Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 3 U 38/15
406 HKO 13/15
(LG Hamburg)

Verkündet am 21. Januar 2016

_____
Urkundsbeamte/r der Geschäftsstelle

Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

B. AG,
vertreten durch d. Vorstand,

- Antragstellerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

gegen

A. GmbH,
vertreten durch d. Geschäftsführer

- Antragsgegnerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht – 3. Zivilsenat – durch … auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26. November 2015 für Recht:

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, KfH 6, vom 24. Februar 2015, Geschäfts-Nr. 406 HKO 13/15, abgeändert:

Die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 30. Oktober 2014, Az.. 312 O 441/14, wird aufgehoben und der auf ihren Erlass gerichtete Antrag zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits fallen der Antragstellerin zur Last.

Das Urteil ist vollstreckbar.

Gründe:

A.

Die Antragstellerin nimmt die Antragsgegnerin aus Heilmittelwerbe- und Wettbewerbsrecht auf Unterlassung in Anspruch.

Die Parteien sind Wettbewerber im Bereich des Vertriebs von Arzneimitteln, sog. DPP-4- Hemmern, zur Behandlung der Erkrankung Diabetes Mellitus Typ 2.

Die Antragstellerin vertreibt ihre Arzneimittel unter der Bezeichnung X.® und V.®. Das Arzneimittel X.® ist ein Monopräparat. Es enthält den Wirkstoff St., und zwar in den Wirkstärken 25 mg, 50 mg oder 100 mg, und wird in den Packungsgrößen N 1 (28 Filmtabletten) und N 3 (98 Filmtabletten) vertrieben (Anlage ASt 3). Das Arzneimittel V.® ist ein Kombinationspräparat. Es enthält neben dem Wirkstoff St. auch den Wirkstoff Metformin, und zwar in den Wirkstärken 50 mg/850 mg bzw. 50 mg/1000 mg. Es wird in den Packungsgrößen N 2 (56 Filmtabletten) und N 3 (196 Filmtabletten) vertrieben (Anlage ASt 4).

Die Antragsgegnerin vermarktet ihre DPP-4-Hemmer unter den Bezeichnungen Y.® und K. ®. Das Arzneimittel Y.® ist ein Monopräparat. Es enthält den Wirkstoff Sa., und zwar in den Wirkstärken 2,5 mg oder 5 mg, und wird in Packungen zu 28 (N 1) und 98 Filmtabletten (N 3) vertrieben (Anlage ASt 5). Das Arzneimittel K.® ist ein Kombinationspräparat. Es enthält neben dem Wirkstoff Sa. auch den Wirkstoff Metformin, und zwar in den Wirkstärken 2,5 mg/850 mg bzw. 2,5 mg/1000 mg. Es wird in Packungen zu 56 (N 1) und 196 (N 3) Filmtabletten vertrieben (Anlage ASt 6).

Unter dem 9. September 2014 hatte die Antragstellerin bereits eine Beschlussverfügung des Landgerichts Hamburg, Az. 312 O 338/14, erwirkt, mit welcher der Antragsgegnerin – im Hinblick auf eine Preisvergleichswerbung (Abgabekarte mit Drehscheibe) und soweit sie sich nicht bereits zuvor mit Schreiben vom 22. August 2014 strafbewehrt unterworfen hatte – bei Vermeidung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten worden war,

> im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für die Arzneimittel Y., K. und G. preisvergleichend zu werben wie in der als Anlage ASt 1 abgebildeten Preisdrehscheibe geschehen (Anlage ASt 2).

Nachfolgend bewarb die Antragsgegnerin ihre Arzneimittel im September 2014 mit der jetzt streitgegenständlichen, aus der Anlage ASt 1 ersichtlichen Preisvergleichswerbung (Abgabekarte mit Preisschieber/vgl. Anlagen ASt 1 und ASt 7). Auf dem Deckblatt hieß es – im Hinblick auf den

zum 1. Juli 2014 eingestellten Vertrieb des weiteren DPP-4-Hemmers V. – unter der sich wiederholenden Angabe "V. umstellen!", die wie ein Newsticker gestaltet war, "WIR MACHEN'S GÜNSTIG". Weiter hieß es dort „Günstiger als St.[*,#,1]". Bei Verwendung des Preisschiebers wurden jährliche Ersparnisbeträge für die Behandlung mit den Arzneimitteln Y.® bzw. K.® gegenüber einer Behandlung mit dem Wirkstoff St. angegeben, und zwar bezogen auf die Behandlung eines Patienten (€ 54,75), von 25 Patienten (€ 1.368,75), 100 Patienten (€ 5.475,00) und 150 Patienten (€ 8.212,50).

Mit Schreiben vom 2. Oktober 2014 mahnte die Antragstellerin die Antragsgegnerin diesbezüglich ab und forderte sie zur Unterlassung dieser Preisvergleichswerbung auf. Zur Begründung führte sie aus, dass sie bereits gegen zwei sehr ähnliche Werbemittel der Antragsgegnerin, nämlich die Preisvergleichswerbung "Ziele erreichen Kosten sparen" in Form einer Drehscheibe, sowie die Nachfolgewerbung "Ziele erreichen Kosten sparen" in Tabellenform vorgegangen sei. Die jetzige Preisvergleichswerbung sei nur leicht verändert worden, um dem bezüglich der Drehscheibenwerbung erwirkten Verfügungsverbot vom 9. September 2014 (312 O 338/14) bzw. der im Hinblick auf die Preistabellenwerbung abgegebenen Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 29. September 2014 zu entsprechen. Die unzulässigen werblichen Aussagen seien jedoch im Kern die gleichen geblieben (Anlage ASt 13).

