

---

**Datum:** 25.11.2014  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 20. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-20 U 154/14  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2014:1125.I20U154.14.00

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Antragstellerin wird unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels das Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Wuppertal vom 26. August 2014 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Antragsgegnerin wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00, im Falle der Nichtbeitreibbarkeit Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland zu Wettbewerbszwecken in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Überlassung und Pflege von Standardsoftware folgende Klausel zu verwenden:

Zusätzlich kann X. eine Reaktivierungsgebühr in Rechnung stellen, deren Höhe X. auf Anfrage mitteilt.

Im Übrigen wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens erster Instanz tragen die Antragsgegnerin zu 75 % und die Antragstellerin zu 25 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Antragsgegnerin zu 60 % und die Antragstellerin zu 40 %.

I.

Die am 07. Februar 2014 gegründete und am 13. März 2014 in das Handelsregister eingetragene Antragstellerin befasst sich mit dem An- und Verkauf gebrauchter Software-Lizenzen, u.a. der Antragsgegnerin, an mittelständische Unternehmen. 3

Die AGB ( Fassungen 2011 und 2013) der Antragsgegnerin enthielten u.a. folgende Bestimmungen: 4

2.4.2 5

Die Weitergabe der X. Software bedarf in jedem Fall der schriftlichen Zustimmung von X. X. wird die Zustimmung erteilen, wenn der Auftraggeber eine schriftliche Erklärung des neuen Nutzers vorlegt, in der sich dieser gegenüber der X. zur Einhaltung der für die X. Software vereinbarten Regeln zur Einräumung eines Nutzungsrechts verpflichtet, und wenn der Auftraggeber gegenüber X. schriftlich versichert, dass er alle X. Software-Originalkopien dem Dritten weitergegeben hat und alle selbst erstellten Kopien gelöscht hat. X. kann die Zustimmung verweigern, wenn die Nutzung der X. Software durch den neuen Nutzer ihren berechtigten Interessen widerspricht. 6

10.9 7

Wenn der Auftraggeber die Pflege nicht sofort ab Auslieferung der X. Software bestellt, hat er, um bei späterem Beginn der Pflege auf den aktuellen Softwarestand zu kommen, die Pflegevergütung nachzubezahlen, die er bei Vereinbarung der Pflege ab Lieferung zu bezahlen gehabt hätte. Zusätzlich kann X. eine Reaktivierungsgebühr in Rechnung stellen, deren Höhe X. auf Anfrage mitteilt. Die Nachzahlung ist sofort und ungekürzt fällig. Dies gilt entsprechend bei einer Kündigung und anschließenden Reaktivierung der Pflege. ... 8

Die Antragstellerin macht geltend, die Klausel 2.4.2 verstoße gegen den Erschöpfungsgrundsatz des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG in der Auslegung des EuGH. Die Klausel 10.9 benachteilige den Kunden unbillig, weil er die volle Vergütung bezahlen müsse, obwohl von ihr weitere Leistungen (Mängelbeseitigung, Beratung) umfasst seien, die der Kunde nicht rückwirkend in Anspruch nehmen könne; des Weiteren sie unklar, wann und in welcher Höhe eine Reaktivierungsgebühr berechnet werde. Die Antragstellerin hat deswegen die Antragsgegnerin abgemahnt und zu einem nicht hinreichend aktenkundigen Zeitpunkt den Erlass einer einstweiligen Verfügung des Inhalts beantragt, der Antragsgegnerin unter Androhung gesetzlicher Ordnungsmittel die Verwendung der obigen Klauseln im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik zu Wettbewerbszwecken zu untersagen. 9

Die Antragsgegnerin hat sich darauf berufen, hinsichtlich der Klausel 2.4.2 sei ein Untersagungsurteil des Landgerichts H. vom 25.10.2013 (315 O 449/12, BeckRS 2013, 18592) im Verlaufe des Eilverfahrens durch Berufungsrücknahme rechtskräftig geworden; insoweit haben die Parteien das Verfahren für erledigt erklärt. Die Antragsgegnerin meint zur Klausel 10.9, diese sei als Preisklausel einer AGB-Kontrolle entzogen. Des Weiteren hat sie gemeint, die Sache sei nicht dringlich, weil die Antragstellerin ohne Weiteres die AGB Fassung 2011 im Internet hätte auffinden müssen und eine Kenntnis erst im April 2014, wie behauptet, auf grober Fahrlässigkeit beruhe. 10

Das Landgericht hat den Antrag, soweit nicht für erledigt erklärt, zurückgewiesen, und die Kosten vollständig der Antragstellerin auferlegt. Die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG sei widerlegt. Bei dem An- und Verkauf gebrauchter Software der Antragsgegnerin 11

handele es sich um ein zentrales Geschäftsfeld der Antragstellerin. Sie hätte daher frühzeitig die inhaltsgleichen AGB 2011 im Internet herausfinden und prüfen müssen.

Dagegen richtet sich die Antragstellerin mit ihrer Berufung, in der sie meint, eine so weit gehende Markterkundungspflicht bestehe nicht. Sie beantragt daher, 12

unter Abänderung des angefochtenen Urteils der Antragsgegnerin unter Androhung 13  
der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr in der  
Bundesrepublik Deutschland zu Wettbewerbszwecken Allgemeine Geschäftsbedingungen  
zur Überlassung und Pflege wie folgt zu verwenden:

Wenn der Auftraggeber die Pflege nicht sofort ab Auslieferung der X. Software 14  
bestellt, hat er, um bei späterem Beginn der Pflege auf den aktuellen Softwarestand zu  
kommen, die Pflegevergütung nachzubezahlen, die er bei Vereinbarung der Pflege ab  
Lieferung zu bezahlen gehabt hätte. Zusätzlich kann X. eine Reaktivierungsgebühr in  
Rechnung stellen, deren Höhe X. auf Anfrage mitteilt. Die Nachzahlung ist sofort und  
ungekürzt fällig. Dies gilt entsprechend bei einer Kündigung und anschließenden  
Reaktivierung der Pflege. ...

und die Kosten vollständig der Antragsgegnerin aufzuerlegen. 15

Die Antragsgegnerin beantragt, 16

die Berufung zurückzuweisen. 17

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. 18

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil sowie die Schriftsätze der 19  
Parteien verwiesen.

II. 20

Die Berufung der Antragstellerin hat teilweise Erfolg. 21

1. 22

Der allein noch rechtshängige Antrag zur Klausel 10.9 hat teilweise Erfolg. 23

a) Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 24  
UWG nicht widerlegt.

Zwar mag man dem Landgericht im Ansatzpunkt dahingehend folgen, dass im Anschluss an 25  
die Vorschrift des § 11 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. UWG zur Verjährung die Reaktionszeit des  
Mitbewerbers auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis von dem angegriffenen Verhalten zu  
laufen beginnt (vgl. Köhler, UWG, 32. Aufl., § 12 Rn. 3.15a m.w.N.).

Das Landgericht hat jedoch zu Unrecht eine grobe Fahrlässigkeit der Antragstellerin 26  
angenommen. Eine allgemeine Marktbeobachtungspflicht der Antragstellerin bestand nicht  
(vgl. Köhler, a.a.O., § 11 Rdn. 1.28). Auch wenn man davon ausgeht, dass der An- und  
Verkauf gebrauchter X.-Software einer der Hauptschwerpunkte der Tätigkeit der  
Antragstellerin war, erscheint es fraglich, ob der Antragstellerin angesonnen werden konnte,  
vorsorglich die umfangreichen AGB der Antragsgegnerin durchzusehen und zu prüfen. Dies  
hätte nämlich gegebenenfalls die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig gemacht. An

die Feststellung grober Fahrlässigkeit sind hohe Anforderungen zu stellen (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB; 73. Aufl., § 199 Rn. 39). Hinzu kommt, dass allenfalls die AGB Fassung 2011 der Antragsgegnerin im Internet veröffentlicht war; dass die AGB Fassung 2013 im Internet veröffentlicht war, ist nicht vorgetragen. Eine Identität von AGB 2011 und AGB 2013 war nicht ohne Weiteres zu erwarten, weil jedenfalls hinsichtlich 2.4.2 eine Überarbeitung nach der Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 2012 notwendig war (vgl. dazu 2.).

Geht man infolgedessen von dem Vortrag der Antragstellerin aus, ist die Dringlichkeit gewahrt. Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass im Allgemeinen die Dringlichkeit widerlegt ist, wenn zwischen Kenntnisaufnahme von dem Verstoß und der Beantragung der einstweiligen Verfügung eine Frist von mehr als zwei Monaten verstrichen ist. Selbst wenn man erst von einer Antragseinreichung am 27. Mai 2014 ausgeht, ist diese Frist gewahrt. 27

b) Der Antrag ist jedoch nur teilweise begründet. 28

10.9 der AGB ist nur teilweise überprüfbar, § 307 Abs. 3 BGB. Es handelt sich dabei um eine Klausel über das Entgelt, das die Antragsgegnerin für ihre Wartungsarbeiten berechnen will. Die Klausel gilt nur für den Fall, dass der Käufer der Software keinen Wartungsvertrag mit der Antragsgegnerin abgeschlossen hatte und infolgedessen die gekaufte Software (zeitweise) nicht upgegradet wurde. Hatte der Käufer der Software demgegenüber einen Wartungsvertrag mit der Antragsgegnerin geschlossen, ist die Klausel nicht einschlägig; von dem Zweiterwerber kann damit weder „rückwirkend“ Pflegevergütung noch eine Reaktivierungsgebühr verlangt werden. Im anderen Fall erbringt die Antragsgegnerin demgegenüber mit der Lieferung der Upgrades eine Gegenleistung. Welches Entgelt die Antragsgegnerin dafür verlangt, insbesondere ob sie Pauschalierungen vornimmt oder nicht, bleibt allein ihrer Entscheidung überlassen (vgl. EuGH NJW 2014, 2335 Rn. 35 ff.; BGH NJW 2014, 2940 Rn. 25 ff.). 29

Nach § 307 Abs. 3 S. 2 BGB verbleibt es jedoch bei einer Transparenzkontrolle (vgl. Pfeiffer, NJW 2014, 3069). Intransparent ist allein der Satz „Zusätzlich kann X. eine Reaktivierungsgebühr in Rechnung stellen, deren Höhe X. auf Anfrage mitteilt.“ Danach bleibt völlig offen, unter welchen Umständen X. eine Reaktivierungsgebühr berechnen wird, auch bleibt unklar, ob X. auch ohne vorherige Ankündigung eine derartige Gebühr nachträglich berechnen kann. Die Umstände, die nach der Erklärung der Antragsgegnerin in diesem Verfahren zur inhaltlichen Rechtfertigung dieser Klausel abgegeben hat (Schriftsatz vom 02. Juli 2014, Bl. 11/12, Bl. 54/55 GA), sind aus der Klausel nicht ersichtlich. Die Klausel ist damit nicht hinreichend bestimmt (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 307 Rn. 26). Dabei ist, wie bereits in der mündlichen Verhandlung vom 28. Oktober 2014 dargelegt, unerheblich, ob für die Antragsgegnerin (etwa auf Grund der §§ 19 ff. GWB) eine Kontrahierungspflicht trifft oder nicht. Die Vorschrift des § 307 BGB gilt unabhängig davon. 30

Der Anspruch auf Unterlassung ist auf den unzulässigen Teil zu beschränken (vgl. für Klagen nach § 8 UKlaG Köhler, UWG, 32. Aufl., § 8 UKlaG Rn. 2). 31

Die Unwirksamkeit der Klausel kann die Antragstellerin geltend machen. Bei den Vorschriften des AGB-Rechts handelt es sich um Marktverhaltensregeln im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG (vgl. Köhler, a.a.O., § 4 Rn. 11.156f ff.). Das gilt nicht nur bei der Verwendung unwirksamer AGB gegenüber Verbrauchern im Sinne von § 13 BGB, sondern auch gegenüber Unternehmen. Die fragliche Klausel ist auch geeignet, die Interessen der Antragstellerin zu beeinträchtigen. Unklare Klauseln über Reaktivierungsgebühren sind geeignet, Geschäfte 32

über den An- und Verkauf „gebrauchter“, nicht dauerhaft gewarteter X.-Software zu behindern. Potentielle Kunden der Antragstellerin werden durch diese wegen unabsehbarer Folgekosten davon abgeschreckt, derartige Software zu kaufen.

2. 33

Die Berufung der Antragstellerin hat Erfolg, soweit sie die Kostenentscheidung hinsichtlich des in erster Instanz übereinstimmend für erledigten Teils angreift. Die Parteien streiten nicht darüber, dass auch insoweit die Berufung zulässig ist (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., § 91a Rn. 56). Sie ist auch begründet. Entgegen der Auffassung des Landgerichts gebieten es die in § 91a ZPO angesprochenen Gesichtspunkte, der Antragsgegnerin insoweit die Kosten aufzuerlegen. Der Antrag war nämlich ursprünglich zulässig und begründet. Die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG war nicht widerlegt. Die Antragstellerin musste schon nicht davon ausgehen, dass die AGB 2011 der Antragsgegnerin trotz der Entscheidung des EuGH vom 03.07.2012 (GRUR 2012, 904) im Jahre 2014 unverändert fortgalten. Dass die AGB 2013 im Internet veröffentlicht waren, wird nicht vorgetragen. Der Antrag wäre aus den vom LG H. (BeckRS 2013, 18592) genannten Gründen voraussichtlich auch erfolgreich gewesen. Die Wiederholungsgefahr ist nachträglich dadurch entfallen, dass die Antragsgegnerin die Rechtskraft der angeführten Entscheidung des LG H. herbeiführte und sich darauf berief (vgl. Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 8 Rdn. 1.50).

3. 35

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. Einer Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit bedarf es im Hinblick auf § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht.

Streitwert: 50.000,00 €. 37