

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

4A 587/2021

Urteil vom 30. August 2022

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Kiss, Niquille,
Bundesrichter Rüedi,
Bundesrichterin May Canellas,
Gerichtsschreiber Stähle.

Verfahrensbeteiligte
Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Schramm und Rechtsanwältin Louisa Galbraith,
Beschwerdeführerin,

gegen

1. Lidl Schweiz AG,
2. Lidl Schweiz DL AG,
beide vertreten durch
Rechtsanwalt Dr. Christoph Gasser,
Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand
Markenrecht, unlauterer Wettbewerb,

Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau, 1. Kammer, vom 16. September 2021 (HOR.2018.56).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG (Klägerin, Beschwerdeführerin) mit Sitz in Kilchberg bezweckt unter anderem die Fabrikation und den Verkauf von Nahrungs- und Genussmitteln, insbesondere von Schokoladeartikeln.

Sie ist Inhaberin der Marke Nr. 696955, die am 22. Dezember 2016 als dreidimensionale, durchgesetzte Marke für die Waren "Schokolade, Schokoladewaren, Schokoladefiguren" der Klasse 30 im Schweizer Markenregister eingetragen wurde. Das Zeichen sieht wie folgt aus (kein Farbanspruch) :

Die Klägerin ist ferner Inhaberin der Marke Nr. P-536640, eingetragen - ebenfalls als dreidimensionale, durchgesetzte Marke - am 17. August 2005 für die Waren "Schokolade, Schokoladewaren" der Klasse 30. Das Zeichen ist im Markenregister folgendermassen wiedergegeben (Farbanspruch "gold, braun, rot") :

Die Klägerin vertreibt den in goldfarbiger Folie eingepackten Schokoladenhasen (nachfolgend: Lindt-Hase) gemäss eigener Darstellung seit dem Jahr 1952 in praktisch unveränderter Form und Ausstattung.

A.b. Die Lidl Schweiz AG und die Lidl Schweiz DL AG (Beklagte 1 und 2, Beschwerdegegnerinnen 1 und 2) je mit Sitz in Weinfelden bezwecken unter anderem den Handel mit und den Vertrieb von food- und non-food-Artikeln für die Unternehmensgruppe Lidl. Sie boten vor Ostern 2017 in der Schweiz unter anderem folgende Schokoladenhasen (nachfolgend: Lidl-Hasen) an:

A.c. Mit Eingabe vom 30. März 2017 stellte die Klägerin beim Handelsgericht des Kantons Aargau ein Gesuch um Erlass eines superprovisorischen Verbots gegen die Beklagte 1. Dieses Gesuch wies der Präsident des Handelsgerichts mit Entscheid vom 12. April 2017 ab.

B.

Am 19. Dezember 2018 reichte die Klägerin beim Handelsgericht Klage ein. In der Sache stellte sie 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 ihrer Organe nach Art. 292 StGB mit Busse zu verbieten, Schokoladenhasen in Form und Ausstattung gemäss nachstehender Abbildung unabhängig von der konkreten farblichen Ausgestaltung in der Schweiz zu bewerben, anzu preisen, einzuführen, zu lagern, anzubieten und/oder zu verkaufen:

2. Eventualiter sei den Beklagten 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 zu verbieten, Schokoladenhasen eingewickelt in goldfarbiger Folie in Form und Ausstattung gemäss nachstehenden Abbildungen in der Schweiz zu bewerben, anzu preisen, einzuführen, zu lagern, anzubieten und/oder zu verkaufen:

Die Klägerin ersuchte sodann um Zerstörung der sich im Besitz der Beklagten befindlichen Lidl-Goldhasen (Rechtsbegehren-Ziffer 3), um Auskunftserteilung und Rechnungslegung (Rechtsbegehren-Ziffer 4) sowie um Bezahlung eines Betrags als "finanzielle Wiedergutmachung" (Rechtsbegehren-Ziffer 5).

Zur Begründung führte die Klägerin aus, die von den Beklagten vertriebenen Schokoladenhasen lehnten sich stark an Form und Ausstattung der von ihr (der Klägerin) hergestellten und in der Schweiz verkauften Schokoladenhasen an. Dies verletze markenschutz- und lauterkeitsrechtliche Abwehransprüche.

Das Verfahren wurde verschiedentlich sistiert.

Mit Urteil vom 16. September 2021 wies das Handelsgericht die Klagebegehren-Ziffern 1-4 ab. Auf Rechtsbegehren-Ziffer 5 ("finanzielle Wiedergutmachung") trat es mangels Bezifferung nicht ein. Es kam im Wesentlichen zum Ergebnis, dass die von den Beklagten vertriebenen Schokoladenhasen nicht mit den markenrechtlich geschützten Zeichen der Klägerin verwechselbar seien und auch keine unlautere Anlehnung im Sinne des UWG (SR 241) vorliege.

C.

Die Klägerin verlangt mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Handelsgerichts sei aufzuheben. Klagebegehren-Ziffer 1, eventualiter Klagebegehren-Ziffer 2, sowie die Klagebegehren-Ziffern 3 und 4 seien gutzuheissen; eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Auf Klagebegehren-Ziffer 5 sei einzutreten und diesbezüglich sei die Sache zur Beurteilung der finanziellen Wiedergutmachung an das Handelsgericht zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerinnen beantragen, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Handelsgericht begehrt die Abweisung der Beschwerde, unter Verzicht auf Vernehmlassung. Die Beschwerdeführerin replizierte, worauf die Beschwerdegegnerinnen eine Duplik eingereicht haben.

Erwägungen:

1.

1.1. Das angefochtene Urteil des Handelsgerichts hat eine Zivilrechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. d ZPO zum Gegenstand. Es ist ein Endentscheid (Art. 90 BGG) einer einzigen kantonalen Instanz im Sinne von Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG. Dagegen steht grundsätzlich die Beschwerde in Zivilsachen offen, gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG unabhängig vom Streitwert.

1.2. In Bezug auf Klagebegehren-Ziffer 5 stellt die Beschwerdeführerin keinen materiellen Antrag, sondern verlangt Eintreten auf das Begehren und im Übrigen Rückweisung an die Vorinstanz. Dies ist zulässig, nachdem das Handelsgericht auf dieses Begehren nicht eingetreten ist und es nicht materiell beurteilt hat.

2.

Nach Art. 13 Abs. 2 MSchG (SR 232.11) kann der Markeninhaber anderen verbieten, ein Zeichen zu

gebrauchen, das nach Art. 3 Abs. 1 MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen ist. Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG wiederum schliesst Zeichen vom Markenschutz aus, die einer älteren Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind, sodass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt (sogenannter relativer Ausschlussgrund).

Wer in seinem Recht an der Marke verletzt oder gefährdet wird, kann vom Gericht gemäss Art. 55 Abs. 1 MSchG namentlich verlangen: eine drohende Verletzung zu verbieten (lit. a); eine bestehende Verletzung zu beseitigen (lit. b); den Beklagten zu Auskunftserteilung zu verpflichten (lit. c). Abs. 2 behält die Klagen nach dem Obligationenrecht auf Schadenersatz, auf Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Das Gericht kann die Einziehung von Gegenständen, die widerrechtlich mit einer Marke versehen sind, oder der vorwiegend zu ihrer Herstellung dienenden Einrichtungen, Geräte und sonstigen Mittel anordnen (Art. 57 Abs. 1 MSchG). Es entscheidet darüber, ob die Marke unkenntlich zu machen ist oder ob die Gegenstände unbrauchbar zu machen, zu vernichten oder in einer bestimmten Weise zu verwenden sind (Art. 57 Abs. 2 MSchG).

Auf diese Bestimmungen stützt die Beschwerdeführerin ihre Anträge auf Unterlassung (Klagebegehren-Ziffern 1 und 2), auf Beseitigung beziehungsweise Vernichtung (Klagebegehren-Ziffer 3), auf Auskunft und Rechnungslegung (Klagebegehren-Ziffer 4) sowie schliesslich auf Schadenersatz (Klagebegehren-Ziffer 5).

3.

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf ihre beiden Marken Nr. 696955 und Nr. P-536640.

Das Handelsgericht stellte fest, dass es sich dabei um kombinierte Formmarken handle, insoweit damit nämlich dreidimensionale Formen mit figurativen Elementen (etwa die aufgemalten Augen, Schnurrhaare etc.) geschützt würden, im zweiten Fall mit Farbanspruch.

Die Vorinstanz prüfte zunächst, ob die klägerischen Zeichen nach Art. 2 MSchG überhaupt zum Markenschutz zuzulassen sind, liess dies indes offen (dazu nachstehende Erwägung 4). Sie untersuchte sodann die Kennzeichnungskraft der Marken, (auch hier) ohne sich abschliessend zu äussern. Das Handelsgericht schloss, selbst wenn die Marken der Beschwerdeführerin rechtsbeständig wären und selbst wenn ihnen eine grosse Kennzeichnungskraft zugesprochen würde, unterschieden sich die Lidl-Hasen hinreichend vom Lindt-Hasen. Es bestehe keine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG (dazu nachstehende Erwägungen 5-8).

4.

Die Beschwerdegegnerinnen erhoben im kantonalen Verfahren die Einrede der Schutzunfähigkeit gemäss Art. 2 MSchG. Sie vertraten die Auffassung, die im Markenregister eingetragenen Zeichen der Beschwerdeführerin seien Gemeingut und aus diesem Grund vom Markenschutz ausgeschlossen.

4.1. Diese Einrede ist im Zivilprozess zulässig (BGE 147 III 326 E. 2.3; 128 III 447 E. 1.4; je mit Hinweisen). Dass die klägerischen Zeichen als "durchgesetzte Marken" im Markenregister eingetragen sind, ändert daran nichts (BGE 130 III 478 E. 3.3).

4.2. Marken können in dreidimensionalen Formen bestehen (Art. 1 Abs. 2 MSchG). Denkbar sind einerseits plastische Kennzeichen, die zumindest gedanklich von Ware und Verpackung ohne Funktionsverlust getrennt werden können (Formmarken im weiteren Sinn). Andererseits kann es sich dabei um die kennzeichnende Formgebung der Ware selbst oder ihrer Verpackung handeln (Formmarken im engeren Sinn), das heisst um kennzeichnende Formen, die unmittelbar in der Ware oder in der Verpackung verkörpert sind (BGE 129 III 514 E. 2.1). Um Letzteres geht es im vorliegenden Fall.

Nach Art. 2 lit. a MSchG sind Zeichen, die zum Gemeingut gehören, vom Markenschutz ausgeschlossen, es sei denn, sie haben sich als Marke für die Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt, für die sie beansprucht werden. Nicht schutzfähig sind demnach unter anderem Zeichen, denen in Bezug auf die konkret beanspruchten Produkte die Unterscheidungskraft fehlt, indem sie weder von Anfang an (originär) auf ein bestimmtes - wenn auch dem Publikum nicht unbedingt namentlich bekanntes - Unternehmen hinweisen, noch (derivativ) infolge ihrer Durchsetzung im Verkehr (BGE 143 III 127 E. 3.3.2; 137 III 403 E. 3.3.2 mit Hinweisen).

Im Verkehr durchgesetzt hat sich ein Zeichen - in casu: eine Form mit figurativen Elementen respektive Ausstattungsmerkmalen -, wenn es von einem erheblichen Teil der Adressaten der betreffenden Waren oder Dienstleistungen im Wirtschaftsverkehr als individualisierender Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstanden wird. Die Durchsetzung einer Formgebung als Kennzeichen kann ebenso wie diejenige eines Worts oder einer bildlichen Darstellung aus Tatsachen abgeleitet werden, die erfahrungsgemäss einen Rückschluss auf die Wahrnehmung eines Zeichens durch das Publikum erlauben. Dazu gehören etwa langjährige bedeutsame Umsätze, die unter einem Zeichen

getätigt worden sind, oder intensive Werbeanstrengungen. Möglich ist aber auch der direkte Nachweis durch eine repräsentative Befragung des massgebenden Publikums (BGE 140 III 109 E. 5.3.2; 130 III 328 E. 3.1 mit Hinweisen). Gemäss Bundesgericht ist eine solche demoskopische Erhebung (Umfrage; sondage) das sicherste Mittel zum Beweis der Verkehrsdurchsetzung (BGE 131 III 121 E. 8: "le moyen le plus sûr").

4.3. Die Vorinstanz erwog, die klägerischen Zeichen seien nicht originär unterscheidungskräftig, nicht zuletzt mit Blick auf die grosse Formenvielfalt der auf dem Markt erhältlichen Schokoladenhasen. In Frage komme höchstens eine Durchsetzung im Verkehr. In diesem Zusammenhang habe die Beschwerdeführerin zwar die Ergebnisse von Umfragen (in Form von demoskopischen Gutachten) eingereicht. Indes sei zu beachten, dass es sich dabei um blosse "Privatgutachten" handle, zumal jene Person, welche die Erstellung der Gutachten geleitet habe (Dr. A. _____), in einer Lebensgemeinschaft mit einem Anwalt lebe, der in der gleichen Anwaltskanzlei wie die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin als Partner tätig sei. Auch bestünden Bedenken, weil die Befragungen im Internet durchgeführt worden seien. Die Beschwerdeführerin habe weiter versucht, die Verkehrsdurchsetzung mit Vertriebs- und Umsatzzahlen nachzuweisen. Zum Beweis dieser Zahlen habe sie die Einvernahme von Zeugen beantragt. Dies sei "nicht geeignet", richtigerweise hätte sie diese Zahlen mit "Auszügen aus den Geschäftsbüchern" belegen müssen. Sodann habe die Beschwerdeführerin zwar Werbeaktionen dargelegt, doch reiche dies allein nicht aus, um die Verkehrsdurchsetzung zu beweisen.

Insgesamt erscheine "fraglich", ob der Beweis der Verkehrsdurchsetzung gelungen sei.

Die Beschwerdegegnerinnen schliessen sich diesen Ausführungen im Wesentlichen an. Sie stellen sich insbesondere auf den Standpunkt, dass die von der Beschwerdeführerin eingereichten demoskopischen Gutachten blosse Parteigutachten seien. Solche seien "generell bloss als Parteibehauptungen zu behandeln". Sie seien überdies von einer befangenen Person und unter Verwendung einer ungeeigneten Methode erstellt worden.

4.4. Die Beschwerdeführerin ist mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht einverstanden. Sie macht Verletzungen von Art. 29 Abs. 2 BV, von Art. 53 ZPO sowie von Art. 152 ZPO geltend und moniert, das Handelsgericht habe den Umfragen zu Unrecht jeden Beweiswert abgesprochen, wiewohl die Befragungen repräsentativ (bei 1'209 Schweizerinnen und Schweizern im Alter von 15 bis 74 Jahren) und in allen Sprachregionen der Schweiz durchgeführt worden seien. Die Gutachten attestierten dem Lindt-Goldhasen eine "aktive Bekanntheit" in der Schweiz von 94 % (in Gold) und von 95 % (in Schwarz-Weiss) sowie eine "ungestützte Zuordnung" von 87 % (in Gold) und von 89 % (in Schwarz-Weiss). Im Übrigen sei von ihr im vorinstanzlichen Verfahren für den Fall, dass das Gericht Zweifel an der Beweistauglichkeit der von ihr eingereichten demoskopischen Gutachten haben sollte, in der Klageschrift ausdrücklich die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens beantragt worden. Das Handelsgericht habe überdies die von ihr im kantonalen Verfahren eingereichten Fotos von überdimensionierten Lindt-Goldhasen an den Bahnhöfen Basel SBB und Zürich HB, einen Artikel zum Lindt-Goldhasen auf einem Kursschiff der Zürisee-Schiffahrtsgesellschaft, Fotos von Merchandising-Artikeln mit dem Lindt-Goldhasen sowie die von der "The Nielsen Company" veröffentlichten Zahlen zu den Marktanteilen des Lindt-Goldhasen völlig übergangen. Zusammen mit den hohen Umsatzzahlen, den hohen Vertriebszahlen und den Werbeanstrengungen hätte die Vorinstanz - so schliesst die Beschwerdeführerin - die Verkehrsdurchsetzung bejahen müssen.

4.5. Der Auffassung des Handelsgerichts, die von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten demoskopischen Erhebungen stellten nichts anderes dar als "Privatgutachten, die als blosser Bestandteil der Parteivorbringen anzusehen sind", kann nicht gefolgt werden. Sie widerspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und übergeht die Besonderheiten des Markenrechts. Es ist dazu - im Lichte der Eigenheiten des Immaterialgüter- und insbesondere des Markenrechts - was folgt zu bemerken:

4.5.1. In BGE 141 III 433 E. 2 entschied das Bundesgericht, dass Privatgutachten "nicht die Qualität von Beweismitteln, sondern von blossen Parteibehauptungen beizumessen ist". Diese Rechtsprechung ist zumindest in zweifacher Hinsicht relativiert worden: Zum einen hat das Bundesgericht festgehalten, dass Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, meist besonders substantiiert sind und zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien allenfalls den Beweis zu erbringen vermögen (BGE 141 III 433 E. 2.6). Zum andern hat das Bundesgericht im Urteil 4A 247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 4.2 auf die praktischen Schwierigkeiten dieser Rechtsprechung hingewiesen, insbesondere unter Hinweis darauf, dass die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens retrospektiv oftmals in Frage gestellt ist.

4.5.2. Der Bundesrat regt im Rahmen seines Entwurfs vom 26. Februar 2020 betreffend die Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) an, die Urkundenqualität von Privatgutachten im Gesetz festzuschreiben (E-Art. 177 ZPO; BBI 2020 2789) und damit in diesem Punkt die als unbefriedigend empfundene Rechtslage anzupassen (Botschaft vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung; nachfolgend: Botschaft rev. ZPO], BBI 2020 2751 f. zu E-Art. 177 ZPO).

4.5.3. Die Rechtsprechung gemäss BGE 141 III 433 E. 2 bezog sich auf ärztliche Beurteilungen des gesundheitlichen Zustands einer Person, insbesondere deren Arbeitsfähigkeit, etwa aus psychiatrisch-psychotherapeutischer Sicht. Demoskopische Erhebungen in markenrechtlichen Zivilprozessen sind damit nicht vergleichbar und weisen bedeutende Unterschiede auf. Sie stützen sich auf Umfragen, bei denen es auf die (Umfrage-) Methodik, die Fragestellung und die ermittelten Zahlen, mithin um objektive, durch das Gericht nachvollziehbare und nachprüfbare Parameter geht. Der Ersteller einer demoskopischen Erhebung nimmt keine wertende (ärztliche) Beurteilung gestützt auf eigenes Fachwissen vor, sondern gibt die in der Umfrage ermittelten Tatsachen wieder.

Aus diesen Gründen hat das Bundesgericht demoskopischen Erhebungen schon immer die Eignung zum Beweis der Verkehrsdurchsetzung zugesprochen, soweit sie auf wissenschaftlich konzipierten und korrekt durchgeführten Umfragen basierten, ja hat es sie als das sicherste Beweismittel bezeichnet (BGE 131 III 121 E. 8: "le moyen le plus sûr"; sodann BGE 130 III 328 E. 3.5: "das geeignetste Beweismittel" [dieser Entscheid betraf zwar das Eintragungsverfahren, gilt insoweit aber auch für den Zivilprozess, vgl. sogleich Erwägung 4.5.4]; ferner BGE 140 III 109 E. 5.3.2; 131 III 121 E. 7.2; Urteil 4A 370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 6.4.1), und zwar auch dann, wenn ein solche Umfrage von einer der Parteien in das Zivilverfahren eingeführt wurde (siehe nur BGE 131 III 121 E. 6 und 7.4; Urteil 4A 128/2012 vom 7. August 2012 E. 4.1.2 [Berücksichtigung als "indices"]).

Das wird auch in der Lehre durchwegs anerkannt, die demoskopische Erhebungen als das Hauptbeweismittel zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung hervorhebt (eingehend KAISER/RÜETSCHI, in: Markenschutzgesetz [MSchG], Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], 2. Aufl. 2017, N. 28 zu Beweisrecht; ferner EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: SIWR Bd. III/1, 2. Aufl. 2009, S. 152 f. Rz. 455 [Beweis "nur" mittels demoskopischer Erhebung möglich]; DERSELBE, in: Marbach/Ducrey/Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2020, S. 130 Rz. 622; MEIER/FRAEFEL, in: Commentaire romand, Propriété intellectuelle, 2013, N. 111-115 zu Art. 2 MSchG; STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in: Basler Kommentar, Markenschutzgesetz, Wappenschutzgesetz, 3. Aufl. 2017, N. 221 zu Art. 2 MSchG).

4.5.4. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass im Verwaltungsverfahren zur Eintragung einer Marke vor dem IGE eine von den Parteien einzuholende (kostspielige) Umfrage zum Nachweis (Glaubhaftmachen) der Verkehrsdurchsetzung nicht nur zulässig ist, sondern faktisch verlangt wird (vgl. Richtlinien in Markensachen des IGE vom 1. März 2022, S. 217). Es wäre nicht kohärent und weder prozessökonomisch noch kosteneffizient, demselben Beweismittel im markenrechtlichen Zivilprozess von vornherein jeden Beweiswert abzusprechen (vgl. KAISER/ RÜETSCHI, a.a.O., N. 28 zu Beweisrecht) und eine identische Umfrage erneut, diesmal aber durch einen gerichtlich beauftragten Sachverständigen durchführen zu lassen. Das Verwaltungsverfahren vor dem IGE und der markenrechtliche Zivilprozess unterscheiden sich insoweit einzig im Beweismass, nicht aber in der Frage der beweisrechtlichen Zulässigkeit privat in Auftrag gegebener demoskopischer Erhebungen (vgl. Art. 12 VwVG und Art. 168 Abs. 1 ZPO) und auch nicht im Grundsatz der freien Beweiswürdigung (vgl. Art. 19 VwVG in Verbindung mit Art. 40 BZP [SR 273] und Art. 157 ZPO).

4.5.5. Somit ist an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten: Eine Umfrage (sondage), die bezüglich der befragten Personen und der verwendeten Methoden wissenschaftlich konzipiert und korrekt durchgeführt worden ist, ist zum Beweis der markenrechtlichen Verkehrsdurchsetzung im Zivilprozess tauglich, ja ist das geeignetste Beweismittel. Dies gilt unabhängig davon, dass es von einer Partei ins Verfahren eingeführt wurde. Es handelt sich um ein Dokument (ein Schriftstück), das geeignet ist, eine rechtserhebliche Tatsache zu beweisen, und damit um eine Urkunde im Sinne von Art. 177 ff. ZPO.

4.5.6. Als Urkunde unterliegt die demoskopische Erhebung der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO). Dabei kann die inhaltliche Ausgestaltung der Umfrage (Studiendesign; Methodik der Fragestellung) sowie Ablauf und Durchführung der Erhebung (etwa: Auswahl der befragten Personen) im Rahmen der konkreten Beweiswürdigung in Anschlag gebracht werden (vgl. auch Urteil 4A 265/2020 vom 28. Dezember 2020 E. 8.3.2.2).

4.6.

4.6.1. Es stellt sich die Frage, wie sich ein allfälliger Interessenkonflikt der Verfasserin einer demoskopischen Erhebung auf deren Beweismittelqualität oder Beweiskraft auswirkt.

In casu lebt die Erstellerin der eingereichten Umfragen in einer Lebensgemeinschaft mit einem Anwalt, der in der gleichen (grossen) Anwaltskanzlei wie die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin als Partner tätig ist.

4.6.2. Nach Auffassung der Vorinstanz sind - soweit es sich bei privat in Auftrag gegebenen Umfragen überhaupt um zulässige Beweismittel handle - jedenfalls die Ausstandsgründe zu beachten, die für sachverständige Personen gelten (Art. 183 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 47 ZPO).

4.6.3. Um eine sachverständige Person im Sinne der Art. 183 ff. ZPO handelt es sich bei einer Privatgutachterin im Allgemeinen und der Erstellerin einer demoskopischen Erhebung im Besonderen indes gerade nicht, ist sie doch nicht vom Gericht bestellt (vgl. Art. 183 und Art. 185 ZPO) und im Übrigen auch nicht gerichtlich auf ihre (Wahrheits-) Pflichten und die Straffolgen hingewiesen worden (vgl. Art. 184 Abs. 1 und 2 ZPO). Auch im vorliegenden Fall gilt nichts anderes: Wohl hat Dr. A. _____ die Umfragen nach den Feststellungen der Vorinstanz "konzipiert und ausgewertet", was - mit der Beschwerdegegnerin - durchaus so zu verstehen ist, dass sie "für die Ausarbeitung der Fragen verantwortlich war". Dies macht sie indes nicht zur sachverständigen Person gemäss Art. 183 ff. ZPO.

4.6.4. Der Beweiswert eines als Urkunde (Art. 177 ZPO) zu qualifizierenden Privatgutachtens kann im Vergleich zu einer gerichtlich eingeholten Expertise herabgesetzt sein. Dies betrifft aber die freie Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO). Zu beachten bleibt dabei insbesondere, dass die Verfasserin einer Umfrage zur markenrechtlichen Verkehrsdurchsetzung nicht als Fachperson eine Einschätzung vornimmt, sondern lediglich die ermittelten objektiven Daten reproduziert. Die Ergebnisse sind daher für das Gericht nachprüfbar, was die aus allfälligen Interessenkonflikten resultierenden Gefahren relativiert.

Umgekehrt scheint eine enge Beziehung zwischen einer Partei und jener Person, welche die Umfrage durchführt und die demoskopische Erhebung verantwortet, in der Tat nicht unproblematisch. Allfälligen diesbezüglichen Bedenken ist indes - nur, aber immerhin - im Zuge der konkreten Beweiswürdigung Rechnung zu tragen; analog den Grundsätzen zum Zeugnis, bei dem die Nähe eines Zeugen zu einer Prozesspartei oder ein eigenes Interesse des Zeugen am Ausgang des Verfahrens Fragen der Beweiswürdigung und nicht der Beweismittelqualität sind (Urteil 4A 239/2019 vom 27. August 2019 E. 2.2.3). Dies ist auch die Meinung des Bundesrats, wie er sie im Rahmen des Vorschlags zur "Ausdehnung" des Urkundenbegriffs auf Privatgutachten zum Ausdruck gebracht hat (Botschaft rev. ZPO, BBl 2020 2752 zu E-Art. 177 ZPO: "ihr Beweiswert [jener der Privatgutachten] ergibt sich daher im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände (z.B. Beziehungen der Parteien zum Gutachter [...])").

4.6.5. Die Vorinstanz hat Bundesrecht verletzt, indem sie den eingereichten demoskopischen Erhebungen von vornherein unter Verweis auf BGE 141 III 433 E. 2 und die Ausstandsregeln bei gerichtlich bestellten Sachverständigen die Beweiseignung abgesprochen hat.

4.7. Als prozentualen Richtwert, der in Umfragen erreicht werden muss, um die Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens zu bejahen, nahm das Bundesgericht in einem Fall zwei Drittel der repräsentativ Befragten an (BGE 128 III 441 E. 1.2; vgl. auch BGE 131 III 121 E. 6 und E. 7.4). In einem weiteren Entscheid, der allerdings die Frage einer notorisch bekannten Marke betraf, ging es von einem Richtwert von jedenfalls über 50 % aus (BGE 130 III 267 E. 4.7.3). Letzterer Prozentwert findet auch in der Doktrin Zustimmung (siehe etwa KAISER/RÜETSCHLI, a.a.O., N. 32 zu Beweisrecht; FRAEFEL/MEIER, a.a.O., N. 115 zu Art. 2 MSchG).

4.8. Nun äussern die Beschwerdegegnerinnen in methodischer Hinsicht zwar Zweifel an den Umfragen. Sie stören sich namentlich daran, dass die demoskopischen Erhebungen auf im Internet durchgeführten Befragungen beruhen. Die Vorinstanz teilte diese Bedenken, ohne abschliessend dazu Stellung zu nehmen. Soweit die Umfragen wissenschaftlichen Standards entsprachen - was die Beschwerdegegnerinnen gemäss den handelsgerichtlichen Feststellungen im vorinstanzlichen Verfahren nicht grundsätzlich in Abrede stellten -, kann allein der Umstand, dass sie im Internet durchgeführt wurden, nicht zur Beweisuntauglichkeit der demoskopischen Erhebungen führen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb Online-Umfragen, die hinsichtlich der befragten Personen und gestellten Fragen nach anerkannten Methoden erfolgen, weniger verlässliche Ergebnisse erzielen

sollen als beispielsweise telefonische Abfragen, bei denen die dreidimensionale Form ebenfalls nicht wahrnehmbar ist. Zudem weist die Beschwerdeführerin zu Recht auf eine Aktenwidrigkeit hin: Die Vorinstanz hat nicht beachtet, dass Personen ausgeschlossen wurden, welche die Umfrage auf einem Smartphone durchführen wollten, da die meisten dieser Geräte ein zu kleines Display aufweisen, um die eingblendete Abbildung in adäquater Grösse wahrzunehmen. Mithin spricht auch die Tatsache, dass die eingereichten Umfragen im Internet durchgeführt wurden, nicht gegen deren Eignung zum Beweis der Verkehrsdurchsetzung.

Allfällige Zweifel oder Mängel wären im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (Erwägung 4.5.6), ebenso die Bedenken hinsichtlich des Näheverhältnisses der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zur Erstellerin der demoskopischen Erhebungen (Erwägung 4.6.4). Dabei hätte die Vorinstanz aber auch die weiteren von der Beschwerdeführerin genannten Tatsachen beachten müssen, namentlich die Umsatz- und Vertriebszahlen sowie die Werbemassnahmen. Die Beschwerdegegnerinnen bestritten verschiedene diesbezügliche Behauptungen der Beschwerdeführerin. Das Handelsgericht verzichtete auf die Abnahme der angebotenen Beweismittel, teilweise in antizipierter Beweiswürdigung, da sie letztlich offenliess, ob der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung erbracht sei. Dies wird von der Beschwerdeführerin grundsätzlich zu Recht gerügt. Es erübrigt sich aber, darauf zurückzukommen und die diesbezüglichen Beweise abzunehmen. Denn die Umfrageergebnisse, die nach dem vorstehend Ausgeführten in erster Linie zu berücksichtigen sind, sind derart hoch, dass selbst bei allfälligen Mängeln und selbst bei herabgesetztem Beweiswert zufolge des Näheverhältnisses der Umfrageerstellerin zu den Parteien immer noch ein klarer Schluss daraus gezogen werden

kann: Angesichts der sehr deutlichen Ergebnisse der Umfragen (gemäss klägerischer Darstellung: aktive Bekanntheit von 94 % respektive 95 %; ungestützte Zuordnung von 87 % respektive 89 %) hätte die Vorinstanz in ihrer Beweiswürdigung demnach jedenfalls schliessen müssen, dass der Beweis der Verkehrsdurchsetzung hinsichtlich der beiden klägerischen Zeichen gelungen ist.

4.9. Ohnehin ist Folgendes zu beachten:

Bekannte Tatsachen bedürfen keines Beweises (Art. 151 ZPO). In Rechtsprechung und Lehre ist anerkannt, dass die Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens notorisch sein kann (Urteile 4A 370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 6.3; 4A 467/2007 vom 8. Februar 2008 E. 4.4; ferner BGE 130 III 748 E. 1.2; STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in: Basler Kommentar, Markenschutzgesetz, Wappenschutzgesetz, 3. Aufl. 2017, N. 214 zu Art. 2 MSchG). So verhält es sich hier: Es darf als offenkundig gelten, dass die beiden von der Beschwerdeführerin beanspruchten Zeichen - ob mit oder ohne Farbanspruch - von den massgebenden Verkehrskreisen (Abnehmer von Schokoladewaren) in Alleinstellung als Marken erkannt und verstanden werden. Es ist notorisch, dass die beiden Formen (mit den figurativen Elementen) nicht nur eine hohe Marktpräsenz und Bekanntheit haben, sondern von einem ganz erheblichen Teil des Publikums als betriebliche Herkunftshinweise (Art. 1 Abs. 1 MSchG) aufgefasst werden. Dass die Abnehmerkreise in einer Warenform im Allgemeinen primär die Gestaltung der Ware sehen (BGE 130 III 328 E. 3.5), ändert daran nichts. In casu ist manifest, dass die im Markenregister eingetragenen Formen - zufolge der langjährigen markenmässigen Verwendung - als Kennzeichen

wahrgenommen werden; das Publikum schreibt die Zeichen einem bestimmten Unternehmen zu, nämlich jenem der Beschwerdeführerin, und dies in der ganzen Schweiz. Es wäre somit - ungeachtet der Beweismittelqualität der im Recht liegenden demoskopischen Erhebungen - von Notorietät der Verkehrsdurchsetzung der klägerischen Zeichen auszugehen.

4.10. Die Verkehrsdurchsetzung und damit die markenrechtliche Schutzfähigkeit der streitgegenständlichen Zeichen ist zu bejahen.

5.

Damit ist zu prüfen, ob der relative Ausschlussgrund von Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG in Bezug auf die von den Beschwerdegegnerinnen vertriebenen Lidl-Hasen gegeben ist. Das Bestehen einer Verwechslungsgefahr im Sinne dieser Bestimmung prüft das Bundesgericht als Rechtsfrage frei (BGE 128 III 96 E. 2).

Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG setzt zunächst Gleichheit oder Gleichartigkeit der Waren voraus, für welche die älteren Zeichen einerseits und die angegriffenen Zeichen andererseits bestimmt sind. Dabei sind vorliegend die Waren, für welche die Marken der Beschwerdeführerineingetragen sind und sich im Verkehr durchgesetzt haben (Spezialitätsprinzip), mit jenen Waren zu vergleichen, für welche die beanstandeten Formen auf Seiten der Beschwerdegegnerinnen tatsächlich verwendet werden oder wurden (vgl. Urteile 4A 28/2021 vom 18. Mai 2021 E. 6.4; 4A 265/2020 vom 28. Dezember 2020 E. 7.2 mit Hinweisen).

Die Marken der Beschwerdeführerin beanspruchen (kraft Registereintrag und Verkehrsdurchsetzung) Schutz für Schokolade, Schokoladewaren und Schokoladefiguren. Angegriffen sind zwei Schokoladenhasen. Es besteht Warenidentität. Davon gehen sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerinnen aus.

6.

Sodann setzt Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG Zeichenähnlichkeit und eine daraus folgende Verwechslungsgefahr voraus.

6.1. Eine Verwechslungsgefahr im Sinne dieser Bestimmung besteht, wenn das jüngere Zeichen (in casu die angegriffenen Lidl-Hasen) die ältere Marke in ihrer Unterscheidungsfunktion beeinträchtigt. Dies ist der Fall, wenn zu befürchten ist, dass die massgebenden Verkehrskreise sich durch die Ähnlichkeiten der Zeichen irreführen lassen und Waren dem falschen Markeninhaber zurechnen, oder falls das Publikum die Zeichen zwar auseinander zu halten vermag, aufgrund ihrer Ähnlichkeit aber falsche Zusammenhänge vermutet (BGE 128 III 96 E. 2a, 441 E. 3.1; 127 III 160 E. 2a; 122 III 382 E. 1). Für die Verwechselbarkeit von Marken ist der Gesamteindruck massgebend, den sie in der Erinnerung der Adressaten hinterlassen (BGE 128 III 441 E. 3.1). Ob zwei Marken sich hinreichend deutlich unterscheiden oder im Gegenteil verwechselbar sind, ist nicht aufgrund eines abstrakten Zeichenvergleichs, sondern stets vor dem Hintergrund der gesamten Umstände zu beurteilen (BGE 128 III 96 E. 2a; 122 III 382 E. 1).

6.2. Eine ohne Farbanspruch registrierte Marke beansprucht Schutz in jeder farblichen Ausgestaltung (BGE 134 III 406 E. 6.2.2). Die ohne Farbanspruch geschützte Marke Nr. 696955 der Beschwerdeführerin ist somit in ihrer schwarz-weissen Ausgestaltung mit den jüngeren Zeichen der Beschwerdegegnerinnen in Schwarz-Weiss zu vergleichen, selbst wenn diese farbig in Gebrauch sind respektive waren. Davon ist die Vorinstanz zutreffend ausgegangen.

6.3.

6.3.1. Der Massstab, der an die Unterscheidbarkeit anzulegen ist, hängt einerseits vom Umfang des Ähnlichkeitsbereichs ab, dessen Schutz der Inhaber der älteren Marke beanspruchen kann.

Der Schutzbereich einer Marke bestimmt sich dabei nach ihrer Kennzeichnungskraft. Für schwache Marken ist der geschützte Ähnlichkeitsbereich kleiner als für starke. Wer sich mit seiner Marke dem Gemeingut annähert, nimmt eine geringe Kennzeichnungskraft in Kauf, solange er seine Marke dem Publikum nicht durch Werbeanstrengungen in besonderer Masse als Kennzeichen seiner Waren eingepägt hat. Bei schwachen Marken genügen daher schon bescheidenere Abweichungen, um eine hinreichende Unterscheidbarkeit zu schaffen. Als schwach gelten insbesondere Marken, deren wesentliche Bestandteile sich eng an Sachbegriffe des allgemeinen Sprachgebrauchs anlehnen. Stark sind demgegenüber Marken, die entweder aufgrund ihres fantasiehaften Gehalts auffallen oder aber sich im Verkehr durchgesetzt haben (BGE 122 III 382 E. 2a mit Hinweisen; zur besonderen Kennzeichnungskraft von im Verkehr durchgesetzter Marken ferner: BGE 128 III 447 E. 2, 441 E. 3.2 und 3.3; 127 III 160 E. 2d/bb; 126 III 315 E. 6b/cc).

6.3.2. Andererseits ist zu berücksichtigen, für welche Warengattungen die sich gegenüberstehenden Zeichen registriert sind beziehungsweise gebraucht werden (BGE 128 III 96 E. 2a; 122 III 382 E. 1) : Je näher sich die Waren sind, desto grösser wird das Risiko von Verwechslungen und desto stärker muss sich das jüngere Zeichen vom älteren abheben, um die Verwechslungsgefahr zu bannen (BGE 128 III 441 E. 3.1; 126 III 315 E. 6b/bb; 122 III 382 E. 3a).

6.3.3. Von Bedeutung ist zudem, an welche Abnehmerkreise sich die Waren richten und unter welchen Umständen sie gehandelt werden. Bei Massenartikeln des täglichen Bedarfs, wie beispielsweise bei Lebensmitteln, ist mit einer geringeren Aufmerksamkeit und einem geringeren Unterscheidungsvermögen der Konsumenten zu rechnen als bei Spezialprodukten, deren Absatzmarkt auf einen mehr oder weniger geschlossenen Kreis von Berufsleuten beschränkt bleibt (BGE 126 III 315 E. 6b/bb; 122 III 382 E. 3a; 117 II 321 E. 4). Auch die Anwendung dieses Kriteriums prüft das Bundesgericht als Rechtsfrage frei (Urteil 4A 518/2021 vom 6. April 2022 E. 3.1.3, zur Publikation vorgesehen).

7.

Die Vorinstanz erwog, die Marken der Beschwerdeführerin seien für Schokolade und damit für Lebensmittel eingetragen, die das allgemeine Publikum ansprechen. Indes sei zu berücksichtigen, dass das Alltagspublikum Abweichungen bei der Warenform weniger leicht übersehe als bei

Bildmarken. Ausserdem spiele das Aussehen eines Schokoladenhasen für den Konsumenten eine wichtigere Rolle als beispielsweise bei Schokolade in Tafelform. Sodann würden die verhältnismässig teuren Osterhasen einzig zur Osterzeit angeboten. Es sei daher von einem erhöht aufmerksamen Adressatenkreis auszugehen.

Das Handelsgericht zweifelte sodann an der Kennzeichnungskraft der klägerischen Marken, was es namentlich mit Vorbehalten betreffend die Beweistauglichkeit der von der Beschwerdeführerin eingereichten Umfragen begründete. Es führte aber aus, dass die Verwechslungs-gefahr selbst bei Annahme eines starken Zeichens zu verneinen sei: Die angegriffenen Lidl-Hasen erschienen insgesamt als eher schlanke Hasen mit comic-haft anmutendem, aufgewecktem und lebendigem Ausdruck. Der als Marke geschützte Lindt-Hase bleibe dagegen als eher stilisierter und behäbiger Hase mit zurückhaltendem und edlem beziehungsweise anmutigem Ausdruck in Erinnerung. Halsbänder und Anhänger seien verschieden und verstärkten so den Unterschied. Schliesslich falle ins Gewicht, dass auf den Lidl-Hasen das Wortbildzeichen "FAVORINA" aufgedruckt sei, das eine weitere Differenz schaffe. Die verbleibende Ähnlichkeit liege darin begründet, dass beide Zeichen das Motiv eines auf allen vieren sitzenden Hasen in dreidimensionaler Form wiedergäben. So weit reiche der Schutzbereich der klägerischen Marken nicht, zumal sich diese Form aus der naturbedingten Körperhaltung eines Hasen ergebe. Soweit das Zeichen der Beschwerdeführerin mit Farbanspruch geschützt und folglich mit

den Lidl-Hasen in Farbe zu vergleichen sei (Marke Nr. P-536640), seien weitere Unterschiede feststellbar: Erstens sei die Oberfläche des Lindt-Hasen gemäss Registereintrag gelbgolden gefärbt, wohingegen die Lidl-Hasen einen Mischton zwischen Gelbgold und Weissgold beziehungsweise einen leichten Kupferstich aufwiesen. Ferner seien die Maschen der Lidl-Hasen gelb sowie hellgrün und nicht rot. Auch die Farbe der Anhänger unterscheide sich: golden (Lindt-Hase) gegenüber silbrig (Lidl-Hase). Endlich sei die Pfoten-, Schwanz-, Innenohr- und Brustpartie der Lidl-Hasen weiss gefärbt, anders als bei der Marke der Beschwerdeführerin.

8.

8.1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe den massgebenden Aufmerksamkeitsgrad des Abnehmerkreises falsch bestimmt.

Das Handelsgericht hat für die Bestimmung der relevanten Abnehmerkreise zunächst mit Recht auf die Warenverzeichnisse der klägerischen Marken abgestellt und festgehalten, das beanspruchte Lebensmittel (Schokolade) spreche das allgemeine, breite Publikum an. Nicht entscheidend ist dagegen die tatsächliche Positionierung der klägerischen Produkte am Markt (siehe Urteile 4A 265/2020 vom 28. Dezember 2020 E. 8.3.1; 4A 651/2018 vom 14. Juni 2019 E. 3.3.2). Es ist markenrechtlich nicht von Belang, ob die Beschwerdeführerin teure, hochwertige Schokolade oder Billigprodukte anbietet.

Zutreffend ist, dass Formmarken im Allgemeinen weniger leicht verwechselt werden als Bildmarken. Dass die Produkte vordringlich zur Osterzeit angeboten werden, vermag den massgebenden Aufmerksamkeitsgrad dagegen - und entgegen der vorinstanzlichen Argumentation - nicht substantiell zu erhöhen, andernfalls bei sämtlichen Massenartikeln oder Lebensmitteln, die nur von Zeit zu Zeit oder saisonal eingekauft werden, von einem gesteigerten Unterscheidungsvermögen des Publikums ausgegangen werden müsste. Dies ist nicht richtig.

Folglich ist nicht von einer erhöhten, sondern von einer durchschnittlichen Aufmerksamkeit der massgebenden Verkehrskreise auszugehen und kann nicht mit einem ausgeprägten Unterscheidungsvermögen der angesprochenen Konsumenten gerechnet werden. Dies muss sich auf die Beurteilung der Verwechslungsgefahr auswirken, was die Vorinstanz verkannt hat.

8.2. Festzuhalten ist ferner, dass die klägerischen Marken - mögen sie auch ursprünglich kennzeichnungsschwach gewesen sein - infolge der (notorischen) Verkehrsdurchsetzung (Erwägung 4) im Laufe der Jahre zu starken Zeichen geworden sind, denen angesichts ihrer Bekanntheit eine erhebliche Individualisierungskraft eignet. Damit ist von einem weiten geschützten Ähnlichkeitsbereich auszugehen und sind an die Unterscheidbarkeit der jüngeren Zeichen der Beschwerdegegnerinnen unter dem Gesichtspunkt des Schutzbereichs der klägerischen Marken hohe Anforderungen zu stellen. Dies wird von der Beschwerdeführerin zu Recht hervorgehoben.

Hinzu kommt, dass die angegriffenen Formen der Beschwerdegegnerinnen und die Marken der Beschwerdeführerin für die gleiche Ware (Schokolade) bestimmt sind. Es besteht Warenidentität. Auch dies führt zu einem strengen Massstab bei der Beurteilung der Unterscheidbarkeit (vgl. Urteil 4A 123/2015 vom 25. August 2015 E. 5.2.2).

8.3. Die Vorinstanz bestimmte, welches die "den Gesamteindruck prägenden kennzeichnungskräftigen zwei- und dreidimensionalen Elemente" der klägerischen Marken sind.

Sodann prüfte sie, ob "diese Elemente beim Lidl-Hasen übernommen worden sind und ob daraus ein ähnlicher Gesamteindruck resultiert". Es trifft zu, dass sich die Zeichen in verschiedenen Details unterscheiden: Plisseefalten am Halsband des Lindt-Hasen; Form der Anhänger (Glöckchen; Herzchen); etwas schmalere Postur des Lidl-Hasen; anderer Neigungswinkel der Ohren; leicht unterschiedliche Bemalung; soweit mit Farbanspruch: etwas andere Goldfarbe, andere Farbe der Maschen und der Anhänger, weisse Färbung von Pfoten-, Schwanz-, Innenohr- und Brustpartie des Lidl-Hasen. Mit Blick auf diese unterschiedlichen Details mögen die Zeichen bei aufmerksamem Vergleich unterscheidbar sein. Für die markenrechtliche Verwechselbarkeit ist indes der Gesamteindruck massgebend, den sie im Gedächtnis der Adressaten hinterlassen (BGE 128 III 441 E. 3.1). Im gesamten Erinnerungsbild des durchschnittlichen Abnehmers bleibt nicht jede gestalterische Einzelheit haften, sondern die grossen Züge der Hasen: im Wesentlichen ein stilisierter, kompakter, auf allen vier Pfoten sitzender Hase mit Band und Anhänger, eher gestrigem Blick und schlichter Gesichtszeichnung, breiten, leicht schräg abstehenden Ohren sowie glatten, geschwungenen Oberflächen; soweit die farbigen Zeichen zu vergleichen sind, wird dem Publikum auch die goldene Farbe in Erinnerung bleiben. Die Proportionen der Hasen sind alles in allem ähnlich und sie entsprechen sich in der Art und Weise, wie die äussere Ausstattung angelegt ist.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die klägerischen Marken nicht aufgrund ihrer Originalität kennzeichnungskräftig sind, sondern kraft Verkehrsdurchsetzung. Es ist daher (anders als in anderen Fällen von Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG) nicht zu prüfen, ob den angegriffenen Zeichen durch die Übernahme gestalterischer Elemente die "originär auffällige Eigenart" der klägerischen Marken zu eigen gemacht wurde, denn eine solche auffällige Eigenart gibt es gerade nicht. Vielmehr ist die Verwechslungsgefahr in erster Linie anhand der durch Verkehrsdurchsetzung erlangten Kennzeichnungskraft zu beurteilen (vgl. BGE 126 III 315 E. 6c). Zu entscheiden ist mithin, ob der durch die Verkehrsdurchsetzung erworbene Schutzzumfang tangiert ist. Vor diesem Hintergrund hätte das Handelsgericht den Schluss ziehen müssen, dass die Marken der Beschwerdeführerin als im Verkehr durchgesetzte, besonders kennzeichnungskräftige Zeichen prägende Erinnerungsvorstellungen hinterlassen, an die sich die von den Beschwerdegegnerinnen vertriebenen Hasen stark und in irreführender Weise anlehnen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Lidl-Hasen nach dem Gesamteindruck Assoziationen zur markenrechtlich geschützten Form der Beschwerdeführerin auslösen, und die

Hasen in der Erinnerung des massgebenden Publikums nicht auseinandergelassen werden können, zumal mit Blick auf die Warenidentität ein strenger Beurteilungsmassstab anzulegen ist (Erwägung 8.2).

Die Vorinstanz hat dies bundesrechtswidrig gegenteilig beurteilt.

8.4. Daran ändert auch das auf den Lidl-Hasen aufgedruckte Etikett "FAVORINA" nichts. Die Beschwerdeführerin möchte dieses Etikett bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit gänzlich ausser Acht lassen, da "allein die Formgestaltungen miteinander zu vergleichen" seien. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Denn bei kombinierten Formmarken können auch aufgedruckte Elemente den Gesamteindruck prägen, worauf die Beschwerdegegnerinnen zu Recht hinweisen. Die Beschwerdeführerin stellt denn auch nicht in Abrede, dass die aufgedruckten Augen, Schnurrhaare, Innenohren etc. in die Beurteilung miteinzubeziehen sind.

Nach der Rechtsprechung kann mit einer Etikettierung unter Umständen eine hinreichende Abgrenzung gegenüber ähnlich ausgestatteten anderen Produkten herbeigeführt werden. Entscheidend ist, ob das Etikett beim Käufer den Eindruck beseitigt, es handle sich um das von ihm gesuchte Produkt, und es so eine ansonsten zu bejahende Verwechslungsgefahr bannt (im Einzelnen: Urteil 4C.169/2004 vom 8. September 2004 E. 2.4). Das trifft im vorliegenden Fall jedoch nicht zu. Zwar grenzt das Etikett "FAVORINA" die Lidl-Hasen vom Hasen der Beschwerdeführerin ab; es schafft ein (zusätzliches) Unterscheidungsmerkmal. Gerade bei Lebensmitteln kann allerdings nicht ohne Weiteres angenommen werden, der mit durchschnittlicher Aufmerksamkeit handelnde Käufer orientiere sich durch die Lektüre der Anschriften. Ihm bekannte Produkte wird er nicht zuletzt anhand der Form und der Ausstattung wählen, ohne sich durch die Konsultation einer Etikette zwingend zu vergewissern, dass er nicht ein Konkurrenzprodukt gewählt hat. Das erwähnte Etikette beseitigt die Verwechselbarkeit daher nicht.

Auch die übrigen Unterschiede der beiden Formen beziehungsweise Ausgestaltungen, insbesondere in den zum Gemeingut gehörenden Dekorationen und Verzierungen, haben keine herkunftshinweisende Funktion und vermögen die Verwechslungsgefahr nicht zu beseitigen.

8.5. Das Gesagte gilt nicht nur für den Schwarz-Weiss-Vergleich mit der - ohne Farbanspruch registrierten - Marke Nr. 696955, sondern gleichermassen in Bezug auf die Marke Nr. P-536640 (Farbanspruch "gold, braun, rot"). Das breite, mit durchschnittlicher Aufmerksamkeit agierende

Publikum wird die leicht divergierenden Goldtöne ("Mischton zwischen Gelbgold und Weissgold", "leichter Kupferstich", "gelbgolden") in der Erinnerung nicht auseinanderhalten können, und ebenso wenig führen die unterschiedlichen Farben von Maschen und Anhängern respektive die weinrote Farbe des FAVORINA-Zeichens zu einer ausreichenden Unterscheidbarkeit.

8.6. Demnach ist eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG zu bejahen. Die Vorinstanz verletzt Bundesrecht, indem sie dies verneint hat. Der Beschwerdeführerin sind die Verbotensrechte nach Art. 13 Abs. 2 MSchG zuzugestehen. Ob die klägerischen Marken berühmt sind (im Sinne von Art. 15 MSchG) oder ob der Beschwerdeführerin allenfalls auch lauterkeitsrechtlich begründete Abwehransprüche gestützt auf Art. 3 Abs. 1 lit. d und lit. e UWG zustehen, wie diese geltend macht, kann bei diesem Ergebnis dahingestellt bleiben.

9.

Steht somit fest, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Recht an ihren Marken im Sinne von Art. 13 MSchG verletzt oder gefährdet wird, ist der Anwendungsbereich von Art. 55 MSchG eröffnet. Zu den einzelnen von der Vorinstanz materiell beurteilten Klagebegehren-Ziffern 1-4 ist Folgendes festzuhalten:

9.1. In Bezug auf Klagebegehren-Ziffer 1 hat das Handelsgericht offengelassen, "ob die kommerzielle Nutzung des in Rechtsbegehren Ziff. 1 abgebildeten Schokoladenhasen unabhängig von seiner konkreten Farbgestaltung zu verbieten ist", wie dies die Beschwerdeführerin beantragt. Dies ist zu bejahen: Eine ohne Farbanspruch hinterlegte (und eine so im Verkehr auch durchgesetzte) Marke beansprucht Schutz für das Zeichen in allen Farbkombinationen (Erwägung 6.3). Einer solchen Marke kann der Schutz nicht versagt werden mit dem Argument, dass damit auch ein "Sitzhase mit knallrotem Pelz und grünen Augen" verboten würde (so die Beschwerdegegnerinnen in der Klageantwort). Nachdem die klägerische Marke Nr. 696955 ohne Farbanspruch im Register eingetragen und schutzfähig ist, ist dem nicht auf bestimmte farbliche Ausgestaltungen eingeschränkten Klagebegehren-Ziffer 1 stattzugeben.

Was die Vollstreckungsmassnahmen im Sinne von Art. 236 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 343 Abs. 1 ZPO anbelangt, ersucht die Beschwerdeführerin sowohl um Anordnung einer Strafdrohung nach Art. 292 StGB als auch um Anordnung einer Ordnungsbusse von Fr. 5'000.-- sowie einer Ordnungsbusse von Fr. 1'000.-- pro Tag der Nichterfüllung (Kombination der Zwangsmassnahmen nach lit. a, lit. b und lit. c von Art. 343 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerdegegnerinnen vertreten im vorinstanzlichen Verfahren den Standpunkt, eine Verbindung der Strafdrohung nach Art. 292 StGB (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) mit einer Ordnungsbusse im Sinne von Art. 343 Abs. 1 lit. b und lit. c ZPO sei unzulässig. Das Handelsgericht ging auf diesen Einwand nicht ein. Die Sache ist daher zur Festsetzung der Vollstreckungsmassnahme (n) an die Vorinstanz zurückzuweisen.

9.2. In Klagebegehren-Ziffer 2 formulierte die Beschwerdeführerin ein Eventualbegehren. Darauf ist nicht weiter einzugehen, nachdem das Hauptbegehren (Klagebegehren-Ziffer 1) gutzuheissen ist (mit noch zu bestimmenden Vollstreckungsmassnahmen).

9.3. Klagebegehren-Ziffer 3 zielt auf die Zerstörung der sich im Besitz der Beschwerdegegnerinnen befindlichen Lidl-Goldhasen. Die Vorinstanz erwog zu Recht, dass das Rechtsbegehren hinreichend bestimmt ist.

Die Beschwerdegegnerinnen machten vor Handelsgericht geltend, die Zerstörung sei "unverhältnismässig [...], gerade wegen der schon aus grundsätzlichen Überlegungen unerwünschten Vernichtung von Lebensmitteln". Denkbar sei "etwa die Spende an eine öffentliche Wohlfahrtseinrichtung".

Dieser Vorschlag taugt nicht, würde doch auch eine solche "Spende" nichts daran ändern, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Recht an den Marken verletzt würde. Das Schrifttum geht denn auch davon aus, dass die Überlassung markenrechtsverletzender Gegenstände an eine gemeinnützige Organisation die Zustimmung des Markeninhabers voraussetzt (MARKUS R. FRICK, in: Basler Kommentar, Markenschutzgesetz, Wappenschutzgesetz, 3. Aufl. 2017, N. 21 zu Art. 57 MSchG; ROGER STAUB, in: Markenschutzgesetz [MSchG], Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], 2. Aufl. 2017, N. 33 zu Art. 57 MSchG).

Inwiefern die Zerstörung sonst unverhältnismässig sein sollte, zeigen die Beschwerdegegnerinnen nicht auf. Im Übrigen bedeutet Zerstörung der angegriffenen Zeichen nicht zwingend, dass die körperliche Substanz der Zeichen (also die Schokolade) zu vernichten ist.

Klagebegehren-Ziffer 3 wird aus diesen Gründen gutzuheissen sein, wobei auch hier die konkret anzuordnende Vollstreckungsmassnahme von der Vorinstanz festzulegen ist.

9.4. Klagebegehren-Ziffer 4 (Auskunft und Rechnungslegung) wird im Grundsatz ebenfalls gutzuheissen sein. Auch hier rechtfertigt sich eine Rückweisung zur weiteren Beurteilung, zumal dieser Antrag im Zusammenhang mit Klagebegehren-Ziffer 5 (Schadenersatz) steht, auf welche das Handelsgericht - zu Unrecht - nicht eingetreten ist (dazu nachstehende Erwägung 10).

10.

10.1. In Klagebegehren-Ziffern 4 und 5 formulierte die Beschwerdeführerin eine Stufenklage: Sie verband ein materiellrechtlich begründetes Begehren um Auskunft und Rechnungslegung (Ziffer 4) mit dem Begehren, ihr "einen nach dem Ergebnis der Auskunftserteilung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 4 durch die Klägerin noch zu beziffernden oder durch das Gericht zu schätzenden Betrag als finanzielle Wiedergutmachung zu bezahlen" (Ziffer 5).

10.2. Art. 85 Abs. 1 ZPO regelt (und erlaubt) die Erhebung einer Stufenklage (BGE 140 III 409 E. 4.3), verlangt in Satz 2 aber immerhin die Angabe eines Mindestwerts, der als vorläufiger Streitwert gilt.

10.3. Das Handelsgericht trat auf Klagebegehren-Ziffer 5 mit der Begründung nicht ein, die Beschwerdeführerin habe "für die unbezifferte Forderungsklage nach Rechtsbegehren Ziff. 5" keinen Mindestwert angegeben. Die Beschwerdeführerin meint, dieser Nichteintretensentscheid widerspreche der Zivilprozessordnung.

10.4. Die Angabe des Mindestwerts gemäss Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO dient in erster Linie dazu, die sachliche Zuständigkeit des Gerichts (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7287 zu [damals] Art. 83 E-ZPO) und die Verfahrensart zu bestimmen. Vorliegend ist unbestritten, dass weder die Zuständigkeit noch die Verfahrensart vom Wert des (noch) nicht bezifferten Klagebegehrens (Ziffer 5) abhängen: Zuständig ist in jedem Fall das Handelsgericht, das im ordentlichen Verfahren entscheidet. Im Schrifttum und in der kantonalen Rechtsprechung wird die Angabe eines Mindestwerts in solchen Fällen zum Teil für entbehrlich erachtet (siehe SOPHIE DORSCHNER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 9 zu Art. 85 ZPO mit Hinweisen; offengelassen im Urteil 4A 502/2019 vom 15. Juni 2020 E. 5.1). Immerhin kann der Mindestwert zusätzlich notwendig sein zur Festsetzung von Kostenvorschüssen und Sicherheiten (Urteil 4A 502/2019 vom 15. Juni 2020 E. 5.2).

10.5. Hier erübrigt sich eine abschliessende Auseinandersetzung mit dieser Frage. Denn die Beschwerdeführerin führte in den einleitenden Bemerkungen der Klageschrift ("Formelles", dort Rz. 16) allgemein aus, dass mit Blick auf die "Verletzung der Markenrechte [...] von einem Streitwert von CHF 200'000 auszugehen" sei. Inwiefern vor diesem Hintergrund eine prozessuale Notwendigkeit für die besondere Angabe eines Mindestwerts betreffend das zurzeit nicht bezifferbare Klagebegehren-Ziffer 5 bestünde, ist nicht erkennbar und ergibt sich auch nicht aus dem angefochtenen Urteil. Es würde in der Tat einen zum blossen Selbstzweck verkommenden überspitzten Formalismus darstellen, von der klagenden Partei in einem solchen Fall zu verlangen, auch für das - neben anderen erhobene - unbezifferte Rechtsbegehren einen Mindestwert (etwa: "mindestens Fr. 1.-") zu nennen, wiewohl für die Klage grundsätzlich ein Streitwert angegeben wurde und allein weil der Wortlaut von Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO dies vermeintlich ausnahmslos zu fordern scheint. Was die Beschwerdegegnerinnen in den Rz. 400-416 ihrer Beschwerdeantwort dagegen vorbringen, vermag dieses Ergebnis nicht umzustossen.

10.6. Art. 85 ZPO steht einem Eintreten auf Klagebegehren-Ziffer 5 somit nicht entgegen. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als begründet.

11.

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben. Für den von der Beschwerdeführerin im Hauptantrag verlangten reformatorischen Entscheid des Bundesgerichts besteht insoweit kein Raum, als die Klagebegehren-Ziffern 1 und 3 zwar gutzuheissen, die Vollstreckungsmassnahmen aber von der Vorinstanz festzusetzen sein werden. Die Sache ist daher an das Handelsgericht zur Prüfung dieser Frage zurückzuweisen. Auch hinsichtlich der Klagebegehren-Ziffern 4 und 5 ist die Angelegenheit zur weiteren Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, jeweils entsprechend dem Eventualantrag der Beschwerdeführerin (Art. 107 Abs. 2 Satz 1 BGG). Ausgangsgemäss werden die Beschwerdegegnerinnen unter solidarischer Haftbarkeit kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und 5 sowie Art. 68 Abs. 1, 2 und 4 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 16. September 2021 wird aufgehoben. Die Sache wird zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 7'000.-- werden den Beschwerdegegnerinnen auferlegt, unter solidarischer Haftbarkeit.
3.
Die Beschwerdegegnerinnen haben die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 8'000.-- zu entschädigen, unter solidarischer Haftbarkeit.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Aargau, 1. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 30. August 2022

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Hohl

Der Gerichtsschreiber: Stähle