

Titel:

Sekundäre Darlegungslast des Werbenden beim Angebot von Aktivierungsschlüsseln zum Herunterladen von Software

Normenketten:

ZPO § 314

UrhG § 69c Nr. 3 S. 2

UWG § 8c

UWG § 5

UWG § 12 Abs. 1

Leitsätze:

1. Zwar ist die Unrichtigkeit einer als irreführend angegriffenen Werbeaussage grundsätzlich vom Verfügungskläger zu beweisen. Betrifft diese Werbeaussage jedoch die Frage, ob der Verfügungsbeklagte überhaupt in der Lage ist, bei den von ihm angebotenen Softwareprogrammen ein urheberrechtliches Nutzungsrecht zu vermitteln, kann ihm vor dem Hintergrund des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast obliegen.

2. Bei der Frage, wann ein Verschweigen der Reaktion des Verfügungsbeklagten auf eine vorgerichtliche Abmahnung als rechtsmissbräuchliches Vorgehen im Sinne von § 8c UWG angesehen werden kann, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

Schlagworte:

Irreführung, Rechtsmissbrauch

Vorinstanz:

LG Nürnberg-Fürth, Endurteil vom 12.02.2021 – 4 HK O 7675/20

Fundstellen:

MD 2021, 676

WRP 2021, 944

MMR 2022, 60

GRUR-RS 2021, 11114

LSK 2021, 11114

Tenor

Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 12.02.2021, Az. 4 HK O 7675/20, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

Entscheidungsgründe

A.

1

Mit Ziffer I. der Beschlussverfügung vom 20.11.2020 untersagte das Landgericht Nürnberg-Fürth den Verfügungsbeklagten:

1. Aktivierungsschlüssel für Microsoft-Computerprogramme anzubieten und/oder zu vertreiben, wenn der Käufer tatsächlich kein gesetzliches Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung und zum Download des Computerprogramms erhält, wenn dies geschieht wie folgt:

„es folgt ein Auszug des konkreten Angebots der Verfügungsbeklagten zu 1) auf A...(Verkaufsplattform), Anlage ASt 3

2. Käufern von Produktschlüsseln für Microsoft-Computerprogramme falsche

„Lizenzübertragungsprotokolle“ zur Verfügung zu stellen, wenn dies geschieht wie folgt:

„es folgt das von der Verfügungsbeklagten übersandte Lizenzübertragungsprotokoll, Anlage ASt 9

2

Mit Urteil vom 12.02.2021 erhielt das Landgericht Nürnberg-Fürth diese Beschlussverfügung aufrecht.

3

Dagegen wenden sich die Verfügungsbeklagten in ihrer Berufung. Sie beantragen, die einstweilige Verfügung unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 12.2.2021 aufzuheben und den darauf gerichteten Antrag zurückzuweisen.

4

Die Verfügungsklägerin beantragt

die Zurückweisung der Berufung.

5

Wegen des Inhalts der gerichtlichen Entscheidungen wird auf den Beschluss vom 20.11.2020 und das Urteil vom 12.02.2021 und wegen des Vorbringens der Parteien auf deren Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

6

Die zulässige Berufung der Verfügungsbeklagten ist offensichtlich unbegründet.

I.

7

Die Tatsachenfeststellungen des Landgerichts können im Berufungsverfahren nicht mit Erfolg angegriffen werden. Die Verfügungsbeklagten haben weder neue berücksichtigungsfähige Tatsachen vorgetragen (§ 529 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) noch konkrete Anhaltspunkte aufgezeigt, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachenfeststellungen des Landgerichts begründen würden (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

8

1. Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht an die von dem erstinstanzlichen Gericht festgestellten Tatsachen gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte, welche hiernach die Bindung des Berufungsgerichts an die vorinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind (BGH, Urteil vom 12.03.2004 - V ZR 257/03, BGHZ 158, 269-282, Rn. 8).

9

2. Im vorliegenden Fall bestehen derartige konkrete Anhaltspunkte nicht.

10

a) Laut Tatbestand des angegriffenen Urteils ist u.a. folgender Sachverhalt zwischen den Parteien unstreitig:

11

Die Verfügungsbeklagte zu 1), deren alleiniger Geschäftsführer der Verfügungsbeklagte zu 2) ist, bietet auf ihrer Homepage den Verkauf von Aktivierungsschlüsseln zum Herunterladen von Microsoft Office Produkten an. Bei einem Testkauf erwarb die Verfügungsklägerin einen Aktivierungsschlüssel für das Microsoft Programm Office 2019 Professional Plus und erhielt von den Verfügungsbeklagten den Produktschlüssel zum Herunterladen der Software. Auf Aufforderung übermittelte der Verfügungsbeklagte zu 2) ein „Lizenzübertragungsprotokoll“ wie in Ziff. I.2. der Beschlussverfügung wiedergeben.

