

Titel:

Urheberrechtsverletzung durch öffentliche Zugänglichmachung einer Testversion und Verkauf von Product- Keys für ein Computerprogrammpaket

Normenketten:

RL 2001/29/EG Art. 3 Abs. 1

RL 2009/24/EG Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1

UMV Art. 9 Abs. 2, Art. 13 Abs. 1, Art. 102 Abs. 2

UrhG § 15 Abs. 2, Abs. 3, § 17 Abs. 1, § 19a, § 69a, § 69c, § 69d, § 97

Leitsätze:

1. Es kann bei dem Zugänglichmachen einer Computerprogrammkopie auf einer Internetseite geboten sein, darin keine öffentliche Zugänglichmachung iSd Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG, § 19a, § 69c Nr. 4 UrhG zu sehen, sondern eine Verbreitung i. S. d. Art. 4 Abs. 1 lit. c), Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass das Zugänglichmachen dem „Verkauf“ der Programmkopie dient, was erfordert, dass der Herunterladende die Kopie dauerhaft nutzen kann (vgl. EuGH GRUR 2012, 904 Tz. 45, 50 f. - Used-Soft/Oracle). Daran fehlt es im Streitfall, weil die vom Beklagten ohne Product Key zugänglich gemachte Programmversion längstens 30 Tage genutzt werden konnte. (Rn. 42) (red. LS Shanti Viktoria Sadacharam)

2. Dagegen nimmt der Nutzer, der das Werk auf seiner eigenen Internetseite einstellt und bereithält, eine zentrale Rolle bei der Wiedergabe ein. Er entscheidet darüber, ob und wie lange das Werk der Öffentlichkeit zugänglich ist. Ein solcher Nutzer eröffnet der Öffentlichkeit den Zugriff auf das in seiner Zugriffssphäre befindende Werk und nimmt damit eine eigene Verwertungshandlung vor (vgl. BGH, BeckRS 2014, 09520 - marions-kochbuch.de) (red. LS Shanti Viktoria Sadacharam)

3. Gemäß Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG bedarf die Vervielfältigung eines Computerprogramms in Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms durch den rechtmäßigen Erwerber notwendig ist. Hat der Inhaber des Urheberrechts dem Herunterladen der Kopie eines Computerprogramms aus dem Internet auf einen Datenträger zugestimmt, sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union der zweite oder jeder weitere Erwerber einer Lizenz zur Nutzung dieses Computerprogramms im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG als rechtmäßige Erwerber einer Programmkopie anzusehen, die vom Vervielfältigungsrecht nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG Gebrauch machen dürfen, wenn das Recht zur Verbreitung der Programmkopie nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG erschöpft ist und der Weiterverkauf der Lizenz an den Erwerber mit dem Weiterverkauf der von der Internetseite des Urheberrechtsinhabers heruntergeladenen Programmkopie verbunden ist (vgl. EuGH GRUR 2012, 904 Tz. 72, 88 - UsedSoft/Oracle). (Rn. 70) (red. LS Shanti Viktoria Sadacharam)

Schlagworte:

Computerprogramm, Product Key, Download, Volumenlizenzverträgen, Erschöpfung, Unterlassungsanspruch, Urheberrechtsverletzung

Vorinstanz:

LG München I, Endurteil vom 03.05.2016 – 33 O 11469/15

Rechtsmittelinstanz:

BGH Karlsruhe, Urteil vom 28.03.2019 – I ZR 132/17

Fundstellen:

CR 2017, 495

GRUR-Prax 2017, 404

BeckRS 2017, 114707

LSK 2017, 114707

GRUR 2017, 1034

ZUM 2017, 862

MMR 2017, 838

Tenor

A. Auf die Berufung des Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts München I vom 3. Mai 2016, Az.: 33 O 11469/15, abgeändert und insgesamt wie folgt gefasst:

I.

Dem Beklagten wird es bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu EUR 250.000,- für jeden Fall der Zuwiderhandlung, für den Fall der Nichtbeitreibbarkeit von Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfalle von Ordnungshaft bis zu zwei Jahren, untersagt,

1. ohne Einwilligung der Klägerin das ... Computerprogramm „... Office Professional Plus 2013“ über das Internet öffentlich zum Abruf per Download durch Dritte bereit zu halten;

2. ohne Einwilligung der Klägerin Dritten durch die Übermittlung von Product Keys (Produkt-Schlüssel in Form von Zeichenfolgen) die Vervielfältigung des Computerprogrammpakets „... Office Professional Plus 2013“ - bestehend u.a. aus den Einzelprogrammen „... Access“, „... Word“, „... Excel“, „... Outlook“, „... OneNote“, „... PowerPoint“, „... Publisher“ und „... Info Path“ - zu gestatten,

wenn dies erfolgt wie durch Übersendung

– der E-Mail des Beklagten vom 26. August 2014 an den Erwerber ... (Seite 14 der Klageschrift vom 30. Juni 2015),

- der E-Mail des Beklagten an die Erwerberin am 29. November 2013 (Anlage K 9 zur Klageschrift vom 30. Juni 2015 und

- der E-Mail des Beklagten vom 30. September 2013 an den Erwerber ... (Anlage K II zur Klageschrift vom 30. Juni 2015)

geschehen;

3. ohne Einwilligung der Klägerin das Computerprogrammpaket „... Office Professional Plus 2013“ - bestehend u.a. aus den Einzelprogrammen „... Access“, „... Word“, „... Excel“, „... Outlook“, „... OneNote“, „... PowerPoint“, „... Publisher“ und „... Info Path“ - in der Form anzubieten und/oder in Verkehr zu bringen (= zu verbreiten), dass der Erwerber lediglich einen Product Key (= Produkt-Schlüssel in Form von Zeichenfolgen) und einen Link zum Herunterladen des Computerprogramms erhält,

wenn dies erfolgt wie durch Übersendung

- der E-Mail des Beklagten vom 26. August 2014 an den Erwerber ... (Seite 14 der Klageschrift vom 30. Juni 2015),

- der E-Mail des Beklagten an die Erwerberin ... am 29. November 2013 (Anlage K 9 zur Klageschrift vom 30. Juni 2015) und

- der E-Mail des Beklagten vom 30. September 2013 an den Erwerber ... (Anlage K II zur Klageschrift vom 30. Juni 2015)

geschehen;

4. ohne Einwilligung der Klägerin im geschäftlichen Verkehr in Deutschland unter Verwendung des Zeichens „... Office“ bloße Product Keys (Produkt-Schlüssel in Form von Zeichenfolgen) für Computerprogramme der Klägerin anzubieten oder in den Verkehr zu bringen,

wenn dies erfolgt wie durch Übersendung

- der E-Mail des Beklagten vom 26. August 2014 an den Erwerber ... (Seite 14 der Klageschrift vom 30. Juni 2015),

- der E-Mail des Beklagten an die Erwerberin ... am 29. November (Anlage K 9 zur Klageschrift vom 30. Juni 2015) und

- der E-Mail des Beklagten vom 30. September 2013 an den Erwerber ... (Anlage K II zur Klageschrift vom 30. Juni 2015)

geschehen.

II.

Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin hinsichtlich der von ihm begangenen Handlungen nach Ziffern I. 1., I. 3. und I. 4. Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen über:

1. Namen und Adressen von Lieferanten der Product Keys;

2. Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer oder Auftraggeber der:

a) heruntergeladenen Programmkopien gemäß dem Tenor zu Ziffer I. 1.;

b) Product Keys gemäß dem Tenor zu Ziffer I. 3.;

3. Menge und Lieferzeiten der:

a) per Download in den Verkehr gebrachten Programmkopien gemäß dem Tenor zu Ziffer I. 1.;

b) ausgelieferten und bestellten Product Keys gemäß dem Tenor zu Ziffer I. 3.;

4. Menge der vom Beklagten erhaltenen Product Keys gemäß dem Tenor zu Ziffer I. 3.;

5. die Einkaufszeiten und die Einkaufspreise;

6. die Verkaufszeiten und die Verkaufspreise;

7. den erzielten Umsatz, sämtliche Kostenfaktoren sowie den erzielten Gewinn;

8. sowie Art und Umfang der betriebenen Werbung;

dies alles (1. bis 8.) unter Vorlage der entsprechenden Belege, insbesondere unter Vorlage von Kopien der:

– Auftragschreiben des Beklagten an seine Lieferanten;

– Auftragsbestätigungen der Lieferanten des Beklagten;

– Rechnungen der Lieferanten des Beklagten;

- Lieferscheine der Lieferanten des Beklagten;

- Bestellschreiben etwaiger gewerblicher Abnehmer des Beklagten;

- entsprechenden Auftragsbestätigungen des Beklagten an seine etwaigen gewerblichen Abnehmer;

- Rechnungen des Beklagten an seine etwaigen gewerblichen Abnehmer;

- Lieferscheine des Beklagten an seine etwaigen gewerblichen Abnehmer;

- etwaigen druckschriftlichen Werbemittel des Beklagten.

III.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, welcher der Klägerin durch die in Ziffern I. 1., I. 3. und I. 4. beschriebenen Handlungen des Beklagten entstanden ist und noch entstehen wird.

IV.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

B. Im Übrigen werden die Berufung des Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin zurückgewiesen.

C. Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen hat der Beklagte zu tragen.

D. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung aus Ziffer A. I. dieses Urteils gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 200.000,- € und aus Ziffer A. II. dieses Urteils gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 20.000,- Euro und im Übrigen gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 115% des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

E. Die Revision wird im Hinblick auf die Entscheidung zu Ziffer I. 1. sowie auf die teilweise Abweisung der Berufungsanträge zu Ziffern II. und III., soweit sich diese auf den Hilfsantrag des Unterlassungsantrags zu Ziffer I. 2. beziehen, zugelassen.

Entscheidungsgründe

I.

1

Die Klägerin macht gegen den Beklagten urheber- und kennzeichenrechtliche Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadensersatzfeststellungsansprüche geltend.

2

Die unter der Geschäftsbezeichnung „...“ handelnde Klägerin entwickelt und vertreibt Computerprogramme - unter anderem das Computerprogrammpaket „... Office“ - und Computerzubehör. Die Klägerin ist als Urheberin für ihre Computerprogramme beim amerikanischen US Copyright Office registriert (vgl. Anlage K 1). Darüber hinaus ist die Klägerin unter anderem Inhaberin der am 6. August 2008 angemeldeten und am 12. Mai 2009 eingetragenen Gemeinschaftswortmarke Nr. 007 138 225 „... OFFICE“ (vgl. Anlagenkonvolut K 2). Die Marken der Klägerin genießen Schutz für „Computersoftware“ bzw. „Computerprogramme“ und stehen in Kraft.

3

Bei „... Office“ handelt es sich um eine Zusammenstellung von verschiedenen Computerprogrammen, die für den Einsatz im Büro-Bereich geschaffen wurden. In regelmäßigen Abständen werden neue Versionen mit Verbesserungen und erweitertem Funktionsumfang auf den Markt gebracht.

4

Die Version „... Office Professional Plus 2013“, die die Einzelprogramme „... Word“, „... Excel“, „... PowerPoint“, „... OneNote“, „... Outlook“, „... Publisher“, „... Access“ und „... InfoPath“ umfasst, wird von ... grundsätzlich nur im Rahmen von Volumenlizenzverträgen lizenziert und nicht über den ... Onlinestore vertrieben. Diese Volumenlizenzverträge werden von ... bzw. von autorisierten Handelspartnern üblicherweise mit Kunden abgeschlossen, die eine größere Anzahl von Nutzungsberechtigungen benötigen. Je nach Art des Volumenlizenzvertrages erhält der Kunde entweder ein zeitlich befristetes oder ein zeitlich unbefristetes Recht zur Nutzung der Version „... Office Professional Plus 2013“.

5

Der Beklagte verkaufte über seine eigene Webseite <https://...www.> und seinen Webshop <http://...> sowie über eBay bundesweit ... Computerprogramme (vgl. Anlagen K 3, K 4, K 5 und K 19).

6

Am 25. August 2014 erwarb der Testkäufer ... beim Beklagten über dessen Ebay-Account ... den Artikel „... OFFICE 2013 PROFESSIONAL PLUS VOLLVERSION DEUTSCH“ zu einem Preis von 48,50 € inkl. Versandkosten (vgl. Anlagen K 6, K 7 und K 8). Am 26. August 2014 übersandte der Beklagte dem Testkäufer eine ... E-Mail, die unter anderem den ausdrücklich als „Lizenzschlüssel“ bezeichneten und aus einem Volumenlizenzvertrag mit einer chinesischen Schule stammenden Product Key ... sowie den Downloadlink <http://...> (vgl. Bl. 14 d. A.). Dieser Product Key wurde bis zum 30. Juni 2015 über 60 Mal und bis zu seiner Sperrung durch die Klägerin am 14. April 2016 insgesamt 124 Mal dazu verwendet, das Computerprogramm „... Office Professional Plus 2013“ zu aktivieren.

7

Am 27. Oktober 2013 erwarb die Testkäuferin ... beim Beklagten über dessen Ebay-Account „...“ den Artikel „... OFFICE 2013 PROFESSIONAL PLUS VOLLVERSION DEUTSCH“ zu einem Preis von 121,- € (vgl. Anlage K 10). Am 29. November 2013 übermittelte der Beklagte eine E-Mail mit dem ausdrücklich als „Lizenzschlüssel“ bezeichneten und aus einem Volumenlizenzvertrag mit einer chinesischen

Bildungseinrichtung stammenden Product Key ... sowie dem Downloadlink <http://...> (vgl. Anlage K 9). Dieser Product Key wurde zwischenzeitlich von der Klägerin gesperrt. Bis dahin wurde er insgesamt 1.126 Mal zur Aktivierung verwendet.

8

Am 18. September 2013 erwarb der Testkäufer ... beim Beklagten über dessen Ebay-Account „softwarehandel24-de“ den Artikel „... OFFICE 2013 PROFESSIONAL PLUS VOLLVERSION DEUTSCH“ zu einem Preis von 101,- € (vgl. Anlage K 12). Am 30. September 2013 übermittelte der Beklagte eine E-Mail mit dem ausdrücklich als „Lizenzschlüssel“ bezeichneten und aus einem Volumenlizenzvertrag mit einer chinesischen Bildungseinrichtung stammenden Product Key ... sowie dem Downloadlink <http://...> (vgl. Anlage K 11). Dieser Product Key wurde zwischenzeitlich von der Klägerin gesperrt. Bis dahin wurde er insgesamt 675 Mal zur Aktivierung verwendet.

9

Bei den vom Beklagten vertriebenen Product Keys handelt es sich um originale Product Keys -sogenannte „Multiple Activation Keys“ („MAK“) - der Klägerin. Diese gehören zu Vervielfältigungsstücken des Computerprogramms „... Office Professional Plus 2013“, die die Klägerin im Rahmen von Volumenlizenzverträgen mit chinesischen Bildungseinrichtungen bzw. Schulen erstmalig in der Volksrepublik China in Verkehr brachte. „Multiple Activation Keys“ haben eine technische „Obergrenze“, bis zu der unter ihrer Verwendung Computerprogramme aktiviert werden können. Die streitgegenständlichen Product Keys wurden vor den Testkäufen bereits in China zur Aktivierung des Computerprogramms „... Office Professional Plus 2013“ verwendet.

10

Der Downloadlink <http://...> führte zu einem vom Beklagten betriebenen Portal, auf der zahlreiche ... Computerprogramme, unter anderem auch das Programm „... Office Professional Plus 2013“, zum Download bereitgehalten wurden (vgl. Bl. 17 d.A.). Der URL <http://...> war über Google nicht auffindbar.

11

Mit Schreiben vom 27. Oktober 2014 mahnte die Klägerin den Beklagten ab und forderte ihn zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf (vgl. Anlage K 13), was der Beklagte mit Schreiben vom 27. Oktober 2014 ablehnte (vgl. Anlage K14). ablehnte (vgl. Anlage K 14).

12

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, der Vertrieb des Computerprogrammpakets „... Office Professional Plus 2013“ in der Form, dass der Beklagte bloße einzelne Product Keys aus Volumenlizenzverträgen als angebliche „Lizenzen“ für dieses Computerprogrammpaket verkaufe und die Software selbst für den Kunden zum Download bereithalte, sei rechtlich unzulässig.

13

Sie habe dem Beklagten keine Erlaubnis dazu erteilt, ... -Computerprogramme zum Download bereit zu halten. Der Beklagte mache das Programm „... Office Professional Plus 2013“ auf dem von ihm betriebenen Downloadportal öffentlich zugänglich und verstoße daher gegen § 69c Nr. 4 UrhG.

14

Soweit der Beklagte einzelne Product Keys aus Volumenlizenzverträgen als angebliche „Lizenzen“ für das Computerprogrammpaket an Kunden übermittle, verletze er das urheberrechtlich geschützte Gestaltungs- und Vervielfältigungsrecht gemäß § 69c Nr. 1 Satz 1 UrhG.

15

Ein ... Product Key stelle keine Lizenz dar. Dieser diene lediglich dazu, dass derjenige Kunde, der bereits ein Nutzungsrecht („Lizenz“) von der Klägerin für ein ... Computerprogramm erhalten habe, dieses Computerprogramm installieren, aktivieren und somit nutzbar machen könne. Er gleiche in seiner Funktion einem Schlüssel, der - wie der Schlüssel zu einer Immobilie oder zu einem Fahrzeug - zwar die dauerhafte Nutzung des Computerprogramms faktisch ermögliche, jedoch selbst kein Nutzungsrecht verkörpere und somit auch kein Nutzungsrecht einräume. „Multiple Activation Keys“, die die Klägerin im Rahmen von Volumenlizenzverträgen an Firmen und Einrichtungen mit zum Teil mehreren tausend Arbeitsplätzen übermittle, ließen es grundsätzlich zu, mehr Aktivierungen vorzunehmen, als die dem Kunden nach dem Volumenlizenzvertrag vertraglich erlaubte Anzahl an Installationen (Programmkopien). Hintergrund sei, dass

sie Volumenlizenzverträge in der Regel mit Großkunden abschließen, für die es unter anderem aufgrund von Personalwechseln oder Hardwareaustausch regelmäßig erforderlich sei, neue Installationen vorzunehmen.

