

Hanseatisches Oberlandesgericht

Urteil vom 28. Juni 2012, 3 U 17/11

Gründe

I.

Die Parteien sind Wettbewerber bei der Herstellung von Arzneimitteln mit dem Wirkstoff T... zur Prophylaxe von Transplantatabstoßungen bei Leber-, Nieren- oder Herztransplantatempfängern. Die Beklagte hat die Klägerin wegen der Verwendung ihres Kennzeichens in der streitgegenständlichen Werbeangabe auf Unterlassung in Anspruch genommen. Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass der Beklagten insoweit keine Unterlassungsansprüche zustehen.

Die Beklagte war viele Jahre alleinige Vermarkterin patentgeschützter T...-Präparate in Deutschland. 1998 wurde für sie das Präparat P...[®] zugelassen, welches zweimal täglich einzunehmen ist. Die deutsche Wortmarke „P...[®]“ ist für die A...P... Inc., Tokio, eingetragen. 2007 führte die Beklagte das Präparat Ad...[®] ein. Hierbei handelt es sich um ein Retard-Produkt, welches nur einmal täglich eingenommen werden muss. Da es im Zusammenhang mit der Einführung von Ad...[®] bei Ärzten zu Verwechslungen zwischen P...[®] und Ad...[®] kam, versandte die Beklagte einen Arztbrief mit der Überschrift „Wichtige Mitteilung“ (sog. Rote-Hand-Brief) an die entsprechenden Fachärzte und wies auf die unterschiedlichen Dosierungsvorschriften der beiden Präparate hin. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Anlage K 3 Bezug genommen.

Nach Auslaufen des Patentschutzes brachte die Klägerin im Frühjahr 2010 das Präparat T... H...[®] als erstes Generikum auf den deutschen Markt. Dieses Präparat ist bioäquivalent zu P...[®], nicht jedoch zu Ad...[®].

Die Klägerin band zunächst die Aussage „Erstanbieter P...[®]“ in ihre Werbung und ihr T... H...[®] Logo mit ein. Das Logo in dieser konkreten Form war Gegenstand eines einstweiligen Verfügungsverfahrens Az. 406 O 35/10 vor dem Landgericht Hamburg. Das Landgericht Hamburg lehnte mit Beschluss vom 17.3.2010 den Erlass einer einstweiligen Verfügung ab. Auf die Beschwerde der jetzigen Beklagten verbot der Senat mit Beschluss vom 20.4.2010 (Az. 3 W 40/10) die Verwendung des Logos im Wege der einstweiligen Verfügung. Der Senat ging in seinem Beschluss davon aus, dass es sich um eine unlautere Rufausbeutung im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG handele und zudem ein mar-

kenrechtlicher Unterlassungsanspruch bestehe. Im Widerspruchsverfahren schloss sich das Landgericht Hamburg mit Urteil vom 3.9.2010 der Auffassung des Senats an.

Inzwischen hat die Klägerin ihre Werbung dahingehend geändert, dass sie ihr Logo mit der Unterzeile „Bioäquivalent zu P...[®]“ verwendet. Die A...P... Inc., Japan, hat einer Nutzung der Marke „P...[®]“ durch die Klägerin nicht zugestimmt.

Am 20.7.2010 beantragte die Beklagte beim Landgericht Hamburg den Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit der es der Klägerin verboten werden sollte, im geschäftlichen Verkehr für das Präparat T... H...[®] mit der Angabe „Bioäquivalent zu P...[®]“ zu werben und/oder werben zu lassen, wenn dies wie folgt geschieht:

(Abbildung fehlt)

Mit Urteil vom 14.9.2010 hat das Landgericht Hamburg die einstweilige Verfügung antragsgemäß erlassen (Az. 416 O 103/10).

Die Klägerin hat im vorliegenden Hauptsacheverfahren geltend gemacht, bei der Einführung eines neuen generischen Produktes sei es geradezu geboten, auf den Effekt der Bioäquivalenz in Bezug auf das Originalpräparat hinzuweisen. Zudem sei der Hinweis auf die Bioäquivalenz zu P...[®] wegen der Verwechslungsgefahr zwischen den Original-T...-Präparaten P...[®] und Ad...[®] selbstverständlich und notwendig, jedenfalls aber höchst nützlich.

Auf eine Erforderlichkeit des Hinweises auf das Kennzeichen des Wettbewerbers bzw. dessen Notwendigkeit und Unerlässlichkeit komme es zudem nicht an. Vielmehr sei darauf abzustellen, ob der Hinweis auf die Bioäquivalenz zu P...[®] sachlich geboten sei, um die als Werbeempfänger in Betracht gezogenen Fachkreise vernünftig zu informieren. Es müsse hinsichtlich der Sachgerechtigkeit auf alle Einzelfallumstände abgestellt werden. Ausreichend sei es, dass eine Information nützlich sei. Die in Bezug genommene Marke dürfe nur nicht dafür verwendet werden, um eine Verwechslungsgefahr zu bewirken und - bei notorischer Marke - um den Ruf besonders auszubeuten und Vorteile und Glanz der anderen Marke auf sich überzuleiten.

Die Klägerin hat beantragt,

festzustellen, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, von der Klägerin zu verlangen, dass die Klägerin es unterlässt, für das Produkt „T... H...“ mit der Angabe „Bioäquivalent zu P...“ zu werben, wenn dies wie folgt geschieht:

(Abbildung fehlt)

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage kostenpflichtig abzuweisen.

Die Beklagte hat geltend gemacht, der Vergleich nutze den Ruf der Marke P...[®] in unlauterer Weise aus. Die immer wiederkehrende Nennung des Originalmedikaments als Unterzeile zu dem Logo der Klägerin sei nicht erforderlich, da der Werbevergleich seine Funktion für die Information der Abnehmer ebenso wirkungsvoll erfülle, wenn die Marke nicht in der beanstandeten Weise verwendet werde. Ein Hinweis auf die Bioäquivalenz zu P...[®] könne auch in dem Textteil der Werbematerialien erfolgen, ohne dass damit ein Informationsverlust einherginge. Der Hinweis auf P...[®] sei auch nicht aus Gründen der Patientensicherheit geboten, um eine Verwechslung mit Ad...[®] zu verhindern. Denn trotz der angegriffenen Angabe bestehe nach wie vor die Gefahr, dass der Arzt seine Fehlvorstellung, bei P...[®] handele es sich um das retardierte Präparat, auf das von der Klägerin angebotene Präparat übertrage. Die Beklagte habe nicht nur einen Unterlassungsanspruch nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG i.V.m. § 8 Abs. 1, 3 UWG, sondern auch aus § 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 MarkenG. Es handele sich um eine Doppelidentverletzung, durch welche die Kommunikations-, Investitions- und Werbefunktion der Marke beeinträchtigt werde.

Das Landgericht Hamburg, Kammer 16 für Handelsachen, hat die Klage mit Urteil vom 14.12.2010 abgewiesen (Az. 416 O 143/10). Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf das erstinstanzliche Urteil Bezug genommen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung. Die Klägerin wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Ergänzend macht sie geltend, der Hinweis auf die Bioäquivalenz zu P...[®] sei zur Vermeidung von Verwechslungen zwar nicht erforderlich, aber nützlich und sinnvoll. Für den Arzt präge sich die Anwendungsmöglichkeit von T... H...[®] besser ein, wenn er sogleich wisse, dass es sich um ein P...[®]-Generikum und nicht um ein Ad...[®]-Generikum handele. Ein Hinweis darauf, dass es sich nicht um ein Retard-Produkt handele und dass es zweimal täglich eingenommen werden müsse, sei umständlicher und weniger prägnant für den Vertrieb des Generikums. Bei der erforderlichen Interessenabwägung müssten der Verbraucherschutz und das Interesse der Ärzte und Apotheker an einer Aufklärung darüber, welches das Originalpräparat sei, den Ausschlag geben. Die Grenze zur unlauteren Ausnutzung des Rufs sei erst überschritten, wenn es an jeder Nützlichkeit fehle und evident die Marke nur verwendet werde, um an

deren Ruf zu partizipieren, ohne dass dies für die eigene Werbeaussage wirklich einen vernünftigen Effekt habe.

Die Klägerin beantragt,

das landgerichtliche Urteil abzuändern und nach dem in der Klagschrift vom 2. September 2010 gestellten Feststellungsantrag der Klage stattzugeben.

Die Beklagte beantragt,

die klägerische Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Ergänzend macht sie geltend, Voraussetzung für eine unzulässige Rufausnutzung sei lediglich ein nicht gerechtfertigter Imagetransfer. Nur wenn ein Hinweis auf das Kennzeichen des Mitbewerbers unerlässlich sei und die Verwendung auch ansonsten im Einklang mit den Anforderungen des § 6 Abs. 2 UWG stehe, sei eine unlautere Rufausnutzung zu verneinen. Die Klägerin habe keinerlei legitimes Anliegen, die Marke P...[®] in der im Antrag abgebildeten Form dauerhaft als Unterzeile des Logos von T... H...[®] zu integrieren. Zudem stelle sich die Verwendung der Marke P...[®] in der im Antrag wiedergegebenen Form auch als Markenverletzung dar.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die angefochtene Entscheidung sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Der Klägerin steht der geltend gemachte Feststellungsanspruch nicht zu. Die Beklagte kann von der Klägerin Unterlassung der angegriffenen Aussage nach §§ 8 Abs. 1, 3 i.V.m. §§ 3, 6 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 4 1. Alt. UWG verlangen, da in der Verwendung des Kennzeichens P...[®] für die angegriffene Werbeangabe eine unlautere Rufausbeutung im Sinne der genannten Vorschrift liegt.

1. Streitgegenstand ist ein Verbot der werblichen Verwendung des T... H... - Logos in Verbindung mit der Unterschrift „Bioäquivalent zu P...[®]“ in der konkreten Form, wie sie in den Antrag eingeblendet ist.

2. Die Klage ist zulässig. Die Klägerin hat gem. § 256 ZPO ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung, dass der Beklagten kein Unterlassungsanspruch

hinsichtlich der streitgegenständlichen Verwendung der Aussage „Bioäquivalent zu P...®“ zusteht. Die Beklagte hat sich gegenüber der Klägerin eines entsprechenden Unterlassungsanspruchs berühmt, was schließlich dazu geführt hat, dass das Landgericht Hamburg mit Urteil vom 14.9.2010 der Klägerin im Verfügungsverfahren Az. 416 O 103/10 die streitgegenständliche Verwendung verboten hat.

Das Feststellungsinteresse fehlt auch nicht deshalb, weil die Klägerin eine bessere Rechtsschutzmöglichkeit hätte. Zwar hätte die Klägerin gem. § 926 i.V.m. § 936 ZPO die Anordnung einer Frist zur Klagerhebung beantragen können. § 926 ZPO enthält insofern jedoch keine erschöpfende Regelung der Rechte des von einer einstweiligen Verfügung Betroffenen, sondern lässt dessen Berechtigung unberührt, grundsätzlich wahlweise auch im Wege der negativen Feststellungsklage eine Klärung des der einstweiligen Verfügung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses herbeizuführen (BGH, Urteil vom 13.12.1984, I ZR 107/82, NJW 1986, 1815).

3. Der Beklagten steht gegen die Klägerin ein Unterlassungsanspruch nach §§ 8 Abs. 1, 3 i.V.m. §§ 3, 6 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 4 1. Alt. UWG zu, da es sich um vergleichende Werbung handelt, die den Ruf des von der Beklagten verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt. Der markenrechtliche Schutz hat gegenüber dem Recht der vergleichenden Werbung keinen grundsätzlichen Vorrang (BGH, Urteil vom 4.12.2008, I ZR 3/06, GRUR 2009, 871, Tz. 30 - Ohrclips; BGH, Urteil vom 6.12.2007, I ZR 169/04, GRUR 2008, 628, Tz. 13 - Imitationswerbung).

a) Bei der Verbindung der Marke P...® mit dem Logo der Klägerin handelt es sich um vergleichende Werbung im Sinne von § 6 Abs. 1 UWG.

Der Begriff der vergleichenden Werbung ist weit auszulegen, da er alle Arten der vergleichenden Werbung abdecken soll (EuGH, Urteil vom 25.10.2001, C-112/99, NJW 2002, 425, Tz. 30 - Toshiba/Katun; BGH, Urteil vom 5.2.2004, I ZR 171/01, GRUR 2004, 607, Tz. 2 - Genealogie der Düfte). Danach bedeutet Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern. Vergleichende Werbung liegt bereits dann vor, wenn ein Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, unmittelbar oder mittelbar erkennbar gemacht werden (Art. 2 Nr. 2 lit. a) der Werberichtlinie 84/450/EG; EuGH, Urteil vom 25.10.2001, C-112/99, NJW 2002, 425, Tz. 28 f. - Toshiba/Katun; BGH, Urteil

vom 5.2.2004, I ZR 171/01, GRUR 2004, 607, Tz. 2 - Genealogie der Düfte; BGH, Beschluss vom 2.12.2004, GRUR 2005, 348 - Bestellnummernübernahme).

Irrelevant ist es dabei, ob sich die vergleichende Werbung an Endverbraucher oder Unternehmen richtet (BGH, Urteil vom 5.2.2004, I ZR 171/01, GRUR 2004, 607, Tz. 2 - Genealogie der Düfte; BGH, Beschluss vom 2.12.2004, GRUR 2005, 348 - Bestellnummernübernahme).

Die Angabe der Klägerin dient der Förderung des Produktabsatzes, indem mitgeteilt wird, dass es sich bei dem Produkt der Klägerin um ein bioäquivalentes Präparat zu P...[®] handelt und dieses somit statt des Originalprodukts der Beklagten eingesetzt werden kann. Dabei wird das Produkt der Beklagten auch unmittelbar erkennbar gemacht.

b) Die Klägerin nutzt hierbei den Ruf des von der Beklagten verwendeten Kennzeichens im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG in unlauterer Weise aus.

aa) Die Klägerin verwendet in ihrer Werbung das Kennzeichen P...[®] der Klägerin. Ein Zeichen fällt dann unter den richtlinienkonform auszulegenden Begriff des Kennzeichens im Sinne von § 6 Abs. 2 UWG, wenn die angesprochenen Verkehrskreise es als von einem bestimmten Unternehmen stammend identifizieren (BGH, Urteil vom 28.9.2011, I ZR 48/10, GRUR 2011, 1158, Tz. 13 - Teddybär; BGH, Beschluss vom 2.12.2004, GRUR 2005, 348 - Bestellnummernübernahme). Dabei ist auf eine durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Person abzustellen und zu berücksichtigen, an welche Verkehrskreise sich die Werbung richtet (EuGH, Urteil vom 25.10.2001, C-112/99, NJW 2002, 425, Tz. 52 - Toshiba/Katun). Das Kennzeichen muss zwar keine Bekanntheit im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 3, 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG aufweisen, eine Rufausbeutung kommt bei völlig unbekanntem Zeichen jedoch von vornherein nicht in Betracht (Köhler in Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 6 Rz. 151; Sack in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, a.a.O., § 6 Rz. 173). Der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Referenzarzt identifiziert das Zeichen P...[®] als aus dem Unternehmen der Beklagten stammend. Die in der Transplantationsmedizin tätigen angesprochenen Fachkreise kennen P...[®] als ein langjährig auf dem Arzneimittelmarkt verfügbares T...-Präparat.

bb) Auch ist der Ruf des Kennzeichens der Beklagten betroffen.

Durch die UWG-Novelle 2008 wurde § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG, der in seiner früheren Fassung die „Wertschätzung“ von Kennzeichen gegen unlautere Ausnutzung und Beeinträchtigung schützte, dahingehend geändert, dass der Begriff

„Wertschätzung“ durch „Ruf“ ersetzt wurde. Streitig ist dabei, inwieweit durch diese Änderung auch eine Ausweitung von § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG erfolgt ist.

§ 6 Abs. 1 Nr. 4 UWG setzt Art. 3a Abs. 1 lit. g) der durch die Richtlinie 97/55/EG geänderten Richtlinie 84/450/EG über irreführende Werbung um. Diese wurde durch die Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung neu gefasst. Die unlautere Rufausnutzung ist nunmehr in Art. 4 lit. f der Richtlinie 2006/114/EG geregelt. § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG ist somit richtlinienkonform auszulegen.

Unter dem „Ruf“ eines Kennzeichens ist unstreitig jedenfalls das Ansehen zu verstehen, das ihm im Verkehr zukommt. Dieses kann auf einer besonderen Preiswürdigkeit, Qualität, Exklusivität oder eines besonderen Prestigewertes beruhen (Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Auflage 2012, § 6 Rz. 152). Teilweise wird vertreten, dass der Begriff des „Rufs“ jedoch noch weiter gehe und keine Gütevorstellungen voraussetze. Nach richtlinienkonformer Auslegung reiche vielmehr bereits die Ausnutzung von Aufmerksamkeitsvorstellungen des Publikums aus (Sack in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Auflage 2009, § 6 Rz. 172; Sack, WRP 2011, 155). Hierfür spreche, dass in Art. 5 Abs. 2 der Markenrichtlinie 2008/95/EG der Begriff der „Wertschätzung“ verwendet werde, während in Art. 4 lit. f) der Werberichtlinie 2006/114/EG (früher Art. 3 a Abs. 1 lit. g) der Richtlinie 84/450/EG) von „Ruf“ die Rede sei, so dass der europäische Gesetzgeber gerade bewusst zwischen „Wertschätzung“ und „Ruf“ unterschieden habe.