12

Mit Schreiben vom 14.09.2020 teilt die Firma C... GmbH im Auftrag der Firma Microsoft C... der Verfügungsklägerin mit, dass die Verfügungsbeklagten nicht diejenigen Informationen zur Verfügung gestellt hätten, die nach der Rechtsprechung notwendig seien, um den Umfang der bestimmungsgemäßen Benutzung festzustellen. Daher könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Verfügungsklägerin über die nötigen Nutzungsrechte verfüge (Anlage AST 7).

13

Mit Schreiben vom 26.10.2020 (Anlage AST 11) ließ Firma Microsoft C... mitteilen, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Verfügungsklägerin über die zur Nutzung des Computerprogramms Microsoft Office Professional Plus 2019 erforderlichen Rechte verfüge, weil der Product Key, der von der ST...(Verfügungsbeklagte zu 1) an die Verfügungsklägerin übermittelt worden sei, zu einem Volumenlizenzvertrag mit einer Bildungseinrichtung gehöre, die ihren Sitz nicht in der Europäischen Union bzw. einem Vertragsstaat des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum habe.

14

Dafür, welche Tatsachen in erster Instanz vorgetragen, welche bestritten worden und welche unbestritten geblieben sind, erbringt der Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils, zu welchem auch die Wiedergabe von Tatsachenvortrag in den Entscheidungsgründen gehört, gemäß § 314 ZPO Beweis, der nur durch das Sitzungsprotokoll der letzten mündlichen Verhandlung, soweit dieses Tatsachenvortrag konkret wiedergibt, entkräftet werden kann. Im Berufungsverfahren ist von der Richtigkeit dieser tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts auszugehen. Da die Klagepartei diese Feststellungen nicht im Wege eines Tatbestandsberichtigungsantrags gerügt hat, sind sie für das Berufungsgericht nach §§ 314, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindend (BGH, Urteil vom 17. Januar 2012 - XI ZR 457/10, NJW-RR 2012, 622, Rn. 18). Daraus folgt, dass eine Partei im Berufungsverfahren nicht mit Erfolg unter Hinweis auf erstinstanzliche Schriftsätze geltend machen kann, der Tatbestand des angefochtenen Urteils gebe den Sachvortrag unrichtig wieder und begründe deshalb Zweifel an der Tatsachenfeststellung des Erstrichters (OLG Nürnberg, Urteil vom 02.03.2021 - 3 U 321/16 -, juris-Rn. 94).

15

Vor diesem Hintergrund sind im vorliegenden Fall die Existenz und der Inhalt der Schreiben vom 14.09.2020 und vom 26.10.2020 als unstreitig zu behandeln.

16

b) Das Landgericht hat die Beweislastverteilung zutreffend gesehen.

17

Die Unrichtigkeit einer angegriffenen Werbeaussage ist eine anspruchsbegründende Tatsache, die grundsätzlich vom Kläger zu beweisen ist (BGH, Urteil vom 20.02.2013 - I ZR 175/11, GRUR 2013, 1058, Rn. 22 - Kostenvergleich bei Honorarfactoring). Vor dem Hintergrund von Art. 7 der RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung können allerdings dem Anspruchsteller Darlegungs- und Beweiserleichterungen zugutekommen, soweit es sich um Tatsachen handelt, die in den Verantwortungsbereich des Werbenden fallen (BGH, a.a.O., Rn. 23 - Kostenvergleich bei Honorarfactoring). Darüber hinaus kommt - soweit es sich bei den tatsächlichen Voraussetzungen der Irreführung um Umstände handelt, die der Wahrnehmung der Klagepartei entzogen sind und aus dem Geschäftsbereich der Beklagtenpartei stammen, zu denen diese ohne Weiteres vortragen kann - eine sekundäre Darlegungslast der Beklagtenpartei in Betracht.

