Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
4P.222/2006 /len

Urteil vom 21. Dezember 2006
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Kiss,
Gerichtsschreiber Widmer.

Parteien
Nestlé Schweiz AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Patrick Troller
und Dr. Gallus Joller,

gegen

Masterfoods AG,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Thierry Calame und/oder Rechtsanwältin Lara Dorigo,
Handelsgericht des Kantons Aargau, 1. Kammer.

Gegenstand
Art. 9 BV (Willkürverbot; vorsorgliche Massnahmen; unlauterer Wettbewerb),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau, 1. Kammer, vom 31. Juli 2006.

Sachverhalt:
A.
Die Masterfoods AG (Beschwerdegegnerin, Gesuchstellerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Baar. Sie bezweckt die Herstellung von Lebens- und Futtermitteln sowie den Handel mit Waren verschiedener Art, insbesondere Lebens- und Futtermitteln. Sie ist Inhaberin der Wort-Bild-Marken CH Nrn. 362'762 und 524'249 M̈altesersm̈it dem Farbanspruch rot, weiss, braun und schwarz bzw. rot, weiss, braun, gelb, unter denen sie in folgender Ausstattung Schokoladekügelchen vertreibt:

Bild nicht abrufbar

Die Nestlé Schweiz AG (Beschwerdeführerin, Gesuchsgegnerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Vevey, welche die Herstellung, den Verkauf und Vertrieb von Waren aller Art bezweckt.
B.
Die Beschwerdegegnerin stellte mit Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 11. April 2006 und Gesuchsreplik vom 20. Juni 2006 beim Präsidenten des Handelsgerichts des Kantons Aargau folgendes Rechtsbegehren: D̈er Gesuchsgegnerin sei unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit sofortiger Wirkung zu verbieten, die von ihr unter der Bezeichnung KIT KAT POP CHOC zum Verkauf angebotenen Waren gemäss nachfolgender Abbildung in der Schweiz herzustellen, anzubieten, zu vertreiben, auszuführen, zu lagern, sonst wie in Verkehr zu bringen oder im geschäftlichen Verkehr, einschliesslich der Benutzung in der Werbung, zu benutzen, durch Dritte benutzen zu lassen oder deren Benutzung durch Dritte

zu begünstigen.

Bild nicht abrufbar

(...).¨
Zur Begründung führte die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen aus, dass die Beschwerdeführerin durch den Vertrieb des Produkts KIT KAT POP CHOC in der Ausstattung gemäss Rechtsbegehren gegen Art. 2 und Art. 3 lit. d UWG sowie gegen Art. 13 Abs. 1 MSchG verstosse, indem sie eine Verwechslungsgefahr mit der Ausstattung respektive den Marken der Beschwerdegegnerin schaffe und sich in unlauterer Weise an deren Ausstattung heranschleiche. Die Beschwerdeführerin plane in unmittelbarer Zukunft eine flächendeckende Einführung der Produkte in der Schweiz. Damit drohe der Beschwerdegegnerin ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil durch Verwässerung ihres Rufs und Marktverwirrung und sei zeitliche Dringlichkeit gegeben. Die Beschwerdeführerin stellte sich dagegen insbesondere auf den Standpunkt, die Gefahr einer Verwechslung der Marken bzw. der Ausstattungen sei vollkommen ausgeschlossen.
Der Vizepräsident kam mit Entscheid vom 31. Juli 2006 zum Schluss, die Beschwerdegegnerin habe einen Verstoss gegen Art. 3 lit. d und Art. 2 UWG sowie einen drohenden Nachteil und zeitliche Dringlichkeit glaubhaft gemacht. Er verbot der Beschwerdeführerin als vorsorgliche Massnahme mit sofortiger Wirkung und unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB,
¨die von ihr unter der Bezeichnung KIT KAT POP CHOC zum Verkauf angebotenen Waren gemäss nachfolgender Abbildung in der Schweiz anzubieten, zu vertreiben, auszuführen, sonst wie in Verkehr zu bringen oder im geschäftlichen Verkehr, einschliesslich der Benutzung in der Werbung, zu benutzen, durch Dritte benutzen zu lassen oder deren Benutzung durch Dritte zu begünstigen.

