

# **Arzneimittelwerbung „Unübertroffene Wirksamkeit“ bedarf Vergleichsprodukte und den Nachweis deren geringere Wirksamkeit**

**OLG Düsseldorf**

**Urteil vom 14.02.2017**

**Az.: I-20 U 123/16**

## **Tenor:**

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 31.08.2016 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

## **Gründe:**

### **I.**

Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Durch dieses hat die 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf die Beschlussverfügung der 14c. Zivilkammer desselben Gerichts aufrechterhalten, durch die der Antragsgegnerin unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt worden ist, geschäftlich handelnd das Arzneimittel X. mit der Angabe

„Unübertroffene Wirksamkeit im 10. Jahr“

„Seit Markteinführung von X. zur Behandlung der nAMD konnte für kein Präparat eine höhere Wirksamkeit nachgewiesen werden.“

zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wenn dies geschieht, wie in der Beschlussverfügung und im Urteil eingeblendet. Diese Einblendung zeigt die Beschriftung des Standes der Antragsgegnerin auf dem Kongress der Z. im Jahr 2016. Zur Begründung der Aufrechterhaltung hat das Landgericht ausgeführt, der Antragstellerin stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1, § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG zu, da die beanstandete Aussage eine Irreführung darstelle. Sie werde vom angesprochenen Verkehr, den Fachbesuchern des Kongresses „Augenheilkunde im Spannungsfeld zwischen Studien und „Real Life““ als Alleinstellungsbehauptung verstanden, obwohl tatsächlich nicht nachgewiesen sei, dass X. ein erheblicher Vorsprung vor anderen vergleichbaren Produkten zukomme. Zwar seien die Teilnehmer des Kongresses streng sprachlich natürlich fähig, in der Aussage „unübertroffene Wirksamkeit“ nur eine Spitzengruppenbehauptung zu erkennen. Dieses streng sprachliche Verständnis entspreche jedoch nicht dem natürlichen Verständnis eines Arztes als Kongressteilnehmer. Natürlich und spontan verstehe nämlich der angesprochene Verkehrskreis die streitgegenständlichen Aussagen „unübertroffene Wirksamkeit“ und „kein Präparat eine höhere Wirksamkeit“ dahingehend, dass das Produkt „einzigartig“ wirksam sei und messe ihm deshalb eine Alleinstellung zu. Dieses natürliche Missverständnis beruhe auf der grammatikalisch genutzten Negation. Der Eindruck der Alleinstellung bestehe insbesondere im vorliegenden Fall, der sich dadurch auszeichne, dass die Vielzahl der Kongressbesucher nur an dem Werbestand vorbeigehe, sich aber nicht grundlegend informiere. Diese Vielzahl nehme die Werbung nur so wahr, wie ein Betrachter einen TV-Spot wahrnehme. In der Kürze der Zeit mache sich der Betrachter nicht die Mühe, den negativen Komparativ in eine positive Aussage umzuwandeln.

Dass das Produkt X. eine Alleinstellung nicht beanspruchen könne, habe die Antragstellerin hinreichend dargelegt.

Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit der Berufung und macht geltend, die beanstandeten Aussagen seien entgegen der Ansicht des Landgerichts keine Alleinstellungsbehauptung und als Spitzengruppenstellungswerbung nicht zu beanstanden, da X. zur Spitzengruppe der in Deutschland zugelassenen und tatsächlich angewendeten Arzneimittel gegen die feuchte altersbedingte Makuladegeneration gehöre. Das Landgericht habe die Verkehrsauffassung der angesprochenen Ärzte unzutreffend ermittelt. Die von ihm zitierte Literaturstelle sei für sich gesehen nicht aussagekräftig und verweise darauf, dass es Tatfrage sei, wie der Verkehr eine Aussage wie die streitgegenständliche auffasse, was bedeute, dass die Verwendung des negativen Komparativs gerade nicht „automatisch“ zu einer Alleinstellungsbehauptung führe. Nicht auseinandergesetzt habe sich das Landgericht auch mit der von ihr – der Antragsgegnerin – in erster Instanz zitierten Rechtsprechung, nämlich mehreren Urteilen des Oberlandesgerichts Hamburg, in denen die Aussagen „unübertroffen“ und „nichts hilft schneller“ sachgerecht als Spitzengruppenstellungsbehauptung verstanden worden seien. Die Wahrnehmung der Kongressteilnehmer sei auch nicht so flüchtig, wie das Landgericht offenbar unterstellt habe. Diese Bewertung trage schon nicht dem Umstand Rechnung, dass die beanstandete Aussage dauerhaft und unverändert auf dem Messestand angebracht gewesen sei und nicht etwa im Rahmen fortlaufender Bilder einer „Endlosschleife“. Zudem widmeten die Kongressteilnehmer gerade den Ständen der Parteien erhöhte Aufmerksamkeit, da sie zusammenkämen, um sich über die neuesten Entwicklungen der präsentierten Präparate zu informieren, und beide Parteien maßgebliche Anbieter auf dem Markt ophtalmologischer Produkte seien. Die von der Antragstellerin in Abrede gestellte Zugehörigkeit von X. zur Spitzengruppe sei in erster Instanz umfangreich dargelegt worden.

Die Antragsgegnerin beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und wie folgt neu zu fassen:

Die Einstweilige Verfügung der 14c. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 10.03.2016 wird aufgehoben und der auf ihren Erlass gerichtete Verfügungsantrag vom 09.03.2016 zurückgewiesen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens als zutreffend und macht insbesondere geltend, das Landgericht habe das faktische Verkehrsverständnis zutreffend ermittelt. Da es sich um eine Angabe mit Gesundheitsbezug handele, müsse das heilmittelrechtliche Strengeprinzip Anwendung finden, was in dem allein auf § 5 UWG und nicht auch auf § 3 Nr. 1 HWG gestützten erstinstanzlichen Urteil nicht ausreichend zur Geltung komme. Mehrdeutigkeiten und Missverständlichkeit ihrer Angaben müsse sich die Antragsgegnerin daher umso mehr entgegen halten lassen. Ärzte würden zudem mit einer Flut von Arzneimittelwerbung konfrontiert, so dass die Aufmerksamkeit regelmäßig herabgesetzt sei. Dies gelte auch bei einer Messe wie der vorliegenden mit 102 Messeständen. Die Alleinstellungsbehauptung ergebe sich vorliegend auch aus dem Umstand, dass nur drei Arzneimittel bei der Behandlung von nAMD in Deutschland überhaupt eine Rolle spielten: A., X. und E. Da für A. keine entsprechende Zulassung vorliege, beziehe der Verkehr Werbeaussagen im Bereich der nAMD ausschließlich auf die beiden Produkte der Parteien. Aber auch bei drei relevanten Arzneimitteln gehe die Verkehrserwartung dahin, dass ein „unübertroffenes“ Arzneimittel etwas Besonderes und damit deutlich besser ist als die anderen zwei verfügbaren Mittel. Auch als Spitzengruppenstellungsbehauptung seien die

angegriffenen Aussagen schließlich irreführend. Denn eine Spitzengruppe könne nur dort vorhanden sein, wo es auch ein „Hauptfeld“ gebe, das merklich überragt werde. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Für X. sei nicht nachgewiesen, dass eine Überlegenheit gegenüber einer weiteren Gruppe von Wettbewerbsprodukten (nicht notwendigerweise dem von der Antragstellerin vertriebenen Produkt E.) bestehe. Eine entsprechende Vergleichsstudie habe die Antragsgegnerin nicht benannt und sei ihr – der Antragstellerin – auch nicht bekannt. Die von der Antragsgegnerin in Bezug genommenen Studien seien retrospektive Auswertungen, die nicht geeignet seien, den notwendigen strengen Anforderungen an den Nachweis der überlegenen Wirksamkeit zu genügen. Dies gehe zu Lasten der beweisbelasteten Antragsgegnerin.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## **II.**

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht dem Begehren der Antragstellerin stattgegeben.

Der Antragstellerin steht der geltend gemachte Anspruch aus § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1, § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG zwar nicht zu, weil die Antragstellerin mit den angegriffenen Aussagen eine – unzutreffende – Alleinstellung für ihr Produkt X. in Anspruch nimmt, wie das Landgericht meint.

Anders als es bei der älteren Rechtsprechung, wie sie zum Teil noch in der Literatur und von der Antragstellerin zitiert wird, der Fall war, ist heutzutage bei der Beurteilung, wie eine Werbeaussage bei einem Produkt wie dem vorliegenden vom angesprochenen Verkehr aufgefasst wird, nicht auf das Verständnis eines nur flüchtigen Adressaten, sondern auf das

eines durchschnittlich informierten, verständigen und situationsadäquat aufmerksamen abzustellen. Maßgeblich ist deshalb hier das Verständnis eines mit den genannten Merkmalen ausgestatteten Augenarztes. Dieser verfügt nicht nur über die erhöhte Auffassungsgabe und die sprachlichen Fähigkeiten, die ihm das Landgericht zugebilligt hat, und die bereits für sich gesehen dagegen sprechen, dass er die streitgegenständliche Werbung gegen den Wortsinn auslegt, auch wenn er als Besucher eines Fachkongresses einer Vielzahl von visuellen und akustischen Reizen ausgesetzt sein mag. Gerade dann und in einer Situation einer nur flüchtigen Betrachtung wird er sich keine Gedanken darüber machen, ob die Werbeaussage anders als wörtlich gemeint ist. Hinzu kommt aber, was das Landgericht übergegangen hat, dass – wie die Antragsgegnerin erstinstanzlich vorgetragen hat und von der Antragstellerin unbestritten geblieben ist – die Deutsche Ophthalmologische Gesellschaft, die Retinologische Gesellschaft und der Bundesverband der Augenärzte Deutschland bereits im Jahr 2012 in einer „Stellungnahme zur Anti-VEGF-Therapie bei der neovaskulären altersabhängigen Makuladegeneration: Therapeutische Strategien“ (Anlage AG 5) die Präparate X. und E. als für die neovaskuläre AMD zugelassene Medikamente und nach den vorliegenden Studienergebnissen als gleichwertig bezeichnet haben. Als gleich effektiv, aber nicht für die Indikation neovaskuläre AMD zugelassen, wenn auch im „off-label use“ angewandt wird dort auch der (Anmerkung: in A. enthaltene) Wirkstoff B. genannt. Der durchschnittlich informierte, verständige und situationsadäquat aufmerksame Augenarzt kennt diese Veröffentlichung, da er seiner Weiterbildungspflicht nachgekommen ist. Vor diesem Hintergrund hat er erst Recht keine Veranlassung anzunehmen, X. nehme gegen den Wortlaut der Werbung nunmehr eine Alleinstellung für sich in Anspruch. Vielmehr versteht er die Aussagen dahingehend, dass sich auch in der Zeit von 2012 bis 2016 nichts daran geändert hat, dass es mehrere gleich gut wirkende Medikamente zur Behandlung der neovaskulären AMD gibt, zu denen X. weiterhin gehört.

Beweisbelastet für ihre Behauptung, dass X. nicht zu den wirksamsten Medikamenten gegen neovaskuläre AMD gehört, ist die Antragstellerin. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes besteht nämlich auch bei einer Spitzenstellungswerbung für eine Beweiserleichterung zu Gunsten des Klägers kein Anlass, wenn er die für die Beurteilung der Spitzenstellung maßgeblichen Tatsachen ohne erhebliche Schwierigkeiten darlegen und beweisen kann (vgl. BGH GRUR 2015, 186 – Wir zahlen Höchstpreise). Das ist hier der Fall. Die Antragstellerin vertreibt ein Konkurrenzprodukt und hat ebenfalls Zugang zu allen relevanten Forschungen. Eine Studie, die belegt, dass ein wirksameres Mittel bei der Behandlung neovaskulärer AMD als X. gibt, hat die Antragstellerin nicht vorgelegt. Nach ihrem eigenen Vorbringen (vgl. Berufungserwiderung am Ende, Bl. 207 GA) kann und will sie nicht behaupten, dass E. X. überlegen ist, sondern macht lediglich geltend, es bestünden Zweifel daran, dass E. und X. vergleichbar wirksam sind.

Die streitgegenständliche Werbung ist gleichwohl irreführend und deshalb unlauter, § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1, § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG. Denn einer Spitzengruppe kann man nur angehören, wenn es Mitbewerber gibt, zu denen ein deutlicher Abstand besteht. Daran mangelt es hier. Die Mitbewerber bestehen hier aus den Anbietern von Medikamenten, die allein, das heißt ohne weitere Zusatz-schritte wie bei der photodynamischen Therapie eingesetzt werden. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf den Satz „Seit Markteinführung von X. zur Behandlung der nAMD konnte für kein Präparat eine höhere Wirksamkeit nachgewiesen werden.“, aus dem sich dies schon durch die Nennung des Begriffs „Präparat“ ergibt, sondern auch für den Satz „Unübertroffene Wirksamkeit im 10. Jahr“, der die Beschränkung auf Präparate konkludent beinhaltet. Der Mitbewerberkreis ist daher in der Tat beschränkt auf die in der Auswertung einer Umfrage aus dem Jahr 2014 zu den angewandten Arzneimitteln im Bereich der intravitrealen Arzneimittelgaben, die auch die Behandlung der feuchten AMD

umfasst (Anlage AS 22), genannten Produkte, wobei – das ist ebenso unstrittig wie das übrige Ergebnis der Auswertung – unter die Rubrik „andere“ die Produkte T. und D.A.) fallen. Danach wurden im Jahr 2014 die folgenden Arzneimittel in der nachfolgend in Prozentzahlen angegebenen Häufigkeit verwendet:

41 % A.

28 % X.

20 % E.

8 % ausgeeinzeltes R.

2 % O.

1 % andere (nach dem Gesagten: T. und D.A.)

Sie alle sind bei der Frage der Wirksamkeit in den Vergleich einzubeziehen, wie es auch die Antragsgegnerin tut. Dass die aktive Bewerbung von A. im Bereich der feuchten Makuladegeneration unzulässig ist, hat keinen Einfluss darauf, wie die Werbung von Herstellern von zur Behandlung dieser Erkrankung zugelassener Medikamente verstanden wird. Etwas anderes hat auch die Antragstellerin nicht schlüssig dargelegt, sondern lediglich pauschal behauptet (siehe Seite 2 des Schriftsatzes vom 30.05.2016, Bl. 131 GA). Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist den nicht zur Behandlung der neovaskulären AMD zugelassenen Mitteln aus dieser Aufzählung (A., O., T. und D.) jedoch nicht deshalb die Wirksamkeit bei der entsprechenden Behandlung abzuspochen, weil sie nicht entsprechend zugelassen sind. Denn es geht entgegen der Argumentation der Antragsgegnerin auf Seite 23 ihres Schriftsatzes vom 23.05.2016 (Bl. 122 GA) nicht um eine generelle Spitzenstellung, die sich aus der Bewertung aller für ein Medikament aus der Sicht des behandelnden Arztes relevanten Faktoren ergibt, sondern allein um das von der Antragsgegnerin zur Bewerbung gewählte Kriterium der Wirksamkeit und die dortige Spitzenstellung. Einen

wissenschaftlich gesicherten deutlichen Abstand zwischen X. und A. bei der Wirksamkeit behauptet die Antragsgegnerin selber nicht, sondern bezieht sich in diesem Zusammenhang allein auf die fehlende Zulassung. Ein deutlicher Abstand zur Wirksamkeit des allein verabreichten Wirkstoffs von X., nämlich des ausgeeinzelten R., ist weder von einer der Parteien vorgetragen noch ansonsten ersichtlich. Die restlichen drei Mittel decken einen so verschwindend geringen Teil des Marktes ab, nämlich nur 3 %, dass sie kein „Hauptfeld“ bilden, zu dem sich eine Spitzengruppe mit dem Marktanteil von A,, X. und E. absetzen kann. Etwas anderes macht auch die Antragsgegnerin nicht geltend.

### **III.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Eine Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ist entbehrlich, da dieses Urteil kraft Gesetzes nicht anfechtbar ist, § 542 Abs. 2 ZPO.

Streitwert für die Berufungsinstanz: 100.000,- €, § 3 ZPO

Aus den von der Antragstellerin geltend gemachten Sachverhalt ergibt sich eben nicht die Behauptung einer Alleinstellung durch die Antragsgegnerin, welche die Antragstellerin unmittelbar wirtschaftlich getroffen hätte. Die mangels „Hauptfeldes“ unzutreffende Behauptung einer Spitzengruppenzugehörigkeit – zusammen mit E. – trifft die Antragstellerin wirtschaftlich wesentlich geringer, so dass der Senat den von der 14c. Zivilkammer in der Beschlussverfügung auf 100.000,- € festgesetzte Streitwert für zutreffend hält. Die Korrektur des vom Landgericht im angefochtenen Urteil auf 200.000,- € festgesetzten Streitwertes erfolgt im Beschwerdeverfahren I-20 W 90/16.