18

Im vorliegenden Fall ist zwischen den Parteien unstreitig (und ergibt sich aus dem Internetauftritt der Verfügungsbeklagten zu 1), Anlage ASt 4), dass Grundlage der Produkte der Verfügungsbeklagten folgende Umstände sind:

- Gebrauchte Software darf weiterverkauft werden. Dies wurde höchstrichterlich auf bundesdeutscher und europäischer Ebene entschieden.
- Unsere Einkaufsquellen werden von uns sorgfältig überprüft. Von unseren Lieferanten lassen wir uns stets bestätigen, dass die angebotenen Produkte für den europäischen Wirtschaftsraum freigegeben sind.

19

So muss gewährleistet sein, dass die Produkte von Microsoft erstmalig in den europäischen Wirtschaftsraum eingebracht worden sind.

20

Vor diesem Hintergrund fallen zum einen die Tatsachen, ob die von den Verfügungsbeklagten angebotenen Aktivierungsschlüssel für Microsoft-Computerprogramme dem Käufer ein gesetzliches Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung und zum Download des Computerprogramms vermitteln und ob die „Lizenzübertragungsprotokolle“ zutreffend sind, in den Verantwortungsbereich der Verfügungsbeklagten. Denn nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG setzt die Erschöpfung des Verbreitungsrechts voraus, dass das Vervielfältigungsstück des 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 wurde. Und dass bei dem in Rede stehenden Programm Erschöpfung eingetreten ist, haben die als Verletzer in Anspruch genommenen Verfügungsbeklagten darzulegen und zu beweisen (vgl. BGH, Urteil vom 17.07.2013 - I ZR 129/08, GRUR 2014, 264, Rn. 56 - UsedSoft II).

21

Zum anderen obliegt den Verfügungsbeklagten unter Berücksichtigung der - als unstreitig zu behandelnden - Schreiben vom 14.09.2020 und vom 26.10.2020 eine sekundäre Darlegungslast. Denn bei der Frage, ob die Verfügungsbeklagten bei den von ihnen angebotenen Produkten ein urheberrechtliches Nutzungsrecht vermitteln, handelt es sich um einen Umstand, welcher der Wahrnehmung der Klagepartei entzogen ist und aus dem Geschäftsbereich der Beklagtenpartei stammt, zu dem diese ohne Weiteres vortragen kann. Vor diesem Hintergrund ist das pauschale Bestreiten dieser Tatsache durch die Verfügungsbeklagten nicht ausreichend.

22

c) Das im Verfügungsverfahren anzuwendende Beweismaß wurde vom Erstgericht zutreffend angewandt. Verfügungsgrund und -anspruch sind darzulegen und glaubhaft zu machen (§§ 936, 920 Abs. 2 ZPO, § 294 ZPO). Glaubhaftmachung ist eine Beweisführung, die dem Richter einen geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit, nämlich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass die behaupteten Tatsachen zutreffen, vermitteln soll (KG, Beschluss vom 17.10.2017 - 5 W 233/17, GRUR-RR 2018, 155, Rn. 6 - constantly challenging yourself).

II.

23

Da erneute Feststellungen nicht geboten sind, hat der Senat von den Feststellungen des Erstgerichts auszugehen (§ 529 Abs. 1 ZPO). Diese rechtfertigen keine andere Entscheidung. Das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 513 Abs. 1 ZPO).

24

1. Der Verfügungsantrag ist zulässig.

25

a) Hinsichtlich der Bestimmtheit des vom Landgericht austenorierten Verfügungsantrags Ziffer I.1. hat der Senat keine Bedenken.

26

Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Unterlassungsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich die Beklagtenpartei deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und die Entscheidung darüber, was der Beklagtenpartei verboten ist, letztlich dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (BGH, Urteil vom 26.01.2017 - I ZR 207/14, GRUR 2017, 422 Rn. 18 - ARD-Buffer). Der Auslegung des Klageantrags kommt dabei eine große Bedeutung zu. Hierzu können die konkrete Verletzungshandlung bzw. Verletzungsform und die Klagebegründung sowie dazu gegebene Erläuterungen im Übrigen herangezogen werden (vgl. BGH, Urteil vom 02.03.2017 - I ZR 41/16, GRUR 2017, 922 Rn. 11 - Komplettküchen). Zur Auslegung der Unterlassungsanträge darf daher nicht allein auf deren Wortlaut abgestellt werden. Vielmehr ist unter Berücksichtigung des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs das Vorbringen der Klagepartei, auf das sie die Klage stützt und das zur Auslegung der Klageanträge

heranzuziehen ist, zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 17.09.2015 - I ZR 92/14, GRUR 2016, 395 Rn. 18 - Smartphone-Werbung).

27

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Verfügungsantrag Ziffer I.1. in Verbindung mit der Antragsbegründung, dass der anhand des Vorbringens auszulegende Unterlassungsantrag hinreichend bestimmt ist. Zum einen ist zum Gegenstand des Unterlassungsantrags die konkrete angegriffene Verletzungsform gemacht worden. Denn mit der Formulierung „wenn dies geschieht wie folgt“ erfolgt eine Bezugnahme auf das konkrete Angebot der Verfügungsbeklagten auf der Verkaufsplattform A... (Anlage ASt 3). Zum anderen wird aus der Antragsbegründung hinreichend deutlich, was im streitgegenständlichen Verfahren unter einem „gesetzlichen Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung“ zu verstehen ist. Der Begriffsinhalt steht zwischen den Parteien auch nicht im Streit. Die Verfügungsbeklagten führen in ihrer Berufung selbst aus dass darunter zu verstehen sei, „ob der von den Beklagten übersandte Produktschlüssel dem Testkäufer tatsächlich ein Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung und dem entsprechend auch zum Download des Computerprogramms vermitteln konnte, oder nicht“.

28

Damit beschreibt der Antrag in Verbindung mit dem in Bezug genommenen konkreten Verkaufsangebot den Kern der geltend gemachten Verletzungshandlung hinreichend. Der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts sind erkennbar abgegrenzt.

29

b) Die Nichtvorlage der E-Mail des Verfügungsbeklagten zu 2) vom 03.11.2020 an den Geschäftsführer der Verfügungsklägerin (Anlage AG 1) führt nicht zu Unzulässigkeit des Verfügungsantrags wegen Rechtsmissbrauchs.

30

aa) Ein Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen im Sinne von § 8 Abs. 4 UWG (in der Fassung bis zum 01.12.2020; jetzt § 8c UWG in der Fassung vom 02.12.2020) kann darin gesehen werden, dass der Antragsteller die Reaktion des Antragsgegners auf eine vorgerichtliche Abmahnung verschweigt. Die prozessuale Wahrheitspflicht nach § 138 Abs. 1 ZPO verpflichtet den Antragsteller zu vollständiger Erklärung über die tatsächlichen Umstände. Kann dem Antragsteller eine planmäßig gezielte Gehörsvereitelung zur Erschleichung eines Titels vorgeworfen werden, kann ein Verfügungsantrag als rechtsmissbräuchlich zurückzuweisen sein (BVerfG, Beschluss vom 03.12.2020 - 1 BvR 2575/20, GRUR-RS 2020, 37381, Rn. 13).

31

Vor diesem Hintergrund kann eine grobe Verletzung der prozessualen Wahrheitspflicht zu bejahen sein, wenn der Antragsteller seine Verpflichtung aus § 138 Abs. 1 ZPO, sich vollständig und wahrheitsgemäß zu erklären, dadurch verletzt, dass er lediglich vorträgt, der Antragsgegner habe auf Abmahnung keine Unterlassungserklärung abgegeben, und verschweigt, dass sich der Antragsgegner umfangreich dazu geäußert hat, weshalb die Abmahnung unberechtigt sei (OLG München, Urteil vom 08.06.2017 - 29 U 1210/17, WRP 2017, 1523 - Vorenthalten der Abmahnungserwiderung).

32

Dagegen ist es nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen, wenn mit dem Antrag zwar die Abmahnantwort vorgelegt, ein weiterer telefonischer Kontakt zwischen den Parteien dem Gericht jedoch nicht mitgeteilt wird. Die Wiedergabe des Inhalts von Telefongesprächen weist typischerweise eine geringe Validität, zumal der Inhalt von den Gesprächsparteien unterschiedlich wahrgenommen und wiedergegeben wird (OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.02.2019 - 6 W 9/19, GRUR-RR 2020, 87, Rn. 10 - gekaufte Kundenbewertungen).

33

bb) Unter Berücksichtigung dieses rechtlichen Maßstabs lässt der konkrete Fall nicht den Rückschluss darauf zu, dass die Verfügungsklägerin gezielt das rechtliche Gehör der Verfügungsbeklagten vereiteln wollte.