Bild nicht abrufbar

...¨
Den Antrag der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin sei zur Bezahlung einer Sicherstellung zu verpflichten, wies der Vizepräsident ab.
C.
Die Beschwerdeführerin beantragt mit staatsrechtlicher Beschwerde die Aufhebung des Entscheids vom 31. Juli 2006 wegen Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV).
Die Beschwerdegegnerin schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Der Vizepräsident des Handelsgerichts hält unter Verzicht auf eine Vernehmlassung an seiner Auffassung gemäss angefochtenem Entscheid fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Gegen kantonale Endentscheide (Art. 86 OG) kann unter anderem wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG).
Gegen den angefochtenen Entscheid des Vizepräsidenten des Handelsgerichts des Kantons Aargau (im Folgenden: Vizepräsident), in welchem im summarischen Verfahren (§ 416 ZPO) gestützt auf Art. 14 UWG in Verbindung mit Art. 28c-28f ZGB vorsorgliche Massnahmen angeordnet wurden, ist kein kantonales Rechtsmittel gegeben (Bühler/ Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau 1998, N. 1 der Vorbem. zu §§ 317-351 und N. 2 zu § 317). Nach der Praxis ist der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen unbekümmert um seine Qualifikation als End- oder Zwischenentscheid (Art. 86/87 OG) mit staatsrechtlicher Beschwerde anfechtbar, droht doch hier stets ein nicht wiedergutzumachender Nachteil (BGE 116 Ia 446 ff.; 114 II 368 E. 2a S. 369; 108 II 69 E. 1 S. 71, je mit Hinweisen).
Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen können nicht mit anderen Rechtsmitteln beim Bundesgericht vorgebracht werden (Art. 84 Abs. 2 OG); insbesondere ist die Berufung nicht zulässig, da im angefochtenen Entscheid über die Ansprüche der Parteien nicht materiell entschieden worden ist (Art. 48 OG; vgl. BGE 128 III 250 E. 1b S. 252; 131 III 667 E. 1.1 S. 669).
Die fristgerecht (Art. 89 in Verbindung mit Art. 34 Abs. 1 lit. b OG) eingereichte Beschwerde der materiell und formell beschwerten Beschwerdeführerin (Art. 88 OG) ist zulässig, soweit die Rügen im Sinne von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG gehörig begründet sind (BGE 130 I 258 E. 1.3; 129 I 113 E. 2.1 S. 120, 185 E. 1.6 S. 189).