16

Durch den Verkauf der einzelnen Product Keys als „Lizenzen“ ohne Zustimmung der Klägerin verletze der Beklagte das urheberrechtliche Gestaltungsrecht der Klägerin und beteilige sich zudem an den Urheberrechtsverletzungen seiner Kunden, die von der angeblichen Gestattung zur Installation und Nutzung Gebrauch machten und in der Folge ohne Einwilligung der Klägerin Vervielfältigungsstücke des angeblich lizenzierten Computerprogramms der Klägerin herstellten. Indem der Beklagte seinen Kunden suggeriere, sie erhielten mit dem Product Key eine „Lizenz“ für das Computerprogramm „... Office Professional Plus 2013“, gestatte der Beklagte seinen Kunden die Vervielfältigung der fraglichen Computerprogramme der Klägerin, ohne hierzu berechtigt zu sein.

17

Der Beklagte könne sich nicht auf den Einwand der Erschöpfung berufen, da die Product Keys zu Volumenlizenzverträgen mit Bildungseinrichtungen in China gehörten. Selbst wenn der Beklagte auch diese zugrunde liegenden Lizenzen (direkt oder indirekt) von dieser Bildungseinrichtung erworben haben sollte, könnte doch keine Erschöpfung eintreten, da Erschöpfung ein erstmaliges Inverkehrbringen in der Europäischen Union voraussetze.

18

Da der Beklagte keine Lizenzen übertrage, erfolge auch die Verwendung der Zeichen „... Office“, „Excel“, „PowerPoint“, „OneNote“ und „Outlook“ in der Artikelbeschreibung zu Unrecht. Die Klägerin habe insofern auch einen markenrechtlichen Unterlassungsanspruch.

19

Die Klägerin hat in erster Instanz zuletzt beantragt, dem Beklagten zu untersagen, ohne Einwilligung der Klägerin das ... Computerprogramm „... Office Professional Plus 2013“ über das Internet öffentlich zum Abruf per Download durch Dritte bereit zu halten (Ziffer I. 1.), bloße Product Keys als Lizenzen für das Computerprogramm „... Office Professional Plus 2013“ anzubieten, feilzuhalten und/oder sonst wie in den Verkehr zu bringen (Ziffer I. 2.) und im geschäftlichen Verkehr unter Verwendung der Zeichen „... Office“ und/oder „Excel“ und/oder „PowerPoint“ und/oder „OneNote“ und/oder „Outlook“ bloße Product Keys (Produkt-Schlüssel in Form von Zeichenfolgen) für Computerprogramme der Klägerin anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen (Ziffer I. 3.). Weiter hat sie beantragt, den Beklagten zur Auskunftserteilung sowie zur Herausgabe der in seinem Besitz befindlichen Product Keys zum Zwecke der Vernichtung zu verurteilen und festzustellen, dass der Beklagte zum Schadensersatz verpflichtet ist.

20

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

21

Er hat vorgetragen, er habe den Downloadlink [http: ...](http://...) lediglich an Kunden bekannt gegeben, die zuvor ein Computerprogramm bestellt und bezahlt hätten. Das auf seinem Downloadportal abrufbare Computerprogramm „...Office Professional Plus 2013“ könne ohne einen gültigen Product Key nur als 30-Tage-Testversion genutzt werden, so dass der Download keine unberechtigte Vervielfältigung darstelle und kein Verstoß gegen das ausschließliche Recht der Klägerin auf öffentliche Zugänglichmachung vorliege. Auch die 30-Tage-Testversion der Klägerin sei im Internet frei zugänglich. Da die Klägerin diese Testversion selbst der Öffentlichkeit unentgeltlich zum Download anbiete, verhalte sie sich rechtsmissbräuchlich, wenn sie ihm das Zugänglichmachen des Computerprogramms untersage. Die Klägerin übe ihre Marktmacht rechtsmissbräuchlich aus und greife dadurch in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Beklagten ein.

22

Die Klägerin übergebe bei Volumenlizenzverträgen keine in Papierform gefertigten Lizenzurkunden. Beim Erwerb von Volumenlizenzverträgen erhalte der Erwerber der Lizenz ausschließlich den Product Key und könne mit diesem dann die entsprechenden Programme über das Internet in der durch den Lizenzvertrag bestimmten Anzahl aktivieren. Da die Klägerin keine unabhängig vom Product Key erkennbaren Lizenzen

mehr herausgebe, beinhalte der Product Key selbst die Lizenz. Die Lizenz sei dem Product Key somit innewohnend. Eine Urheberrechtsverletzung liege durch den Vertrieb des Product Keys als Lizenz daher nicht vor.

23

Der Product Key ermögliche eine zuvor konkret vereinbarte Anzahl von Aktivierungen. So werde dem Ersterwerber von der Klägerin lediglich der Product Key mitgeteilt und ihm dadurch das Recht eingeräumt, die mit der Lizenz erworbenen Aktivierungen für sich zu nutzen. Der Lizenznehmer erwerbe demnach eine Lizenz z.B. für 50 Aktivierungen. Nutze er diese Lizenz für 50 Aktivierungen, sei das Kontingent aufgebraucht und das Programm könne nicht mehr aktiviert werden. Ein über das an den Ersterwerber veräußerte hinausgehende Maß an Aktivierungen könne somit nicht erfolgen. Das Aktivierungsvolumen der drei streitgegenständlichen Product Keys sei im Zeitpunkt seines Weiterverkaufs an die Testkäufer noch nicht ausgeschöpft gewesen. Eine unberechtigte Vervielfältigung liege daher nicht vor.

24

Die Klägerin habe den chinesischen Ersterwerbern auch kein wirksames Weiterverbreitungs-verbot auferlegt. Die Klägerin habe ihre Rechte an dem Programm dauerhaft und endgültig an die Ersterwerber übertragen. Diese seien berechtigt, die Product Keys weiter zu veräußern. Die durch die erste Veräußerung in China eingetretene Erschöpfung gelte auch innerhalb der Europäischen Union, da das Urheberrecht an der Software nicht auf Ländergrenzen oder Wirtschaftsräume beschränkt sei. Der Beklagte könne sich somit auf Erschöpfung berufen und das legal in seinem Besitz befindliche Programm weiter veräußern.

25

Mit Urteil vom 3. Mai 2016, auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, hat das Landgericht der Klage ganz überwiegend stattgegeben und lediglich den geltend gemachten Herausgabeanspruch abgewiesen. Den zugesprochenen markenrechtlichen Unterlassungsanspruch hat das Landgericht klarstellend auf Deutschland beschränkt. Das Landgericht hat wie folgt erkannt:

I.

Der Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fällig werdenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen,

1. ohne Einwilligung der Klägerin das ... Computerprogramm „... Office Professional Plus 2013“ über das Internet öffentlich zum Abruf per Download durch Dritte bereit zu halten;
2. ohne Einwilligung der Klägerin bloße Product Keys (Produkt-Schlüssel in Form von Zeichenfolgen) als Lizenzen für das Computerprogrammpaket „... Office Professional Plus 2013“ bestehend u.a. aus den Einzelprogrammen „... Access“, „... Word“, „... Excel“, „... Outlook“, „... OneNote“, „... PowerPoint“, „... Publisher“ und „... Info Path“ anzubieten, feilzuhalten und/oder sonst wie in den Verkehr zu bringen;
3. ohne Einwilligung der Klägerin im geschäftlichen Verkehr in Deutschland unter Verwendung der Zeichen „... Office“ und/oder „Excel“ und/oder „PowerPoint“ und/oder „OneNote“ und/oder „Outlook“ bloße Product Keys (Produkt-Schlüssel in Form von Zeichenfolgen) für Computerprogramme der Klägerin anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen.

II.

Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin hinsichtlich der von ihm begangenen Handlungen nach Tenor zu Ziffer I. Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen über:

1. Namen und Adressen von Lieferanten der Product Keys,
2. Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer oder Auftraggeber der als „Lizenzen“ angebotenen Product Keys und der heruntergeladenen Programmkopien,
3. Menge der ausgelieferten und bestellten als „Lizenzen“ angebotenen Product Keys sowie Menge der per Download in den Verkehr gebrachten Programmkopien sowie die Lieferzeiten,

4. Menge der vom Beklagten erhaltenen Product Keys,
5. die Einkaufszeiten und die Einkaufspreise,
6. die Verkaufszeiten und die Verkaufspreise,
7. den erzielten Umsatz, sämtliche Kostenfaktoren sowie den erzielten Gewinn,
8. sowie Art und Umfang der betriebenen Werbung;

dies alles (I. bis 8.) unter Vorlage der entsprechenden Belege, insbesondere unter Vorlage von Kopien der:

- Auftragschreiben des Beklagten an seine Lieferanten;
- Auftragsbestätigungen der Lieferanten des Beklagten;
- Rechnungen der Lieferanten des Beklagten;
- Lieferscheine der Lieferanten des Beklagten;
- Bestellschreiben etwaiger gewerblicher Abnehmer des Beklagten;
- entsprechenden Auftragsbestätigungen des Beklagten an seine etwaigen gewerblichen Abnehmer;
- Rechnungen des Beklagten an seine etwaigen gewerblichen Abnehmer;
- Lieferscheine des Beklagten an seine etwaigen gewerblichen Abnehmer;
- etwaigen druckschriftlichen Werbemittel des Beklagten.

III.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, welcher der Klägerin durch die im Tenor zu Ziffer I. beschriebenen Handlungen des Beklagten entstanden ist und noch entstehen wird.

IV.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

26

Hiergegen wenden sich der Beklagte mit seiner Berufung und die Klägerin mit ihrer Anschlussberufung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

27

Der Beklagte hat im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 20. Februar 2017 eine „Vernichtungserklärung/Abtretung“ vom 10. Januar 2017 eines Vertreters der Grundschule in China vorgelegt, in der Angaben zum Produkt Key (Testkäufer) und zum zugrundeliegenden Volumenlizenzvertrag gemacht wurden.

