht Stahlskulpturen im Sinne von Werken der bildenden Kunst nach Art. 2 Abs. 2 lit. c URG im Streite liegen, sondern durch den Gebrauchszweck "Garen von Speisen in Wärmestrahlung" bestimmte Werke der angewandten Kunst nach Art. 2 Abs. 2 lit. f URG (vgl. vorne E. 4.3). In der Formulierung des Urteilsdispositivs ist darauf Rücksicht zu nehmen.

### **7.1. Klagebegehren Ziff. 1**

Mit Klagebegehren Ziff. 1 beantragt der Kläger, den Beklagten sei unter Androhung einer Ordnungsbusse von Fr. 1'000.00 pro Tag der Nichterfüllung, mindestens aber Fr. 5'000.00, sowie der Bestrafung nach Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall zu verbieten, die von der Beklagten unter den Modellnamen "vesta", "dimidius", "conicum", "dimidius altus", und "hemisfär" angebotenen Stahlskulpturen selbst oder durch Dritte anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten.



### **7.1.1. Verbot**

Wer in seinem Urheberrecht gefährdet wird, kann vom Gericht ein Verbot der drohenden Verletzung verlangen (Art. 62 Abs. 1 lit. a URG). Wie gezeigt verletzen die Beklagten 1 und 2 mit den in Rechtsbegehren Ziff. 1 der Klage vom 15. März 2019 unter den Modellnamen "dimidius", "conicum" und "hemisfär" skizziert abgebildeten Grillgeräten das klägerische Urheberrecht. Demgemäss ist Rechtsbegehren Ziff. 1 teilweise gutzuheissen und den Beklagten 1 und 2 zu verbieten, die unter den Modellnamen "dimidius", "conicum" und "hemisfär" angebotenen Grillgeräte, wie in Klagebegehren Ziff. 1 skizziert abgebildet, selbst oder durch Dritte anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten.

### **7.1.2. Vollstreckungsmassnahmen**

Das urteilende Gericht kann laut Art. 236 Abs. 3 ZPO auf Begehren der obsiegenden Partei Vollstreckungsmassnahmen anordnen (sog. direkte Vollstreckung). Lautet der Entscheid auf eine Verpflichtung zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden, kann das Gericht gemäss Art. 343 Abs. 1 ZPO eine Strafdrohung nach Art. 292 StGB (lit. a), eine Ordnungsbusse bis zu Fr. 5'000.00 (lit. b) oder eine Ordnungsbusse bis zu Fr. 1'000.00 für jeden Tag der Nichterfüllung (lit. c) anordnen. Die Massnahmen können auch kombiniert werden.<sup>100</sup>

Die Strafdrohung nach Art. 292 StGB kann sich nur an natürliche Personen richten. Entsprechend dem Grundsatz, dass eine Gesellschaft kein Delikt begehen kann, lässt sich Art. 292 StGB nicht auf juristische Personen anwenden. Bei Gesellschaften bzw. juristischen Personen ist die Strafdrohung wegen Ungehorsams an die zuständigen Organe bzw. vertretungsberechtigten Personen zu richten.<sup>101</sup> Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebietet, dass die Höhe einer Ordnungsbusse dem objektiven Ausmass der Zuwiderhandlung angemessen ist. Es geht nicht an, jede noch so geringfügige Zuwiderhandlung gegen eine gerichtliche Verhaltensanweisung schematisch mit dem Höchstbetrag der angedrohten Ordnungsbusse zu ahnden.<sup>102</sup> Die Anordnung von Ordnungsbussen sollte daher stets den gesetzlich vorgesehenen Zusatz "bis zu" enthalten oder gar keinen konkreten Betrag nennen.

Demzufolge ist das Verbot gemäss E. 7.1.1 mit der Androhung einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 1'000.00 pro Tag der Nichterfüllung sowie einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 5'000.00 und der Bestrafung des Beklagten 1 sowie der Organe der Beklagten 2 nach Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall zu verbinden.

---

<sup>100</sup> SCHNEUWLY/VETTER, Die Realvollstreckung handelsgerichtlicher Entscheide, in: Jusletter vom 5. September 2016, N. 14; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 28 N. 42.