2.
Nach Art. 14 UWG in Verbindung mit Art. 28c ZGB sind die Voraussetzungen der beantragten vorsorglichen Massnahme glaubhaft zu machen. Dafür bedarf es nicht der vollen Überzeugung des Gerichts. Eine Tatsache ist vielmehr schon glaubhaft gemacht, wenn für ihr Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 130 III 321 E. 3.3 S. 325 mit Hinweisen). Das Beweismass des Glaubhaftmachens gilt dabei sowohl für den Bestand eines Schutzanspruchs als auch für die behauptete Verletzung (BGE 132 III 83 E. 3.2 S. 86; 120 II 393 E. 4c S. 397 f.). Das Gericht hat sich insbesondere auch mit einer vorläufigen rechtlichen Würdigung zu begnügen, da es sonst der Entscheidung in der Sache vorgreifen würde; der Anspruch des Gesuchstellers ist im Massnahmeverfahren vorsorglich zu schützen, wenn er sich nach einer summarischen Prüfung der Rechtsfragen nicht als aussichtslos erweist (BGE 108 II 69 E. 2a S. 72 mit Hinweisen).
Wird geltend gemacht, eine vorsorgliche Massnahme sei willkürlich angeordnet worden, ist zu beachten, dass Willkür nach ständiger Rechtsprechung nicht schon vorliegt, wenn eine andere Lösung vertretbar oder gar vorzuziehen wäre; das Bundesgericht hebt einen Entscheid vielmehr nur auf, wenn dieser mit der tatsächlichen Situation in offensichtlichem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Dabei rechtfertigt sich die Aufhebung des angefochtenen Entscheides nur, wenn er auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 132 III 209 E. 2.1 S. 211; 129 I 49 E. 4 S. 58, je mit Hinweisen).
3.
Der Vizepräsident erachtete es als glaubhaft gemacht, dass im geplanten Vertrieb des Produktes KIT KAT POP CHOC in der Ausstattung gemäss dem Rechtsbegehren der Beschwerdegegnerin eine unlautere Handlung im Sinne von Art. 3 lit. a UWG liege, indem eine mittelbare Verwechslungsgefahr mit der Ausstattung der Beschwerdegegnerin geschaffen werde.
3.1 Nach Art. 2 UWG ist unlauter und widerrechtlich jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst. Unlauter handelt gemäss Art. 3 lit. d UWG insbesondere, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen.
Unter diesen mitunter als wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz bezeichneten Tatbestand fallen sämtliche Verhaltensweisen, bei denen das Publikum durch die Schaffung von Verwechslungsgefahr irregeführt wird, insbesondere um den Ruf der Wettbewerber auszubeuten (BGE 128 III 353 E. 4 S. 359; 126 III 239 E. 3a S. 245, je mit Hinweisen). Die Verwechselbarkeit kann dabei darin bestehen, dass die Ware eines Konkurrenten wegen ihrer äusseren Ausstattung für das bereits auf dem Markt befindliche Erzeugnis eines anderen gehalten werden kann. Indessen ist keine direkte warenbezogene Verwechselbarkeit erforderlich. Sie kann auch bloss eine mittelbare oder indirekte sein, indem beim Publikum der Eindruck erweckt wird, die verwechselbar gekennzeichneten oder ausgestatteten Waren stammten aus Betrieben, die wirtschaftlich eng verbunden seien (BGE 116 II 365 E. 3a; vgl. auch BGE 128 III 146 E. 2a S.148 f.; 127 III 160 E. 2a, je mit Hinweisen). Eine Verwechslungsgefahr kann sich sodann ebenfalls daraus ergeben, dass das jüngere Zeichen unmissverständlich eine Botschaft des Inhalts Ërsatz füröder gleich gut wieëvermittelt. Denn auch durch derartige Anlehnungen an die Kennzeichnungs- und Werbekraft der älteren Marke kann deren
Unterscheidungsfunktion gestört werden, selbst wenn Fehlzurechnungen im eigentlichen Sinn unwahrscheinlich sind (BGE 126 III 315 E. 6b/aa). Die Schaffung einer Verwechslungsgefahr ist wettbewerbsrechtlich nur relevant, sofern die nachgeahmte Warenausstattung Kennzeichnungskraft besitzt, indem sie vom Publikum als Herkunftshinweis verstanden wird, sei es Kraft ihrer Originalität oder ihrer Verkehrsdurchsetzung (BGE 116 II 365 E. 3b S. 368 f.; 108 II 69 E. 2b S. 73 f.; Pedrazzini/Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. Aufl., Bern 2002, Rz. 5.171).
Die Gefahr der Verwechslung mit ähnlich gekennzeichneten Produkten ist anhand der tatsächlichen Warenpräsentation in gesamter Würdigung aller Umstände in Betracht zu ziehen, die für den durchschnittlich aufmerksamem Käufer die Individualisierung der gekennzeichneten Produkte mitprägen (vgl. BGE 116 II 365 E. 3a und 4a; Urteil 4C.169/2004 vom 8. September 2004 E. 2.4, sic! 2005 S. 221 ff.). Das Risiko von Verwechslungen ist umso grösser, je näher sich die Waren sind, für welche die in Frage stehenden Zeichen gebraucht werden. Wenn zwei Zeichen für identische Warengattungen verwendet werden, ist bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ein besonders strenger Massstab anzulegen. Zu beachten ist zudem, dass bei Massenartikeln

