

# Wettbewerbswidrigkeit eines Angebots von Produktschlüsseln bei mangelnder Aufklärung über fehlendes Nutzungsrecht

Landgericht Frankfurt a.M.

Urteil vom 20.04.2016

Az.: 2-06 0 275/15

## Tenor

I.

Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Verfügung bei Meidung von Ordnungsgeld bis 250.000,- € – ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung untersagt,

1.

bloße Produktschlüssel für ABC-Computerprogramme zu vertreiben und/oder anzubieten, wenn der Verbraucher tatsächlich kein gesetzliches Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung und zum Download des Computerprogramms erhält und wenn dies geschieht wie nachstehend wiedergegeben

[es folgen Abbildungen]

und/oder

2.

bloße Produktschlüssel für ABC-Computerprogramme zu vertreiben und/oder anzubieten, ohne den Verbraucher darüber zu informieren, wie seine Rechte zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Programms ausgestaltet sind und wenn dies geschieht wie im Tenor Ziff. I.1 wiedergegeben.

II.

Die Kosten des Eilverfahrens werden dem Antragsgegner auferlegt.

## **Tatbestand**

Die Antragstellerin nimmt den Antragsgegner wegen ihrer Auffassung nach wettbewerbswidrigen Angebots von Produktschlüsseln für ABC-Computerprogramme in Anspruch.

Die Parteien vertreiben u.a. Software (zum Angebot der Antragstellerin siehe Anlage ASt 1, Bl. 23f. d.A.; zum Angebot des Antragsgegners siehe Anlage ASt 3, Bl. 28ff. d.A.). Am 2.2.2016 bot der Antragsgegner auf der Plattform rakuten.de Folgendes an: „ABC XXX, Vollversion, Deutsch, Win, Download, ESD [00390]“. Unter der Angabe „Produktdaten“ finden sich u.a. die Angaben: „Hersteller: ABC“; „Lizenztyp: Vollversion“; „Medium: ESD/Download“; „Updates: Herstellerabhängig“ „Aktivierung: per Internet oder Telefon“. Wegen der Einzelheiten des Angebot wird auf den Ausdruck der Screenshots, Anlage ASt 3, Bl. 28ff. d.A., Bezug genommen. Auf der Grundlage dieses Angebots erwarb ein Testkäufer das genannte Produkt. Diesem wurde am 16.2.2016 per elektronischer Mail ein sog. Produktschlüssel übermittelt und ihm eine Download-Möglichkeit mitgeteilt.

Die Firma XYZ, die von dem Inhaber der urheberrechtlichen Nutzungsrechte der ABC-Computerprogramme mit der Überprüfung der Echtheit von Programmkopien und Produktschlüsseln beauftragt wurde, teilte auf Anfrage mit, dass es sich bei dem dem Testkäufer von dem Antragsgegner übersandten Produktschlüssel um einen solchen handele, der im Rahmen eines

Volumenlizenzvertrags an ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland ausgegeben worden sei. Er sei bisher 298 mal zur Aktivierung verwendet worden (Anlage ASt 6, Bl. 151 d.A.). Es handelt sich bei diesem Unternehmen nicht um den Antragsgegner. Von dem Inhaber der urheberrechtlichen Nutzungsrechte an dem Computerprogramm (Fa. ABC) wurde ursprünglich dem Ersterwerber keine verkörperte Kopie des Computerprogramms, sondern lediglich der Produktschlüssel nebst Downloadmöglichkeit zur Verfügung gestellt.

Die Antragstellerin mahnte den Antragsgegner erfolglos ab und machte geltend, der Antragsgegner habe Produktschlüssel als angebliche Lizenzen verkauft, obwohl er den Käufern tatsächlich keine solche verschaffen könne. Der Antragsgegner habe es nämlich unterlassen, die Dokumentation über den Inhalt des Nutzungsrechts und den Nachweis, dass die Voraussetzungen der Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts vorlägen, dem Testkäufer zu überlassen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage ASt4, Bl. 45ff. d.A., Bezug genommen.

Die Antragstellerin bot noch bis Juli 2015 selbst ABC-Software auf nahezu identische Weise bei Ebay an, wie sie es nunmehr bei dem Antragsgegner moniert (vgl. insoweit Ausdruck eines solchen Angebots Anlage LHR 4, Bl. 136ff. d.A.).

Die Antragstellerin meint, der Vertrieb derartiger reiner Produktschlüssel sei unzulässig und damit wettbewerbsrechtlich irreführend. Der Antragsgegner trage die volle Beweislast dafür, dass das urheberrechtliche Verbreitungsrecht an der verkauften Kopie erschöpft sei. Es obliege dem Antragsgegner im Fall des Verkaufs solcher Lizenzen, dem Käufer eines solchen Produkts den Nachweis zu erbringen, dass es sich um ein mit Zustimmung des Rechtsinhabers erstmalig in den Verkehr gelangtes Produkt handle. Der Käufer, der einen solchen Produktschlüssel kaufe, erwarte, dass er mit diesem Produkt eine gültige Lizenz für ein Programm erwerbe, das er legal auf seinem Computer installieren könne. Es bestehe für jeden Verbraucher ein überragendes Interesse daran, über die

Voraussetzungen der Zulässigkeit einer legalen Nutzung aufgeklärt zu werden und insbesondere entsprechende Verkaufsinformationen von dem Antragsgegner zu erhalten, aus denen sich für den Verbraucher ohne Weiteres ergebe, dass er tatsächlich eine legale Lizenz erwerbe und nicht Gefahr laufe, dass der Produktschlüssel von ABC gesperrt werde.

Die Antragstellerin hat zunächst beantragt (Bl. 12ff. d.A.), dem Antragsgegner zu untersagen, bloße Lizenzkeys als Lizenzen für ABC-Computerprogramme zu vertreiben und/oder anzubieten, wenn dies wie in dem im Tenor Ziff. I.1. wiedergegebenen Angebot (Anlage ASt3) geschieht. Die Kammer hat die Antragstellerin sodann darauf hingewiesen (Bl. 141f. d.A.), dass sie für die von ihr geltend gemachte fehlende urheberrechtliche Erschöpfung jedenfalls im Beschlussverfahren ohne Anhörung des Gegners beweisbelastet sei und eine Untersagung daher lediglich unter dem Aspekt der Irreführung durch Unterlassung (§§ 3, 5, 5a UWG) in Betracht komme. Die Antragstellerin hat sodann beantragt (Bl. 146f. d.A.), dem Antragsgegner unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen, bloße Lizenzkeys als Lizenzen für ABC Computerprogramme zu vertreiben und/oder anzubieten, wenn dies geschehe, ohne den Verbraucher darüber zu informieren, wie die Rechte zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Programms entsprechend der Entscheidung des BGH (GRUR 2015 272, 278 [OLG Hamburg 18.09.2014 – 3 U 96/12] Rn. 64 – UsedSoft III) ausgestaltet seien, ohne dem Verbraucher gegenüber anzugeben, dass zu keinem Zeitpunkt mehr Programmkopien existierten und existieren als nach dem Lizenzvertrag erlaubt seien und ohne den Verbraucher darauf hinzuweisen, dass ihm nach Erwerb die Vorerwerber der Programmkopien mitgeteilt und entsprechende Nachweise zur Verfügung gestellt würden.

Die Antragstellerin beantragt nunmehr,

– wie erkannt –.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Er meint, es fehle bereits der Verfügungsgrund. Dieser setze neben einem Zeit- auch einen Umstandsmoment voraus. Da die Antragstellerin selbst noch bis zum Sommer 2015 in der gleichen Weise Computerprogramme (unstreitig) anbot, wie sie diese nunmehr verfolge, sei anzunehmen, dass die Dringlichkeitsvermutung gemäß § 12 Abs. 2 UWG widerlegt sei. Der Verfügungsgrund fehle aufgrund des erforderlichen Umstandsmoments auch deshalb, weil die Antragstellerin selbst sich auf der Grundlage ihrer Rechtsauffassung unredlich verhalte. Denn tatsächlich habe ein Testkauf bei ihr ergeben, dass die Antragstellerin nicht, wie in ihren Angeboten angekündigt, dem Erwerber eines Computerprogramms Belege über die Rechtekette bis zum Erstlizenznehmer online über [www.ZZZ.net](http://www.ZZZ.net) bereitstelle und auch solche nicht übersende. Der Testkäufer sei vielmehr nach einer ausdrücklichen Nachfrage darauf verwiesen worden, telefonisch mit einem Mitarbeiter von ZZZ Kontakt aufnehmen zu müssen. Dem Testkäufer sei es bis heute nicht gelungen, unter der angegebenen Telefonnummer jemanden zu erreichen.

Das Vorgehen der Antragstellerin sei zudem rechtsmissbräuchlich. Dies ergebe sich bereits aus dem genannten eigenen Angebotsverhalten der Antragstellerin. Zudem stehe das Kostenrisiko der Antragstellerin in keinem Verhältnis zu dem von ihr mit dem Softwareverkauf erzielten Umsatz und Gewinn. Es seien bei dem in der Antragschrift angegebenen Streitwert von EUR 150.000 immense Kosten für die Rechtsdurchsetzung zu befürchten, während die Antragstellerin bisher nur in geringem Umfang Umsatz und Gewinne erwirtschaften können. So habe sie bei Ebay in den letzten 12 Monaten 29, in den letzten sechs Monaten 4 und im letzten Monat lediglich 2 Bewertungen erhalten. Auch ihr Geschäftssitz in einer kleinen Wohnung spreche für eine eher geringe Geschäftstätigkeit. Es sei daher anzunehmen, dass das Vorgehen

vornehmlich dazu diene, ihrem Prozessbevollmächtigten eine Einnahmequelle zu verschaffen.

Es fehle zudem der Verfügungsanspruch. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin könne Software legal in der Weise weiterverkauft werden, dass lediglich der Produktschlüssel nebst Downloadmöglichkeit zur Verfügung gestellt werde. Voraussetzung für die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts sei es nicht, dem Käufer alles für die „bestimmungsgemäße Nutzung“ der Kaufsache zur Verfügung zu stellen. Ob der Verkäufer, der den Käufer nicht in die Lage versetze, gegenüber dem Inhaber der urheberrechtlichen Nutzungsrechte die Erschöpfung zu beweisen, trotzdem den Kaufvertrag mit dem Käufer ordnungsgemäß erfülle, sei höchststrichterlich nicht geklärt. Es sei zudem jedenfalls nicht entscheidend, ob jeweils die relevanten Nachweise zur Verfügung gestellt würden, sondern tatsächlich materiell rechtlich Erschöpfung eingetreten sei. Er behauptet, das Verbreitungsrecht an der beim Testkauf veräußerten Programmkopie sei erschöpft. Da (unstreitig) der Produktschlüssel zu einer Volumenlizenz gehört habe, die das Recht gewähre, mehrere Kopien des Programms zu nutzen, spreche hiergegen auch nicht die Anzahl der bisher erfolgten Aktivierungen des Produktschlüssels. Er meint, es sei zudem für die vorliegende wettbewerbsrechtliche Situation nicht auf die allein für die Frage der Rechtsverletzung geltende Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für die Erschöpfung abzustellen. Die Antragstellerin, die vorliegend ein irreführendes Angebot durch den Antragsgegner rüge, genüge vorliegend nicht ihrer Darlegungs- und Beweislast, wenn sie lediglich die Irreführung des Angebots behauptete, ohne hierfür wenigstens greifbare Anhaltspunkte vorzutragen. Vorliegend sei zudem der Nachweis der Unbrauchbarmachung der Kopie des Computerprogramms deshalb nicht erforderlich, weil ABC (unstreitig) selbst ursprünglich lediglich den Produktschlüssel nebst Downloadmöglichkeit in den Verkehr gebracht hat. In diesem Fall könne eine Kopie des Programms

auch nur durch Bereitstellung des Schlüssels weiterverkauft werden. Der von der Antragstellerin im Ergebnis bereits im Angebotstext geforderte Hinweis auf die eingetretene Erschöpfung, mithin die Rechtmäßigkeit der Nutzung der verkauften Kopie, sei sogar selbst als Werbung mit Selbstverständlichkeiten wettbewerbswidrig (§ 5 UWG); ein solcher Angebotsinhalt sei der hiesigen Antragstellerin auf Antrag des hiesigen Antragsgegners durch die einstweilige Verfügung des Landgerichts Frankfurt am Main vom 14.3.2016 (AZ. 3-08 0 32/16, Anlage LHR 9) verboten worden. Er behauptet, er stelle seinen Kunden selbstverständlich alle erforderlichen Nachweise über den Eintritt der Erschöpfung des Verbreitungsrechts zur Verfügung, sofern dies aufgrund einer Intervention des Rechteinhabers notwendig werden sollte. Er meint, er schulde auch nur dies und nicht etwa die Übersendung dieser Nachweise im Vorhinein oder eine Offenlegung auch gegenüber Wettbewerbern, da er an diesen Informationen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse habe. Es sei auch nicht gerechtfertigt, dem Anbieter einer nicht verkörperten Ware weitergehende Verpflichtungen zur Bereitstellung der Nachweise der eingetretenen Erschöpfung (und damit der Offenlegung der Lieferkette) aufzuerlegen als dem Anbieter verkörperter Ware.

Wegen des Vortrags im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst den zu den Akten gelangten Anlagen Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

I.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hat Erfolg.

1.

Der Antrag Ziff. I.1 hat Erfolg.

a)

Der Antrag Ziff. I.1. ist zulässig.

Er ist zunächst hinreichend bestimmt. Die Antragsfassung, die auf die Untersagung des Angebots und des Vertriebs bloßer Produktschlüssel für ABC-Computerprogramme abstellt, wenn der Verbraucher tatsächlich kein gesetzliches Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung und zum Download des Programms erhält, wenn dies geschieht, wie in dem dem Testkauf zugrunde liegenden Angebot erfolgt, beschreibt die gerügte Verletzungshandlung hinreichend konkret und bestimmt und erfasst insbesondere den Kern der geltend gemachten konkreten Verletzungsform.

Der Antragsgegner hat auch keine solchen Tatsachen für das Vorliegen eines Missbrauchs dargelegt und glaubhaft gemacht, aus denen sich ergäbe, dass die Antragstellerin den Unterlassungsanspruch missbräuchlich geltend macht (§ 8 Abs. 4 UWG; vgl. zur Beweislast Köhler/Bornkamm/Köhler/Feddersen, UWG, 34. Auflage § 8 Rn. 4.25) und der Antrag daher unzulässig wäre (vgl. zur prozessualen Einordnung des Missbrauchseinwands BGH, Urteil vom 17.11.2005 – I ZR 300/02 – MEGA SALE Rn. 22). Ein Missbrauch der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs liegt vor, wenn der Anspruchsberechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt und diese als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen, wobei es genügt, dass die sachfremden Ziele überwiegen. Ein Anhaltspunkt für eine missbräuchliche Rechtsverfolgung kann sich unter anderem daraus ergeben, dass die Abmahntätigkeit in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit des Abmahnenden steht. Ein Indiz für ein missbräuchliches Vorgehen kann ferner darin gesehen werden, dass der Anspruchsberechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend das für sich gesehen nicht schutzwürdige Ziel verfolgt, den Gegner mit möglichst hohen Prozesskosten zu belasten (BGH, Urteil vom 6.10.2011 – I ZR 42/10 – Falsche

Suchrubrik mwN).

Soweit sich der Antragsgegner darauf beruft, dass die Antragstellerin selbst bis Sommer 2015 Computerprogramme durch das Bereitstellen von Produktschlüsseln in der nunmehr von ihr beim Antragsgegner beanstandeten Art und Weise angeboten hat, ergibt sich aus diesen unstreitigen Umständen nicht, dass die nunmehr begehrte Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs rechtsmissbräuchlich wäre. Der hierin liegende „unclean hands“-Einwand kommt gegenüber einem Unterlassungsanspruch, der sich – wie vorliegend der Vorwurf der Irreführung der Verbraucher – gegen einen die Allgemeininteressen berührenden Wettbewerbsverstoß richtet, generell nicht in Betracht. Denn ansonsten könnte ein unzulässiges Wettbewerbsverhalten allein deshalb fortgesetzt werden, weil mehrere Mitbewerber sich in gleicher Weise verhalten (OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 24.7.2008 – 6 U 73/08 – Irreführender Ökostrom-Tarifvergleich).

Der Antragsgegner macht zudem geltend, das Interesse der Antragstellerin an der Durchsetzung des Anspruchs stehe in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem hiermit verbundenen Kostenrisiko, da die Antragstellerin nur in geringem Umfang Umsätze aus ihrer Tätigkeit erziele, so dass anzunehmen sei, dass ihre Tätigkeit lediglich dazu diene, ihrem Prozessbevollmächtigten eine Einnahmequelle zu verschaffen. Eine missbräuchliche Geltendmachung der Ansprüche kann auf dieser Grundlage nach dem schriftsätzlichen Vortrag und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung nicht mit der erforderlichen Gewissheit angenommen werden. Zu Recht macht der Antragsgegner einen Missbrauchseinwand insofern nicht mit dem Argument geltend, die Antragstellerin wolle ihn und mögliche Mitbewerber schlicht schädigen und Unannehmlichkeiten bereiten. Denn dies ist aufgrund des von dem Antragsgegner selbst aufgezeigten nicht unerheblichen Kostenrisikos keine nachvollziehbare Motivation, insbesondere für die – nach der Behauptung des Antragsgegners – wirtschaftlich eher schwache

Antragstellerin. Nachvollziehbar erscheint der Missbrauchsvorwurf in Fällen der vorliegenden Art daher nur bei einem kollusiven Zusammenwirken zwischen dem Abmahner und dem von ihm beauftragten Anwalt, bei dem der Anwalt den Mandanten insbesondere von dem genannten Kostenrisiko vollständig oder zum großen Teil freistellt. Dann ist allerdings von einem missbräuchlichen Vorgehen ohne weiteres auszugehen, da in diesem Fall der Abmahner ersichtlich keine ersthaften Interessen am Schutz gegen unlauteren Wettbewerb verfolgt, sondern sich lediglich dafür hergibt, seinem Anwalt eine Gebühreneinnahmequelle zu verschaffen (OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 14.12.2006 – 6 U 129/06 – sprechender Link).

Durchgreifende Indizien für ein solches Zusammenwirken hat der Antragsgegner nicht dargetan; er hat auch nicht einmal behauptet, der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin habe den Antragsgegner von den Kostenrisiken freigestellt. Auch ergibt sich aus den vorliegenden Gesamtumständen nicht, dass die Antragstellerin ein in Wahrheit nur im Kosteninteresse ihres Prozessbevollmächtigten vorgeschobenes Unternehmen ist. Ein taugliches Indiz dafür ist nicht, dass der von der Antragstellerin im hiesigen Rechtsstreit ebenso wie in der vorangegangenen Abmahnung geltend gemachte Streitwert von EUR 150.000 sich gegenüber dem Streitwert, den das Oberlandesgericht Frankfurt am Main für einen vergleichbaren Wettbewerbsverstoß zugrunde gelegt hat (Beschluss des OLG Frankfurt am Main vom 8.3.2016 – 6 W 27/16: EUR 50.000) als überhöht erwiesen hat. Die Antragstellerin macht mit ihrem Antrag geltend, der Antragsgegner biete zu sehr günstigen Preisen Produktschlüssel an, die in Wahrheit dem Verbraucher kein Recht zur Nutzung gewährten. Der damit geltend gemachte Wettbewerbsverstoß ist geeignet, die Umsatzinteressen der Antragstellerin erheblich zu beeinträchtigen, da sie (teurere) Ware vertreibt, hinsichtlich derer sie nach ihrem Vortrag die tatsächliche Einräumung von Nutzungsrechten an den Verbraucher durch eine Dokumentation sicherstellt. Auf der Grundlage dessen liegt der geltend gemachte Streitwert jedenfalls nicht

soweit außerhalb des Rahmens, dass er taugliches Indiz für ein kollusives Zusammenwirken der Antragstellerin mit ihrem Prozessbevollmächtigten bilden könnte. Aufgrund des erheblichen wirtschaftlichen Interesses, das die Antragstellerin nach dem genannten Vorbringen an der Unterbindung des beanstandeten Wettbewerbsverstoßes hat, ergibt sich, dass der vom Antragsgegner geltend gemachten derzeit geringe Umfang der Geschäftstätigkeit der Antragstellerin kein Indiz für ein missbräuchliches Verhalten ist.

b)

Es besteht auch der erforderliche Verfügungsgrund. Die gemäß § 12 Abs. 2 UWG zu vermutende Dringlichkeit ist nicht widerlegt. Die von dem Antragsgegner insoweit geltend gemachten Einwände, aus denen er zudem die Missbräuchlichkeit der Geltendmachung des Anspruchs (§ 8 Abs. 4 UWG) herleitet, greifen, wie oben ausgeführt, nicht durch. Sie sind auch nicht geeignet, die gemäß § 12 Abs. 2 UWG zu vermutende Dringlichkeit entfallen zu lassen. Es gelten die obigen Ausführungen entsprechend.

c)

Es besteht auch der geltend gemachte Verfügungsanspruch. Die Antragstellerin als Wettbewerberin des Antragsgegners kann gemäß §§ 3, 5 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1, 8 UWG von diesem verlangen, es zu unterlassen, Produktschlüssel für die genannten Computerprogramme anzubieten, wenn der Verbraucher tatsächlich kein gesetzliches Recht zur Nutzung und zum Download des Computerprogramms erhält. Der Antragsgegner hat im Rahmen des Testkaufs und des diesem zugrunde liegenden Angebots (Anlage ASt3) den Erwerber (dh. den Testkäufer) über ein wesentliches Merkmal der Ware, nämlich das (im Verhältnis zum Inhaber des Urheberrechts an dem Computerprogramm, dh. ABC) tatsächlich nicht bestehende gesetzliche Recht zur bestimmungsgemäßen Berechtigung zur Nutzung und zum Download des Computerprogramms (§§ 97, 69c Satz 1 Nr. 1, 2, UrhG),

getäuscht. Die wettbewerbswidrige Verletzungshandlung begründet die Wiederholungsgefahr, die vorliegend insbesondere nicht durch die die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt wurde.

aa)

Der verständige durch das Angebot angesprochene Verbraucher – zu dem auch die Mitglieder der Kammer gehören – versteht das dem Testkauf zugrunde liegende Angebot dahin, dass der Antragsgegner den Erwerbern bzw. den Adressaten des Angebots eine Berechtigung zum Download und zur Nutzung der Programmkopie verschaffen werde, die auch gegenüber dem Rechtsinhaber des Computerprogramms, dh. gegenüber ABC, besteht. Dies ergibt sich bereits aus der Überschrift und der dortigen Beschreibung des Angebotsgegenstands. Angeboten wird dort „ABC XXX 1 User, Vollversion, Deutsch, Win, Download, ESD“ (vgl. Anlage ASt3, Bl. 28 d.A.). Die Angabe „1 User“ und „Vollversion“ des genannten Computerprogramms wird von dem verständigen Verbraucher dahin verstanden, dass auf der Grundlage des Erwerbs eine Person (1 User) auch gegenüber dem genannten Rechteinhaber „ABC“ berechtigt sein soll, das genannte Programm aus dem Internet herunterzuladen und zu nutzen. Dieser Eindruck wird vorliegend durch die Angabe in den „Produktdaten“ (Anlage ASt3, Ausdruck S. 2, Bl. 29 d.A.) verstärkt, wonach es „Lizenz-Typ: Voll-Version“ heißt, was unterstreicht, dass der Angebotsadressat davon ausgeht, eine „Lizenz“, dh. jedenfalls eine gesetzliche Nutzungsberechtigung gegenüber ABC (die in den Produktdaten des Angebots als „Hersteller“ angegeben wird und deren Name auch auf der in dem Angebot wiedergegebenen Verpackung einer entsprechenden Box zu sehen ist) zu erwerben. Auch wenn in der Überschrift von „Download“ die Rede ist, versteht der verständige Verbraucher das Angebot nicht etwa dahin, dass ihm (im Verhältnis zu ABC) keine Berechtigung zur Nutzung des Computerprogramms, sondern lediglich ein Lizenzschlüssel zur rein tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit (unabhängig von einer Berechtigung

gegenüber dem Rechteinhaber) verkauft wird. Er versteht die Angabe „Download“ (lediglich) dahin, dass ihm das Vervielfältigungsstück des Computerprogramms nicht durch Verschaffung einer verkörperten Programmkopie zur Verfügung gestellt wird, sondern er sich diese durch Download verschaffen muss. Hierfür spricht auch, dass es unter Angabe Produktdaten heißt „Medium: ESD/ Download“, dh. der Hinweis „Download“ als Mittel der Verschaffung der Softwarekopie bezeichnet wird.

bb)

Auf der Grundlage des derzeitigen Vortrags ergibt sich, dass der Antragsgegner dem Testkäufer kein solches gesetzliches Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung und Download des Computerprogramms verschafft hat. Der Testkäufer war vorliegend im Verhältnis zu ABC nicht zur Vervielfältigung der Software durch Herunterladen des Programms berechtigt. Denn es ist vorliegend zugrunde zu legen, dass bereits das Verbreitungsrecht an der dem Testkäufer angebotenen und sodann verkauften Programmkopie nicht erschöpft war (§ 69c Satz 1 Nr. 3 Satz 2 UrhG), so dass der Testkäufer dementsprechend auch nicht gemäß § 69c Satz 1 Nr. 1, 69d Abs. 1 UrhG zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Computerprogramms, insbesondere durch Herunterladen des Programms, berechtigt war.

(1)

Die Vorschrift des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG dient der Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen und ist daher richtlinienkonform auszulegen. Nach Art. 4 Abs. 2 der genannten Richtlinie erschöpft sich mit dem Erstverkauf einer Programmkopie in der Union durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung das Recht auf die Verbreitung dieser Kopie. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die genannte Bestimmung dahin auszulegen, dass das Recht auf die Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms erschöpft ist, wenn der Inhaber des

Urheberrechts, der dem möglicherweise auch gebührenfreien Herunterladen dieser Kopie aus dem Internet auf einen Datenträger zugestimmt hat, gegen Zahlung eines Entgelts, das es ihm ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie des ihm gehörenden Werks entsprechende Vergütung zu erzielen, auch ein Recht, diese Kopie ohne zeitliche Begrenzung zu nutzen, eingeräumt hat (BGH, Urteil vom 11.12.2014 – I ZR 8/13 – UsedSoft III Rn. 26ff.). Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt es im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes für die Erschöpfung des Verbreitungsrechts nicht darauf an, ob ein Computerprogramm durch Aushändigen eines materiellen Datenträgers oder durch Herunterladen aus dem Internet veräußert wird. Beide Arten der Veräußerung eines Computerprogramms sind wirtschaftlich gesehen vergleichbar; das Herunterladen aus dem Internet entspricht funktionell der Aushändigung eines Datenträgers. Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts tritt daher unabhängig davon ein, ob der Verkauf eine körperliche oder eine nichtkörperliche Kopie des Programms betrifft. Für die Erschöpfung des Verbreitungsrechts ist es ferner unerheblich, ob dem Ersterwerber die Kopie des Programms auf einem Datenträger ausgehändigt wird oder ob er die Kopie des Programms selbst anfertigt. Bei der nach der Rechtsprechung des EuGH gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise kommt es ferner nicht darauf an, ob der Ersterwerber die Kopie durch Herunterladen aus dem Internet oder auf andere Weise anfertigt (BGH, aaO, UsedSoft III Rn. 32f.; BGH, Urteil vom 19.3.2015 – I ZR 4/14 – Green-IT Rn. 39). Dabei erstreckt sich die Erschöpfung auf das Recht zum Veräußern des Computerprogramms durch Bekanntgabe des dem Vervielfältigungsstück zugeordneten Produktschlüssels. Eine Programmkopie, in Bezug auf die sich das Verbreitungsrecht erschöpft hat, kann dementsprechend auch in der Weise weiterveräußert werden, dass der Erwerber die ihm vom Weiterverkäufer verkaufte Kopie des Computerprogramms auf seinen Computer herunterlädt (BGH, aaO, Green-IT Rn. 39).

Eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts ist allerdings nur

dann anzunehmen, wenn der Weiterverkäufer keine Kopie des Computerprogramms zurückbehält, dh. er dem Erwerber des Vervielfältigungsstücks vorhandene Kopien aushändigt oder diese unbrauchbar macht (BGH, aaO, UsedSoft III Rn. 27; aaO Green-IT Rn. 49). Hat der Ersterwerber eine Lizenz erworben, die die Nutzung der auf einem Server installierten Kopie des Computerprogramms durch mehrere Nutzer gestattet (sog. Client-Server-Lizenz), kann sich der Nacherwerber der Kopie dieses Programms daher nur dann mit Erfolg auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts an dieser Kopie berufen, wenn der Ersterwerber diese Kopie unbrauchbar gemacht hat. Hat der Ersterwerber dagegen eine Lizenz erworben, die die Nutzung mehrerer eigenständiger Kopien des Computerprogramms erlaubt (sog. Volumen-Lizenz), ist er dazu berechtigt, das Recht zur Nutzung des betreffenden Programms für eine von ihm bestimmte Vielzahl von Nutzern weiterzuverkaufen und für die verbleibende Zahl von Nutzern weiter zu nutzen, da es sich bei den einzelnen Lizenzen um jeweils selbständige Nutzungsrechte handelt, die eigenständig übertragen werden können. In einem solchen Fall kann sich der Nacherwerber von Kopien dieses Computerprogramms daher bereits dann mit Erfolg auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts an diesen Kopien berufen, wenn der Erwerber eine entsprechende Anzahl von Kopien unbrauchbar gemacht hat (BGH, aaO UsedSoft III Rn. 45). Ist mithin nur dann eine Erschöpfung anzunehmen, wenn die Verbreitung nicht zu einer unzulässigen Aufspaltung der vom Ersterwerber erworbenen Lizenz führt (BGH, aaO, UsedSoft III Rn. 44), kommt es dann, wenn die Veräußerung an den Ersterwerber oder Zwischenerwerber dadurch erfolgt, dass sich der Erwerber die Kopie durch Herunterladen selbst verschaffen soll, für die Erschöpfung durch Weiterverkauf darauf an, ob der Erst- oder Zwischenerwerber die Software selbst installiert oder diese ohne vorherige eigene Installation (zB durch Übersendung der Seriennummern) an den weiteren Erwerber direkt weitergeleitet hat. Lediglich im erstgenannten Fall setzt die Erschöpfung eine Weitergabe oder Unbrauchbarmachung der installierten Kopie an den weiteren Erwerber voraus (vgl.

BGH, aaO, UsedSoft III Rn. 49 aE).

Hat der Inhaber des Urheberrechts dem Herunterladen der Kopie eines Computerprogramms aus dem Internet auf einen Datenträger zugestimmt, ist nach der Rechtsprechung des EuGH jeder weitere Erwerber einer Lizenz zur Nutzung dieses Computerprogramms iSv Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG, der durch § 69d Abs. 1 UrhG ins deutsche Recht umgesetzt wurde, als rechtmäßiger Erwerber einer Programmkopie anzusehen. Er darf vom Vervielfältigungsrecht nach Art. 5 Abs. 1 der genannten Richtlinie Gebrauch machen, wenn das Recht zur Verbreitung der Programmkopie nach Art. 4 Abs. 2 der genannten Richtlinie erschöpft ist (s.o.) und der Weiterverkauf der Lizenz an den Erwerber mit dem Weiterverkauf der von der Internetseite des Urheberrechtsinhabers heruntergeladenen Programmkopie verbunden ist (BGH, aaO, Green-IT Rn. 46, 43).

(2)

Dass diese Voraussetzungen im Fall der Programmkopie, die Gegenstand des Testkaufs war, erfüllt waren, ist vorliegend vom Antragsgegner jedenfalls darzutun.

(a)

Nach den allgemeinen Grundsätzen hat der Kläger bzw. Antragsteller als Verletzter die rechtsbegründenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, der Beklagte bzw. Antragsgegner demgegenüber diejenigen Umstände, die den rechtsbegründenden Tatsachen ihre Bedeutung oder Grundlage nehmen (Köhler/Bornkamm/ Bornkamm, UWG, 34. Auflage, § 5 Rn. 3.19). Die Äußerung des Verdachts, dass die vom Beklagten aufgestellte Werbebehauptung irreführend sei, reicht damit für eine schlüssige Klage nicht aus. Vielmehr muss der Kläger – um seiner primären Darlegungslast zu genügen – grundsätzlich greifbare Anhaltspunkte für die geltend gemachte Irreführung nicht nur behaupten, sondern im Falle des Bestreitens auch beweisen (Bornkamm, aaO Rn. 3.19a; BGH, Urteil vom 19.2.2014 –

I ZR 230/12 – Umweltengel für Tragetasche).

Trifft den Kläger zwar grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast, kommen ihm jedoch Darlegungs- und Beweiserleichterungen zugute, wenn es um die Aufklärung von Tatsachen geht, die in den Verantwortungsbereich des Beklagten fallen. Im Prozess treffen den Beklagten daher prozessuale Erklärungs Pflichten. Gerade bei Werbebehauptungen fehlt dem außerhalb des Geschehensablaufs stehenden Kläger oft eine genaue Kenntnis der entscheidenden Tatumstände, so dass es ihm nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten möglich ist, den Sachverhalt von sich aus aufzuklären, während der Beklagte über diese Kenntnisse verfügt und die notwendige Aufklärung ohne weiteres leisten kann (BGH, aaO – Umweltengel für Tragetasche Rn 14). In solchen Fällen entspricht es dem auch im Prozess geltenden Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB), dass der Beklagte die erforderliche Aufklärung leistet, sofern sie ihm nach den Umständen zuzumuten ist, ihn also eine prozessuale Erklärungs pflicht trifft (Bornkamm, aaO Rn. 3.23; BGH, Urteil vom 26.10.2006 – I ZR 97/04 – Regenwaldprojekt II Rn. 31, Urteil vom 20.2.2013 – I ZR 175/11 – Kostenvergleich bei Honorarfactoring Rn 23; Urteil vom 3.7.2014 – I ZR 84/13 – Wir zahlen Höchstpreise Rn. 10, wonach in einem solchen Fall auch eine Umkehr der Beweislast in Betracht kommen kann).

Insoweit ist zudem zu berücksichtigen, dass für die Bestimmung der Darlegungs- und Beweislast die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung (Richtlinie 2006/114/EG) zu berücksichtigen ist, nach deren Art. 7 die Zivilgerichte ermächtigt werden, vom Werbenden Beweise für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen zu verlangen, wenn ein solches Verlangen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer Verfahrensbeteiligter im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint sowie Tatsachenbehauptungen als unrichtig anzusehen sind, wenn der nach der vorstehenden Regelung genannte Beweis nicht

angetreten oder als unzureichend erachtet wird (vgl. hierzu: Bornkamm, aaO Rn. 3.20ff.).

(b)

Auf dieser Grundlage ergibt sich, dass den Antragsgegner vorliegend zumindest eine Erklärungslast dafür trifft, dass die Voraussetzungen vorliegen, unter denen er dem Testkäufer das gesetzliche Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung und zum Download des Computerprogramms einräumen konnte, das heißt Erschöpfung eingetreten ist.

Die Antragstellerin hat keine Kenntnis über die Lieferkette und kann sich diese auch nicht verschaffen. Sie kann damit nicht darlegen, dass das dem Testkäufer angebotene und an ihn vertriebene Vervielfältigungsstück des Computerprogramms erstmals von oder mit Zustimmung des Rechtsinhaber ABC in den Verkehr gebracht wurde. Es war ihr aufgrund entsprechender Einholung der XYZ-Auskunft zwar möglich, festzustellen, dass der Produktschlüssel, der dem Testkäufer übersandt wurde, ursprünglich von ABC als Volumenlizenzvertrag an ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland ausgegeben wurde (vgl. Auskunft XYZ in der Email vom 21.3.2015, Anlage ASt6, Bl. 151 d.A.), bei der es sich nicht um den Antragsgegner handelt (vgl. Bl. 161 d.A.). Da nicht ersichtlich ist, dass die XYZ bereit (gewesen) wäre, der Antragstellerin die weiteren Daten dieses Unternehmens mitzuteilen, wäre es der Antragstellerin nicht möglich, durch entsprechende Nachfrage bei dem Ersterwerber herauszufinden, an wen von diesem Vervielfältigungsstücke des Computerprogramms weiterveräußert wurden und ob sich die Kette bis zum Antragsgegner weiterverfolgen lässt. Dementsprechend kann die Antragstellerin vorliegend auch nicht darlegen, in welcher Weise dem Ersterwerber und möglichen Zwischenerwerbern eine oder mehrere Programmkopie(n) zur Verfügung gestellt wurden (sei es durch entsprechende vom Erst- oder Zwischenerwerber hergestellte verkörperte Programmkopien, sei es durch die Berechtigung, sich solche durch Herunterladen aus dem Internet selbst zu

verschaffen) und ob – falls vorhanden – solche Programmkopien von dem Erst- und Zwischenerwerbern vernichtet bzw. dem jeweiligen Folgerwerber ausgehändigt wurden.

Es handelt sich bei den genannten Voraussetzungen der Erschöpfung des Verbreitungsrechts um Umstände, die demgegenüber dem Betrieb und dem Verantwortungsbereich des Antragsgegners zuzuordnen sind. Der Antragsgegner hat Kenntnis davon, von wem er selbst das entsprechende Vervielfältigungsstück erworben hat. Bereits im eigenen Interesse, nämlich für den Fall der eigenen Inanspruchnahme durch den Rechteinhaber ABC, wird der Antragsgegner auch die weiteren Daten über den Erst- und Zwischenerwerber des angebotenen Vervielfältigungsstücks besitzen und sich entsprechende Erklärungen und/oder Nachweise über die Existenz und ggf. Vernichtung oder Aushändigung von Vervielfältigungsstücken bei Erst- und Zwischenerwerbern verschafft haben. Der geschäftlich handelnde Antragsgegner weiß, dass ihn im Falle der Inanspruchnahme durch den Rechteinhaber dann, wenn er sich auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts und auf das Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung nach § 69d Abs. UrhG beruft, die Darlegungs- und Beweislast für deren Voraussetzung (BGH, aaO – UsedSoft III Rn. 46; BGH, aaO – Green-IT Rn. 49). Der Antragsgegner hat insofern auch selbst vorgetragen, dass er seinen Kunden selbstverständlich alles Notwendige zum Beleg der Erschöpfung des Urheberrechts vorlege, sollte dies aufgrund einer Intervention des Rechteinhabers notwendig sein. Damit stehen ihm nach seinen Angaben die erforderlichen Informationen zur Verfügung.

(3)

Der Antragsgegner hat die Voraussetzungen der Erschöpfung des Verbreitungsrechts und dementsprechend das gesetzliche Recht des Testkäufers, das Programm mit Hilfe des ihm übersandten Produktschlüssels herunterzuladen und bestimmungsgemäß zu nutzen (§§ 69c Abs. Nr. 3, 69d Abs. 1 UrhG), nicht dargetan.

Es sind bereits die Voraussetzungen der Erschöpfung des Verbreitungsrechts von dem Antragsgegner nicht dargetan. Nach der (unwidersprochenen) Angabe der XYZ (Anlage ASt 6, Bl. 151 d.A.) handelt es sich bei dem Produktschlüssel, der dem Testkäufer mit der Aufforderung übersandt wurde, um einen solchen, der zu einem Volumenlizenzvertrag gehört, den die Rechteinhaberin mit einem in Deutschland ansässigen Unternehmen geschlossen hat, das nicht mit dem Antragsgegner identisch ist. Dabei wurde von ABC keine körperliche(n) Kopie(n), sondern lediglich der Produktschlüssel nebst Downloadmöglichkeit in den Verkehr gebracht. Nach der unwidersprochenen Angabe von XYZ (Anlage ASt 6, Bl. 151 d.A.) wurde der Produktschlüssel bis zum 21.3.2016 298mal zur Aktivierung verwendet.

Damit hätte es zunächst dem Antragsgegner obliegen, die Rechtekette darzulegen, dh. anzugeben, dass die dem Testkäufer verkaufte Programmkopie eine solche war, die der Antragsgegner – ggf. über bestimmte Zwischenerwerber – von dem Ersterwerber erworben hat. Angaben hierzu fehlen.

Es wäre weiter Sache des Antragsgegners, darzutun, dass weder von ihm noch vom Erst- und ggf. Zwischenerwerbern Vervielfältigungsstücke gefertigt wurden bzw. dann, wenn solche gefertigt wurden, jedenfalls solche Vervielfältigungsstücke vor der Veräußerung der Programmkopie an den nachfolgenden Erwerber vernichtet oder dem nachfolgenden Erwerber übergeben wurden. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist ein solcher Beleg, die Vernichtung oder Weitergabe von Kopien betreffend, nicht deshalb entbehrlich, weil vorliegend der Rechteinhaber ABC keine körperliche Kopie, sondern lediglich den Produktschlüssel nebst Downloadmöglichkeit in den Verkehr gebracht hatte. Denn auch in diesem Fall wäre es ohne weiteres möglich, dass der Ersterwerber oder mögliche Zwischenerwerber mit Hilfe des Produktschlüssels sich Kopien durch Herunterladen des Computerprogramms verschafft und/oder solche

bspw. auf Datenträgern gespeichert hätte. Ein solches Vorgehen des Ersterwerbers lag der Entscheidung des BGH (aaO, UsedSoft III) laut dortigem Sachverhalt zugrunde. Insoweit wäre der Antragsgegner insbesondere gehalten gewesen, sich mit dem Umstand auseinanderzusetzen, dass nach Auskunft der XYZ der Produktschlüssel bereits 298mal zur Aktivierung verwendet wurde, dh. in 298 Fällen Programmkopien erstellt wurden. Da es sich um einen Produktschlüssel handelt, der dem Ersterwerber im Zuge eines sog. Volumenlizenzvertrags zur Verfügung gestellt wurde, setzte die Erschöpfung des Verbreitungsrechts an der dem Testkäufer zur Verfügung gestellten Programmkopie (lediglich) voraus, dass der Erst- und ggf. Zwischenerwerber von der ihnen erlaubten Mehrzahl eigenständiger Kopien des Computerprogramms im Zuge des Weiterverkaufs dieser Programmkopie eine Programmkopie unbrauchbar gemacht hat; zu der eigenen Nutzung oder dem Weitervertrieb der verbleibenden Zahl von Programmkopien blieb der jeweilige Erstoder Zwischenerwerber berechtigt. Daher hätte der Antragsgegner jedenfalls darlegen müssen, welche Zahl von Lizenzen ABC vorliegend dem Ersterwerber mit dem Volumenlizenzvertrag eingeräumt hatte. Auch hierzu fehlt jeder Vortrag.

2.

Auch der Antrag Ziff. I.2 hat Erfolg.

a)

Dieser Antrag ist zulässig.

Er ist in der im Termin der mündlichen Verhandlung am 20.4.2016 gestellten Fassung insbesondere hinreichend bestimmt und beschreibt den Kern der konkret geltend gemachte Verletzungshandlung, nämlich das Angebot und den Vertrieb bloßer Produktschlüssel für die genannte Programme, ohne den Verbraucher darüber zu informieren, wie seine Rechte zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Programms ausgestaltet sind. Insbesondere ist es nicht Aufgabe der Antragstellerin, in der

Antragsfassung konkret anzugeben, welche konkreten Informationen zur bestimmungsgemäßen Nutzung der Antragsgegner in welcher Art und Weise bei Angebot und Vertrieb von Produktschlüsseln zur Verfügung stellen muss. Denn vorliegend hat der Antragsgegner ausweislich seines Angebots Anlage ASt3, auf das diese Antragsfassung konkret Bezug nimmt, keinerlei solche Informationen zum bestimmungsgemäßen Gebrauch des Computerprogramms zur Verfügung gestellt mit Ausnahme des Umstands, dass eine Kopie des Computerprogramms zur Nutzung verwendet werden dürfe.

Der Antragsgegner handelt auch bei der Geltendmachung dieses Anspruchs nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 8 Abs. 4 UWG. Die obigen Ausführungen zum Antrag Ziff. I.1 gelten entsprechend.

b)

Es besteht insoweit der erforderliche Verfügungsgrund. Das Bestehen eines Verfügungsgrundes wird auch insoweit gemäß § 12 Abs. 2 UWG vermutet. Wie ausgeführt, wurde diese Vermutung vorliegend auch nicht widerlegt.

Die Antragstellerin hat vorliegend durch ihr Verhalten auch nicht zum Ausdruck gebracht, dass es ihr so eilig nicht sei. Dies gilt selbst dann, wenn man annähme, dass das Vorbringen in ihrem zunächst gestellten Antrag (Bl. 12ff. d.A.) (und in ihrer Abmahnung Anlage ASt 4, Bl. 45ff. d.A.) im Wesentlichen darauf gestützt war, es fehle an einer Erschöpfung des Verbreitungsrechts und entsprechend einem Recht zur Vervielfältigung und bestimmungsgemäßen Nutzung der im Rahmen des Testkaufs erworbenen Programmkopie. Zwar kann grundsätzlich dem Nachschieben einer neuen Beanstandung – sogar innerhalb desselben Streitgegenstands – der fehlende Verfügungsgrund entgegenstehen (OLG Frankfurt am Main, GRUR-RR 2013, 302 – Zählrate). Die Antragstellerin hat aber vorliegend den mit dem Antrag I.2 geltend gemachten rechtlichen Aspekt der Irreführung jedenfalls mit Schriftsatz vom 21.3.2016

geltend gemacht (vgl. insbesondere dortigen Antrag Ziff. 1a)). Dies geschah auch noch rechtzeitig. Ausweislich Bl. 44 d.A. hat der Antragsgegner dem Testkäufer am 16.2.2016 den Produktschlüssel übersandt und ihm einen entsprechenden Downloadlink mitgeteilt. Damit hatte die Antragstellerin erstmals in diesem Zeitpunkt Anlass und Gelegenheit, sich zur Durchsetzung ihrer Rechte gerichtlicher Hilfe zu bedienen. Den rechtlichen Aspekt, auf den die Antragstellerin nunmehr Antrag I.2 stützt, hat die Antragstellerin damit jedenfalls durch den Schriftsatz vom 21.3.2016 und damit etwa sechs Wochen später gerichtlich geltend gemacht.

c)

Der Antragstellerin steht gegen den Antragsgegner der mit dem Antrag I.2 geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß §§ 3, 5, 5a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 8 UWG zu. Das Angebot einer Programmkopie durch Übersendung eines Produktschlüssels, ohne dass der Verbraucher darüber informiert wird, wie seine Rechte zur bestimmungsgemäßen Benutzung ausgestaltet sind, ist unlauter. Der Antragsgegner enthält dem Verbraucher eine wesentliche Information vor, die dieser benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen und handelt hierdurch wettbewerbswidrig.

aa)

Die Information, wie seine Rechte zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Programms ausgestaltet sind, sind wesentliche Informationen im Sinne von § 5a Abs. 3 Nr. 1, Abs. 2 UWG.

(1)

Der Verbraucher benötigt eine Information iSv § 5a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UWG, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, wenn die Information einerseits für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers erhebliches Gewicht hat, ihre Mitteilung andererseits unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen vom Unternehmer

erwartet werden kann. Eine Information ist nicht schon deshalb wesentlich, weil sie für eine geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers von Bedeutung sein kann (Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 34. Auflage, § 5a Rn. 3.11; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 27.2.2014 – 6 U 244/12). Der Unternehmer braucht ungefragt weniger vorteilhafte oder negative Eigenschaften des eigenen Angebots grundsätzlich nur dann offenzulegen, sofern dies zum Schutze der Interessen des Verbrauchers unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden unerlässlich ist (Köhler, aaO Rn. 3.11.). Eine Information, die ein wesentliches Merkmal der Ware beinhaltet, gilt gemäß § 5a Abs. 3 UWG als wesentlich im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG. Wesentliche Produktmerkmale sind dabei insbesondere solche, die einen Bezug zur Qualität und Brauchbarkeit des angebotenen Produkts haben.

(2)

Danach ergibt sich, dass als wesentliche Informationen iSV § 5a Abs. 3 Nr. 1, Abs. 2 UWG insbesondere solche Informationen über die Ausgestaltung des Rechts zur bestimmungsgemäßen Nutzung anzusehen sind, die dem Verbraucher Auskunft über das Rechtsverhältnis zwischen dem Rechteinhaber und dem Ersterwerber geben.

(a)

Insoweit benötigt der Verbraucher insbesondere Informationen darüber, in welcher Art die Lizenz ursprünglich eingeräumt wurde und ob bereits dem Ersterwerber eine verkörperte Kopie bereitgestellt wurde.

Wie ausgeführt, versteht der Verbraucher das Angebot gemäß Anlage ASt3 dahin, dass ihm nicht lediglich ein Programmschlüssel oder eine tatsächliche Möglichkeit zur Nutzung des Computerprogramms verschafft wird, sondern er (jedenfalls) ein gegenüber dem Rechteinhaber ABC bestehendes gesetzliches Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung erhält.

Wie ausgeführt, besteht das durch das Angebot versprochene gesetzliche Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung und Download des Computerprogramms nur an einem erschöpften Vervielfältigungsstück. Da eine solche Erschöpfung insbesondere voraussetzt, dass zu keinem Zeitpunkt mehr Kopien des Computerprogramms existierten und existieren, als von dem Rechteinhaber dem Ersterwerber bereitgestellt, hängen die Voraussetzungen des Eintritts der Erschöpfung wesentlich von der Ausgestaltung der Rechte im Verhältnis des Rechtsinhaber zum Ersterwerber ab. So könnte sich beispielsweise bei Einräumung einer Volumenlizenz an den Ersterwerber, die die Erstellung einer Vielzahl von Vervielfältigungsstücken erlaubt, die Gefahr, dass ein Weiterverkauf insbesondere über mehrere Zwischenerwerber zu einer unzulässigen Aufspaltung der vom Ersterwerber erworbenen Lizenz führt (BGH, aaO, UsedSoft III Rn. 44), ggf. größer sein als dann, wenn der Rechteinhaber dem Ersterwerber eine sog. Client Server-Lizenz einräumte. Dementsprechend bedarf der Verbraucher im erstgenannten Fall auch weitergehender Nachweise und Belege, um bei Inanspruchnahme durch den Rechteinhaber diesem gegenüber eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts und demgemäß ein Recht zur bestimmungsgemäßen Benutzung iSv § 69d Abs. 1 UrhG darlegen und beweisen zu können. War das Rechtsverhältnis zwischen Rechteinhaber und Ersterwerber dergestalt ausgestaltet, dass bereits der Rechteinhaber dem Ersterwerber eine verkörperte Kopie des Computerprogramms zur Verfügung gestellt hatte, ergibt sich für den Verbraucher, dass er nur dann in der Lage sein wird, das Bestehen eines gesetzlichen Rechts zur bestimmungsgemäßen Nutzung der erworbenen Kopie gegenüber dem Rechteinhaber durchzusetzen, wenn er Belege dafür vorlegen kann, dass die verkörperte Kopie vor der Weiterveräußerung unbrauchbar gemacht oder an den Folgerwerber übergeben wurde.

Da das Angebot die Verschaffung eines gegenüber dem Rechteinhaber rechtmäßigen Programms verspricht, handelt es sich bei den genannten Informationen auch um wesentliche Merkmale der Ware im Sinne von § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG und damit auch um

solche Informationen, die der Verbraucher benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen. Denn für den Verbraucher stellt sich entscheidend die Frage, ob er wegen der (geringeren) Höhe des Kaufpreises bereit ist, ggf. ein höheres Risiko in Kauf zu nehmen, gegenüber dem Rechteinhaber kein (durchsetzbares) Recht zur Nutzung der Programmkopie zu erwerben oder sich dazu entschließt, – ggf. gegen einen höheren Kaufpreis – eine Programmkopie auf einem anderen Vertriebsweg zu erwerben.

(b)

Weitere Informationen zu seinem Recht zur bestimmungsgemäßen Benutzung benötigt der Verbraucher jedenfalls darüber, in welchem Umfang er zur Nutzung von Aktualisierungen und updates des Computerprogramms berechtigt ist.

Im Hinblick auf den untrennbaren Zusammenhang, der zwischen der Kopie auf der Internetseite des Urheberrechtsinhabers in der jeweils verbesserten und aktualisierten Version auf der einen und der entsprechenden Nutzungslizenz auf der anderen Seite besteht, erfasst die Erschöpfung des Verbreitungsrechts die Kopie des verbesserten und aktualisierten Computerprogramms; der neue Erwerber ist daher als im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG „rechtmäßiger Erwerber“ berechtigt, die Kopie des verbesserten und aktualisierten Computerprogramms von der Internetseite des Urheberrechtsinhabers herunterzuladen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass diese Verbesserungen und Aktualisierungen des Computerprogramms von einem zwischen dem Urheberrechtsinhaber und dem Ersterwerber abgeschlossenen Wartungsvertrag gedeckt sind (BGH, Urteil vom 17.7.2013 – I ZR 129/08 – Used Soft II Rn. 62 unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 3.7.2012 – C-128/11 – UsedSoft/Oracle Rn. 64 bis 68; BGH, aaO – GreenIT Rn. 40). Der Erwerber kann daher nur dann, wenn ihm diese Informationen mitgeteilt werden, feststellen, ob er auch berechtigt ist, das Computerprogramm in einer ggf. aktualisierten Fassung herunterzuladen oder entsprechende

updates in Anspruch zu nehmen. Auch solche Informationen, die damit die Möglichkeit des Verbrauchers betreffen, (ohne weitere Entgelte) Updates und Aktualisierungen vorzunehmen, stellen wesentliche Merkmale der Ware im Sinne von § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG dar. Denn häufig werden Updates und Aktualisierungen angeboten, um (neu) aufgetretene Sicherheitslücken zu schließen. Damit besteht ein erhebliches Interesse des Verbrauchers daran, über den Umfang der ihm bestimmungsgemäß insofern zustehenden Rechte zur Vornahme von Aktualisierungen informiert zu werden.

