
Datum: 23.11.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 156/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:1123.4U156.10.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 13 O 58/10

Tenor:

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 08. Juli 2010 verkündete Urteil der II. Kammer für Handelssachen – 13. Zivilkammer – des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Die Parteien sind Wettbewerber im Bereich des Vertriebs von Medizinprodukten. Beide vertreiben u.a. Langzeitdialysekatheter, die einen dauerhaften Zugang zum Blutgefäß des Patienten ermöglichen. Die Antragstellerin verfügt über die exklusiven Vertriebsrechte für Deutschland für Langzeitdialysekatheter aus Polyurethan der US-Firma N., eines der weltweit führenden Hersteller solcher Katheter. Die Antragsgegnerin vertreibt Dialysekatheter aus Polyurethan und Silikon.

Am 4. Mai 2010 besuchte der Außendienstmitarbeiter B der Antragsgegnerin auf eigene Initiative zum Zwecke der Akquise den Chefarzt Dr. u des B3 Krankenhauses in B2. Der genaue Gesprächsverlauf ist zwischen den Parteien streitig.

Die Antragstellerin nahm den Bericht von Dr. u über den Gesprächsverlauf zum Anlass, die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 12. Mai 2010 (ASt 3 -Bl.8 ff.) abmahnen zu lassen. Die Antragsgegnerin lehnte mit Anwaltsschreiben vom 17. Mai 2010 (ASt 4 –Bl.13 ff.) die Abgabe

1

2

3

4

5

einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ab.

Mit dem am 28. Mai 2010 bei Gericht eingegangenen Antrag hat die Antragstellerin am 31. Mai 2010 eine einstweilige Verfügung erwirkt, mit der es der Antragsgegnerin untersagt worden ist, 6

wörtlich oder sinngemäß zu behaupten, 7

- **Langzeitdialysekatheter aus Polyurethan dürften nicht länger als 90 Tage im Patienten verbleiben;** 8

- **bei Überschreiten dieses Zeitraums beginne sich der Katheter von der Muffe zu lösen und rutsche aus dem Körper heraus;** 9

- die Muffe bleibe, mit Unterhautfettgewebe verwachsen, im Körper. 10

Die Antragsgegnerin hat gegen die einstweilige Verfügung Widerspruch eingelegt. 11

Im Widerspruchsverfahren hat die Antragstellerin unter Vorlage der eidesstattlichen Versicherung des Chefarztes Dr. u vom 20. Mai 2010 (Anlage ASt 2 -Bl.7) vorgetragen: 12

Der Mitarbeiter B der Antragsgegnerin habe in dem Gespräch am 4. Mai 2010 mit Dr. u die Vor- und Nachteile der verschiedenen Materialien von Dialysekathetern aus seiner Sicht geschildert. In diesem Zusammenhang habe er sinngemäß, nicht unbedingt wörtlich behauptet, dass Langzeitdialysekatheter nicht länger als 90 Tage im Patienten verbleiben dürften, dass bei Überschreiten dieses Zeitraums sich der Katheter von der Muffe zu lösen beginne und aus dem Körper herausrutsche, und dass die Muffe, mit dem Unterhautfettgewebe verwachsen, im Körper verbleibe. Eine Veröffentlichung der Universität Rostock aus dem Jahre 1993 sei dabei nicht angesprochen worden. Die Behauptungen des Herrn B seien falsch und von keinerlei Erfahrungen oder wissenschaftlichen Studien getragen. Die Werbung mit solchen Falschbehauptungen sei irreführend gewesen und habe zudem eine unzulässige herabsetzende vergleichende Werbung dargestellt. 13