des täglichen Bedarfs mit einer geringeren Aufmerksamkeit und einem geringeren Unterscheidungsvermögen der Konsumenten zu rechnen ist als bei Spezialprodukten, deren Absatzmarkt auf einen mehr oder weniger geschlossenen Kreis von Berufsleuten beschränkt ist (BGE 126 III 315 E. 6b/bb, 122 III 382 E. 3a S. 387 f., je mit Hinweisen).
3.2 Der Vizepräsident hielt zunächst zutreffend und unwidersprochen fest, als Ausstattung, um deren Schutz nachgesucht wurde, sei im vorliegenden Fall die gesamte Verpackung zu qualifizieren, in der sich die Produkte der Beschwerdegegnerin präsentierten; neben der farblichen Ausgestaltung gehörten auch die auf der Verpackung angebrachten Schriftzüge dazu. Er bejahte die Schutzfähigkeit der Verpackung. Die Beschwerdegegnerin habe mit Behauptungen und dazu angebotenen Beweismitteln hinsichtlich des jahrelangen, anhaltenden, intensiven Gebrauchs und der intensiven Werbemassnahmen glaubhaft gemacht, dass die Ausstattung Verkehrsgeltung erlangt und von einem erheblichen Teil der Durchschnittsabnehmer der Beschwerdegegnerin als Herstellerin zugeordnet würde. Ob der Ausstattung originäre Kennzeichnungskraft zukomme, könne damit offen bleiben.
Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr zwischen den streitbetroffenen Ausstattungen berücksichtigte der Vizepräsident insbesondere, dass nicht von besonders aufmerksamen Kunden auszugehen sei. Zu den Abnehmern der Produkte der Beschwerdegegnerin gehörten vorwiegend Kinder und eilige Kunden, zum Beispiel an Bahnhofkiosken, die beim Kauf keine umfangreichen Überlegungen anstellten und die Produkte unmittelbar nach dem Kauf oder kurze Zeit später verzehrten. Überdies seien die in den strittigen Ausstattungen vertriebenen Produkte quasi identisch. Ferner erwog der Vizepräsident, die Verpackung der Beschwerdeführerin sei zwar mit anderen Markenbezeichnungen versehen, doch vermöge dies bei einer Gesamtbetrachtung der beiden Ausstattungen eine mittelbare Verwechslungsgefahr nicht auszuschliessen. So übernehme die Ausstattung die in einer Gesamtbetrachtung wesentlich erscheinenden Elemente der Ausstattung der Beschwerdegegnerin. Sie verwende das Konzept der Beschwerdegegnerin der scheinbar willkürlichen Darstellung dreidimensional dargestellter Schokoladekügelchen, von denen eines aufgeschnitten sei. Weiter hinterlasse die farbliche Gestaltung der Verpackungen im kurzfristigen Erinnerungsbild einen nahezu identischen Eindruck. Die
Beschwerdeführerin brauche zwar überdies Gelb für die Bezeichnung des Produkts sowie für den Hintergrund zum Hinweis, dass es sich um ein neues Produkt handle. Gerade die Bezeichnung des Produkts mit einem auffällig dargestellten Namen könne indessen dazu führen, dass Konsumenten das Produkt der Beschwerdeführerin für ein neues Produkt der Beschwerdegegnerin hielten, wenn sie gemerkt hätten, dass es sich beim ersteren nicht exakt um das Produkt der Beschwerdegegnerin handle. Dieses Risiko werde durch den Aufdruck N̈ewërhöht. Dass die Verpackung der Beschwerdeführerin eine andere Markenbezeichnung aufweise, können nicht verhindern, dass nicht besonders aufmerksame Konsumenten die Waren für austauschbar hielten. Zudem bestünde wegen der Bekanntheit der beschwerdegegnerischen Ausstattung auch die Gefahr, das die Kunden das Produkt der Beschwerdeführerin für ein zwar leicht anderes, aber dennoch aus der beschwerdegegnerischen Küche stammendes Produkt hielten.
3.3
3.3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Vizepräsident habe zwar zunächst richtig festgehalten, dass im vorliegenden Fall als Ausstattung die gesamte Verpackung zu qualifizieren sei und neben der farblichen Gestaltung auch die angebrachten Schriftzüge zur Ausstattung gehörten. Im Folgenden spreche er zwar die Frage an, was die Ausstattung der Beschwerdegegnerin an und für sich ausmache, vermeide indessen im ganzen Entscheid eine ausdrückliche Antwort dazu. Er befasse sich mit keinem Wort mit der zentralen Frage, welche Elemente der Verpackung kennzeichenrechtlich relevant seien und den kennzeichenrechtlich erheblichen Gesamteindruck der Verpackung der Beschwerdegegnerin prägten. Aus dem angefochtenen Entscheid ergebe sich, dass der Vizepräsident lediglich die Bestandteile wie die rote Grundfarbe und die Darstellung brauner Schokoladekügelchen als die in einer Gesamtbetrachtung wesentlichen Elemente erachte und den Schriftzug MALTESERS vollständig ignoriere, was in krasser Art und Weise kennzeichenrechtliche Grundsätze verletze und offensichtlich unhaltbar sei. Dass der Vizepräsident den die Verpackung prägenden Schriftzug nicht zur Ausstattung der Beschwerdegegnerin zähle, sei auch daraus ersichtlich, dass er offen gelassen
habe, ob der Verpackung originäre Kennzeichnungskraft zukomme. Denn es unterliege keinem Zweifel, dass das Wort MALTESERS für sich allein genommen originär unterscheidungskräftig sei und insoweit auch der Ausstattung der Beschwerdegegnerin Kennzeichnungskraft verleihe. Die Beschwerdegegnerin habe im Massnahmeverfahren nie bestritten und beweismässig nie widerlegt, dass sie die Verpackung ihrer Produkte im Verkehr stets nur mit dem Schriftzug MALTESERS verwendet habe. Es sei deshalb von vornherein akten-

