

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

UWG § 1

Generikum-Preisvergleich

Zur Frage der Zulässigkeit des Vergleichs des Preises eines Generikum-Arzneimittels mit dem Preis des Arzneimittels (mit bisher patentiertem Wirkstoff) des "Erstanbieters".

BGH, Urt. v. 30. März 1989 - I ZR 21/87 - OLG Hamburg

LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

30

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 21/87

URTEIL

Verkündet am:
30. März 1989
Welte
Justizassistentin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

r [REDACTED] GmbH Arzneimittel, vertreten durch ihren
Geschäftsführer Heinrich K. Z [REDACTED], Graf-A [REDACTED]-Straße [REDACTED],
U [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

P [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer S [REDACTED],
P [REDACTED]straße [REDACTED], K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED] -

WV

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. März 1989 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Piper, Dr. Teplitzky, Dr. Ullmann und Nobbe

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 11. Dezember 1986 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Parteien stehen bei der Herstellung und beim Vertrieb von pharmazeutischen Produkten im Wettbewerb.

Die Klägerin entwickelte ein Antibiotikum mit dem Wirkstoff Doxycyclin, das sie unter der Marke Vibramycin auf den Markt bringt. Sie verwandte den Wirkstoff zunächst in der Form des Hydrochlorid-Salzes, setzt ihn seit einiger Zeit aber in der Form des Monohydrat-Salzes ein.

Seit Ablauf des Patentschutzes der Klägerin für diesen Wirkstoff stellt die Beklagte - neben anderen Unternehmen - Doxycyclin in der Form des Hydrochlorid-Salzes her; sie vertreibt es unter der Marke "Doxycyclin-ratiopharm".

Auf dem Pharmamarkt der Bundesrepublik wird Doxycyclin von der Klägerin selbst unter ihrem Markenzeichen, von Re-Importeuren ebenfalls unter diesem Markenzeichen und von den Herstellern sogenannter Generika, zu denen die Beklagte gehört, unter deren jeweiligen Zeichen vertrieben. Ähnlich liegen die Dinge für zahlreiche andere Präparate, bei denen die gleichen Ausgangsvoraussetzungen gegeben sind. Das zwischen diesen Angebotsformen bestehende Preisgefälle hat in der Diskussion um die Kostendämpfung im Gesundheitswesen zunehmend Bedeutung erlangt.

In diesem Zusammenhang wandte sich im Mai 1985 die Beklagte mit einem Werberundschreiben an alle Krankenversicherer, das folgenden Wortlaut hatte:

- 4 -

Geschäftsführender Direktor

GmbH Arzneimittel

Telefon _____

Mai 1985

An die
Vertragsabteilungen
aller Krankenversicherungen

Sinnvolle Arzneimittel-Therapie in dieser Zeit

Sehr verehrte Damen,
sehr geehrte Herren,

gerade in dieser Zeit stellen sich alle, am Gesundheitswesen Beteiligten,
die Frage:

Wie soll es weitergehen, mit welchen Lösungsansätzen bekommen wir
die Kostenentwicklung in den Griff?

Für den Bereich der Arzneimittelversorgung kann Ihnen _____ eine
Antwort geben, die uns alle ein erhebliches Stück weiterbringen würde.

Von der pharmazeutischen Industrie beispielsweise wird mehr
Wettbewerb verlangt.

_____ ist das erste Unternehmen, das in Deutschland eine um-
fassende Präparate-Palette generischer Konzeption angeboten hat und
ermöglicht seitdem den gewünschten breiteren Spielraum für
Wettbewerb.

Was bietet _____ im einzelnen?

1. Gesicherte Qualität -
also keinerlei Abstriche an der Patientenversorgung
2. Die größte Arzneimittel-Palette generischer Konzeption in der BRD
3. Dadurch die Möglichkeit zu wirklich spürbarer Senkung
von Therapiekosten
4. Preisstabilität, die ihresgleichen sucht (s. Anlage)

Im Zusammenhang mit Kostensenkungsbestrebungen werden auch sog.
reimportierte Arzneimittel diskutiert und zur Verordnung empfohlen.

Man muß sich jedoch darüber im Klaren sein, daß diese Reimporte aufgrund relativ geringer Kostenvorteile und ihrer häufig nicht vollständigen Präparate-Palette nur einen unwesentlichen Kostensenkungsbeitrag leisten können.

Die generische Rezeptur dagegen, beispielsweise [REDACTED]-Arzneimittel, ermöglicht vielfach bis zu 50%, manchmal sogar noch mehr Preisvorteil.

Bitte überzeugen Sie sich anhand eines Beispiels selbst:
(Stand: 01. 04. 85)

Doxycyclin-haltiges Warenzeichen-Präparat
(Erstanbieter)

N 2 - 20 Kapseln
DM 94,30

reimportiertes erstausgebotenes Waren-
zeichen-Präparat

N 2 - 20 Kapseln
DM 81,85

Doxycyclin-[REDACTED][®]

N 2 - 20 Kapseln
DM 19,15

Mit anderen Worten:

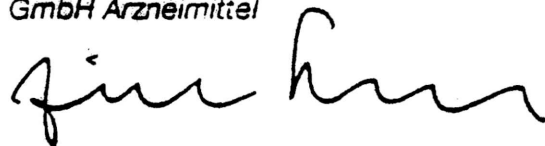
Für den gleichen Preis, den die Therapie eines einzigen Patienten mit einem Doxycyclin-haltigen reimportierten Arzneimittel kostet, könnte der Arzt 4 Patienten mit Doxycyclin-ratiopharm[®] behandeln.

Angesichts solcher Möglichkeiten müßte doch eine stärkere Zusammenarbeit zwischen Ihnen und uns im Interesse einer qualitativ hochwertigen, jedoch wirtschaftlichen Verordnungsweise sinnvoll sein.

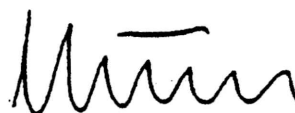
Wenn Sie näher interessiert sind, lassen Sie uns dies bitte durch beiliegende Antwortkarte wissen oder rufen Sie direkt Herrn Wolfgang M[REDACTED] an.

In der Hoffnung, von Ihnen zu hören, grüßen wir Sie freundlich aus der Münsterstadt.

[REDACTED]
GmbH Arzneimittel



[REDACTED]
Geschäftsf. Direktor



[REDACTED]
Marketingleiter

Anlage

Die Klägerin sieht in den Ausführungen dieses Schreibens eine unzulässige Gegenüberstellung ihres eigenen Erzeugnisses mit einem Wettbewerbserzeugnis und in dieser einen Verstoß gegen § 1 UWG. Sie hat beantragt,

die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, zur Werbung bei Krankenversicherungen das eigene Erzeugnis Wettbewerbsprodukten unter Herausstellung der Apotheken-Abgabepreise gegenüberzustellen, sofern dies nicht in Form eines Gesamtvergleichs erfolgt.

Die Beklagte ist dem insbesondere unter Hinweis auf einen hinreichenden Anlaß für ihren Preisvergleich entgegengetreten.

Das Landgericht hat nach dem Klageantrag erkannt.

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin hilfsweise den Antrag gestellt,

die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verurteilen, es zu unterlassen,

zur Werbung bei Krankenversicherungen das eigene Erzeugnis Wettbewerbsprodukten unter Herausstellung der Apotheken-Abgabepreise in der Form des vorstehend im Wortlaut wiedergegebenen Werberundschreibens gegenüberzustellen.

Das Berufungsgericht hat unter Abweisung der weitergehenden Klage nach dem Hilfsantrag erkannt. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung der allein den Gegenstand des Revisionsverfahrens bildenden Verurteilung nach dem Hilfsantrag der Klägerin ausgeführt:

Das angegriffene Werbeschreiben stelle in der konkreten Verletzungsform eine nach § 1 UWG unzulässige vergleichende Werbung dar. Der darin vorgenommene Preisvergleich sei nicht als - im Sinne der Rechtsprechung zur ausnahmsweisen Zulässigkeit einer grundsätzlich verbotenen vergleichenden kritisierenden Werbung - erforderlich anzusehen.

Werde unterstellt, daß die Beklagte ein Aufklärungsinteresse für ihr Werbeschreiben und dessen allgemeine Aussage geltend machen könne, müßte dieses Aufklärungsinteresse auch die gegen die Klägerin gerichtete, in dem Preisvergleich liegende herabsetzende Bezugnahme rechtfertigen. Es reiche nicht aus, daß für die Gesamtaussage des Schreibens ein solches Aufklärungsinteresse wohl zu bejahen sein könnte.

Das Interesse der Beklagten gehe nur dahin, durch den angestellten Vergleich darzulegen, daß entgegen der von den Kassen empfohlenen Praxis eine wirksame Kostendämpfung nicht oder nicht ausreichend durch den Einsatz von Re-Importen bewirkt werden könne, sondern wesentlich wirksamer durch die Verwendung von Generika. Liege aber das Aufklärungsziel, das die Beklagte verfolge, gar nicht darin, den Adressaten ihrer Werbeaussendung die hohen Preise der Erstanbieter kritisch vor Augen zu führen, so spiele der Preisabstand zwischen dem Preis des Erstanbieters und der übrigen Wettbewerber keine Rolle. Demnach erweise sich die Erwähnung des Preises für Vibramycin in dem konkreten Werbeschreiben als durch das Aufklärungsinteresse nicht mehr gedeckt. Ein Vergleich sei jedoch nur insoweit zu rechtfertigen, als die Rechtfertigungsgründe im konkreten Einzelfall tatsächlich reichten.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Revisionsangriffe bleiben im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsverstoß davon ausgegangen, daß der Vergleich der eigenen Preise mit denen konkreter Wettbewerber - als ein Unterfall der vergleichenden kritisierenden Werbung - grundsätzlich wettbewerbswidrig ist (vgl. BGH, Urt. v. 9.10.1963 - Ib ZR 28/62, GRUR 1964, 208, 210 = WRP 1964, 237 - Fernsehinterview). Er kann - was das Berufungsgericht ebenfalls rechtsirrtumsfrei gesehen hat - ausnahmsweise zulässig sein, wenn er aus hinreichendem Anlaß erfolgt und seine Angaben sich nach Art und Maß in den Grenzen des Erforderlichen und der wahrheitsgemäßen sachlichen Erörterung halten; der hinreichende Anlaß kann sich

auch aus einem beachtlichen Aufklärungsinteresse der Allgemeinheit ergeben (st. Rspr.; vgl. BGHZ 49, 325, 329 u. 330 - 40 % können Sie sparen; BGH, Urt. v. 20.2.1986 - I ZR 202/83, GRUR 1986, 618, 620 = WRP 1986, 465 - Vorsatz-Fensterflügel m.w.N.).

Das Berufungsgericht hat ein solches Aufklärungsinteresse hinsichtlich der "allgemeinen Aussage" des Werbeschreibens der Beklagten unterstellt; es hat dabei zwar den Inhalt dieser "allgemeinen Aussage" nicht ausdrücklich umschrieben, jedoch zum Ausdruck gebracht, daß es "die gegen die Klägerin gerichtete, in dem Preisvergleich liegende herabsetzende Bezugnahme" nicht zum Inhalt der "allgemeinen" oder "Gesamtaussage" des Schreibens gezählt hat, für deren Äußerung es ein Aufklärungsinteresse unterstellt hat.

2. Wird somit auf der Grundlage dieser Unterstellung ein Interesse der angesprochenen Verkehrskreise an der Information über Preisverhältnisse und damit ein Anlaß für vergleichende Preisangaben angenommen, so kann dies allein noch nicht die konkrete Form der Werbung rechtfertigen; vielmehr bleibt zu prüfen, ob zur Befriedigung des unterstellten Aufklärungsinteresses auch die von der Beklagten gewählte konkrete Form der Werbeaussage erforderlich war (vgl. BGHZ 49, 325, 330 - 40 % können Sie sparen; BGH, Urt. v. 3.4.1970 - I ZR 67/68, GRUR 1970, 422, 423 = WRP 1970, 264 - Tauchkühler).

Dies hat das Berufungsgericht mit der Erwägung verneint, daß eine vergleichende Kenntlichmachung des inländischen Vertriebspreises von Vibramycin schon deshalb nicht

erforderlich gewesen sei, weil alleiniges Aufklärungsziel des Werbeschreibens ein genereller Hinweis auf die Kostenvorteile gewesen sei, die die Verwendung von Arzneimitteln der Beklagten gegenüber derjenigen re-importierter Originalarzneimittel biete; ein Aufklärungsinteresse der Beklagten sei jedenfalls durch dieses Aufklärungsziel begrenzt, könne sich also nicht auch auf die außerhalb dieses Ziels liegende Einbeziehung des inländischen Verkaufspreises von Vibramycin erstrecken.

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht mit diesem eingeschränkten Verständnis des Werbeschreibens der Zielsetzung der Aufklärung und damit dem Umfang des Aufklärungsinteresses nicht gerecht geworden sei; denn die Beklagte habe, um die Kostenvorteile der generischen Erzeugnisse richtig zu verdeutlichen, beispielhaft auch den Preis des inländischen Originalpräparats nennen müssen. Diese Rüge bleibt im Ergebnis erfolglos, weil sich die konkrete Werbung jedenfalls auch aus anderen als den vom Berufungsgericht genannten Gründen als nicht erforderlich erweist.

Selbst wenn die Beklagte mit dem Werbeschreiben das Ziel verfolgen wollte, die besonders deutlichen Vorteile ihrer generischen Erzeugnisse im Verhältnis zu den Preisen der Originalpräparate in Deutschland zu verdeutlichen, und wenn dieses Ziel als - im Interesse des angesprochenen Verkehrs - schutzwürdig anzusehen wäre, hätte die Beklagte es nämlich auch erreichen können, ohne das konkrete Präparat der Klägerin eindeutig durch seine Bezeichnung als das des Erstanbieters zu kennzeichnen. Die Beklagte wollte, was sie auch in der Revisionsbegründung wieder bekräftigt, allgemein

auf die Kostenvorteile ihrer Präparate gegenüber solchen der Ersthersteller hinweisen; die Absicht, unmittelbar mit der Klägerin in einer deren Präparat Vibramycin preislich herabsetzenden Weise in Wettbewerb zu treten, habe sie nicht verfolgen wollen (RB S. 4 f). Um dieses Ziel zu erreichen, bedurfte es nicht der beispielhaften (und gerade auf dieses Präparat beschränkten, aber auch - im Blick auf die zahlreichen anderen einschlägigen Präparate - unvollständigen) vergleichenden Bezugnahme auf Vibramycin; vielmehr hätte es dem Aufklärungsinteresse der angesprochenen Verkehrskreise auch genügt, wenn die Beklagte in allgemeiner Form (wahrheitsgemäß) Preise oder prozentuale Verhältnisse zu Preisen verschiedener, jedoch namentlich nicht gekennzeichneteter Konkurrenzarzneimittel angegeben hätte. Schon diese Form eines Preisvergleichs, in der ein Mitbewerber weder beim Namen genannt noch unnötig erkennbar gemacht worden wäre (vgl. BGHZ 49, 325, 329 - 40 % können Sie sparen), hätte die angesprochenen Versicherer ausreichend über den Umfang der Kostenvorteile der Arzneimittel der Beklagten unterrichtet; bei konkretem Interesse für Einzelheiten hätten die Adressaten des Schreibens sich unschwer an Hand der für jedermann zugänglichen Preislisten (sog. Rote Liste u.ä.), gegebenenfalls sogar durch Rückfragen bei der Beklagten selbst, näher informieren können. Eines konkreten Preisvergleichs mit dem Mittel Vibramycin der Klägerin bedurfte es hierfür nicht.

III. Da sich die Verurteilung der Beklagten im Berufungsurteil somit jedenfalls im Ergebnis als durch § 1 UWG gerechtfertigt erweist, ist die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

v. Gamm

Piper

Teplitzky

Ullmann

Nobbe