Die Antragsgegnerin hat die Aufhebung der einstweiligen Verfügung begehrt. Sie hat eine eidesstattliche Versicherung ihres Mitarbeiters B vom 24. Juni 2010 (Anlage B 2 –Bl. 37 ff.) vorgelegt und bestritten, dass sich dieser Herrn Dr. u gegenüber so geäußert habe wie es die Antragstellerin behaupte. In Zusammenhang mit einer Frage des Herrn Dr. u nach dem Unterschied zwischen Langzeitdialysekathetern aus Polyurethan und Silikon habe Herr B auf eine Veröffentlichung der Universität Rostock (Anlage B 1 –Bl.36) verwiesen, in der Langzeitkatheter auf ihre Materialunterschiede und Langzeiteigenschaften untersucht worden seien. Er habe erwähnt, dass Kurzzeitkatheter über einen Zeitraum von 29 Tagen untersucht und zugelassen seien. Langzeitkatheter aus Polyurethan und Silikon würden über 90 Tage untersucht und dann in der Annahme, dass es zu keinen Veränderungen des Materials komme, jeweils für die Dauer eines Jahres zugelassen. Angesichts der Differenz zwischen Testzeit und Zulassungszeit sei die Untersuchung darüber, wie sich die unterschiedlichen Materialien verhielten, vorgenommen worden. Auf die Frage von Dr. u, was denn passiere, wenn ein Langzeitkatheter aus Polyurethan für einen längeren Zeitraum im Körper verweile, habe Herr B von den Erfahrungen anderer Ärzte berichtet, die schon mehrfach beobachtet hätten, dass sich Polyurethan-Katheter vom Cuff gelöst und sich dann aus dem Hauttunnel herausgearbeitet hätten. Nach einem Arztbericht sei ein Langzeitkatheter aus Polyurethan 10 Wochen nach der Implantation aus dem Patienten gerutscht, nachdem sich der Cuff gelöst hätte. Dabei habe es sich aber nicht um ein Produkt der Antragstellerin gehandelt. Die 14

Tatsache, dass der Cuff nach der Lösung des Katheters im Unterhautfettgewebe verwachse, sei dagegen ein normaler und erwünschter Vorgang.

Nachdem die Antragstellerin den Antrag in Bezug auf die Behauptung, dass die Muffe, mit dem Unterhautfettgewebe verwachsen, im Körper verbleibe, zurückgenommen hat, hat das Landgericht die einstweilige Verfügung im Übrigen bestätigt. Es hat zur Begründung ausgeführt, dass der Verfügungsgrund gegeben sei und die Antragstellerin als Mitbewerberin aus §§ 3, 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 UWG einen Unterlassungsanspruch gegen die Antragsgegnerin habe, die mit unwahren Tatsachenbehauptungen geworben habe. Die Antragsgegnerin müsse sich nach § 8 Abs. 2 UWG das Verhalten ihres Außendienstmitarbeiters B zurechnen lassen. Die Antragstellerin habe glaubhaft gemacht, dass Herr B die beanstandeten Behauptungen aufgestellt habe. Das hat das Landgericht der eidesstattlichen Versicherung des Dr. u entnommen. Der von diesem geschilderte Gesprächsinhalt sei plausibel. Es sei nachvollziehbar, dass Herr B in einem Akquisegespräch die Nachteile eines Produkts der Konkurrenz herausgestellt habe. Soweit sich Herr B dabei auf die Erfahrungsberichte Dritter bezogen habe, habe er sich deren Tatsachenbehauptungen zu eigen gemacht. Ob das auch gelten würde, wenn Herr B auf eine wissenschaftliche Untersuchung Bezug genommen hätte, könne dahinstehen. Denn es sei nicht davon auszugehen, dass in dem Gespräch auf die Untersuchung der Universität Rostock verwiesen worden sei. Das Landgericht ist auch insoweit der eidesstattlichen Versicherung des Dr. u gefolgt, der eine solche Bezugnahme ausdrücklich in Abrede gestellt habe. Es sei wenig wahrscheinlich, dass eine fast zwei Jahrzehnte alte Untersuchung, die mit Sicherheit nicht mehr dem heutigen Stand der Medizintechnik entspreche, zum Gesprächsinhalt gemacht worden sei. Im Hinblick auf die Kostenentscheidung hat das Landgericht ausgeführt, dass die Antragsgegnerin die Kosten jedenfalls nach § 92 Abs. 2 ZPO trage, wenn in der Einschränkung des Begehrens nicht nur eine Klarstellung, sondern eine teilweise Antragsrücknahme zu sehen sein sollte.

15

Die Antragsgegnerin greift das Urteil mit der Berufung an. Sie macht erstmals geltend, dass die Beschlussverfügung schon deshalb aufzuheben sei, weil sie nicht ordnungsgemäß zugestellt und damit vollzogen worden sei. Die Ausfertigung des Beschlusses sei zwar an ihre Prozessbevollmächtigten übersandt worden, aber keine beglaubigte Abschrift der Antragsschrift. Insoweit sei nur eine einfache Abschrift (Anlage B 3 –Bl.88 ff.) übersandt worden, auf deren letzter Seite (Bl.92) sich ein Beglaubigungsvermerk befinde. Es komme hinzu, dass ihre Prozessbevollmächtigten das Empfangsbekenntnis in Bezug auf den Beschluss vom 31. Mai 2010 und die Abschrift der Antragsschrift weder unterschrieben noch an die Antragstellerin zurückgesandt hätten. Deshalb fehle es an einer wirksamen Parteizustellung der einstweiligen Verfügung. Insoweit bezieht sich die Antragsgegnerin auf das Urteil des Senats vom 12. Januar 2010 –4 U 193 / 09.

