

LU_GERICHTE 11 04 85.1 vom 15. Juli 2004

LU Gerichte, 2004-07-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_11_04_85.1

FR: LU_GERICHTE 11 04 85.1 du 15 juillet 2004

IT: LU_GERICHTE 11 04 85.1 del 15 luglio 2004

Regeste

Art. 2 f. UWG; Art. 31 f. HMG; Art. 28c - 28f ZGB. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im UWG. Auch in der Fachwerbung haben die Werbeaussagen vor dem UWG und dem Heilmittelrecht standzuhalten. Der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil kann in der drohenden Marktverwirrung und Marktverwässerung bestehen. | UWG (unlauterer Wettbewerb)

Volltext

Luzern Kantonsgericht sonstige 15.07.2004 11 04 85.1 (2004 I Nr. 29)

Art. 2 f. UWG; Art. 31 f. HMG; Art. 28c - 28f ZGB. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im UWG. Auch in der Fachwerbung haben die Werbeaussagen vor dem UWG und dem Heilmittelrecht standzuhalten. Der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil kann in der drohenden Marktverwirrung und Marktverwässerung bestehen. | UWG (unlauterer Wettbewerb)

Rechtsprechung Luzern Instanz: Obergericht Abteilung: I. Kammer Rechtsgebiet: UWG (unlauterer Wettbewerb) Entsch. d. Datum: 15.07.2004 Fallnummer: 11 04 85.1 LGVE: 2004 I Nr. 29 Leitsatz: Art. 2 f. UWG; Art. 31 f. HMG; Art. 28c - 28f ZGB.

Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im UWG. Auch in der Fachwerbung haben die Werbeaussagen vor dem UWG und dem Heilmittelrecht standzuhalten. Der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil kann in der drohenden Marktverwirrung und Marktverwässerung bestehen. Rechtskraft: Diese Entscheidung ist rechtskräftig. Entscheid: Art. 2 f. UWG; Art. 31 f. HMG; Art. 28c - 28f ZGB.

Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im UWG. Auch in der Fachwerbung haben die Werbeaussagen vor dem UWG und dem Heilmittelrecht standzuhalten. Der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil kann in der drohenden Marktverwirrung und Marktverwässerung bestehen. =====

===== Beide Parteien vertreiben ein Arzneimittel zur Behandlung der Blutarmut bei Patientinnen und Patienten mit Niereninsuffizienz bzw. der renalen Anämie. Das Medikament der Gesuchstellerin heisst Recormon und dasjenige der Gesuchsgegnerinnen Aranesp. Im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen beantragte die Gesuchstellerin beim Amtsgerichtspräsidenten, den Gesuchsgegnerinnen sei zu untersagen, in ihrer Fachwerbung über ihr Produkt bestimmte Behauptungen zu äussern. Der erstinstanzliche Richter hiess das Gesuch teilweise gut. Die Gesuchsgegnerinnen rekurrten erfolglos an das Obergericht. Aus den Erwägungen: 8.- Art. 14 UWG verweist für die Regelung der vorsorglichen Massnahmen auf Art. 28c - 28f ZGB über den Persönlichkeitsschutz, die sinngemäss anwendbar sind. Zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen bedarf es daher kumulativ eines widerrechtlichen Verhaltens im Sinne von Art. 2 f. UWG sowie eines nicht leicht wieder gutzumachenden

Nachteils. Unlauter und widerrechtlich ist 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 insbesondere, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen unrichtige oder irreführende Angaben macht (Art. 3 lit. b UWG) oder wer sich, seine Waren, Werke oder Leistungen in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehrender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken oder Leistungen vergleicht (Art. 3 lit. e UWG). Die Werbung für Arzneimittel wird im Heilmittelgesetz (HMG; SR 812.21) sowie in der Verordnung über die Arzneimittelwerbung (Arzneimittel-Werbeverordnung, AWV; SR 812.212.5) geregelt, welche spezielle Bestimmungen für die Fachwerbung enthalten. Grundsätzlich unzulässig ist jede Werbung, die irreführend ist oder der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten widerspricht (Art. 32 Abs. 1 HMG). Die Fachwerbung muss in ihren Aussagen genau, ausgewogen, sachlich zutreffend und belegbar sein. Die Aussagen dürfen nicht irreführend sein (Art. 5 Abs. 3 AWV). Aussagen zu Vergleichen mit anderen Arzneimitteln sind nur zulässig, wenn sie wissenschaftlich korrekt sind (Art. 7 Abs. 1 AWV). Ferner darf Fachwerbung den Ausdruck "sicher" nicht verwenden, ausgenommen in Verbindung mit einer sachgerechten Qualifikation (Art. 13 lit. a AWV). Im Massnahmeverfahren müssen Verfügungsanspruch (zu sichernder materiellrechtlicher Anspruch) sowie Verfügungsgrund (Dringlichkeit bzw. Gefährdung der Rechtsdurchsetzung) bloss glaubhaft gemacht werden. Diesem Erfordernis ist Genüge getan, wenn die behauptete Verletzung aufgrund der bestehenden Aktenlage sowie bei summarischer Kognition als wahrscheinlich begründet erscheint (Hauptsachenprognose). Der Richter braucht nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu sein, sondern es genügt, dass ihm aufgrund objektiver Anhaltspunkte der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsachen vermittelt wird, ohne dass er dabei die Möglichkeit ausschliessen müsste, dass die Verhältnisse sich anders gestalten könnten. Zur Prüfung der Frage, ob der geltend gemachte Anspruch als glaubhaft erscheine, hat das Gericht die Vorbringen beider Parteien in gleicher Weise zu berücksichtigen. Der Gesuchsgegner kann daher den Wahrscheinlichkeitsbeweis des Gesuchstellers zerstören, indem er seinerseits glaubhaft macht, dass der Anspruch nicht besteht (BGE vom 6.6.2003 4P.64/2003; E. 3.1 und 3.3; veröffentlicht in sic! 2003 S. 984 f.; Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Komm. zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], Basel 2001, N 30 ff. zu Art. 14 UWG). 8.1. Die Vorinstanz ist zum Schluss gekommen, dass der Ausdruck "Sicher einen Schritt voraus" gemäss Art. 13 AWV i.V.m. Art. 31 Abs. 3 HMG und Art. 2 f. UWG und die vergleichenden Werbeaussagen "In Patients with CKD - rise above conventional EPO" und "Switch to Aranesp and rise above the limits of conventional anaemia Therapy" im Sinne von Art. 3 lit. e UWG i.V.m. Art. 32 HMG, Art. 5 Abs. 5 und Art. 7 Abs. 1 AWV unlauter seien. Die Gesuchsgegnerinnen halten demgegenüber lediglich daran fest, dass die von der Gesuchstellerin beanstandeten Aussagen zulässig seien, und verweisen auf die entsprechenden Vorbringen in den erstinstanzlichen Rechtsschriften. Dies stellt jedoch keine genügende Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid dar, weshalb die Ausführungen der Vorinstanz grundsätzlich als unbestritten zu gelten haben. 8.1.1. Die Gesuchsgegnerinnen wiederholen in diesem Zusammenhang ihren Einwand, die Inserate richteten sich an die Fachwelt. Massgeblich sei die konkret relevante Verkehrsauffassung. Sie hätten substantiiert dargelegt, welches Niveau Fachwerbung in diesem Bereich habe. Es gehe nicht um den Einwand der "unclean hands", wie die

Vorinstanz meine, der im UWG unzulässig sei. Es gehe um die Beurteilung, ob sich ein Facharzt als massgeblicher Durchschnittsleser der "NEPHRO-NEWS" durch die Inserate der Gesuchsgegnerinnen verwirren oder sich von ihnen dahingehend beeinflussen lasse, dass er das Medikament der Gesuchstellerin absetze und neu dasjenige der Gesuchsgegnerinnen einsetze. Wenn erwiesen sei, dass die gesamte Branche solche Werbung platziere, komme darin die relevante Verkehrsauffassung zum Ausdruck und es liege darin auch der Nachweis, dass die beanstandeten Inserate unmöglich eine Marktverwirrung bewirken könnten. 8.1.2. Es ist unbestritten, dass sich die Werbung der Gesuchsgegnerinnen an Fachärztinnen und Fachärzte der Nephrologie richtet und ihr Verständnis daher als massgebende Verkehrsauffassung zu betrachten ist. Dies ändert indessen nichts daran, dass sich die Gesuchsgegnerinnen mit ihrem Hinweis auf das generelle Niveau der Fachwerbung auf ein angeblich mehr oder weniger übliches unlauteres Verhalten anderer Mitbewerber berufen, welches die Auffassung der mit der Werbung angesprochenen Verkehrskreise präge. Abgesehen davon, dass die Gesuchsgegnerinnen im Rekurs keine näheren Ausführungen zum angeblichen Niveau der Fachwerbung machen (der Verweis auf vorinstanzliche Vorbringen ist, wie erwähnt, unbeachtlich), läuft diese Argumentation auf den Einwand der "unclean hands" hinaus, den die Vorinstanz unter Hinweis auf die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Recht als unzulässig verworfen hat (Pra 2004 Nr. 54 S. 300 ff.; Baudenbacher, a.a.O., N 35 ff. zu Art. 2 UWG; Mario M. Pedrazzini/Federico A. Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl., Bern 2002, N 4.69). Die Gesuchsgegnerinnen können sich nicht darauf berufen, in der angeblich unlauteren Werbung der gesamten Branche komme die massgebliche Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise zum Ausdruck, würde dies doch bedeuten, dass die Bestimmungen des UWG in einem bestimmten Marktbereich unterlaufen würden, was nicht der Wille des Gesetzgebers sein kann (vgl. Pra 2004 Nr. 54 S. 301 f.). Das UWG bezweckt gerade, solche Werbeexzesse zu verhindern (BGE 104 II 129; 79 II 412). Zudem haben nicht nur die Fachärztinnen und Fachärzte in ihrer Eigenschaft als Konsumentinnen und Konsumenten Anspruch auf Schutz vor irreführender, unlauterer Werbung, sondern es kommt auch dem öffentlichen Interesse in der Heilmittelwerbung generell gesteigerte Bedeutung zu (ZGGVP 2002 S. 204), was sich auch in der detaillierten gesetzlichen Regelung zeigt. Es kann somit auch in der Fachwerbung für Arzneimittel nur darum gehen, in jedem einzelnen Fall konkret zu prüfen, ob die beanstandeten Werbeaussagen vor dem UWG und dem Heilmittelrecht standhalten oder nicht (vgl. BGE 79 II 412; vgl. BGE 102 II 294). Die Gesuchsgegnerinnen könnten im Übrigen bezüglich der behaupteten Verkehrsauffassung auch nichts aus dem Schreiben des Sekretariats Pharma-Fachwerbungskodex der Schweizerischen Gesellschaft für Chemische Industrie (SGCI) vom 8. Dezember 2003 ableiten. Daraus ergibt sich einzig, dass das Wort "Sicher" im Slogan "Sicher einen Schritt voraus" zu Bedenken Anlass gab und die SGCI davon ausging, es werde mit einem andern Begriff (z.B. "zweifellos") ersetzt. Ob der übrige Teil des Slogans geprüft wurde, ist nicht ersichtlich. 8.2. Die Gesuchsgegnerinnen wenden ein, das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen hätte mangels Substanziierung abgewiesen werden müssen. Die Gesuchstellerin habe weder glaubhaft gemacht, dass sie einen Nachteil erleide, noch dass dieser nicht leicht wieder gutzumachen sei. Das ergebe sich auch aus dem vorinstanzlichen Entscheid selbst, aus dem nicht hervorgehe, auf welche substanziierten Behauptungen und Belege er sich stütze. Stattdessen verkehre die Vorinstanz die Rechtslage noch ins Gegenteil, wenn sie ausführe, es sei im Hauptverfahren Sache der Gesuchsgegnerinnen, ihren Nachteil nachzuweisen, wenn sich ergebe, dass die

vorsorglichen Verbote nicht gerechtfertigt gewesen seien. 8.2.1. Die Gesuchstellerin macht wie bereits vor erster Instanz geltend, die Nachteile, die sie erleide, ergäben sich aus der nicht unerheblichen Marktverwirrung, indem die Gesuchsgegnerinnen ihr Produkt pauschal als überragend darstellten und Ärzte offen dazu aufforderten, das Medikament zu wechseln und neu ARANESP zu verwenden. Hinzu komme der Imageschaden, den sie als unter dem Namen "R." tätige Unternehmung erleide, was für sich allein einen ausreichenden Grund für die Gewährung einer vorsorglichen Massnahme darstelle. Die Höhe des Schadens könne bei dieser Ausgangslage naturgemäss nicht beziffert werden. Sie habe mit der Angabe von 250'000 Euro lediglich auf den Streitwert eines vergleichbaren Verfahrens in Deutschland hingewiesen und gestützt darauf den Schaden auf "wenige Hunderttausend Franken" geschätzt. Von einer Festlegung könne daher nicht die Rede sein. Sie habe glaubhaft gemacht, dass die beanstandeten Aussagen der Gesuchsgegnerinnen irreführend seien und zu einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil führten. Ein anderer Grund bzw. eine Unterbrechung des Kausalverlaufs durch eine andere Ursache bestehe nicht. Bereits in ihrem Gesuch hatte die Gesuchstellerin vor erster Instanz ausgeführt, die Gesuchsgegnerinnen schafften mit ihren vergleichenden Werbeaussagen bewusst eine nicht unerhebliche Marktverwirrung, die regelmässig zu einem nur schwer bestimmbar und daher kaum vollständig ersetzbar Schaden führe. Der Schaden bestehe nicht nur in einem drohenden Verlust von Marktanteilen, sondern darüber hinaus in einer Rufschädigung.

8.2.2. Nicht leicht ersetzbar sind vor allem Nachteile, die durch Geld nicht voll ausgeglichen werden können, also gefährdete Ansprüche auf Realerfüllung, insbesondere Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche. Im Bereich des UWG ist die Höhe des möglicherweise entstandenen Schadens normalerweise nur schwer nachweisbar, weil die Auswirkungen von schädigenden Wettbewerbshandlungen durch einen Konkurrenten auf das betriebswirtschaftliche Ergebnis des eigenen Unternehmens nicht ohne weiteres berechnet werden können und somit eine irreparable Schädigung verursachen (René Ernst, Die vorsorglichen Massnahmen im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Zürich 1992, S. 76 f.; Baudenbacher, a.a.O., N 22 zu Art. 14 UWG). Verlangt werden aber in der Praxis immerhin konkrete Ausführungen zur Art der Beeinträchtigung der wettbewerblichen Stellung des Antragstellers, die eine Gefährdung der wirtschaftlichen Erwartungen vermuten lassen. In der Regel genügt es nicht, als Nachteil bloss entgangenen Gewinn geltend zu machen; wo jedoch die Festlegung und Beweisbarkeit eines solchen Gewinnverlusts mit übermässigen Schwierigkeiten verbunden ist, muss eine vorsorgliche Massnahme zugelassen werden (Daniel Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bern 1993, S. 87 ff.; Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., N 15.16).

Marktverwirrung und Marktverwässerung lassen einen Schaden entstehen, der nur schwer bestimmt und daher kaum vollständig ersetzt werden kann, weshalb ihn einzig eine vorsorgliche Massnahme verhindern kann (BGE vom 6.12.1977, in: SMI 1984 S. 336 ff.; Baudenbacher, a.a.O., N 27 zu Art. 14 UWG; sic! 1999 S. 457).

8.2.3. Auch wenn die Ausführungen der Gesuchstellerin über den drohenden Nachteil zwar relativ allgemein gehalten sind, ergibt sich daraus doch mit genügender Deutlichkeit, inwiefern ihre Marktstellung durch das unlautere Werbeverhalten der Gesuchsgegnerinnen konkret beeinträchtigt wird. Sie hat nicht einfach pauschal auf eine drohende Marktverwirrung hingewiesen, was für sich allein zur Glaubhaftmachung eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht genügen würde (BGE vom 2.5.1978, in: SMI 1978 S. 218; vgl. demgegenüber BGE vom 29.11.1989, wo festgehalten wurde, die Ausführungen im Gesuch und die Verwechslungsgefahr implizierten sehr wohl eine ausreichende Glaubhaftmachung

der Behauptung, der Beschwerdeführerin drohe ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil. Es sei nicht ersichtlich, wie der befürchtete Nachteil näher hätte konkretisiert werden können, in: SMI 1990 S. 329). Die Gesuchsgegnerinnen berufen sich auf BGE vom 6. Juni 2003, woraus sich ergebe, dass eine behauptete Verunsicherung des Marktes zu belegen sei. Wohl hat das Bundesgericht in diesem Urteil festgehalten, für den Wahrscheinlichkeitsbeweis des Glaubhaftmachens genüge die blosser Behauptung nicht. Es bedürfe des Belegs von Tatsachen, welche die glaubhaft zu machenden Tatbestände objektiv wahrscheinlich machten. Die Vorinstanz habe das Willkürverbot nicht verletzt, wenn sie von der Beschwerdeführerin Belege für die Tatsachen verlangt habe, aus denen sie ableiten wolle, dass die unbestrittene Marktverwirrung auf das von ihr beanstandete Verhalten der Gegenpartei zurückzuführen sei (BGE vom 6.6.2003 [4P.64/2003] E. 3.3). Der vom Bundesgericht in diesem Fall beurteilte Sachverhalt unterscheidet sich jedoch insofern vom vorliegenden, als das Vorliegen einer Marktverwirrung unbestritten und lediglich fraglich war, ob sie auf das beanstandete Verhalten der dortigen Beschwerdegegnerin zurückzuführen sei. Hinzu kommt aber im vorliegenden Fall, dass die Gesuchstellerin zusätzlich einen drohenden Imageschaden bzw. eine drohende Rufschädigung geltend macht, die anerkanntermassen mit Geld allein nicht vollständig ersetzt werden kann (Ernst, a.a.O., S. 79; SMI 1991 S. 275). Die Vorinstanz hat im Rahmen der Prüfung der drohenden Nachteile zudem ausgeführt, welche Nachteile die Gesuchstellerin durch die beanstandete Werbung erleide und welche ihr aus dem Umstand erwachsen, dass das Konkurrenzprodukt der Gesuchsgegnerinnen bereits etwas weiter entwickelt sei, lasse sich wohl nur durch eine Expertise abklären. Sie hat damit richtigerweise auf die im ordentlichen Verfahren zu erwartenden Beweisschwierigkeiten (insbesondere betreffend den Kausalzusammenhang) hingewiesen, die zu den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteilen zählen (Baudenbacher, a.a.O., N 22 zu Art. 14 UWG; Ernst, a.a.O., S. 79; SMI 1991 S. 275). Der Vorwurf der Gesuchsgegnerinnen, die Vorinstanz habe die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen verkannt, geht daher fehl. Ebenso unzutreffend ist der Einwand, die Vorinstanz verkehre die Rechtslage in ihr Gegenteil, wenn sie ausführe, die Gesuchsgegnerinnen könnten Schadenersatz verlangen, wenn sich im Hauptverfahren herausstelle, dass die angeordnete Massnahme nicht gerechtfertigt sei. Dieser Schadenersatzanspruch ergibt sich direkt aus Art. 14 UWG i.V. mit Art. 28f ZGB. Die Gesuchstellerin hat im Übrigen im Massnahmengesuch den Schaden bzw. Streitwert, der naturgemäss schwer zu beziffern sei, nicht auf 250'000 Euro festgelegt, sondern im Sinne einer Schätzung mit "wenigen Hunderttausend Franken" angegeben. 8.3. Die Gesuchsgegnerinnen machen weiter geltend, sie hätten in der Duplik geltend gemacht, dass ihnen die Änderung der Werbung Kosten verursachen würde, was seitens der Gesuchstellerin unwidersprochen geblieben sei. Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerinnen gelten Vorbringen in der Duplik als bestritten. Die Gesuchstellerin stellt aber nicht grundsätzlich in Abrede, dass die Änderung der Werbung Kosten für die Gesuchsgegnerinnen verursacht, was im Übrigen auch auf der Hand liegt. Die Vorinstanz hat im Zusammenhang mit diesen Kostenfolgen aber zu Recht berücksichtigt, dass den Gesuchsgegnerinnen die beanstandeten Werbeaussagen in Deutschland bereits verboten wurden, weshalb ihnen dieser Aufwand mindestens teilweise ohnehin anfallen wird. Sie ist im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung zum Schluss gekommen, dass die Nachteile, die den Gesuchsgegnerinnen durch den Erlass des Verbots erwachsen, weniger schwer wiegen als die glaubhaft gemachten Nachteile der Gesuchstellerin. Insbesondere lasse sich ihr Schaden relativ einfach belegen, falls sich im

Hauptverfahren zeigen sollte, dass die Massnahmen ungerechtfertigt gewesen seien. Mit diesen (im Übrigen zutreffenden) Ausführungen haben sich die Gesuchsgegnerinnen nicht substantiiert auseinandergesetzt, weshalb sie als unbestritten gelten. 8.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Gesuchstellerin auch den nicht wieder gutzumachenden Nachteil genügend substantiiert und glaubhaft gemacht hat. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung würden hier wohl überspannt, wenn die drohende Marktverwirrung und befürchtete Rufschädigung belegt werden müssten, wie dies die Gesuchsgegnerinnen fordern. Es wird denn auch in der Lehre die Auffassung vertreten, die Besonderheiten der lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüche rechtfertigten es, relativ geringe Anforderungen an Art und Umfang der Darlegung und in beweisrechtlicher Hinsicht zu stellen (Baudenbacher, a.a.O., N 24 zu Art. 14 UWG). I. Kammer, 15. Juli 2004 (11 04 85)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.