34

Zum einen ist zu berücksichtigen, dass der Verfügungsbeklagte zu 2) sich in seiner E-Mail vom 03.11.2020 direkt an den Geschäftsführer der Verfügungsklägerin wandte. Der Prozessbevollmächtigte der

Verfügungsklägerin versicherte anwaltlich, dass ihm diese Mail bei Einreichung der Antragschrift nicht vorlag.

35

Zum anderen kann aufgrund des allgemein gehaltenen Inhalts der Mail des Verfügungsbeklagte zu 2) dessen Vorenthalten nicht als Titelterschleichung angesehen werden. Das Landgericht führte zutreffend aus, dass die Mail zunächst allgemeine Ausführungen über die Unternehmensführung der Verfügungsbeklagten zu 1) enthält. Die pauschale Behauptung, die Verfügungsbeklagten ließen vor Nutzung eines Lieferanten Stichproben bei Firma Microsoft prüfen, ändert an der Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts nichts. Vielmehr wird der Vorwurf der Verfügungsklägerin insoweit bestätigt, dass ein Nachweis der Rechtekette jedenfalls zur Zeit der Abfassung der Mail nicht vorlag und dennoch das Lizenzübertragungsprotokoll erstellt wurde.

36

2. Der Verfügungsantrag ist auch begründet.

37

a) Die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 1 UWG ist nicht widerlegt.

38

Die Vermutung der Dringlichkeit gilt als widerlegt, wenn der Verfügungskläger durch sein Verhalten selbst zu erkennen gibt, dass es „ihm nicht eilig ist“. Das ist der Fall, wenn er längere Zeit zuwartet, obwohl er den Wettbewerbsverstoß und die Person des Verantwortlichen kennt oder grob fahrlässig nicht kennt. Entscheidend ist dabei allein der Zeitpunkt, zu welchem der Verfügungsklagepartei die maßgeblichen Tatsachen bekannt geworden sind (OLG Nürnberg, Beschluss vom 14.9.2018 - 3 U 1138/18, GRUR-RR 2019, 131, Rn. 46 - Schnupfenmittel).

39

Das Erstgericht führt im vorliegenden Fall zutreffend aus, dass die Verfügungsklägerin erst mit dem Schreiben der anwaltlichen Vertreter der Firma Microsoft C... vom 26.10.2020 vollständige Kenntnis aller Anspruchsvoraussetzungen erlangte. Denn erst mit diesem Schreiben erhielt die Verfügungsklägerin die Mitteilung, dass auch angesichts des vorgelegten Übertragungsprotokolls nicht davon ausgegangen werden könne, dass sie über die zur Nutzung des Computerprogramms Microsoft Office Professional Plus 2019 erforderlichen Rechte verfüge, da der von der Verfügungsbeklagten zu 1) übermittelte Product Key zu einem Volumenlizenzvertrag mit einer Bildungseinrichtung gehöre, die ihren Sitz nicht in der Europäischen Union bzw. einem Vertragsstaat des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum habe.

40

Die Verfügungsklägerin hat mit den erforderlichen Nachforschungs- und Ermittlungsmaßnahmen bis zum Erhalt des Schreibens vom 26.10.2020 auch nicht in dringlichkeitsschädlicher Weise zugewartet. Dies ergibt sich aus der in den Anlagen ASt 7 ff. enthaltenen Korrespondenz.

41

b) Der Verfügungsanspruch ergibt sich aus §§ 8 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 2 UWG. Das Angebot der Verfügungsbeklagten, ein Microsoft Office-Programm mittels eines Aktivierungsschlüssels herunterzuladen, ohne dass dem Käufer auch die entsprechenden Rechte eingeräumt werden, stellt eine wettbewerbsrechtlich relevante Irreführung über die Verwendungsmöglichkeit des verkauften Produkts dar. Gleiches gilt in Bezug auf die Überlassung eines entsprechend fehlerhaften „Lizenzübertragungsprotokolls“.

C.

42

Da die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat, legt das Gericht aus Kostengründen die Rücknahme der Berufung nahe. Im Falle der Berufungsrücknahme ermäßigen sich vorliegend die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1420 des Kostenverzeichnisses zum GKG).

43

Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Hinweises.

Verfügung

1. Hinweis vom 22.04.2021 hinausgeben an:
2. Wiedervorlage mit Fristablauf