

Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
4P.64/2003 /rmd

Urteil vom 6. Juni 2003  
I. Zivilabteilung

Besetzung  
Bundesrichter Corboz, Präsident,  
Bundesrichterin Klett, Bundesrichter Nyffeler,  
Gerichtsschreiberin Boutellier.

Parteien  
X. \_\_\_\_\_ AG,  
Beschwerdeführerin, vertreten durch Fürsprecherin Ursula Eggenberger Stöckli, Bollwerk 15, Postfach 5576,  
3001 Bern,

gegen

Y. \_\_\_\_\_ AG,  
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecher Dr. Thomas Eichenberger, Postfach 6916, 3001 Bern,  
Appellationshof des Kantons Bern, I. Zivilkammer,

Gegenstand  
Art. 9, 29 Abs. 2 BV und Art. 6 EMRK (Zivilprozess; vorsorgliche Massnahmen; rechtliches Gehör),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen das Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern, I. Zivilkammer,  
vom 26. Februar 2003.

Sachverhalt:

A.

Die X. \_\_\_\_\_ AG (Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin) vertreibt das Medikament a, die Y. \_\_\_\_\_ AG (Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin) das Arzneimittel b. Beide Medikamente beruhen auf dem Wirkstoff c, das zur Behandlung von Blutarmut in Folge einer chronischen Niereninsuffizienz angewandt wird. Seit einiger Zeit sind im Zusammenhang mit c unerwünschte Nebenwirkungen aufgetreten, namentlich Erythroblastopenie oder Pure Red Cell Aplasia (PRCA).

Die Gesuchsgegnerin verteilte bzw. versandte im August und September 2002 eine Broschüre und ein Rundschreiben, in denen sie unter anderem einen Vergleich zwischen den beiden Präparaten bezüglich der bisher aufgetretenen Verdachtsfälle von PRCA bei den beiden Verabreichungsarten (subkutan und intravenös) anstellte. Die Gesuchstellerin vertritt die Ansicht, diese Information sei unlauter.

B.

Am 26. September 2002 stellte die Beschwerdeführerin dem Gerichtspräsidium des Gerichtskreises XI Interlaken-Oberhasli folgendes Rechtsbegehren:

” Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe mit Haft oder Busse gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu untersagen:

A) In ihrer Werbung oder in ihren Informationen über ihr Produkt b

1. zu erwähnen, Swissmedic sei informiert, ohne den Inhalt vorgängig mit Swissmedic abgesprochen zu haben;
2. Vergleiche mit a anzustellen, die nicht auf direkten Vergleichsstudien beruhen oder wissenschaftlich korrekt sind;
3. im Zusammenhang mit Inzidenz oder Häufigkeit von PRCA-Fällen resp. PRCA-Verdachtsfällen wörtlich

oder sinngemäss zu erwähnen, die Fachinformation von b habe aufgrund der bisher gemeldeten oder bekannten PRCA-(Verdachts-)Fälle keine Änderung erfahren und b sei sowohl zur subkutanen wie zur intravenösen Applikation zugelassen.

4. Behandlungsempfehlungen abzugeben, die sich nicht nur auf b beziehen, sondern auf c;

5. wörtlich oder sinngemäss zu erwähnen "wenn Sie c lieber subkutan als intravenös verabreichen wollen, haben Sie die Möglichkeit, Ihren Patienten b zu verordnen";

6. den Handelsnamen a zu erwähnen, ausser die Gesuchstellerin habe vorgängig ausdrücklich zugestimmt;

7. zu erwähnen, die Kühlkette für b könne einmalig bis zu 3 Tagen (für die Fertigspritze) bzw. 5 Tagen (für die andern Darreichungsformen) unterbrochen werden (bis maximal 25), ohne gleichzeitig und an der gleichen Stelle die vollständigen Lagerungsbedingungen gemäss der Fachinformation für b aufzuführen.

B. Die Broschüre und das Rundschreiben weiterhin zu verwenden.

... "

Mit Entscheid vom 23. Dezember 2002 erkannte der Gerichtspräsident 1 des bernischen Gerichtskreises XI Folgendes:

1. Der Gesuchsgegnerin wird untersagt, in ihrer Werbung oder in ihren Informationen über ihr Produkt b Vergleiche mit a anzustellen, die nicht auf direkten Vergleichsstudien beruhen oder wissenschaftlich korrekt sind, unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Art. 292 StG im Widerhandlungsfalle.

2. Soweit weitergehend wird das Gesuch abgewiesen.

... "

C.

