

Dringlichkeitsvermutung und Spitzenstellungsbehauptung

Oberlandesgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 10.08.2017

Az.: 6 U 63/17

Tenor

Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 14.02.2017 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Darmstadt abgeändert.

Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung verurteilt, es bei Meidung von Ordnungsgeld bis 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an ihrer Geschäftsführerin, für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen,

geschäftlich handelnd

1.

für die Marke1-Messsysteme mit der Angabe zu werben und/oder werben zu lassen:

„Eine neue Klasse analytischer Messgenauigkeit“;

und/oder

2.

mit den Angaben zu werben und/oder werben zu lassen:

„Der präziseste Blutzuckerteststreifen -Nachgewiesen in über 100 Publikationen“;

und/oder

„Der präziseste Blutzuckerteststreifen“;

und/oder

„Präziseste Blutzuckerteststreifen“;

und/oder

„Der präziseste Blutzucker-Teststreifen“ ;

und/oder

3.

mit den nachfolgend wiedergegebenen Angaben zu werben und/oder werben zu lassen:

„...damit läutet das hochpräzise Marke1 Glucosemessgerät mit vier Messkammern ein neues Zeitalter der Technologie ein, und setzt neue Leistungsmaßstäbe für POC-Geräte. „Mann et al.“;

und/oder

„Das Marke1 Glucosemessgerät der nächsten Generation, das Hämatokrit und chemische Interferenzen kompensiert, senkt die Wahrscheinlichkeit falscher Messergebnisse, die von Faktoren herrühren, welche bei konventionellen Glucosemessgeräten nicht berücksichtigt werden. „Bewley et al.“;

und/oder

„Mit Ausnahme des Marke1 waren die Werte aller Messgeräte durch schwankende Hämatokritwerte beeinflusst.“Mohn et al.“;

und/oder

„Das Design von Marke1 verfügt über separate Reaktionszonen, in denen Hämatokritwerte und andere Störsubstanzen gemessen und korrigiert werden. Dadurch, und die Ergebnisse dieser Studie bestätigen dies, demonstriert Marke1 bei Proben mit

bekannten Störsubstanzen oder bei einer schwierigen Patientenpopulation, wie beispielsweise Peritonealdialysepatienten, eine höhere Messqualität im Vergleich zu gewöhnlichen Messgeräten.“Bewley et al“;

und/oder

„Voraussetzung für die Überwindung der Ketoazidose ist die Unterdrückung einer Ketonämie. Daher stellt die Messung der Blutketone derzeit das beste Verfahren zur Überwachung des Therapieerfolges dar.“Joint British Diabetes Societies“;

und/oder

4.

mit der Angabe zu werben und/oder werben zu lassen:

„Markel ist das weltweit erste Blutzuckermessgerät für die Messung und Eliminierung von Interferenzen, die in anderen Messgeräten und Teststreifen falsche Blutzuckerwerte verursachen. ...“;

und/oder

„Das einzige Blutzuckermessgerät am Krankenbett zur Messung und Korrektur von Fehlern, die durch abnormale Hämatokritwerte verursacht werden.“;

und/oder

„Markel ist das einzige Blutzuckermessgerät zur Messung und Korrektur der Blutzuckerwerte für unterschiedliche Hämatokritwerte am Krankenbett.“;

und/oder

„Das einzige Blutzuckermessgerät zur Messung und Korrektur von Fehlern verursacht durch elektrochemische Interferenzen“;

5.

mit Vergleichstabellen zu werben und/oder werben zu lassen, bei denen auf nicht benannte Wettbewerbsprodukte (hier: „Mitbewerber A“, „Mitbewerb B“, „GDH Meter A“, „Konkurrent B“ etc.) Bezug genommen wird;

und/oder

6.

zu behaupten und/oder behaupten zu lassen, dass unter Verwendung des „Markel-Messsystems“ eine verkürzte Aufenthaltsdauer von DKA-Patienten auf der Intensivstation eintreten würde und sich daraus bestimmte Einsparungen von Pflegestunden und Kosten für Laboruntersuchungen ergeben würden, wenn diese Behauptungen auf eine Publikation aus dem Jahr 2003 bezogen werden;

jeweils, wenn dies geschieht, wie in der Anlage K 1 zur Antragschrift.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist rechtskräftig.

Gründe

I.

Die Antragstellerin nimmt die Antragsgegnerin im einstweiligen Verfügungsverfahren wegen unlauterer Angaben in einer Werbebroschüre (Anlage K 1) auf Unterlassung in Anspruch.

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Gebiet der Herstellung und des Vertriebs von vernetzten Blutzucker-Messsystemen für Krankenhäuser.

Die Blutzuckermessung von Patienten im Krankenhaus stellt besondere Anforderungen. Solche Patienten befinden sich meist in einem kritischeren körperlichen Zustand. Außerdem werden sie häufig mit verschiedenen Medikamenten behandelt. Dies

erhöht die Gefahr von Ungenauigkeiten bei Blutzuckermessungen. Die Messwerte können u.a. durch andere Zuckermoleküle als Glukose (Galaktose oder Maltose), Harnsäure oder Ascorbinsäure (Vitamin C) beeinflusst werden. Außerdem hat die Anzahl der roten Blutkörperchen in der Probe (sog. Hämatokritwert) Einfluss auf das Messergebnis. Durch solche Interferenzen kann es zu lebensgefährlichen Messfehlern kommen.

Hierzulande gibt es im Wesentlichen drei Anbieter für vernetzte Blutzuckermesssysteme in Krankenhäusern: Die Parteien (mit Marktanteilen von ca. 60 % bzw. ca. 30 %) und Fimal (Marktanteil von ca. 10 %).

Das aktuelle Gerät der Antragstellerin „Marke2“ ist seit 2008 auf dem Markt.

Die Antragsgegnerin bietet ausschließlich Geräte zum Einsatz in Krankenhäusern an. Grundprinzip ihres streitgegenständlichen Blutzucker- und Messsystems „Marke1“, das ebenfalls seit etwas 10 Jahren auf dem Markt ist, ist ein Europäisches Patent (Anlagen AG 15 a), 15 b), 16).

Das Messsystem der Antragsgegnerin („Marke1 System“) wurde im September 2014 durch die US-amerikanische Firma2 (im Folgenden „Firma2“) für die Anwendung bei sämtlichen Patientengruppen – einschließlich kritisch kranker Patienten („critical ill patients“) – im Krankenhaus zugelassen (vgl. Anlagen AG 22, BE 2 und BE 2 a) (deutscher Auszug)). Als Teil des US-amerikanischen Zulassungsverfahrens wurde das System im Labor auf Interferenzen mit 80 Substanzen getestet.

Das System der Antragstellerin ist ebenfalls durch die Firma2 zugelassen, allerdings nicht für kritisch kranke Patienten.

Die Antragstellerin hat behauptet, von der streitgegenständlichen Werbebroschüre in Anlage K 1 erstmals durch die E-Mail eines Außendienstmitarbeiters vom 08.06.2016 erfahren zu haben, der diese Unterlage gleichmäßig von einem Kunden erhalten habe.

Das Messsystem der Antragsgegnerin sei nicht messgenauer als ihr eigenes System. Interferenzen durch Ascorbinsäure und Triglycerid träten bei ihrem Produkt nur außerhalb des therapeutischen Bereichs auf.

Das Landgericht Darmstadt hat gegen die Antragsgegnerin mit Beschluss vom 11.07.2016 eine dem Tenor dieses Urteils entsprechende Verbotsverfügung erlassen.

Die Antragsgegnerin hat behauptet, ihr Blutzuckermesssystem sei nachweislich das einzige, das „keine“ klinischen Interferenzen mit Störsubstanzen aufweise. Zusätzlich zu den Labortests im Rahmen der Firma2-Zulassung habe die Firma2 weitere Studien berücksichtigt, in deren Rahmen die Teilnehmer ca. 8.000 verschiedene Medikamente erhalten hätten.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 S. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung mit Urteil vom 14.02.2017 wegen fehlenden Verfügungsgrundes aufgehoben. Es ist davon ausgegangen, dass die Antragstellerin deutlich über einen Monat vor dem Eilantrag Kenntnis von der Broschüre erlangt habe. Sie habe diese spätestens auf der Herbsttagung der deutschen Diabetesgesellschaft im November 2015 zur Kenntnis genommen bzw. grob fahrlässig auf eine Kenntnisnahme verzichtet. Nach der Lebenserfahrung sei davon auszugehen, dass sich die fachkundigen Mitarbeiter der Antragstellerin aus deren Bereich „Point of Care“ („PoC“), die unstreitig auf der Tagung waren, einen Marktüberblick verschafft hätten. Gegenteiliges hätte die Antragstellerin glaubhaft machen müssen. Ihr unsubstanziierter Vortrag zum Zeitpunkt der erstmaligen Kenntnisnahme sei unzureichend.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Antragstellerin. Ihres Erachtens hat das Landgericht die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG verkannt.

Die Antragstellerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Darmstadt (Kammer für Handelssachen mit Sitz in Offenbach) vom 14.02.2017, Az. 16 O 93/16, abzuändern und die einstweilige Verfügung gemäß dem Beschluss dieser Kammer vom 11.07.2016 neu zu erlassen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie nimmt stellt klar, dass sie die konkret angegriffene Broschüre in Anlage K 1 – und nicht nur einzelne Aussagen daraus – bereits seit September 2014 verwende. Zum Beleg fehlender Interferenzen ihres Systems im Vergleich zu demjenigen der Antragstellerin hat sie ergänzend Anlagen BE 2 (englischsprachiges Zulassungsdokument für ihr eigenes System), BE 2 a) (Auszug in deutscher Übersetzung), BE 3, BE 4, BE 4 a) (Zulassungsdokumente der Antragstellerin), BE 15 (Auswertung der Studien zu Interferenzen bei klinisch bedeutsamen Substanzen bei beiden Wettbewerbsprodukten) und BE 16 (Studienübersicht) vorgelegt und behauptet, ihr Produkt sei auf Interferenzen mit 8.000 Störsubstanzen aus 30 übergeordneten Klassen („Parent Drug Classes“) und 140 untergeordneten Klassen („Drug Sub-Classes“) getestet worden; damit sei die Datengrundlage deutlich breiter als bei der Antragstellerin. Das System von Firma1 führe ebenfalls zu Interferenzen durch Hämatokrit (Referenzbereich 20 % – 70 %) und Ascorbinsäure (vgl. Anlagen BE 17 und BE 17 a)).

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Antragstellerin hat Erfolg. Das Landgericht Darmstadt ist zu Unrecht von einem fehlenden Verfügungsgrund ausgegangen. Für die von der Antragstellerin begehrten Verbote

besteht auch ein Verfügungsanspruch.

1. Für das Vorliegen eines Verfügungsgrundes streitet vorliegend die tatsächliche Vermutung des § 12 Abs. 2 UWG. Diese hat die Antragsgegnerin nicht erschüttert. Der Antragstellerin hat es daher nicht obliegen, glaubhaft zu machen, dass sie von der Broschüre erst am 08.06.2016 Kenntnis genommen hat.

Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass die Antragstellerin von der Broschüre in Anlage K 1 bereits zuvor Kenntnis erlangt oder sich einer Kenntnisnahme bewusst verschlossen hat.

a) Angesichts der Schwierigkeiten eines Antragsgegners, eine positive Kenntnis des Antragstellers nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen, kommen zwar im Einzelfall Beweiserleichterungen in Betracht (vgl. Kochendörfer, WRP 2005, 1459, 1460 ff.). Vorliegend besteht aber kein Hinweis darauf, dass die Antragstellerin von der Broschüre in Anlage K 1 bereits vor dem 08.06.2016 Kenntnis genommen hat.

aa) Soweit einzelne Werbeaussagen bereits in einer Werbeunterlage der Antragsgegnerin von November 2008 (Anlage AG 9) und ferner bereits im Jahr 2006 in einer englischsprachigen Broschüre vorhanden gewesen sein mögen, besteht mangels näheren Sachvortrags kein Hinweis darauf, wie die Antragstellerin als deutsches Unternehmen von diesen Aussagen jeweils Kenntnis erlangt haben sollte.

bb) Ob die Antragsgegnerin die Broschüre in Anlage K 1 auf anderen Messen oder Veranstaltungen als auf der Herbsttagung der deutschen Diabetesgesellschaft vom 21./22.11.2014 (vgl. das Ausstellerverzeichnis in Anlage AG 4, Bl. 257 d.A.), dem Kongress für Nephrologie vom 12. – 15.09.2015 in Berlin, der DGKL in Leipzig vom 14. – 17.10.2015 (Anlage AG 5, Bl. 258 ff. (261) d.A.) oder der 9. Herbsttagung der deutschen Diabetesgesellschaft vom 06./07.11.2015 verteilt und dort möglicherweise Werbebanner entsprechend Anlagen AG 3 und AG 8

aufgestellt hat, kann dahinstehen. Denn auf anderen als den vorgenannten Veranstaltungen war weder die Antragstellerin (als juristische Person) als Ausstellerin vertreten (sondern nur andere Gesellschaften des Firma3-Konzerns) noch waren Mitarbeiter der Antragstellerin dort präsent.

cc) Auf den beiden Herbsttagungen der deutschen Diabetesgesellschaft in den Jahren 2014 (vom 21./22.11.2014) und 2015 (vom 06./07.11.2015) waren nach Behauptung der Antragstellerin nur Mitarbeiter aus ihrem Bereich „Diabetes Care“, nicht aber aus ihrem Bereich „Point-of-Care“, anwesend. Die Antragstellerin behauptet, beide Bereiche zwar erst im Januar 2016 durch Ausgliederung des Bereichs „Diabetes Care“ auf die „Firma3 GmbH“ juristisch getrennt zu haben, sie seien aber schon zuvor – einschließlich der in der Rechtsabteilung tätigen Juristen – als vollkommen eigenständige Vertriebsbereiche geführt worden. Der Bereich „Diabetes Care“ betreffe die Vermarktung von Blutzuckermesssystemen zur Selbstanwendung von Patienten, d.h. den sog. „Patientenmarkt“ mit „Endkunden-Blutzuckermesssystemen“, wie z.B. „Marke2x“, „Marke2y“ und „Marke2z“ (vgl. Anlage K 8). Dagegen umfasse der Bereich „Point of Care“ die „Klinik“-Vermarktung mit dem Produkt „Marke2“, also den „Profimarkt“. Zwischen beiden Bereichen habe keine Abstimmung stattgefunden. Eine solche wäre mangels der dafür erforderlichen Fach- und Marktkenntnisse auch gar nicht möglich gewesen.

All dies bestreitet die Antragsgegnerin zwar mit Nichtwissen, sie hat jedoch keinen Sachvortrag geliefert, der für die Unrichtigkeit dieser Behauptungen sprechen könnte. Die Trennung beider Vertriebsbereiche hat die Antragstellerin mit der eidesstattlichen Versicherung in Anlage BB 6 (nunmehr) auch glaubhaft gemacht. Zweifel an der Richtigkeit dieser Versicherung bestehen nicht, auch wenn sie – wie auch die weiteren Versicherungen in Anlagen BB 3 – BB 5 und BB 7 – nur in Kopie vorgelegt worden ist und keinen Hinweis auf eine Belehrung über die Folgen einer fehlerhaften eidesstattlichen

Versicherung enthält.

Ausgehend von einer strikten Trennung der Vertriebsbereiche „Point of Care“ und „Diabetes Care“ ist es unschädlich, dass Mitarbeiter des Bereichs „Diabetes Care“ der Antragstellerin in den Jahren 2014 und 2015 an den Herbsttagungen der deutschen Diabetesgesellschaft teilnahmen und dort gegebenenfalls sogar die Broschüre in Anlage K 1 bzw. einen Werbebanner entsprechend Anlagen AG 3 und AG 8 zur Kenntnis nahmen. Nach dem Vortrag der Antragstellerin hat zwischen beiden Bereichen kein Austausch stattgefunden.

Die Antragstellerin muss sich auch eine etwaige Kenntnis ihrer Mitarbeiter aus dem Bereich „Diabetes Care“, der 2014/2015 noch Teil ihres Unternehmens war, nicht zurechnen lassen. In einem arbeitsteiligen Unternehmen kommt es nach ständiger Rechtsprechung des Senats analog § 166 Abs. 1 BGB auf die Kenntnis der für die Ermittlung oder Verfolgung von Wettbewerbsverstößen zuständigen Mitarbeiter sowie von Wissensvertretern an (OLG Frankfurt a.M., NJW 2000, 1961, 1962). Maßgeblich ist grundsätzlich nur das Wissen der Personen, die im Unternehmen für die Ermittlung und/oder Geltendmachung von Wettbewerbsverstößen zuständig sind (Köhler, a.a.O., Tz. 3.15a). Darüber hinaus kann im Einzelfall auf das Wissen eines Sachbearbeiters abzustellen sein, von dem nach seiner Funktion erwartet werden darf, dass er das „Störende“ des zu beanstandenden Verhaltens erkennt und seine Kenntnis auch an diejenigen Personen seines Unternehmens weitergibt, die zur Entscheidung über das Einleiten entsprechender Reaktionen befugt sind (OLG Frankfurt a.M., MMR 2014, 753; OLG Frankfurt a.M., NJW 2000, 1961, 1962; Köhler, a.a.O.).

Nach diesen Maßstäben sind die Mitarbeiter des Bereichs „Diabetes Care“ keine Wissensvertreter für den Bereich „PoC“ gewesen. Beide Bereiche haben sich nach dem Vortrag der Antragstellerin nicht darüber abgestimmt, Werbemaßnahmen aus dem jeweils anderen Bereich zu sichten. Dies wäre mangels der

dafür erforderlichen Fach- und Marktkenntnisse auch nicht möglich gewesen. Zum PoC-Bereich der Antragstellerin gehören neben Blutzuckermesssystemen zahlreiche weitere PoC-Messsysteme, wie Blutgassysteme, Blutgerinnungsmesser, Messsysteme von kardialen Blutmarkern, Systeme zur Bestimmung des CRP- und Stuhl/iFOBT-Wertes sowie Urintests. Der Firma3-Konzern verfügt nach Angabe der Antragstellerin weder über eine zentrale Rechtsabteilung noch seien die für den Bereich „Point-of-Care“ zuständigen Juristen ihrer eigenen Rechtsabteilung für den Bereich „Diabetes Care“ zuständig gewesen und umgekehrt.

Da die Antragstellerin behauptet, von der Broschüre erst am 08.06.2016 Kenntnis erlangt zu haben, besteht kein Grund zu der Annahme, dass sie auf von dieser bereits im Zusammenhang mit einer der beiden Herbsttagungen 2014 oder 2015 erfahren hat.

dd) Entsprechendes gilt für die DGKL vom 14. – 17.10.2015.

Auf dieser Veranstaltung waren zwar Mitarbeiter aus dem Verkaufsbereich „Point-of-Care“ der Antragstellerin anwesend, nach deren Behauptung haben sie aber ausschließlich an einem Experten Round-Table teilgenommen, ohne auf der eigentlichen Messe eine Etage tiefer Stände der Konkurrenz zu sichten. Ihre Mitarbeiter hätten dort weder den Stand der Antragsgegnerin besucht noch die Broschüre oder einen Aufsteller mit Teilen der streitgegenständlichen Werbeaussagen zur Kenntnis genommen.

Auch dies ist nicht unglaubhaft und (mittlerweile) durch die eidesstattlichen Versicherungen in Anlagen BB 3, BB 4 und BB 7 unterlegt. Die Expertenrunde, an der die drei Mitarbeiter der Antragstellerin teilnahmen, fand in der ... Etage der Leipziger Messe statt. Das Programm der Runde begann um ca. 10:00 Uhr. Es endete erst nach 17:00 Uhr. Nach der Lebenserfahrung kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Mitarbeiter der Antragstellerin Pausen nutzten, um sich auf der eigentlichen

Messe einen Überblick über das Angebot von Konkurrenzunternehmen zu verschaffen.

Dass die Antragsgegnerin als Ausstellerin auf der DGKL vertreten war, widerlegt nicht die Behauptung der Antragstellerin, diese Veranstaltung habe nicht im Fokus ihres Bereichs „Point of Care“ gestanden. Die Antragstellerin war mit ihrem Bereich „Diabetes Care“ dort vertreten, den die Antragsgegnerin überhaupt nicht bedient.

ee) Soweit der Teamleiter Marketing „Point-of-Care Klinik“ der Antragstellerin zusätzlich auf dem Nephrologie-Kongress war, geschah dies nach den Ausführungen der Antragstellerin nur für ein individuelles Gespräch betreffend Blutgassysteme. Er habe weder die Messestände der Antragsgegnerin noch deren Werbung zur Kenntnis genommen.

ff) Die Antragsgegnerin hat auch weder schlüssig dargetan noch glaubhaft gemacht, dass ein Außendienstmitarbeiter der Antragstellerin möglicherweise bereits vor dem 08.06.2016 Kenntnis von der Broschüre in Anlage K 1 genommen hat. Dies kann nach der Lebenserfahrung auch nicht unterstellt werden. Daher kann dahinstehen, ob die Außendienstmitarbeiter der Antragstellerin grundsätzlich als Wissensvertreter anzusehen sind, weil sie als solche bestellt bzw. damit betraut worden sind, im Rechtsverkehr als Repräsentant der Antragstellerin bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und dabei die angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls weiterzuleiten (vgl. insofern BGH (U.v. 14.01.2016 – I ZR 65/14), GRUR 2016, 946, 952, Tz. 61 – Freunde finden; OLG Frankfurt a.M., WRP 2013, 1068, 1069; Köhler, a.a.O.).

(1) Derjenige Außendienstmitarbeiter, der der Antragstellerin die streitgegenständliche Broschüre am 08.06.2016 zugeleitet haben soll, hat nach Angabe der Antragstellerin erst gleichzeitig Kenntnis von dieser erlangt.

(2) Es besteht auch kein Hinweis darauf, dass ein anderer Außendienstmitarbeiter bereits vor dem 08.06.2016 Kenntnis von der Broschüre genommen hat.

Diese Werbeunterlage ist allenfalls auf Messen bzw. Fachveranstaltungen zur Mitnahme ausgelegt und verteilt worden. Dass Außendienstmitarbeiter der Antragstellerin solche Veranstaltungen besucht haben und dort zwangsläufig auf die streitgegenständliche Werbung hätten stoßen müssen, ist weder dargetan noch ersichtlich.

Es kann auch nicht nach der Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass die Außendienstmitarbeiter der Antragstellerin im Zusammenhang mit Kundenkontakten mit der angegriffenen Werbung konfrontiert worden sein müssen. Insofern ist schon unklar, in welchem Umfang die Broschüre überhaupt an die angesprochenen Fachkreise verteilt worden ist.

gg) Trotz eines sehr überschaubaren Marktes mit nur drei Hauptkonkurrenten erscheint es daher nicht ausgeschlossen, dass die Antragstellerin die Werbung in Anlage K 1 tatsächlich nicht vor dem 08.06.2016 zur Kenntnis genommen hat. Letzteres hat sie mit den eidesstattlichen Versicherungen in Anlagen BB 3 – BB 5 vorsorglich glaubhaft gemacht. Sie hat ferner bestritten, den Markt streng zu überwachen.

b) Die Antragstellerin muss sich auch nicht vorwerfen lassen, sich einer Kenntnisnahme der Broschüre in Anlage K 1 vor dem 08.06.2016 bewusst verschlossen zu haben.

In Anlehnung an § 199 Abs. 1 S 2 BGB kann von einer grob fahrlässigen Unkenntnis nur dann ausgegangen werden, wenn dem Gläubiger eine Kenntnis deswegen fehlt, weil er ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt und dasjenige unbeachtet gelassen hat, das im konkreten Fall jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung („Verschulden gegen sich selbst“) vorgeworfen können, weil

sich ihm die anspruchsbegründenden Umstände förmlich aufgedrängt haben, er davor aber die Augen verschlossen hat (BGH, NJW 2015, 2956, [BGH 02.07.2015 – III ZR 149/14] Tz. 11; OLG Frankfurt a.M. (B.v. 05.01.2016 – 6 U 186/14), noch unveröffentlicht).

Hiervon ist im Streitfall nicht auszugehen.

Die streitgegenständliche Broschüre ist von der Antragsgegnerin nicht über verschiedene Kanäle „blind gestreut“, sondern allenfalls auf Messen und Fachveranstaltungen ausgelegt und verteilt worden. Die Antragstellerin kann von der Werbebroschüre daher nur im Zusammenhang mit einer solchen Veranstaltung Kenntnis genommen haben.

Soweit sie es unterlassen hat, sich – gegebenenfalls mit Hilfe ihrer Mitarbeiter aus dem Bereich „Diabetes Care“ – einen Überblick über die Messewerbung der Antragsgegnerin im Bereich der vernetzten Blutzuckermesssysteme zu verschaffen, ist dies nicht dringlichkeitsschädlich gewesen (vgl. z.B. Sosnitza in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 12 Tz. 117). Denn es besteht keine allgemeine Marktbeobachtungspflicht (OLG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2013, 393, 394; Sosnitza, a.a.O.).

c) Die Antragstellerin hat das nach § 12 Abs. 2 UWG vermutete Eilbedürfnis auch nicht selbst durch ein zu langes Zuwarten oder durch eine zögerliche Prozessführung widerlegt.

aa) Sie ließ die Antragsgegnerin nach Kenntnisnahme am 08.06.2016 mit Anwaltsschreiben vom 29.06.2016 vergeblich abmahnen und zur Abgabe einer Unterlassungserklärung bis zum 04.07.2016 auffordern (Anlage K 6). Bereits am 08.07.2017 hat sie den streitgegenständlichen Eilantrag beim Landgericht Darmstadt eingereicht. Von einer zögerlichen Vorgehensweise kann insofern keine Rede sein.

Soweit sich der Senat für die Frage der Selbstwiderlegung der Dringlichkeitsvermutung unter Beachtung aller Umstände des

Einzelfalls grundsätzlich an einem groben Zeitrahmen von sechs Wochen orientiert (vgl. z.B. OLG Frankfurt a.M. (B.v. 27.09.2012 – 6 W 94/12), BeckRS 2012, 22063), hat die Antragstellerin diesen deutlich unterschritten. Es kann daher offen bleiben, ob ihr mit Blick auf das Erfordernis einer fachlichen Aufklärung sogar mehr Zeit zur Verfügung gestanden hätte.

bb) Es ist auch nicht dringlichkeitsschädlich gewesen, dass die Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin das erstinstanzliche Urteil vom 14.02.2017 ausweislich des Empfangsbekennnisses erst am 02.03.2017 entgegengenommen haben. Das Urteil ist zwar bereits am 21.02.2017 an die Parteivertreter übersandt worden; dass es diesen erst etwa eine Woche später zugestellt worden ist, kann aber mannigfaltige Gründe haben. Für den Vorwurf einer zögerlichen Prozessführung besteht kein konkreter Anlass.

2. Es besteht auch ein Verfügungsanspruch. Die angegriffenen Werbeaussagen sind wettbewerbswidrig.

Der Senat kann das Verständnis des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsadressaten selbst beurteilen. Zwar richtet sich die streitgegenständliche Werbung nur an Fachkreise, nämlich an professionelle Anwender in Krankenhäusern und Facheinkäufer für Kliniken, für die Feststellung der Unlauterkeit der angegriffenen Werbeangaben (wie z.B. „eine neue Klasse“ oder „der präziseste Blutzuckerstreifen“) bedarf es jedoch keiner spezifischen, vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichenden Fachkenntnisse.

a) Tenor zu 1.:

Die Antragstellerin kann von der Antragsgegnerin gemäß §§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1; 3; 5 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 UWG verlangen, dass diese es unterlässt, geschäftlich handelnd wie in Anlage K 1 mit der Angabe „Eine neue Klasse analytischer

Messgenauigkeit“ für die Marke1-Messsysteme zu werben und/oder werben zu lassen.

aa) Diese blickfangmäßig auf dem Deckblatt der Broschüre in Anlage K 1 abgebildete Werbeaussage ist schon deshalb irreführend, weil sie aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise den Eindruck erweckt, die Antragsgegnerin habe mit dem „Marke1 ... Blutzucker- und Ketonmesssystem für das Krankenhaus“ ein neues Produkt auf den Markt gebracht.

Dies entspricht nicht der Wahrheit, da die Antragsgegnerin dieses Messsystem schon seit mehr als 10 Jahren in den Verkehr bringt, ohne dass es technisch verbessert worden wäre.

Es ist daher irreführend, wenn die Antragsgegnerin ihr System etwa ein Jahrzehnt nach der Markeinführung noch als „neu“ bewirbt (vgl. u.a. Doepner, HWG, 2. Aufl. 2000, § 3 HWG Tz. 105 „Neuheitenwerbung“).

bb) Ob die Werbeangabe zusätzlich eine unzulässige Alleinstellungsberühmung (§ 5 UWG) und/oder gezielte Behinderung i.S.d. § 4 Nr. 4 UWG darstellt, kann dahinstehen.

b) Tenor zu 2.:

Der Antragsgegnerin war zudem gemäß §§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1; 3; 3 a) UWG i.V.m. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 HWG zu untersagen, ihren Blutzuckerstreifen wie in Anlage K 1 als den präzisesten zu bewerben und/oder werben zu lassen.

Der angesprochene Verkehr versteht die mit dem Antrag zu 2. angegriffenen Aussagen – auch diejenige ohne einen Artikel („Präziseste Blutzuckerteststreifen“) – in der konkreten Verletzungsform in Anlage K 1 so, als sei der Blutzuckerteststreifen der Antragsgegnerin schlechthin der präziseste. Die Werbung mit der Präzision des Teststreifens suggeriert, dass dieser nicht nur in Bezug auf bestimmte Störsubstanzen (wie z.B. Triglyceride, Ascorbinsäure und/oder Galaktose) präziser sei, sondern in jeder Hinsicht. Damit

stellt sie eine Alleinstellungswerbung dar, die in dieser Absolutheit nicht zutrifft und mangels einer Spitzenstellung in den konkret beworbenen Bereichen irreführend ist.

Die Antragsgegnerin ist der Behauptung, sie biete nicht die präzisesten Blutzuckermessstreifen am Markt an, insofern bestehe für den normalen Messvorgang im Krankenhaus kein Leistungsvorsprung, im Wesentlichen mit dem Hinweis entgegengetreten, ihr System vermeide in weitreichenderem Umfang Interferenzen. Dass es losgelöst davon in jeder Hinsicht präziser ist und entsprechend dem durch die Werbung in Anlage K 1 erweckten Eindruck einen hinreichenden Vorsprung gegenüber den Konkurrenzsystemen hat, ist weder dargetan noch ersichtlich.

Ob eine Spitzenstellungsbehauptung losgelöst vom konkreten Einzelfall stets als irreführend anzusehen ist, wenn weder ein deutlicher Vorsprung vor den Mitbewerbern noch die Aussicht besteht, dass dieser von gewisser Stetigkeit ist (vgl. insofern BGH, MMR 2004, 606 [BGH 17.06.2004 – I ZR 284/01] m.w.N. – Größter Onlinedienst), erscheint zwar fraglich (kritisch auch Bornkamm/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 5 Tz. 1.152), bedarf jedoch keiner Entscheidung. Die Antragsgegnerin hat entgegen dem durch die angegriffenen Werbeaussagen erweckten Eindruck schon nicht dargetan, dass sie hinsichtlich der beworbenen Präzision ihrer Teststreifen zumindest über einen Mitbewerbervorsprung verfügt, der die beanspruchte „absolute“ Spitzenstellungsbehauptung rechtfertigt.

Ein solcher Vorsprung folgt zunächst weder aus dem Patentschutz des Systems der Antragsgegnerin noch aus der Firma2-Zulassung. Für die konkret angegriffenen Werbeaussagen ist unerheblich, dass die Antragstellerin als einziges Unternehmen über eine Firma2-Zulassung auch für Patienten auf der Intensivstation verfügt. Gegenstand dieses Eilverfahrens sind ausschließlich die beanstandeten Aussagen in der Broschüre in Anlage K 1.

aa) Entsprechend der Einschätzung der Antragstellerin liegt in der Angabe „Der präziseste Blutzuckerteststreifen – Nachgewiesen in über 100 Publikationen“ aus Sicht des angesprochenen Verkehrs die Behauptung, dass es auf dem Markt nachweislich keinen präziseren Blutzuckerteststreifen als den der Antragsgegnerin gebe, als weise dieser in Bezug auf die Messpräzision einen Vorsprung vor sämtlichen Wettbewerbsprodukten auf.

Dieser Eindruck wird durch die Bezugnahme auf den Nachweis „in über 100 Publikationen“ noch betont. Diesbezüglich geht der angesprochene Verkehr davon aus, dass über 100 Publikationen existierten, aus denen sich ergebe, dass der beworbene Blutzuckerteststreifen der Antragsgegnerin der präziseste sei. Dass dies zutrifft, behauptet die Antragsgegnerin nicht. Sie trägt nur vor, dass eine entsprechende Zahl von klinischen Untersuchungen zu dem Ergebnis geführt habe, dass bei ihrem System keine Interferenzen bestünden. Dies ist etwas anderes. Es liegen unstreitig keine über 100 Vergleichsstudien vor, die belegen, dass der Teststreifen der Antragsgegnerin tatsächlich und in jedem Fall die präzisesten Messergebnisse liefert.

bb) Die Überschrift „Der präziseste Blutzuckerteststreifen“ auf Seite 2 der Broschüre ist ebenfalls irreführend.

(1) Der verständige Durchschnittsadressat, der sich über das (vermeintlich neue) Messsystem der Antragsgegnerin informieren möchte, nimmt in Zusammenschau mit dem übernächsten Absatz („Markel ist das weltweit erste Blutzuckermessgerät für die Messung und Eliminierung von Interferenzen, die in anderen Messgeräten und Teststreifen falsche Blutzuckerwerte verursachen [...]“) und den Zitaten am Ende der zweiten Broschürenseite an, dass die Blutzuckerteststreifen der Antragsgegnerin präziser als diejenigen der Konkurrenz seien, weil sie sowohl chemische Interferenzen als auch Hämatokrit-Interferenzen deutlich besser eliminierten und daher stets bessere Messergebnisse lieferten.

Dies trifft in dieser Allgemeinheit ebenfalls nicht zu.

(2) Bessere Ergebnisse durch die Eliminierung von elektrochemischen Interferenzen mit Paracetamol, Harnsäure, Maltose, Icodextrin oder Sauerstoff sind weder dargelegt noch ersichtlich.

Eine größere Messgenauigkeit gegenüber dem System der Antragstellerin besteht nach Aktenlage primär, wenn Patienten eine Galaktosekonzentrationen von mehr als 15 mg/dL aufweisen. Ob auch eine Konzentration von Triglyceriden von über 1.800 mg/dL oder eine intravenöse Ascorbinsäurekonzentration von mehr als 3 mg/dL im Klinikalltag auftreten und zur Anzeige von zu hohen Glukosewerten führen kann, ist zwischen den Parteien streitig. Dies kann offen bleiben. Denn etwaige Messfehler durch drei Stoffe rechtfertigen keine absolute Alleinstellungswerbung der Antragsgegnerin.

(3) Ausweislich des Firma2-Zulassungsdokuments in Anlage BE 2 beträgt die beanspruchte Hämatokrit-Spanne bei dem von der Antragsgegnerin beworbenen System „nur“ 20 % – 65 % („As established in [...] to support the claimed hematocrit range of 20 – 65 %“, vgl. lit. P. 1) auf S. 23). Angesichts dessen besteht kein Hinweis auf eine „höhere Messqualität“ ihres Systems, wie der auf die beanstandete Überschrift folgende Satz in Bezug auf abnormale Hämatokritwerte impliziert.

Ausgehend von der Firma2-Zulassung der Antragstellerin führen Hämatokritwerte zwischen 10 % – 65 % bei ihrem System nicht zu relevanten Interferenzen.

Das System von Firma1 ist ausweislich der von der Antragsgegnerin vorgelegten Untersuchung in Anlage BE 17 im Hämatokrit-Bereich zwischen 20 % – 70 % zuverlässig.

Abweichendes ist nicht substantiiert dargetan. Aus dem Text der vorgenannten Untersuchung ergibt sich zwar, dass die Firma1- und Firma3-Streifen weiterhin durch Änderungen im Hämatorcrit beeinflussbar seien. Gegenstand dieser

Untersuchung war aber nur, wie gut die jeweiligen Streifen die Kriterien der ISO-Norm ... befolgen. Diesbezüglich ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Messstreifen der Antragstellerin die Anforderungen dieser Norm – die für Krankenhaussysteme eine Art Minimalstandard bildet – erfüllen. Aus der Studie selbst geht hervor, dass die Ungenauigkeit beider Streifen als zulässig erachtet werde. Im Übrigen hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung selbst vorgetragen, dass es entscheidend auf eine überlegene Wirkung im klinischen Bereich ankomme, für die Laborstudien nur bedingt repräsentativ seien.

Dass nach dem US-Zulassungsdokument der Antragstellerin (Anlagen B 4, BE 4 a) im oben genannten Bereich keine wesentlichen Hämatokrit-Interferenzen bestehen, hat Indizwirkung. In den USA bestehen herkömmlich besonders strenge Anforderungen. Für deutsche Arzneimittel geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass die Wirkungsangaben in der Arzneimittelzulassung und der Fachinformation zum Zulassungszeitpunkt dem gesicherten Stand der Wissenschaft entsprochen haben (BGH, NJW-RR 2016, 417, 420 [BGH 07.05.2015 – I ZR 29/14] – Äquipotenzangabe in Fachinformation; BGH, GRUR 2013, 649, 653 [BGH 06.02.2013 – I ZR 62/11] – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil). Diese Rechtsprechung lässt sich – jedenfalls im Streitfall – auf die Firma2-Zulassung der Antragstellerin übertragen.

cc) Die blickfangmäßig nach Art einer Überschrift hervorgehobene Angabe „Präziseste Blutzuckerteststreifen“ auf Seite 4 der Broschüre ist ebenfalls irreführend.

Der angesprochene Verkehr wird die nachfolgende Überschrift „Das einzige Blutzuckermessgerät am Krankenbett zur Messung und Korrektur von Fehlern, die durch abnormale Hämatokritwerte verursacht werden“ sowie den übrigen Inhalt dieser Broschüreseite zum besseren Verständnis der Überschrift heranziehen und auf diese Weise zu der Annahme gelangen, die Blutzuckerteststreifen der Antragsgegnerin seien deshalb die

präzisesten, weil sie als einzige abnormale Hämatokritwerte bei Krankenhauspatienten messen und dadurch bedingte Fehler bei der Blutzuckermessung eliminieren würden. Die ganze Seite der Werbebroschüre in Anlage K 1 befasst sich damit, dass das System der Antragsgegnerin als einziges, jedenfalls deutlich genauer (vgl. die tabellarische Gegenüberstellung), schwankende Hämatokritwerte korrigiere.

Dies trifft aus den bereits genannten Gründen nicht zu. Es ist auch nicht erkennbar, dass jedenfalls das Systeme der Antragstellerin abnormale Hämatokritwerte – zumindest in der Spannbreite, für die das System der Antragsgegnerin in den USA zugelassen ist – nicht ebenso gut messen und eliminieren würden.

dd) Schließlich ist die Überschrift auf Seite 6 der Broschüre „Der präziseste Blutzucker-Teststreifen“ irreführend.

Diese Seite befasst sich in weiten Teilen mit der Messung und Korrektur von Messfehlern aufgrund von elektrochemischen Interferenzen.

Bereits die Unterüberschrift „Das einzige Blutzuckermessgerät zur Messung und Korrektur von Fehlern verursacht durch elektrochemische Interferenzen“ verleitet die angesprochenen Fachkreise zu der unzutreffenden Annahme, dass das System der Antragsgegnerin als einziges elektrochemische Interferenzen kompensiere. Im Folgenden erfährt der Leser, das Besondere an der Messkammer-Technologie der Antragsgegnerin sei die patentierte zusätzliche Messkammer, die elektrochemische Interferenzen messe und deren Einfluss berücksichtige. Zu den dadurch eliminierten elektrochemischen Interferenzen zählten Paracetamol, Ascorbinsäure (Vitamin C), Harnsäure, Sauerstoff, Bilirubin, etc. Dies verleitet den durchschnittlichen Adressaten zu der Fehlvorstellung, andere Systeme könnten Interferenzen aufgrund aller konkret aufgelisteten Stoffe nicht ebenso gut vermeiden. Dies hat die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast nicht schlüssig

dargetan.

c) Tenor zu 3.:

Die mit den Eilanträgen zu 3. angegriffenen Aussagen sind gleichfalls irreführend. Die Antragsgegnerin hat in der Broschüre jeweils Passagen aus verschiedenen Fachpublikationen zitiert, ohne das Jahr der Veröffentlichung anzugeben. Dies verstößt gegen das Zitiergebot des § 6 Nr. 2 HWG (i.V.m. §§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1; 3 a) UWG).

Gemäß § 6 Nr. 2 HWG ist eine Werbung unzulässig, wenn auf wissenschaftliche, fachliche oder sonstige Veröffentlichungen Bezug genommen wird, ohne dass aus der Werbung hervorgeht, ob die Veröffentlichung das Arzneimittel, das Verfahren, die Behandlung, den Gegenstand oder ein anderes Mittel selbst betrifft, für die geworben wird, und ohne dass der Name des Verfassers, der Zeitpunkt der Veröffentlichung und die Fundstelle genannt werden,

aa) Dafür, dass § 6 Nr. 2 HWG nur für Arzneimittel, nicht aber für Medizinprodukte gilt, besteht entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin kein Anhaltspunkt. Dem Wortlaut der Norm lässt sich diese Einschränkung nicht entnehmen. Er nimmt – im Gegenteil – auf „Gegenstände“ und „andere Mittel“ Bezug, auf die sich eine Werbung mit einer Veröffentlichung bezieht.

bb) Die Vorschrift des § 6 Nr. 2 HWG dient dazu, das von der Werbung angesprochene Fachpublikum in die Lage zu versetzen, die mitgeteilten Ergebnisse der Veröffentlichung kritisch und selbständig zu überprüfen (vgl. z.B. Zimmermann, HWG, 1. Aufl. 2012, § 6 Tz. 5; Doepner, HWG, 2. Aufl. 2002, § 6 Tz. 6).

Dieser Regelungszweck wird nicht erreicht, wenn entsprechend Anlage K 1 auf wissenschaftliche bzw. fachliche Veröffentlichungen Bezug genommen wird, ohne im konkreten Zusammenhang eindeutig deren Publikationsjahr anzugeben oder zumindest darauf zu verweisen, wo sich dieses sofort in Erfahrung bringen lässt.

Auf den streitgegenständlichen Seiten mit den Zitaten befindet sich jeweils kein Veröffentlichungsdatum. Dort ist auch kein Sternchenhinweis oder sonstiger Querverweis auf die letzte Seite der Broschüre vorhanden, auf der in der linken Spalte Angaben zur zitierten Literatur stehen. Der Leser müsste die Broschüre in Anlage K 1 schon sehr genau durchlesen bzw. -blättern, wollte er diese Literaturangaben zur Kenntnis nehmen. Sie befinden sich in einer Spalte unterhalb der Abbildung einer Teststreifen-Verpackung und der Überschrift „Marke1-Blutzuckerteststreifen“. Es folgen u.a. Angaben zum Messbereich, zur Haltbarkeit, etc. Nicht erkennbar räumlich abgesetzt folgen die Literaturangaben unter der kaum hervorgehobenen Überschrift „Literatur“.

Diese Gestaltung reicht schon für sich betrachtet nicht, um dem Regelungszweck des § 6 Nr. 2 HWG zu genügen. Entsprechend der Ansicht der Antragstellerin wird ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise die Broschüre nicht bis zur letzten Seite durchsehen, dort auf die Literaturangaben stoßen und diese auf die einzelnen Werbeaussagen zurückbeziehen. Dass das Fachpublikum insofern besondere Aufmerksamkeit walten lässt, ist nicht anzunehmen. Dies wäre aus Rechtsgründen auch unerheblich.

Denn in Anlehnung an die gefestigte Rechtsprechung zur Werbung mit Testergebnissen ist auch für den Anwendungsbereich des § 6 Nr. 2 HWG davon auszugehen sein, dass im Zusammenhang mit dem Zitat ein eindeutiger Hinweis darauf erfolgen muss, wo sich Angaben zum Publikationsjahr sofort in Erfahrung bringen lassen. Diese müssen unmittelbar – ohne eine aktive Suche – auffindbar sein.

Testurteile, die Teil einer Werbung sind, müssen nach der Rechtsprechung leicht und eindeutig nachprüfbar sein. Dies setzt nicht nur voraus, dass überhaupt eine Fundstelle im Test angegeben wird, sondern auch, dass diese Angabe für den Verbraucher aufgrund der Gestaltung der Werbung leicht auffindbar ist (BGH, GRUR 2010, 248, 251 [BGH 16.07.2009 – I

ZR 50/07] Tz. 30 ff. – Kamerakauf im Internet; OLG Frankfurt a.M., MMR 2016, 822 Tz. 16 – Pferdesalbe; OLG Frankfurt a.M., WRP 2013, 1380 Tz. 5; zu einem Konsumententest, vgl. auch OLG Köln, NJOZ 2013, 546, 547 – Konsumententest III). Es muss zumindest eine deutlicher Sternchenhinweis vorhanden sein, der ohne weiteres zur Fundstellenangabe führt (BGH – Kamerakauf im Internet, a.a.O., Tz. 32).

Diese Anforderungen an Werbung mit Prüfzeichen oder Testergebnissen lassen sich auf § 6 Nr. 2 HWG übertragen. Die Zielsetzung beider Informationspflichten die gleiche: Dem Adressaten soll es ermöglicht werden, die Bewertung selbst zu überprüfen und in ihren Gesamtzusammenhang einzuordnen (vgl. zu einem Prüfzeichen BGH, GRUR 2016, 1076, 1079 f. [BGH 21.07.2016 – I ZR 26/15] Tz. 40 – LGA tested). Nur wenn man die Rechtsprechung zu Testergebnissen auf § 6 Nr. 2 HWG überträgt, ist es dem Fachpublikum möglich, die zitierte Veröffentlichung selbst zur Kenntnis nehmen, diese zu validieren und sich bei Bedarf anhand ihrer Lektüre nähere Informationen zu beschaffen. Hierzu muss sich das Publikationsjahr sofort feststellen lassen können.

d) Tenor zu 4.

Die Bewerbung des Produkts der Antragsgegnerin als das weltweit erste bzw. einzige Blutzuckermessgerät zur Messung und Korrektur von Interferenzen durch abnormale bzw. unterschiedliche Hämatokritwerte respektive von elektrochemischen Interferenzen, wenn dies geschieht wie in der Anlage K 1, ist ebenfalls irreführend (§§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1; 3; 3 a) UWG i.V.m. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 HWG).

aa) Der Angabe

„Markel ist das weltweit erste Blutzuckermessgerät für die Messung und Eliminierung von Interferenzen, die in anderen Messgeräten und Teststreifen falsche Blutzuckerwerte verursachen. ...“

auf Seite 2 der Broschüre kann die irreführende Aussage beigelegt werden, das Messgerät der Antragsgegnerin eliminiere als einziges (auch) Hämatokrit-Interferenzen, die in Konkurrenzprodukten falsche Blutzuckerwerte verursachen. Da die Antragsgegnerin der behaupteten Unrichtigkeit dieser Aussage keinen substantiierten Vortrag entgegengehalten hat, kann sie gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als unstreitig angesehen werden (zur Indizwirkung der US-Zulassung der Antragstellerin, siehe bereits Ziffer 2. b) bb) (3)).

bb) Hinsichtlich der Werbeaussage

„Das einzige Blutzuckermessgerät am Krankenbett zur Messung und Korrektur von Fehlern, die durch abnormale Hämatokritwerte verursacht werden.“

kann – wie bereits ausgeführt – nicht davon ausgegangen werden, dass das Blutzuckermessgerät der Antragsgegnerin als einziges abnormale Hämatokritwerte misst und korrigiert. Diese Angabe ist unwahr und folglich irreführend.

cc) Die Angabe

„Markel ist das einzige Blutzuckermessgerät zur Messung und Korrektur der Blutzuckerwerte für unterschiedliche Hämatokritwerte am Krankenbett.“

ist aus demselben Grund irreführend.

dd) Das System der Antragsgegnerin ist auch nicht

„Das einzige Blutzuckermessgerät zur Messung und Korrektur von Fehlern verursacht durch elektrochemische Interferenzen“.

Dass es nach (noch immer) aktueller Studienlage mehr Interferenzen vermeiden mag als andere Systeme, rechtfertigt nicht die Aussage, dass es als einziges elektrochemische Interferenzen messe und dadurch verursachte Fehler korrigiere.

Dies trifft in dieser Absolutheit nicht zu.

e) Tenor zu 5.:

Die Werbung mit Vergleichstabellen mit nicht namentlich benannten Wettbewerbsprodukten wie „Mitbewerber A“, „Mitbewerber B“, „GDH Meter A“ oder „Konkurrent B“ ist ebenfalls unlauter.

aa) Entsprechend der Auffassung der Antragstellerin verstößt sie gegen § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Nach dieser Vorschrift handelt unlauter, wer vergleichend wirbt, wenn der Vergleich nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen ist.

Im Streitfall fehlt es an einem nachprüfbar Vergleich mit den nicht konkret benannten Mitbewerbern bzw. Produkten.

(1) Soweit ein Verstoß gegen § 6 Abs. 2 UWG ausweislich des ersten Absatzes dieser Vorschrift voraussetzt, dass die Werbung unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar machen muss, genügt es, wenn diese für den Durchschnittsadressaten der Werbung identifizierbar sind. Einer namentlichen Nennung bedarf es schon nach dem Wortlaut der Norm nicht. Eine Erkennbarkeit ist jedenfalls dann gegeben, wenn sich eine Bezugnahme auf einen oder mehrere Mitbewerber oder dessen/deren Waren bzw. Dienstleistungen förmlich aufdrängt (Köhler, a.a.O., § 6 UWG Tz. 79 m.w.N.; vgl. auch BGH, GRUR 2010, 161, 163 [BGH 01.10.2009 – I ZR 134/07] – Gib mal Zeitung). Ist eine Werbung zwar allgemein gehalten, sind aber nur wenige (wichtige) Mitbewerber auf dem Markt tätig, die dem Verkehr bekannt sind, so spricht dies für deren Erkennbarkeit (Köhler, a.a.O., Tz. 91 m.w.N.).

Ein derart überschaubarer Kreis an Mitbewerbern und Konkurrenzprodukten steht hier in Rede. Die Antragsgegnerin hat ihren eigenen Produkten in den Übersichten gezielt Produkte zweier weiterer Unternehmen gegenübergestellt. Da es

auf dem deutschen Markt – was den angesprochenen Fachkreisen bekannt sein dürfte – im Wesentlichen drei Anbieter gibt, die vernetzte Systeme zur Blutzuckerbestimmung in Krankenhäusern anbieten, nämlich die Parteien sowie Firma1, kann von einer mittelbaren Erkennbarkeit der zum Vergleich herangezogenen Mitbewerber bzw. Konkurrenzprodukte ausgegangen werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob der angesprochene Verkehr die konkreten Zahlen bzw. Graphen jeweils einem bestimmten Konkurrenzunternehmen oder Produkt zuordnet. Es genügt, dass er aufgrund der Darstellung den Eindruck gewinnt, als seien die Systeme der beiden Konkurrenten deutlich schlechter als dasjenige der Antragsgegnerin.

(2) Da die Darstellung der Antragsgegnerin nicht auf einer nachprüfbaren Tatsachengrundlage basiert, ist sie unlauter (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG). Die Antragsgegnerin trägt insofern nur vor, aus dem Gesamtkontext der Anlage K 1 werde klar, dass Gegenstand der Darstellung nicht ein konkreter Vergleich mit bestimmten Wettbewerbsprodukten sei, sondern ein „Vergleich“ der von ihr eingesetzten Messtechnik (ihres Vierkammer-Messsystems) zu den sonst verwendeten Messsystemen. Dies spricht dafür, dass ihrer Darstellung überhaupt keine greifbaren Vergleichsuntersuchungen zugrunde liegen, dass es sich um „aus der Luft gegriffene“ Gegenüberstellungen zu Werbezwecken ohne empirisches Fundament handelt.

bb) Selbst wenn man § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG mangels mittelbarer Erkennbarkeit von konkreten Mitbewerbern bzw. Wettbewerbsprodukten für unanwendbar hielte, läge eine Irreführung durch Unterlassen i.S.d. § 5 a) UWG bzw. nach § 3 HWG i.V.m. §§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3, 3 a) UWG vor.

f) Tenor zu 6.

Die mit dem Antrag zu 6. beanstandete Werbeangabe auf Seite 7 der Broschüre in Anlage K 1 ist nach § 3 a) UWG ebenfalls wegen Verstoßes gegen § 6 Nr. 2 HWG unlauter.

Die Antragstellerin darf nicht behaupten oder behaupten lassen, unter Verwendung des „Markel-Messsystems“ würde eine verkürzte Aufenthaltsdauer von DKA-Patienten auf der Intensivstation eintreten und daraus würden sich bestimmte Einsparungen von Pflegestunden und Kosten für Laboruntersuchungen ergeben würden, wenn diese Behauptungen, wie in der Anlage K 1, auf eine Publikation aus dem Jahr 2003 bezogen werden.

aa) Auf den ersten Blick handelt es sich zwar nur um die allgemeingültige Behauptung, eine Überwachung von Blutketonen von DKA-Patienten auf der Intensivstation senke (prinzipiell) Kosten und verkürze die Aufenthaltsdauer dieser Patienten auf der Intensivstation. Die Passage legt aber die Transferleistung nahe, dass sich mit dem Keton-Messsystem der Antragsgegnerin ebenfalls entsprechende Einsparungen (von 22 Pflegestunden und 375 Laboruntersuchungen im Wert von insgesamt € 2.940,00) erzielen ließen. Die Antragsgegnerin behauptet mithin indirekt, unter Verwendung ihres Systems ließen sich die benannten Einsparungen erreichen.

bb) Dies verstößt gegen § 6 Nr. 2 HWG.

Soweit die Antragstellerin einen Verstoß gegen diese Norm nicht explizit geltend macht, ist dies unschädlich. Die Antragstellerin begründet die Unlauterkeit der in Rede stehenden Werbeaussage mit der fehlenden Nennung des Publikationsjahres der Veröffentlichung von „Vanelli et al.“. Die Werbung sei irreführend, da die tatsächlich bereits über 13 Jahre alten Studienaussagen (die Studie von „Vanelli et al.“ stammt von 2003) nicht mehr aktuell seien.

Da die Antragstellerin die fehlende Angabe des Veröffentlichungsjahres beanstandet, kann die Frage nach einer inhaltlichen Unrichtigkeit dieser Werbeangabe dahinstehen. Der Senat ist nicht an die von der Antragstellerin zitierte Anspruchsgrundlage gebunden ist. Er kann die konkret beanstandete Aussage auch wegen Verstoßes gegen § 6 Nr. 2 HWG

untersagen (siehe z.B. BGH, GRUR 2007, 605, 606 f. [BGH 07.12.2006 – I ZR 166/03] Tz. 25 f. – Umsatzzuwachs).

3. Der Antragsgegnerin war auf ihren Antrag vom 10.08.2017 kein Schriftsatznachlass zur Erwidern auf den Schriftsatz der Antragstellerin vom 01.08.2017 zu gewähren.

Im einstweiligen Verfügungsverfahren kommt ein Schriftsatznachlass grundsätzlich nicht in Betracht. In aller Regel wird am Schluss der Sitzung entschieden (vgl. u.a. OLG Frankfurt a.M., WRP 1996, 310, 314; OLG Frankfurt a.M. (B.v. 27.07.2015 – 11 Verg 1/14), juris, Tz. 10). Dies gilt insbesondere in Fallkonstellationen wie der vorliegenden, in der die Antragstellerin noch nicht durch eine einstweilige Verfügung gesichert gewesen ist.

Für den von der Antragsgegnerin beantragten Schriftsatznachlass bestand im Übrigen deswegen kein Anlass, weil der Schriftsatz der Antragstellerin vom 01.08.2017 kein neues entscheidungserhebliches Vorbringen enthält.

Soweit der Senat die von der Antragstellerin mit diesem Schriftsatz erstmals eingereichten eidesstattlichen Versicherungen zur ergänzenden Begründung des Verfügungsgrundes herangezogen hat, müssen die Parteien im Eilverfahren grundsätzlich mit einer weiteren Glaubhaftmachung rechnen. Es handelt sich weder um präkludierten Parteivortrag (§ 531 Abs. 2 ZPO) noch ist die Vorlage von eidesstattlichen Versicherungen erst in der Berufungsinstanz dringlichkeitsschädlich.

Hinzu kommt, dass die Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin sich in der mündlichen Verhandlung vom 10.08.2017 argumentativ mit der Frage des Eilbedürfnisses und möglichen Defiziten der eidesstattlichen Versicherungen in Anlagen BB 3 – BB 7 auseinandergesetzt haben. Sie haben mit Anlage BE 20 selbst eine weitere eidesstattliche Versicherung überreicht. Ihre im Termin anwesende Geschäftsführerin hätte

bei Bedarf eine zusätzliche Erklärung abgeben können.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO.