

§ 129 Ziff. 3 ZPO; Art. 14 UWG. Unlauterer Wettbewerb (vorsorgliche Massnahmen) – Ein Realerfüllungsanspruch auf Einhaltung lauterer Werbung genügt allein noch nicht als Verfügungsgrund, wenn der Realerfüllungsanspruch durch eine nachträgliche Surrogation mittels Geldleistung als Schadenersatz, Kondition oder Gewinnherausgabe ökonomisch vollumfänglich repariert werden kann. Es bedarf eines besonderen Interesses an der Realerfüllung, das beispielsweise in der Entleerung oder Aushöhlung des Realerfüllungsanspruchs zu erblicken ist. Voraussetzung im konkreten Fall bejaht (Erw. 1c). Der einstweilige Rechtsschutz ist nur bei völlig grundlosem, rechtsmissbräuchlichem Zuwarten verwirkt (Erw. 1d).

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführerin stützt ihr Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen auf Art. 14 UWG, der Art. 28c bis 28f ZGB als sinngemäss anwendbar erklärt. Danach kann das Gericht vorsorgliche Massnahmen anordnen, wenn eine Partei glaubhaft macht, dass ein Verstoss gegen die Lauterkeitsgesetzgebung vorliegt oder ein solcher zu befürchten ist und ihr daraus ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Im gleichen Sinne kann der Gerichtspräsident gemäss § 129 Ziff. 3 ZPO auf Begehren einer Partei und sofern die Berechtigung der Verfügung glaubhaft gemacht wird, Verfügungen treffen, die dazu dienen, andere als auf Geld oder Sicherheitsleistung gerichtete fällige Rechtsansprüche zu schützen, wenn bei nicht sofortiger Erfüllung ihre Vereitelung oder eine wesentliche Erschwerung ihrer Befriedigung zu befürchten ist oder dem Berechtigten ein erheblicher, nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil droht. Diese kantonale zivilprozessuale Bestimmung geht im Wesentlichen nicht über das hinaus, was gemäss Art. 14 UWG i.V.m. Art. 28c bis 28f ZGB bundesrechtlich vorgesehen ist. Glaubhaft zu machen ist mithin zum einen der sogenannte Verfügungsanspruch, d.h. die zu schützende Rechtsposition, wobei grundsätzlich jede subjektive Berechtigung des Bundeszivilrechts (Michael Leupold, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, in: sic! 2000, S. 265) in Frage kommt, und zum anderen der sogenannte Verfügungsgrund, d.h. das Drohen eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils bei nicht sofortigem Einschreiten des Massnahmengerichtes. Der Gesuchsteller hat m.a.W. zunächst den behaupteten materiellen Anspruch glaubhaft zu machen, d.h. er hat diejenigen Tatsachen wahrscheinlich zu machen, aus denen er seinen Anspruch ableitet, z.B. dass der Gesuchsgegner eine gesetzwidrige Handlung begangen hat oder vorzunehmen beabsichtigt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 16 zu § 110). In casu bedeutet das, dass die Beschwerdeführerin einen Verstoss gegen die Lauterkeitsgesetzgebung glaubhaft zu machen hat. Glaubhaft zu machen hat der Gesuchsteller sodann den Anlass zu raschem, vorsorglichem Eingreifen des Richters, mithin

die sich aus der zeitlichen Dauer eines ordentlichen Prozesses ergebende Gefährdungssituation, welche die Durchsetzung des Rechtsanspruchs massgeblich erschweren oder gar illusorisch machen kann (Michael Leupold, a.a.O., S. 265). Die bundesrechtlich vorgeschriebene Herabsetzung des Beweismasses (Glaubhaftmachung) hat zur Folge, dass der Gesuchsteller keinen vollen Beweis für seine Behauptung erbringen, sondern bloss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Richtigkeit dartun muss. Umgekehrt hat aber auch der Gesuchsgegner keinen strikten Gegenbeweis zu führen, sondern kann sich ebenfalls mit der Glaubhaftmachung seiner Einwendungen begnügen (BGE 103 II 287 ff. E.2). Nach Auffassung Daniel Alders (Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Diss. Zürich 1993, S. 82 mit weiteren Hinweisen) soll der Verfügungsgrund zunächst analog einer Prozessvoraussetzung abschliessend beurteilt werden, bevor es den materiell-rechtlichen Anspruch zu untersuchen gelte.