16

In der Sache rügt die Antragsgegnerin zunächst, dass das Landgericht von einem falschen Sachverhalt ausgegangen sei. Es sei bestritten worden, dass die Antragstellerin weitestgehend auf den Vertrieb von Langzeitdialysekathetern aus Polyurethan ausgerichtet sei. Sie habe genauso Kurzzeitkatheder im Verkaufsprogramm und vertreibe weitere Produkte. Gerade für Kurzzeitkatheter gebe es eine viel größere Nachfrage am Markt als für Langzeitkatheter. Deshalb sei nicht zu erkennen, weshalb ihr Mitarbeiter die angeblichen Aussagen getätigt haben sollte. Insoweit wendet sich die Antragsgegnerin auch gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts. Das Landgericht sei zu Unrecht zu dem Ergebnis gekommen, dass der eidesstattlichen Versicherung des Herrn Dr. u mehr Glauben zu schenken sei als der eidesstattlichen Versicherung ihres Außendienstmitarbeiters B. Warum es zu einem solchen Ergebnis gekommen sei, habe das Landgericht in keiner Weise deutlich

17

gemacht. Es treffe nicht zu, dass der von Dr. u geschilderte Gesprächsverlauf plausibler sei. Dieser habe den Verlauf des Gesprächs nicht detailliert geschildert, sondern sich ohne Mitteilung des Randgeschehens auf die pauschale Wiedergabe der drei Aussagen beschränkt, die Herr B getätigt haben soll. Dabei habe Herr Dr. u auch noch eingeräumt, dass Herr B diese Behauptungen nicht unbedingt wörtlich aufgestellt habe. Im Gegensatz zu der pauschalen und zusammenhanglosen Schilderung des Gesprächs hätte Herr Dr. B in seiner eidesstattlichen Versicherung den Gesprächsinhalt ausführlich und detailliert wiedergegeben. Insoweit wiederholt und vertieft die Antragsgegnerin ihren bisherigen Vortrag. Außerdem zieht sie nun in Zweifel, ob in dem Verhalten des Mitarbeiters B überhaupt eine Wettbewerbshandlung zu sehen sei. Es sei ihm bei seinen Aussagen nicht um die Förderung ihres Absatzes gegangen. Er habe lediglich auf die Studie der Universität Rostock hingewiesen und keine Aussagen zu den Produkten der Antragstellerin gemacht. Auch soweit Herr B auf konkrete Nachfragen durch Dr. u ihm bekannte Erfahrungen von dessen Ärztekollegen dazu mitgeteilt habe, was passiere, wenn ein Langzeitkatheter aus Polyurethan über einen längeren Zeitraum im Körper verweile, sei es nicht um eine Absatzförderung zum Nachteil der Antragstellerin gegangen. Insoweit sei auch über einen bestimmten Zeitraum wie die 90 Tage gesprochen worden. Es sei auch nicht unüblich, über eine so alte Studie wie die der Universität Rostock zu sprechen, wenn sich an deren Ergebnis nichts geändert hätte. Dafür spreche auch, dass sich eine Arbeit des X Instituts aus dem Jahre 2003 gleichfalls auf die Rostocker Studie beziehe.

Die Antragsgegnerin beantragt, 18

das angefochtene Urteil abzuändern, die einstweilige Verfügung vom 19

31. Mai 2010 aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag 20

zurückzuweisen. 21

Die Antragstellerin beantragt, 22

die Berufung zurückzuweisen. 23

Die Antragstellerin meint unter näheren Ausführungen, dass das Landgericht durchaus von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen sei und dass ihm bei der Beweiswürdigung keine Fehler unterlaufen seien. Warum das Landgericht der eidesstattlichen Versicherung des Herrn Dr. u gefolgt sei, habe es ausreichend begründet. Die eidesstattliche Versicherung schildere Zeit, Ort und den Ablauf sowie den Inhalt des Gesprächs. Zudem habe Herr Dr. u den Sachverhalt in Kenntnis der entgegenstehenden Darstellung der Antragsgegnerin geschildert. In rechtlicher Hinsicht wertet die Antragstellerin die von Herrn B aufgestellten Äußerungen als geschäftliche Handlungen. Sie hätten dem Absatz von Kurzzeitdialysekathetern der Antragsgegnerin dienen sollen. Es sei nicht ersichtlich, warum ein Außendienstmitarbeiter der Antragsgegnerin auf eigene Initiative einen Chefarzt der Chirurgie aufsuchen sollte, wenn nicht zu Akquisezwecken. Die Antragstellerin hält die von Herrn B aufgestellten Behauptungen weiterhin für unwahr und für Angaben, die zur Täuschung über wesentliche Merkmale geeignet seien. Die Studie der Universität Rostock sei schon als uralte zu bezeichnen. Die Arbeit des X Instituts sei auch schon sieben Jahre alt und von der Antragsgegnerin nicht einmal vorgelegt worden. 24

Abschließend führt die Antragstellerin aus, warum sie von einer ordnungsgemäßen Vollziehung der Beschlussverfügung des Landgerichts ausgeht. Zwar sei diese den Prozessbevollmächtigten mit der Bitte übersandt worden, den Empfang zu bestätigen. 25

Nachdem das Empfangsbekenntnis aber nicht eingetroffen sei, sei die Antragstellerin davon ausgegangen, dass die Prozessbevollmächtigten von der Antragsgegnerin doch nicht zur Prozessführung bevollmächtigt gewesen seien. Daraufhin sei die Beschlussverfügung vom 31. Mai 2010 der Antragsgegnerin selbst im Wege der Parteizustellung durch die Gerichtsvollzieherin Y ordnungsgemäß zugestellt worden. Insofern verweist die Antragstellerin auf die Kopie der Zustellungsurkunde vom 16. Juni 2010 (Anlage BB 3).

In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin eine vollständige Kopie der Studie der Universität Rostock vorgelegt. 26

II. 27

Die Berufung hat keinen Erfolg. Die einstweilige Verfügung muss nicht aus formellen Gründen aufgehoben werden und der Antragstellerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch in der Sache zu. 28

1) Der Unterlassungsantrag ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Verwendung der beiden unrichtigen Tatsachenbehauptungen, um die es jetzt noch geht, soll schlechthin verboten werden. Es bedarf deshalb hier keiner Einbeziehung der konkreten Verletzungshandlung. Auch die Verwendung der Begriffe „wörtlich oder sinngemäß“ in Bezug auf die Äußerungen führt in diesem Fall nicht zur Unbestimmtheit. Es sollen ersichtlich Tatsachenbehauptungen des angeführten Inhalts verboten werden, wobei es auf den genauen Wortlaut, der ohnehin nicht feststeht, nicht ankommen soll (vgl. BGH GRUR 1977, 114, 115 –VUS; Köhler / Bornkamm, UWG, 28. Auflage, § 12 Rdn. 2.37). 29

2) Auch der erforderliche Verfügungsgrund stellt kein Problem dar. Der Antragstellerin, die einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch geltend macht, kommt die Vermutung des § 12 Abs. 2 UWG zugute. Diese ist hier auch nicht widerlegt worden. Die umstrittenen Äußerungen wurden in einem Gespräch am 4. Mai 2010 gemacht. Noch im Mai 2010 ging der Verfügungsantrag bei Gericht ein. Auch die Tatsache der angeblich nicht ordnungsgemäßen Vollziehung kann der Antragstellerin, die Beschlussverfügung und Antragsschrift von Anwalt zu Anwalt übersandt hat, nicht als dringlichkeitsschädlich vorgehalten werden. 30

3) Die einstweilige Verfügung ist auch nicht wegen veränderter Umstände aufzuheben, weil sie nicht innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO vollzogen worden ist. Einwendungen nach § 927 ZPO können mit dem Verfahren über den Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung (§ 924 ZPO) verbunden werden, und zwar auch noch im Berufungsrechtszug des Widerspruchsverfahrens (Senat WRP 1969, 119). Es kann auch nicht § 531 Abs. 2 ZPO Anwendung finden, weil die Antragsgegnerin diesen Einwand nicht schon in der ersten Instanz erhoben hat. Allein dadurch kann sie ihr vom Widerspruchsverfahren unabhängiges Recht, wegen fehlender Vollziehung die Aufhebung der einstweiligen Verfügung zu verlangen, nicht verlieren. Hinzu kommt, dass es hier nicht um streitige Behauptungen geht. Die Tatsache, dass sich die Antragsgegnerin zunächst nicht auf die unwirksame Zustellung berufen hat, kann allenfalls materiell rechtlich von Bedeutung sein, worauf unten noch einzugehen ist. 31

a) Wird durch eine einstweilige Verfügung ein Unterlassungsgebot ausgesprochen, so bedarf es schon zur Bestanderhaltung deren Vollziehung in der einmonatigen Frist des § 929 Abs. 2 ZPO, die in der Regel durch Parteizustellung nach § 922 Abs. 2 ZPO vorgenommen wird, die bei einer Beschlussverfügung zugleich Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Die Verfügung ist gemäß § 172 Abs. 1 ZPO an den Prozessbevollmächtigten der Partei zuzustellen, wenn sich 32

dieser wie hier auch bereits für ein künftiges Verfügungsverfahren bestellt hat.

b) Die Antragstellerin hat den Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin unstreitig innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO eine Ausfertigung der Beschlussverfügung und eine Abschrift der Antragsschrift übersandt, die nur auf der letzten Seite einen Beglaubigungsvermerk trug. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Vollziehung lassen sich nicht daraus herleiten, dass die Antragsschrift in dieser Form übersandt wurde. Selbst wenn der Beglaubigungsvermerk in dieser Form nicht ausreichen würde, steht das im vorliegenden Fall einer ordnungsgemäßen Vollziehung der Beschlussverfügung nicht entgegen. Die Antragsschrift ist hier kein wesentlicher Bestandteil der insbesondere nach der Abmahnung aus sich selbst heraus verständlichen Beschlussverfügung und das Landgericht hat der Antragstellerin lediglich gesondert aufgegeben, auch die beglaubigte Abschrift der Antragsschrift zuzustellen. Wenn diese der Auflage nicht vollständig nachgekommen wäre, hätte das keinen Einfluss auf die ordnungsgemäße Vollziehung. Das gilt insbesondere auch deshalb, weil mit der Beschlussverfügung jedenfalls eine einfache Abschrift der Antragsschrift übersandt worden ist. 33

c) Einer wirksamen Vollziehung steht hier auch nicht nach §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO entgegen, dass die Bevollmächtigten der Antragsgegnerin der Antragstellerin den Empfang der Beschlussverfügung nicht bestätigt, insbesondere kein Empfangsbekenntnis übersandt haben. Der Senat hat mit Urteil vom 12. Januar 2010 –4 U 193 / 09 bereits entschieden, dass die Zustellung der einstweiligen Verfügung von Anwalt zu Anwalt zum Zwecke der Vollziehung nicht ordnungsgemäß erfolgt sein kann, wenn die Prozessbevollmächtigten der Gegenseite ein vorbereitetes Empfangsbekenntnis nicht zurücksenden und ihren Empfangswillen innerhalb der Vollziehungsfrist auch nicht auf andere Weise dokumentieren. Der vorliegende Fall ist aber mit dem damals entschiedenen Fall nicht vergleichbar. 34

aa) Die Zustellung gegen Empfangsbekenntnis setzt neben der Zustellabsicht des Versenders, die hier durch die Übersendung des Empfangsempfangsbekenntnisses 35

dokumentiert worden ist, an sich die Unterzeichnung und Rücksendung dieses Vordrucks voraus. Der Adressat muss nämlich vom Zugang des Schriftstücks nicht nur Kenntnis enthalten, sondern auch entscheiden, ob er es als zugestellt ansieht. Die Äußerung des Willens, das Schriftstück als solches anzunehmen, ist als Empfangsbereitschaft anders als in den Fällen der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher zwingende Voraussetzung einer wirksamen Zustellung (vgl. Senatsurteil vom 12. Januar 2010 -4 U 193 / 09 m.w.N.). Auch das Zustellreformgesetz vom 25. Juni 2001 hat an dem Erfordernis der Empfangserklärung des Adressaten nichts geändert. Dem Nachweis der Zustellung dient weiterhin das schriftliche Empfangsbekenntnis des Adressaten. Im vorliegenden Fall ist eine ausdrückliche Bestätigung der Empfangsbereitschaft nicht erfolgt. Die Antragsgegnerin hat insbesondere das von der Antragstellerin vorbereitete Empfangsbekenntnisse weder unterzeichnet noch zurückgesandt. Der Umstand, dass die Antragsgegnerin trotz entsprechender Aufforderung nicht reagiert und den Empfang bestätigt hat, spricht zunächst dafür, dass die Antragsgegnerin das übermittelte Schriftstück nicht als zugestellt gelten lassen wollte. Unschädlich mag insoweit nur sein, wenn auf dem zurückgesandten Empfangsbekenntnis eine Datumsangabe fehlt. Das ändert aber nichts daran, dass auch nach der Auffassung des BGH (NJW 2005, 3216) bei einer Zustellung gegen Empfangsbekenntnis Voraussetzung für die Wirksamkeit ist, dass der Empfänger des Schriftstücks an der Zustellung willentlich mitwirkt. Von einer solchen Bereitschaft zur Mitwirkung kann danach in der Regel nicht ausgegangen werden, wenn das Empfangsbekenntnis nicht zurückgeschickt wird. 36

bb) Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Adressat gegen das zuzustellende Urteil ein Rechtsmittel einlegt und dabei auf die Urteilsausfertigung Bezug nimmt (BVerwG NJW 2007, 3223; Musielak/Wolst, ZPO, 5. Auflage, § 174 Rdn. 5). So ähnlich und durchaus vergleichbar liegt der Fall hier. Die Antragsgegnerin hat gegen den ihr übermittelten Beschluss einen Rechtsbehelf, nämlich Widerspruch eingelegt. Dabei hat sie auf die zuzustellenden Schriftstücke inhaltlich Bezug genommen und die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus der Beschlussverfügung beantragt. Sie hat dagegen nicht geltend gemacht, dass es an einer wirksamen Vollziehung fehle, weil sie nicht bereit sei, die Schriftstücke zum Zwecke der Zustellung entgegen zu nehmen. Mit diesem Verhalten hat die Antragsgegnerin aus Sicht der Antragstellerin deutlich gemacht, dass sie bereit war, die Schriftstücke entgegen und zur Kenntnis zu nehmen. Trotz der fehlenden Rücksendung des Empfangsbekenntnisses deuten hier die Gesamtumstände zwingend auf eine Empfangsbereitschaft, so dass in diesem Fall auch eine Heilung nach § 189 ZPO möglich ist. Die Schriftstücke gelten somit in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem sie den Bevollmächtigten der Antragsgegnerin tatsächlich zugegangen sind (vgl. BVerwG, a.a.O.). Das war hier vor dem 28. Juni 2010 der Fall, als der Widerspruch per Fax an das Gericht gesandt wurde. Die mit dem Erlass der Beschlussverfügung am 31. Mai 2010 zu laufen begonnene Monatsfrist ist somit eingehalten.

4) Der Antragstellerin steht aus §§ 3, 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 UWG ein Anspruch auf Unterlassung der beanstandeten Äußerungen gegen die Antragsgegnerin zu, weil sie glaubhaft gemacht hat, dass Herr B die umstrittenen Behauptungen aufgestellt hat. 38

a) Legt man das Hauptvorbringen der Antragstellerin, der Außendienstmitarbeiter B der Antragsgegnerin habe gegenüber Dr. u die beanstandeten Äußerungen über Langzeitdialysekatheter aus Polyurethan getan, wie sie auch die Antragstellerin anbietet, so liegen die Voraussetzungen einer irreführenden Werbung vor. Die Parteien streiten nicht darüber, dass diese Behauptungen so nicht richtig und damit unwahr sind. Bei den unwahren Tatsachenbehauptungen handelte es sich auch um geschäftliche Handlungen. Schon die unstreitigen äußeren Umstände des auf Wunsch des Herrn B erfolgten Gesprächs machen unzweifelhaft deutlich, dass es bei dem Gespräch um Akquise, also um die Gewinnung neuer Kunden zum Zwecke der Absatzförderung ging. Der geschäftliche Hintergrund lag auch allen Äußerungen von Herrn B zugrunde, selbst wenn er damit Fragen von Herrn Dr. u beantwortete. Auch wenn die Antragstellerin nicht namentlich erwähnt worden sein sollte, sind unrichtige Angaben über die Zwecktauglichkeit von Produkten gemacht worden, die diese jedenfalls auch in nicht unerheblichem Umfang vertreibt, wie sich schon aus der eidesstattlichen Versicherung des Geschäftsführers der Antragstellerin (Anlage ASt 1 -Bl.6) ergibt. Diese Äußerungen können Skepsis gegenüber den Produkten der Antragstellerin erwecken und für den Einsatz entsprechender Katheter aus Silikon sprechen, wie sie die Antragsgegnerin vertreibt. Das Verhalten des bei ihr beschäftigten Außendienstmitarbeiters B muss sich die Antragsgegnerin auch nach § 8 Abs. 2 UWG zurechnen lassen. 39

b) Die Antragstellerin hat nach den bindenden Feststellungen des Landgerichts glaubhaft gemacht, dass Herr B solche der Antragsgegnerin zuzurechnende Tatsachenbehauptungen aufgestellt hat. Die Antragsgegnerin hat zwar von Anfang an bestritten, dass Herr B solche Äußerungen getan hat. Das Landgericht hat aber den Vortrag der Antragstellerin zum wesentlichen Gesprächsinhalt unter Bezugnahme auf die eidesstattliche Versicherung des Dr. u für plausibel und glaubhaft gehalten. Der eidesstattlichen Versicherung des Herrn B hat es nicht den gleichen Beweiswert beigemessen, insbesondere auch, soweit es darum geht, ob nun auf die Studie der Universität Rostock aus dem Jahre 1993 hingewiesen worden ist oder nicht. Diese Beweiswürdigung, die die Antragsgegnerin für falsch hält, ist in vollem Umfang zu überprüfen, weil sie sich auf die Würdigung der vorgetragenen Tatsachen und der 40

vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen stützt. Der Senat ist aber nach § 529 ZPO an die Feststellungen des Landgerichts gebunden, weil diese keine Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Beweiswürdigung aufkommen lassen. Einer Vernehmung des gestellten Zeugen B bedurfte es deshalb nicht.

aa) Die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen des Chefarztes Dr. u vom 20. Mai 2010 (Bl.7) und des Mitarbeiters B der Antragsgegnerin vom 24. Juni 2010 (Bl.37 ff.) 41

widersprechen sich. Herr B hat angegeben, dass er die Äußerungen, die er nach den Angaben von Dr. u im Gespräch vom 4. Mai 2010 gemacht haben soll, so nicht von sich gegeben habe. In Bezug auf die mögliche und zweckmäßige Verweildauer der Katheter aus Polyurethan und Silikon im Körper der Patienten will er sich ausschließlich auf die Studie der Universität Rostock bezogen haben. Auf negative Erfahrungen mit Langzeitkathetern aus Polyurethan, die sich vom Cuff gelöst haben, will er auf gezielte Nachfrage von Dr. u hingewiesen haben. Er hat ferner Einzelheiten zum Gesprächsverlauf mitgeteilt, aus denen sich andere Äußerungen zu den Langzeitkathetern aus Polyurethan ergeben.

bb) Das Landgericht hat aber nachvollziehbare Anhaltspunkte angeführt, die dafür sprechen, 42

der eidesstattlichen Versicherung des Chefarztes Dr. u ein erheblich größeres Gewicht beizumessen als der des Mitarbeiters B der Antragsgegnerin. Es ist unstreitig, dass das Gespräch auf Initiative des Herrn B stattgefunden hat. Bei diesem wollte Herr B Herrn Dr. u von der Qualität der Produkte der diesem bis dahin unbekannten Antragsgegnerin überzeugen. Außer Frage steht auch, dass die Vor- und Nachteile der bei Langzeitdialysekathetern verwandten Materialien Polyurethan und Silikon zur Sprache kamen. In diesem Zusammenhang erscheint es tatsächlich plausibel, dass Herr B Aussagen über eine begrenzte Verweilmöglichkeit von Langzeitkathetern aus Polyurethan im Körper von Patienten und die als unangenehm beschriebenen Folgen der Überschreitung dieses Zeitraums als wichtiges Argument für die Verwendung eines anderen Materials wie Silikon zum Zwecke der Verkaufsförderung getätigt hat. Das gilt umso mehr, als Herr B einräumt, dass er auf entsprechende Nachfrage von Dr. u von Beobachtungen von anderen implantierenden Ärzten berichtet habe, wie sich Katheter aus Polyurethan vom Cuff gelöst und aus der Haut herausgearbeitet hätten. Dem gegenüber erscheint es bei weitem nicht so plausibel, wie Herr B den Gesprächsverlauf geschildert hat. Die vom Landgericht geäußerten Bedenken zur Argumentationskraft einer Studie aus dem Jahre 1993 zu ständig weiterentwickelten Medizinprodukten erscheinen nachvollziehbar und lassen es schon als unwahrscheinlich erscheinen, dass die Studie überhaupt erwähnt wurde. Sie hätte sonst auch Dr. u in Erinnerung bleiben müssen. Selbst wenn sich Herr B aber der uralten Studie der Universität Rostock bedient hätte, hätte sie ihm nur als schlagkräftige Argumentationshilfe für nach wie vor bestehende Nachteile des Katheters aus Polyurethan von Nutzen sein können. Herr B hat aber selbst erklärt, dass er die Studie nur im Hinblick auf die Differenz zwischen dem Zeitraum von 90 Tagen, in dem die Langzeitkatheter untersucht würden und dem Zeitraum von einem Jahr, für den sie zugelassen wären, zur Sprache gebracht habe. Welche Ergebnisse er aus der Studie abgeleitet haben will, trägt er nicht vor. Die Studie sagt auch nichts dazu, dass der Untersuchungszeitraum von 90 Tagen wegen bestimmter Probleme nicht überschritten werden dürfte. Mit solchen Kathetern beschäftigt sich die Studie aber überhaupt nicht, wie deren Studium ergibt. Wenn Dr. u nicht aufgrund einer einleitenden Äußerung des Herrn B den Eindruck gewonnen hätte, dass es überhaupt einen Grenzwert für die Verweildauer oder ein Problem damit gäbe, hätte er auch keinen Anlass gehabt, sich zu erkundigen, was passiere, wenn die Katheter zu lange im Körper verblieben. Die Erläuterung, die Herr B gegeben haben will, lässt offen, in welcher Weise er die unstreitigen Schilderungen von nachteiligen Lösungsprozessen von Kathetern aus Polyurethan in die Schilderung der Vor- und Nachteile der beiden verfügbaren Materialien einbezogen hat.

Entscheidend für die Brisanz der Aussagen, die Dr. u in Erinnerung behalten haben will, ist der als nahezu zwangsläufig dargestellte Prozess der Lösung des Katheters aus Polyurethan, wenn es zu lange im Körper verbleibt. Ein solches Manko wäre ein entscheidendes Verkaufsargument für Silikonkatheter, die von den beiden Parteien nur die Antragsgegnerin anbietet. Angesichts dieser Gesichtspunkte, spielt es keine Rolle, dass Herr Dr. u in seiner eidesstattlichen Versicherung nur konzentriert das Kerngeschehen wiedergegeben hat, auf das es ihm entscheidend ankam. Die Schilderung des Gesprächsverlaufs durch Herrn B ist zwar detailreicher, aber dafür nicht klar, sondern eher verwässernd im Hinblick auf die strittigen Kernaussagen.

cc) Es kommt aber noch hinzu, dass für das größere Gewicht der Versicherung des Herrn Dr. u auch die Interessenlage spricht. Dr. u ist als Chefarzt eines Krankenhauses in B2, den Herr B zum Zwecke der Akquise angesprochen hat, ein unbeteiligter Dritter. Gründe, aus denen er einseitig der Antragstellerin zuneigen und für sie eine unrichtige eidesstattliche Versicherung abgeben sollte, sind nicht erkennbar. Es gibt auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass er ein Interesse daran haben könnte, der Antragsgegnerin zu schaden. Das Gespräch und die ihm ?erklärtermaßen nur sinngemäß- in Erinnerung verbliebenen Äußerungen des Herrn B haben Dr. u offenbar wegen seines beruflichen Interesses besonders aufmerksam gemacht. Es erscheint auch unwahrscheinlich, dass er klare Äußerungen anderer Art missverstanden haben könnte. Bei Herrn B sieht das Interesse anders aus. Er steht im Lager der Antragsgegnerin. Wenn festzustellen wäre, dass solche unrichtige Behauptungen aufgestellt wurden, wäre er für die darin zu sehende Wettbewerbsverletzung der Verantwortliche. Er müsste der Antragsgegnerin, die seit langen Jahren am Markt selbständig tätig ist und sehr viel Wert auf lautere Vertriebsbemühungen legt, insofern Rechenschaft ablegen. Zu dieser Interessenlage passt es, dass sich Herr B in seiner eidesstattlichen Versicherung etwas windet und letztlich in Bezug auf den Gesamtzusammenhang der Äußerungen nicht deutlich macht, wie Dr. u denn diesen Eindruck gewinnen konnte, wenn er das **so nicht** gesagt haben will. 43

5) Da somit ein Wettbewerbsverstoß in Form einer irreführenden Werbung glaubhaft gemacht worden ist, kann offen bleiben, ob auch noch eine Herabsetzung durch einen Mitbewerber oder eine herabsetzende vergleichende Werbung in Betracht kommen könnte. 44

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1 ZPO. 45

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 46