BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 58/06

Verkündet am:
11. September 2008
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Fußpilz

UWG §§ 3, 5

Bei einer Fernsehwerbung ist ein schriftlich eingeblendeter aufklärender Hinweis nicht bereits deshalb grundsätzlich unbeachtlich, weil er von nur zuhörenden Fernsehteilnehmern nicht wahrgenommen wird.

BGH, Urt. v. 11. September 2008 - I ZR 58/06 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. September 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Schaffert, Dr. Bergmann, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 23. Februar 2006 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien sind Wettbewerber bei der Herstellung und dem Vertrieb von Arzneimitteln zur äußeren Behandlung von Pilzinfektionen der Haut. Die Beklagte vertreibt das nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel "LAMISIL" mit dem Wirkstoff Terbinafin in den Darreichungsformen Creme, Spray und Gel. In der Darreichungsform Creme ist das Arzneimittel der Beklagten zur Behandlung

von Pilzinfektionen zugelassen, die durch Dermatophyten (Fadenpilze) und durch Hefepilze verursacht werden; Spray und Gel sind nur zur Behandlung von auf Dermatophyten beruhenden Pilzerkrankungen (Mykosen) zugelassen. Zwischen den Parteien ist streitig, wie die Zulassung des Arzneimittels der Beklagten hinsichtlich der Behandlung des Fußpilzes zwischen den Zehen (Tinea pedis interdigitalis) zu verstehen ist.

2 Die Beklagte hat in der "Pharmazeutischen Zeitung (PZ)" Nr. 25 vom 19. Juni 2003 sowie in einem TV-Spot ihr Mittel "LAMISIL" zur Behandlung von Fußpilz (Tinea pedis) ohne Einschränkungen hinsichtlich des Erregers der Erkrankung beworben. Die Klägerin hat dies als irreführend und als Werbung außerhalb der zugelassenen Indikation beanstandet, weil die Darreichungsformen des Arzneimittels der Beklagten nur zur Behandlung von Fußpilzerkrankungen zugelassen seien, die durch Dermatophyten oder Hefepilze verursacht würden, nicht aber zur Behandlung von durch Schimmelpilze verursachtem Fußpilz.

3 Hinsichtlich der Fernsehwerbung hat die Beklagte mit Schreiben vom 19. August 2003 eine Unterlassungserklärung abgegeben.

4 Die Klägerin hat - soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung - zuletzt beantragt,

der Beklagten zu verbieten,

die Arzneimittel LAMISIL®, LAMISIL® Spray, LAMISIL® Creme und LAMISIL® DermGel

1. a) in der Printwerbung für Fachkreise zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wie in der Werbeanzeige gemäß Anlage zum Antrag,

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

aa) soweit es darin heißt: "Ein moderner Wirkstoff setzt sich durch: Terbanifin!";

bb) soweit es darin im Blickfang und im Fließtext heißt:
"Nur noch 1 Woche Anwendung bei Fußpilz*"
und/oder
"Fußpilz* muss nur noch 1 Woche 1 mal täglich behandelt werden".
"*zwischen den Zehen";

cc) soweit es darin heißt:
"Kürzeste Therapiedauer: ... Im Vergleich zu den gängigen Antimykotika - Azolen - mit einer Anwendungsdauer von 3 - 4 Wochen ist dadurch bei Lamisil® eine höhere Compliance zu erwarten".
"*zwischen den Zehen";

1. b) in der TV-Werbung für den Verbraucher zu bewerben und/ oder bewerben zu lassen

aa) mit folgendem gesprochenen Text:
"Schon wieder Fußpilz und Sie können die Wände hochgehen? Jetzt gibt es eine schnelle Lösung. LAMISIL®. Und Fußpilz muss nur eine Woche behandelt werden. 1x täglich. LAMISIL® macht dem Fußpilz Beine. Jetzt auch als Spray. Zu Risiken und Nebenwirkungen lesen Sie die Packungsbeilage und fragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker";

und/oder

bb) folgendem bildlich dargestellten Text:
"LAMISIL® nur 1 Woche Behandlung";

1. c) mit der Zusicherung [zu bewerben und/oder bewerben zu lassen:]
"Nur eine Woche Behandlung"
und/oder
"Nur noch 1 Woche Behandlung bei Fußpilz"
und/oder
"Und Fußpilz muss nur noch eine Woche behandelt werden",
jeweils ergänzt um den Zusatz "zwischen den Zehen",
ohne zugleich durch als Text dargestellte (bei textlicher Zusicherung) oder gesprochene (bei gesprochener Zusicherung) Hinweise unübersehbar und deutlich zu erklären, dass
die Behandlung mit LAMISIL® Spray und LAMISIL® DermGel nur bei Fußpilz zugelassen ist, der durch Dermatophyten, mit LAMISIL® Creme auch durch Hefepilze verursacht ist.

5 Das Berufungsgericht hat die Klage unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts hinsichtlich der Anträge 1 a cc, 1 b und 1c sowie hinsichtlich der Anträge 1 a aa und bb, soweit diese - neben der Bewerbung der Darrei-

chungsformen Creme, Spray und Gel - auch die Untersagung der Werbung für LAMISIL-Tabletten umfassen, abgewiesen und die Berufung der Beklagten im Übrigen zurückgewiesen.

6 Im Umfang der Abweisung verfolgt die Klägerin mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision ihr Klagebegehren weiter. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

7 I. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch der Klägerin hinsichtlich der Werbung für LAMISIL-Tabletten mit der Begründung verneint, die streitgegenständliche Werbeanzeige beziehe sich nur auf die Darreichungsformen Creme, Spray und Gel. Die mit dem Antrag 1 a cc beanstandete Werbeaussage enthalte keinen unzulässigen abwertenden Vergleich. Der mit den Anträgen 1 b geltend gemachte Unterlassungsanspruch der Klägerin hinsichtlich der Fernsehwerbung bestehe nicht, weil insoweit die Wiederholungsgefahr durch die von der Beklagten vorprozessual abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 19. August 2003 entfallen sei.

8 Hinsichtlich des mit dem Antrag 1 c geltend gemachten Unterlassungsanspruchs lägen die Voraussetzungen der § 3 UWG a.F., § 3a HWG a.F., §§ 3, 5 UWG, § 3 HWG nicht vor. Die Frage, ob die Beklagte ihr Arzneimittel ohne Einschränkungen im Hinblick auf den Erreger des Fußpilzes bewerben dürfe, hänge allein von der Reichweite der erteilten Zulassung ab. Für die Entscheidung komme es somit darauf an, ob die Fachkreise unter dem Begriff "Fußpilz (Tinea pedis)" eine nicht nur von Dermatophyten, sondern gegebenenfalls auch

von Hefepilzen oder von Schimmelpilzen verursachte Erkrankung verstünden, wie die Klägerin behaupte, oder ob damit entsprechend der Behauptung der Beklagten nur eine von Dermatophyten verursachte Fußpilzerkrankung bezeichnet werde. Die Auswertung der von den Parteien eingereichten Literatur, die das Berufungsgericht selbst vornehmen könne, ergebe, dass der Begriff "Tinea pedis" in Deutschland allein eine von Dermatophyten verursachte Pilzinfektion der Füße bezeichne.

9 II. Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist, und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

10 1. Das Berufungsurteil ist im Umfang der Anfechtung bereits deshalb aufzuheben, weil es, wie die Revision mit Recht beanstandet, unter Verstoß gegen § 309 ZPO nicht nur von den Richtern gefällt worden ist, die an der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung teilgenommen haben.

11 a) Nach der Vorschrift des § 309 ZPO, die auf den Verfahrensgrundsätzen der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit beruht, dürfen nur die Richter die Sachentscheidung treffen, die an der letzten dem Urteil vorangehenden, allein maßgeblichen mündlichen Verhandlung teilgenommen haben (vgl. BGHZ 61, 369, 370; BGH, Urt. v. 8.2.2001 - III ZR 45/00, NJW 2001, 1502, 1503; Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 309 Rdn. 1). Ein Verstoß gegen § 309 ZPO stellt einen absoluten Revisionsgrund i.S. von § 547 Nr. 1 ZPO sowie eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) dar (BVerfG, Kammerbeschl. v. 27.7.2004 - 1 BvR 801/04, NJW 2004, 3696; Zöller/Vollkommer aaO § 309 Rdn. 5; Musielak, ZPO, 6. Aufl., § 309 Rdn. 5; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 309 Rdn. 13).

12 b) Das angefochtene Urteil ist ausweislich des Rubrums von den Richtern Gärtner, Dr. Reimers-Zocher und Dr. Löffler nach der am 17. November 2005 geschlossenen mündlichen Verhandlung gefällt worden. An der mündlichen Verhandlung vom 17. November 2005 vor dem Berufungsgericht haben nach dem Sitzungsprotokoll vom 17. November 2005 die Richter Gärtner, Spannuth und Dr. Reimers-Zocher teilgenommen. Das Berufungsgericht war demnach bei der Urteilsfällung nicht vorschriftsmäßig besetzt, da an ihr der Richter Dr. Löffler mitgewirkt hat, obwohl er nicht an der dem Urteil zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung teilgenommen hat.

13 2. Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben, soweit zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist (§ 562 Abs. 1 ZPO). Im Umfang der Aufhebung ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch - unter Berücksichtigung von § 21 Abs. 1 Satz 1 GKG - über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO).

14 III. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

15 1. Hinsichtlich des mit dem Antrag 1 b begehrten Verbots der Fernsehwerbung hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, dass der Antrag schon deshalb unbegründet ist, weil er die Grenze des durch die konkrete Verletzungsform möglicherweise begründeten Unterlassungsanspruchs überschreitet.

16 a) Die Klägerin hat mit dem Antrag 1 b den gesprochenen Text der Fernsehwerbung der Beklagten als irreführend beanstandet, weil die darin enthaltene Aussage, LAMISIL müsse bei Fußpilz nur für die Dauer einer Woche einmal täglich angewandt werden, falsch sei. Die durchschnittliche Behandlungsdauer betrage nach der eigenen "Fachinformation" der Beklagten lediglich bei der

"Tinea pedis interdigitalis" (Fußpilz zwischen den Zehen) eine Woche; bei Fußpilzinfektionen an anderen Stellen des Fußes dauere die Behandlung dagegen zwischen zwei und vier Wochen. Der in dem TV-Werbespot unter dem großgeschriebenen Text "nur 1 Woche Behandlung" in Kleinschrift eingeblendete Hinweis "bei Fußpilz zwischen den Zehen" stehe der irreführenden Wirkung des gesprochenen Textes nicht entgegen, weil die eher beiläufige Einblendung nicht auffalle und außerdem derjenige Fernsehteilnehmer, der nur zuhöre, die Einschränkung nicht lesen könne.

17 b) Entgegen der Auffassung der Klägerin ist bei einer Fernsehwerbung ein schriftlich eingeblendeter aufklärender Hinweis nicht bereits deshalb grundsätzlich unbeachtlich, weil er von nur zuhörenden Fernsehteilnehmern nicht wahrgenommen wird. Bei der Beurteilung, ob eine Werbung irreführend ist, sind alle ihre Bestandteile einschließlich der Besonderheiten des für die Werbung verwendeten Kommunikationsmediums zu berücksichtigen (vgl. § 5 Abs. 2 Satz 1 UWG; Art. 7 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken). Fernsehwerbung besteht, wie dem durchschnittlichen Verbraucher bekannt ist, grundsätzlich aus Bild und Ton, so dass dem Verbraucher für seine geschäftliche Entscheidung wesentliche Informationen auch durch nur eingeblendete, nicht gesprochene Hinweise gegeben werden können. Da der Unterlassungsantrag der Klägerin auch Fernsehwerbung erfasst, bei der eine Irreführungsgefahr durch hinreichend erkennbare, nur eingeblendete Hinweise ausgeräumt ist, bezieht er auch rechtmäßige Verhaltensweisen ein und geht daher zu weit.

18 c) Die Frage, ob die beanstandete Fernsehwerbung der Beklagten jedenfalls deshalb als unlauter anzusehen ist, weil der eingeblendete Hinweis, dass die Behandlungsdauer von einer Woche sich nur auf Fußpilz zwischen den Zehen beziehe, nach der konkreten Gestaltung nicht hinreichend deutlich zu er-

kennen war, kann dahingestellt bleiben, weil - wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat - hinsichtlich der konkreten Verletzungsform durch die Unterlassungsverpflichtungserklärung der Beklagten mit Schreiben vom 19. August 2003 die Wiederholungsgefahr entfallen ist. Damit ist ein etwaiger Unterlassungsanspruch nicht nur hinsichtlich identischer, sondern auch hinsichtlich im Kern gleicher Verletzungshandlungen mangels Wiederholungsgefahr entfallen. Denn eine Unterlassungsverpflichtungserklärung ist im Allgemeinen dahin auszulegen, dass sie sich auch auf im Kern gleichartige Verletzungsformen beziehen soll (vgl. BGH, Urt. v. 17.7.1997 - I ZR 40/95, GRUR 1997, 931, 932 = WRP 1997, 1067 - Sekundenschnell). Hinsichtlich im Kern ungleicher Handlungen wird eine Wiederholungsgefahr durch die konkrete Verletzungshandlung dagegen schon nicht begründet. Die begangene Verletzungshandlung begründet grundsätzlich als solche auch keine Erstbegehungsgefahr hinsichtlich über den Kernbereich hinausgehender Handlungen. Anhaltspunkte, die erkennen lassen, dass die Beklagte künftig über den Kernbereich der konkreten Verletzungshandlung hinausgehende wettbewerbswidrige Handlungen vornehmen wird, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

19 2. Mit dem Antrag 1 c begehrt die Klägerin das Verbot der sowohl in der Printwerbung gegenüber den Fachkreisen als auch in der Fernsehwerbung gegenüber den Verbrauchern verwendeten Angabe einer Behandlungsdauer von einer Woche bei Fußpilz zwischen den Zehen. Die Klägerin sieht darin eine irreführende Werbung sowie eine Werbung außerhalb der Zulassung (vgl. § 3a HWG), weil der unzutreffende Eindruck erweckt werde, das Mittel der Beklagten sei auch zur Behandlung von Fußpilzerkrankungen, die durch Schimmelpilze verursacht würden, zugelassen und habe auch bei diesen die beworbene Wirkung. Die bislang getroffenen Feststellungen tragen eine Verurteilung in diesem Punkt nicht.

20 a) Das Berufungsgericht ist im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass insoweit zunächst die Reichweite der Zulassung des Arzneimittels der Beklagten in den noch streitgegenständlichen Darreichungsformen zu ermitteln ist. Maßgeblich für den Umfang der Zulassung ist der nach § 25 AMG erteilte Zulassungsbescheid der zuständigen Behörde. Die Fachinformation nach § 11a AMG, die im Entwurf dem Zulassungsantrag beizufügen ist (§ 22 Abs. 7 AMG) und Gegenstand von Auflagen sein kann (vgl. § 28 Abs. 2 Nr. 2a AMG), ist bei der Auslegung der Zulassung allenfalls ergänzend heranzuziehen. Dasselbe gilt, wenn die zuständige Behörde einer Änderung der Fachinformation zugestimmt hat (vgl. § 29 Abs. 2a Nr. 1 AMG). Soweit das Berufungsgericht demgegenüber die Fachinformation als für die Auslegung der Zulassung maßgeblich bezeichnet hat, ist dies allerdings unschädlich, wenn die Benennung der Anwendungsgebiete in der Fachinformation mit den Angaben im Zulassungsbescheid übereinstimmt. Wie sich aus dem Verlängerungsbescheid des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte vom 10. September 2003, Seite 2 ergibt, ist dies hinsichtlich der Darreichungsform LAMISIL-Creme der Fall. Danach lauten die Anwendungsgebiete dieses Mittels wie folgt:

> Pilzinfektionen der Haut, wie z.B.
> - Fußpilz (Athletenfuß, Sportlerfuß = Tinea pedis),
> - Hautpilzerkrankungen an den Oberschenkeln und am Körper (Tinea corporis),
> - Hautpilzerkrankungen an den Unterschenkeln (Tinea cruris),
> - Hautcandidose,
> - Kleienpilzflechte (Pityriasis versicolor), die durch Dermatophyten, Hefen oder andere Pilze (Pityrosporum orbiculare) verursacht werden.

21 b) Die Angabe des Anwendungsgebiets "Fußpilz" in der Zulassung für die Darreichungsform Creme hat das Berufungsgericht dahin ausgelegt, dass damit nur Fußpilzerkrankungen bezeichnet seien, die durch Dermatophyten verursacht würden. Ebenso sei der Begriff "Fußpilz (Tinea pedis)" in den Zulassungen für die anderen Darreichungsformen in dem beschränkten Sinne einer

allein von Dermatophyten verursachten Pilzinfektion der Füße gemeint. Gegen diese Auslegung der Zulassungsbescheide wenden sich die Parteien nicht. Auch die Klägerin geht bei ihrem Vorbringen davon aus, dass die Zulassung der Mittel der Beklagten in diesem Sinne beschränkt ist.

22 c) Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen einer irreführenden Werbung sowie einer Werbung außerhalb der zugelassenen Indikation im Ergebnis verneint. Es ist dabei, ohne dies jedoch ausdrücklich auszusprechen, ersichtlich davon ausgegangen, dass der Begriff "Fußpilz" - wie in den Zulassungen - auch in der beanstandeten Werbung der Beklagten im Sinn einer auf Dermatophyten als Erreger beschränkten Pilzerkrankung verwendet worden ist. Hinsichtlich der Printwerbung der Beklagten, die an Fachkreise gerichtet war, folgt dies aus der Feststellung des Berufungsgerichts, der Begriff bezeichne für die Fachkreise in Deutschland eine allein von Dermatophyten verursachte Pilzinfektion der Füße. Hinsichtlich der nicht auf Fachkreise beschränkten Fernsehwerbung ist das Berufungsgericht offensichtlich von derselben Bedeutung ausgegangen, ohne allerdings Feststellungen zum Verkehrsverständnis der (ebenfalls) angesprochenen Verbraucher getroffen zu haben.

23 d) Entgegen der Ansicht der Revision ist zur Ermittlung, in welchem Sinne die Fachkreise in Deutschland die Verwendung des Begriffs "Fußpilz" verstehen, nicht schon deshalb ein Sachverständigengutachten einzuholen, weil es sich um einen komplexen medizinischen Sachverhalt handelt und das Berufungsgericht seine pharmazeutisch-medizinische Sachkunde insoweit nicht hinreichend dargelegt hat. Die Revision setzt dabei ersichtlich voraus, die Mitglieder des Berufungsgerichts müssten über eine hinreichende Sachkunde für die Beurteilung verfügen, ob sich aus den vorgelegten Unterlagen ergebe, in welchem Umfange Dermatophyten als Ursache für Fußpilz nachgewiesen seien. Um die Feststellung, ob Dermatophyten allein für Fußpilz verantwortlich sind,

geht es in dem hier maßgeblichen Zusammenhang jedoch nicht. Das Berufungsgericht hat eine dahingehende Feststellung auch nicht getroffen. Es hat vielmehr anhand der vorgelegten Unterlagen lediglich das übliche Verständnis des Begriffes "Fußpilz (Tinea pedis)" durch die Fachkreise ermittelt. Die Feststellung, in welchem Sinne Begriffe von den Fachkreisen verstanden und verwendet werden, erfordert nicht grundsätzlich die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Diese Feststellung kann vielmehr auch im Wege der Auswertung von Fachliteratur getroffen werden, wenn ihr entnommen werden kann, in welchem Sinne der betreffende Begriff von den jeweiligen Fachautoren verwendet wird. Dazu bedarf es nicht notwendigerweise einer besonderen medizinisch-pharmazeutischen Sachkunde. Denn es muss nur das Verständnis des betreffenden Begriffs ermittelt werden, im Streitfall des Begriffs "Fußpilz". Dagegen muss insbesondere nicht sachkundig beurteilt werden können, ob die in den vorgelegten Unterlagen getroffenen Aussagen über die klinische Relevanz der verschiedenen als Erreger des Fußpilzes in Betracht kommenden Pilze zutreffen oder nicht.

24 Bei der Auswertung der Fachliteratur ist allerdings zu beachten, dass es sowohl hinsichtlich der Auslegung der Zulassungsbescheide als auch bei der Feststellung, wie der Begriff "Fußpilz" in der beanstandeten Werbung der Beklagten verstanden wird, um die Bezeichnung der Indikation eines Arzneimittels geht. Hier erwarten Fachkreise, dass die betreffenden Begriffe mit einer gewissen Genauigkeit verwendet werden und nicht etwa auf einen auch in der fachlichen Diskussion üblich gewordenen ungenauen Sprachgebrauch zurückgegriffen wird. Das Berufungsgericht wird daher zu prüfen haben, ob seine maßgeblich mit den "Leitlinien der Deutschen Dermatologischen Gesellschaft und der Deutschsprachigen Mykologischen Gesellschaft" begründete Auffassung, der Begriff "Fußpilz" stehe stets für eine durch Dermatophyten, den zahlenmäßig wichtigsten Erregern der verschiedenen Formen der Tinea pedis, verursachte

Pilzinfektion, auch im Hinblick darauf, dass die Fachkreise bei der Angabe der Indikation eines Arzneimittels eine präzise Wortwahl erwarten, hinreichend auf die bislang getroffenen Feststellungen zum tatsächlichen Sprachgebrauch der Fachkreise gestützt werden kann.

25 Hinsichtlich des beantragten Verbots der nicht auf Fachkreise beschränkten Fernsehwerbung hat das Berufungsgericht bisher keine Feststellungen zum Verkehrsverständnis der angesprochenen Verbraucher getroffen. Diese werden nachzuholen sein.

26 3. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die mit dem Antrag 1 a cc beanstandete Werbeaussage, dass bei dem Mittel der Beklagten eine höhere Compliance (Therapietreue) zu erwarten sei, enthalte keinen unzulässigen Vergleich (§§ 3, 6 UWG), ist auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung der Revision ist der Vergleich nicht bereits deshalb unzulässig, weil verschiedene Wirkstoffe und Arzneimittel mit unterschiedlichen Anwendungsgebieten verglichen werden. Ein Werbevergleich ist zwar nach §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG unlauter, wenn er sich nicht auf Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung bezieht. Daraus folgt jedoch nicht, dass die betreffenden Waren oder Dienstleistungen in jeder Beziehung "funktionsidentisch" sein müssen. Sie müssen vielmehr nur einen für den Verbraucher hinreichenden Grad an Austauschbarkeit aufweisen (vgl. EuGH, Urt. v. 19.9.2006 - C 356/04, Slg. 2006, I-8501 = GRUR 2007, 69 Tz. 26 = WRP 2006, 1348 - LIDL Belgium/Colruyt; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 6 Rdn. 48). Hinsichtlich der nach der Auslegung des Berufungsgerichts allein beworbenen Fußpilzerkrankung zwischen den Zehen, verursacht durch Dermatophyten, besteht aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise ein solcher hinreichender Grad an Austauschbarkeit auch dann, wenn die

mit dem Mittel der Beklagten hinsichtlich der Therapietreue (Compliance) verglichenen Mittel der Mitbewerber nicht nur für diese beschränkte Indikation bestimmt und geeignet, sondern darüber hinaus für alle, insbesondere auch für durch andere Erreger verursachte Fußpilzerkrankungen zugelassen sind.

Bornkamm Schaffert Bergmann

Kirchhoff Koch

Vorinstanzen:
LG Hamburg, Entscheidung vom 09.12.2004 - 315 O 64/04 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 23.02.2006 - 3 U 14/05 -