widrig und willkürlich, wenn der Vizepräsident aufgrund der angeblichen Behauptungen und Beweismittel der Beschwerdegegnerin die Verkehrsdurchsetzung der Ausstattung losgelöst vom Wort MALTESERS als glaubhaft gemacht erachte. Er verkenne dabei, dass Dokumente, die allein den Gebrauch der Verpackung mit dem Schriftzug MALTESERS betreffen, keinerlei Rückschlüsse auf eine angebliche Verkehrsdurchsetzung einzelner, vom Schriftzug abgetrennter Elemente der betreffenden Verpackung zuliessen.
3.3.2 Diese Rügen beruhen auf einer ungenauen Analyse des angefochtenen Entscheides. Aus den vorstehend (Erwägung 3.2) wiedergegebenen Erwägungen des Vizepräsidenten ergibt sich deutlich, dass dieser sehr wohl alle Elemente der Verpackung der Beschwerdegegnerin berücksichtigt hat, um zu beurteilen, ob diese in ihrer Kombination einen Gesamteindruck hinterlassen, der zu Verwechslungen mit der Ausstattung der Beschwerdeführerin Anlass geben kann. Insbesondere hat er die auf der Verpackung angebrachten Schriftzüge nicht ausser Acht gelassen. So hat er zunächst festgehalten, dass neben der farblichen Ausstattung auch die auf der Verpackung angebrachten Schriftzüge zur Ausstattung gehörten. Dass er bei der nachfolgenden Prüfung, ob bei einer Gesamtbetrachtung die Gefahr der Verwechslung der streitbetroffenen Ausstattungen bestehe, die unterschiedlichen Schriftzüge auf den Verpackungen dennoch ausser Acht gelassen habe, lässt sich namentlich nicht aus der von der Beschwerdeführerin angeführten Erwägung 3.2.4.3.2 des angefochtenen Entscheids ableiten. Der Vizepräsident führt an dieser Stelle zwar zunächst aus, die Ausstattung der Beschwerdeführerin übernehme die in einer Gesamtbetrachtung als wesentlich erscheinenden Elemente der
beschwerdegegnerischen Ausstattung, als die er in der unmittelbaren Folge bloss das Farbkonzept und die Darstellung brauner Schokoladekügelchen erwähnt. Anschliessend beurteilt er aber, ob - entsprechend dem Standpunkt der Beschwerdeführerin - die Bezeichnung des Produkts mit einem auffällig dargestellten Namen eine mittelbare Verwechslungsgefahr durch die Verwendung der Ausstattungen zu bannen vermöge, was er allerdings verneinte. Daraus ergibt sich klar, dass er die Bezeichnung des Produkts mit einem auffällig dargestellten Namen als weiteres wesentliches Gestaltungselement in seine Beurteilung des Gesamteindrucks einbezog. Dies wird durch den Schluss in der nachfolgenden Erwägung bestätigt, wonach der Umstand, dass die Verpackung der Beschwerdeführerin eine andere Markenbezeichnung aufweise, nicht verhindern könne, dass nicht besonders aufmerksame Konsumenten die Ware für austauschbar oder als aus dem selben Betrieb stammend halten könnten. Überdies betonte der Vizepräsident anschliessend, dass in der Gesamtbetrachtung auch die auf den entsprechenden Verpackungen angebrachten Marken bzw. Schriftzüge zu berücksichtigen seien, wenn diesen vor dem Hintergrund einer Gesamtschau aller Merkmale auch nicht das von der
Beschwerdeführerin behauptete Gewicht zukämen. Es kann damit nicht davon die Rede sein, dass der Vizepräsident bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr das für den Gesamteindruck der Ausstattung wesentliche Element des Schriftzuges MALTESERS ausser Acht gelassen hätte. Namentlich führt auch der Umstand zu keinem anderen Ergebnis, dass der Vizepräsident angesichts der als glaubhaft erachteten Verkehrsdurchsetzung offen gelassen hat, ob der Ausstattung der Beschwerdegegnerin originäre Kennzeichnungskraft zukomme, obwohl daran nach Auffassung der Beschwerdeführerin kein Zweifel bestehen könne, wenn von der Ausstattung unter Einschluss des Schriftzugs ausgegangen werde.
Es trifft im Weiteren auch nicht zu, dass der Vizepräsident eine Verkehrsdurchsetzung der beschwerdegegnerischen Ausstattung unter Ausklammerung des Schriftzugs MALTESERS geprüft und als glaubhaft gemacht erachtet hätte. Auch in diesem Zusammenhang hat der Vizepräsident richtig festgehalten, dass bei Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen - also auch der Kennzeichnungskraft - nicht die einzelnen Elemente der Verpackung oder Kombinationen einzelner Elemente (also etwa die Ausstattung ohne die Schriftzüge), sondern nur die Verpackung als Ganzes Schutz beanspruchen könne. Nachdem er gemäss dem Ausgeführten die wesentlichen Elemente, welche die Ausstattung der Beschwerdegegnerin ausmachen, vollständig erfasste, ist es offensichtlich, dass er auch die Verkehrsdurchsetzung der Ausstattung allein in ihrer Gesamtheit, mit all ihren Merkmalen, als glaubhaft erachtete. Die Rüge, der Vizepräsident sei in Willkür verfallen, indem er die Verkehrsdurchsetzung der beschwerdegegnerischen Ausstattung unter Ausklammerung des Schriftzugs MALTESERS trotz Fehlens einschlägiger Beweise als glaubhaft gemacht erachtet habe, stösst damit ins Leere.
3.4
3.4.1 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, der Vizepräsident habe Art. 3 lit. d UWG willkürlich angewendet. Er habe verkannt, dass im Rahmen der Beurteilung des Gesamteindrucks nicht alle Elemente gleich zu gewichten seien. Entscheidend seien die prägenden Elemente, wobei der Gesamteindruck durch einen einzelnen Bestandteil entscheidend beeinflusst werden könne. Vorliegend sei dies beim Wort MALTESERS der Fall. Dieses steche nicht nur optisch ins Auge, sondern sei auch im Zusammenhang mit Schokoladeerzeugnissen