<sup>101</sup> BSK ZPO-ZINSLI (Fn. 11), Art. 343 N. 15.

<sup>102</sup> BGE 142 III 587 E. 6.2.

## **7.2. Klagebegehren Ziff. 2**

Mit Klagebegehren Ziff. 2 beantragt der Kläger, die Beklagten seien unter Androhung einer Ordnungsbusse von Fr. 1'000.00 pro Tag der Nichterfüllung, mindestens aber Fr. 5'000.00, sowie der Bestrafung nach Art. 292 StGB mit Busse, sowie unter Androhung der kostenpflichtigen Ersatzvornahme im Widerhandlungsfall zu verpflichten, innerhalb von 10 Kalendertagen nach der Rechtskraft des Urteils sämtliche Bestände von Stahlskulpturen gemäss Ziff. 1, die sich zum Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils direkt oder indirekt in ihrem Besitz oder unter ihrer Kontrolle befinden, auf eigene Kosten zu zerstören und dem Gericht sowie dem Kläger den schriftlichen Nachweis zu erbringen, dass sämtliche entsprechenden Stahlskulpturen zerstört wurden, unter Angabe des Zeitpunkts und des Ortes der Zerstörung sowie der zerstörten Mengen.

### **7.2.1. Vernichtung**

Wer in seinem Urheberrecht verletzt wird, kann vom Gericht die Beseitigung der Verletzung verlangen (Art. 62 Abs. 1 lit. b URG). Die Beklagten 1 und 2 behaupten nicht, dass die in ihrem Besitz befindlichen Grillgeräte der Modelllinien "dimidius", "conicum" und "hemisfär" zum Eigengebrauch bestimmt seien. Vielmehr ist unbestritten, dass sie zum Verkauf bestimmt sind. Damit gefährden die Beklagten 1 und 2 das Urheberrecht des Klägers. Die drohende Rechtsverletzung ist durch die Anordnung der Vernichtung der genannten Grillgeräte zu beseitigen. Die vom Kläger angebehrte Frist von 10 Tagen erscheint allerdings unverhältnismässig kurz; den Beklagten 1 und 2 ist für die Vernichtung eine Frist von 20 Tagen anzusetzen. Mit Eintritt der Rechtskraft des Entscheids ist das Verfahren für das urteilende Gericht abgeschlossen. Der Vollzug des Entscheids obliegt den Parteien; das urteilende Gericht hat sich damit nicht zu befassen. Folglich sind die Beklagten 1 und 2 lediglich dazu zu verpflichten, dem Kläger den schriftlichen Nachweis zu erbringen, dass sämtliche betroffenen Grillgeräte vernichtet wurden.

### **7.2.2. Vollstreckungsmassnahmen**

Hinsichtlich der beantragten Vollstreckungsmassnahmen kann auf das zu Klagebegehren Ziff. 1 Gesagte verwiesen werden (vgl. vorne E. 7.1.2).

## **7.3. Klagebegehren Ziff. 3**

Mit Klagebegehren Ziff. 3 beantragt der Kläger, die Beklagten seien unter Androhung einer Ordnungsbusse von Fr. 1'000.00 pro Tag der Nichterfüllung, mindestens aber Fr. 5'000.00, sowie der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall zu verpflichten, innerhalb von 30 Kalendertagen nach Rechtskraft des Urteils Auskunft zu erteilen und nach anerkannten Grundsätzen der Rechnungslegung Rechnung zu legen über die Anzahl aller vom 26. Juni 2014 bis zum Datum des Urteils in die Schweiz eingeführten bzw. in der Schweiz verkauften Stahlskulpturen

gemäss Klagebegehren Ziff. 1 unter Beilegung der Zollunterlagen, Rechnungen, Lieferscheine sowie sämtlicher weiterer Dokumente, aus denen die Stückzahlen und Verkaufspreise der Stahlskulpturen hervorgehen, sowie über den Gesamtumsatz, der seit dem 26. Juni 2014 bis zum Datum des Urteils mit dem Verkauf von Stahlskulpturen gemäss Klagebegehren Ziff. 1 in der Schweiz erzielt wurde, unter Angabe der unmittelbar zuzuordnenden Herstellungskosten sowie den unmittelbar zuzuordnenden sonstigen Kosten, wobei sämtliche Kosten mit Belegen nachgewiesen sein müssen.