(3)

Die genannten Informationen über das wesentliche Merkmal des Produkts sind auch wesentlich im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG.

Zwar braucht der Unternehmer ungefragt weniger vorteilhafte oder negative Eigenschaften des eigenen Angebots grundsätzlich nur dann offenzulegen, sofern dies zum Schutze der Interessen des Verbrauchers unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden unerlässlich ist (Köhler, aaO Rn. 3.11.). Dies ist aber im Hinblick auf die genannten Informationen zu bejahen. Insbesondere solche Informationen, die dem Verbraucher eine Einschätzung darüber ermöglichen, ob ihm der versprochene Kaufgegenstand, das gesetzliche Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung auch gegenüber dem Rechteinhaber, (hinreichend sicher) verschafft werden kann, betreffen die Existenz (bzw. im Hinblick auf die Frage der Nachweiserfordernisse der Erschöpfung und damit der Durchsetzbarkeit des Rechts) die Brauchbarkeit des angebotenen Produkts. Daher sind diese Informationen zum Schutz der Interessen des Verbrauchers unerlässlich.

Die Bereitstellung dieser Informationen widerspricht auch nicht den berechtigten Interessen des Werbenden. Dem Werben werden diese Informationen regelmäßig zur Verfügung stehen. Anders als ein Verbraucher hat der geschäftlich tätige Unternehmer regelmäßig Kenntnis über die Ausgestaltung der

Rechte zur bestimmungsgemäßen Nutzung des jeweiligen Computerprogramms. Er wird sich die erforderlichen Dokumentationen und Nachweise insbesondere zur Frage der Erschöpfung verschafft haben, um sich selbst in die Lage versetzen, die von ihm erworbenen Rechte hinsichtlich ihrer Werthaltigkeit zu beurteilen und gegenüber dem Rechteinhaber geltend zu machen. Nichts anderes macht der Antragsgegner nicht geltend, wenn er vorträgt, selbstverständlich dem Käufer im Falle der Inanspruchnahme durch den Rechtsinhaber beizustehen und ihn hierbei durch entsprechende Unterlagen unterstützen zu können. Die genannten Informationen stehen daher den betroffenen Unternehmen regelmäßig zur Verfügung und müssen nicht erst noch mühsam beschafft werden (vgl. zur Berücksichtigung dieses Umstands im Rahmen von § 5a Abs. 2 UWG: OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.12.2014 – I-15 U 76/14). Insofern ist zudem zu berücksichtigen, dass der Unternehmer an einer entsprechenden Information auch ein Eigeninteresse haben dürfte. Es gehört zu den Sorgfaltspflichten des Veräußerers eines solchen Computerprogramms, den Nacherwerber in geeigneter Weise über seine Rechte zur bestimmungsgemäßen Nutzung zu informieren und ihm beispielsweise den Lizenzvertrag auszuhändigen. Kommt es zu einer Verletzung des Vervielfältigungsrechts durch den Verbraucher und beruht diese auf einer fehlenden oder unzureichenden Unterrichtung des Erwerbers durch den Veräußerer, kann dies zur Folge haben, dass die Rechtsverletzung dem Veräußerer zuzurechnen ist (vgl. BGH, aaO – UsedSoft III Rn. 64).

Soweit sich der Antragsgegner darauf beruft, er dürfe nicht zur Vorlage etwa vertraulicher Unterlagen verpflichtet werden (Schutzschrift S. 9, Bl. 76 d.A.), schränkt dies die genannte Informationspflicht nicht ein. Zwar können grundsätzlich auch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse die Informationspflichten beschränken (so auch OLG Düsseldorf, aaO Rn. 79). Die Bereitstellung von Informationen, die den Verbraucher über das Rechtsverhältnis zwischen dem Rechteinhaber und dem Ersterwerber informieren (beispielsweise durch Übergabe des

ursprünglichen Lizenzvertrags) betrifft aber, soweit ersichtlich, keine vertraulichen Informationen. Zwar hängen die Anforderungen an die zur Verfügung zu stellenden Informationen im Sinne von § 5a UWG stets auch von den Möglichkeiten und Begrenzungen des eingesetzten Kommunikationsmittels sowie davon ab, ob Maßnahmen getroffen worden sind, um die Informationen anderweitig zur Verfügung zu stellen (OLG Düsseldorf, aaO Rn. 83; Köhler, aaO, § 5a Rn. 4.28). Es ist vorliegend aber weder dargetan noch sonst ersichtlich, dass die genannte Information durch den Antragsgegner im Rahmen des Angebots über Internet nicht bereitgestellt werden könnten. Es ist insoweit insbesondere zu berücksichtigen, dass entsprechende Informationen auch in der Weise bereitgestellt werden könnten, dass das Angebot selbst auf entsprechende Informationen auf einer mit dem Angebot verlinkten Webseite verweist.

bb)

Die genannten Informationen hat der Antragsgegner dem Testkäufer weder im Angebot selbst noch mit dem Erwerb des Rechts zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Computerprogramms zur Verfügung gestellt.

Diese Informationen ergeben sich nicht aus dem Angebot Anlage ASt 3. Dort findet sich lediglich die Information „1 User“. Hieraus kann der Verbraucher lediglich entnehmen, dass ihm das Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung hinsichtlich einer Kopie des Computerprogramms verschafft werden soll. Dass der Produktkey, der dem zugrunde liegt, ursprünglich vom Rechteinhaber an den Ersterwerber im Rahmen einer Volumenlizenz verschafft wurde, ergibt sich ebensowenig wie der weitere Umstand, dass der Ersterwerber keine körperliche Kopie, sondern lediglich den Produktschlüssel erhielt. Weitere Angaben, beispielsweise über die Anzahl der Kopien, deren Erstellung dem Ersterwerber durch den Volumenlizenzvertrag gestattet wurde, fehlen. Auch fehlen Angaben darüber, welche Updates und Aktualisierungen nach dem ursprünglichen Vertrag

zwischen Rechteinhaber und Ersterwerber Letztgenanntem gestattet waren. Im Angebot beschränkt sich die entsprechende Angabe zu „Updates“ unter dem Hinweis „Produktdaten“ insoweit auf den Hinweis „Herstellerabhängig“, ohne dass sich hieraus für den Verbraucher brauchbare Informationen ergeben. Die genannten Informationen wurden dem Testkäufer wurden dem Ersterwerber auch im Folgenden nicht zur Verfügung gestellt.

Angebot und Vertrieb des Programmschlüssels erfolgten damit wettbewerbswidrig. Diese Verletzungshandlung begründet eine Wiederholungsgefahr, die vorliegend nicht ausgeräumt wurde.

II.

Die Androhung des gesetzlichen Ordnungsmittels beruht auf § 890 ZPO.

Die Kosten des Rechtsstreits hat der Antragsgegner als unterliegende Partei zu tragen (§ 91 ZPO). Die von der Antragstellerin geltend gemachten rechtlichen Aspekte, auf Grund derer sie Angebot und Vertrieb der Waren als wettbewerbswidrig, nämlich irreführend, ansah, verhelfen den von ihr zuletzt gestellten Anträgen zum Erfolg. Die Kosten waren der Antragstellerin im Hinblick auf die geänderte Antragsfassung auch nicht teilweise aufzuerlegen. Die auf den gerichtlichen Hinweis (§ 139 ZPO) zuletzt gestellten Anträge erfassen das ursprüngliche Begehren der Antragstellerin auf der Grundlage ihres schriftsätzlichen Vortrags und der zunächst schriftsätzlichen angekündigten Anträge.