unterscheidungskräftig, zumal das Bundesgericht bei solchen die Namensangabe als entscheidend betrachtet habe. So habe es in BGE 116 II 365 E. 4c unter Verweis auf BGE 95 II 195 ausgeführt, bei Konsumgütern des täglichen Bedarfs, namentlich bei Schokoladen, käme vorab der Namensangabe besonderes Gewicht zu. Andere Elemente der beschwerdegegnerischen Verpackung vermöchten den Gesamteindruck derselben nicht in rechtlich bedeutsamer Weise zu beeinflussen, so namentlich die rein beschreibende Abbildung von braunen Schokoladekügelchen und die gemeinfreie Abbildung von Waren auf rotem Hintergrund, wobei die Farbe Rot absolut freihaltebedürftig sei. Es sei willkürlich und nicht haltbar, dass der Vizepräsident diese Aspekte unter grobem Verstoss gegen unumstrittene kennzeichenrechtliche Grundsätze als unbeachtlich sowie untauglich qualifiziere und in der Folge übergehe. Nach herrschender Auffassung bestehe dann, wenn Marken lediglich in gemeinfreien, nicht schutzfähigen Bestandteilen übereinstimmten, keine markenrechtlich relevante Verwechslungsgefahr. Auch das Lauterkeitsrecht lasse keine Monopolisierung von beschreibenden und freihaltebedürftigen Angaben zu. Da der Schriftzug MALTESERS den Gesamteindruck der beschwerdegegnerischen Verpackung präge und auf der Verpackung der Beschwerdeführerin kein damit auch nur entfernt ähnliches Zeichen zu finden sei, bleibe für eine mittelbare Verwechslungsgefahr kein Raum.

3.4.2 Die Beschwerdeführerin mag damit nicht darzutun, dass der Vizepräsident eine mittelbare Verwechslungsgefahr und damit einen Verstoss gegen Art. 3 lit. d UWG willkürlich als glaubhaft gemacht erachtet hätte. Wenn sie die Auffassung vertritt, andere Elemente als der Schriftzug MALTESERS vermöge die beschwerdegegnerische Verpackung nicht in rechtlich massgeblicher Weise zu beeinflussen und dazu die Kennzeichnungskraft und Schutzfähigkeit einzelner verwendeter Elemente bestreitet, verkennt sie, dass im Rahmen des Ausstattungsschutzes zu prüfen ist, ob die Ausstattung als Ganzes, d.h. mit allen ihren Gestaltungselementen gleich einem Zeichen schutzfähig und mit derjenigen eines Konkurrenten verwechselbar ist. Entscheidend für das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr ist der Eindruck, den die Ausstattung für die Abnehmerkreise in ihrer gesamten Erscheinung entfaltet. Es ist unzulässig, die Zeichen und Elemente in ihre Einzelteile zu zerlegen und sie isoliert zu vergleichen (BGE 90 IV 168 E. 3 S. 174; Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001, N. 60 zu Art. 3 lit. d UWG).

Nach dem in vorstehender Erwägung 3.3.2 Dargelegten, hat der Vizepräsident die Verkehrsdurchsetzung und damit die Kennzeichnungskraft der beschwerdegegnerischen Ausstattung zutreffend als Ganzes geprüft und in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise für glaubhaft gemacht erachtet. Er hat nicht gegen kennzeichenrechtliche Grundsätze verstossen, indem er es als unbeachtlich bezeichnete, ob die farbliche Gestaltung, die Darstellung der Schokoladekügelchen oder andere isoliert betrachteten Elemente der beschwerdegegnerischen Ausstattung je für sich allein kennzeichnungskräftig und damit schutzfähig seien. Denn die Frage des Schutzes bzw. der Verwechselbarkeit stellt sich nur für die Gesamtheit der Gestaltungselemente der beschwerdegegnerischen Ausstattung, in der ihre Produkte präsentiert werden, zu der neben dem Schriftzug namentlich auch das Farbkonzept und die konkrete Art und Weise zählen, in der die Schokoladekügelchen dargestellt werden. Es geht entgegen der Beschwerdeführerin nicht um den Schutz bzw. die Monopolisierung von isolierten Elementen der Ausstattung, die beschreibend bzw. freihaltebedürftig seien, wie namentlich der roten Hintergrundfarbe oder der Darstellung der Schokoladekügelchen auf der Verpackung,
sondern einzig um den Schutz aller die Ausstattung ausmachenden Elemente in Kombination miteinander.

Aus der von der Beschwerdeführerin angerufenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich sodann nicht ableiten, dass die Namensangabe bei Schokoladeprodukten in jedem Fall einen prägenden, entscheidenden Einfluss auf den rechtlich erheblichen Gesamteindruck hat. Zwar hat das Bundesgericht in BGE 95 II 191 E. 3c und in BGE 116 II 365 E. 4c, wo es eine Verwechslungsgefahr verneinte, ausgeführt, dass der Namensangabe bei Kosmetika und bei Schokoladen im Rahmen der Gesamtbetrachtung besonderes Gewicht bzw. ausschlaggebende Bedeutung zukomme, da die Bevölkerung im allgemeinen zwischen den verschiedenen Erzeugnissen sehr wohl zu unterscheiden wisse und sich eine Schokolade bzw. ein Kosmetikprodukt in erster Linie nach dem Namen des Herstellers merke. Dabei ist aber zu beachten, dass in diesen Urteilen, anders als hier, Ausstattungen zu beurteilen waren, die sich auch in anderen Merkmalen als im Schriftzug, namentlich in der Warenform bzw. in der farblichen und grafischen Gestaltung der Verpackung, stark voneinander unterschieden, was das Bundesgericht damals denn auch durchaus mitberücksichtigt hat. In neuerer Zeit hatte das Bundesgericht einen Sachverhalt zu beurteilen, bei dem im Unterschied dazu gleichartige Produkte (Zitronen-
oder Limettensaft) in einer Flasche präsentiert wurden, deren Form und Farbgebung beim oberflächlichen Betrachter ein einheitliches Bild hinterliessen. Bei dieser Gelegenheit hat das Bundesgericht betont, dass eine Etikette nicht in jedem Fall geeignet sei, eine ansonsten bestehende Verwechslungsgefahr zu beseitigen. Durch

eine Etikette werde der durch eine Form geprägte Eindruck des durchschnittlich aufmerksamen Käufers von Lebensmitteln, der sich an der Ausstattung als Ganzem orientiere, ohne sich zwingend zu vergewissern, dass er nicht ein Konkurrenzprodukt gewählt habe, nicht ohne weiteres verändert (Urteil 4C.169/2004 vom 8. September 2004 E. 2.4, sic! 2005 S. 221 ff.).
Zu beachten ist davon abgesehen, dass der Vizepräsident vorliegend nicht eine warenbezogene Verwechslungsgefahr für glaubhaft erachtet hat, d.h. dass die Konsumenten das eine Produkt versehentlich für das andere halten könnten. Er hat damit nicht ausgeschlossen, dass den Konsumenten aufgrund der unterschiedlichen Aufschrift auffällt, dass es sich um verschiedene Produkte handelt. Vielmehr hat er mit jedenfalls nachvollziehbarer Begründung (Erwägung 3.2 vorne) eine mittelbare Verwechslungsgefahr für glaubhaft gemacht erachtet, weil die unbestrittenermassen nicht besonders aufmerksamen Abnehmer der vorliegenden, weitgehend identischen Produkte dieselben aufgrund der - abgesehen vom sich deutlich unterscheidenden Schriftzug - praktisch identischen Aufmachung für austauschbar halten könnten oder weil sie irrtümlich annehmen könnten, die Waren stammten aus dem gleichen Betrieb oder jedenfalls von wirtschaftlich miteinander verbundenen Herstellern. Dass der Vizepräsident damit in Willkür verfallen sein soll, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich.
4.
Nach dem Dargelegten hat der Vizepräsident willkürfrei geschlossen, die Beschwerdegegnerin habe glaubhaft gemacht, dass der geplante Vertrieb der Produkte der Beschwerdeführerin in der Verpackung gemäss Rechtsbegehren gegen Art. 3 lit. d UWG verstossen würde. Damit ist die angeordnete vorsorgliche Massnahme verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Ob der Vizepräsident, wie die Beschwerdeführerin weiter rügt, in Willkür verfallen ist, indem er darüber hinaus eine drohende Verletzung von Art. 2 UWG als glaubhaft gemacht betrachtete, braucht somit nicht beurteilt zu werden.
Die staatsrechtliche Beschwerde ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Gerichtsgebühr der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Sie hat die Beschwerdegegnerin überdies für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 6'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Aargau, 1. Kammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 21. Dezember 2006
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: