



Kass.-Nr. AA040192/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 22. Juli 2005

in Sachen

M. KG,

..., Deutschland,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ..., Deutschland

substituiert durch Rechtsanwalt ... (Schweiz)

gegen

P. AG,

...,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

UWG

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 15. November 2004 (HG020374/U/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Klägerin mit Sitz in Deutschland vertreibt in der Schweiz Polymer-Saug-einlagen, welche zwischen Fleischprodukte aller Art und die Verpackung dieser Produkte gelegt werden, um einen Teil der Fleischflüssigkeit aufzunehmen. Die Beklagte bezweckt die Ein- und Ausfuhr von Verpackungsmaterial und Waren aller Art sowie den Handel mit solchem und vertreibt unter anderem ebenfalls Saug-einlagen für Lebensmittel. Die Beklagte liess im Spätsommer 2001 bei der Q Polymer-Saug-einlagen, welche nicht von der Klägerin stammten, auf Globalmi-gration testen und hat den Untersuchungsbericht an Dritte versandt. Im Untersu-chungsbericht der Q wurde festgehalten, dass die eingereichten Proben, bezeich-net als Produkte der Klägerin, den gesetzlichen Anforderungen an Kunststoffe, welche mit Lebensmitteln in Berührung kommen, nicht genügten. Die Beklagte veranlasste in der Folge bei der Q eine Korrektur des Berichts und versandte den korrigierten Untersuchungsbericht, welcher die Klägerin nicht mehr namentlich erwähnte, an die gleichen Dritten, welche schon den ersten Bericht erhalten hat-ten. Die Klägerin macht aufgrund des Versands des unrichtigen ersten Untersu-chungsberichts an Dritte verschiedene Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb geltend (Schadenersatz [mindestens Fr. 150'000.-- gemäss Replik] und verlangt eine ausdrückliche und schriftliche Erklärung an die Empfänger des ersten Be-richts, dass die in diesem Bericht genannten Proben keine Produkte der Klägerin seien).

Das Handelsgericht verpflichtete mit Urteil vom 15. November 2004 die Beklagte, der Klägerin Fr. 5'429.60 nebst Zins zu bezahlen und der M Ostschweiz und der G AG die ausdrückliche und schriftliche Erklärung abzugeben, dass die in den Prüfberichten der Q vom 10. und 12. September 2001 geprüften Proben keine Produkte der Klägerin seien. Im übrigen wies es die Klage ab. Die Kosten aufer-legte das Handelsgericht zu 9/10 der Klägerin und zu 1/10 der Beklagten. Weiter verpflichtete es die Klägerin, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung

zu bezahlen (HG act. 33 = KG act. 2). Gegen dieses Urteil führt die Klägerin Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht und Berufung beim Bundesgericht (KG act. 1, HG Prot. S. 22).

2. Mit ihrer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Klägerin, es seien Dispositiv Ziffer 1, 3 - 6 des angefochtenen Urteils (Höhe der Schadenersatzforderung, teilweise Abweisung der Klage, Kosten- und Entschädigungsregelung) aufzuheben und es sei die Sache zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Beklagte beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 9 S. 2). Das Handelsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

Die Klägerin leistete die ihr mit Präsidialverfügung vom 20. Dezember 2004 (KG act. 4) auferlegte Prozesskaution fristgerecht (KG act. 10).

II.

1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen wor-

den sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2. a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, entgegen den Ausführungen des Handelsgerichts in den Erwägungen IV/3.3.3. (KG act. 2 S. 16) und 4.2.1 (S. 23) sei nicht unbestritten, dass der Untersuchungsbericht der Q vom 10. September 2001 „ausschliesslich“ bzw. „nur“ an die M Ostschweiz und die G AG versandt worden sei. Unbestritten sei lediglich, dass der fragliche Bericht an die beiden Adressaten versandt worden sei. Ob er dagegen ausschliesslich diesen zugegangen sei, scheine aufgrund der Sachdarstellung durch die Beschwerdeführerin fraglich. In der Klageschrift habe sie dazu ausführen lassen, es sei bisher nicht bekannt, wem die Beschwerdegegnerin den falsch bezeichneten Untersuchungsbericht habe zukommen lassen. Sie wisse lediglich über die G AG, die zur B-Gruppe gehöre, dass die B AG und die M (Schweiz), mitunter Grossabnehmer von Saugeinlagen, davon Kenntnis erhalten hätten. Um den Umfang der Wettbewerbsverletzung und des Schadens berechnen zu können, brauche sie deshalb mindestens die Liste der Unternehmen, an welche die Beschwerdegegnerin den falschen Untersuchungsbericht verschickt habe. Vermutlich habe die Beschwerdegegnerin den fraglichen Bericht auch ihren eigenen Kunden zukommen lassen, um auch bei diesen die Produkte der Beschwerdeführerin aus Konkurrenzgründen herabzusetzen (HG act. 1 S. 20). In ihrer Replik habe die Beschwerdeführerin ausgeführt, dass die beiden genannten Firmen, d.h. die M Ostschweiz und die G AG, nach Zugang des Untersuchungsberichts die Abnahme ihrer Saugeinlagen eingestellt hätten. Ausdrücklich habe die Beschwerdeführerin replicando festgehalten, dass vor dem Versand des fraglichen Prüfberichts auch Geschäftsbeziehungen zu kleineren Fleischverarbeitungsbetrieben geknüpft worden seien, die aufgrund der negativen Gerüchte betr. der angeblichen Unzulässigkeit der Produkte der Beschwerdeführerin ebenfalls „abgesprungen“ seien oder dann doch

nicht bestellt hätten. Als Beweismittel habe die Beschwerdeführerin die Befragung der Herren Sch, St und A beantragt (HG act. 18 S. 4 und 6). Zusammenfassend ergebe sich, dass das Handelsgericht zwar zutreffend feststelle, dass von der Beschwerdeführerin nicht bestritten worden sei, dass der fragliche Prüfbericht von der Beschwerdegegnerin ausschliesslich an die M Otschweiz und die G AG versandt worden sei. Das Handelsgericht unterlasse es jedoch, die von der Beschwerdeführerin unter Beweis gestellte Behauptung zu prüfen bzw. in ihre Erwägung miteinzubeziehen, dass infolgedessen auch die übrigen Kunden aufgrund der mit dem Versand des Berichts ausgelösten Gerüchte abgesprungen seien. Demzufolge habe es das Handelsgericht unterlassen, die von der Beschwerdeführerin in ihrer Replik (HG act. 18 S. 4) angeführten Tatsachenbehauptungen zu würdigen (Beschwerdeschrift S. 4 f. Ziff. II/A/2).

Die Beschwerdeführerin fährt fort, entgegen der Auffassung des Handelsgerichts (Urteil S. 23) sei die Beschwerdeführerin ihrer Substantiierungspflicht nachgekommen, soweit es ihr möglich gewesen sei. Es möge zutreffen, dass sie vor dem Handelsgericht nicht direkt behauptet habe, die M Otschweiz und die G AG hätten den fraglichen Untersuchungsbericht ihrerseits an Dritte weitergegeben oder das Ergebnis sonst wie weitergeleitet. Die Beschwerdeführerin habe jedoch in ihrer Replik, wie erwähnt, ausgeführt, dass aufgrund der negativen Gerüchte betreffend die Unzulässigkeit ihrer Produkte auch kleinere Fleischverarbeitungsbetriebe wie z.B. die S. AG, die V. AG und die D. SA „abgesprungen“ seien. Zudem habe die Beschwerdeführerin in der Replik ausgeführt, ihre Kunden, welche das negative Testergebnis der Q in der Folge umgehend und ohne Aufforderung von der Beschwerdegegnerin erhalten hätten, hätten prompt reagiert und ihre Produkte kurzerhand abgesetzt (HG act. 18 S. 4). Die beiden von der Beschwerdegegnerin den Kunden der Beschwerdeführerin übersandten Prüfberichte der Q vom 10. bzw. 12. September 2001 hätten sehr wohl grossen Einfluss auf ihre Verkaufsaktivitäten in der Schweiz gehabt. Gemessen an der vor der unerlaubten Handlung gelieferten Menge an Saugeinlagen (sog. „mead pads“ von rund 3,6 Mio. Stück an verschiedene Abnehmer gemäss den Tabellen A und B in der Replik, HG act. 18 S. 21 und 22 f.), erweise sich die letzte Lieferung von 50'000 Stück am 18. Dezember 2001 als vernachlässigbar gering (HG act. 18 S. 25). In

diesem Zusammenhang sei zu bemerken, dass es sich bei diesen Kunden, namentlich bei der M und der von der G AG belieferten C-Gruppe und B AG, um inländische Grossverteiler in der Fleisch- und Geflügelbranche handle, weshalb denn auch die Zustellung des irreführenden Testberichts an diese für die Verkaufsaktivitäten der Beschwerdeführerin fatale Folge gehabt hätte. Damit habe die Beschwerdeführerin substantiiert dargelegt, dass der fragliche Untersuchungsbericht der Q vom 10. September 2001 mit grosser Wahrscheinlichkeit an Dritte weitergegeben oder zumindest dessen Ergebnis sonst wie weitergeleitet wurde. Sie habe deshalb auch vor dem Handelsgericht beantragt, die Chefeinkäufer der M Ostschweiz und der G AG seien als Zeugen darüber zu befragen (HG act. 18 S. 14 und 16) (Beschwerdeschrift S. 5 f., Ziff. II/A/3).

b) Das Handelsgericht hält fest, es sei unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin den Untersuchungsbericht der Q vom 10. September 2001 nur an die M Ostschweiz und die G AG geschickt habe. Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Replik andeute, die Beschwerdegegnerin behaupte weiterhin gegenüber Dritten, insbesondere bei früheren Kunden der Beschwerdeführerin, deren Produkte seien in der Schweiz nicht zugelassen, fehle es an einer rechtsgenügend substantiierten Darstellung. Da die Beschwerdeführerin ferner nicht behaupte, die M Ostschweiz und die G AG hätten den Untersuchungsbericht ihrerseits an Dritte weitergegeben oder das Ergebnis sonst wie weitergeleitet, lasse sich das Schädigungspotential des Verhaltens der Beschwerdegegnerin auf diese beiden Adressaten eingrenzen. Die einzelnen geltend gemachten Schadensposten könnten deshalb von vornherein nur dann ausgewiesen sein, wenn sie in einem Zusammenhang mit diesen beiden Adressaten des Untersuchungsberichts stünden (Urteil S. 213 Erw. IV/4.2).

Die Beschwerdeführerin räumt in der Beschwerdeschrift selbst ein, dass sie nicht behauptet habe, die M Ostschweiz und die G AG hätten den fraglichen Untersuchungsbericht der Q vom 10. September 2001 oder dessen Ergebnis an Dritte weitergegeben oder das Ergebnis sonst wie weitergeleitet. Sie macht nicht geltend, die Chefeinkäufer der M Ostschweiz und der G AG oder - für diese erkennbar - Personen aus deren enger Umgebung hätten Gerüchte über die Unzulässig-

keit der fraglichen Saugeinlagen der Beschwerdeführerin gestreut. Unter diesen Umständen bestand für das Handelsgericht keine Veranlassung, die Chefeinkäufer der M Ostschweiz und der G AG als Zeugen einzuvernehmen.

c) Die Beschwerdeführerin bringt in der Beschwerdeschrift (S. 6 unten) vor, aus dem mit der Replik eingereichten Telefax-Schreiben von Marcel A an die Sch AG, Herrn Urs Sch (HG act. 19/1), gehe jedenfalls hervor, dass die M Ostschweiz direkt von der Q eine Stellungnahme betreffend der geprüften Saugeinlagen der Beschwerdeführerin erhalten habe, was das Handelsgericht bei seiner Entscheidung offenbar übersehen habe. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, sie habe die Tatsachenbehauptung, solches lasse sich aus dem fraglichen Fax entnehmen, bereits vor Handelsgericht vorgebracht. Das blosses Einreichen einer Urkunde als Beilage zu einer Rechtsschrift ersetzt das bestimmte und vollständige Aufstellen von Behauptungen (§ 113 ZPO) nicht. Es ist daher von einem im Kassationsverfahren unzulässigen Novum auszugehen (vgl. von Rechenberg, S. 17 f.). Im übrigen hatte gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin die Sch AG für die Schweiz das Alleinvertriebsrecht für deren Saugeinlagen (Beschwerdeschrift S. 8). Die Sch AG war somit nicht potentielle Abnehmerin der Saugeinlagen, so dass der Fax des Leiters Materialeinkauf der M Ostschweiz an Urs Sch offensichtlich nicht geeignet war, die Beschwerdeführerin zu schädigen.

Die Beschwerdeführerin schliesst nicht aus, dass die Q - welche im übrigen, worauf im fraglichen Fax einleitend hingewiesen wird und was auch die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift (S. 7 - 9, insbesondere S. 8, Ziff. II/A/4) ausführt, ein Unternehmen der M-Gruppe ist - sämtliche M-Verkaufsstellen über das negative Testergebnis vom 10. September 2001 orientiert habe. Deshalb habe sie vor dem Handelsgericht beantragt, Dr. Reto Battaglia, den Direktor der Q, darüber als Zeugen zu befragen. Es geht aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerin im Kassationsverfahren nicht hervor, inwiefern der Beschwerdegegnerin anzulasten sei, dass die M Ostschweiz und allenfalls weitere Zweige der M-Gruppe direkt von der Q eine Stellungnahme betreffend die geprüften Saugeinlagen erhalten haben. Insbesondere zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, dass sie vor dem Handelsgericht geltend gemacht habe, die Beschwerdeführerin habe die Q angewiesen

oder ermächtigt, den Prüfbericht direkt den einzelnen Zweigen der M-Gruppe oder andern Abnehmern von Saugeinlagen zuzustellen.

Ob die Beschwerdegegnerin aus UWG auch für die Folgen haftet, welche sich aus einer allfälligen Weitergabe des Testberichts durch das von ihr mit der Analyse beauftragte Institut an Dritte ergeben, ist sodann eine nicht im Kassationsverfahren zu prüfende Frage der Anwendbarkeit des Bundesrechts. Entsprechende Rügen können vom Bundesgericht im Berufungsverfahren geprüft werden (Art. 43 OG), weshalb diesbezüglich die kantonale Kassationsbeschwerde ausgeschlossen ist (§ 285 ZPO). Sollte das Bundesgericht zum Schluss kommen, es komme im Rechtsstreit zwischen den Parteien darauf an, an wen die Q den Prüfbericht weitergegeben habe, und es habe das Handelsgericht diesbezüglich den Sachverhalt ungenügend festgestellt, so kann das Bundesgericht die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts und zur Ergänzung der Akten an das Handelsgericht zurückweisen (Art. 64 Abs. 1 OG).

Soweit das Kassationsgericht zur Prüfung zuständig ist und diese Kompetenz nicht beim Bundesgericht liegt, ist nicht zu beanstanden, dass das Handelsgericht von der Einvernahme des Direktors der Q als Zeuge abgesehen hat.

d) Die Beschwerdeführerin rügt, entgegen der willkürlichen Annahme durch das Handelsgericht erweise es sich nicht als „unbestritten“, dass der fragliche Untersuchungsbericht vom 10. September 2001 „ausschliesslich“ bzw. „nur“ der M Ostschweiz und der G AG zugegangen sei (Beschwerdeschrift S. 9 Ziff. II/A/5). In welcher Erwägung des angefochtenen Urteils das Handelsgericht diese Feststellung getroffen habe, führt die Beschwerdeführerin nicht aus.

In Erwägung IV/3.3.3 hält das Handelsgericht fest, es sei unbestritten, dass der fragliche Untersuchungsbericht ausschliesslich an die M Ostschweiz und die G AG versandt worden sei (Urteil S. 16). Aus dem Zusammenhang ergibt sich, dass damit gemeint ist, der Bericht sei durch die Beschwerdegegnerin ausschliesslich an die beiden genannten Adressaten versandt worden. In Erwägung IV/4.2.1 lit. b hält dann das Handelsgericht präziser fest, es sei unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin den Untersuchungsbericht nur an die M Ostschweiz und die G

AG geschickt habe. Im übrigen behaupte die Beschwerdeführerin nicht, die M Ostschweiz und die G AG hätten den Untersuchungsbericht an Dritte weitergegeben oder das Ergebnis sonst wie weitergeleitet (Urteil S. 23).

Das Handelsgericht trifft somit keine über die Beschwerdegegnerin, die M Ostschweiz und die G AG hinausgehende Feststellung, der fragliche Untersuchungsbericht und sein Ergebnis seien nicht an Dritte weitergegeben worden. Nachdem die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift (S. 5 Ziff. II/A/3) selbst einräumt, dass sie nicht direkt behauptet habe, die M Ostschweiz und die G AG hätten den fraglichen Untersuchungsbericht der Q vom 10. September 2001 oder dessen Ergebnis an Dritte weitergegeben oder das Ergebnis sonst wie weitergeleitet, sind die zitierten Feststellungen auf den Seiten 16 und 23 des angefochtenen Urteils nicht zu beanstanden.

e) Unter Ziffer II/A/6 der Beschwerdeschrift (S. 9 - 11) macht die Beschwerdeführerin erneut geltend, sie sei der sie treffenden Substantiierungspflicht nachgekommen, indem sie in der Replik nicht nur auf die fortdauernde Störungswirkung des Handelns der Beschwerdegegnerin hingewiesen, sondern auch wiederholt die Befragung der Herren Martin St (G AG) und Marcel A (M Ostschweiz) beantragt habe. Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Teil der Beschwerdeschrift nichts wesentliches vor, das sie nicht bereits unter den Ziffern II/A/1 - 5) geltend gemacht hat. Es kann daher ohne weiteres auf die vorangegangenen Erwägungen II/2a - d zu eben diesen Vorbringen verwiesen werden.

3. a/aa) Das Handelsgericht hält fest, mit dem Versand des korrigierten Berichts der Q vom 12. September 2001 im Verlauf des Monats September 2001 (das Begleitschreiben an die G AG datiere vom 19. September 2001) sei für den durchschnittlichen Adressaten der direkte Zusammenhang zwischen der Beschwerdeführerin und dem Untersuchungsbericht über Polymer-Saugeinlagen beseitigt worden (Urteil S. 18 Mitte).

Die Beschwerdeführerin rügt, für diese Annahme fänden sich in den Akten keinerlei Hinweise. Immerhin räume das Handelsgericht selber ein, es sei festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin in besagtem Schreiben tatsächlich nicht aus-

drücklich mitgeteilt habe, dass die getesteten Saugleinlagen nicht jene der Beschwerdeführerin gewesen seien. Zu Recht bezweifle das Handelsgericht auch, ob die sibyllinische Bemerkung der Beschwerdegegnerin, das Kriterium für die Zulassung sei nicht die Herstellerfirma, sondern das eingesetzte Absorptionsmittel, in diesem Fall die chemische Substanz „Polymer“, neben dem korrigierten Bericht zur weiteren Klärung der Situation beigetragen habe. Inwiefern aber gerade durch diese bewusst hervorgerufene Verwirrung für den durchschnittlichen Adressaten des neuen Prüfberichts und des entsprechenden Begleitschreibens der Beschwerdegegnerin der direkte Zusammenhang zwischen der Beschwerdeführerin und dem Untersuchungsbericht über Polymer-Saugleinlagen beseitigt worden sein solle, sei nicht nachvollziehbar. Hinzu komme, dass sich sowohl der fragliche Untersuchungsbericht als auch der korrigierte Bericht gerade nicht an „durchschnittliche“ Adressaten, sondern an Fachleute für Qualitätssicherung von Saugleinlagen für die Verpackung von Fleischprodukten gerichtet habe. Die gerügte Feststellung erweise sich als willkürliche tatsächliche Annahme (Beschwerdeschrift S 11 f. Ziff. II/B/2).

Die Beschwerdeführerin fährt fort, bei der rechtlichen Würdigung des Feststellungsinteresses der Beschwerdeführerin gehe es also nicht darum, wie ein Durchschnitts-Adressat das erwähnte Berichtigungsschreiben habe auffassen können, sondern wie die von der Beschwerdegegnerin genannten Adressaten dieses Schreiben auch tatsächlich verstanden haben. Ohne Anhörung der beiden Zeugen könnten darüber keine verlässliche Annahmen getroffen werden. Ebenso wenig finde sich für die Annahme des Handelsgerichts, es bleibe denkbar, dass aus dem korrigierten Bericht der Q vom 12. September 2001 zusammen mit dem Begleitschreiben der Beschwerdegegnerin vom 19. September 2001 der Schluss gezogen werden könne, dass die Q sämtliche am Markt erhältliche Polymer Saugleinlagen, darunter auch die der Beschwerdeführerin, geprüft und für ungenügend erachtet habe, in den Akten keine Stütze, weshalb diese Annahme aktenwidrig sei (Beschwerdeschrift S. 12 f. Ziff. II/B/3).

bb) Das Handelsgericht verpflichtet mit dem angefochtenen Urteil die Beschwerdegegnerin, der M Ostschweiz und der G AG die ausdrückliche und schriftliche

Erklärung abzugeben, dass die in den Prüfberichten der Q geprüften Proben keine Produkte der Beschwerdeführerin seien (Urteil S. 51, Dispositiv Ziffer 2). Das Handelsgericht trägt somit der Tatsache Rechnung, dass weder im berichtigten Bericht der Q vom 12. September 2001 noch im Begleitschreiben der Beschwerdegegnerin an die beiden Adressaten des Berichts ausdrücklich festgehalten wurde, dass es sich bei den geprüften Polymer-Saugeinlagen nicht um diejenigen der Beschwerdeführerin handle.

Inwiefern die Beschwerdeführerin durch die Feststellung des Handelsgerichts, es sei denkbar, dass die Adressaten aus dem korrigierten Bericht der Q vom 12. September 2001 zusammen mit dem Begleitschreiben der Beschwerdegegnerin vom 19. September 2001 den Schluss gezogen hätten, dass die Q sämtliche am Markt erhältliche Polymer-Saugeinlagen, darunter auch diejenige der Beschwerdeführerin, geprüft und für ungenügend erachtet habe (Urteil S. 18), beschwert sein soll, ist nicht ersichtlich. Vielmehr geht das Handelsgericht durch diese Feststellung zugunsten des Prozesstandpunktes der Beschwerdeführerin und zulasten desjenigen der Beschwerdegegnerin davon aus, dass die Formulierung des korrigierten Berichts und des Begleitschreibens grundsätzlich geeignet waren, die Adressaten zu einem Irrtum zulasten der Beschwerdeführerin zu führen oder in einem solchen zu belassen. Es ist somit mangels Beschwer nicht zu prüfen, ob die entsprechende Annahme willkürlich sei. Die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang erhobene Aktenwidrigkeitsrüge ist im vorliegenden Kassationsverfahren unzulässig, da diese nach Art. 55 lit. d OG in Verbindung mit Art. 63 Abs. 2 OG im Berufungsverfahren vor Bundesgericht vorgebracht werden kann (§ 285 ZPO).

Ob es bei der rechtlichen Würdigung des Feststellungsinteresses der Beschwerdeführerin darum gehe, wie ein Durchschnitts-Adressat das Berichtigungsschreiben der Beschwerdegegnerin habe auffassen könne und dürfen, oder ob es darum gehe, wie die konkreten Adressaten das Schreiben tatsächlich verstanden haben, ist eine Frage der Anwendung des Bundesrechts und, da entsprechende Rügen mit Berufung beim Bundesgericht erhoben werden können (Art. 43 OG), im kantonalen Kassationsverfahren nicht zu prüfen (§ 285 ZPO). Dasselbe gilt

selbstredend auch für die Frage, welche Anforderungen gegebenenfalls an einen „Durchschnitts-Adressaten“ des Schreibens zu stellen seien, also ob es darauf ankomme, wie ein „Mann aus dem Volk“ ohne spezifische Fachkenntnisse und Berufserfahrung oder wie es ein typischer Adressat eines Schreibens dieser Art mit entsprechendem Hintergrundwissen verstehen durfte. Somit ist auch nicht im Kassationsverfahren zu prüfen, ob es der Einvernahme der beiden konkreten Adressaten des berichtigten Berichts und des Begleitschreibens bedurft hätte, um über das rechtlich schützenswerte Feststellungsinteresse der Beschwerdeführerin zu befinden.

b/aa) Das Handelsgericht hält dafür, die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Einkaufsleiter der beiden Firmen seien im April 2003 immer noch der Auffassung gewesen, die Produkte der Beschwerdeführerin genügten den gesetzlichen Anforderungen nicht, helfe nicht weiter, denn massgebend sei, ob bei der M Ostschweiz und der G AG noch immer der Eindruck bestanden habe, dass der Untersuchungsbericht der Q vom 10. September 2001 sich auf die klägerischen Produkte beziehe. Dazu hätten die beiden Firmen nicht Stellung genommen und davon sei aufgrund des korrigierten Berichts nicht ohne weiteres auszugehen. Viel wichtiger sei aber, dass die Beschwerdeführerin selber geltend mache, ihre Produkte seien gesetzeskonform und die entsprechenden Resultate (Untersuchungsbericht des kantonalen Labors Zürich vom 5. Februar 2002) seien den Kunden im Februar 2002 mitgeteilt worden. Ausgehend von dieser Darstellung der Beschwerdeführerin hätten nach Erhalt der Prüfungsergebnisse des kantonalen Labors Zürich die Zweifel auch hinsichtlich der Gesetzeskonformität der Produkte der Beschwerdeführerin ausgeräumt sein müssen. Allfällige Zweifel hätten demgemäss höchstens noch den Zeitraum zwischen dem Erhalt der Untersuchungsberichte der Q vom 10. und 12. September 2001 sowie dem Erhalt des Untersuchungsberichts des kantonalen Labors Zürich vom 5. Februar 2002 beschlagen (Urteil S. 18/19).

bb) Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihre Behauptung, die Einkaufsleiter der beiden involvierten Firmen (M Ostschweiz und G AG) seien im April 2003 immer noch der Auffassung gewesen, die Produkte der Beschwerdeführerin ge-

nügten den gesetzlichen Anforderungen nicht, widerlege die vom Handelsgericht getroffene Annahme, es sei nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass bei den beiden Firmen der Eindruck bestanden habe, der fragliche Untersuchungsbericht habe sich auf die Produkte der Beschwerdeführerin bezogen. Offensichtlich hätten auch der korrigierte Prüfungsbericht vom 12. September 2001 und selbst die positiven Testergebnisse des Labors Zürich vom 5. Februar 2002 mindestens bei zwei Adressaten des Testberichts vom 10. September 2001 die Zweifel an der Zulässigkeit der beschwerdeführerischen Produkte nicht ausräumen können. Die gegenteilige Annahme dieser wiederum beweisbedürftigen und bestrittenen Tatsache erweise sich somit als willkürliche Beweiswürdigung. Es sei somit evident, dass das Handelsgericht schlichtweg die von der Beschwerdeführerin unter Beweis gestellten Behauptungen, dass sowohl der Zeuge St als auch der Zeuge A noch im April 2003 nicht von der lebensmittelrechtlichen Unbedenklichkeit der Produkte der Beschwerdeführerin trotz des Prüfberichts des kantonalen Labors Zürich vom 5. Februar 2002 überzeugt gewesen seien, bezüglich der Fortdauer der Störungshandlung nicht gewürdigt habe und statt dessen bezüglich deren Beendigung mit dem Versand des positiven Prüfberichts vom 5. Februar 2003 eine willkürliche Annahme getroffen habe (Beschwerdeschrift S. 13 f. Ziff. II/B/4).

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin geht an der Sache vorbei, denn es vermischt zwei Dinge: Das Handelsgericht stellt in der gerügten Erwägung lediglich fest, es sei nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass bei der M Ostschweiz und der G AG noch immer der Eindruck bestehe, der Untersuchungsbericht der Q vom 10. September 2001 beziehe sich auf die Produkte der Beschwerdeführerin. Es ist zumindest denkbar, dass die beiden Einkaufsleiter sich bewusst waren, dass der Bericht der Q vom 10./12. September 2001 nicht auf einer Prüfung des Produkts der Beschwerdeführerin beruhte, dass sie jedoch grundsätzliche, noch nicht ausgeräumte Zweifel an der Gesetzeskonformität des Materials und der Technik von Polymer-Saugeinlagen hegten. Indem das Handelsgericht dafür hält, die Behauptung, die beiden Einkaufsleiter seien im April 2003 immer noch der Auffassung gewesen, die Produkte der Beschwerdeführerin genügten den gesetzlichen Anforderungen nicht, helfe der Beschwerdeführerin im vorliegenden

Zusammenhang nicht weiter, nimmt es zur Frage des Wahrheitsgehalts dieser Behauptung keine Stellung, weil es eben diese für nicht relevant erachtet.

c) Die Beschwerdeführerin rügt, das Handelsgericht widerspreche sich selbst mit seiner Annahme, mit dem Versand der positiven Prüfungsergebnisse des kantonalen Labors Zürich hätten auch bei den übrigen Kunden der Beschwerdeführerin sämtliche Zweifel über die Gesetzeskonformität ihrer Produkte ausgeräumt sein müssen. Einerseits solle der fragliche Prüfbericht vom 10. September 2001 ausschliesslich an die M Ostschweiz und die G AG gelangt sein, andererseits sollen mit dem Versand der positiven Prüfungsergebnisse des kantonalen Labors Zürich auch bei den übrigen Kunden der Beschwerdeführerin sämtliche Zweifel über die Gesetzeskonformität ihrer Produkte ausgeräumt sein. Wäre der fragliche Prüfbericht der Q vom 10. September 2001 tatsächlich nur der M Ostschweiz und der G AG zugegangen, so hätten wohl die übrigen Kunden der Beschwerdeführerin über die Zulässigkeit derer Produkte keine Zweifel hegen und die Beschwerdeführerin diese nicht ausräumen müssen. Dabei könne es wohl auch als allgemeine Lebenserfahrung bewertet werden, dass die Beschwerdeführerin die fraglichen positiven Prüfungsergebnisse des kantonalen Labors Zürich wohl kaum ihren übrigen Kunden zugestellt hätte, wenn diese an der Qualität und Zulässigkeit ihrer Produkte nicht gezweifelt hätten. Im Gegenteil hätte die Beschwerdeführerin, hätte sich der Sachverhalt tatsächlich wie vom Handelsgericht angenommen zutragen, die übrigen Kunden geradezu misstrauisch gemacht. Weiter fänden sich für die Annahme des Handelsgerichts, dass nach Erhalt der positiven Prüfungsergebnisse des kantonalen Labors Zürich vom 5. Februar 2002 auch hinsichtlich der Gesetzeskonformität der Produkte der Beschwerdeführerin sämtliche Zweifel ausgeräumt gewesen seien, in den Akten keine Stütze. Mitunter übersehe das Handelsgericht auch, dass für die lebensmittelpolizeiliche Zulässigkeit eines Produktes eine Vielzahl von Tests zu durchlaufen sei und verschiedene Atteste einzuholen seien. Die Einhaltung der Migrationswerte gemäss der eidgenössischen Kunststoff-Verordnung stelle somit nur eines dieser Zulässigkeitskriterien dar. Offensichtlich begnügten sich die beiden Chefeinkäufer St und A nicht mit dem positiven Prüfbericht des kantonalen Labors Zürich, andernfalls sie wohl kaum gegenüber dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin anfangs April 2003

geäussert hätten, die von ihr gelieferten Saugleinlagen genügten den derzeit geltenden gesetzlichen Bestimmungen in lebensmittelhygienischer Hinsicht nicht. Zumindest hätte das Handelsgericht auch über diese bestrittene Tatsache die von der Beschwerdeführerin angebotenen Beweise abnehmen müssen (Beschwerdeschrift S. 14 - 16 Ziff. II/B/5).