Auf Appellation beider Parteien erkannte der Appellationshof des Kantons Bern, I. Zivilkammer, mit Entscheid vom 26. Februar 2003 neu, auf das Gesuch werde nicht eingetreten. Das Gericht erkannte zwar, das im Kanton Zug hängige Verfahren zwischen denselben Parteien bilde keinen Grund, auf das früher beim Gerichtspräsidenten 1 des Gerichtskreises XI Interlaken-Oberhasli eingereichte Gesuch vom 26. September 2002 nicht einzutreten. Die zuständige Kammer des Appellationshofes kam jedoch zum Schluss, es sei der Gesuchstellerin nicht gelungen, einen nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil zu substantiieren, was zum Nichteintreten führe. Ausserdem schloss sich die urteilende Kammer in einer Eventualerwägung den Schlüssen der ersten Instanz an, wonach der beanstandete Zusatz über die Information der Swissmedic nicht irreführend sei (Begehren A.1), einem Arzneimittelhersteller unbenommen sein müsse, bei nicht vergleichenden Hinweisen Angaben zu Applikationen des eigenen Medikaments zu machen (Begehren A.3), Werbeempfehlungen zulässig sein müssten (Rechtsbegehren A.4 und A.5) und das Irreführungspotential der konkreten Angabe über die Kühlkette an Fachärzte und Spitalapotheker lauterkeitsrechtlich unbeachtlich sei (Rechtsbegehren A.7); ausserdem verneinte der Appellationshof mit der ersten Instanz in Bezug auf die Rechtsbegehren A.6 und B eine Wiederholungsgefahr. Im Unterschied zur ersten Instanz hielt der Appellationshof aber dafür, es sei der Gesuchstellerin auch nicht gelungen, in Bezug auf die Vergleiche (Rechtsbegehren A.2) eine Täuschung bzw. ein wettbewerbswidriges Verhalten darzutun.

D.

Mit staatsrechtlicher Beschwerde vom 28. März 2003 beantragt die Gesuchstellerin, der Entscheid des Appellationshofs des Kantons Bern vom 26. Februar 2003 sei aufzuheben und der Entscheid des Gerichtspräsidenten von Interlaken vom 23. Dezember 2002 sei zu bestätigen. Sie rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die willkürliche Anwendung von Art. 28c Abs. 1 ZGB und die willkürliche Anwendung der bundesrechtlichen Vorschriften über vergleichende (Arzneimittel-)Werbung.

Die Gesuchsgegnerin stellt in ihrer Vernehmlassung die Rechtsbegehren, auf die staatsrechtliche Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Der Appellationshof des Kantons Bern hat die amtlichen Akten eingereicht, ohne sich zur Sache zu äussern.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können vorsorgliche Massnahmen, wie die im vorliegenden Fall umstrittenen Anordnungen, mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden, unbesehen darum, ob sie als End- oder Zwischenentscheid zu qualifizieren sind (BGE 118 II 369 E. 1; 116 Ia 446, je mit Hinweisen). Die staatsrechtliche Beschwerde ist grundsätzlich zulässig.

1.2 Die staatsrechtliche Beschwerde ist - von hier nicht gegebenen Ausnahmen abgesehen - kassatorischer Natur (BGE 127 III 279 E. 1b; 129 I 129 E. 1.2.1, je mit Hinweisen). Soweit die Beschwerdeführerin mehr verlangt, als die Aufhebung des angefochtenen Entscheids kann auf das Rechtsmittel nicht eingetreten werden. Immerhin ergibt sich aus diesem Antrag ebenso wie aus der Begründung der Beschwerde, dass die Beschwerdeführerin ausschliesslich noch an ihrem ursprünglichen Antrag A.2 festhält, den die erste Instanz gutgeheissen hatte.

1.3 Nach Art. 90 Abs. 1 lit. b OG muss die Beschwerdeschrift unter anderem die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sind. Rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid genügt diesen Anforderungen nicht, vielmehr prüft das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene Rügen (BGE 128 III 50 E. 1c; 127 I 38 E. 3c; 127 III 279 E. 1c, je mit Hinweisen). Soweit die Beschwerde diesen Anforderungen nicht genügt, ist darauf nicht einzutreten.

2.

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, der Appellationshof habe ihr das rechtliche Gehör verweigert, indem er ihre Eingabe vom 13. Januar 2003 mit der alleinigen Begründung aus den Akten gewiesen habe, diese sei gestützt auf Art. 93 ZPO/BE verspätet.

2.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör und die Modalitäten für dessen Wahrnehmung werden zunächst vom kantonalen Recht gewährleistet; nur soweit der vom kantonalen Recht garantierte Schutz die Minimalanforderungen des verfassungsrechtlichen Anspruchs nicht erfüllt oder sich mit diesen deckt, ist Art. 29 Abs. 2 BV direkt anzuwenden. Das Bundesgericht prüft die Anwendung von Art. 29 Abs. 2 BV frei (BGE 127 III 193 E. 3 mit Hinweisen). Die Anwendung und Auslegung kantonalen Rechts prüft das Bundesgericht dagegen nur auf Willkür (BGE 126 I 15 E. 2a mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin rügt ausschliesslich eine Verletzung kantonalen Rechts, weshalb allein zu beurteilen ist, ob der Appellationshof die massgebenden kantonalen Normen willkürlich ausgelegt hat.

2.2 Nach Art. 93 ZPO/BE werden neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur gehört, wenn die Partei genügende Entschuldigungsgründe für die nachträgliche Geltendmachung glaubhaft macht oder der Richter die Anbringen gemäss Art. 89 ZPO/BE von Amtes wegen berücksichtigt. Die Beschwerdeführerin hält gestützt auf eine Kommentarstelle dafür, ihre Eingabe vom 13. Januar 2003 hätte als echtes Novum nach Art. 93 ZPO/BE berücksichtigt werden müssen, weil die Verspätung für echte Nova eo ipso entschuldigt sei (Leuch/ Marbach/ Kellerhals/ Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl. Bern 2000, N. 3 zu Art. 93 ZPO/BE).

Die Eingabe enthielt nach der Behauptung der Beschwerdeführerin einen neuen, aktualisierten Report des Stammhauses der Beschwerdeführerin zur Nebenwirkung PRCA, der vom 6. Januar 2003 datiert und ihr am 10. Januar 2003 zugegangen sei. Die Beschwerdeführerin hätte mit diesem Beweismittel nachweisen können, dass die von der Beschwerdegegnerin in ihrer Werbung verbreiteten Fallzahlen nicht den tatsächlich bekannten Fallzahlen entsprachen.

2.3 Ein aktualisierter Bericht einer Partei bzw. deren Muttergesellschaft über bestimmte, rechtserhebliche Tatsachen kann - soweit er nicht überhaupt einer blossen Parteibehauptung gleichkommt - willkürfrei als unechtes Novum qualifiziert werden, sofern er sich auf vergangene Tatsachen bezieht. Dass die im aktualisierten Bericht des Stammhauses der Beschwerdeführerin behandelten Fakten ihrerseits echt neu gewesen seien, behauptet die Beschwerdeführerin nicht. Sie behauptet im Übrigen auch nicht, dass sie im Sinne von Art. 93 ZPO/BE Entschuldigungsgründe für die prozessual verspätete Erstellung des Berichts bzw. die Erhebung der darin behandelten Daten vorgebracht hätte. Die Rüge willkürlicher Auslegung von Art. 93 ZPO/BE ist unbegründet.

3.

Die Beschwerdeführerin rügt, der Appellationshof habe Art. 28c Abs. 1 ZGB willkürlich angewandt und insbesondere willkürlich verneint, dass sie sowohl die Verletzung ihrer wirtschaftlichen Persönlichkeit wie den darauf zurückzuführenden, nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil im Sinne dieser Bestimmung glaubhaft gemacht habe.

3.1 Wer glaubhaft macht, dass er in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt ist oder eine solche Verletzung befürchten muss, und dass ihm aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil droht, kann nach Art. 28c ZGB die Anordnung vorsorglicher Massnahmen verlangen. Beide Parteien umschreiben mit den kantonalen Instanzen die Bedeutung des Wahrscheinlichkeitsbeweises des Glaubhaftmachens zutreffend. Danach braucht der Richter 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 (BGE 108 II 69 E. 2a; 104 Ia 408 E. 4; 88 I 11 E.5a, je mit Hinweisen; vgl. auch Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. II 3. Aufl., Basel 1985, S. 1068; David, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, 2. Aufl., Basel 1998, SIWR Bd. I/2, S. 187 ff.). 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 (Urteil des Bundesgerichts vom 28. Oktober 1987, P.903/1987, publ. in SMI 1990 I 226 E. 3; vgl. auch David, a.a.O., S. 189).

3.2 Der Appellationshof hat im angefochtenen Entscheid geschlossen, es sei der Gesuchstellerin nicht gelungen, einen auf die umstrittenen Schreiben der Gesuchsgegnerin zurückzuführenden, nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil zu substantzieren. Die urteilende Kammer hielt vielmehr für überwiegend wahrscheinlich, dass allfällige Umsatzeinbussen der Gesuchstellerin auf deren eigene Information oder diejenige der Swissmedic zurückzuführen seien. Die Beschwerdeführerin hat nach den Erwägungen im angefochtenen Entscheid nicht genügend substantziiert, inwiefern ihr durch das Verhalten der Beschwerdegegnerin noch eine zusätzliche Gefährdung ihrer Rechte droht. Der Appellationshof hielt dazu fest, die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur angeblichen Marktverwirrung erschöpften sich mehr oder weniger in nicht dokumentierten Behauptungen, wenn berücksichtigt werde, dass es der Beschwerdeführerin oblegen hätte glaubhaft zu machen, dass diese Marktverwirrung auf das umstrittene Verhalten der Gesuchsgegnerin zurückzuführen sei. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, durch das Schreiben der Beschwerdegegnerin würden selbst Ärzte verwirrt, welche ihr Produkt für andere Indikationen als die subkutane Verabreichung verwenden würden, ist nach den Erwägungen im angefochtenen Entscheid in keiner Weise (etwa durch entsprechende Erklärungen von Ärzten) untermauert. Und die Behauptung der Beschwerdeführerin, verschiedene ärztliche Kommissionen würde ihre Empfehlungen für die umstrittenen Medikamente überdenken, ist danach nicht belegt.

3.3 In ihrer Rechtschrift bringt die Beschwerdeführerin insbesondere vor, der Appellationshof setze die Hürde für das Glaubhaftmachen zu hoch an, wenn er von ihr verlange, dass sie ihre Vorbringen dokumentiere und untermauere. Sie hält für hinreichend, dass die Marktverwirrung unbestritten sei. Ausserdem hält sie ihre Behauptung für genügend, wonach sie Kenntnis davon habe, dass ärztliche Kommissionen ihre Therapieempfehlungen und Spitäler ihre Einkaufsentscheide überdenken würden. Sie vertritt die Ansicht, der Appellationshof setze die Hürde für das Glaubhaftmachen eines bloss drohenden Nachteils zu hoch an, wenn er verlange, dass das sich abzeichnende Risiko dokumentiert und untermauert werde.

Die Beschwerdeführerin verkennt mit diesen Vorbringen, dass für den Wahrscheinlichkeitsbeweis des Glaubhaftmachens die blosser Behauptung nicht genügt. Es bedarf des Belegs von Tatsachen, welche die glaubhaft zu machenden Tatbestände objektiv wahrscheinlich machen. Der Appellationshof hat das Willkürverbot nicht verletzt, wenn er von der Beschwerdeführerin Belege für die Tatsachen verlangte, aus denen sie ableiten will, dass die unbestrittene Marktverwirrung auf das von ihr beanstandete Verhalten der Beschwerdegegnerin zurückzuführen sei, und dass (aktuell) Empfehlungen bzw. Einkaufsentscheide aufgrund dieses Verhaltens überdacht würden. Die Rüge willkürlicher Auslegung von Art. 28c Abs. 1 ZGB ist unbegründet.

4.

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich eine willkürliche Auslegung der bundesrechtlichen Vorschriften über vergleichende Arzneimittel-Werbung. Auf vorsorgliche Massnahmen sind gemäss Art. 14 UWG die Art. 28c - 28f ZGB sinngemäss anwendbar. Zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen bedarf es daher kumulativ nicht nur eines widerrechtlichen Verhaltens im Sinne von Art. 2 f. UWG, sondern überdies eines nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils. Da der Appellationshof diese Voraussetzung ohne Verletzung des Willkürverbots verneint hat, kann offen bleiben, ob die Verneinung der Widerrechtlichkeit des umstrittenen Vergleichs vor dem Willkürverbot standhält.

5.

Die staatsrechtliche Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Gerichtsgebühr ist der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Diese hat der Beschwerdegegnerin überdies die Parteikosten zu ersetzen (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG). Die Bemessung richtet sich unbeschadet der Kostennote der Beschwerdegegnerin nach den üblichen Ansätzen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 6'000.– zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationshof des Kantons Bern, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. Juni 2003

Im Namen der I. Zivilabteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: