



**HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT
URTEIL
IM NAMEN DES VOLKES**

Geschäftszeichen:
5 U 140/06
315 O 343/06

Verkündet am:
7. Februar 2007
..... Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

K..... EDV GmbH
vertreten durch den Geschäftsführer Gregor K....
.....
..... Berlin

- Antragstellerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte/r: Rechtsanwälte K.....,
..... Hamburg
(.....)

g e g e n

u..... GmbH
vertreten durch den Geschäftsführer P..... S.....
.....
.....München

- Antragsgegnerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r: Rechtsanwälte M...../M.....,
..... München
(.....)

Du.

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg,
5. Zivilsenat, durch die Richter



nach der am **24. Januar 2007** geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

Die Berufung der Antragstellerin gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 15, vom 29.6.2006 (315 O 343/06) wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt die Antragsstellerin.

Gründe

I.

Die Antragstellerin verlangt von der Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung die Unterlassung der Bewerbung des Verkaufs von gebrauchten Softwarelizenzen der Fa. M.....

Die Antragstellerin ist M.....-Fachhandelspartnerin und vertreibt in dieser Funktion bundesweit M.....programme mit einer Originalherstellerez. Dabei stellt die Fa. M..... ihren Kunden, den Unternehmen, im Rahmen von sog. Volumenlizenzverträgen, z.B. M..... Select, einen Datenträger, z.B. CD-ROM, in Form einer Masterkopie zur Verfügung, auf dem die gewünschte Software gespeichert ist. Das Unternehmen ist dann aufgrund des geschlossenen Volumenlizenzvertrages berechtigt, auf einer bestimmten, benötigten Anzahl von Computern diese Software mittels der mitgelieferten Masterkopie zu installieren. Voraussetzung dabei ist, dass das Unternehmen im Rahmen dieses Vertrages zuvor in dieser benötigten Anzahl Lizenzen für das jeweilige Softwareprogramm von der Fa. M..... erworben hat.

Hinsichtlich der Einzelheiten des M.....-Select-Vertrages wird bzgl. eines Blankoexemplares auf die Anlage Ast. 2 verwiesen.

Die Antragsgegnerin handelt mit gebrauchten Softwarelizenzen, u.a. der Fa. M..... Dabei erwirbt sie die Lizenzen von Unternehmen, die Kunden der Fa. M..... im sog. Volumenlizenzvertrag sind (im folgenden Erstkunden) und nun eine bestimmte Anzahl von diesen Lizenzen für ihr eigenes Unternehmen nicht mehr benötigen. Dabei versichern die Erstkunden

gegenüber der Antragsgegnerin, dass im Umfang der an sie veräußerten Lizenzen die Software von den Computern im Unternehmen gelöscht wurde. Diese Lizenzen veräußert die Antragsgegnerin dann an Unternehmen (im folgenden Zweitkunden), welche ebenfalls Vertragspartner im sog. Volumenlizenzvertrag der Fa. M..... sind und nun einen Bedarf an den Erwerb weiterer Lizenzen haben. Statt diese zusätzlichen Lizenzen von der Fa. M..... zu erwerben, werden diese von der Antragsgegnerin erworben. Im Anschluss wird die Software mittels Masterkopie, welche die Fa. M..... dem Zweitkunden aufgrund des bereits bestehenden Volumenlizenzvertrages zuvor überlassen hatte, auf den Computern installiert. Eine Zustimmung der Fa. M..... zu diesen Erwerbsvorgängen über die Antragsgegnerin wird dabei nicht eingeholt.

In einer E-Mail vom 7. März 2006 bot die Antragsgegnerin der Antragstellerin M.....programme zu günstigen Preisen an (Anlage Ast 1), welche unter den Preisen liegen, welche die Fa. M..... selbst für entsprechende Produkte/Lizenzen verlangt. Dabei beruhen die niedrigen Preise auf der Tatsache, dass es sich um gebrauchte Software bzw. Lizenzen handelt, wie die Antragsgegnerin auf ihrer Homepage www.u.....de mitteilt und auf dieser sie ebenfalls für den Erwerb dieser gebrauchten Lizenzen wirbt.

Mit Schreiben der jetzigen Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin vom 13. April 2006 ließ diese die Antragsgegnerin wegen des Erwerbs und der Veräußerung der gebrauchten Softwarelizenzen der Fa. M..... abmahnen (Anlage Ast 5). Die mit diesem Schreiben von der Antragsgegnerin eingeforderte strafbewehrte Unterlassungserklärung verweigerte diese mit ihrem Schreiben vom 20. April 2006 (Anlage Ast 3).

Das Landgericht Hamburg erließ auf den am gleichen Tage bei Gericht eingegangenen Antrag der Antragstellerin vom 2.5.2006 am 4. Mai 2006 eine einstweilige Verfügung gegen die Antragsgegnerin, mit der dieser unter Meidung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel verboten worden ist, im geschäftlichen Verkehr den Verkauf von M.....-Softwarelizenzen zu bewerben, die zuvor im Rahmen von Volumenlizenzverträgen wie z.B. Select-Verträgen abgegeben wurden.

Gegen diese einstweilige Verfügung erhob die Antragsgegnerin Widerspruch. Das Landgericht Hamburg hob mit seinem Urteil vom 29. Juni 2006 die einstweilige Verfügung auf und wies den Antrag auf deren Erlass zurück. Hinsichtlich der Einzelheiten und auch zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf das Urteil des Landgerichts Hamburg verwiesen.

Die Antragstellerin wiederholt mit der Berufung ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie ist insbesondere der Ansicht, dass das Geschäftsmodell der Antragsgegnerin urheberrechtlich unzulässig sei und dessen Bewerbung unlauter. Das Verbreitungsrecht erschöpfe sich durch die Vergabe von Softwarenutzungsrechten („Lizenzen“) nicht. Eine analoge Anwendung des § 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG komme nicht in Betracht.

Die Antragstellerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg, Geschäftsnummer 315 O 343/06, vom 29.6.2006 aufzuheben und die Wirkung des Beschlusses des Landgerichts Hamburg vom 4.5.2006 wiederherzustellen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Berufung der Antragstellerin gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 29.6.2006 zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin wiederholt ebenfalls ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie ist insbesondere der Ansicht, dass ihr Geschäftsmodell urheber- und lauterkeitsrechtlich zulässig sei. Das Verbreitungsrecht an den gebrauchten Lizenzen sei gemäß § 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG analog erschöpft.

II.

Die zulässige Berufung der Antragsstellerin ist nicht begründet.

1. Es ist bereits zweifelhaft, ob sich die Antragsstellerin auf das Vorliegen eines Verfügungsgrundes nach §§ 12 Abs. 2 UWG, 935, 940 ZPO berufen kann.

Der Vorschrift des § 12 Abs. 2 UWG liegt eine widerlegbare tatsächliche Vermutung dergestalt zu Grunde, dass die Durchsetzung der begehrten Verbotsverfügung in Wettbewerbssachen für den Antragssteller in der Regel von besonderer Dringlichkeit ist. Diesem Gedanken tragen andere Oberlandesgerichte unter anderem dadurch Rechnung, dass im Rahmen der Verfolgung einer einstweiligen Verfügung in der Re-

gel nur kurze Fristen als hinnehmbar angesehen werden, ohne dass eine Selbstwiderlegung der Dringlichkeitsvermutung eintritt. Dieser Auffassung ist der Senat nicht beigetreten. Vielmehr bedarf es für die Beurteilung einer etwaigen Selbstwiderlegung einer umfassenden Abwägung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles, bei der die Ausnutzung bestimmter Fristen ein wesentlicher Gesichtspunkt sein kann, aber nicht stets sein muss (vgl. Senat MD 2006, 475 - Dringlichkeit bei StA-Ermittlungen; Senat MD 2006, 457 - Tarif-Stress).

Nach dem - nicht gemäß § 294 ZPO glaubhaft gemachten - Vorbringen der Antragsstellerin ist sie auf die Angaben der Antragsgegnerin auf deren Homepage erst aufmerksam geworden, als die Antragsgegnerin ihr anlässlich ihres Auftrittes auf der CEBIT die Werbe-eMail vom 7.3.2006 (Anlage Ast 1) zugesandt hat. Somit ist davon auszugehen, dass die Antragsstellerin bereits am 7.3.2006 von allen relevanten Umständen Kenntnis hatte, die in ihren Augen den Vorwurf eines Wettbewerbsverstoßes begründen. Gleichwohl hat sie die Antragsgegnerin erst mit Schreiben vom 13.4.2006 (Anlage Ast 6) unter Setzung einer –unter Berücksichtigung der Osterfeiertage- sehr kurzen Frist bis zum 20.4.2006 abgemahnt. Zwischen der behaupteten Kenntniserlangung und der Abmahnung liegt somit ein Zeitraum von über fünf Wochen. Da die Antragsstellerin somit ohne nähere Erläuterung trotz Kenntnis des behaupteten Wettbewerbsverstoßes und der Person des Verantwortlichen einen längeren Zeitraum untätig geblieben ist, hat sie durch ihr eigenes Verhalten zu erkennen gegeben, dass es ihr mit der Durchsetzung ihrer Ansprüche nicht eilig gewesen ist (vgl. OLG Hamburg GRUR-RR 2002, 277). Hierfür spricht auch, dass die Antragsstellerin, nachdem die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20.4.2006 (Anlage Ast 3) die Beanstandungen hat zurückweisen lassen, erst unter dem 2.5.2006, also nach weiteren nahezu zwei Wochen, den Verfügungsantrag bei Gericht eingereicht hat.

2. Die Antragsstellerin steht aber auch kein Verfügungsanspruch aus dem Gesichtspunkt einer irreführenden Werbung nach §§ 3, 5 Abs. 1, 2 Satz 1 Nr. 3, 8 Abs. 1, 3 Nr. 1 UWG zur Seite. Hierbei braucht auf der Grundlage des Vorbringens der Antragsstellerin nicht entschieden zu werden, ob die Antragsgegnerin mit der Werbung von „gebrauchten M.....-Softwarelizenzen“ gegen urheberrechtliche Vorschriften verstößt. Der geltend gemachte Verfügungsanspruch scheidet bereits daran, dass die Antragsstellerin nicht glaubhaft gemacht hat, dass die Antragsgegnerin mit irreführenden Angaben im Sinne von § 5 UWG geworben hat.

- a. Streitgegenstand des Verfügungsantrages ist das abstrakte Verbot, im geschäftlichen Verkehr den Verkauf von M.....-Softwarelizenzen zu bewerben, die zuvor im Rahmen von Volumenlizenzverträgen wie z.B. Select-Verträgen abgegeben worden sind.

Zur Begründung stützt sich die Antragsstellerin darauf, dass die Antragsgegnerin in ihrer eMail verschiedene M.....-Softwareprogramme zu äußerst günstigen Preisen angeboten habe. Auf ihrer Homepage habe sie angegeben, sie könne derart niedrige Preise verlangen, weil sie gebrauchte Softwarelizenzen vertreibe, zudem stammten die Lizenzen aus Fusionen oder Insolvenzen.

Mit diesem Vorbringen kann das begehrte Verbot nicht schlüssig begründet werden. Die Antragsstellerin hat nicht vorgetragen oder glaubhaft gemacht, dass die in Bezug genommenen Äußerungen der Antragsgegnerin unrichtig und somit irreführend wären.

- b. Soweit die Antragsstellerin eine Irreführung der interessierten Verbraucher damit begründen will, dass sich aus den Äußerungen der Antragsgegnerin auf der Homepage für den interessierten Kunden der – unzutreffende - Eindruck ergebe, dass es keine Rechte an den Lizenzen gäbe bzw. es ihr erlaubt sei, gebrauchte Softwarelizenzen zu vertreiben und der Erwerber somit legal die Lizenzrechte erwerbe, handelt es sich nach dem von der Antragsstellerin mitgeteilten Inhalt der Homepage nicht um irreführende Angaben im Sinne von § 5 UWG.

Angaben im Sinne von § 5 UWG sind Aussagen des Werbenden, die sich auf Tatsachen beziehen und daher inhaltlich nachprüfbar sind. Aber auch Meinungsäußerungen können je nach dem Äußerungszusammenhang einen konkret nachprüfbaren Vorgang oder Zustand betreffen und somit Angaben gemäß § 5 UWG sein (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., § 5 Rn. 2.25, 2.27). Somit kann grundsätzlich auch die Werbeaussage, dass der Erwerb von veräußerbaren Gegenständen rechtlich zulässig und wirksam ist, eine Angabe im Sinne der oben genannten Vorschrift sein. Erforderlich ist aber in jedem Fall, dass die Angabe geeignet ist, den Umworbenen irrezuführen. Hiervon kann nach Lage des Falles nicht ausgegangen werden.

Dieses folgt zunächst aus der Tatsache, dass die Antragsstellerin keinen Ausdruck der Homepage der Antragsgegnerin vorgelegt hat, aus dem sich diese Äußerungen in ihrem werblichen Umfeld ergeben. Denn maßgebend für die Beurteilung einer Werbeaussage nach § 5 UWG ist, wie der angesprochene Verkehr die beanstandete Werbung aufgrund des Gesamteindrucks der Werbung versteht (BGH GRUR 2003, 361, 362 - Sparvorwahl; BGH GRUR 2002, 715, 716 Scanner-Werbung; OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 46,47 - Rexona). Einzelne Äußerungen einer in sich geschlossenen Darstellung dürfen nicht aus ihrem Zusammenhang gerissen werden (BGH GRUR 2003, 800, 803 - Schachcomputerkatalog).

Darüber hinausgehend ist aber auch die zwischen den Parteien unstreitige Tatsache zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin auf ihrer Homepage hinsichtlich rechtlicher Zweifelsfragen bezüglich des Handels mit und des Erwerbes von gebrauchten Softwarelizenzen auf die Gutachten des Prof. Dr. H..... vom 19.1.2006 und vom 6.2.2006 verweist (vorgelegt im Rahmen der Schutzschrift der Antragsgegnerin als Anlagen SCH 6 und SCH 7), die über die Homepage aufrufbar sind. Die Antragsgegnerin weist somit in sachlicher Art selbst in ihrem Internetauftritt darauf hin, dass bezüglich der rechtlichen Wirksamkeit des Zweiterwerbs von „gebrauchten Softwarelizenzen“ ein erheblicher Meinungsstreit unter Juristen besteht. Hieraus folgt im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der „irreführenden Angabe“, dass die Antragsgegnerin den an „gebrauchten Softwarelizenzen“ Interessierten, der die Homepage der Antragsgegnerin aufgesucht hat, lediglich ihre Rechtsauffassung und Meinung vermittelt, wirksam „gebrauchte Lizenzen“ verkaufen zu können. Hierbei beruft sie sich ausdrücklich auf die schriftlichen Gutachten des Prof. Dr. H....., die sich eingehend mit abweichenden Rechtsauffassungen auseinandersetzen. Die von der Antragsstellerin behauptete Irreführung des verständigen Interessierten wird hierdurch nicht bewirkt.

- c. Soweit sich die Antragsstellerin zur Begründung des Unterlassungsanspruches möglicherweise mit der Berufung nunmehr auch auf die ihr zugesandte eMail der Antragsgegnerin vom 7.3.2006 (Anlage Ast 1) berufen will, kann dieses ebenfalls nicht den gestellten Unterlassungsantrag rechtfertigen. Unabhängig davon, ob dieses Vorbringen, welches einen neuen Streitgegens-

tand darstellt, noch wirksam in der Berufungsinstanz eingeführt werden kann, ergibt sich auch aus dem Inhalt der eMail keine uneingeschränkte Behauptung der Antragsgegnerin, in rechtlich wirksamer Weise die Lizenzrechte verschaffen zu können. Vielmehr weist die Antragsgegnerin auch den verständigen Interessierten auf rechtliche Zweifel hin, wenn zu lesen ist: „Aber wie funktioniert das? Was muß man beachten, um rechtlich auf der sicheren Seite zu sein? Die u..... GmbH steht Ihnen auf der CEBIT 2006 Rede und Antwort und gibt wertvolle Tips für die Praxis“ (vgl. Anlage Ast 1). Hieraus wird bei dem angesprochenen Verkehr der Eindruck hervorgerufen, dass die Antragsgegnerin lediglich der Auffassung ist, Rechte an den „gebrauchten Lizenzen“ verschaffen zu können. Es handelt sich daher bei diesen Werbeaussagen somit in erster Linie um eine Meinungsäußerung, die vom Tatbestand des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG erfasst wird und nicht den Vorwurf unlauteren Verhaltens nach § 5 UWG begründet.

- d. Da sich die Werbung der Antragsgegnerin im Rahmen der grundgesetzlich geschützten Meinungsäußerung bewegt, ist auch die Unlauterkeit der Wettbewerbshandlung im Sinne von § 3 UWG nicht gegeben (vgl. auch zu § 1 UWG a.F. BVerfG GRUR 2001, 3403, 3405 - Therapeutische Äquivalenz).
3. Andere wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche sind nicht ersichtlich und werden mit der Berufung auch nicht geltend gemacht.
4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