2. a) Die Vorinstanz hat das Massnahmegesuch denn auch – ohne die Anspruchsberechtigung zu prüfen – bereits deshalb abgewiesen, weil der Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht worden sei. Sie führt aus, die Beschwerdeführerin bringe zwar vor, die «unlautere Werbung» der Beschwerdegegnerin würde ihre Wirkung «auf das Publikum», insbesondere die Ärzteschaft, nicht verfehlen. Dem Gesuch seien aber keine substantiierten Ausführungen des Inhalts zu entnehmen, dass und inwiefern sich die behauptete Rechtsverletzung auf den Markt überhaupt konkret auswirke. Entsprechender Ausführungen hätte es aber umso mehr bedurft, als die Beschwerdegegnerin vorprozessual geltend gemacht habe, ein «Grossteil der beanstandeten Aussagen» würden bereits «seit mehreren Jahren in identischer oder ähnlicher Form gemacht». Auch den übrigen – rudimentären – Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Verfügungsgrund könne nicht entnommen werden, dass und inwiefern der Beschwerdeführerin durch das Verhalten der Beschwerdegegnerin ein Schaden entstehen könne, der ihr durch Geld nicht ausgeglichen werden könne. Insbesondere werde nicht dargelegt, dass und inwiefern der Beschwerdeführerin ein Schaden entstehen könne, der nur schwierig beweisbar und einer richterlichen Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR nicht zugänglich sei.

b) Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz im Wesentlichen vor, mit ihren Anforderungen an den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil das Wesen des vorsorglichen Rechtsschutzes verkannt zu haben. Als Nachteil komme nicht bloss eine vermögensrechtliche, sondern jegliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Berechtigten in Betracht. Nicht leicht wieder gutzumachen sei jeder Nachteil, der nicht leicht ersetzbar sei. Als nicht leicht ersetzbar würden insbesondere gefährdete Ansprüche auf Realerfüllung gelten. Zu den gefährdeten Ansprüchen auf Realerfüllung seien auch Ansprüche auf Einhaltung des Lauterkeitsrechts in der Werbung zu zählen, im besonderen Masse in der Heilmittelwerbung.

c) In der Tat hat die Beschwerdeführerin in ihrem Massnahmegesuch vom 6. Februar 2002 unter dem Titel Verfügungsgrund lediglich ausgeführt, der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil der Klägerin bestehe darin, dass die unlautere Werbung der Beklagten ihre Wirkung insbesondere auf das Publikum nicht verfehlen werde, ganz zu schweigen von der nachhaltigen Wirkung auf alle Ärzte, welche das Rundschreiben vom 13. August 2001 erhalten hätten. Es werde der Klägerin kaum möglich sein, im Nachhinein (d.h. sollte diese unlautere Werbung andauern) den unlauter erzielten Marktvorteil der Beklagten rückgängig zu machen. Dabei sei die übliche Dauer eines Hauptprozesses zu berücksichtigen. Es erschiene ausserordentlich stossend, wenn die Beklagte während einiger Jahre eine Werbung aufrechterhalten dürfte, die derart klar geltendes Heilmittelrecht und damit auch derart klar das UWG missachte. Es könne nicht angehen, dass die Beklagte während Jahren heilmittelrechtlich unerlaubte und damit offensichtlich unlautere Werbung betreibe.