### **7.3.1. Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung**

Der aus Art. 2 Abs. 1 ZGB abgeleitete (Hilfs- bzw. Neben-)Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung<sup>103</sup> ist nicht dazu da, die beklagte Partei beliebig auszuforschen. Aus der Hilfsfunktion des präparatorischen Informationsanspruchs im Rahmen einer Stufenklage folgt, dass er sich nur auf relevante Informationen bezieht, das heisst auf solche, die für die inhalts- oder umfangmässige Bestimmung des Zielanspruchs von Interesse sind. Das Ausforschungsverbot will in erster Linie verhindern, dass der Kläger seinen Informationsanspruch dazu missbraucht, einen bloss vermuteten Hauptanspruch ausfindig zu machen oder Anspruchsvoraussetzungen nachzuspüren, die den Inhalt oder Umfang des Hauptanspruchs gar nicht tangieren. Freilich muss die klagende Partei mit Blick auf die inhaltliche Konkretisierung des Zielanspruchs auch Angaben dazu machen, was Gegenstand der Informationspflicht ist. Die Anforderungen an die Bestimmtheit des Informationsbegehrens dürfen aber nicht zu streng sein. Da die klagende Partei noch gar nicht weiss, was genau der Inhalt der ihr zustehenden Informationen ist, kann von ihr nicht verlangt werden, jeden verlangten Beleg einzeln zu bezeichnen. Vielmehr muss es genügen, wenn sie mit ihrem Antrag Klarheit darüber schafft, zu welchem Zweck sie worüber Auskunft oder Rechnungslegung verlangt und für welchen Zeitraum und in welcher Form sie dies begehrt. Verlangt die klagende Partei mit Blick auf einen konkreten Zweck nicht genau bestimmte Unterlagen, so ist es Sache des Beklagten, die Auswahl der Belege vorzunehmen. Ist das Informationsbegehren zwar klar, aber zu umfassend formuliert, hat der Richter es in geeigneter Weise einzugrenzen und den Antrag im Übrigen abzuweisen.<sup>104</sup> Was die rechtsverletzenden Grillgeräte der Modelllinien "dimidius", "conicum" und "hemisfär" betrifft, sind die Beklagten 1 und 2 zu der vom Kläger verlangten Auskunftserteilung sowie zur angebehrten Rechnungslegung zu verpflichten.

---

<sup>103</sup> BGE 143 III 297 E. 8.2.5.1 mit Hinweisen.

<sup>104</sup> BGE 143 III 297 E. 8.2.5.4.

### 7.3.2. Vollstreckungsmassnahmen

In Bezug auf die beantragten Vollstreckungsmassnahmen kann wiederum auf das zu Klagebegehren Ziff. 1 Gesagte verwiesen werden (vgl. vorne E. 7.1.2).

### 8. Prozesskosten

Nach dem Eintritt der Rechtskraft dieses Teilurteils und dem Ablauf der Frist der Beklagten 1 und 2 für die Auskunftserteilung ist das Verfahren bezüglich des Rechtsbegehrens Ziff. 4 der Klage vom 15. März 2019 fortzuführen. Über die Festlegung und Verteilung der Gerichtskosten und allfälliger Parteientschädigungen wird erst mit dem das Verfahren abschliessenden Teilurteil oder einem allenfalls separaten Kostenentscheid entschieden.

---

### Das Handelsgericht erkennt:

#### 1.

In **teilweiser Gutheissung** des Klagebegehrens Ziff. 1 wird den **Beklagten 1 und 2** unter Androhung einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 1'000.00 pro Tag der Nichterfüllung sowie einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 5'000.00 und der Bestrafung des Beklagten 1 sowie der Organe der Beklagten 2 mit Busse nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall **verboten**, die unter den Modellnamen "dimidius", "conicum" und "hemisfär" angebotenen Grillgeräte, wie nachstehend skizziert abgebildet, selbst oder durch Dritte anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten.

"dimidius":



"dimidius" 90

"dimidius" 100

"dimidius" 110

"dimidius" 120



"dimidius" 130

"conicum":

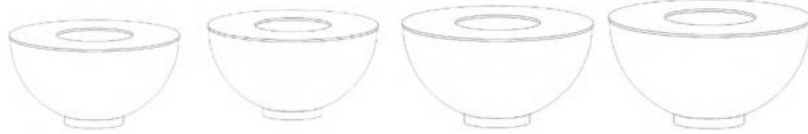


"conicum" 105

"conicum" 115

"conicum" 125

"hemisfär":



"hemisfär90"

"hemisfär100"

"hemisfär110"

"hemisfär120"



"hemisfär130"

## 2.

In **teilweiser Gutheissung** des Klagebegehrens Ziff. 2 werden die **Beklagten 1 und 2** unter Androhung einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 1'000.00 pro Tag der Nichterfüllung sowie einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 5'000.00 und der Bestrafung des Beklagten 1 sowie der Organe der Beklagten 2 mit Busse nach Art. 292 StGB und der kostenpflichtigen Ersatzvornahme im Widerhandlungsfall **verpflichtet**, innerhalb von 20 Kalendertagen nach der Rechtskraft des vorliegenden (Teil-)Urteils sämtliche Bestände von Grillgeräten gemäss Dispositiv-Ziff. 1 hiervor, die sich zum Zeitpunkt der Rechtskraft des (Teil-)Urteils direkt oder indirekt in ihrem Besitz oder unter ihrer Kontrolle befinden, auf eigene Kosten zu **vernichten** und dem Kläger den schriftlichen Nachweis zu erbringen, dass sämtliche entsprechenden Grillgeräte vernichtet wurden, unter Angabe des Zeitpunkts und des Ortes der Vernichtung sowie der vernichteten Mengen.

## 3.

In **teilweiser Gutheissung** des Rechtsbegehrens Ziff. 3 der Klage vom 15. März 2019 werden die **Beklagten 1 und 2** unter Androhung einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 1'000.00 pro Tag der Nichterfüllung sowie einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 5'000.00 und der Bestrafung des Beklagten 1 sowie der Organe der Beklagten 2 nach Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall **verpflichtet**, innerhalb von 30 Kalendertagen nach Rechtskraft des vorliegenden (Teil-)Urteils dem Kläger **Auskunft zu erteilen** und nach anerkannten Grundsätzen der Rechnungslegung **Rechnung zu legen** über

- a) die Anzahl aller vom 26. Juni 2014 bis zum Datum des Teilurteils in die Schweiz eingeführten bzw. in der Schweiz verkauften Grillgeräte gemäss Dispositiv-Ziff. 1 hiervor unter Beilegung der Zollunterlagen, Rechnungen, Lieferscheine sowie sämtlicher weiterer Dokumente, aus denen die Stückzahlen und Verkaufspreise der Grillgeräte hervorgehen;
- b) den Gesamtumsatz, der seit dem 26. Juni 2014 bis zum Datum des Teilurteils mit dem Verkauf von Grillgeräte gemäss Dispositiv-Ziff. 1 hiervor in der Schweiz erzielt wurde, unter Angabe der unmittelbar zuzuordnenden Herstellungskosten sowie den unmittelbar zuzuordnenden sonstigen Kosten, wobei sämtliche Kosten mit Belegen nachgewiesen sein müssen.

**4.**

Art. 292 StGB lautet:

"Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

**5.**

Im Übrigen werden die Klagebegehren Ziff. 1, 2 und 3 **abgewiesen**.

**6.**

Die Kosten werden im Endentscheid oder in einem separaten Kostenentscheid verlegt.

---

Zustellung an:

- den Kläger (Vertreter; zweifach)
- die Beklagten 1 und 2 (Vertreter; dreifach)

Mitteilung an:

- die Obergerichtskasse

---

**Rechtsmittelbelehrung** für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

---

Aarau, 3. August 2021

**Handelsgericht des Kantons Aargau**

1. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dubs

F. Ruff  
(i.V. F. Näf)

