

Einstweilige Verfügung: Zu langes Zuwarten dringlichkeitsschädlich

Eigener Leitsatz:

Weist ein Werbemittel mehrere Wettbewerbsverstöße auf, so ist ein mehrwöchiges Zuwarten im einstweiligen Verfügungsverfahren auf Fertigstellung eines Gutachtens bezüglich des ersten Verstoßes für den zweiten Verstoß dringlichkeitsschädlich, wenn für diesen kein weiterer Ermittlungsbedarf mehr besteht. Vielmehr muss dann in getrennten Verfahren gegen beide Verstöße nacheinander vorgegangen werden. Ansonsten setzt sich der Antragssteller dem Risiko aus, dass es ihm nicht dringend mit der Angelegenheit sei und der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz abzulehnen ist.

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Urteil vom 05.03.2009

Az.: 3 U 159/08

Tenor:

Die Berufung der Antragstellerin gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 28. Juli 2008, Az. 407 O 121/08, wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung fallen der Antragstellerin zur Last.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin nimmt die Antragsgegnerin aus Heilmittelwerberecht auf Unterlassung in Anspruch.

Beide Parteien vertreiben Impfstoffe, welche u.a. Schutz vor

Infektionen mit bestimmten Humanen Papillomviren (HPV) bewirken, und damit Gebärmutterhalskrebs verhindern sollen. Die Antragstellerin vertreibt seit dem Herbst 2006 den Impfstoff Gardasil®, welcher vor Infektionen mit den HPV-Typen 6, 11, 16 und 18 schützt (Anlage EV 1). Die Antragsgegnerin vertreibt seit dem Herbst 2007 den Impfstoff Cervarix®, welcher vor den HPV-Typen 16 und 18 schützen soll (Anlage EV 2). Weitere Impfstoffe werden am Markt nicht angeboten.

Die Antragstellerin moniert zwei Aussagen, die auf den Seiten 5 und 9 (=Anlagen 1 und 2 zum Verfügungsantrag vom 30. Juni 2008) eines von der Antragsgegnerin für den Impfstoff Cervarix® verwendeten Werbefolders (Anlagen EV 3, Sch 1 und BF AG 6) enthalten sind. Dieser Werbefolder lag der Antragstellerin spätestens am 30. April 2008 vor.

Auf Seite 5 des Werbefolders heißt es unter Beifügung zweier Grafiken u. a. „Cervarix mit dem Adjuvans-System 04 zeigt höhere Antikörperkonzentrationen als derselbe Impfstoff, der nur Aluminiumhydroxid enthält“. Auf Seite 9 ist unter der Überschrift „Transsudation der Antikörper“ eine Grafik abgebildet, unter welcher sich der Satz befindet „Antikörper im Zervikovaginalsekret verhindern die lokale Infektion der Zellen mit HPV 10, 11, 12“. Hinsichtlich der weiteren Gestaltung der genannten sowie der übrigen Seiten wird auf das als Anlage Bf AG 6 zur Akte gereichte Original des Werbefolders Bezug genommen.

Unter dem 23. Juni 2008 ließ die Antragstellerin die Antragsgegnerin diesbezüglich abmahnen (Anlage EV 7). Die Antragsgegnerin ließ jedoch mit Antwortschreiben vom 26. Juni 2008 mitteilen, dass sie nicht bereit sei, die verlangte Unterlassungsverpflichtungserklärung abzugeben (Anlage EV 8). Nachfolgend reichte die Antragsgegnerin am 26. Juni 2008 eine entsprechende Schutzschrift beim Landgericht Hamburg, Az. 312 AR 217/08, ein.

Die Antragstellerin machte am 30. Juni 2008 den vorliegenden

Verfügungsantrag beim Landgericht Hamburg rechtshängig.

Die Parteien streiten darüber, ob die vorgenannten Aussagen irreführend sind, und ob hinsichtlich des am 30. Juni 2008 bei Gericht eingegangenen Verfügungsantrags Dringlichkeit gegeben ist.

Die Antragstellerin hat die Ansicht vertreten, dass die angesprochenen Verkehrskreise den auf der Seite 5 des Werbefolders angestellten Vergleich dahingehend verstehen, dass es sich bei dem dort genannten HPV-Impfstoffen mit Aluminiumhydroxid um den Impfstoff Gardasil® handele, mithin die Präparate der Parteien verglichen würden. Das ergebe sich auch aus der als Anlagen EV 4 und EV 4a vorgelegten Meinungsumfrage.

Hinsichtlich der Angabe „Antikörper im Zervikovaginalsekret verhindern die lokale Infektion der Zellen mit HPV 10, 11, 12“ auf Seite 9 des Folders fehle es an jeglichem wissenschaftlichen Beleg. Insbesondere ergebe sich der wissenschaftliche Beleg nicht aus den in den Fußnoten 10, 11 und 12 genannten Veröffentlichungen (Anlagen EV 5a bis EV 5c). Eine entsprechende Angabe in einer Pressemitteilung der Antragsgegnerin vom 4. März 2008 sei daher bereits mit Beschlussverfügung des Landgerichts Hamburg vom 9. April 2008, Az. 416 0 73/08, verboten worden (Anlage EV 6).

Die Dringlichkeit sei für den gesamten Verfügungsantrag gegeben, da sie vor Einreichung des Antrages im Hinblick auf den Unterlassungsantrag zu I. 1 noch eine Meinungsumfrage habe einholen müssen. Anderenfalls habe sie befürchten müssen, dass ihr ein „scheibchenweises“ Vorgehen, d.h. eine rechtsmissbräuchliche Salami-Taktik vorgeworfen werden würde.

Die Antragstellerin hat beantragt,

der Antragsgegnerin bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und

für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000,-, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre, Ordnungshaft zu vollziehen an den Geschäftsführern der GlaxoSmithKline Verwaltungs GmbH zu verbieten,

in der Werbung für den Impfstoff Cervarix,

1. einen Vergleich der Höhe von Antikörperkonzentrationen bei einem HPV-Impfstoff mit Adjuvans-System und einem HPV-Impfstoff, der nicht das Adjuvans-System 04, sondern nur Aluminiumhydroxid enthält, anzustellen, wenn nicht in dem Vergleich ausdrücklich ausgeführt wird, dass es sich bei dem HPV-Impfstoff, der nicht das Adjuvans-System 04 enthält, nicht um den Impfstoff Gardasil handelt, sondern lediglich um einen HPV-Impfstoff der Antragsgegnerin, der anstelle des Adjuvans-Systems 04 nur Aluminiumhydroxid enthält, wie in der Anlage 1 zu diesem Verfügungsantrag;

2. zu behaupten, „Antikörper im Zervikovaginalsekret verhindern die lokale Infektion mit HPV 10, 11, 12“, wie in der Anlage 2 zu diesem Verfügungsantrag.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Antragstellerin hat ausgeführt, dass die angegriffenen Werbeangaben nicht irreführend seien. Auf der Seite 5 des Werbefolders werde lediglich ein Eigenvergleich durchgeführt. Verglichen werde der Impfstoff Cervarix® mit dem Adjuvans AS04 und der Impfstoff Cervarix® mit dem Adjuvans Aluminiumhydroxid. Es werde bei dem Vergleich auch ausdrücklich „derselbe“ Impfstoff in Bezug genommen. Die Methodik der von der Antragstellerin vorgelegten Meinungsumfrage sei unzureichend.

Sie hat weiter die Ansicht vertreten, dass es bereits an der Dringlichkeit für beide Unterlassungsanträge fehle. Im Hinblick auf den Unterlassungsantrag zu I. 1 hat sie ausgeführt, dass die Antragstellerin einen kerngleichen Adjuvans-Vergleich (Anlage Sch 9) in einem anderen, bereits im Herbst 2007 vor dem Landgericht Hamburg, Az. 312 0 755/07, angegriffenen Werbefolder (Anlage Sch 8) nicht beanstandet habe. Daher fehle es auch an der Dringlichkeit hinsichtlich der Unterlassung des jetzigen Vergleiches.

Bezüglich des Unterlassungsantrages zu I. 2 sei im Hinblick auf ein von der Antragstellerin Anfang Mai 2008 vor dem Landgericht München (17 HK 0 7814/08) angestrebtes Verfügungsverfahren (Anlage Sch 7) ebenfalls die Dringlichkeit entfallen. Da die Antragstellerin zunächst nur gegen die Angabe „Längste HPV-Studie zur Wirksamkeit“ vorgegangen sei, stelle ihr jetziges Vorgehen eine rechtsmissbräuchliche Salami-Taktik dar. Die Antragsgegnerin habe mittlerweile eine überarbeitete Fassung ihres Werbefolders drucken lassen. Darin sei nur die bereits in der Abmahnung vom 29. April 2008 monierte Angabe „Längste HPV-Studie zur Wirksamkeit“ geändert worden. Wenn die Antragstellerin nun rund zwei Monate später weitere Angaben in dem ursprünglichen Werbefolder rüge, sei dies zum einen rechtsmissbräuchlich, zum anderen verspätet.

Das Landgericht Hamburg hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit Urteil vom 28. Juli 2008, Az. 407 0 121/08, vollen Umfangs zurückgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass es hinsichtlich beider Unterlassungsanträge bereits an der Dringlichkeit fehle.

Gegen dieses Urteil hat die Antragstellerin frist- und formgerecht Berufung eingelegt. Zur Begründung ihrer Berufung wiederholt und vertieft die Antragstellerin ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Sie ergänzt ihren Vortrag im Hinblick auf das Fortbestehen der Dringlichkeit für beide Unterlassungsanträge (Anlagen EV 23

und EV 24).

Darüber hinaus macht sie nähere Angaben zur Methodik der eingeholten Verkehrsbefragung (Anlagen EV 18 sowie EV 20 bis 22).

Die Antragstellerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 28. Juli 2008, Az. 407 0 121/08, abzuändern und der Antragsgegnerin bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000,-, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre, Ordnungshaft zu vollziehen an den Geschäftsführern der GlaxoSmithKline Verwaltungs GmbH), im Wege der einstweiligen Verfügung zu verbieten,

in der Werbung für den Impfstoff Cervarix,

1. einen Vergleich der Höhe von Antikörperkonzentrationen bei einem HPV-Impfstoff mit Adjuvans-System und einem HPV-Impfstoff, der nicht das Adjuvans-System 04, sondern nur Aluminiumhydroxid enthält, anzustellen, wenn nicht in dem Vergleich ausdrücklich ausgeführt wird, dass es sich bei dem HPV-Impfstoff, der nicht das Adjuvans-System 04 enthält, nicht um den Impfstoff Gardasil handelt, sondern lediglich um einen HPV-Impfstoff der Antragsgegnerin, der anstelle des Adjuvans-Systems 04 nur Aluminiumhydroxid enthält, wie in der Anlage 1 zu diesem Verfügungsantrag;

hilfsweise,

wie in der Anlage 1 zu diesem Verfügungsantrag zu werben mit zwei Grafiken, die jeweils zwei verschiedene Kurven zur Höhe der Antikörper nach der Impfung mit je zwei verschiedenen Präparaten (HPV 16 + AS04 / HPV 16 + Aluminiumhydroxid bzw. HPV 18 + AS04 / HPV 18 + Aluminiumhydroxid) zeigen, und der

Angabe Cervarix mit dem Adjuvans-System 04 zeige höhere Antikörperkonzentrationen als derselbe Impfstoff, der nur Aluminiumhydroxid enthält

und/oder

2. zu behaupten, „Antikörper im Zervikovaginalsekret verhindern die lokale Infektion mit HPV 10, 11, 12“, wie in der Anlage 2 zu diesem Verfügungsantrag.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

Sie rügt weiterhin, dass die Antragstellerin im Wege der verbotenen Salami-Taktik vorgegangen sei. Gegen den aufgrund der Abmahnung vom 29. April 2008 (Anlage Sch 6) geänderten Werbefolder (Anlage Bf AG 1) sei die Antragstellerin im September 2008 erneut im Wege des Verfügungsantrags vorgegangen (Anlagen Bf AG 2, Bf AG 4 und Bf AG 5) .

Die Angaben auf Seite 5 des streitgegenständlichen Folders seien inhaltlich zutreffend (Anlage Bf AG 3).

Sie rügt das von der Antragstellerin erst in der Berufungsverhandlung vom 19. Februar 2009 vorgelegte Anlagenkonvolut EV 24 und den diesbezüglichen Vortrag als verspätet.

Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen wird auf das erstinstanzliche Urteil, auf die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der Berufungsverhandlung vom 19. Februar 2009 Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Antragstellerin ist zulässig, aber

unbegründet.

1. Der Unterlassungsantrag zu 1. ist zulässig, aber unbegründet.

a) Der diesbezügliche Verfügungsgrund liegt vor.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts sind die werbliche Darstellung vom September 2007 (Anlage Sch 9) und die jetzt streitigen Angaben (Anlage EV 3) zwar ähnlich, sie sind jedoch nicht kerngleich. Im Vordergrund der Seite des „Alt-Folders“ stand das Adjuvans AS 04 (Anlage Sch 9), im Vordergrund der jetzt streitigen Angabe steht der im Wege einer Grafik dargestellte zahlenmäßige Vergleich der verschiedenen Antikörperkonzentrationen (Anlage EV 3). Das werbliche Umfeld in dem der Satz „Cervarix® mit dem Adjuvans-System 04 zeigt höhere Antikörperkonzentrationen als derselbe Impfstoff, der nur Aluminiumhydroxid enthält“ bzw. der Satz „Cervarix® adjuvantiert mit AS04- zeigt höhere Antikörperkonzentrationen als derselbe Impfstoff, der nur Aluminiumhydroxid beinhaltet“ stehen, unterscheidet sich sowohl hinsichtlich der weiteren werblichen Angaben, als auch hinsichtlich der weiteren Gestaltung, insbesondere der neu hinzugekommenen Grafik. Eine Kerngleichheit scheidet damit vorliegend aus.

b) Hinsichtlich dieses Unterlassungsanspruchs fehlt jedoch der Verfügungsanspruch.

aa) Der gestellte Hauptantrag zu I. 1 ist unbegründet.

Die Antragstellerin hat nicht hinreichend darlegen und glaubhaft machen können, dass die angesprochenen Verkehrskreise, nämlich Gynäkologen, Internisten, Allgemeinmediziner sowie Kinder- und Jugendärzte, die streitgegenständlichen Angaben, in dem Sinne verstehen, dass die Antragsgegnerin nicht nur einen Eigenvergleich zweier Varianten ihres Arzneimittels Cervarix®, sondern einen Vergleich zwischen den Arzneimitteln Cervarix® und Gardasil® vornimmt.

Der Wortlaut der Äußerung „Cervarix® mit dem Adjuvanz-System 04 zeigt höhere Antikörperkonzentrationen als derselbe Impfstoff, der nur Aluminiumhydroxid enthält“ enthält keinen ausdrücklichen Hinweis auf das Präparat Gardasil® der Antragstellerin. Der Satzbestandteil „derselbe Impfstoff“ verweist vielmehr ausdrücklich auf den zuvor genannten Impfstoff, also Cervarix®. Auch in den weiteren Angaben der Folderseite findet sich kein ausdrücklicher Hinweis auf das Präparat Gardasil® der Antragstellerin.

Fraglich ist, ob -wie die Antragstellerin meint- das Vorverständnis des angesprochenen Verkehrs in Verbindung mit der weiteren werblichen Gestaltung der Anlage 1 zum Verfügungsantrag (= Seite 5 der Anlage EV 3) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu dem von der Antragstellerin vorgetragenen Fehlverständnis führen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass den angesprochenen Verkehrskreisen bekannt war, dass am Markt nur zwei Impfstoffe, nämlich die beiden Arzneimittel der Parteien präsent waren. Dieser Umstand könnte im Zusammenhang mit der grafischen Gegenüberstellung der Antikörperkonzentrationen zweier Impfstoffe nahe legen, dass die beiden am Markt befindlichen Impfstoffe verglichen werden sollen.

Es ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass der Impfstoff der Antragstellerin Gardasil® nicht Aluminiumhydroxid, sondern Aluminiumhydroxyphosphatsulfat (Anlage EV 1) enthält. Auf der vorangegangenen Folderseite (Seite 4 der Anlage EV 3) war zudem die Zusammensetzung des Impfstoffs der Antragsgegnerin, Cervarix®, im Einzelnen dargestellt worden. Danach setzt sich der Impfstoff Cervarix® zum einen aus leeren Virushüllen der VLP 16 und 18 und zum anderen aus dem Adjuvans-System 04, welches aus Aluminiumhydroxid und MPL (= Monophosphoryllipid A) besteht, zusammen. Der Hinweis auf einen Impfstoff, der Aluminiumhydroxid enthält, weist damit in erster Linie auf einen Impfstoff der Antragsgegnerin, nicht jedoch auf den Impfstoff der Antragstellerin hin.

Das vorgelegte Privatgutachten (Anlagen EV 4 und EV 4a) ist nicht geeignet, die notwendige Glaubhaftmachung zu erbringen. Zum einen sind nur Gynäkologen, nicht jedoch Internisten, Allgemeinmediziner sowie Kinder- und Jugendärzte befragt worden.

Zum anderen ist schon nicht erkennbar, dass die Daten in einer Art und Weise erhoben worden wären, die den Bedingungen entspricht, unter denen die angesprochenen Fachkreise mehrseitige Werbefolder der hier streitgegenständlichen Art normalerweise zur Kenntnis nehmen. Vielmehr steht nach Vorlage der eidesstattlichen Versicherungen von Prof. Dr. Sch. vom 21. Juli 2008 sowie vom 19. Dezember 2008 (Anlagen EV 18 und EV 21) nunmehr fest, dass den Befragten lediglich die Seite 5 des Werbefolders gezeigt worden ist. Dies ist umso gravierender, als die monierte Seite 5 des Folders zusammen mit der Seite 4 des Folders in Form einer Doppelseite gestaltet ist, die zudem inhaltlich zusammenhängen. Bei der Beurteilung der Frage, ob bestimmte Angaben irreführend sind, muss jedoch auch das jeweilige werbliche Umfeld, also sowohl der „2. Teil“ der Doppelseite, als auch der weitere Inhalt des Gesamtfolders berücksichtigt werden. Dies ist nicht geschehen. Zudem hat die Antragsgegnerin zutreffend darauf hingewiesen, dass die Frage 1 „Welche Präparate werden Ihrer Meinung nach auf dieser gezeigten Folderseite miteinander verglichen?“ den Befragten die Nennung der beiden am Markt befindlichen Arzneimittel, nämlich Cervarix® und Gardasil® nahe legt.

Angesichts der vorgenannten methodischen Zweifel vermag der Senat nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die angesprochenen Fachkreise die werblichen Angaben in dem von der Antragstellerin vorgetragenen Sinne, nämlich im Sinne eines Fremdvergleichs, missverstehen.

Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist mithin unbegründet. Eine Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise ist nicht hinreichend glaubhaft gemacht worden.

bb) Der gestellte Hilfsantrag zu I. 1 ist ebenfalls unbegründet.

Auch insoweit hat die Antragstellerin die von ihr behauptete Irreführung nicht glaubhaft machen können. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.

Darüber hinaus ist der Hilfsantrag zu I. 1 erstmals in der Berufungsinstanz und damit in dringlichkeitsschädlicher Zeit gestellt worden. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin handelt es sich bei dem Hilfsantrag auch nicht um eine bloße Verdeutlichung dessen, was bereits erstinstanzlich mit dem Hauptantrag zu I. 1 geltend gemacht worden ist. Es handelt sich vielmehr um einen echten Hilfsantrag.

2. Im Hinblick auf den Unterlassungsantrag zu 2. fehlt es bereits am Verfügungsgrund, so dass es einer Entscheidung über den Verfügungsanspruch nicht mehr bedarf.

Anders als noch im Hinweisbeschluss vom 5. Dezember 2008 ausgeführt geht der Senat jedoch nicht mehr davon aus, dass die Antragstellerin den Unterlassungsantrag zu I. 2 bereits im Rahmen des am 8. Mai 2008 beim Landgericht München anhängig gemachten Verfahrens, Az. 17 HK0 7814/08, hätte geltend machen können oder müssen. Die Antragstellerin hat auf den Hinweis des Senats ergänzenden Sachvortrag gehalten, aus welchem sich ergibt, dass die im hiesigen Verfahren streitgegenständlichen Angaben zum Zeitpunkt der Einreichung des dortigen Verfügungsantrags weder rechtlich geprüft, noch abgemahnt worden waren.

a) Die Vermutung der Dringlichkeit gemäß § 12 Abs. 2 UWG ist widerlegt, wenn der Verletzte das als rechtswidrig beanstandete Verhalten in Kenntnis der maßgeblichen Umstände längere Zeit hingenommen hat, so dass aus seinem Abwarten geschlossen werden kann, ihm sei die Angelegenheit nicht eilig. Maßgebend sind dabei die Umstände des Einzelfalls (OLG

Hamburg WRP 1996, 774 ff. -Warengutschein; OLG Hamburg GRUR-RR 2008, 366, 367- Simplify your Production; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Auflage, 2007, Kap. 54 Rnrn. 17, 24 m.w.N.).

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Partei das Verfahren mit dem nötigen Nachdruck verfolgt, und damit ihr Interesse an einer dringlichen Rechtsdurchsetzung in einem Eilverfahren dokumentiert hat, ist eine Gesamtbetrachtung ihres prozessualen und ihres vorprozessualen Verhaltens geboten. Dabei genügt für den Verlust der Dringlichkeit ein zu langes Zuwarten in Kenntnis der Tatsachen, die den Wettbewerbsverstoß begründen (Hefermehl/Köhler/ Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, 26. Auflage, 2008, § 12 Rn. 3.15), wobei sich die Kenntnis vom Wettbewerbsverstoß auch indiziell aus den Umständen schließen lässt (Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Auflage, 2007, Kap. 54 Rn. 29 m.w.N.).

Abzustellen ist auf den Zeitraum, den die Antragstellerin bis zur gerichtlichen Geltendmachung ab Kenntnis des beanstandeten Verhaltens, der Person des potentiellen Verletzers und ab dem Zeitpunkt, zu dem sie aus objektiver Sicht mit Aussicht auf Erfolg hätte vorgehen können, hat verstreichen lassen (vgl. Harte/Henning/Retzer, UWG, 2004, § 12 Rz. 305).

b) Dieser Zeitraum beginnt hier am 15. Mai 2008, denn zu diesem Zeitpunkt lagen der Antragstellervertreterin die für die Geltendmachung des Unterlassungsantrag zu I. 2 erforderlichen Informationen vollen Umfangs vor:

Der streitgegenständliche Werbefolder lag der Antragstellerin bereits am 30. April 2008 vor (vgl. E-Mail der Antragstellervertreterin vom 30. April 2008, 16.00 Uhr/Anlage EV 24). Den hiesigen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hat die Antragstellerin jedoch erst zwei Monate später, nämlich am 30. Juni 2008, beim Landgericht eingereicht. Die Antragstellerin hat keine Umstände

vorgetragen, die diese im Hinblick auf den Unterlassungsantrag zu I. 2 nicht hinreichend zügige Vorgehensweise rechtfertigen könnte.

Nachdem die Antragstellerin spätestens am 30. April 2008 Kenntnis von dem streitgegenständlichen Werbefolder der Antragsgegnerin erlangt hatte, hat sich die Antragstellervertreterin rund eine Woche später, am 8. Mai 2008, per E-Mail an den Marketingleiter der Antragstellerin, Herrn E. , gewandt und ausgeführt, dass sechs verschiedene Angaben in dem Folder erörterungsbedürftig seien, u.a. der auf der Seite 5 des Folders verwendete Vergleich (hiesiger Unterlassungsantrag zu I. 1), und die Angaben zur Transsudation der Antikörper (hiesiger Unterlassungsantrag zu I. 2/Seite 9 des Folders). Sie schlug vor, die aufgeführten Punkte telefonisch zu besprechen (vgl. E-Mail der Antragstellervertreterin vom 8. Mai 2008, 11.48 Uhr/Anlage EV 24). Diese telefonische Besprechung hat nach dem weiteren Vortrag der Antragstellerin am 9. Mai 2008 stattgefunden.

Unter dem 13. Mai 2008 fragte schließlich ein Mitarbeiter der Antragstellerin, Herr B. , per E-Mail bei der Antragstellervertreterin nach, welche Literaturstellen in dem Cervarix®-Folder überprüft werden sollten (vgl. E-Mail vom 13. Mai 2008, 11.13 Uhr/Anlage EV 24). Daraufhin teilte die Antragstellervertreterin mit E-Mail vom 14. Mai 2008 mit, dass hinsichtlich der auf Seite 9 des Folders unter der Überschrift „Transsudation der Antikörper“ verwendete Angabe „Antikörper im Zervikovaginalsekret verhindern die lokale Infektion der Zellen mit HPV 10, 11, 12“ die angegebenen Literaturstellen geprüft werden sollte (vgl. E-Mail der Antragstellervertreterin vom 14. Mai 2008, 11.14 Uhr/Anlage EV 24).

Die Antragstellerin hat keinen Vortrag dazu gehalten, wann der Antragstellervertreterin das Ergebnis der Überprüfung der auf Seite 9 genannten Literaturstellen „10, 11, 12“ mitgeteilt worden ist, so dass davon auszugehen ist, dass die

erforderlichen Informationen umgehend, also spätestens am 15. Mai 2008 erteilt worden sind.

Für diese Einschätzung spricht, dass der überwiegende Teil der dort genannten Literatur bereits im Hinblick auf die vorangegangene Auseinandersetzung vor dem Landgericht Hamburg (Az. 416 0 73/08/Anlage EV 6) zusammengetragen worden war. Die Fußnote 11 verweist auf Schwarz TF, Poncelet S. et al. Induction of cervical mucosal HPV IGG in woman 15-55 years old following systemic vaccination with GSK cervical cancer candidate vaccine ESPID, 2007, Abstract (Anlage EV 5b). Diese Veröffentlichung war bereits Gegenstand des vorangegangenen Verfahrens vor dem Landgericht Hamburg, Az. 416 0 73/08. In der dort streitgegenständlichen Presseerklärung vom 4. März 2008 war diese Veröffentlichung in der Fußnote 11 zum Themenkomplex „Hohe Antikörperkonzentrationen im Zervixsekret“ genannt worden (Anlage Bf AG 7). Die Fußnote 12 verweist auf das Epidemiologische Bulletin der STIKO 2007; 12: 97 – 106 und 30: 268 – 272 (Anlage EV 5c). Diese Veröffentlichung war von der Antragstellerin bereits im Rahmen des Verfügungsantrages vom 2. April 2008, Az. 416 0 73/08 als Anlage EV 7 vorgelegt worden (Anlage Bf AG 7). Die Fußnote 10 verweist auf Schwarz TF, Dubin G, Human Papillomavirus (HPV 16/18) L1 AS04 virus-like particle (VLP) cervical cancer vaccine is immunogenic and well tolerated 18 months after vaccination in woman up to age 55 years, ASCO 2007 HPV 014 Abstract (Anlage EV 5a). Dass die Überprüfung dieser Fundstelle zeitaufwändig gewesen wäre, ist nicht vorgetragen worden.

Mithin ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Antragstellervertreterin spätestens am 15. Mai 2008 sämtliche Informationen vorlagen, die für eine Geltendmachung des Unterlassungsantrags zu I. 2 erforderlich waren. Sie hat jedoch erst rund 5 1/2 Wochen später, nämlich am 23. Juni 2008, eine entsprechende Abmahnung ausgesprochen (Anlage EV 8) und am 30. Juni 2008 den hier streitgegenständlichen Verfügungsantrag gestellt.

Dieses lange Zuwarten belegt, dass der Antragstellerin die Geltendmachung des Unterlassungsantrags zu I. 2 nicht mehr eilig war.

c) Die Antragstellerin kann dem auch nicht entgegen halten, sie habe noch auf den Eingang des hinsichtlich des Unterlassungsantrags zu I. 1 erforderliche Umfragegutachten warten dürfen, da sie sich anderenfalls dem Vorwurf der Salami-Taktik ausgesetzt gesehen hätte.

Ein Antragsteller im wettbewerbsrechtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren setzt sich nicht deshalb dem Vorwurf der verbotenen Salami.-Taktik, d.h. des Rechtsmissbrauchs aus, weil er in getrennten Verfahren gegen zwei (irreführende) Aussagen desselben Werbemittels vorgeht. Er darf gegen diese Angaben auch nacheinander vorgehen, wenn dafür ein nachvollziehbarer Grund besteht. Ein solcher Grund liegt vor, wenn das erste Vorgehen, anders als das zweite Vorgehen, keiner weiteren tatsächlichen Ermittlungen bedarf (OLG Hamburg, MD 2001, 853 – 854 – Testsieger). Daraus folgt, dass im vorliegenden Rechtsstreit einem getrennten Vorgehen hinsichtlich der beiden streitgegenständlichen Unterlassungsanträge nicht der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen stand. Vielmehr durfte der Unterlassungsantrag zu I. 1 später geltend gemacht werden, weil hierfür der Eingang des Umfragegutachtens abgewartet werden musste.

Von diesen Rechtsgrundsätzen ist die Antragstellerin auch selbst ausgegangen, als sie diejenigen Seiten des Werbefolders, welche die Angabe „Längste HPV-Studie zur Wirksamkeit“ enthielten, bereits am 8. Mai 2008 -und damit gesondert und vorab- zum Gegenstand ihres Verfügungsantrages beim Landgericht München, Az. 17 HKO 7814/08, gemacht hat (Anlage EV 10).

Mithin war das Zuwarten der Antragstellerin im Hinblick auf den Unterlassungsantrag zu I. 2 dringlichkeitsschädlich.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1 ZPO.