28

Der Beklagte beantragt zu seiner Berufung,

das am 3. Mai 2016 verkündete Urteil des Landgerichts München I, Az.: 33 0 11469/15, aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

29

Die Klägerin hat im Rahmen der Anschlussberufung ihr Klageziel erweitert und macht nunmehr ergänzend eine Verletzung ihres ausschließlichen Rechts auf Verbreitung des Computerprogramms „...Office Professional Plus 2013“ gemäß § 69c Nr. 3 Satz 1 UrhG geltend (Unterlassungsantrag Ziffer I. 3.). Hilfsweise zum Unterlassungsantrag Ziffer I. 2. hat sie im Rahmen der Anschlussberufung beantragt, dem Beklagten zu untersagen, ohne Einwilligung der Klägerin Dritten durch die Übermittlung von Product Keys die Vervielfältigung des Computerprogrammpakets „...Office Professional Plus 2013“ zu gestatten (§ 69c Nr. 1 UrhG). Die geltend gemachten Folgeansprüche hat sie entsprechend mit Haupt- und Hilfsanträgen angepasst. Soweit das Landgericht die Klage im Hinblick auf den erstinstanzlich geltend gemachten

Anspruch auf Herausgabe des Product Keys zum Zwecke der Vernichtung abgewiesen hat, verfolgt die Klägerin diesen Klageantrag mit der Anschlussberufung nicht weiter.

30

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin den unter Ziffer I. 4. geltend gemachten markenrechtlichen Unterlassungsanspruch dahingehend modifiziert, dass dem Beklagten nur noch die Verwendung des Zeichens „...Office“ untersagt und das landgerichtliche Urteil (dort Ziffer I. 3.) nur noch mit dieser Maßgabe verteidigt werde.

31

Die Klägerin beantragt,

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen und auf die Anschlussberufung das Urteil des Landgerichts München I vom 3. Mai 2016, Az.: 33 O 11469/15, abzuändern und insgesamt wie folgt zu fassen:

I.

Dem Beklagten wird es bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu EUR 250.000,- für jeden Fall der Zuwiderhandlung, für den Fall der Nichtbeitreibbarkeit von Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfalle von Ordnungshaft bis zu zwei Jahren, untersagt,

1. ohne Einwilligung der Klägerin das ... Computerprogramm „... Office Professional Plus 2013“ über das Internet öffentlich zum Abruf per Download durch Dritte bereit zu halten;

2. ohne Einwilligung der Klägerin bloße Product Keys (Produkt-Schlüssel in Form von Zeichenfolgen) als Lizenzen für das Computerprogrammpakets „... Office Professional Plus 2013“ - bestehend u.a. aus den Einzelprogrammen „... Access“, „... Word“, „... Excel“, „... Outlook“, „... OneNote“, „... PowerPoint“, „... Publisher“ und „... Info Path“ - anzubieten, feilzuhalten und/oder sonst wie in den Verkehr zu bringen;

hilfsweise:

ohne Einwilligung der Klägerin Dritten durch die Übermittlung von Product Keys (Produkt-Schlüssel in Form von Zeichenfolgen) die Vervielfältigung des Computerprogrammpakets „... Office Professional Plus 2013“ - bestehend u.a. aus den Einzelprogrammen „... Access“, „... Word“, „... Excel“, „... Outlook“, „... OneNote“, „... PowerPoint“, „... Publisher“ und „... Info Path“ - zu gestatten,

wenn dies erfolgt wie durch Übersendung

- der E-Mail des Beklagten vom 26. August 2014 an den Erwerber ... (Seite 14 der Klageschrift vom 30. Juni 2015),

- der E-Mail des Beklagten an die Erwerberin ... am 29. November 2013 (Anlage K 9 zur Klageschrift vom 30. Juni 2015) und

- der E-Mail des Beklagten vom 30. September 2013 an den Erwerber ... (Anlage K II zur Klageschrift vom 30. Juni 2015)

geschehen;

3. ohne Einwilligung der Klägerin das Computerprogrammpaket „... Office Professional Plus 2013“ - bestehend u.a. aus den Einzelprogrammen „... Access“, „... Word“, „... Excel“, „... Outlook“, „... OneNote“, „... Power-Point“, „... Publisher“ und „... Info Path“ - in der Form anzubieten und/oder in Verkehr zu bringen (= zu verbreiten), dass der Erwerber lediglich einen Product Key (= Produkt-Schlüssel in Form von Zeichenfolgen) und einen Link zum Herunterladen des Computerprogramms erhält,

wenn dies erfolgt wie durch Übersendung

- der E-Mail des Beklagten vom 26. August 2014 an den Erwerber ... (Seite 14 der Klageschrift vom 30. Juni 2015),

- der E-Mail des Beklagten an die Erwerberin ... am 29. November 2013 (Anlage K 9 zur Klageschrift vom 30. Juni 2015) und

- der E-Mail des Beklagten vom 30. September 2013 an den Erwerber ... (Anlage K II zur Klageschrift vom 30. Juni 2015)

geschehen;

4. ohne Einwilligung der Klägerin im geschäftlichen Verkehr in Deutschland unter Verwendung des Zeichens „... Office“ bloße Product Keys (Produkt-Schlüssel in Form von Zeichenfolgen) für Computerprogramme der Klägerin anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen,

wenn dies erfolgt wie durch Übersendung

- der E-Mail des Beklagten vom 26. August 2014 an den Erwerber ... (Seite 14 der Klageschrift vom 30. Juni 2015),

der E-Mail des Beklagten an die Erwerberin ... am 29. November 2013 (Anlage K 9 zur Klageschrift vom 30. Juni 2015) und

- der E-Mail des Beklagten vom 30. September 2013 an den Erwerber ... (Anlage K II zur Klageschrift vom 30. Juni 2015)

geschehen;

II.

Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin hinsichtlich der von ihm begangenen Handlungen nach Tenor zu Ziffer I. Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen über:

1. Namen und Adressen von Lieferanten der Product Keys;
2. Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer oder Auftraggeber der:
 - a) heruntergeladenen Programmkopien gemäß dem Tenor zu I. 1.,
 - b) Product Keys gemäß dem Tenor zu I. 2. und I. 3.; Menge und Lieferzeiten der:
3. Menge und Lieferzeiten der:
 - a) per Download in den Verkehr gebrachten Programmkopien gemäß dem Tenor zu Ziffer I. 1.,
 - b) ausgelieferten und bestellten Product Keys gemäß dem Tenor zu I. 2. und I. 3.;
4. Menge der vom Beklagten erhaltenen Product Keys gemäß dem Tenor zu I. 2. und I. 3.;
5. die Einkaufszeiten und die Einkaufspreise,
6. die Verkaufszeiten und die Verkaufspreise,
7. den erzielten Umsatz, sämtliche Kostenfaktoren sowie den erzielten Gewinn,
8. sowie Art und Umfang der betriebenen Werbung;

hilfsweise:

Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin hinsichtlich der von ihm begangenen Handlungen nach Tenor zu Ziffer I. 1., I. 3. und I. 4. Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen über:

1. Namen und Adressen von Lieferanten der Product Keys;
2. Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer oder Auftraggeber der:
 - c) heruntergeladenen Programmkopien gemäß dem Tenor zu Ziffer I. 1.,
 - d) Product Keys gemäß dem Tenor zu I. 3.;
3. Menge und Lieferzeiten der:
 - c) per Download in den Verkehr gebrachten Programmkopien gemäß dem Tenor zu I. 1.,
 - d) ausgelieferten und bestellten Product Keys gemäß dem Tenor zu I. 3.;
4. Menge der vom Beklagten erhaltenen Product Keys gemäß dem Tenor zu I. 3.;

5. die Einkaufszeiten und die Einkaufspreise,
6. die Verkaufszeiten und die Verkaufspreise,
7. den erzielten Umsatz, sämtliche Kostenfaktoren sowie den erzielten Gewinn,
8. sowie Art und Umfang der betriebenen Werbung;

dies alles (I. bis 8.) unter Vorlage der entsprechenden Belege, insbesondere unter Vorlage von Kopien der:

- Auftragsschreiben des Beklagten an seine Lieferanten;
- Auftragsbestätigungen der Lieferanten des Beklagten;
- Rechnungen der Lieferanten des Beklagten;
- Lieferscheine der Lieferanten des Beklagten;
- Bestellschreiben etwaiger gewerblicher Abnehmer des Beklagten;
- entsprechenden Auftragsbestätigungen des Beklagten an seine etwaigen gewerblichen Abnehmer;
- Rechnungen des Beklagten an seine etwaigen gewerblichen Abnehmer;
- Lieferscheine des Beklagten an seine etwaigen gewerblichen Abnehmer;
- etwaigen druckschriftlichen Werbemittel des Beklagten.

III.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, welcher der Klägerin durch die im Tenor zu I. beschriebenen Handlungen des Beklagten entstanden ist und noch entstehen wird.

hilfsweise:

Es wird festgestellt, dass der Beklagte zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, welcher der Klägerin durch die im Tenor zu I. 1., I. 3. und I. 4. beschriebenen Handlungen des Beklagten entstanden ist und noch entstehen wird.

hilfshilfsweise:

Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin dasjenige herauszugeben, was er aus den Handlungen gemäß Ziffer I. ungerechtfertigt erlangt hat.