Auch der jetzt angestellte Preisvergleich sei in verschiedener Hinsicht schief und damit irreführend. So ergebe sich die aufgeführte jährliche Kostenersparnis nur bei Verwendung des Präparats in der jeweils höchsten Wirkstärke und der jeweils größten Packung (N 3). Das Präparat Y.® (Sa.) sei jedoch in der geringeren Wirkstärke von 2,5 mg mit € 49,35 Apothekenverkaufspreis (AVP) teurer als das Präparat X. (St.) in der geringeren Wirkstärke von 25 mg mit € 21,60 AVP. Darauf werde in der Werbung mit den Fußnotenhinweisen nicht ausreichend hingewiesen. Der angesprochene Arzt gehe vielmehr davon aus, dass der genannte Kostenvorteil stets eintrete, d. h. bei Verwendung der Präparate in jeder Wirkstärke und Packungsgröße. Darin werde er auch durch die Abbildung der Verpackungen der Arzneimittel der Antragsgegnerin, Y.® und K.®, bestärkt, die ohne Wirkstärken- und Packungsgrößenangabe im unteren Bereich der Abgabekarte zu sehen seien. Der Preisvergleich sei aber auch deshalb irreführend, weil nicht darauf hingewiesen werde, dass der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) für den Wirkstoff St. im Rahmen der frühen Nutzungsbewertung sowohl hinsichtlich der Monotherapie als auch hinsichtlich der Kombinationstherapie Anhaltspunkte für einen geringen Zusatznutzen festgestellt habe, wohingegen bezüglich Sa. Anhaltspunkte für einen geringen Zusatznutzen lediglich im Hinblick auf die Kombinationstherapie festgestellt worden seien (Anlage ASt 13).

Mit Antwortschreiben vom 7. Oktober 2014 verpflichtete sich die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin,

es bei Vermeidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Vertragsstrafe, die von der Berlin-Chemie AG nach billigem Ermessen festzusetzen und im Streitfall durch das Landgericht Hamburg zu überprüfen ist, zu unterlassen mit der als Anlage beigefügten Werbeunterlage zu werben.

Diese Unterlassungsverpflichtungserklärung wurde jedoch unter dem ausdrücklichen Vorbehalt erklärt, dass die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg (312 O 338/14) vom 9. September 2014 rechtskräftig – gegebenenfalls auch durch ein Hauptsacheverfahren – bestätigt werde (Anlage ASt 14).

Nachfolgend erwirkte die Antragstellerin die vorliegende Beschlussverfügung des Landgerichts Hamburg vom 30. Oktober 2014, Az. 312 O 441/14, mit welcher der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten wurde,

> im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, für die Arzneimittel Y. und K.
>
> a) mit dem als Anlage abgebildeten Preisschieber
>
> und/oder
>
> b) mit der Aussage „Günstiger als St."
>
> und/oder
>
> c) mit der Aussage „Wir machen's günstig"
>
> zu werben, jeweils wie in der als Anlage ASt 1 abgebildeten Werbeunterlage geschehen.

Hiergegen wendete sich die Antragsgegnerin mit ihrem Widerspruch vom 21. Januar 2015. Zur Begründung hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass es im Hinblick auf ihre Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 7. Oktober 2014 (Anlage ASt 14) bereits an einer Wiederholungsgefahr fehle.

Zudem sei die Werbung inhaltlich zutreffend. Eine Irreführung liege somit nicht vor.

Die Verwendung des Preisschiebers sei zulässig. Zum einen werde mit den Fußnotenhinweisen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich die genannte Ersparnis bei Zugrundelegung der Preise der Lauertaxe für die Präparate in der jeweils höchsten Wirkstärke und größten Verpackung ergebe. Auch auf den Umstand, dass dabei der Herstellerrabatt von 7% noch nicht berücksichtigt worden sei und vom Arzt noch in Abzug gebracht werden müsse, werde ausdrücklich hingewiesen. Bei der angegebenen Ersparnis handele es sich auch nicht um rein theoretische Werte. Vielmehr würden die Präparate der Parteien der weit überwiegenden Zahl der Patienten in der höchsten Wirkstärke (100 mg St. bzw. 5 mg Sa.) als langfristige Standard-

dosierung verordnet, und zwar in N3-Packungen. Dies treffe für rund 70% der X.®- und rund 80% der Y.®-Verordnungen zu (Anlage Agg 1).

Bei den verglichenen Dosierungen von 100 mg St. und 5 mg Sa. handele es sich mithin um die Standarddosierungen für die große Mehrzahl der Patienten. Sofern ein Patient mit der Standarddosierung des Präparats X.® (100 mg St.) behandelt werde, erhalte er bei einer Umstellung auf Y.® die für dieses Arzneimittel bestehende Standarddosierung (5 mg Sa.). Entgegen der Ansicht der Antragstellerin seien Studien zur Dosisäquivalenz nicht erforderlich, um einen entsprechenden Preisvergleich vornehmen zu können. Auch sei die Behandlung von 150 Patienten mit Diabetes-Typ II in einer Arztpraxis durchaus realistisch und keineswegs überhöht. In Schwerpunktpraxen werde diese Patientenzahl zum Teil sogar deutlich überschritten (Anlage Agg 3).

Im Hinblick auf die Nutzenbewertung durch den G-BA hat die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass das Verfahren zur Bewertung von Sa. als Monotherapie nicht zum Abschluss gekommen sei. Das noch laufende Bewertungsverfahren sei aufgrund geänderter gesetzlicher Regelungen eingestellt worden (Anlage Agg 2). Rückschlüsse im Hinblick auf diejenigen Präparate, bei denen das Bewertungsverfahren zum Zeitpunkt der Änderung der Rechtslage bereits abgeschlossen gewesen sei, könnten daraus nicht gezogen werden.

Die Angabe "Günstiger als St." sei nicht irreführend, denn die angegebene jährliche Kostenersparnis von Y.® bzw. K.® gegenüber St. sei zutreffend berechnet worden.

Die Aussage "Wir machen's günstig" werbe lediglich mit dem guten Preis der Präparate der Antragsgegnerin. Er enthalte keinen Vergleich mit den Präparaten der Antragstellerin, sondern nehme lediglich auf die erforderliche Umstellung von V.-Patienten Bezug. Sie richte sich an Ärzte, deren Patienten bisher mit V. behandelt worden seien und nach der Einstellung des V.-Vertriebs zum 1. Juli 2014 auf andere Wirkstoffe hätten umgestellt werden müssen. Selbst wenn die Angabe als Vergleich zu den Präparaten der Antragstellerin verstanden werde, sei sie inhaltlich zutreffend.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

> die einstweilige Verfügung vom 30. Oktober 2014 aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückzuweisen.

Die Antragstellerin hat beantragt,

> die einstweilige Verfügung zu bestätigen.

Zur Begründung des Verbots der Verwendung des Preisschiebers (Unterlassungsantrag zu 1) hat die Antragstellerin über die bereits vorgerichtlich erfolgten Ausführungen hinaus weiter vorgetragen, dass sich die genannte Ersparnis nur dann ergebe, wenn die Patienten an allen 365 Tagen des Jahres mit der höchsten Wirkstärke und der größten Packung behandelt würden. Sofern ein Patient nur an einem Tag einen DPP-4 Hemmer mit einer geringeren Wirkstärke einnehme oder die Dosierung – etwa im Rahmen einer oralen Zweifach- oder Dreifachtherapie in Kombination mit weiteren Wirkstoffen – anders als in der Berechnung der Kostenersparnis vorgesehen erfolge, sei die Berechnung falsch.

Zudem seien in der Berechnung die Preise für die X.® in der Wirkstärke 25 mg völlig ausgeblendet worden. Bei einem Vergleich von St. und Sa. in der geringeren Wirkstärke sei das Präparat der Antragstellerin, X.® (St.), preislich günstiger als das Präparat Y.® (Sa.) der Antragsgegnerin. Der Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers (ApU) betrage für die N 3-Packung (98 Filmtabletten) X.® in der Wirkstärke 50 mg € 58,80 während die N 3-Packung (98 Filmtabletten) des Präparats Y.® in der Wirkstärke 2,5 mg mehr, nämlich € 106,21 koste.

Der Preisvergleich sei aber auch deshalb irreführend, weil nicht darauf hingewiesen worden sei, dass der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) für St. im Rahmen der frühen Nutzenbewertung sowohl hinsichtlich der Monotherapie als auch hinsichtlich der Kombinationstherapie Anhaltspunkte für einen geringen Zusatznutzen festgestellt habe (Anlagen ASt 9 und ASt 10). Bezüglich Sa. seien demgegenüber Anhaltspunkte für einen geringen Zusatznutzen lediglich im Hinblick auf die Kombinationstherapie festgestellt worden (Anlagen ASt 11 und ASt 12). Dieser Unterschied sei in der Nutzenbewertung für die Ärzte und Patienten essentiell. Er rechtfertige die etwas höheren Kosten von St.. Das werde in der Preiswerbung der Antragsgegnerin jedoch verschwiegen.

Zudem sei der Preisvergleich schon deshalb irreführend, weil es keine Studien gebe, die eine Dosisäquivalenz zwischen Y.® 5 mg und X.® 100 mg belegten oder nachwiesen. Mit der Angabe, dass bei der Behandlung von 150 Patienten eine Kostenersparnis in Höhe von € 8.212,50 zu erzielen sei, würden zudem übertriebene Erwartungen an die Kosteneinsparung geweckt. Es gebe keinen Arzt, der 150 Patienten über ein Jahr mit den Präparaten der Antragsgegnerin in der jeweils höchsten Wirkstärke und Packungsgröße behandele.

Die Angabe "Günstiger als St." (Unterlassungsantrag zu 2) sei unzutreffend und damit irreführend. Entgegen dem von der Werbung der Antragsgegnerin erweckten Eindruck sei die Verordnung von Y.® oder K.® nicht über alle Packungsgrößen und Wirkstärken hinweg günstiger als die Verordnung von St..

Die Aussage "Wir machen's günstig" (Unterlassungsantrag zu 3) sei ebenfalls unzulässig. Die Verordnung von Y.® oder K.® sei im Vergleich mit dem Präparat der Antragstellerin, X.®, nicht über alle Packungsgrößen und Wirkstärken hinweg günstig. Auch insoweit sei zu berücksichtigen, dass es keine Studien gebe, die eine Dosisäquivalenz zwischen Y.® 5 mg und X.® 100 mg belegten oder nachwiesen, und dass die frühe Nutzenbewertung für X.® besser ausgefallen sei als für Y.® und K.®.

Da die Unterlassungsverpflichtungserklärung der Antragsgegnerin vom 7. Oktober 2014 unter Vorbehalt, nämlich aufschiebend bedingt, erfolgt sei (Anlage ASt 14), sei sie nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr auszuräumen.

