

I-20 W 7/19  
38 O 199/18  
LG Düsseldorf



verkündet am 12.03.2019

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF  
IM NAMEN DES VOLKES  
URTEIL

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

des Verbandes Sozialer Wettbewerb e.V.,

Antragstellers und Beschwerdeführers,

- Verfahrensbevollmächtigte:

g e g e n

die

Düsseldorf,

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: ITMR Rechtsanwälte GbR, Jägerhofstraße 19-20,  
40479 Düsseldorf -

hat der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 19.02.2019 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Schüttpelz, die Richterin am Oberlandesgericht Sasse-Kühnen und den Richter am Oberlandesgericht Neugebauer

für R e c h t erkannt:

Die sofortige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichtes Düsseldorf vom 19.12.2018 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

### Gründe

#### I.

Der Antragsteller beanstandet einen Internetauftritt der Antragsgegnerin, in dem diese einen von ihr vertriebenen „Hyaluron Pen“ mit dem Zusatz „Patent Pending“ beworben hat. Diese Angabe hält der Antragsteller für irreführend, da sie eine Patentierung suggeriere, während tatsächlich nur eine Patentanmeldung vorliege. Auf eine entsprechende Abmahnung erklärte die Antragsgegnerin, in ihrer Werbung künftig einen aufklärenden Zusatz zu verwenden. Eine strafbewehrte Unterlassungserklärung gab sie nicht ab. Der Antragsteller begehrt deshalb, der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr für einen „Hyluron pen. Volumenaufbau ohne Nadel“ mit der Angabe „Patent Pending“ zu werben, wenn dies geschieht wie aus dem Internetauftritt Anlage A 3 ersichtlich. Den Antrag hat der Vorsitzende der angerufenen Kammer für Handelssachen mit der Begründung zurückgewiesen, unter dem Blickwinkel des durchschnittlichen Verbrauchers sei die Produktdarstellung der

Antragsgegnerin nicht irreführend. Der Teil der Verbraucher, der die Angabe kenne, verstehe ihn zutreffend. Der Teil, der zwar nicht die Angabe, aber die Bedeutung von "pending" als „bevorstehend“ oder „anhängig“ kenne, verstehe „Patent Pending“ ebenfalls nicht als erteiltes Patent. Der Teil, der das Wort pending nicht kenne, werde die Angabe nicht ohne weiteres mit einer ihm bekannten gleichsetzen, sondern erkennen, dass er mit dem Begriff nichts anzufangen wisse. Treffe er auf dieser Grundlage eine geschäftliche Entscheidung, fehle es an einer Irreführung. Andernfalls werde er als informierter Verbraucher ein Wörterbuch zu Rate ziehen oder das Wort „googlen“, um auf diese Weise Aufschluss über die oben dargestellte Wortbedeutung zu erhalten.

Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit der sofortigen Beschwerde und macht geltend, vor Irreführung geschützt sei auch der Verbraucher mit mäßigen, geringen oder gar keinen Englischkenntnissen. Dieser verstehe die Wortkombination „Patent Pending“ dahingehend, dass es sich um ein Patent handele, und erkenne das Missverständnis nicht.

Das Landgericht hat der Beschwerde – wiederum im Wege einer Vorsitzendenentscheidung – mit der Begründung nicht abgeholfen, der von der Antragstellerin in der Beschwerdebegründung in Bezug genommene Verbraucher werde die Wendung „Patent Pending“ gar nicht verstehen und sich dessen bewusst sein.

Mit einem sich mit der Nichtabhilfeentscheidung „kreuzenden“ Schriftsatz hat die Antragstellerin ihre Beschwerde auch darauf gestützt, dass die Kammer allein durch den Vorsitzenden entschieden hat.

## II.

Die zulässige sofortige Beschwerde hat keinen Erfolg.

1.) Zwar beanstandet die Antragstellerin zu Recht, dass der Vorsitzende allein nicht über den Antrag hätte entscheiden dürfen, sondern die Kammer für Handelssachen in voller Besetzung, also unter Beteiligung der Handelsrichter, hierüber hätte ent-

scheiden müssen. § 944 ZPO, wonach in dringenden Fällen der Vorsitzende auch über den Antrag auf Anordnung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung anstatt des Gerichts entscheiden kann, rechtfertigt eine Vorsitzendenentscheidung in der vorliegenden Konstellation nicht.

Dies gilt schon deshalb, da die von § 944 ZPO vorausgesetzte Dringlichkeit nicht mit der Dringlichkeit identisch ist, die den Erlass einer einstweiligen Verfügung rechtfertigt (vgl. Zöller-Vollkommer, ZPO, 32. Aufl., § 944 Rdnr. 1), und glaubhaft zu machen ist (vgl. Mayer in: BeckOK ZPO, Stand: 01.12.2018, § 944 Rdnr. 5). Für den Antragsteller streitet vorliegend für den Verfügungsgrund nur die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG. Ein darüber hinausgehendes Bedürfnis an einer schnellen Entscheidung wird vom Antragsteller nicht geltend gemacht und ist auch nicht ansonsten ersichtlich.

Zudem folgt der Senat in der umstrittenen Frage, ob der Vorsitzende nach § 944 ZPO auch befugt ist, den Antrag auf Anordnung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung gänzlich abzulehnen, der Ansicht, die dies verneint (vgl. Mayer in: BeckOK ZPO, a.a.O.; Zöller-Vollkommer, a.a.O.; a.A.: KG BeckRS 2013, 06390; Drescher in: MüKo-ZPO, 5. Aufl., § 944 Rdnr. 4). Denn die Abweichung von der Regelbesetzung findet vor dem Hintergrund des gesetzlichen Richters ihre Rechtfertigung nur darin, nicht hinnehmbare Nachteile für die Rechtsverfolgung durch raschen Rechtsschutz zu vermeiden. Der Vorsitzende kann deshalb lediglich dann allein entscheiden, wenn der vorgetragene Sachverhalt den sofortigen Erlass der einstweiligen Verfügung erfordert, also die Zeit bis zum Zusammentreten des Kollegialorgans zur Vermeidung irreparabler Rechtsverluste nicht mehr abgewartet werden kann. Soweit eine Ablehnung durch den Vorsitzenden alleine zum Teil damit gerechtfertigt wird, der Antragsteller, der erkenne, dass er beim Landgericht keinen Erfolg haben werde, habe ein Interesse an einer schnellen Entscheidung durch die nächste Instanz (KG, Beschluss vom 28.08.2012 - 5 W 175/12, BeckRS 2013, 6390; Scholz in: Danckwerts/Papenhausen/Scholz/Ravanti, Wettbewerbsprozessrecht, Rdnr. 934), steht dem schon entgegen, dass damit unterstellt wird, die Ansicht des Vorsitzenden, dem Antrag sei der Erfolg zu versagen, sei zwingend auch die Ansicht der mit Handelsrichtern besetzten Kammer. Die Handelsrichter haben jedoch aufgrund des gleichen Stimmrechts (§ 105 Abs. 2 GVG) die Möglichkeit, den Vorsitzenden zu überstimmen. Dass es länger dauern kann, eine Entscheidung der Kammer für Handels-sachen zu erhalten als die einer Zivilkammer, nimmt der Antragsteller, der sich dafür

entscheidet, seinen Antrag bei einer Kammer für Handelssachen anhängig zu machen, in Kauf. Dass „die Handelsrichter im Gericht nur zu den mündlichen Verhandlungen erscheinen und außerhalb der Sitzungstage für die Beratung eines Eilantrages nicht zur Verfügung stehen“, wie der Vorsitzende der angerufenen Kammer für Handelssachen in seiner Begleitverfügung vom 14.01.2019 aktenkundig gemacht hat, ist kein eine Abweichung vom gesetzlichen Richter rechtfertigender Umstand. Ist eine Entscheidung zu fällen, die nicht in den Anwendungsbereich von § 944 ZPO fällt, aber gleichwohl nicht bis zum nächsten Sitzungstag warten kann (dass dies vorliegend der Fall war, ist nicht ersichtlich), so muss einer der der Kammer zugewiesenen Handelsrichter auch „außer der Reihe“ zur Verfügung stehen. Diese Verpflichtung ist mit dem ihm übertragenen Amt verbunden und nicht disponibel.

Trotz des genannten Verfahrensfehlers kann der Senat als Beschwerdegericht selbst entscheiden (siehe zum Grundsatz: Zöller-Heßler, a.a.O., § 572 Rdnr. 27). Die hiervon zu machende Ausnahme, dass sich die fehlerhafte Besetzung des Erstgerichts auf die Besetzung des Beschwerdegerichts auswirkt, ist vorliegend nicht gegeben, da der Senat als Beschwerdegericht (§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO) sowohl über eine Beschwerde gegen eine Entscheidung der vollbesetzten Kammer für Handelssachen als auch gegen eine Entscheidung des Vorsitzenden gemäß § 122 Abs. 1 GVG in voller Besetzung zu entscheiden hat. Denn der Vorsitzende einer Kammer für Handelssachen ist nicht Einzelrichter im Sinne des § 568 S. 1 ZPO (vgl. BGH NJW 2004; 856).

2.) In der Sache ist das Begehren des Antragstellers unbegründet. Eine Irreführung im Sinne von § 5 Abs. 1 UWG liegt nicht vor.

Angesprochen werden durch die streitgegenständliche Werbung ausschließlich Fachkreise, nicht der Durchschnittsverbraucher. Denn wie der Antragsteller auf Nachfrage des Senats vorgetragen hat, soll der beworbene Hyaluron-Pen ausweislich der Werbung „ein sicheres und legales Arbeiten für Kosmetiker, Heilpraktiker und Ärzte gewährleisten“. Es gibt in der Werbung eine Rubrik „Vorteile für den Kunden“ und eine Rubrik „Vorteile für den Behandler“. Damit ist unmissverständlich ver-

deutlich, dass der Pen nicht – und sei es auch – zur Eigenbehandlung durch einen Endverbraucher angeboten wird. Dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Antragsgegnerin über ein Widerrufsrecht und eine Streitbeilegung für Verbraucher belehren, belegt nichts anderes, sondern besagt nur, dass sich die Antragsgegnerin offensichtlich mit anderen Produkten auch an Verbraucher wendet. Dass letzteres der Fall ist, hat sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch ausdrücklich vorgetragen, ohne dass der Antragsteller dem entgegen getreten ist. Anhaltspunkte dafür, dass es vorliegend zu einer Weitergabe der von der Antragsgegnerin im Internet getätigten Werbeaussage vom Fachkreis an den Letztverbraucher kommen kann, wie sie bei Werbung in Katalogen etc. in Betracht kommt, sind vom Antragsteller nicht vorgetragen und auch nicht ansonsten ersichtlich. Die im an die Antragsgegnerin gerichteten, vorprozessualen Schreiben des Antragstellers vom 10.12.2018 pauschal aufgestellte Behauptung, dass die Gefahr bestehe, dass die Geschäftskunden die Werbung für ihre Kunden und somit gegenüber dem Verbraucher übernehmen, hat der Antragsteller im Verfahren nicht wiederholt, geschweige denn substantiiert.

Werden aber Fachkreise durch eine Internetseite angesprochen, die extra geöffnet werden muss, um von der beanstandeten Werbung für ein offensichtlich nicht nur wenige Euro kostendes Produkt Kenntnis nehmen zu können, sind die Erwägungen, die das OLG München in der vom Antragsteller in Bezug genommenen Entscheidung vom 01.06.2017, 6 U 3973/16 (GRUR-RR 2017, 444) angestellt hat, per se nicht einschlägig. Denn vom OLG München war die Angabe „patent pending“ auf der Verpackung eines Zahnreinigungsproduktes zu beurteilen, die sich an das allgemeine Publikum richtet und von diesem zur Kenntnis genommen wird, wenn es das breitere Sortiment entsprechender Produkte im Regal betrachtet, die Packung mit der Angabe in die Hand nimmt und betrachtet bzw. nach dem Erwerb in Augenschein nimmt. Für diese Situationen hat das OLG München festgestellt, dass sich der angesprochene Verkehr mit der Angabe nicht näher beschäftigen wird. Etwas anderes gilt vorliegend mit den vom Landgericht aufgezeigten Folgen, die im Hinblick darauf, dass anders als bei ihm zur Beurteilung gestellt nicht der Durchschnittsverbraucher den angesprochenen Verkehr darstellt, folgende Ergänzung angezeigt ist. Ein durchschnittliches Mitglied der Personengruppe Kosmetiker, Heilpraktiker und Ärzte, auf das gemäß § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG abzustellen und das angemessen gut unterricht-

tet und angemessen aufmerksam und kritisch bzw. verständig ist, wird den Begriff „Patent Pending“, wenn er ihm in seiner Bedeutung nicht bekannt ist und es ihn für seine Entscheidung für bedeutsam hält, recherchieren. Dies gebietet die unternehmerische Sorgfalt und erfordert keinen Aufwand, da es ohnehin gerade im Internet „unterwegs“ ist. Gibt man dort „patent pending“ als Suchbegriff ein, erscheint sofort die Angabe, dass es sich um ein „angemeldetes Patent“ handelt. Schlägt man den Begriff in einem Internetwörterbuch wie dict.cc oder dict.leo.org nach, gilt Gleiches. Selbst wenn man nur „pending“ eingibt, wird in der Rubrik „Substantive“ die Kombination „patent pending“ mit der entsprechenden Übersetzung angezeigt. Es kann daher dahinstehen, ob Gewerbetreibende nicht ohnehin mittlerweile Englisch können (so Nordemann in: Götting/Nordemann, UWG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 3.98 Fußnote 1719) und eine realistische Vorstellung mit dem Patentschutz verbinden. Bei dem Teil des angesprochenen Verkehrs, bei dem letzteres nicht der Fall ist, kommt eine relevante Irreführung ohnehin nicht in Betracht (vgl. Bornkamm/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 5 Rdnr. 4.132).

Falls dies nicht schon für den – hier nicht angesprochenen – Durchschnittsverbraucher gelten sollte, wird jedenfalls das angemessen gut unterrichtete, angemessen aufmerksame und kritische bzw. verständige Mitglied der Personengruppe Kosmetiker, Heilpraktiker und Ärzte entgegen der vom Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung vertretenen Ansicht in Bezug auf ein Patent gemachte Angabe „angemeldet“ nicht als Bekundung der Erteilung des Patents verstehen.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Eine Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ist entbehrlich, da dieses Urteil kraft Gesetzes nicht anfechtbar ist, § 542 Abs. 2 ZPO.