32

Der Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen.

33

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 2. März 2017 Bezug genommen.

II.

34

Die zulässige Berufung des Beklagten hat nur in geringem Umfang Erfolg. Auf seine Berufung war die Klage hinsichtlich des unter Ziffer I. 2. geltend gemachten Hauptantrags sowie der darauf bezogenen Auskunft- und Schadensersatzansprüche teilweise abzuweisen. Die Klage ist auch insoweit unbegründet, als die Klägerin im Unterlassungsantrag Ziffer I. 4. beantragt hat, dem Beklagten den Besitz von Product Keys unter dem Zeichen „... Office“ zu verbieten.

35

Die Anschlussberufung der Klägerin ist zulässig und weitgehend begründet. Der Klägerin stehen der unter Ziffer I. 2. hilfsweise geltend gemachte Unterlassungsanspruch, nicht jedoch die darauf gestützten Folgeansprüche zu. Auf die Anschlussberufung war der Beklagte ergänzend zur Unterlassung der Verletzung des Verbreitungsrechts der Klägerin gemäß § 69c Nr. 3 Satz 1 UrhG zu verurteilen

(Anschlussberufungsantrag Ziffer I. 3). Diesbezüglich stehen der Klägerin auch die geltend gemachten Folgeansprüche zu.

36

1. Die Klage ist hinsichtlich des unter Ziffer I. 1. des Klageantrags geltend gemachten Unterlassungsanspruchs zulässig und begründet. Der Klägerin steht der Unterlassungsanspruch gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1, § 69a Abs. 1, § 69c Nr. 4 UrhG zu.

37

a) Entgegen der Auffassung des Beklagten handelt die Klägerin nicht rechtsmissbräuchlich, indem sie den Beklagten auf Unterlassung der öffentlichen Zugänglichmachung ihres Computerprogramms „... Office Professional Plus 2013“ auf seinem Downloadportal in Anspruch nimmt. Allein dadurch, dass die Klägerin gerichtliche Hilfe zur Durchsetzung eines behaupteten urheberrechtlichen Unterlassungsanspruchs in Anspruch nimmt, kann ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht angenommen werden. Ob sich die Klägerin zu Recht auf einen Unterlassungsanspruch beruft, ist vielmehr eine Frage der Begründetheit.

38

b) Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass der Beklagte ohne Einwilligung der Klägerin das Computerprogramm „... Office Professional Plus 2013“ über das Internet auf seinem Downloadportal öffentlich zum Abruf durch Dritte bereit gehalten und dadurch das ausschließliche Recht der Klägerin auf öffentliche Zugänglichmachung gemäß § 69c Nr. 4 UrhG verletzt hat.

39

aa) Die Klägerin ist Inhaberin der urheberrechtlichen Nutzungsrechte an den Computerprogrammen „...Office Professional Plus 2013“ und hat dem Beklagten keine Zustimmung zur öffentlichen Zugänglichmachung dieser Programme erteilt.

40

bb) Zwar kann dieses Computerprogrammpaket ohne Product Key in der vom Beklagten zum Abruf bereitgehaltenen Fassung nur als 30-Tage-Testversion verwendet werden. Das ändert aber nichts daran, dass der Beklagte ohne Zustimmung der Klägerin das Computerprogrammpaket - in einer zeitlich befristeten Version - Dritten im Internet zur Verfügung stellt.

41

cc) Der Beklagte hat die 30-Tage-Testversion des Computerprogramms „... Office Professional Plus 2013“ öffentlich zugänglich gemacht im Sinne von § 69c Nr. 4, § 19a, § 15 Abs. 3 UrhG, indem er sie auf seinem Downloadportal im Internet zum Abruf bereitgehalten hat.

42

aaa) Zwar kann es bei dem Zugänglichmachen einer Computerprogrammkopie auf einer Internetseite geboten sein, darin keine öffentliche Zugänglichmachung i. S. d. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG, § 19a, § 69c Nr. 4 UrhG zu sehen, sondern eine Verbreitung i. S. d. Art. 4 Abs. 1 lit. c), Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass das Zugänglichmachen dem „Verkauf“ der Programmkopie dient, was erfordert, dass der Herunterladende die Kopie dauerhaft nutzen kann (vgl. EuGH GRUR 2012, 904 Tz. 45, 50 f. - Used-Soft/Oracle). Daran fehlt es im Streitfall, weil die vom Beklagten ohne Product Key zugänglich gemachte Programmversion längstens 30 Tage genutzt werden konnte.

43

Gemäß § 19a UrhG, der auch für § 69c Nr. 4 UrhG maßgeblich ist, ist das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Der Begriff der Öffentlichkeit ergibt sich aus § 15 Abs. 3 UrhG. Die Wiedergabe ist danach öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.

44

Die „Bestimmung“ für die Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit ist objektiv zu ermitteln und in Übereinstimmung damit festzulegen, wem das Werk im Sinne des § 19a UrhG zugänglich gemacht wird.

Das Zugänglichmachen setzt nur voraus, dass Dritten der Zugriff auf das betreffende geschützte Werk eröffnet wird. Das ist insbesondere beim Einstellen ins Internet der Fall (vgl. BGH GRUR 2013, 1235 Tz. \ 6-Restwertbörse II).

45

bbb) Nach diesen Maßstäben hat der Beklagte die 30-Tage-Testversion im Internet öffentlich zugänglich gemacht.

46

Zwar ist davon auszugehen, dass er den Downloadlink [http:// ...](http://...) an Kunden bekannt gegeben hat, die zuvor ein Computerprogramm bestellt und bezahlt hatten. Dies ergibt sich bereits aus den drei streitgegenständlichen Verkaufsvorgängen an die Testkäufer. Die Klägerin hat nicht dargetan, dass der Beklagte darüber hinaus den Downloadlink an einen unbestimmten Personenkreis bzw. bloße Kaufinteressenten bekannt gegeben hat. Auch hat der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unwidersprochen erklärt, dass der URL [http: ...](http://...) nicht über Google auffindbar war.

47

Er hat jedoch keinerlei Zugangshindernisse für diesen URL geschaffen, so dass sein Downloadportal grundsätzlich für jedermann aufrufbar war. Hinzu kommt, dass der Downloadlink [http:// ...](http://...) für Dritte angesichts seiner Webseite [https:// ...](https://...) unschwer zu erraten ist. Daher ist das Downloadportal des für Dritte angesichts seiner Webseite unschwer zu erraten ist. Daher ist das Downloadportal des Beklagten sämtlichen potentiellen Nutzern der Internetseite und damit einer unbestimmten und ziemlich großen Zahl von Adressaten zugänglich.

48

ccc) Es kann im Streitfall dahin stehen, ob auch die Klägerin - wie vom Beklagten behauptet - das Computerprogrammpaket „... Office Professional Plus 2013“ der Öffentlichkeit mit einer Nutzungseinschränkung von 30 Tagen frei zugänglich im Internet zur Verfügung stellt. Auch diese Nutzung stellt sich nicht als Verbreitung, sondern als öffentliche Zugänglichmachung dar (s.o. II. 1. b) cc) aaa)).

49

(1) Bei dem Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) handelt es sich um ein besonderes Recht zur öffentlichen Wiedergabe (vgl. § 15 Abs. 2 und 3 UrhG). Soweit es sich bei diesen Rechten um nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG harmonisiertes Recht handelt, sind die Bestimmungen des § 19a UrhG und des § 15 Abs. 2 und 3 UrhG richtlinienkonform auszulegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG diese Rechte in seinem Anwendungsbereich vollständig harmonisiert und die Mitgliedstaaten das durch diese Vorschrift begründete Schutzniveau daher weder unterschreiten noch überschreiten dürfen (vgl. EuGH GRUR 2014, 360 Tz. 33 bis 41 - Svensson/Retriever Sverige; BGH GRUR 2016, 171 Tz. 17 - Die Realität 11).

50

Für eine Einstufung als „öffentliche Wiedergabe“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG ist es unter anderem erforderlich, dass ein geschütztes Werk unter Verwendung eines technischen Verfahrens, das sich von dem bisher verwendeten unterscheidet, oder - ansonsten - für ein neues Publikum wiedergegeben wird, also für ein Publikum, an das der Inhaber des Urheberrechts nicht dachte, als er die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe erlaubte (vgl. BGH GRUR Int 2017, 449 Tz. 28 - Cordoba)

51

(2) Erfolgt - wie im Streitfall - die nachfolgende Wiedergabe wie die ursprüngliche Wiedergabe im Internet, erfolgt sie nach demselben technischen Verfahren (vgl. EuGH a.a.O., Tz. 24 - Svensson/Retriever Sverige; GRUR 2016, 1152 Tz. 42 - GS Media BV/Sanoma u.a.).

52

(3) Damit käme es im Streitfall darauf an, ob das von der Klägerin in einer 30-Tage-Testversion frei zugängliche Computerprogramm auf der Internetseite des Beklagten für ein neues Publikum wiedergegeben wurde, also für ein Publikum, an das die Klägerin als Rechtsinhaberin nicht dachte, als sie die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe ermöglichte.