Nachdem der Rechtsstreit auf Antrag der Antragsgegnerin mit Beschluss der Zivilkammer 12 des Landgerichts Hamburg vom 23. Januar 2015, Az. 312 O 441/14, an die zuständige Kammer für Handelssachen des Landgerichts Hamburg verwiesen worden war, hat diese die einstweilige Verfügung vom 30. Oktober 2014 mit Urteil vom 24. Februar 2015, Az. 406 HKO 13/15, vollen Umfangs bestätigt.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass die streitgegenständliche Werbung mit den aus Anlage ASt 1 ersichtlichen Preisersparnisbeträgen für verschiedene Patientenanzahlen irreführend sei, weil die Dosisäquivalenz der Vergleichspräparate nicht wissenschaftlich abgesichert sei und die Ersparnisbeträge sich in jedem Fall noch um den Zwangsrabatt in Höhe von 7 % verminderten. Auch die Angabe "Günstiger als St." sei irreführend, weil Y.® und K.® in niedrigeren Wirkstärken nicht günstiger als St. seien. Dem stünden auch die Fußnotenhinweise nicht entgegen. Die Angabe "Wir machen's günstig" sei irreführend, weil sie die Einleitung zu den weiteren irreführenden Werbeaussagen bilde. Die Unterlassungsverpflichtungserklärung der Antragsgegnerin vom 7. Oktober 2014 sei nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr auszuräumen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer frist- und formgerecht eingelegten und begründeten Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Sie hält an der erstinstanzlich vertretenen Ansicht fest, dass der wissenschaftliche Nachweis der Dosisäquivalenz nicht erforderlich sei. Er sei zudem erbracht. Diesbezüglich reicht die Antragsgegnerin in der Berufungsinstanz entsprechende Studienveröffentlichungen (Anlagen Agg 4 bis Agg 6, Agg 10) und eine wissenschaftliche Stellungnahme vom 10. November 2015 (Anlage Agg 9) zur Akte.

Sie weist zudem darauf hin, dass auch die Antragstellerin die Umstellung von V. auf St. unter Bezug auf die Standarddosierungen bewerbe (Anlage Agg 8).

Im Hinblick auf die Einstellung des Verfahrens zur Feststellung eines geringen Zusatznutzens von Sa. in der Monotherapie durch den G-BA führt die Antragsgegnerin aus, dass die im Verlauf des Verfahrens erstellte wissenschaftliche Vorbewertung durch das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) keinen hinreichend sicheren Schluss auf die endgültige Bewertung durch den G-BA erlaube. Der G-BA sei an diese Vorbewertung nicht gebunden. Er sei zudem in der Vergangenheit schon verschiedentlich von der Vorbewertung durch das IQWiG abgewichen (Anlage Agg 11).

Im Hinblick auf den 7%-igen Herstellerzwangsrabatt führt die Antragsgegnerin aus, dass es zwar zutreffe, dass die jährlichen Ersparnisbeträge geringer als in der Werbung angegeben ausgefallen wären, wenn der 7%-ige Rabatt bereits im Rahmen der Vergleichsberechnung für die Präparate beider Parteien in Abzug gebracht worden wäre. Entgegen der Ansicht des Landgerichts, seien die aufklärenden Hinweise in den Fußnoten jedoch ausreichend und zudem marktüblich gewesen (Anlage Agg 12).

Die Antragsgegnerin habe zudem zwischenzeitlich festgestellt, dass die Antragstellerin, anders als die Antragsgegnerin, bereits seit dem 1. April 2014 keinen Herstellerrabatt mehr habe gewähren müssen (Anlage Agg 7). Das führe dazu, dass der Preisvorteil der Präparate der Antragsgegnerin noch deutlich höher sei als angegeben, nämlich statt € 54,75 sogar € 91,25 pro Jahr und Patient. Mithin habe die Antragstellerin von der Darstellung der Antragsgegnerin profitiert, eine Irreführung zu ihren Lasten sei nicht erfolgt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

> das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 24. Februar 2015 (Az. 406 HKO 13/15) abzuändern und die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 30. Oktober 2014 (Az. 312 O 441/14) aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichtete Antrag zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

> die Berufung der Antragsgegnerin vom 27. März 2015 gegen die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 30. Oktober 2014 in Gestalt des Urteils vom 24. Februar 2015 (Geschäftsnummer 406 HKO 13/15) zurückzuweisen.

Die Antragstellerin verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages.

Unter Bezugnahme auf das in der Parallelsache 406 HKO 6/15 ergangene Urteil des Landgerichts Hamburg vom 24. Februar 2015 (Anlage ASt 15) führt die Antragstellerin in der Berufungsinstanz erneut aus, dass die angesprochenen Ärzte bei einem Preisvergleich erwarteten, dass die verglichenen Präparate nachgewiesener Maßen eine vergleichbare Wirkung, d. h. Dosisäquivalenz in allen Wirkstärken aufwiesen. Die von der Antragsgegnerin zur Akte gereichten Studien sowie die Stellungnahme vom 10. November 2015 seien nicht geeignet, dies zu belegen (Anlagen ASt 22 und ASt 23). Vielmehr gebe es fundierte wissenschaftliche Anhaltspunkte dafür, dass St. stärker wirksam sei als Sa. (Anlage ASt 16).

Im Hinblick auf die mangelnde Feststellung eines geringen Zusatznutzens von Sa. in der Monotherapie durch den G-BA führt die Antragstellerin weiter aus, dass es zwar zutreffe, dass das Nutzenbewertungsverfahren eingestellt worden sei. Die für das Nutzenbewertungsverfahren entscheidende wissenschaftliche Vorbewertung durch das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) sei jedoch bereits am 28. November 2013 zu dem Schluss gekommen, dass die vorliegenden Daten keinen Zusatznutzen von Sa. in der Monotherapie gegenüber der zweckmäßigen Vergleichstherapie ergäben (Anlage ASt 21).

Die Antragstellerin hat in der Berufungsinstanz weiter erstmals die Ansicht vertreten, dass die angegebenen Ersparnisbeträge auch deshalb falsch und irreführend seien, weil der abzuziehende Zwangsrabatt unberücksichtigt geblieben sei.

Bei Zugrundelegung der zum Zeitpunkt der Werbung aktuellen Apothekenverkaufspreise (Anlagen ASt 17 und ASt 19) ergäben sich bei der mittleren bzw. geringen Wirkstärke Tagestherapiekosten von € 0,87 für X.® (50 mg/N3) und € 1,41 für Y.® (2,5 mg/N3). Mithin sei die Behandlung mit St. günstiger als mit Sa., nämlich um € 0,54 pro Tag bzw. € 197,10 pro Jahr. Aufgrund der zum 1. Juli 2015 erfolgten Preissenkung von X.® ergäben sich bei einer Behandlung mit Y.® Therapiemehrkosten von € 0,55 je Tag bzw. € 200,75 jährlich (Anlagen ASt 18 und ASt 20).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die angefochtene Entscheidung sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der Berufungsverhandlung vom 26. November 2015 Bezug genommen.

B.

Die Berufung der Antragsgegnerin ist zulässig und begründet. Zwar liegt der Verfügungsgrund vor, es fehlt jedoch am Verfügungsanspruch.

I.

Der Verfügungsgrund besteht.

Die Unterlassungsverpflichtungserklärung der Antragsgegnerin vom 7. Oktober 2014 ist nicht geeignet, eine etwaige Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Sie ist ausdrücklich unter dem Vorbehalt erklärt worden, dass die in einem Parallelverfahren ergangene einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg (312 O 338/14/betr.: Drehscheibenwerbung) vom 9. September 2014 rechtskräftig – gegebenenfalls auch durch ein Hauptsacheverfahren – bestätigt wird (Anlage ASt 14). Mithin ist die vorliegende Unterlassungsverpflichtungserklärung aufschiebend bedingt erklärt worden, was die Antragstellerin bis zum Eintritt der Bedingung, d. h. die bestätigende Entscheidung des parallelen Rechtsstreits im Hauptsacheverfahren schutzlos gestellt hat. Das muss die Antragstellerin nicht hinnehmen.

Die genannte einstweilige Verfügung vom 9. September 2014 betrifft zudem eine andere, wenn auch ähnliche Werbung der Antragsgegnerin. Die Verknüpfung der hiesigen Unterlassungsverpflichtungserklärung mit dem Ausgang des parallelen Rechtsstreits lässt – in der hier vorliegenden Fallgestaltung – zudem Zweifel an der Ernstlichkeit der abgegebenen Verpflichtungserklärung aufkommen.

Mithin war die Unterlassungsverpflichtungserklärung der Antragsgegnerin vom 7. Oktober 2014 nicht geeignet, eine etwaige Wiederholungsgefahr zu beseitigen.

II.

Es fehlt jedoch vorliegend am Verfügungsanspruch. Die geltend gemachten Unterlassungsansprüche zu 1. bis 3. sind unbegründet.

1.

Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu 1. ergibt sich nicht aus §§ 3, 8 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 3 HWG oder aus §§ 3, 8 Abs. 1, 5 UWG. Eine Irreführung liegt nicht vor.

a)

Nach dem Unterlassungsantrag zu 1. soll der Antragsgegnerin bei Vermeidung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten werden,

> im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, für die Arzneimittel Y. und K.
>
> a) mit dem als Anlage abgebildeten Preisschieber
>
> zu werben, wie in der als Anlage ASt 1 abgebildeten Werbeunterlage geschehen.

Der Unterlassungsantrag zu 1). betrifft die Verwendung des "Preisschiebers", und zwar im Rahmen der konkreten Verletzungsform, nämlich Anlage ASt 1 (Original = Anlage ASt 7). Das heißt,

dass sich der Angriff nicht nur gegen die eigentliche Schiebevorrichtung, sondern gegen deren Verwendung im Zusammenhang mit den weiteren dazu auf der oberen Hälfte der Klappkarte gemachten Angaben wendet.

b)
Der Antragstellervortrag, wonach die angegebenen Ersparnisbeträge schon deshalb falsch und damit irreführend seien, weil der abzuziehende Herstellerzwangsrabatt von 7% bei den angegebenen Ersparnisbeträgen unberücksichtigt geblieben sei bzw. weil der Zwangsrabatt nur für die Präparate der Antragsgegnerin anfalle, was die Ersparnisbeträge deutlich erhöhe, ist erst in dringlichkeitsschädlicher Zeit erfolgt und damit – entgegen der Ansicht des Landgerichts – prozessual ausgeschlossen.

c)
Auf der Grundlage des erstinstanzlich in dringlichkeitsunschädlicher Zeit erfolgten Antragstellervortrags kann eine Irreführung des angesprochenen Fachverkehrs nicht festgestellt werden.

aa)
Das Verkehrsverständnis des situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten und vernünftigen Fachverkehrs, hier: Fachärzte die mit der Behandlung von Diabetes-Patienten befasst sind, vermögen die Mitglieder des Senats, die sich hierbei auf ihre eigene Sachkunde und Lebenserfahrung stützen können, selbst zu beurteilen. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist die Beurteilung des Verkehrsverständnisses von Ärzten durch die Mitglieder des Gerichts jedenfalls dann möglich, wenn der Erkenntnisstand der Wissenschaft im Hinblick auf den maßgebenden Sachverhalt vorgetragen wurde und außerdem – wie hier – keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass der angesprochene Arzt die deutsche Sprache anders verstehen könnte als jemand, der ebenfalls ein wissenschaftliches Studium absolviert hat (OLG Hamburg, PharmaR 2007, 204).

Sind – wie hier – mehrere Einzelangaben innerhalb eines Werbemittels Gegenstand jeweils gesonderter, auf das Werbemittel bezogener Anträge, so ist jeweils ein Verbot gemeint, das die einzelne Werbeangabe nicht für sich allein betrachtet, sondern im konkreten werblichen Umfeld erfasst, so wie sie sich aus der in Bezug genommenen Verbotsanlage ergibt, und zwar losgelöst von den anderen, ebenfalls angegriffenen Angaben (Hanseatisches Oberlandesgericht, PharmR 2007, 58 = NJOZ 2007, 5174; Brüning in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Auflage, 2013, vor § 12 UWG Rn. 100). Hieraus folgt, dass eine gesonderte Angabe nicht wegen des irreführenden Gehalts einer anderen gesondert angegriffenen Angabe verboten werden kann (Hanseatisches Oberlandesgericht, PharmR 2007, 58 = NJOZ 2007, 5174).

bb)

Die Antragstellerin hat in dringlichkeitsunschädlicher Zeit zum Verkehrsverständnis vorgetragen, dass die angesprochenen Fachkreise davon ausgingen, dass die Behandlung mit Y.® und K.® in jeder Wirkstärke und Packungsgröße preisgünstiger sei. Das sei falsch, weil der genannte Preisvorteil nur hinsichtlich der höchsten Wirkstärke in der jeweils größten Packung (N 3) eintrete. Zudem sei die Patientenzahl von 150 für eine Arztpraxis unrealistisch überhöht.

Diese Verkehrsvorstellung vermag der Senat nicht nachzuvollziehen. Mit dem Schieberegler werden konkret ausgerechnete jährliche Kosteinsparungen für 1, 25, 50 und 150 Patienten in Höhe von € 54,75, € 1.368,75, € 5.475,00 und € 8.212,50 angegeben (Anlage ASt 1). Die weiteren im oberen Bereich der Klappkarte befindlichen Angaben zu den genannten Einsparmöglichkeiten sind mit dem Fußnotenhinweis "*, [1]" verbunden. Dadurch wird der angesprochene Fachverkehr unmittelbar zu den Fußnotenauflösungen auf der Rückseite der Abgabekarte geleitet, die wie folgt lauten:

> * Tagestherapiekostensind jeweils für die größte Packungsgröße und höchste Wirkstärke dargestellt. Nur der Zwangsrabatt (der allgemeine Herstellerrabatt von 7% ab 1. April 2014) fällt nach wie vor an und muss vom Arzt separat berücksichtigt werden.
>
> [1] Lauer-Taxe. Stand 1. Juli 2014

Die Grundlage der Berechnungen, d. h. die Verwendung der Preise der jeweils größten Packung und der jeweils höchsten Wirkstärke, und zwar nach der – zum Zeitpunkt der Werbung – aktuellen Lauertaxe vom 1. Juli 2014, wird mithin ausdrücklich und hinreichend lesbar angegeben. Weiter wird darauf hingewiesen, dass der 7%ige Zwangsrabatt in den genannten Ersparnisbeträgen noch nicht berücksichtigt worden ist und vom Arzt noch in Abzug zu bringen ist. Die Fußnoten sind ordnungsgemäß mit der Fußnotenauflösung auf der Rückseite der Abgabekarte verbunden.

Bei Berücksichtigung der Fußnotenhinweise besteht somit kein Anlass für Annahme des angesprochenen Verkehrs, dass die beworbene Preisersparnis über alle Wirkstärken und Packungsgrößen der genannten Präparate eintrete. Dies gilt auch bei Berücksichtigung der im unteren Bereich der Klappkarte abgebildeten Arzneimittelverpackungen, die keine Angaben zur Packungsgröße aufweisen.

Der Umstand, dass es im Verlauf der Behandlung Unterbrechungen oder Dosisänderungen geben kann, ist den angesprochenen Fachkreisen bekannt, so dass es insoweit keiner Aufklärung im Rahmen der Werbung bedarf. Zudem ist dem angesprochene Arzt bekannt, wie viele Patienten er (selbst) behandelt, so dass die gewählten Patientenzahlen von 1, 25, 100 und 150 nicht geeignet ist, eine Irreführung über das für ihn bestehende Einsparpotential zu bewirken.

cc)
Weiter hat die Antragstellerin in dringlichkeitsunschädlicher Zeit geltend gemacht, dass es an einem hinreichenden wissenschaftlichen Beleg für die Dosisäquivalenz der verglichenen Präparate fehle.

Der Senat versteht dieses Vorbringen dahin, dass die Antragstellerin behauptet, dass der angesprochene Fachverkehr aufgrund des Preisvergleichs davon ausgehe, dass die genannten Arzneimittel hinsichtlich der therapeutischen Wirksamkeit dosisäquivalent seien und diese Dosisäquivalenz hinreichend wissenschaftlich belegt sei.

Diesem Verkehrsverständnis vermag der Senat nicht zu folgen. Konkrete Wirkbehauptungen und die Frage der Dosisäquivalenz werden in der Werbung nicht ausdrücklich angesprochen. Die Bewerbung der therapeutischen Wirksamkeit von Arzneimitteln geht jedoch üblicherweise mit entsprechenden konkreten Wirkbehauptungen einher. Soll der Aspekt der Dosisäquivalenz werblich angesprochen werden, geschieht dies in der Regel ausdrücklich.

Bei der streitgegenständlichen Werbemaßnahme handelt es sich um eine Umstellungswerbung, und zwar wird die Umstellung von dem nicht mehr am Markt verfügbaren V. auf die Sa.-Präparate der Antragsgegnerin, Y.® und K.®, beworben. In diesem Zusammenhang werden die Kosteneinsparungen aufgeführt, die bei einer Behandlung mit den Sa.-Präparaten der Antragsgegnerin (Y.®/K.®) gegenüber einer Behandlung mit den St.-Präparaten der Antragstellerin, jeweils für die größte Packungsgröße und die höchste Wirkstärke, pro Jahr zu erzielen sind.

Daraus entnimmt der angesprochene Fachverkehr lediglich, dass die Präparate der Parteien denselben Indikationsbereich haben, im Rahmen der Umstellung von V. in der jeweils höchsten Wirkstärke und Standarddosierung austauschbar sind und dass bei ihrer Verwendung in der jeweils größten Packungsgröße die genannten Einsparbeträge zu erzielen sind. Annahmen zur Dosisäquivalenz und der therapeutischen Wirksamkeit der Präparate der Parteien trifft der angesprochene Fachverkehr hingegen nicht, denn diese Aspekte werden dort nicht angesprochen.

Eine diesbezügliche Irreführung der angesprochenen Fachkreise kann mithin nicht festgestellt werden. Daher bedarf es vorliegend – entgegen der Ansicht des Landgerichts – auch keines entsprechenden wissenschaftlichen Nachweises der Dosisäquivalenz.

dd)

Die streitgegenständliche Werbung erweist sich auch nicht unter dem Aspekt des "schiefen Bildes" als irreführend.

Die Werbung vermittelt weder ausdrücklich noch mittelbar die Botschaft, dass die hinsichtlich ihres Preises verglichenen Präparate bezüglich der Zusatznutzenbewertung nach § 35a SGB V gleichwertig seien.

Zwar wird in der streitgegenständlichen Werbung nicht darauf hingewiesen, dass der G-BA gemäß § 35a SGB V für St. einen geringen Zusatznutzen sowohl in der Mono- als auch der Kombinationstherapie festgestellt hat, wohingegen für die Behandlung mit Sa. ein geringer Zusatznutzen lediglich für die Kombinationstherapie, nicht jedoch für die Monotherapie festgestellt worden ist. Das Verfahren zur Bewertung von Sa. in der Monotherapie ist jedoch – unstreitig – wegen Veränderung der gesetzlichen Vorgaben eingestellt worden (Anlage Agg 2). Ein Vergleich mit denjenigen Präparaten, bei denen das Bewertungsverfahren zum Zeitpunkt der Änderung der Rechtslage bereits abgeschlossen war, kann daher im Hinblick auf den Zusatznutzen nicht mehr gezogen werden. Das gilt auch bei Berücksichtigung des Umstandes, dass das IQWiG in Vorbereitung der Entscheidung des GB-A zu dem Ergebnis gekommen ist, dass ein Zusatznutzen in der Monotherapie nicht belegt sei (Anlage ASt 21). Denn der G-BA ist an diese Vorbewertung des IQWiG nicht gebunden.

Schon angesichts der Einstellung des Bewertungsverfahrens und der damit verbundenen fehlenden Vergleichsgrundlage bezüglich der Monotherapie ist die Antragsgegnerin nicht verpflichtet, im Rahmen ihrer Werbung auf den insoweit unterschiedlichen Status der verglichenen Präparate hinzuweisen.

Die Verwendung des streitgegenständlichen Preisschiebers erweist sich mithin unter keinem der von der Antragstellerin geltend gemachten Aspekte als irreführend. Der Unterlassungsantrag zu 1. ist mithin unbegründet.

ee)
Der Vergleich ist auch nicht gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG per se unzulässig.

Voraussetzung eines zulässigen Vergleichs ist in dieser Hinsicht nach der Rechtsprechung des BGH nicht die völlige Identität der verglichenen Produkte. Die Vergleichbarkeit im Sinne des Gesetzes ist vielmehr weit zu verstehen. Es genügt, dass die Produkte funktionsidentisch sind und aus der Sicht der angesprochenen Verbraucher als Substitutionsprodukte in Betracht kommen. Auch der Preisvergleich ist nicht auf identische Waren oder Dienstleistungen beschränkt. Der Preisvergleich darf allerdings nicht in Bezug auf die wesentlichen Eigenschaften der ver-

glichenen Produkte irreführen (BGH, NJOZ 2954, 2956 – Zulässigkeit von Preisvergleichen bei Arzneimitteln)

Im Bereich von Arzneimitteln ist von der gleichen Bedarfsdeckung oder derselben Zweckbestimmung auszugehen, wenn für die verglichenen Präparate dieselbe Indikation besteht. Eine gleiche Bedarfsdeckung oder dieselbe Zweckbestimmung der Präparate ist auch nicht deshalb zu verneinen, weil die Präparate in verschiedenen Wirkstärken oder Packungsgrößen angeboten werden. Entscheidend ist, dass die Präparate grundsätzlich einen identischen Anwendungsbereich haben (Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, BeckRS 2007, 14905).

Die Arzneimittel der Parteien sind zur Behandlung von erwachsenen Patienten mit Typ-2-Diabetes mellitus zur Verbesserung der Blutzuckerkontrolle indiziert (Anlagen ASt 3 bis ASt 6), so dass es sich um Waren für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung im Sinne des Gesetzes handelt. Mit dem Einsatz der Arzneimittel zur Verbesserung der Blutzuckerkontrolle bei erwachsenen Patienten mit Typ-2-Diabetes mellitus sind sie grundsätzlich funktionsidentisch und kommen aus der Sicht der angesprochenen Ärzte als Substitutionsprodukte in Betracht.

Mithin handelt es sich um Waren für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG.

Der Preisvergleich bezieht sich auf die schwerpunktmäßige Anwendung der beworbenen Präparate, die – unstreitig – überwiegend in der größten Verpackung und der höchsten Wirkstärke verordnet werden (Anlage Agg 1). Eine Irreführung des angesprochenen Fachverkehrs durch den streitgegenständlichen Preisvergleich erfolgt – wie vorstehend ausgeführt – nicht.

2.
Auch der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu 2. ist nicht nach §§ 3, 8 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 3 HWG und nach §§ 3, 8 Abs. 1, 5 UWG wegen Irreführung begründet.

a)
Nach dem Unterlassungsantrag zu 2. soll der Antragsgegnerin bei Vermeidung der gesetzlichen Ordnungsmittelverboten werden,

> im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, für die Arzneimittel Y. und K.
>
> b) mit der Aussage „Günstiger als St."

zu werben, wie in der als Anlage ASt 1 abgebildeten Werbeunterlage geschehen.

Das Verbot betrifft die Verwendung der Angabe "Günstiger als St.", und zwar im Rahmen der konkreten Verletzungsform, nämlich Anlage ASt 1 (Original = Anlage ASt 7).

b)

Auch hinsichtlich der Werbeangabe "Günstiger als St." hat die Antragstellerin behauptet, dass der angesprochene Fachverkehr fälschlich annehmen werde, dass die Verordnung von Y.® und K. über alle Packungsgrößen und Wirkstärken günstiger sei als St..

Dies ist nicht der Fall. Die Angabe "Günstiger als St." ist unmittelbar mit dem Fußnotenhinweis "*, #, 1" versehen. In den Fußnotenauflösungen auf der Rückseite der Abgabekarte heißt es wie folgt:

> # Für Y.® vs. St. bzw. K.® vs. St./Metformin-Fixkombination"
>
> * Tagestherapiekostensind jeweils für die größte Packungsgröße und höchste Wirkstärke dargestellt. Nur der Zwangsrabatt (der allgemeine Herstellerrabatt von 7% ab 1. April 2014) fällt nach wie vor an und muss vom Arzt separat berücksichtigt werden.
>
> 1 Lauer-Taxe. Stand 1. Juli 2014

Bei Berücksichtigung des Fußnotenhinweises und seiner Auflösung werden die Berechnungsgrundlagen und die Reichweite der werblichen Angabe ausdrücklich und hinreichend lesbar angegeben. Somit ist ohne weiteres erkennbar, auf welche Packungsgrößen und Wirkstärken sich die Behauptung "Günstiger als St." bezieht. Damit scheidet eine Irreführung des angesprochenen Fachverkehrs aus.

Mangels Irreführung ist auch der geltend gemachte Unterlassungsantrag zu 2. unbegründet.

3.

Auch der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu 3. ist nicht nach §§ 3, 8 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 3 HWG und nach §§ 3, 8 Abs. 1, 5 UWG begründet.

a)

Nach dem Unterlassungsantrag zu 3. soll der Antragsgegnerin bei Vermeidung der gesetzlichen Ordnungsmittelverboten werden,

> im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, für die Arzneimittel Y. und K.
>
> c) mit der Aussage „Wir machen's günstig“

zu werben, wie in der als Anlage ASt 1 abgebildeten Werbeunterlage geschehen.

Das Verbot betrifft die Verwendung der Angabe "Wir machen's günstig", und zwar im Rahmen der konkreten Verletzungsform, nämlich auf dem Deckblatt der Anlage ASt 1 (Original = Anlage ASt 7).

b)
Hinsichtlich dieser Angabe, die sich auf dem Deckblatt der Abgabekarte befindet, ist schon ein unmittelbarer Vergleich der Präparate der Parteien nicht erkennbar. Das Angebot der Antragsgegnerin wird dort lediglich als "günstig", nicht jedoch als "günstiger" bezeichnet.

Auch bei Berücksichtigung des weiteren Inhalts der Werbekarte ergibt sich kein unmittelbarer Vergleich der Präparate der Parteien. Zwar stellen der verwendete Preisschieber und die zugehörigen Angaben im oberen Bereich der Klappkarte sowie die Angabe "Günstiger als St." im unteren Bereich der Klappkarte diesen Vergleich her. Diese Bestandteile der Werbung sind jedoch bereits Gegenstand der gesonderten Unterlassungsanträge zu 1. und 2. und bleiben daher für die Beurteilung der Angabe "Wir machen's günstig" unberücksichtigt. Selbst wenn diese gesondert angegriffenen Angaben jedoch einbezogen würden, ergäbe sich keine Irreführung. Denn in diesem Falle wären für das Verkehrsverständnis auch die aufklärenden Fußnotenhinweise zu berücksichtigen.

Mangels Irreführung ist deshalb auch der geltend gemachte Unterlassungsantrag zu 3. unbegründet.

Auf die Berufung der Antragstellerin ist somit das landgerichtliche Urteil abzuändern, die einstweilige Verfügung vom 30. Oktober 2014 aufzuheben und der auf ihren Erlass gerichtete Antrag zurückzuweisen.

III.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.