Die Passage in der Begründung des angefochtenen Urteils, auf welche sich die Rüge offenbar bezieht, lautet: „Ausgehend von diesen klägerischen Ausführungen mussten nach Erhalt der positiven Prüfungsergebnisse des kantonalen Labors Zürich vom 5. Februar 2002 auch hinsichtlich der Gesetzeskonformität der klägerischen Produkte die Zweifel ausgeräumt sein.“ (Urteil S. 19). Dabei bezieht sich das Handelsgericht auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin betreffend den zulässigen Migrationswert gemäss der eidgenössischen Kunststoff-Verordnung. Von allfälligen weiteren lebensmittelrechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit der Produkte der Beschwerdeführerin war nicht die Rede. Folglich bezieht sich die Feststellung des Handelsgerichts, nach Erhalt der positiven Prüfungsergebnisse des kantonalen Labors Zürich vom 5. Februar 2002 seien hinsichtlich der Gesetzeskonformität der klägerischen Produkte die Zweifel ausgeräumt gewesen, auf den zulässigen Migrationswert gemäss der Kunststoff-Verordnung. Eine Feststellung bezüglich weiterer Anforderungen bzw. der Beseitigung entsprechender Zweifel trifft das Handelsgericht nicht. Es bestand deshalb auch keine Veranlassung für das Handelsgericht, die beiden Chefeinkäufer der M Ostschweiz und der G AG darüber zu befragen, ob sich ihre Äusserungen vom April 2003, die Saugleinlagen der Beschwerdeführerin genügten den derzeit geltenden gesetzlichen Bestimmungen nicht, auf weitere gesetzliche Anforderungen bezogen hätten. Ob nach Erhalt der positiven Prüfungsergebnisse des kantonalen Labors Zürich die Zweifel hinsichtlich der Gesetzeskonformität der Produkte der Beschwerdeführerin hätten ausgeräumt sein *müssen*, und ob entsprechend allfällige noch bestehende Zweifel der Beschwerdegegnerin nicht anzurechnen wären, ist eine Frage der Anwendung von Bundesrecht und nicht im kantonalen Kassationsverfahren zu prüfen (Art. 43 OG, § 285 ZPO).

Das Handelsgericht trifft keine Feststellung, wonach Zweifel hinsichtlich der Gesetzeskonformität der Produkte der Beschwerdeführerin durch die Zusendung der Prüfungsergebnisse des kantonalen Labors Zürich „auch bei den übrigen Kunden der Beschwerdeführerin“ ausgeräumt hätten sein müssen. Nachdem das Handelsgericht davon ausgeht, die Beschwerdegegnerin habe den Bericht der Q vom 10. September 2001 nur der M Ostschweiz und der G AG zugestellt und diese hätten den Bericht nicht weitergegeben, hatte das Handelsgericht keine Veranlassung, sich zu allfälligen Zweifeln weiterer Kunden der Beschwerdeführerin an der Gesetzeskonformität der fraglichen Saugelagen und deren Ausräumung durch eine Zustellung der Prüfungsergebnisse des kantonalen Labors Zürich zu äussern. Die entsprechenden Rügen zielen somit ins Leere.

d) Das Handelsgericht hält fest, anhand der Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach ihr Marktzutritt in der Schweiz erst im Juni 2001 erfolgt sei und bis zur unlauteren Handlung der Beschwerdegegnerin am 10. September 2001 Testverkäufe stattgefunden hätten, zeige sich, dass die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des inkriminierten Verhaltens der Beschwerdegegnerin keine gefestigte Position im schweizerischen Markt für Saugelagen innegehabt habe. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung stelle der Versuch, sich auf einem bestimmten Markt neu zu etablieren und sich neben bzw. zu Lasten von eingeführten Konkurrenten einen Marktanteil zu erobern, ein unternehmerisches Risiko mit höchst ungewissem Ausgang dar. Die Qualität der Produkte spiele dabei gewiss eine Rolle, sei aber bei weitem nicht allein entscheidend. Ebenso wichtige Faktoren seien die Preisgestaltung, die gegenwärtige Nachfrage bei den Abnehmern, Entwicklungs-, Diversifizierungs- und Substitutionsmöglichkeiten betreffend das angebotene Produkt, die bisherige Aufteilung des Markts unter den Anbietern gleicher Produkte und weiteres mehr. Zu all diesen Faktoren äussere sich die Beschwerdeführerin nicht. Es gehe nicht an, mangels einer eigenen gefestigten Marktposition hilfsweise auf die Gewinne der Beschwerdegegnerin zurückzugreifen. Auch der Rückgriff auf angebliche Erfolge auf ausländischen Märkten helfe ohne nähere Angabe nicht weiter. Die Beschwerdeführerin habe sich im Zeitpunkt der unlauteren Handlung bezüglich des hier relevanten schweizerischen Marktes erst in eine Testphase befunden. Daher könne nicht davon ausgegangen werden, dass der

Beschwerdeführerin die üblichen oder sonstwie konkret in Aussicht stehenden Gewinne entgangen seien. Ein klägerischer Schaden aus entgangenem Gewinn sei zu verneinen (Urteil S. 28 f. Erw. IV/4.2.3./c).

Die Beschwerdeführerin rügt, das Handelsgericht gehe in willkürlicher Weise betreffend des geltend gemachten Schadens davon aus, die Beschwerdeführerin habe sich im Zeitpunkt der unerlaubten Handlung bezüglich des hier relevanten schweizerischen Marktes erst in einer „Testphase“ befunden, weshalb ein Schaden aus entgangenem Gewinn zu verneinen sei, als ob „Testverkäufe“ nicht auch unter dem Schutz des UWG stünden. Die vom Handelsgericht angeführten Kriterien und Argumente überzeugten nicht (Beschwerdeschrift S. 16 - 18, Ziff. II/B/6). Mitunter möge es zutreffen, so die Beschwerdeführerin weiter, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung der Versuch, sich auf einem Markt zu etablieren, ein unternehmerisches Risiko darstelle. Entgegen der Auffassung des Handelsgerichts handle es sich dabei jedoch um ein kalkulierbares Risiko, insbesondere wenn der Marktzutritt in andern Ländern problemlos gelungen sei. Die Beschwerdeführerin verweist auf verschiedene ihrer Vorbringen und eingereichten Unterlagen, mit welchen das Handelsgericht sich nicht auseinandergesetzt habe (Beschwerdeschrift S. 18 - 20). Mit dem Versand des irreführenden Prüfberichts vom 10. September 2001 an die Kunden der Beschwerdeführerin sei diese gezielt am Lebensnerv getroffen worden. Entgegen dem Handelsgericht seien es somit gerade nicht die allgemeinen Marktfaktoren wie Preisgestaltung, Entwicklungs-, Diversifizierungs- und Substitutionsmöglichkeiten gewesen, die bei den Kunden zu reden Anlass gegeben hätten, sondern einzig und allein die rechtliche Zulässigkeit der beschwerdeführerischen Produkte in der Schweiz, mitunter also ihre Qualität und Unbedenklichkeit (Beschwerdeschrift S. 20 Ziff. II/B/8).

Ausser Diskussion steht, dass die Beschwerdeführerin erst im Juni 2001 und damit rund drei Monate vor dem Versand des Prüfungsberichts der Q durch die Beschwerdegegnerin mit ihren Saugeinlagen in den schweizerischen Markt eingetreten ist und sie sich deshalb im Zeitpunkt des inkriminierten Verhaltens der Beschwerdegegnerin in der Phase des Versuchs, sich auf dem Markt zu etablieren und für sich einen Marktanteil zu erobern, befand. Ob in einer solchen Auf-

bauphase bereits ein rechtlich relevanter Schaden aus entgangenem Gewinn anzunehmen sei oder ob ein solcher die weitgehende Etablierung in den Markt voraussetzt, nach welchen Regeln ein solcher Schaden zu ermitteln sei, wie weit dabei auf die bereits erzielten Einkünfte abzustellen und diese allenfalls hochzurechnen seien und ob auf Erfahrungen mit dem gleichen oder einem ähnlichen Produkt auf ausländischen Märkten abgestellt werden dürfe, richtet sich nach Bundesrecht. Ebenfalls nach Bundesrecht richtet sich, ob hier eine allgemeine Lebenserfahrung, auf welche abzustellen sei, bestehe und welchen Inhalt diese habe. Entsprechende Rügen sind mit Berufung beim Bundesgericht vorzubringen, weshalb diesbezüglich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen ist (Art. 43 OG, § 285 ZPO). Sollte das Bundesgericht zum Schluss kommen, ein solcher Schaden aus entgangenem Gewinn sei auch in der genannten Aufbauphase anzunehmen und zu ermitteln, so kann das Bundesgericht die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts an das Handelsgericht zurückweisen (Art. 64 Abs. 1 OG). Die Rüge, es seien in diesem Zusammenhang angebotene Zeugeneinvernahmen oder andere Beweismittel nicht abgenommen worden und es sei somit der Sachverhalt ungenügend festgestellt worden, ist somit an das Bundesgericht und nicht an das Kassationsgericht zu richten.

e) In Erwägung IV/4.2.4 des angefochtenen Urteils (S. 29 ff.) setzt sich das Handelsgericht mit dem von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Marktverwirrungsschaden auseinander. Es hält unter lit. c (Urteil S. 31) fest, aufgrund des beschränkten Adressatenkreises des Untersuchungsberichtes der Q vom 10. September 2001 sei auch die Marktverwirrung auf die G AG und die M Ostschweiz beschränkt, soweit nicht besondere Umstände dargetan seien. Ersatzfähig seien somit grundsätzlich nur diejenigen Aufwendungen, welche notwendig gewesen seien, um die Marktverwirrung bei diesen beiden Kunden zu beseitigen. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Unsicherheit der Kunden darüber, ob die Produkte der Beschwerdeführerin den gesetzlichen Anforderungen genügen würden, sei sodann mit dem Untersuchungsbericht des kantonalen Labors Zürich vom 5. Februar 2002 beseitigt worden.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, diesbezüglich sei dem Handelsgericht wiederum entgegenzuhalten, dass sich die Marktverwirrung nicht bloss auf die G AG und die M Ostschweiz beschränkt habe, sondern auch andere Kunden betroffen habe, die nach dem Erscheinen des Prüfberichts der Q vom 10. September 2001 keine Produkte mehr bei der Beschwerdeführerin bestellt oder bereits gemachte Bestellungen storniert hätten (Beschwerdeschrift S. 20 f. Ziff. 9).

Ob und unter welchen Voraussetzungen die Beschwerdegegnerin auch für allfällige Marktverwirrung, die über den Adressatenkreis des Untersuchungsberichts der Q, also über die M Ostschweiz oder die G AG, hinausgeht, schadenersatzpflichtig wird, ist eine Frage der Anwendung von Bundesrecht und nicht im vorliegenden Kassationsverfahren zu prüfen (Art. 43 OG, § 285 ZPO).

4. Unter dem Titel „Verletzung klaren materiellen Rechts“ (Beschwerdeschrift S. 21 - 28, lit. II/C) rügt die Beschwerdeführerin ausschliesslich die Verletzung von Bundesrecht. Entsprechende Rügen können mit Berufung beim Bundesgericht vorgebracht werden (Art. 43 OG) womit diesbezüglich auf die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten ist (§ 285 ZPO).

5. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 6'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 461.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: