

Exemplifizierende Medienberichterstattung verletzt UWG

Bundesgerichtsentscheid vom 8. Januar 1998 (BGE 124 II 72)

Eine beispielhafte Darstellung oder exemplifizierende Medienberichterstattung ist durch die öffentliche Aufgabe der Presse nicht zu rechtfertigen. Vielmehr ist im Rahmen einer negativ-werbenden Information über konkrete Marken, Firmen oder Namen mit geeigneten Mitteln der irreführende Eindruck zu verhindern, dass diese negativen Eigenschaften die erwähnten Personen oder Waren besonders kennzeichnen, und ist sicherzustellen, dass die Kritik in gleicher, Weise auch auf die gleichartigen Produkte derselben Kategorie oder auf sämtliche Wettbewerber mit denselben Eigenschaften bezogen wird.

Sachverhalt:

A.- Die in der Pharmabranche tätige Dr. Wild & Co. AG (Klägerin) vertreibt unter anderem das Medikament «Contra-Schmerz». Im April 1993 entnahm sie der Presse, dass die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG (Beklagte) im Rahmen der Sendung «Kassensturz» vom 20. April 1993 in einem Filmbeitrag über dieses Medikament berichten werde. Sie erwirkte am vorgesehenen Sendetag ein richterliches Ausstrahlungsverbot als vorläufige Massnahme im Sinne von Art. 14 UWG. Die Beklagte strahlte in der Sendung «Kassensturz» vom 20. April 1993 den verbotenen Beitrag ohne Ton und mit grau verdecktem Bild aus, blendete aber gleichzeitig während ca. 50 Sekunden an der oberen und unteren Seite des verdeckten Bildes je zwei Zensurscheren mit folgendem eingerücktem Text ein:

«Superprovisorische Verfügung: Ausstrahlung dieser Filmpassage über «Contra-Schmerz» heute verboten. Richteramt Bern, Jürg Hug, SP.»

Am Ende des Filmbeitrages kommentierte der Präsentator der Sendung, Urs P. Gasche, die abgedeckte Passage wie folgt:

«Sie haben gesehen, wir haben eine Passage über «Contra-Schmerz» nicht ausstrahlen dürfen, da dies die Herstellerfirma Wild heute mit einer superprovisorischen Verfügung durchgesetzt hat.»

Mit Entscheid vom 2. Juni 1993 verbot der Massnahmenrichter der Beklagten in Bestätigung der superprovisorischen Verfügung einstweilen, «in einer «Kassensturz»-Sendung im Rahmen des Beitrages «Arzneimittel» das Schmerzmittel Marke «Contra-Schmerz» alleine bzw. exemplarisch als Vertreter einer ganzen Medikamentenkategorie ohne repräsentative Gegenüberstellung mit anderen Schmerzmitteln in Frage zu stellen bzw. anzugreifen».

Die Klägerin prosequierte die vorläufige Massnahme am 24. November 1993 mit den Rechtsbehörden, der Beklagten sei gerichtlich unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 403 ZPO BE und Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu verbieten, im Rahmen ihrer Sendungen das Schmerzmittel Marke «Contra-Schmerz» alleine und ohne repräsentative Gegenüberstellung mit anderen Schmerzmitteln bzw. exemplarisch als Vertreter einer ganzen Medikamentenkategorie aufgrund gat-

tungsspezifischer Eigenschaften in Frage zu stellen oder sonstwie anzugreifen, und die Beklagte sei überdies zu verurteilen, der Klägerin deren Schaden in gerichtlich zu bestimmendem, jedoch Fr. 8'000 übersteigendem Umfang zu ersetzen.

B.- Das Handelsgericht des Kantons Bern hiess die Klage mit Teilurteil vom 21. September 1994 gut und verbot der Beklagten unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 403 ZPO BE und Art. 292 StGB, im Rahmen ihrer Sendungen das Schmerzmittel Marke «Contra-Schmerz» alleine und ohne repräsentative Gegenüberstellung mit anderen Schmerzmitteln bzw. exemplarisch als Vertreter einer ganzen Medikamentenkategorie aufgrund gattungsspezifischer Eigenschaften in Frage zu stellen oder sonstwie anzugreifen. Ausserdem stellte das Gericht fest, dass die ausgestrahlte Sendung «Kassensturz» vom 20. April 1993, soweit das richterliche Verbot in Sachen «Contra-Schmerz» betreffend, im Sinne des UWG widerrechtlich sei. Nachdem das Bundesgericht am 18. April 1995 auf das Rechtsmittel gegen dieses Urteil nicht eingetreten war, ergänzte das Handelsgericht nach Durchführung eines Beweisverfahrens dieses Urteil am 28. November 1996, hiess die Klage gut und verurteilte die Beklagte, der Klägerin einen Betrag von Fr. 480'000.— nebst Zins zu bezahlen.

C.- Mit eidgenössischer Berufung vom 6. Juni 1997 beantragt die Beklagte, es seien die Urteile des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 21. September 1994 und vom 28. November 1996 aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, eventualiter sei der Prozess zur zusätzlichen Beweisabnahme und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Klägerin schliesst in der Antwort auf Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei, und Bestätigung der angefochtenen Urteile.

Erwägungen:

1.- Die Vorinstanz hat der Beklagten einerseits in Bestätigung der vorsorglichen Massnahme verboten, den nicht gesendeten Filmbeitrag über das Arzneimittel «Contra-Schmerz» auszustrahlen, und sie hat der Klägerin andererseits Ersatz des Schadens zugesprochen, den diese in Folge der tatsächlich gesendeten Information über das richterliche Verbot erlitten hatte. Die Beklagte wendet sich sowohl gegen das Verbot wie gegen die Verurteilung zur

Zahlung von Schadenersatz. Sie bringt vor, an der Unterlassungsklage fehle das Rechtsschutzinteresse, da eine Wiederholungsgefahr nicht bestehe; im übrigen hätte die verbotene Berichterstattung nicht gegen das UWG verstossen. Gegen ihre Verpflichtung zu Schadenersatz wendet sie ein, die Medienäusserung über das richterliche Verbot sei nicht widerrechtlich gewesen, es fehle am Kausalzusammenhang und die Entlastung gemäss Art. 55 OR sei ihr zu Unrecht versagt worden.

a) Die Berufung richtet sich sowohl gegen das Urteil der Vorinstanz vom 21. September 1994 wie gegen dasjenige vom 28. November 1996. Das Rechtsmittel gegen dieses Urteil ist fristgerecht eingereicht worden. Mit der Berufung gegen den Endentscheid können auch vorausgegangene Zwischenentscheide angefochten werden, soweit diese nicht die Zuständigkeit betreffen oder gemäss Art. 50 OG weitergezogen und beurteilt worden sind (Art. 48 Abs. 3 OG). Nachdem das Bundesgericht die gegen das Teilurteil vom 21. September 1994 eingereichte Berufung nicht beurteilt hat, ist das Rechtsmittel der Beklagten gegen beide Urteile der Vorinstanz zulässig.

b) Im Berufungsverfahren ist das Bundesgericht an die Feststellungen der letzten kantonalen Instanz über tatsächliche Verhältnisse gebunden, soweit diese nicht unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen sind oder offensichtlich auf Versehen beruhen (Art. 63 Abs. 2 OG). Soweit die Beklagte ihre Rügen auf Tatsachen stützt, welche in den angefochtenen Urteilen der Vorinstanz nicht festgestellt sind, ist auf die Berufung nicht einzutreten. Denn die Beklagte rügt weder ausdrücklich noch gehörig (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG), die Feststellungen der Vorinstanz beruhen auf einem offensichtlichen Versehen (BGE 115 11 399 E. 2a S. 399 f.). Soweit sie im Zusammenhang mit der Schadensfeststellung eine Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften rügt, verkennt sie die Tragweite von Art. 8 ZGB (BGE 114 11 289 E. 2 S. 290 f.).

2.- a) Nach Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG kann, wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, dem Richter beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten. Ein derartiges Unterlassungsbegehren setzt ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse voraus, das besteht, wenn die widerrechtliche Handlung Unmittelbar droht, d.h. wenn das Verhalten des Beklagten die künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt (BGE 116 11 357 E. 2a S. 359 mit Hinweisen). Indiz für einen bevorstehenden Eingriff kann die Tatsache sein, dass analoge Eingriffe in der Vergangenheit stattgefunden haben (Wiederholungsgefahr) und eine Verwarnung keine Wirkung gezeigt hat oder zwecklos wäre (BGE 90 11 51 E. 9 S. 59 f.). Eine Wiederholungsgefahr darf in der Regel schon dann angenommen werden, wenn der Beklagte die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens bestreitet, ist doch dann zu vermuten, dass er es im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit weiterführen wird (BGE 102 11 122 E. 1 S. 124 f.; DAVID,

Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, in: VON BÜREN/DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIW) Bd. 1/2, S. 77). Als Prozessvoraussetzung muss das Rechtsschutzinteresse an der Unterlassungsklage im Zeitpunkt der Urteilsfällung noch vorhanden sein (BGE 109 11 338 E. 3 S. 346). Dies ist jedenfalls anzunehmen, wenn die Klägerin wie hier eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 14 UWG erwirkt hat und diese gemäss Art. 14 UWG in Verbindung mit Art. 28e Abs. 2 ZGB fristgemäss zu prosequieren hatte, sofern die Beklagte die Rechtswidrigkeit ihrer beabsichtigten Handlung nicht ausdrücklich zugestand. Dies hat die Beklagte nach der Feststellung der Vorinstanz im Urteil vom 21. September 1994 nicht getan. Der Vertreter der Beklagten hat danach zwar in der Hauptverhandlung ausgeführt, die Beklagte habe nach der Visionierung des kritischen Beitrages eingesehen, dass die ursprüngliche Fassung so nicht gesendet werden könne. Eine förmliche Abstandserklärung hat die Beklagte jedoch nicht abgegeben, und sie hat insbesondere daran festgehalten, dass die beispielhafte Kritik nur eines Produktes aufgrund gattungsspezifischer Eigenschaften rechtmässig sei. Dass sie an dieser Auffassung noch im vorliegenden Verfahren festhält, ergibt sich denn auch aus ihrer eventualiter erhobenen Rüge, die Vorinstanz habe die Wettbewerbswidrigkeit der verbotenen Berichterstattung im Sinne der Art. 1, 2 bzw. 3 lit. a UWG bundesrechtswidrig bejaht. Dass die Beklagte - wie sie in unzulässiger Ergänzung der vorinstanzlichen Feststellungen behauptet - der Klägerin ohne Anerkennung der Rechtswidrigkeit der Äusserungen in der Erstausstrahlung zugesichert habe, das Medikament «Contra-Schmerz» in künftigen Sendungen über Kombinationspräparate weder alleine noch exemplarisch als Vertreter einer ganzen Medikamentengruppe ohne Gegenüberstellung mit anderen Schmerzmitteln darzustellen, hat die Vorinstanz jedenfalls zutreffend nicht als förmliche Abstandserklärung verstanden, die das Rechtsschutzinteresse der Klägerin am umstrittenen Verbot dahinfallen liesse.

b) Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil vom 21. September 1994 der Beklagten verboten, das Medikament «Contra-Schmerz» im Rahmen ihrer Sendungen alleine und ohne repräsentative Gegenüberstellung mit anderen Schmerzmitteln bzw. exemplarisch als Vertreter einer ganzen Medikamentenkategorie aufgrund gattungsspezifischer Eigenschaften in Frage zu stellen oder sonstwie anzugreifen. Die Beklagte hält daran fest, dass die ihr verbotene Medienäusserung insoweit nicht unlauter gewesen wäre, als sie das Produkt der Klägerin «pars pro toto» negativ erwähnt hätte. Sie vertritt die Ansicht, mit den von der Vorinstanz festgelegten, massiv einschränkenden Rahmenbedingungen für die exemplifizierende Medienberichterstattung werde die Generalklausel von Art. 2 UWG unzulässig angewendet.

aa) Unlauter ist nach Art. 2 UWG jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwi-

schen Anbietern und Abnehmern beeinflusst. Unlauter handelt insbesondere, wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt (Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG). Eine Äusserung ist nicht schon dann unlauter im Sinne dieser Bestimmung, wenn sie die Waren eines Wettbewerbers herabsetzt; erforderlich ist zudem, dass sie unrichtig, irreführend oder unnötig verletzend ist. Irreführend können wahre Angaben über ein Produkt namentlich dann sein, wenn sie beim Adressaten den falschen Eindruck erwecken, dieses zeichne sich durch einmalige Eigenschaften aus, sei es dass übliche Qualitäten so herausgestrichen (DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., S. 49, N 183; PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, S. 114; SCHALTEGGER, Die Haftung der Presse aus unlauterem Wettbewerb, S. 39; MÜLLER, Lauterkeitsrecht: Einleitung und Generalklausel (Art. 1-2 UWG), in: SIW Bd. V/1, S. 57 f.; STREULI-YOUSSEF, Lauterkeitsrecht: unlauterer Werbe- und Verkaufsmethoden (Art. 3 UWG), in: SIW Bd. V/1, S. 81 f.) oder umgekehrt negative Eigenschaften so dargestellt werden, dass sie als spezifische Merkmale dieser besonderen Ware erscheinen. Irreführend im Sinne von Art. 3 lit. a UWG ist daher etwa ein Verhalten, mit dem der unrichtige Eindruck erweckt wird, dass gerade und allein das von einer bestimmten Metzgerei angebotene Fleisch mit dem BSE-Erreger infiziert sei bzw. dass in bezug auf dieses Fleisch der Verdacht des Gesundheitsrisikos - vor dem gewarnt wird - wahrscheinlicher sei als beim Konsum von Fleisch anderer Metzgereien (BGE 123 IV 211 E. 4a S. 216 f.).

bb) Der Beklagten ist im Grundsatz beizustimmen, wenn sie unter Berufung auf die Generalklausel des Art. 1 vorbringt, das UWG gewährleiste den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten und namentlich auch der Konsumenten. Die Warnung vor gesundheitsschädlichen Waren liegt im öffentlichen Interesse, und es entspricht der Funktion der Presse, dieses öffentliche Interesse wahrzunehmen und entsprechende Erkenntnisse zu verbreiten. Das öffentliche Interesse an der Berichterstattung über mögliche Gesundheitsrisiken entbindet jedoch weder von der Beachtung der Regeln journalistischer Sorgfalt (vgl. BGE 117 IV 193) noch rechtfertigt es die Diskriminierung einzelner Wettbewerbsteilnehmer (BGE 123 IV 211). Zur Warnung vor möglichen Risiken einer bestimmten Kategorie von Waren ist die Nennung und Hervorhebung einzelner Wettbewerber oder ihrer Produkte im Unterschied zu sämtlichen anderen Erzeugnissen mit denselben Eigenschaften weder erforderlich noch geeignet; es widerspricht vielmehr dem Anliegen einer sachbezogenen Information, wenn der Eindruck geschaffen wird, entsprechende Risiken beständen nur bei einzelnen dieser Waren, werden doch damit die Konsumenten unter Umständen geradezu veranlasst, auf andere Waren derselben Kategorie mit denselben negativen Eigenschaften auszuweichen. Weder die öffentliche Funk-

tion der Medien noch deren wirtschaftliche Interessen an Auflagensteigerung oder Erhöhung der Einschaltquoten vermögen die Herabsetzung einzelner namentlich genannter Wettbewerbsteilnehmer oder ihrer Produkte unter dem Vorwand allgemeiner Information im öffentlichen Interesse zu rechtfertigen, wenn nicht besondere Eigenschaften spezifischer Produkte oder das Verhalten bestimmter Wettbewerbsteilnehmer in Frage stehen. Eine beispielhafte Darstellung oder exemplifizierende Medienberichterstattung, wie sie die Beklagte vertritt, ist durch die öffentliche Aufgabe der Presse nicht zu rechtfertigen. Vielmehr ist im Rahmen einer negativ-werbenden Information über konkrete Marken, Firmen oder Namen mit geeigneten Mitteln der irreführende Eindruck zu verhindern, dass diese negativen Eigenschaften die erwähnten Personen oder Waren besonders kennzeichnen, und ist sicherzustellen, dass die Kritik in gleicher Weise auch auf die gleichartigen Produkte derselben Kategorie oder auf sämtliche Wettbewerber mit denselben Eigenschaften bezogen wird.

cc) Dass ein öffentliches Interesse an der Information über mögliche schädliche Wirkungen von Kombinationspräparaten besteht, bestreitet auch die Klägerin nicht. Sie wendet sich allein dagegen, dass ausschliesslich ihr Medikament «Contra-Schmerz» als gesundheitsschädlich oder mindestens als im Vergleich zu Monopräparaten weniger wirksam genannt werde, ohne dass die zur selben Kategorie der Kombinationsmedikamente gehörenden anderen auf dem Markt erhältlichen Marken ebenfalls namentlich erwähnt würden. Dass die Nennung aller erhältlicher Kombinationsmedikamente bzw. sämtlicher Kombinationsmedikamente mit Koffeinzusatz nicht möglich wäre, behauptet die Beklagte nicht. Sie bringt im Gegenteil vor, diese Präparate seien alle im «K-Tip», der «Begleitzeitschrift» zur Sendung «Kassensturz», aufgeführt worden und sie will gar im Rahmen einer Gesamtbetrachtung die Information in diesem Magazin für die Beurteilung der (Un-)Lauterkeit der umstrittenen Sendung mitberücksichtigt wissen. Der von der Beklagten in Aussicht genommene Beitrag im Rahmen der Sendung «Kassensturz» hätte sich jedoch an ein Fernsehpublikum richten sollen und kann schon deshalb nicht zusammen mit einem Presseartikel, der sich an eine Leserschaft richtet, als Einheit betrachtet werden. Die Vorinstanz hat zutreffend den - aufgrund der superprovisorisch verfügten Massnahme schliesslich nicht gesendeten - Fernsehbeitrag als solchen gewürdigt und bundesrechtskonform geschlossen, dass er durch die Nennung bloss der Ware der Klägerin den irreführenden Eindruck erwecke, das Medikament «Contra-Schmerz» zeichne sich in einmaliger Weise durch die negativen Eigenschaften aus, welche der Kategorie der Kombinationspräparate insgesamt zugeschrieben werden sollten. Die Vorinstanz hat Art. 3 lit. a UWG zutreffend angewandt, wenn sie der Beklagten untersagte, in ihren Sendungen das Medikament «Contra-Schmerz» der Klägerin alleine oder exemplarisch als Vertreter einer ganzen Medikamentenkategorie aufgrund gattungsspezifischer Eigenschaften in Frage zu stellen oder sonstwie anzugreifen.

3.- Die Beklagte hat zwar aufgrund der vorsorglichen Massnahme den in Aussicht genommenen Beitrag nicht ausgestrahlt. Statt dessen wurde den Zuschauern mit einem eingerückten Text und einem mündlichen Kommentar mitgeteilt, die Filmpassage über «Contra-Schmerz» sei am Sendetag mit einer superprovisorischen Verfügung verboten worden. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil vom 21. September 1994 festgehalten, diese Art der Information verstosse gegen Art. 2 UWG, denn der Zuschauer erwarte von der wöchentlichen Sendung «Kassensturz» das Anprangern minderwertiger Waren, zweifelhafter Dienstleistungen und täuschenden Marktverhaltens, weshalb die Information über ein richterliches Verbot in bezug auf ein bestimmtes Produkt die irreführende Vorstellung hervorrufe, ein Produzent habe es verstanden, derartige Informationen über seine zweifelhafte Ware zu unterbinden. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, die Art und Weise, wie in der Sendung auf das richterliche Verbot hingewiesen worden sei, habe den Beitrag in den Augen der Zuschauer auf den unmissverständlichen Hinweis reduziert, dass die Verantwortlichen daran gehindert worden seien, die Schädlichkeit von «Contra-Schmerz» darzustellen, während die Kontroverse Monopräparat/Kombinationspräparat bei Analgetika völlig in den Hintergrund getreten und für die Zuschauer nicht mehr erkennbar gewesen sei. Die Vorinstanz ermittelte aufgrund eines Gutachtens den Schaden, den die Klägerin wegen dieses Hinweises in der Sendung «Kassensturz» durch Verkaufseinbussen beim Medikament «Contra-Schmerz» erlitten hatte und sprach ihr mit Urteil vom 28. November 1996 Ersatz in Höhe von Fr. 480'000.— nebst Zins zu.

a) Die Beklagte bestreitet zunächst die Rechtswidrigkeit ihrer Information über das richterliche Verbot. Sie gesteht zwar zu, dass die Erwartungshaltung der Zuschauer von der Vorinstanz zutreffend festgestellt worden sei; sie ist dagegen der Ansicht, die Vorinstanz unterstelle dem Durchschnittszuschauer ein fehlendes Vertrauen in die Verlässlichkeit des Richterstandes, wenn sie davon ausgehe, das Publikum traue ihm zu, dass er Hand böte, minderwertige Ware vor gerechtfertigter Kritik durch die Medien zu schützen. Die Beklagte verkennt, dass dem Publikum nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht bekannt gegeben wurde, aus welchem Grunde die Ausstrahlung der Sendung richterlich verboten wurde und dass gerade im vorliegenden Fall der Grund des Verbotes auch nicht die Kritik am Produkt der Klägerin an sich betraf, sondern die Art und Weise, wie diese Kritik ausschliesslich gegen das Schmerzmittel der Klägerin gerichtet wurde. Dass aber auch inhaltlich durchaus gerechtfertigte Kritik rechtswidrig sein kann und unter Umständen verboten wird, weil sie etwa in unnötig verletzender Art vorgetragen wird oder irreführend ist, darf als allgemein bekannt angesehen werden. Indem die Beklagte in ihrer Sendung «Kassensturz» die Bezeichnung des Produktes nochmals - ohne sachliche Notwendigkeit - ausdrücklich nannte und mit der Art und Weise der Bekanntgabe des richterli-

chen Verbotes durchaus auch ihre Kritik am verfügenden Richter zum Ausdruck zu bringen verstand, vermittelte sie den Eindruck, es sei sachlich gerechtfertigte Kritik gerade und spezifisch an diesem Medikament «Contra-Schmerz» der Klägerin unterbunden worden. Die Vorinstanz hat zutreffend geschlossen, dass diese Art der Bekanntgabe des richterlichen Verbotes gegen Art. 3 lit. a UWG verstösst.

b) Bestand und Höhe des Schadens sind Tatfragen, über die das kantonale Sachgericht grundsätzlich abschliessend befindet. Das Bundesgericht kann auf Berufung hin bloss prüfen, ob die Vorinstanz den Rechtsbegriff des Schadens verkannt oder gegen Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verstossen hat (BGE 119 11 249 E. 3a S. 251). Die ermessensweise Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR beruht auf Tatbestandsermessen und gehört damit zur Feststellung des Sachverhalts, die der Überprüfung im Berufungsverfahren grundsätzlich entzogen ist (BGE 122 111 219 E. 3b S. 222). Rechtsfrage ist zwar, welchen Grad die Schadenseintritt-Wahrscheinlichkeit erreichen muss, um die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu rechtfertigen und ebenso, ob der eingeklagte bundesrechtliche Schadenersatzanspruch durch die Sachvorbringen hinreichend substantiiert ist. Sobald jedoch das kantonale Sachgericht gestützt auf eine Würdigung von Beweisen und konkreten Umständen die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts bejaht oder verneint hat, liegt eine tatsächliche Feststellung vor, an die das Bundesgericht als Berufungsinstanz von hier nicht gegebenen Ausnahmen abgesehen gebunden ist (BGE 122 111 219 E. 3b S. 222 f.). Diese Grundsätze missachtet die Beklagte, wenn sie rügt, die Vorinstanz habe mit ihren Feststellungen zum natürlichen Kausalzusammenhang zwischen der beanstandeten Sendung und dem von der Klägerin behaupteten Umsatzrückgang sowie der Würdigung der Erfolgseignung der vorgebrachten Umstände die Art. 42 Abs. 2 OR und Art. 8 ZGB verletzt. Die Vorinstanz ist aufgrund eines Gutachtens zum Schluss gelangt, dass die Klägerin durch die namentliche Bezeichnung ihres Produktes bei der Information über das richterliche Verbot in der Sendung «Kassensturz» eine Umsatzeinbusse im Vergleich zur Umsatzentwicklung anderer Kombinationspräparate hinnehmen musste und dass sie dadurch einen Schaden in Höhe von Fr. 480'000.— erlitten hat. Das Gericht hat damit gestützt auf eine Würdigung von Beweisen und konkreten Umständen die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts bejaht und den Schaden ermessensweise im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt. Sie hat weder den bundesrechtlichen Schadensbegriff noch bundesrechtliche Grundsätze der Schadensbemessung verkannt noch ist sie von einem bundesrechtswidrigen Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ausgegangen. Die Vorbringen der Beklagten richten sich ausschliesslich gegen die Beweiswürdigung der Vorinstanz und sind daher im Berufungsverfahren nicht zu hören.

c) Die Beklagte rügt schliesslich, die Vorinstanz habe

Art. 55 OR verletzt, indem sie Befreiungsgründe im Sinne dieser Bestimmung zu Unrecht verneint habe. Die Vorinstanz hat der Beklagten vorgehalten, sie habe zwar den Beweis für die Sorgfalt in der Auswahl ihrer Hilfspersonen erbringen können, sei doch der verantwortliche Redaktor Gasche ein langjähriger erfahrener und erfolgreicher Mitarbeiter gewesen. Die Vorinstanz verneinte jedoch, dass die Beklagte bewiesen habe, dass sie auch bei der Instruktion und den Weisungen (*cura in instruendo*) sowie bei der Beaufsichtigung, Kontrolle und Überwachung (*cura in custodiendo*) die erforderliche Sorgfalt habe walten lassen. Im angefochtenen Urteil wird insbesondere festgestellt, dass zwar angeblich jährlich Seminare zu UBI-Entscheiden abgehalten würden und der Chefredaktor auch Sendungen kommentiere sowie seine Einschätzung in sogenannten «Newsletters» öffentlich mache, dass aber offen geblieben sei, ob die heute in zivilrechtlicher Hinsicht wohl zentrale Frage der Wettbewerbsverletzungen durch Berichterstattung der Medien überhaupt thematisiert worden sei. Das Handelsgericht gewann vielmehr den Eindruck, dass sich nicht nur der Redaktor der lauterkeitsrechtlichen Bedeutung des richterlichen Verbots nicht bewusst war, sondern dass offenbar auch der Rechtsdienst der Beklagten auf derartige Verfügungen nicht vorbereitet war und daher die organisatorischen und fachlichen Massnahmen zur Umsetzung des Verbotes vorzukehren unterliess. Die Beklagte bringt unter Hinweis auf die Zeugenaussage Gasches vor, sie habe die Redaktionsleiter sehr wohl über die einschlägigen Rechtsprobleme im Zusammenhang mit Fernsehsendungen laufend instruiert und regelmässig über die Bedeutung des UWG unterrichtet. Sie stellt damit zu Recht ihre grundsätzliche Verpflichtung zur sorgfältigen Instruktion nicht in Frage; sie widerspricht allein den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, was im vorliegenden Verfahren nicht zulässig ist (Art. 63 Abs. 2 OG). Aber auch soweit die Beklagte den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zur erfolgten Kontrolle ergänzt, ist sie nicht zu hören. Nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil begnügte sich der Rechtsdienst der Beklagten mit einer telefonischen Beratung des verantwortlichen Redaktors, deren Tragweite aber offen blieb, wobei nach dem Schluss der Vorinstanz dabei entweder Missverständnisse über die Präsentation der Sendung entstanden oder aber die rechtlichen Folgen der gesendeten Einblendung mit Kommentierung nicht bedacht wurden. Wenn die Beklagte in ihrer Berufung neu vorbringt, der verantwortliche Redaktor habe eigenmächtig gehandelt und sein Vorgehen absichtlich verschwiegen, so erweitert sie in unzulässiger Weise den verbindlich festgestellten Sachverhalt. Im übrigen erschiene fraglich, ob die Beklagte ihrer organisatorischen Kontrollpflicht genügt hätte, wenn sie nicht mit geeigneten Massnahmen sicherstellte, dass auch die Art der Bekanntgabe eines vorsorglichen Verbotes die Vorschriften des UWG beachtet.

4.- Die Berufung ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Ausgangsgemäss wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig. (...) ■

Anmerkungen:

Das Kassensturz-Urteil bestätigt paradigmatisch die direkte Geltung des Lauterkeitsrechts bei redaktionellen Medieninhalten. Die Regeln des UWG werden dadurch unmittelbar, ohne Berücksichtigung der sich aus der verfassungsrechtlich geschützten Stellung der Medien ergebenden Besonderheiten, zu Berufs- und Sorgfaltspflichten der Medienschaffenden, an welche das Urteil sehr hohe Anforderungen zu setzen scheint.

Das Gericht hatte zwei verschiedene Sachverhalte zu beurteilen: den Inhalt der aufgrund eines vorläufigen Verbotes nicht ausgestrahlten Sendung über das Medikament «Contra-Schmerz» und den tatsächlich gesendeten Beitrag. In beiden Fällen stellte das Gericht eine irreführende Herabsetzung im Sinne von Art. 3 lit. a UWG fest.

Bei der verbotenen Sendung war der Wahrheitsgehalt der Information nicht Prozessgegenstand, denn die Herstellerfirma bestritt die möglichen schädlichen Nebenwirkungen des Medikaments nicht. Demgegenüber lag nach Ansicht des Gerichts eine irreführende Herabsetzung vor, weil der Kassensturz über tatsächlich bestehende Nebenwirkungen und Risiken allein beim Medikament «Contra-Schmerz» berichten wollte, obschon dieses zu einer gleichartige Eigenschaften aufweisenden Medikamentenkategorie gehörte, was der Kassensturzredaktion bekannt war. Die Unlauterkeit lag somit im Versuch einer exemplifizierenden Berichterstattung. Das Gericht verwendet diesen Begriff, ohne ihn zu definieren. Aus der Urteilsbegründung ist zu schliessen, dass eine exemplifizierende Berichterstattung Eigenschaften eines Produktes im Sinne eines *pars pro toto* kritisiert, d.h. ohne offenzulegen, dass es sich nicht um eine produktespezifische Eigenschaft handelt. Nach Ansicht des Gerichts scheint dies per se unlauter im Sinn einer irreführenden Herabsetzung zu sein. Dies geht bei notorischen Eigenschaften von Dienstleistungen und Produkten (z.B. Tabakwaren, Alkohol etc.) sowie bei Eigenschaften untergeordneter Bedeutung sicherlich zu weit, weil diesfalls eine Irreführung des Publikums nicht vorliegt.

Das Gericht hätte sich mit der Feststellung einer irreführenden Herabsetzung im konkreten Fall aufgrund der besonderen Umstände begnügen können. Es ist indessen einen Schritt weitergegangen und hat versucht, journalistische Sorgfaltspflichten zu formulieren. Die entsprechenden Erwägungen sind missverständlich und wenig hilfreich. Sie haben in der Medienöffentlichkeit den Eindruck erweckt, im Fall einer identifizierenden Berichterstattung müssten nunmehr sämtliche gleichartigen Produkte und Dienstleistungen mitgenannt werden, um der Gefahr der Unlauterkeit zu entgehen. Derart hoch geschraubte Anforderungen sind indes in zahlreichen Fällen offensichtlich unsinnig. Im Licht des Irreführungsverbotes muss es genügen, dass bei einer identifizierenden Produktberichterstattung die Zugehörigkeit zu einer Produktkategorie erwähnt wird, falls nicht die spezifischen Eigenschaften des behandeltes Produktes kritisiert werden. Andernfalls würde man bei Medienschaffenden Marktkenntnisse verlangen, über welche nur ausgesprochene Branchenkenner verfügen.

Verfassungsrechtlich fragwürdig ist am Urteil, dass das Publikum auf die Risiken und Eigenschaften (seien sie negativ oder positiv; vgl. Art. 3 lit. b UWG) von einzelnen Produkten auch dann nicht exemplifizierend aufmerksam gemacht werden darf, wenn diese Eigenschaften tatsächlich vorliegen. Gerade bei gesundheitsgefährdenden Produkten besteht ein offensichtliches Interesse an der öffentlichen Kenntnis und Diskussion solcher Eigenschaften - ein Interesse, welches im Bericht der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 9. April 1997 i.S. H.U.H. gegen die Schweiz (vgl. *medialex* 3/97 S. 158 f.) bestätigt worden ist. Art. 31 sexies BV, d.h. der Konsumentenschutzartikel, gehört überdies zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des UWG. Letzteres dient damit auch dem Konsumentenschutz - ein Gesichtspunkt, der in der Gerichtspraxis zunehmend unterzugehen droht. Sollen die partikulären Interessen einzelner Wirtschaftssubjekte gegenüber den Interessen der Öffentlichkeit sowie der Konsumenten tatsächlich derart überwiegen, wie dies aufgrund der bundesgerichtlichen Erwägungen der Fall ist? Vor dem Hintergrund der konkreten Auswirkungen erscheint der Hinweis im Urteil auf die öffentlichen Funktion der Medien als ein blosses Lippenbekenntnis, weil die sich aufdrängenden Schlussfolgerungen nicht gezogen werden und überdies - ohne jeglichen sachlichen Grund - in polemischer Weise die verfassungsrechtliche Informationsfunktion der Medien durch den Hinweis auf das Interesse an einer Auflagesteigerung bzw. Erhöhung der Einschaltquoten desavouiert wird.

Erstaunlich ist die bundesgerichtliche Beurteilung der ausgestrahlten Sendung. Es ist schwer nachzuvollziehen, wie die tonlose, mit grau unkenntlich gemachte Wiedergabe der geplanten, aber

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

verbotenen Sendung unter Beifügung eines mündlichen Kurzkommmentars sowie eines von zwei Zensurscheren eingerahmten Hinweises auf das richterliche Austrahlungsverbot gegen Art. 3 lit. a UWG verstossen bzw. lauterkeitsrechtlich überhaupt relevant sein soll. Noch viel erstaunlicher ist, dass der in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 43 OR geschätzte Schaden durch die ausgestrahlte Sendung Fr. 480'000.- betragen haben soll. Die Lauterkeitswidrigkeit resultierte allein aus der Erwähnung des Verbo- tes, über das Medikament «Contra-Schmerz» zu berichten. Gegenstand der ausgestrahlten Sendung war indessen weder eine Kritik an einem Produkt noch überhaupt ein Produkt, son-

dern ein bildhafter und verbaler Protest eines Mediums gegen ein als ungerechtfertigte Zensur empfundenes Austrahlungsverbot, d.h. eine Meinungsäußerung gegenüber einer richterlichen An- ordnung. Dies hat mit Lauterkeitsrecht nichts zu tun! Der richtige Ort, um solche Verhaltensweisen allenfalls zu erfassen, ist eine con- tempt-of-court-Gesetzgebung bzw. Art. 292 StGB.

Fazit: Eine Entscheidung, welche wahrscheinlich stark durch die Besonderheiten des konkreten Falls geprägt ist, hinsichtlich der journalistischen Sorgfaltpflichten zu Unsicherheiten führt und viele Fragen offen lässt. ■

URS SAXER, ZÜRICH