

Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 3 W 72/12,
315 O 590/11
LG Hamburg

Beschluss

In der Sache

G.

- Antragstellerin und Beschwerdegegnerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte **S.**
gegen

S.

- Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte **B.**

beschließt das Hanseatische Oberlandesgericht - 3. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Schmidt, die Richterin am Oberlandesgericht Terschlüssen und den Richter am Oberlandesgericht Feddersen am 26.10.2012:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin zur Geschäfts-Nr. 3 W 72/12 wird der Beschluss des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 15, vom 11.7.2012 (Geschäfts-Nr. 315 O 590/11) abgeändert. Die Verfahrenskosten werden wie folgt verteilt: Die gerichtlichen Kosten hat die Antragsgegnerin zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten werden gegeneinander aufgehoben. Die Kosten der Beschwerde werden ebenfalls gegeneinander aufgehoben, wobei sich der Beschwerdewert auf die Summe der erstinstanzlich angefallenen Kosten beläuft.

Gründe:

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hat im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Die im Rahmen der Kostenentscheidung gem. § 91a ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu treffende Beurteilung der Erfolgsaussichten führt zu dem Ergebnis, dass der Verbotsantrag zunächst zulässig und begründet war (nachfolgend 1.), dass die Begründetheit jedoch bereits vor Einlegung des Widerspruchs infolge Unterwerfung der Antragsgegnerin entfallen ist (nachfolgend 2.). Hieraus ergibt sich sodann, weil die Antragstellerin verspätet für erledigt erklärt hat, die tenorierte Kostenverteilung

(nachfolgend 3.).

1. Der von der Antragstellerin verfolgte Antrag, der Antragsgegnerin zu verbieten, für das Präparat G. mit der Angabe zu werben

„HPV-Impfung
+ Krebsfrüherkennungsuntersuchung
= bestmöglicher Schutz vor Zervix-Karzinom⁶“

wie geschehen in dem als Anlage (Anm.: Anlage AST 1) beigefügten Werbefolder war bei Einreichung des Antrags zulässig und begründet.

a) Die Antragstellerin hat zur Begründung des Antrags vorgebracht, es handele sich um eine unzulässige Alleinstellungswerbung und zudem sei der Inhalt der Fußnote zum Nachweis der durch diese angeblich belegten Behauptung ungeeignet. Diese beiden Begründungselemente hat die Antragstellerin alternativ vorgetragen und hiermit – in Übereinstimmung mit dem hinsichtlich der einen oder anderen inhaltlichen Beanstandung nicht weiter spezifizierten Antrag – zum Ausdruck gebracht, dass sie die Auswahl des einschlägigen Begründungselements dem Gericht überlasse. Diese Vorgehensweise ist zulässig, weil es sich – wie der Bundesgerichtshof entschieden hat (BGH GRUR 2012, 184 – Branchenbuch Berg) – bei dem Angriff auf eine konkrete Verletzungsform auch dann um einen einheitlichen Streitgegenstand handelt, wenn zur Begründung des Verbotsantrags mehrere tatsächliche Irreführungsgesichtspunkte angeführt werden.

b) Für diesen Antrag bestand jedenfalls unter dem Aspekt des irreführenden Fußnotenhinweises die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG. Die von der Antragsgegnerin eingewandte Tatsache, die Antragstellerin habe in Gestalt des von ihr im Jahr 2010 anderweitig angegriffenen Werbeblattes gem. Anlage AG 4 eine kerngleiche Verletzung gekannt, vermag die Dringlichkeitsvermutung nicht zu widerlegen. Denn hierbei handelt es sich – wie das Landgericht in seinem Beschluss vom 11.7.2012 zutreffend ausgeführt hat – nicht um eine kerngleiche Verletzung, weil die seinerzeit angeführte Fußnote statt eines Studienhinweises nur auf die Fachinformation verweist und daher eine hinreichende Identität des Irreführungsaspekts nicht festgestellt werden kann. Weil also die Dringlichkeitsvermutung jedenfalls hinsichtlich eines der vorliegend verfolgten Irreführungsaspekte nicht widerlegt ist, wirkt sich die etwaige dringlichkeitsschädliche Vorbekanntheit des anderen ebenfalls verfolgten Irreführungsaspekts nicht aus.

c) Der auf die Irreführung wegen des Fußnotenhinweises gestützte Verbotsantrag war auch begründet, weil die dort genannte Studie nicht geeignet ist, die werbliche Behauptung des Schutzes vor Zervix-Karzinomen zu belegen. Denn die in der Fußnote genannte Untersuchung befasst sich, wie die Antragstellerin glaubhaft gemacht hat (Anlage AST 2), nicht mit dem Schutz vor Zervix-Karzinomen, sondern dem Rückgang von Genitalwarzen. Die Berufung auf eine nicht einschlägige Studie ist nicht deshalb

irreführend, weil die Aussage falsch ist (denn möglicherweise ist sie ja richtig), sondern vielmehr deshalb, weil sie jeder Grundlage entbehrt, während der Verkehr annimmt, niemand werde ohne qualifizierte Grundlage eine derartige Behauptung aufstellen (Senat, GRUR-RR 2004, 88, 89).

2. Durch die von der Antragsgegnerin abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung gemäß Anlage AG 2 ist die Wiederholungsgefahr hinsichtlich des durch die einstweilige Verfügung titulierten Anspruchs entfallen.

a) Die Antragsgegnerin hat sich strafbewehrt verpflichtet, im geschäftlichen Verkehr für G. die Angabe

„HPV-Impfung

+ Krebsfrüherkennungsuntersuchung

= bestmöglicher Schutz vor Zervix-Karzinom⁶

zu unterlassen wenn zugleich auf eine Fußnote verwiesen wird, in der es um den Impfstoff G. geht, wie geschehen in der Anlage zu dieser Erklärung“ (Anm.: hierbei handelt es sich um die Anlage AST 1).

Diese Erklärung umfasst die Verpflichtung, die Werbung mit der angegriffenen Werbebroschüre zu unterlassen, wobei die Antragsgegnerin klargestellt hat, dass die Unterwerfung allein im Hinblick auf den von der Antragstellerin beanstandeten Fußnoteninhalt erfolge.

b) Die Unterwerfung der Antragsgegnerin hat die Wiederholungsgefahr beseitigt.

Die durch eine Verletzungshandlung begründete Wiederholungsgefahr besteht nicht nur für die identische Verletzungsform, sondern erstreckt sich auch auf die Begehung zwar leicht abgewandelter, aber in ihrem Kern gleichartiger Verletzungshandlungen (BGH, GRUR 2010, 749, 753 Rn. 42- Erinnerungswerbung im Internet; BGH, GRUR 2008, 702 Rn. 55 – Internet-Versteigerung III). Eine Unterlassungsverpflichtungserklärung, die auf die konkrete Verletzungsform bezogen ist, erstreckt sich – soweit nicht anderweitige Anhaltspunkte bestehen – ebenso wie ein auf die konkrete Verletzungsform beschränktes gerichtliches Verbot (BGH, GRUR 2010, 749, 753 Rn. 42 – Erinnerungswerbung im Internet) nicht nur auf identische, sondern auch auf alle Handlungen, die gleichfalls das Charakteristische der Verletzungshandlung aufweisen (BGH, GRUR 1996, 290, 291 – Wegfall der Wiederholungsgefahr I; BGH, GRUR 1997, 379, 380 – Wegfall der Wiederholungsgefahr II; BGH, GRUR 1998, 483, 485 – Der Media-Markt packt aus).

Die von der Antragsgegnerin abgegebene Unterwerfungserklärung bezieht sich auf die konkrete Verletzungsform. Durch diese Erklärung ist hinreichend sichergestellt, dass die Antragsgegnerin die beanstandete Angabe im Gewande der konkreten Verletzungsform sowie kerngleicher Verletzungsformen nicht mehr verwenden wird. Dass die Antragsgegnerin ihre Unterlassungsverpflichtung ausdrücklich auf den Fall des falschen

Fußnotenbezugs beschränkt hat, berührt nicht deren Erstreckung auf kerngleiche Verletzungsformen. In der vorliegenden Konstellation wird die Antragstellerin durch die Erklärung der Antragsgegnerin hinsichtlich der Verbotsreichweite in gleicher Weise gesichert wie durch einen – das alternativ begründete Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin ausschöpfenden – gerichtlichen Titel, der auf die konkrete Verletzungsform bezogen und allein auf den Irreführungsaspekt des ungeeigneten Fußnotenbelegs gestützt ist. Es besteht folglich keine Wiederholungsgefahr mehr für die Verwendung der vorstehend zitierten Angabe, dies unabhängig davon, dass die Antragstellerin diese Angabe alternativ unter dem weiteren als irreführend gerügten Aspekt der Alleinstellung („bestmöglicher Schutz“) beanstandet hat.

c) Auch eine Erstbegehungsgefahr ist nicht gegeben, weil sich die Antragsgegnerin im Verfahren und auch in der Unterwerfungserklärung gegen den Vorwurf der unzulässigen Alleinstellung lediglich verteidigt hat. In einer als Rechtsverteidigung gekennzeichneten Darlegung ist allenfalls dann eine anspruchsauslösende Rechtsberühmung zu sehen, wenn nicht nur der eigene Rechtsstandpunkt vertreten wird, um sich die bloße Möglichkeit eines entsprechenden Verhaltens für die Zukunft offenzuhalten, sondern den Erklärungen bei Würdigung der Einzelumstände des Falls auch die Bereitschaft zu entnehmen ist, sich unmittelbar oder in naher Zukunft in dieser Weise zu verhalten (BGH GRUR 2011, 1038 Rn. – Stiftparfum; GRUR 2001, 1174, 1175 – Berühmungsaufgabe). Daran fehlt es vorliegend.

3. Die nach billigem Ermessen zu treffende Kostenentscheidung nach § 91a ZPO hat zum einen zu berücksichtigen, dass der Antrag der Antragstellerin zunächst Aussicht auf Erfolg hatte. Zum anderen jedoch kann im Rahmen der Kostenentscheidung gem. § 91a ZPO die verspätete Abgabe der Erledigungserklärung des Gläubigers mit dem Ergebnis zu berücksichtigen sein, dass dieser an Kosten zu beteiligen ist, die durch zwischenzeitliche weitere Verfahrensschritte ausgelöst wurden und bei rechtzeitiger Erledigungserklärung hätten vermieden werden können (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss v. 24.1.2011, Az. 6 U 209/10).

a) Die Antragstellerin hat der infolge der Unterwerfungserklärung veränderten Sachlage nicht sogleich Rechnung getragen, sondern es zu einem (aufgrund der Unterwerfung erfolgsversprechenden) Widerspruch kommen lassen, obgleich die Antragsgegnerin ihr durch das Ansinnen des Rechteverzichts Gelegenheit gegeben hatte, die Angelegenheit ohne Widerspruchsverfahren zu beenden. Die Antragstellerin musste zwar dem in der Unterwerfung enthaltenen Verlangen der Antragsgegnerin, auf die Rechte aus Ziff. I (Unterlassungstenor) der einstweiligen Verfügung zu verzichten, jedenfalls nicht unbeschränkt Folge leisten, weil sie sich hiermit ihrer Rechte für etwaig bereits begangene Verstöße begeben hätte, die von der erst ab dem Zeitpunkt der Annahme des Unterwerfungsvertragsangebots bestehenden Sanktion der Vertragsstrafe nicht erfasst gewesen wären. Allerdings hätte die Antragstellerin ab Erfolgen der Unterwerfung zumindest durch eine zukunftsgerichtete Erledigungserklärung deutlich machen können (und zur Verhinderung einer insoweit negativen Kostenfolge auch müssen), dass sie aus dem Titel nicht mehr zu vollstrecken gedenke.

b) Dem Senat erscheint es angemessen, bei dieser Sachlage die gerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin aufzuerlegen und die außergerichtlichen Kosten gegeneinander aufzuheben. Dem liegt hinsichtlich der gerichtlichen Kosten zugrunde, dass die Billigkeit auch unter Berücksichtigung der verzögerten Erledigungserklärung angesichts der bei Antragseinreichung bestehenden Erfolgsaussicht eine gerichtliche Kostentragung der Antragstellerin nicht gebietet. Angesichts der zunächst bestehenden Erfolgsaussicht kommt auch hinsichtlich der gem. Nr. 1412 der Anlage 1 zum GKG durch die Entscheidung nach § 91a ZPO entstehenden weiteren Gerichtsgebühr von 1,5 eine Verlagerung auf die Antragstellerin aus Billigkeitsgründen nicht in Betracht. Die Aufhebung der außergerichtlichen Kosten erscheint dem Senat angemessen, weil insoweit einerseits die Antragsgegnerin hinsichtlich des Erlassverfahrens, andererseits aber die Antragstellerin hinsichtlich des (bei rechtzeitiger Erledigungserklärung überflüssigen) Widerspruchsverfahrens kostenpflichtig sind.

4. Die Entscheidung über die Kosten der Beschwerde beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO.

II. Beschwerde 3 W 88/12

Die Streitwertbeschwerde der Antragsgegnerin hat teilweise Erfolg. Der Senat hält gem. § 3 ZPO die Festsetzung des erstinstanzlichen Verfahrenswertes auf € 200.000 angesichts des verminderten Umfangs des zwischen den Parteien noch verbliebenen Streits um die Werbeunterlage für angemessen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 68 Abs. 3 GKG.