
Datum: 13.07.2001
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 82/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2001:0713.6U82.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 90/01

Tenor:

Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 01.03.2001 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 90/01 - abgeändert: Die Antragsgegnerin hat es zwecks Meidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung durch das Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,- DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zur Dauer von 6 Monaten zu unterlassen, in der Werbung für das veterinärmedizinische Präparat "M." zu behaupten und/oder behaupten zu lassen, zu verbreiten und/oder verbreiten zu lassen, "M. (r) Injektionslösung Das derzeit einzige N. mit nachgewiesener 24-Stunden-Wirkung * gegen Schmerz!" wie nachfolgend eingeblendet: Die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen hat die Antragsgegnerin zu tragen.

Entscheidungsgründe:

1

##blob##nbsp;

2

Die in formeller Hinsicht einwandfreie Berufung der Antragstellerin ist insgesamt zulässig und auch in der Sache erfolgreich.

3

I.

4

Was die grundsätzlich zu vermutende Dringlichkeit (25 UWG) des Rechtsschutzbegehrens angeht, so ist nach dem Berufungsvorbringen der Antragstellerin allerdings zu differenzieren: Der von der Antragstellerin in erster Instanz geltend gemachte und mit der Berufung

5

weiterverfolgte Unterlassungsanspruch stützt sich auf den Vorwurf der nach Maßgabe von § 3 UWG irreführenden Alleinstellungsbehauptung. Es treffe nicht zu, so die Behauptung der Antragstellerin, dass das den Wirkstoff M. enthaltende veterinärmedizinische Präparat "M." der Antragsgegnerin das derzeit einzige N. (= "non-steroidal anti-inflammatory drug") sei, da auch ihr eigenes T.-A.R. (Wirkstoff: C.) eine solche 24-Stunden Wirkung gegen Schmerz entfalte. Dabei war es - wie dies das Landgericht zu Recht in dem angefochtenen Urteil ausgeführt hat - unstreitig, dass dem Produkt der Antragsgegnerin überhaupt eine 24-Stunden Wirkung gegen Schmerz zukommt und entbrannte der Streit allein an der Frage, ob daneben auch das Arzneimittel der Antragstellerin eine solche Wirkung für sich in Anspruch nehmen kann. In der Berufungsbegründung bringt die Antragstellerin nunmehr jedoch vor, es sei "keineswegs unstreitig, dass M. eine nachgewiesene 24-Stunden Wirkung" habe; ihr lägen keinerlei Studien zum Nachweis vor, sondern ihr sei nur ein öffentlich zugänglicher kurzer Hinweis der EMA bekannt, dass M. bei 36 Hunden im Vergleich zu einer Placebo-Gruppe signifikant besser gewesen sei. "Mit Rücksicht darauf..." bestreitet die Antragstellerin jetzt "...ausdrücklich..." die 24-Stunden-Wirkung von M. (vgl. Ziff. 3.a der Berufungsbegründung = Bl. 259 d.A.). Mit diesem Vortrag führt die Antragstellerin einen neuen Irreführungstatbestand in das Verfahren ein. Denn soweit die Antragstellerin in Abrede stellt, dass dem Produkt der Antragsgegnerin die behauptete 24-Stunden-Wirkung gegen Schmerz überhaupt zukomme oder dass eine solche Wirkung "nachgewiesen" sei, verbindet sich das mit dem Vorwurf, dass das beworbenen Produkt eine behauptete Eigenschaft nicht aufweist. Dieser Vorwurf ist indessen - wie allein schon der Blick auf die inhaltlich abweichenden Möglichkeiten, einem darauf gestützten Verbot zu entgehen, dokumentiert - sachlich verschieden von dem Vorwurf der unzutreffenden Alleinstellungsbehauptung, weil das Produkt die in Frage stehende Eigenschaft nicht als einziges aufweise. Soweit die Antragstellerin daher mit ihrem in der Berufungsbegründung vorgebrachten Bestreiten neben dem bisherigen einen neuen Irreführungsaspekt in das Verfahren einführt, ist die Dringlichkeitsvermutung des § 25 UWG diesbezüglich widerlegt, weil dieser Gesichtspunkt bereits von Anfang an geltend gemacht werden konnte. Indessen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin das Verbot nunmehr ausschließlich noch auf den Gesichtspunkt der Irreführung über die werblich behauptete 24-Stunden-Wirkung stützen will, so dass der Antrag insgesamt als unzulässig zu erachten wäre. Vielmehr hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung deutlich gemacht, dass sie den in erster Instanz bereits geltend gemachten Irreführungsaspekt der angeblich unzutreffenden Alleinstellungsbehauptung in erster Linie weiter verfolgt, so dass das Unterlassungsbegehren insoweit jedenfalls zulässig ist.

II.

6

Das Unterlassungsbegehren ist aus § 3 UWG begründet. Die Antragstellerin hat in einer für den Erlass der einstweiligen Verfügung ausreichenden Weise die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Verfügungsanspruchs glaubhaft gemacht. Danach ist die streitbefangene Werbeaussage i.S. von § 3 UWG geeignet, einen mehr als nur unerheblichen Teil des angesprochenen Verkehrs in wettbewerblich relevanter Weise über die geschäftlichen Verhältnisse der Antragsgegnerin, nämlich darüber in die Irre zu führen, dass das beworbene veterinärmedizinische Präparat "M." das derzeit einzige nicht-steroidale A. zur Verminderung postoperativer Schmerzen bei Hunden mit nachgewiesener 24-Stunden-Wirkung sei.

7

Denn nach dem glaubhaft gemachten Vorbringen der Antragstellerin kommt auch ihrem eigenen Tierarzneimittel (N.) "R." die vorstehende 24-Stunden-Wirkung gegen postoperativen Schmerz bei Hunden zu, so dass die vorstehende Werbeaussage der Antragsgegnerin,

8

wonach derzeit einzig ihr Produkt M. eine 24-Stunden-Wirkung gegen Schmerz für sich in Anspruch nehmen könne, als eine unzutreffende Alleinstellungsbehauptung einzuordnen ist.

Im Ausgangspunkt ist es dabei Sache der Antragstellerin darzulegen und glaubhaft zu machen, dass die Werbeaussage der Antragsgegnerin sich im hier in Rede stehenden Punkt als unzutreffend darstellt. Denn dafür, dass eine Angabe über geschäftliche Verhältnisse irreführend ist, trifft grundsätzlich den Kläger bzw. Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast. Zwar können gerade in den hier betroffenen Fällen der Allein- oder Spitzenstellungswerbung zu Gunsten der die Unrichtigkeit dieser Aussagen behauptenden anspruchstellenden Partei Darlegungs- und Beweiserleichterungen eingreifen. Diese beruhen auf der Erwägung, dass, wer die geschäftlichen Verhältnisse seiner Mitbewerber in der Weise in seine Werbung einbezieht, dass er behauptet, er sei der größte oder beste seiner Mitbewerber oder der einzige auf einem bestimmten Gebiet, nach Treu und Glauben darlegen und erforderlichenfalls auch zu beweisen hat, wie es sich mit der Größe und der Bedeutung und der Stellung seiner Mitbewerber in dem betreffenden Bereich verhält, wenn der die Alleinstellungsbehauptung beanstandende Anspruchsteller hierzu entweder überhaupt nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten in der Lage ist (BGH GRUR 1985, 140/142 -"Größtes Teppichhaus der Welt" -; BGH GRUR 1978, 249/250 -"Kreditvermittlung"-; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, § 3 UWG Rdn. 80 - jeweils m.w.N.). Denn wer eine Alleinstellungsbehauptung aufstellen will, muss sich vorher über die geschäftlichen Verhältnisse seiner Mitbewerber unterrichten und kann deshalb über diese - jedenfalls bei pflichtgemäßem Handeln - ebenso unschwer Angaben machen wie über innerbetriebliche Vorgänge, um deren Offenlegung durch die beklagte Partei es in den Fällen ging, in denen die Rechtsprechung - und mit ihr das ganz überwiegende Schrifttum - zu Gunsten des Klägers Darlegungs- und Beweiserleichterungen anerkannt hat (vgl. BGH WRP 1962, 404 -"Bärenfang"-). Jedoch ist es im Streitfall auch unter Beachtung der dargestellten Kriterien uneingeschränkt Sache der Antragstellerin, die Unrichtigkeit der seitens der Antragsgegnerin für ihr Tierarzneimittel in Anspruch genommenen Alleinstellung darzulegen und glaubhaft zu machen. Denn die Antragstellerin befindet sich insoweit weder in einer Darlegungs- und Beweisnot noch ist sie nur mit Schwierigkeiten in der Lage, die behauptete Unrichtigkeit der Alleinstellungswerbung darzulegen und zu beweisen. Von der Unrichtigkeit der hier zu beurteilenden Alleinstellungswerbung ist vielmehr bereits dann auszugehen, wenn auch nur bei einem einzigen anderen Produkt ebenfalls die von der Antragsgegnerin behauptete 24-Stunden-Wirkung gegen postoperativen Schmerz bei Hunden nachgewiesen ist. Da die Antragstellerin eben letzteres für ihr *eigenes* N. "R." in Anspruch nimmt, und sie dabei auf eigene, ihr ohne weiteres zur Verfügung stehende Erkenntnisquellen und Materialien zuzugreifen vermag, kann sie die Unrichtigkeit der angegriffenen Alleinstellungsbehauptung ohne jegliche Schwierigkeiten darlegen und glaubhaft machen und besteht daher kein Grund, sie nach den vorstehenden Erwägungen mit Darlegungs- und Beweiserleichterungen zu unterstützen.

Diese von ihr zu leistende Glaubhaftmachung der Unrichtigkeit der Alleinstellungswerbung der Antragsgegnerin ist der Antragstellerin gelungen.

Die Antragstellerin hat in erster Instanz die von der zuständigen Zulassungsbehörde zugelassene Fachinformation betreffend ihr eigenes Produkt "R." vorgelegt, in der es unter Ziff. 13 u.a. wie folgt heißt: "Klinische Untersuchungen bei Hunden zeigten, dass eine einmalige Injektion während der Operationsphase für 24 h ausreicht" (Bl. 20 d.A.). Schon spricht dafür, dass die analgetische Wirkung des Arzneimittels bei postoperativen Schmerzzuständen noch 24 Stunden nach der Verabreichung des Mittels noch andauert, da andernfalls - um einen möglichst schmerzfreien oder -verminderten Zustand der Tiere

aufrechtzuerhalten die nächste Medikamentengabe früher stattfinden müsste. Hinzu kommt, dass unter Ziff. 11 der erwähnten Fachinformation weiter ausgeführt ist, dass "eine Weiterbehandlung von Entzündungs- und Schmerzzuständen bei akuten und chronischen Erkrankungen des Bewegungsapparates ...(im Abstand von 24 Stunden) peroral erfolgen" soll. Auch wenn die unter Ziff. 11 erwähnte Indikation nicht der hier einschlägigen entspricht, bei der es um die Dauer der Wirkung zur Verminderung postoperativer Schmerzen geht, so unterstützt doch das bei der Initialtherapie zur Behandlung von Schmerzzuständen u.a. bei akuten Erkrankungen des Bewegungsapparates angegebene 24-Stunden Intervall der Dauer der Anwendung des Tierarzneimittels der Antragstellerin indiziell ebenfalls die bei der Behandlung postoperativer Schmerzen in Ziff. 13 der Fachinformation zum Ausdruck gebrachte 24-stündige Wirkungsdauer. Eine solche "24-Stunden-Wirkung" lässt sich weiter aber auch der von der Antragstellerin als Anlage AS 8 vorgelegten Studie des A.H.T. (Bl. 141 - 206 d.A.) entnehmen, die sich mit dem jeweiligen postoperativen analgetischen Effekt der Wirkstoffe F. und C. bei chirurgischen Eingriffen an Hunden befasst. Nach der in diese Studie eingestellten Tabelle 1 a ("mean pain scores for animals in soft tissue surgery groups") wurde bei den mit dem Wirkstoff C. behandelten Tieren bei Weichteil-Operationen noch nach 24 Stunden ein mittlerer Schmerzwert von 0,62 festgestellt gegenüber einem etwa doppelten Schmerzwert von 1,22 im Mittel bei den Tieren, denen F. verabreicht worden war. Ausweislich der Tabelle 1 c ("mean pain scores for animals in ocular surgery groups and results of statistical analysis") wurde nach Eingriffen im Augenbereich bei den mit C. behandelten Tieren ein Wert 0,89 im Mittel gemessen, bei den mit F. behandelten Tieren ein solcher von 1,37. Auch wenn der festgestellte postoperative Schmerzwert bei orthopädischen Eingriffen gemäß der Tabelle 1 c ("mean pain scores for animals in orthopaedic surgery groups and results of statistical analysis") bei den Tieren, denen C. verabreicht worden war, mit einem Wert von 0,68 nach 24 Stunden höher lag als bei den mit F. behandelten Tieren (0,25), so sprechen doch die vorbezeichneten Ergebnisse dafür, dass auch mit solchen Tier-Analgetica, die den Wirkstoff C. enthalten, noch nach 24 Stunden die Linderung postoperativer Schmerzen zu erzielen ist, die nach der streitbefangenen Werbung der Antragsgegnerin zur "Verminderung postoperativer Schmerzen nach orthopädischen Eingriffen und Weichteiloperationen" - und nicht etwa auf orthopädische Eingriffe beschränkt - für ihre "M.-Injektionslösung nachgewiesen ist. Die in der "A.H.T.-Studie für den dort verwendeten Wirkstoff C. dokumentierten Ergebnisse lassen sich dabei auch auf das C.haltige Tier-Arzneimittel der Antragstellerin übertragen. Soweit die Antragsgegnerin in Abrede stellt, dass die in der erwähnten Studie verwendete Testsubstanz "I. M.-M.,R." (vgl. S. 5 der Studie) mit dem Produkt "R." der Antragstellerin identisch ist und damit zugleich die Aussagekraft der Ergebnisse der Studie bzw. deren Wert als Glaubhaftmachungsmittel für die behauptete 24-Stunden-Wirkung des Produkts der Antragstellerin verneint, rechtfertigt das kein abweichende Würdigung. Denn nach der von der Antragstellerin als Anlage AS 15 vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des Dr. med. vet. T. vom 11.07.2001 habe die Fa. R. die nämliche galenische Formulierung der Testsubstanz, wie sie in der Studie des A.H.T. verwendet worden sei, an die Fa. G. Pharmaceuticals für den Veterinärbereich veräußert, von der wiederum die Antragstellerin sie erworben habe. Hinzu kommt, dass das Bundesinstitut für gesundheitlichen Verbraucherschutz und Veterinärmedizin (bvgv) als Zulassungsbehörde, bei der die Studie des A.H.T. im Zulassungsverfahren betreffend das Tier-Arzneimittel "R." eingereicht wurde, eben den Wortlaut der Fachinformation, dem - wie aufgezeigt - eine 24-Stunden-Wirkung des Mittels der Antragstellerin entnommen werden kann, als Anlage E zum Bestandteil des Zulassungsbescheids gemacht und damit vorgegeben hat. Denn der Text der von der Antragstellerin im Termin zur mündlichen Verhandlung bei dem Senat vorgelegten "Anlage E" zum Zulassungsbescheid entspricht exakt demjenigen, wie ihn die Antragstellerin in ihre Fachinformation einschließlich der darin enthaltenen Abschnitte unter den Ziffern 13 und 11 übernommen hat. Im Zusammenhang mit der vorstehenden eidesstattlichen

Versicherung spricht danach alles dafür, dass es sich bei der in der Studie des A.H.T. verwendeten C.-Testsubstanz um eine solche handelt, die mit dem Mittel "R." der Antragstellerin identisch ist, und dass daher die in der erwähnten Studie dokumentierten Ergebnisse die streitbefangene 24-Stunden-Wirkung des Produkts der Antragstellerin belegen.

Unterstützt wird die nach den vorstehenden Umständen bereits belegte 24-Stunden-Wirkung zusätzlich noch durch die von der Antragstellerin in der Berufung als Anlage AS 11/AS 12 vorgelegte, für das us-amerikanische Zulassungsverfahren erstellte Studie, wonach die Wirksamkeit von "R." "...zur Unterdrückung postoperativer Schmerzen im Zusammenhang von Weichteil- und orthopädischen Operationen beim Hund..." überprüft wurde. Aus den in dieser Studie enthaltenen Schaubildern 1 und 3 geht hervor, dass bei Messung der Schmerzwerte auch noch nach 24 Stunden bei Gabe von R. signifikant niedrigere Schmerzwerte zu verzeichnen waren als dies im Vergleich gegenüber der Verabreichung eines Placebos der Fall war. Bei dem Wirkstoff C. wurde noch 24 Stunden und später nach Verabreichung des Wirkstoffs bei postoperativen Schmerzen u.a. nach Durchführung von Kreuzbandoperationen eine signifikante analgetische Wirkung festgestellt (vgl. Graph 1 sowie S. 1, 2 der Anlage 12). Der die prozessuale Position der Antragstellerin festigenden Aussagekraft der dargestellten Ergebnisse steht es dabei nicht entgegen, dass sich die Studie auf den us-amerikanischen Markt bezieht, für den eine höhere Dosierung des N.s der Antragstellerin vorgesehen ist (rd. 4,4 mg/kg Körpergewicht), wohingegen das Mittel in Deutschland in einer Dosierung von 4,0 mg/kg Körpergewicht verwendet werden soll (vgl. Ziff. 10 der Fachinformation). Denn nach der von der Antragstellerin vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des Dr. W. T. vom 20.04.2001 (Anlage AS 13) rufe die geringere Dosierung keine Veränderung in der Wirkung und Wirkungsdauer hervor, was auf Anforderung der Zulassungsbehörde nach Durchführung einer "Multicenterstudie" nachgewiesen worden sei. Soweit die Antragsgegnerin weiter einwendet, dass die in der vorstehenden Studie ermittelten Werte deshalb nicht aussagekräftig seien, weil den Tieren bei Bedarf auch zusätzliche Gaben der Testsubstanz verabreicht werden konnten, lässt dies keine abweichende Bewertung zu. Dabei trifft es zwar zu, dass den Tieren ausweislich der Erläuterungen in dem Abschnitt "Experimental Methods"("Versuchsdurchführung") an den Tagen 1 und 2 bei Weichteiloperationen und an den 1, 2 und 3 bei orthopädischen Operationen bei Bedarf zusätzliche Testsubstanz verabreicht werden konnte. Nach den jeweils unter lit. e) aufgeführten Anmerkungen zu den Tabellen 4 - 6 der Studie wurden zusätzliche Gaben der Testsubstanz jedoch erst nach der ersten Schmerzuntersuchung des Tages verabreicht. Da die erste Schmerzuntersuchung am Tag 1 ungefähr 24 Stunden nach der erstmaligen Verabreichung der Testsubstanz durchgeführt wurde, spricht danach alles dafür, dass die nach der Vornahme von Weichteil- und orthopädischen Eingriffen bei Hunden auch noch 24 Stunden nach der erstmaligen Gabe von "R." dokumentierten Werte den Status ohne zusätzliche Gabe des Arzneimittels wiedergeben.

Die von der Antragsgegnerin demgegenüber eingereichten Unterlagen sind nicht geeignet, den Aussagewert der für die streitbefangene 24-Stunden-Wirkung auch des Produkts der Antragstellerin sprechenden Glaubhaftmachungsmittel zu entkräften.

Entgegen der vom Landgericht in dem angefochtenen Urteil zum Ausdruck gebrachten Wertung lässt sich der von der Antragsgegnerin vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des Dr. C.T. eine Erschütterung des Glaubhaftmachungswertes der oben erwähnten Fachinformation nicht entnehmen. Soweit in dieser eidesstattlichen Versicherung die Rede davon ist, dass die "...zuständige Bundesoberbehörde die Fachinformation zwar zugelassen habe, dass man aber bedenken..." müsse, dass "...diese Fachinformation auf Vorschlägen

des antragstellenden Unternehmens beruht und im Zulassungsverfahren gewöhnlich nur die eingereichten Daten zum zugelassenen Produkt geprüft" würden, halte zu wenig aussagefähig, um die Fachinformation als Glaubhaftmachungsmittel zu entkräften. Denn letztlich gehen alle Daten und Angaben in der Zulassung auf "Vorschläge", nämlich konkret die Angaben des antragstellenden Unternehmens zurück. Dass die Zulassungsbehörde durch die Angaben des antragstellenden Unternehmens bei ihren Prüfungen eingeschränkt würde und daher im konkreten Fall die Angaben in der ihr im Rahmen des Zulassungsverfahrens vorgelegten Fachinformation nicht einer eigenständigen Prüfung unterzogen hätte, lässt sich dem nicht entnehmen. Gleiches gilt hinsichtlich des in der eidesstattlichen Versicherung genannten Umstandes, dass im Zulassungsverfahren "gewöhnlich nur die eingereichten Daten zum zuzulassenden Produkt geprüft" würden. Denn es handelt sich bei der hier betroffenen "Dauer der Anwendung" und "pharmakologischen Eigenschaft" um "Daten zum zuzulassenden Produkt". Auch die der eidesstattlichen Versicherung des Dr. T. beigefügten wissenschaftlichen Veröffentlichungen, in denen die Wirkungsdauer u.a. des in dem Produkt der Antragstellerin enthaltenen Wirkstoffs C. bei postoperativen Schmerzen untersucht worden sind, sind nicht für geeignet, die aus der Fachinformation hervorgehende 24-Stunden-Wirkung des N.s der Antragstellerin zu entkräften. Dabei ist es zwar richtig, dass diese Veröffentlichungen nicht die von der Antragstellerin auch für ihr Produkt in Anspruch genommene 24-Stunden-Wirkung des Wirkstoffs C. belegen. Denn diese Publikationen beschränken sich bei der Prüfung der schmerzlindernden Wirkung u.a. von C. bei postoperativen Schmerzen auf Zeiträume von maximal ca. 18 Stunden ("...approximately 18 hours...") seit der präoperativen Verabreichung des Wirkstoffs, wobei zu diesem Zeitpunkt noch eine analgetische Wirkung von C. festgestellt wurde (vgl. Bl. 80 d.A.). Ebenso wenig, wie die erwähnten Studien daher die Behauptung der Antragstellerin belegen, ihr Schmerzmittel entfalte bei postoperativen Schmerzen eine 24-Stunden-Wirkung, widersprechen sie indessen dieser Behauptung, so dass sie auch nicht die der Fachinformation sowie den oben näher erörterten Studien zu entnehmende "24-Stunden-Wirkung" entkräften bzw. deren Glaubhaftmachungswert zu schwächen vermögen.

Da schließlich die wettbewerbliche Relevanz der Fehlvorstellung, dass einzig das Produkt der 15
Antragsgegnerin die in Frage stehende 24-Stunden-Wirkung entfaltet, auf der Hand liegt, ist das Unterlassungsbegehren insgesamt begründet.

III. 16

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 91 ZPO. 17

Gemäß § 545 Abs. 2 ZPO ist das Urteil mit seiner Verkündung rechtskräftig. 18