53

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union liegt keine Wiedergabe für ein neues Publikum vor, wenn auf einer Internetseite anklickbare Links zu Werken bereitgestellt werden, die auf einer anderen Internetseite mit Erlaubnis der Urheberrechtsinhaber für alle Internetnutzer frei zugänglich sind. Unterlag der Zugang zu den Werken auf der anderen Internetseite keiner beschränkenden Maßnahme, waren die Werke für sämtliche Internetnutzer frei zugänglich. Werden die betreffenden Werke den Nutzern einer Internetseite über einen anklick-baren Link zugänglich gemacht, sind diese Nutzer potentielle Adressaten der ursprünglichen Wiedergabe. Sie sind Mitglieder der Öffentlichkeit, die die Inhaber des Urheberrechts erfassen wollten, als sie die ursprüngliche Wiedergabe erlaubten. Eine solche Wiedergabe erfolgt nicht gegenüber einem neuen Publikum. Sie ist daher keine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG und bedarf keiner Erlaubnis der Urheberrechtsinhaber (vgl. EuGH a.a.O., Tz. 40 bis 42 - GS Media BV/Sanoma u.a.).

54

Die vom Gerichtshof der Europäischen Union zur Beurteilung von Hyperlinks und „Framing“ aufgestellten Grundsätze können jedoch auf die hier vorliegende Fallgestaltung, bei der ein urheberrechtlich geschütztes Computerprogramm ohne Zustimmung des Rechtsinhabers von einem Nutzer auf seiner eigenen Internetseite für eine Öffentlichkeit bereitgehalten wird, nicht angewandt werden (vgl. BGH a.a.O. Tz. 35-Cordoba)

55

Dabei ist insbesondere zu beachten, dass der Gerichtshof der Europäischen Union unter den Kriterien, die im Rahmen der individuellen Beurteilung des Begriffs der „öffentlichen Wiedergabe“ zu berücksichtigen sind, die zentrale Rolle des Nutzers hervorgehoben hat (vgl. EuGH a.a.O., Tz. 35 - GS Media BV/Sanoma u.a.). An dieser zentralen Rolle des Nutzers fehlt es, wenn auf der eigenen Internetseite im Wege der Verlinkung oder des „Framing“ lediglich auf ein Werk verwiesen wird, das auf einer fremden Internetseite bereitgehalten wird. In diesen Fällen entscheidet allein der Inhaber der fremden Internetseite darüber, ob das auf seiner Internetseite bereitgehaltene Werk für die Öffentlichkeit zugänglich bleibt; wird das Werk nach dem Setzen des Links von der fremden Internetseite entfernt, geht der Link ins Leere (vgl. BGH a.a.O., Tz. 14 - Die Realität 11) Dagegen nimmt der Nutzer, der das Werk auf seiner eigenen Internetseite einstellt und bereithält, eine zentrale Rolle bei der Wiedergabe ein. Er entscheidet darüber, ob und wie lange das Werk der Öffentlichkeit zugänglich ist. Ein solcher Nutzer eröffnet der Öffentlichkeit den Zugriff auf das in seiner Zugriffssphäre befindende Werk und nimmt damit eine eigene Verwertungshandlung vor (vgl. BGH GRUR 2010, 616 Tz. 21 - marions-kochbuch.de; BGH a.a.O., Tz. 36 - Cordoba). Dürfte ein Werk, das mit Zustimmung des Rechtsinhabers auf einer Internetseite für alle Internetnutzer frei zugänglich ist, ohne Zustimmung des Rechtsinhabers auch auf anderen Internetseiten eingestellt und öffentlich zugänglich gemacht werden, wäre dem Urheber weitgehend die Möglichkeit genommen, die wirtschaftliche Verwertung seines Werkes zu steuern und eine angemessene Beteiligung an der wirtschaftlichen Nutzung seines Werkes sicherzustellen (vgl. BGH a.a.O., Tz. 35- Die Realität II).

56

Es kann daher nicht angenommen werden, dass der Inhaber des Urheberrechts, der seine Zustimmung zum Einstellen seines Werkes auf einer frei zugänglichen Internetseite erteilt, dabei nicht nur an die Internetnutzer als Publikum denkt, die diese Internetseite unmittelbar oder über einen auf einer anderen Internetseite eingerichteten Link besuchen, sondern auch an die Internetnutzer, die eine andere Internetseite besuchen, auf der sein Werk ohne seine Zustimmung eingestellt worden ist. Bei den zuletzt genannten Internetnutzern handelt es sich daher um ein neues Publikum im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl. (vgl. EuGH-Vorlage zum Begriff des „öffentlichen Zugänglichmachen“, BGH a.a.O. Tz 38-Cordoba).

c) Der Beklagte kann sich nicht auf Erschöpfung berufen, da das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 69c Nr. 4 UrhG nicht der Erschöpfung unterliegt (s.o. II. 1. c) cc); Dreier in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 69c Rn 28).

57

2. Soweit der Beklagte Product Keys für das streitgegenständliche Computerprogramm der Klägerin angeboten und an Kunden übermittelt hat, ist der mit der Anschlussberufung unter Ziffer I. 2. hilfsweise geltend gemachte Unterlassungsantrag gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1, § 69a Abs. 1, § 69c Nr. 1 UrhG begründet. Auf die Berufung des Beklagten war der Hauptantrag zu Ziffer I. 2. abzuweisen.

58

a) Der mit dem Hauptantrag zu Ziffer I. 2. geltend gemachte Unterlassungsanspruch verfehlt die konkrete Verletzungsform und ist daher unbegründet. Mit dem Anbieten, Feilhalten und Inverkehrbringen von Product Keys für die streitgegenständlichen Computerprogramme als Lizenz hierfür beschreibt die Klägerin eine möglicherweise irreführende und daher wettbe werbswidrige Verhaltensweise der Beklagten, nicht aber den behaupteten Urheberrechtsverstoß (vgl. BGH GRUR 2015, 1108 Tz. 21 - Green-IT).

59

b) Der mit dem zulässigen Hilfsantrag zu Ziffer I. 2. geltend gemachte Unterlassungsanspruch hat hingegen Erfolg.

60

aa) Der im Rahmen der Anschlussberufung gestellte Hilfsantrag zum Unterlassungsantrag Ziffer I. 2. und die darauf bezogenen Folgeanträge sind zulässig.

61

Die erstmalige Stellung eines Hilfsantrags in der Berufungsinstanz ist eine objektive Klagehäufung, auf die die Vorschriften über die Klageänderung nach §§ 533, 263, 2(64 ZPO entsprechend anwendbar sind (vgl. BGH a.a.O. Tz. 24 - Green-IT). Sie ist daher nur zulässig, wenn der Gegner eingewilligt hat oder das Gericht sie für sachdienlich hält (§ 533 Nr. 1 ZPO) und sie auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat (§ 533 Nr. 2 ZPO).

62

Die Stellung des Hilfsantrags war im Streitfall sachdienlich, da sie der Vermeidung eines weiteren Rechtsstreits zwischen den Parteien über denselben Sachverhalt dient. Der Hilfsantrag ist ferner ausschließlich auf Tatsachen gestützt, die der Senat seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat.

63

bb) Der Hilfsantrag ist auch begründet. Der Beklagte hat dadurch, dass er den Kunden Product Keys für das streitgegenständliche Computerprogramm sowie den Downloadlink übermittelt hat, die ernstliche Gefahr einer Verletzung des ausschließlichen Rechts der Klägerin zur Vervielfältigung des Computerprogramms (§ 69c Nr. 1 UrhG) begründet.

64

aaa) Das Landgericht hat nicht festgestellt, dass die Kunden, die vom Beklagten Product Keys erhalten haben, das Programm mit diesen Product Keys heruntergeladen und auf ihrem Rechner installiert haben. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, der Beklagte habe Kunden dazu veranlasst, Programme der Klägerin zu vervielfältigen und damit bereits eine Rechtsverletzung vorliege. Soweit die Klägerin vorgetragen hat, die streitgegenständlichen Product Keys seien nach deren Verkauf auch tatsächlich - und zwar teilweise vielfach - zur Aktivierung des Computerprogramms verwandt worden, führt das zu keiner anderen Beurteilung, da sich aus dem Vortrag der Klägerin nicht ergibt, dass gerade diejenigen Kunden, denen der Beklagte die Product Keys übersandte, das Programm mithilfe dieser Product Keys auf ihren Rechnern installiert haben.

65

Ein Unterlassungsanspruch, wie er mit dem Hilfsantrag geltend gemacht wird, kann aber auch auf Erstbegehungsgefahr gestützt werden. Er setzt voraus, dass ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte für eine in naher Zukunft konkret drohende Rechtsverletzung bestehen. Der vorbeugende Unterlassungsanspruch kann sich nicht nur gegen den möglichen Täter, sondern auch gegen denjenigen richten, der als potenzieller Teilnehmer oder Störer eine Erstbegehungsgefahr für durch Dritte begangene Verletzungshandlungen begründet hat (vgl. BGH a.a.O. Tz. 4153- Green-IT).

66

bbb) Der Beklagte hat Product Keys für das streitgegenständliche Computerprogramm der Klägerin an Kunden versandt. Das Verhalten des Beklagten hat jedenfalls die ernstliche Gefahr begründet, dass Kunden, an die der Product Key für das streitgegenständliche Computerprogramm der Klägerin versandt wird, das Programm vom Downloadportal des Beklagten herunterladen und damit in das ausschließliche

Recht der Klägerin nach § 69c Nr. 1 UrhG zur Vervielfältigung des Computerprogramms eingreifen (vgl. BGH a.a.O. Tz. 41 - Green-IT).

67

ccc) Zur Vervielfältigung des Computerprogramms sind die Kunden nicht berechtigt; insbesondere ergibt sich die Berechtigung zum Vervielfältigen des Programms nicht aus § 69d Abs. 1 UrhG. Der Beklagte und die Kunden können sich weder auf Erschöpfung noch auf einen vertraglich abgeleiteten Erwerb berufen. Die Product Keys selbst stellen keine Lizenzen dar.

68

(1) Die Übersendung der Product Keys und eine etwaige Vervielfältigung des Computerprogramms erfolgten ohne unmittelbare - originäre - an den Beklagten gerichtete Zustimmung der Klägerin.

69

(2) Nach § 69d Abs. 1 UrhG bedarf die Vervielfältigung eines Computerprogramms, soweit keine besonderen vertraglichen Bestimmungen vorliegen, nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms durch jeden zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigten notwendig ist.

70

Die Regelung des § 69d Abs. 1 UrhG setzt die Vorschrift des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG ins deutsche Recht um und ist daher richtlinienkonform auszulegen. Gemäß Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG bedarf die Vervielfältigung eines Computerprogramms in Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms durch den rechtmäßigen Erwerber notwendig ist. Hat der Inhaber des Urheberrechts dem Herunterladen der Kopie eines Computerprogramms aus dem Internet auf einen Datenträger zugestimmt, sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union der zweite oder jeder weitere Erwerber einer Lizenz zur Nutzung dieses Computerprogramms im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG als rechtmäßige Erwerber einer Programmkopie anzusehen, die vom Vervielfältigungsrecht nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG Gebrauch machen dürfen, wenn das Recht zur Verbreitung der Programmkopie nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG erschöpft ist und der Weiterverkauf der Lizenz an den Erwerber mit dem Weiterverkauf der von der Internetseite des Urheberrechtsinhabers heruntergeladenen Programmkopie verbunden ist (vgl. EuGH GRUR 2012, 904 Tz. 72, 88 - UsedSoft/Oracle; BGH a.a.O. Tz. 46 -Green-IT).

71

(3) Im Streitfall kommt eine Erschöpfung jedoch schon deshalb nicht in Betracht, weil die Klägerin die streitgegenständlichen Product Keys im Rahmen der Volumenlizenzverträge mit chinesischen Bildungseinrichtungen erstmals in der Volksrepublik China in Verkehr gebracht hat.

72

Nach § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG erschöpft sich das Verbreitungsrecht in Bezug auf ein Vervielfältigungsstück, wenn das Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden ist. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG hat folgenden Wortlaut: Mit dem Erstverkauf einer Programmkopie in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung erschöpft sich in der Gemeinschaft das Recht auf die Verbreitung dieser Kopie; ausgenommen hiervon ist jedoch das Recht auf Kontrolle der Weitervermietung des Programms oder einer Kopie davon.

73

Erschöpfung tritt daher nicht ein, wenn das Vervielfältigungsstück durch den Rechteinhaber oder mit dessen Zustimmung außerhalb der Gemeinschaft verkauft wird. Eine internationale Erschöpfung gibt es nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur nicht (vgl. EuGH GRUR Int 2001, 237 Tz. 26 - Laserdisken/Ku/turministeriet; Dustmann in Fromm/Nordemann, UrhG, 11. Aufl. 2014, § 17 Rn. 31; Dreier a.a.O., § 69c Rn. 22). Daher können die Berechtigten auch Reimporte aus Drittstaaten wirksam unterbinden; dies selbst dann, wenn der Drittstaat eine weltweite Erschöpfung anerkennt (vgl. Dustmann a.a.O. § 11 Rn. 31) Es kann daher im Streitfall dahin stehen, ob nach chinesischem Recht Erschöpfung für China eingetreten ist.

74

(4) Soweit der Beklagte in der Berufungsbegründung die Auffassung vertritt, die Frage der Erschöpfung stelle sich vorliegend nicht, da die Aktivierungsvolumina der streitgegenständlichen Product Keys im Zeitpunkt der Verkäufe an die Testkäufer noch nicht (vollständig) ausgeschöpft gewesen seien, kann dem nicht gefolgt werden.

75

Gemäß dem vom Beklagten zitierten Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 21. Mai 2016 dient ein Produktschlüssel nicht der unkörperlichen Weitergabe eines bereits existierenden Vervielfältigungsstücks im Sinne der „UsedSoft“-Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl. EuGH GRUR 2012, 904 Tz. 10 und 18- UsedSoft/Orac/e) und des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH a.a.O. Tz. 49 - Green-IT; GRUR 2014, 2(64 Tz. 63 bis 65 - UsedSoft II) sondern der erstmaligen Herstellung eines Vervielfältigungsstücks, wenn der Produktschlüssel noch nicht zur Aktivierung von Computerprogrammen verwendet worden ist. Unter diesen Umständen stelle sich die Frage, ob in Bezug auf eine weitergegebene Programmkopie eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts des Rechtsinhabers eingetreten ist, ebenso wenig wie die Frage, ob die beim Veräußerer verbliebene Programmkopie unbrauchbar gemacht worden ist (vgl. OLG Frankfurt WRP 2016, 1025 Tz. 3, 4)

76

Es kann dahin stehen, ob dieser Auffassung zu folgen ist. Denn im Streitfall wurden die Product Keys vor den streitgegenständlichen Verkäufen an die Testkäufer unstreitig bereits in China zur Aktivierung des Computerprogramms „... Office Professional Plus 2013“ verwendet. Das Computerprogramm der Klägerin wurde mit den streitgegenständlichen Product Keys in China durch Herunterladen von der Internetseite der Klägerin vervielfältigt; es existierten im Zeitpunkt der Weitergabe der Product Keys durch den Beklagten bereits Programmkopien, die mit den Product Keys aktiviert wurden. Insofern läge im Streitfall bei einem etwaigen Herunterladen des Programms durch Kunden des Beklagten keine erstmalige Herstellung eines Vervielfältigungsstücks vor.

77

Im Übrigen kommt es für die Frage der Erschöpfung nicht darauf an, ob der Produktschlüsse] nur für die nach den Lizenzbedingungen zulässige Zahl von Vervielfältigungen oder für beliebig viele Vervielfältigungen des Computerprogramms verwendet werden kann (vgl. BGH a.a.O. Tz. 51 - Green-IT). Daher ist es im Streitfall auch unerheblich, ob die Aktivierungsvolumina der Product Keys im Zeitpunkt der Weitergabe durch den Beklagten bereits ausgeschöpft waren.

78

Es kommt schließlich nicht darauf ab, ob der Klägerin - wie der Beklagte meint - technische Mittel zur Verfügung stehen, mit denen sie eine unzulässige Mehrfachverwendung von Programmkopien verhindern könnte. Der Urheberrechtsinhaber ist beim Weiterverkauf einer Nutzungslizenz durch den Weiterverkauf einer Programmkopie zwar berechtigt, mit allen ihm zur Verfügung stehenden technischen Mitteln - wie etwa der Verwendung von Produktschlüsseln -sicherzustellen, dass eine nach dem Verkauf der Kopie des Computerprogramms beim Verkäufer noch vorhandene weitere Kopie des Computerprogramms nicht mehr genutzt werden kann (EuGH, GRUR 2012, 904 Rn 79 und 87 - UsedSoft/Oracle). Er ist jedoch nicht verpflichtet, solche technischen Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Hat er keine Schutzmaßnahmen ergriffen, führt dies nicht dazu, dass der Käufer der Programmkopie berechtigt ist, das Computerprogramm zu vervielfältigen, obwohl die Voraussetzungen der Erschöpfung nicht vorliegen (vgl. BGH a.a.O. Tz. 52 - Green-IT).

79

(5) Der darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat auch ein Recht zur Vervielfältigung des Computerprogramms aus abgeleitetem Recht nicht dargetan.

80

Soweit der Beklagte behauptet, die Klägerin habe den chinesischen Bildungseinrichtungen uneingeschränkte Verkaufslizenzen mit dem Recht zur Weiterveräußerung bzw. zum Inverkehrbringen von Vervielfältigungen des Computerprogramms innerhalb der Europäischen Union eingeräumt, weil sie in den zugrundeliegenden Volumenlizenzverträgen einen Export nicht ausdrücklich untersagt habe, kann dem nicht gefolgt werden. Denn bloßes Schweigen stellt grundsätzlich keine Willenserklärung dar. Auch aus der erst im Berufungsverfahren vorgelegten „Vernichtungserklärung/Abtretung“ vom 10. Januar 2017 eines

Vertreter der "... Grundschule" in China ergibt sich lediglich, dass der zugrundeliegende Volumenlizenzvertrag keine Nutzungs-, Kauf- oder Verkaufsbeschränkungen beinhaltet. Eine ausdrückliche Zustimmung der Klägerin zum Weiterverkauf der Lizenz und der Programmkopien innerhalb der Europäischen Union ergibt sich daraus nicht und wird vom Beklagten auch nicht behauptet. Hinsichtlich der beiden anderen streitgegenständlichen Product Keys hat der Beklagte auch im Berufungsverfahren weder die Volumenlizenzverträge noch die Lieferkette konkret dargetan.

81

(6) Schließlich stellen auch die Product Keys selbst keine „Lizenzen“ dar, die Nutzungs- und Vervielfältigungsrechte an dem streitgegenständlichen Computerprogramm einräumen könnten.

82

Die Berechtigung zur Nutzung des Computerprogramms leitet sich aus den zwischen der Klägerin und den Kunden geschlossenen (Volumen-)Lizenzverträgen ab, nicht jedoch aus dem Product Key. Dieser stellt lediglich ein - einem Fahrzeugschlüssel vergleichbares - technisches Mittel dar, um das erworbene Computerprogramm zu aktivieren und dauerhaft in Betrieb zu nehmen (vgl. OLG Frankfurt GRUPraxis 2017, 52 Tz. 32; Senat WRP 2017, 356 Tz. 24 - Product-Key-Zusendung).

83

Dies ergibt sich auch aus den von der Klägerin als Anlage BB2 vorgelegten „...-Software-Lizenzbedingungen“ der Klägerin für die Endkundenversion von „Office Home & Business 2016“. Bereits auf der ersten Seite wird darauf hingewiesen, dass es sich um einen „Lizenzvertrag“ handelt. Unter Ziffer 2. („Rechte zur Installation und Nutzung“) heißt es bei a) („Lizenz“), dass die Software lizenziert wird und ... unter diesem Vertrag dem Erwerber das Recht einräumt, eine Instanz auf dem Gerät zu installieren. In Ziffer 5. („Autorisierte Software und Aktivierung“) ist ausgeführt, dass der Erwerber nur dann zur Nutzung der Software befugt ist, wenn er über eine ordnungsgemäße Lizenz verfügt und die Software ordnungsgemäß mit einem originalen Product Key oder einer anderen autorisierten Methode aktiviert wurde. Zudem hat die Klägerin dargetan, dass der Kunde neben der Eingabe des Product Keys auch den Lizenzbedingungen zustimmen muss, um das Computerprogramm installieren zu können (vgl. Bl. 255 d. A.).

84

Dass im Bereich der hier relevanten Volumenlizenzen nichts anderes gilt, ergibt sich bereits daraus, dass die Klägerin mit den chinesischen Bildungseinrichtungen unstreitig Volumenlizenzverträge abgeschlossen hat.

85

3. Der mit der Anschlussberufung im Wege der Klagerweiterung zusätzlich geltend gemachte Unterlassungsanspruch Ziffer I. 3. ist zulässig und begründet. Der Beklagte hat dadurch, dass er den Kunden Product Keys sowie den Downloadlink zum Herunterladen des Computerprogramms übermittelt hat, zugleich das ausschließliche Recht der Klägerin auf Verbreitung des Computerprogramms „...Office Professional Plus 2013“ gemäß § 69c Nr. 3 Satz 1 UrhG verletzt.

86

a) Der im Rahmen der Anschlussberufung gestellte Unterlassungsantrag Ziffer I. 3. und die darauf bezogenen Folgeanträge sind zulässig. Die Klageerweiterung ist gemäß § 533 Nr. 1 ZPO sachdienlich, da sie der Vermeidung eines weiteren Rechtsstreits zwischen den Parteien über denselben Sachverhalt dient. Der Antrag ist ferner ausschließlich auf Tatsachen gestützt, die der Senat seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat (§ 533 Nr. 2 ZPO).

87

b) Der Klägerin steht der Unterlassungsanspruch gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1, § 69a Abs. 1, § 69c Nr. 3 Satz 1 UrhG zu.

88

aa) Gemäß § 69c Nr. 3 Satz 1 UrhG hat der Rechteinhaber das ausschließliche Recht zur Verbreitung, einschließlich der Vermietung, des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Computerprogramms. Nach § 17 Abs. 1 UrhG ist das Verbreitungsrecht das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen.

89

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union kommt es nicht darauf an, ob ein Computerprogramm durch Aushändigen eines materiellen Datenträgers oder durch Herunterladen aus dem Internet verbreitet wird. Beide Arten der Veräußerung eines Computerprogramms sind wirtschaftlich gesehen vergleichbar; das Herunterladen aus dem Internet entspricht funktionell der Aushändigung eines Datenträgers (vgl. EuGH a.a.O., Tz. 61 - Used-Soft/Oracle). Beide Veräußerungsarten sind daher als Verbreitung anzusehen.

90

Der Beklagte hat das „...Office Professional Plus 2013“ auf eBay angeboten, auf entsprechende Bestellung einen Product Key sowie den Downloadlink zum Herunterladen des Computerprogramms an seine Kunden übermittelt und dadurch das Computerprogramm „...Office Professional Plus 2013“ verbreitet.

91

bb) Das ausschließliche Recht der Klägerin zum Verbreiten des Computerprogramms „...Office Professional Plus 2013“ war auch nicht nach § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG erschöpft, weil die Klägerin die streitgegenständlichen Produkt Keys im Rahmen der Volumenlizenzverträge mit chinesischen Bildungseinrichtungen erstmals in der Volksrepublik China und damit außerhalb des Gebietes der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in Verkehr gebracht hat.

92

4. Das Anbieten und das Inverkehrbringen von Product Keys für Computerprogramme der Klägerin unter dem Zeichen „...Office“ verletzt auch deren Kennzeichenrechte. Der Klägerin steht insofern der unter Ziffer I. 4. verfolgte Unterlassungsantrag gemäß Art. 102 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 9 Abs. 2 lit. b), Abs. 3 lit. b) UMGV zu. Die Klage war indes abzuweisen, soweit die Klägerin beantragt hat, dem Beklagten auch den Besitz von Product Keys unter dem Zeichen „...Office“ zu verbieten.

93

a) Die Klägerin ist Inhaberin der Gemeinschaftswortmarke Nr. 007 138 225 „...OFFICE“ und vertreibt das Computerprogrammpaket „...Office“; der Beklagte hat das Zeichen für die Übersendung von Product Keys und damit für hochgradig ähnliche Waren, für die die Marke Schutz genießt, benutzt. Insofern besteht Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. b) UMGV.

94

b) Sind die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 UMGV erfüllt, so kann gemäß Art. 9 Abs. 3 lit. b) UMGV verboten werden, unter dem Zeichen Waren anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen oder unter dem Zeichen Dienstleistungen anzubieten oder zu erbringen.

95

Der Beklagte hat die Product Keys mit dem Zeichen „...OFFICE“ durch Übersendung per E-Mail an die Testkäufer angeboten und in den Verkehr gebracht. Bei den per E-Mail übersandten Product Keys handelt es sich jedoch um unkörperliche Gegenstände, bei denen ein Besitz nicht möglich ist; insoweit war die Klage teilweise abzuweisen.

96

c) Der Beklagte kann sich nicht auf Erschöpfung gemäß Art. 13 Abs. 1 UMGV berufen. Die Product Keys selbst weisen die Marke nicht auf; ihr - im Übrigen außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums erfolgtes - Inverkehrbringen kann daher nicht zur Erschöpfung führen.

97

5. Die geltend gemachten Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche sind zulässig und hinsichtlich der Unterlassungsanträge zu Ziffern I. 1., I. 3. und I. 4. begründet. Die Ansprüche ergeben sich aus § 101 Abs. 1, Abs. 3 UrhG (Ziffern I. 3. und I. 4.) sowie aus Art. 102 Abs. 2 UMGV, § 125b Nr. 2 MarkenG i. V. m. § 19 Abs. 1, Abs. 3 MarkenG, § 242 BGB (Ziffer I. 4.).

98

Die auf den Hilfsantrag des Unterlassungsantrags zu Ziffer I. 2. bezogenen und der Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs dienenden Anträge auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung sind hingegen nicht begründet. Insofern war die Klage teilweise abzuweisen.

99

Es kann in Anwendung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH a.a.O. Tz. 42, 54 -Green-IT) nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass Kunden des Beklagten, denen dieser einen Product Key übermittelt hat, das Vervielfältigungsrecht der Klägerin am Computerprogramm verletzt haben; der Bundesgerichtshof hat in einer vergleichbaren Fallkonstellation (BGH a.a.O. - Green-IT) in der bloßen Gestattung keine Rechtsverletzung erkannt und deshalb Auskunfts- und Schadensersatzansprüche verneint. Daher scheidet ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten ebenso wie Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche aus.

100

6. Der Schadensersatzfeststellungsanspruch hinsichtlich der Unterlassungsanträge zu Ziffern I. 1., I. 3. und I. 4. beruht auf § 97 Abs. 2 UrhG sowie Art. 102 Abs. 2 UMG, § 125b Nr. 2 MarkenG i. V. m. § 14 Abs. 6 MarkenG. Der Beklagte handelte zumindest fahrlässig.

101

Der auf den Hilfsantrag des Unterlassungsantrags zu Ziffer I. 2. bezogene Schadensersatzfeststellungsanspruch ist hingegen unbegründet (vgl. II. 5.).

102

7. Der nach der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingereichte nachgelassene Schriftsatz des Beklagten vom 23. März 2017 bot keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen (§ 156 ZPO).

103

111. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 97 Abs. 1, § 269 Abs. 3 Satz ZPO.

104

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

105

Die Frage, ob bereits die Zusendung eines Product Keys für ein Computerprogramm als Gestattung im Sinne des § 69c Nr. 1 UrhG Auskunfts- und Schadensersatzansprüche begründet, ist von grundsätzlicher Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO), so dass insoweit die Revision zuzulassen war. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen zudem im Hinblick auf die Entscheidung über den Berufungsantrag Ziffer I. 1. vor (vgl. EuGH-Vorlage zum Begriff des „öffentlichen Zugänglichmachens“, BGH a.a.O. - Cordoba).