Richtig ist, dass diese Ausführungen relativ allgemein gehalten sind und eine nähere Substantiierung vermissen lassen. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin übersehen dabei aber, dass die Beschwerdeführerin an anderer Stelle substantiiert und glaubhaft dargelegt hat, dass das inkriminierte Rundschreiben vom 13. August 2001 just wenige Tage nach der Bekanntgabe, dass die Firma A. ihr Lipid-Senker-Medikament X. aus dem Markt zurückziehen werde, versandt wurde. Es ist nun ohne weiteres nachvollziehbar, dass durch die erwähnte Ankündigung von A. ein Wettkampf der übrigen Marktteilnehmer, die ebenfalls ein entsprechendes Medikament vertreiben, um den bislang von A. gehaltenen Marktanteil entbrannt ist. Die Beschwerdeführerin weist aber auch darauf hin, dass das Medikament X. von A. im Jahre 1997 eingeführt und ein grosser kommerzieller Erfolg war. Der Schritt, das Medikament vom Markt zurückzuziehen, führte sogar, wie die Beschwerdeführerin geltend macht und wie sich der Web-Site von A. entnehmen lässt, zu einem Kurseinbruch der A.-Aktien an der Börse. In einer solchen Situation, da sich ein Anbieter eines eingeführten Medikamentes mit einem erheblichen Marktanteil aus dem Markt zurückzieht, liegt es aber auf der Hand, dass die (angebliche) unlautere Werbung eines Marktteilnehmers für ein Heilmittel mit derselben therapeutischen Wirkung die Interessen der übrigen Marktteilnehmer in besonderem Masse beeinträchtigen kann. Gerade im Bereich der Heilmittelwerbung dürfte es schwierig sein, eine indirekte Herabsetzung des eigenen Medikamentes, irreführende Vergleiche, wie das die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin vorwirft, nachträglich rückgängig zu machen, nachdem die durch den Rückzug des A.-Medikaments entstandene Marktlücke in der Zwischenzeit im Wesentlichen ausgefüllt worden ist. Der Markt ist gesättigt, so dass der Unterlassungsbefehl im ordentlichen Verfahren meist zu spät kommen dürfte und damit seinen Sinn verliert. Spätere Schadenersatzansprüche, auch wenn der Schaden bewiesen werden kann, was oft schwer sein wird, gewähren nicht

den an sich gerechtfertigten Schutz (Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, Bern 1992, S. 217). Insofern kann der Beschwerdeführerin beige-
pflichtet werden, dass es kaum möglich sein wird, im Nachhinein (d.h. sollte
diese – angeblich – unlautere Werbung andauern), den unlauter erzielten
Marktvorteil der Beschwerdegegnerin rückgängig zu machen. Nicht leicht
wiedergutmachbar sind aber solche Nachteile, die durch Schadenersatz-
leistungen in Form von Geldzahlungen überhaupt nicht oder nicht vollstän-
dig oder vollwertig ausgeglichen werden können (Michael Leupold, a.a.O., S.
267). Zwar mag man Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Frage
vermissen, inwiefern denn die behauptete unlautere Werbung auf das Publi-
kum Wirkung entfaltet. Immerhin handelt es sich, wie die Beschwerdefüh-
rerin selber geltend macht, um ein rezeptpflichtiges Medikament, das also
nur aufgrund einer ärztlichen Verschreibung erhältlich ist. Das bedeutet,
dass der Patient das Medikament von seinem Arzt verschrieben erhält und
dieser erfahrungsgemäss auch bestimmt, mit welchem konkreten Heilmittel
aus einer Palette verschiedener Medikamente der Patient therapiert werden
soll. Hingegen erscheint eine nachhaltige Wirkung auf alle Ärzte, welche das
Rundschreiben vom 13. August 2001 erhalten hätten, wie die Beschwerde-
führerin geltend macht, auch ohne weitere konkretere Ausführungen nach-
vollziehbar, wodurch die Beschwerdegegnerin sich einen unberechtigten
Marktvorteil verschaffen kann. Die Beschwerdeführerin hat zwar einen sog.
Realerfüllungsanspruch auf Einhaltung lauterer Werbung durch die Be-
schwerdegegnerin. Das allein genügt aber entgegen ihrer Meinung noch
nicht als Verfügungsgrund, wenn der Realerfüllungsanspruch durch eine
nachträgliche Surrogation mittels Geldleistung als Schadenersatz, Kondik-
tion oder Gewinnherausgabe ökonomisch vollumfänglich repariert werden
kann. Es bedarf eines besonderen Interesses an der Realerfüllung, das bei-
spielsweise in der Entleerung oder Aushöhlung des Realerfüllungsanspruchs
zu erblicken ist (Michael Leupold, a.a.O., S. 268 ff.). Würde man nun der
(angeblich) krass irreführenden, gegen das Heilmittelrecht verstossenden
Werbung der Beschwerdegegnerin keinen vorsorglichen Einhalt gebieten,
könnte die Beschwerdegegnerin tatsächlich noch während der Dauer eines
ordentlichen Prozesses, der über sämtliche Instanzen hinweg doch mehrere
Jahre dauern dürfte, ihre Marktstellung ungehindert ausbauen und sich Vor-
teile verschaffen, die später kaum mehr rückgängig zu machen wären. Damit
würde aber der Realerfüllungsanspruch der Beschwerdeführerin auf ein lau-
teres Verhalten der Beschwerdegegnerin im Wettbewerb wesentlich entleert.
Hinzu kommt auch ein öffentliches Interesse, das in der Heilmittelwerbung
eine gesteigerte Bedeutung hat und dessen Schutz eine schnelle Durchset-
zung der wettbewerbsrechtlichen Normen verlangt (Urs Schenker, Die vor-
sorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Diss. Zürich 1985,
S.81 f.). Das von der Lehre geforderte besondere Interesse ist hier gegeben.
In Würdigung der gesamten Sachlage und nicht zuletzt auch aufgrund der
notorisch zu bezeichnenden Schwierigkeiten, den aus einer UWG-verletzenden
Werbung resultierenden Schaden zu beweisen (J. Zürcher, Der Einzel-

richter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Zürich 1998, S. 103), hiesse es die Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes überspannen, wenn man von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall weitere konkrete Ausführungen zur Art der Beeinträchtigung ihrer wettbewerblichen Stellung verlangte, die eine Gefährdung der wirtschaftlichen Erwartungen vermuten lassen (vgl. Daniel Alder, a.a.O., S. 87).

d) Die Vorinstanz erwoג des Weiteren, dass entsprechende Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Frage der Auswirkungen der behaupteten Rechtsverletzungen auf dem Markt umso mehr erforderlich gewesen wären, als die Beschwerdegegnerin vorprozessual geltend gemacht habe, ein «Grossteil der beanstandeten Aussagen» würden bereits «seit mehreren Jahren in identischer oder ähnlicher Form gemacht». Damit spricht sie nach Auffassung der Parteien indirekt die Frage nach der Dringlichkeit des verlangten Rechtsschutzes bzw. der Verwirkung des Anspruchs auf Erlass vorsorglicher Massnahmen durch Zuwarten an. Die Beschwerdegegnerin macht denn auch eine solche Verwirkung ausdrücklich geltend.

aa) Wartet ein Antragsteller mit seinem Begehren unverhältnismässig lange zu, ist die Dringlichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes in Frage gestellt bzw. kann der Anspruch auf diesen Schutz verwirkt sein. Es handelt sich dabei um eine besondere prozessrechtliche Verwirkung, die von der materiellrechtlichen zu unterscheiden ist. Durch sein – grundloses – Zuwarten verliert der Antragsteller zwar nicht seinen materiellrechtlichen Anspruch und damit auch nicht die Klagemöglichkeit im ordentlichen Verfahren, wohl aber das Recht auf Durchführung des für dringende Fälle vorgesehenen Massnahmeverfahrens, weil die Einleitung eines schnellen Verfahrens nach längerem Zuwarten ohne rechtfertigende Gründe im Sinne des venire contra factum proprium rechtsmissbräuchlich erscheint. Es soll die Säumigkeit des Antragstellers nicht zu Lasten des Antragsgegners durch die Durchführung eines Verfahrens ohne volle Richtigkeitsgarantien wettgemacht werden dürfen. Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs trifft den Antragsteller aber auch bei längerem Zuwarten mit dem Massnahmebegehren nicht, wenn er nicht einfach untätig blieb, sondern versuchte, seinen Anspruch auf andere Weise, beispielsweise durch Abmahnung, Einigungsverhandlungen und dergleichen durchzusetzen, oder die Zeit wegen der komplexen Rechts- oder Sachlage für Abklärungen und die Vorbereitung des Massnahmebegehrens nutzen musste (Urs Schenker, a.a.O., S. 86 f. mit weiteren Hinweisen). Der einstweilige Rechtsschutz ist nur bei völlig grundlosem, rechtsmissbräuchlichem Zuwarten verwirkt (Isaak Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, S. 141). Ein Zuwarten allein darf denn auch nicht zur kategorischen Verneinung der Dringlichkeit führen, vielmehr ist diese als allgemeine Voraussetzung jeder vorsorglichen Massnahme stets selbständig zu prüfen (David Rüetschi, Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf, in: sic! 6/2002, S. 418).

bb) Die Beschwerdegegnerin hat in einer ausführlichen und belegten Zusammenstellung im Einzelnen glaubhaft dargelegt, dass die von der Beschwerdeführerin beanstandeten Werbeaussagen, für die ein vorsorgliches Verbot gefordert wird, wörtlich oder zumindest sinngemäss teilweise seit bereits mehreren Jahren gemacht werden. Sämtliche beanstandeten Werbeaussagen, mit Ausnahme des Zitats von Prof. B., reichen gemäss der erwähnten Zusammenstellung in der einen oder anderen Form mindestens ein Jahr seit Einleitung des Massnahmeverfahrens zurück. Mit der Beschwerdegegnerin kann angenommen werden, dass die Beschwerdeführerin über die Inserate und Mailings der wichtigsten Konkurrenzunternehmen, wozu die Beschwerdegegnerin aufgrund der klaren Marktpräsenz zweifellos gehört, jederzeit im Bilde war. Die Beschwerdeführerin bestreitet auch nicht, dass sie diese Aussagen erst mit Abmahnschreiben vom 18. September 2001 erstmals kritisiert hat. Nun scheint aber bis zum Rückzug des A.-Medikaments im August 2001 «der Markt für die entsprechenden Medikamente weitgehend verteilt» gewesen zu sein, wie die Beschwerdegegnerin selbst ausführt, weshalb die Beschwerdeführerin den Einfluss der angeblich widerrechtlichen Werbung im Markt weniger gravierend eingeschätzt haben mag. Im Zuge der Neuverteilung des dadurch freigewordenen Marktanteils für andere Lipid-Senker und insbesondere in der Bezugnahme auf den Rückzug des A.-Medikaments erhielt diese Werbung jedenfalls eine völlig neue Aktualität und Dimension. In einem solchen Fall, in welchem sich die Sachlage massgeblich verändert hat, erscheint es aber richtig, den Lauf der prozessualen Verwirkungsfrist neu beginnen zu lassen (David Rüetschi, a.a.O., S. 424). Auf das Abmahnschreiben der Beschwerdeführerin vom 18. September 2001 sagte die Beschwerdegegnerin in ihrem Schreiben vom 28. September 2001 zunächst zu, dass bis nach Abschluss der in Aussicht gestellten Prüfung der Beanstandungen generell kein Werbeversand betreffend Z. mehr erfolgen werde und die Behauptungen nicht mehr aufgestellt würden. In der Stellungnahme vom 11. Oktober 2001 erklärte sie dann aber unmissverständlich, dass «keinerlei Veranlassung (bestehe), die bemängelten Aussagen inskünftig zu unterlassen». Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin habe sich «nur dem Schein nach verpflichtet, die beanstandeten Werbeaussagen nicht mehr zu machen», trifft deshalb in dieser Form nicht zu. Wenn die Beschwerdeführerin sich daraufhin noch knapp vier Monate Zeit liess, bis sie ihr Massnahmebegehren stellte, mag das zunächst etwas lange erscheinen. Allein ein Rechtsmissbrauch kann darin nicht erblickt werden. Allein die Vorbereitung des doch relativ komplexen Massnahmebegehrens dürfte einige Zeit beansprucht haben. Folgt man im Übrigen der vom Bundesgericht definierten Dringlichkeit im relativen Sinn, die sich nicht an einer abstrakten Zeitspanne bemisst, sondern relativ, an der voraussichtlichen Dauer des Hauptprozesses (David Rüetschi, a.a.O., S. 421 f. mit Hinweis auf BGer, SMI 1983, 148 ff.), steht eine Verwirkung im vorliegenden Fall ausser Frage.

3. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Verfügungsgrund im vorliegenden Fall zu bejahen ist. Die Beschwerde erweist sich daher in diesem Punkt als begründet und ist gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist dementsprechend aufzuheben.

Wie erwähnt hat die Vorinstanz über den Verfügungsanspruch noch nicht befunden. Die Beschwerdegegnerin hatte sodann auch noch keine Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Die Sache ist daher zur Vervollständigung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese Rückweisung drängt sich auch auf, da den Parteien sonst eine Instanz verloren ginge, wenn die Justizkommission die Vervollständigung des Verfahrens selber vornehmen und daraufhin direkt entscheiden würde.

Justizkommission, 10. Oktober 2002, i.S. P. AG / B. AG

§§ 201, 203 und 204 ZPO. – § 201 Abs. 2 ZPO hat den Charakter einer Ordnungsvorschrift und bezweckt nicht, die säumige Gegenpartei an der Berufungsverhandlung von jeglicher Stellungnahme zur Berufung auszuschliessen.

Aus den Erwägungen:

1.2 Die verspätete Berufungsantwort der Beklagten war aus dem Recht zu weisen, nachdem die Gegenparteien einer Wiederherstellung der Frist nicht zustimmten (§ 91 Abs. 2 GOG). Entgegen der Auffassung der Klägerin 1 war die Beklagte dennoch zum Parteivortrag an der Berufungsverhandlung zuzulassen, wie im Folgenden aufzuzeigen ist.

1.2.1 Die Berufung gegen ein kantonsgerichtliches Urteil ist binnen 30 Tagen nach dessen Zustellung bei der Obergerichtskanzlei schriftlich und im Doppel einzureichen. Die Berufung ist zu begründen, und es ist anzugeben, in welchen Punkten das erstinstanzliche Urteil angefochten wird, welche neuen Vorbringen angerufen und welche Anträge gestellt werden (§ 201 Abs. 1 ZPO). Ein Doppel der Berufungsschrift wird an die Gegenpartei zur Beantwortung binnen 20 Tagen übermittelt (§ 201 Abs. 2 ZPO). Verspätet eingereichte Berufungen sind ohne Parteiverhandlung unter Mitteilung an die Parteien zurückzuweisen (§ 203 Abs. 1 ZPO). In der Berufungsverhandlung sind jeder Partei zu Berufung und Anschlussberufung je ein Vortrag gestattet (§ 204 Abs. 1 ZPO). Nach dem Schriftenwechsel können die Parteien mit Zustimmung des Gerichts auf die Teilnahme an der Berufungsverhandlung verzichten (§ 204 Abs. 2 ZPO). Das Nichterscheinen einer oder beider Parteien vor Obergericht hat keinen Rechtsnachteil zur Folge. Die erschienene Partei wird zum Vortrag zugelassen und das Urteil auf Grund dieser Anbringen und der Akten gefällt (§ 207 ZPO).