Welcher Auffassung zu der Reichweite des „Ruf“-Begriffs der Vorzug zu geben ist, kann vorliegend offen bleiben, da nach beiden Definitionen durch die Verbindung des Produktnamens der Beklagten mit dem Logo der Klägerin der Ruf der Beklagten betroffen ist. Die Beklagte hat zu dem Tatbestandsmerkmal des Rufs ihres Kennzeichens nichts weiter vorgetragen. Die Werbung richtet sich jedoch - wie ausgeführt - an hochspezialisierte Fachärzte, die in der Transplantationsmedizin tätig sind und die wissen, mit welchen Wirkstoffen und Präparaten sie eine mögliche Abstoßungsreaktion des Körpers auf das Transplantat bekämpfen können. Da es sich bei P...[®] um ein ursprünglich patentgeschütztes Präparat handelte und dieses viele Jahre das alleinige T...-Präparat am Markt war, ist auch nach der strengeren Auffassung gerade der durch diese langjährige Alleinstellung von P... auf dem Markt der T...-Präparate begründete Ruf des Kennzeichens der Beklagten betroffen.

cc) Der Ruf des Kennzeichens der Beklagten wird in der angegriffenen Werbung auch ausgenutzt.

Eine Ausnutzung des Rufs eines Kennzeichens liegt vor, wenn seine Verwendung bei den angesprochenen Verkehrskreisen zu einer Assoziation zwischen dem Werbenden und dem Mitbewerber in der Weise führen kann, dass diese Kreise den Ruf der Erzeugnisse des Mitbewerbers auf die Erzeugnisse des Werbenden übertragen (EuGH, Urteil vom 25.10.2001, C-112/99, NJW 2002, 425, Tz. 57 - Toshiba/Katun; EuGH, Urteil vom 23.2.2006, C-59/05, Tz. 18, zit. nach juris - Siemens/VIPA; BGH, Beschluss vom 2.12.2004, GRUR 2005, 348 - Bestellnummernübernahme). Man spricht insoweit von einem „Imagetransfer“ (Köhler in Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 6 Rz. 153). Eine Assoziation setzt dabei nicht voraus, dass eine Verwechslungsgefahr besteht (BGH, Beschluss vom 2.12.2004, GRUR 2005, 348 - Bestellnummernübernahme). Die Gefahr von durch eine Kennzeichenverwendung begründete Verwechslung ist von der Vorschrift des § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG erfasst. Zu berücksichtigen ist, an wen sich die beanstandete Werbung richtet und wie diese insgesamt präsentiert wird (EuGH, Urteil vom 25.10.2001, C-112/99, NJW 2002, 425, Tz. 60 - Toshiba/Katun). Richtet sich eine Werbung an Fachkreise ist die Wahrscheinlichkeit einer Assoziation zwischen dem Ruf der Produkte der Parteien geringer, als wenn die Produkte für Endverbraucher bestimmt wären (EuGH, Urteil vom 23.2.2006, C-59/05, Tz. 19, zit. nach juris - Siemens/VIPA; BGH, Urteil vom 5.2.2004, I ZR 171/01, GRUR 2004, 607, Tz. 2 - Genealogie der Düfte).

Die Parteien haben zum Verkehrsverständnis der angesprochenen Fachkreise zwar nichts vorgetragen. Das Verständnis eines situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten und vernünftigen Arztes, der die Werbung wahrnimmt, vermögen die Mitglieder des Senats jedoch selbst zu beurteilen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist die Beurteilung des Verkehrsverständnisses von Ärzten durch die Mitglieder des Senats jedenfalls dann möglich, wenn der Erkenntnisstand der Wissenschaft im Hinblick auf den maßgebenden Sachverhalt vorgetragen wurde und außerdem keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass ein Arzt die deutsche Sprache anders verstehen könnte als jemand, der ebenfalls ein wissenschaftliches Studium absolviert hat (Urteil des Senats vom 2.7.2009, 3 U 151/08, PharmaR 2010, 135; Urteil des Senats vom 21.12.2006, 3 U 77/06, PharmaR 2007, 204).

Indem die Klägerin auf die Bioäquivalenz zu P...[®] und damit eine Substituierbarkeit hinweist, übertragen die angesprochenen Fachärzte den Ruf, der der Marke der Beklagten anhaftet, auf das Produkt der Klägerin. Eine solche Assoziation ist durch den angegriffenen Hinweis auf die Bioäquivalenz zu P... gerade beabsichtigt und liegt auch in der Natur des Vertriebs von Generika, wie bereits das Landgericht zutreffend in seinem Urteil vom 14.9.2010 (Az. 416 O 103/10) ausgeführt hat.

dd) Diese Rufausnutzung stellt sich im konkreten Fall schließlich als unlauter dar.

(1) Jeder anlehnenen vergleichenden Werbung ist zwar ein gewisses Maß an Rufausbeutung immanent (BGH, Urteil vom 15.10.1998, I ZR 69/98, GRUR 1999, 501 - Vergleichen Sie). Die bloße Nennung der Marke eines Mitbewerbers in vergleichender Werbung ist daher nicht ohne weiteres unlauter (EuGH, Urteil vom 23.2.2006, C-59/05, Tz. 14, zit. nach juris - Siemens/VIPA; BGH, Urteil vom 5.2.2004, I ZR 171/01, GRUR 2004, 607, Tz. 3- Genealogie der Düfte). Es müssen vielmehr über die bloße Nennung der Marke, des Handelsnamens oder anderer Unterscheidungszeichen eines Mitbewerbers hinausreichende Umstände hinzutreten, um den Vorwurf wettbewerbswidriger Rufausbeutung begründen zu können (BGH, Urteil vom 5.2.2004, I ZR 171/01, GRUR 2004, 607, Tz. 2 - Genealogie der Düfte; BGH, Urteil vom 15.10.1998, I ZR 69/98, GRUR 1999, 501 - Vergleichen Sie). Derartige Umstände liegen jedoch vor.

Bei der Prüfung einer wettbewerbswidrigen Rufausbeutung sind die Ziele der Richtlinie 97/55/EG zu berücksichtigen. Aus Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 97/55/EG geht hervor, dass die vergleichende Werbung dazu beitragen soll, die Vorteile der verschiedenen vergleichbaren Erzeugnisse objektiv herauszustellen und so den Wettbewerb zwischen den Anbietern von Waren und Dienstleistungen im Interesse der Verbraucher zu fördern. Die an die vergleichende Werbung gestellten Anforderungen müssen daher in dem für sie günstigsten Sinn ausgelegt werden (EuGH, Urteil vom 25.10.2001, C-112/99, NJW 2002, 425, Tz. 37 - Toshiba/Katun; EuGH, Urteil vom 18.6.2009, C-487/07, GRUR 2009, 756, Tz. 69 - L'Oréal/Bellure). Im Zweifel ist daher zugunsten der Zulässigkeit vergleichender Werbung zu entscheiden (Sack in Harte-Bavendamm/Hennig-Bodewig, a.a.O., § 6 Rz. 10).

Aus den Erwägungsgründen 13 bis 15 der Richtlinie 97/55/EG ergibt sich aber weiter, dass die in der Werberichtlinie genannten Bedingungen für die Zulässigkeit vergleichender Werbung zum einen das Interesse des Markeninhabers, den Schutz seines Ausschließlichkeitsrechts zu genießen, und zum anderen das Interesse der Mitbewerber des Markeninhabers sowie das der Verbraucher an einer wirksamen vergleichenden Werbung, durch die die Unterschiede zwischen den angebotenen Waren oder Dienstleistungen objektiv herausgestellt werden, in Einklang bringen sollen (EuGH, Urteil vom 18.6.2009, C-487/07, GRUR 2009, 756, Tz. 71 - L'Oréal/Bellure). In Erwägungsgrund 14 der Richtlinie heißt es, dass es für eine wirksame vergleichende Werbung unerlässlich sein könne, Waren und Dienstleistungen eines Mitbewerbers dadurch kenntlich zu machen, dass auf eine ihm gehörende Marke oder auf seinen Handelsnamen Bezug genommen werde (Unterstreichung durch den Senat).

Eine unlautere Rufausnutzung ist daher nach der Rechtsprechung des EuGH nicht gegeben, wenn ein Hinweis auf das Zeichen des Mitbewerbers Voraussetzung für einen wirksamen Wettbewerb auf dem in Rede stehenden Markt ist (EuGH, Urteil vom 25.10.2001, C-112/99, NJW 2002, 425, Tz. 54 - Toshiba/Katun; EuGH, Urteil vom 23.2.2006, C-59/05, Tz. 15, GRUR 2006, 345 - Siemens/VIPA). Dies ist der Fall, wenn die Nennung der Marke eines Mitbewerbers in einem Werbevergleich notwendig ist, um die angesprochenen Verkehrskreise über die Qualität und Preise der konkurrierenden Waren zu informieren (EuGH, Urteil vom 25.10.2001, C-112/99, NJW 2002, 425, Tz. 34 - Toshiba/Katun; EuGH, Urteil vom 8.4.2003, C-44/01, GRUR 2003, 533, Tz. 50 - Pip-pig).

Aus Erwägungsgrund 14 der Richtlinie lässt sich zwar umgekehrt nicht zwingend schließen, dass eine vergleichende Werbung unter Verwendung fremder Kennzeichen nur dann zulässig ist, wenn diese Kennzeichenverwendung für den Zweck der Werbung unerlässlich ist. Das bedeutet indes nicht, dass die Frage der Erforderlichkeit einer solchen Kennzeichenverwendung für die Prüfung der Lauterkeit der vergleichenden Werbung ohne Bedeutung wäre und die Zulässigkeit einer solchen Werbung - wie die Klägerin meint - schon dann bejaht werden müsste, wenn die Kennzeichenverwendung dem mit der vergleichenden Werbung verfolgten Zweck nützlich ist (so auch schon BGH, Beschluss vom 2.12.2004, I ZR 273/01, GRUR 2005, 348 _ Bestellnummernübernahme).

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann zwar der Vorteil, den der Werbende selber aus der vergleichenden Werbung zieht und der zudem der vergleichenden Werbung immanent ist, für sich allein kein maßgeblicher Faktor bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit sein (EuGH vom 23.2.2006, C-59/05, GRUR 2006, 345, Tz. 24 f. - Siemens/VIPA). In seiner Entscheidung vom 18.6.2009 (C-487/07, GRUR 2009, 756, TZ 68 - L'Oréal/Bellure) hat der EuGH aber ausgeführt, dass die in Art. 3a Abs. 1 lit. a) bis h) der Richtlinie 84/450/EG aufgeführten kumulativen Bedingungen, die eine vergleichende Werbung für ihre Zulässigkeit erfüllen muss, eine Abwägung der verschiedenen Interessen bezwecken, die durch die Genehmigung der vergleichenden Werbung berührt sein können. Art. 3a der Richtlinie 84/450/EG solle den Wettbewerb zwischen den Anbietern von Waren und Dienstleistungen im Interesse der Verbraucher fördern, indem den Mitbewerbern erlaubt werde, die Vorteile der verschiedenen vergleichbaren Erzeugnisse objektiv herauszustellen, und zugleich Praktiken verboten würden, die den Wettbewerb verzerren, die Mitbewerber schädigen und die Entscheidung der Verbraucher negativ beeinflussen könnten.

Es ist daher eine Interessenabwägung vorzunehmen zwischen den Interessen des Werbenden, des Mitbewerbers und der Verbraucher unter Berücksichti-

gung der legitimen Funktion der vergleichenden Werbung und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (BGH, Urteil vom 28.9.2011, I ZR 48/10, GRUR 2011, 1158 - Teddybär; Sack, WRP 2011, 155; Köhler in Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 6 Rz. 157 m.w.N.; Sack in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, a.a.O., § 6 Rz. 176 m.w.N.; Ohly, Vergleichende Werbung für Zubehör und Warensortimente, GRUR 2007, 3; Fezer, UWG, 2005, § 6 Rz. 210). Diese Prüfung schließt die Frage der Erforderlichkeit der Nennung des fremden Kennzeichens in der vergleichenden Werbung ein.

(2) Die Interessenabwägung ergibt im Streitfall, dass in der Verwendung der Marke P...[®] durch die Klägerin innerhalb der angegriffenen konkreten Verletzungsform eine unlautere Rufausbeutung liegt. Dabei ist allein auf die konkrete Werbeangabe abzustellen. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist nur die angegriffene Werbeaussage in ihrer konkreten Verletzungsform, nämlich die Formulierung „Bioäquivalent zu P...[®]“ wiederkehrend als Unterzeile zum Logo der Klägerin. In dieser konkreten Form ist die vergleichende Werbung unlauter. Ob andere Verwendungen dieser Aussage möglicherweise zulässig wären, hat der Senat nicht zu entscheiden.

Bei der erforderlichen Abwägung sind das Interesse der angesprochenen Fachärzte an einer umfassenden Information über die Eigenschaften des beworbenen Präparats, das Interesse der Klägerin an einer wirksamen Werbung sowie das Interesse der Beklagten an einer möglichst schonenden Verwendung ihrer Marke gegeneinander abzuwägen.

Die streitgegenständliche Werbeaussage dient dem Interesse der angesprochenen Fachärzte sowie der Klägerin, darüber informiert zu werden bzw. darüber zu informieren, welches das Original-Präparat zu dem Generikum der Klägerin ist. Allerdings greift die Aussage „Bioäquivalent zu P...[®]“ in der konkreten Form einer wiederkehrenden Nennung als Unterzeile zum Logo der Klägerin in einem Maße in das Markenrecht der Beklagten ein, das durch dieses Informationsinteresse und das Interesse an einer vergleichenden Werbung nicht gerechtfertigt ist und das auch über den Zweck der vergleichenden Werbung, die Markttransparenz im Sinne der Verbraucher zu fördern, hinausgeht. Es sind insoweit schonendere Formen der Verwendung der Marke der Beklagten denkbar, die dem Interesse der Klägerin und der Verbraucher an einer wirksamen vergleichenden Werbung ausreichend und in angemessenerer Weise dienen würden. Das hat bereits das Landgericht zutreffend so gesehen.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die angesprochenen Fachärzte hochspezialisiert sind. Ihnen ist die Klägerin als Herstellerin von Generika bekannt, so dass sich für sie bereits aus dem Namensbestandteil „H...“ und der Nennung des

Wirkstoffs T... ergibt, dass es sich um ein Generikum zu den T...-Präparaten der Klägerin handelt. Dabei ist ihnen auch bekannt, welche Originalarzneimittel der Beklagten als Bezugsarzneimitteln in Betracht kommen, da sie wissen, welche T...-Präparate sich auf dem Markt befinden.

Soweit die Klägerin darauf abstellt, der Hinweis in seiner konkreten Form sei sinnvoll und nützlich, um Verwechslungen mit dem ebenfalls von der Beklagten vertriebenen T...-Präparat Ad...[®] zu verhindern, überwiegen jene Gesichtspunkte gegenüber dem berechtigten Interesse der Beklagten an einer möglichst schonenden Verwendung ihres Kennzeichens nicht. Dem Informationsinteresse der angesprochenen Fachärzte wäre nämlich ebenso, wenn nicht sogar besser gedient, wenn die Klägerin sich eines konkreten Hinweises auf die Dosierung oder darauf, dass es sich nicht um ein Retard-Präparat handelt, bedienen würde. So besteht bei der streitgegenständlichen Bezugnahme auf P...[®] weiterhin die Gefahr, dass sich hierdurch die unstreitig in der Vergangenheit vorgekommenen Verwechslungen zwischen P...[®] und Ad...[®] auch auf das Präparat der Klägerin übertragen und die Fachärzte durch die Bezugnahme auf P...[®] etwaige Fehlvorstellungen hinsichtlich der Dosierung von P...[®] auch auf T... H...[®] beziehen. Der Vorteil, den der prägnantere und weniger umständliche Hinweis auf P...[®] für die Klägerin bietet, rechtfertigt den intensiven Eingriff in die Kennzeichenrechte der Beklagten demgegenüber nicht.

4. Offen bleiben kann danach, ob der Beklagten darüber hinaus auch ein Unterlassungsanspruch aus § 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 MarkenG zusteht. Markeninhaberin ist die A...P... Inc., Japan. Zu einer Prozessführungsbefugnis der Beklagten ist von dieser nicht vorgetragen worden. Die Klägerin hat diese allerdings auch nicht in Abrede gestellt, obwohl sich die Beklagte im vorliegenden Verfahren auch eines markenrechtlichen Unterlassungsanspruchs berühmt hat.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat seine Grundlage in § 708 Nr. 10, 711 ZPO.