



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 4/14

Verkündet am:
19. März 2015
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Green-IT

ZPO § 524; UrhG § 69 Nr. 3 Satz 2, § 69d Abs. 1; EGV 207/2009 Art. 13 Abs. 2

- a) Verfolgt der in erster Instanz erfolgreiche Kläger mit einem erstmals im Berufungsrechtszug gestellten Hilfsantrag dasselbe Klageziel wie mit dem erstinstanzlich erfolgreichen Hauptantrag, stellt dies keine Klageerweiterung dar, die mit der Anschlussberufung geltend gemacht werden muss (Fortführung von BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 127/13, NJW 2015, 1608).
- b) Räumt der Inhaber des Urheberrechts an einem Computerprogramm dem Erwerber einer Programmkopie das Recht zur Nutzung für die gesamte Zeit der Funktionsfähigkeit des Computerprogramms ein, liegt eine Veräußerung im Sinne von § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG vor, die zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts an der Programmkopie führen kann.
- c) Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts an der Kopie eines Computerprogramms gemäß § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG erstreckt sich auf das Recht zum Weiterverbreiten der Programmkopie sowohl durch Weitergabe eines die Programmkopie enthaltenden Datenträgers als auch durch Bekanntgabe ei-

nes zum Herunterladen des Programms erforderlichen Produktschlüssels. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Weiterverkäufer die „erschöpfte“ Kopie des Computerprogramms seinerseits von dem Verkäufer durch Übergabe eines Datenträgers oder durch Bekanntgabe des Produktschlüssels erhalten hat.

- d) Wird die „erschöpfte“ Kopie eines Computerprogramms durch Bekanntgabe des Produktschlüssels weiterverkauft, setzt die Berechtigung des Nacherwerbers zum Herunterladen und damit Vervielfältigen des Computerprogramms nach § 69d Abs. 1 UrhG voraus, dass der Vorerwerber seine Kopien dieses Programms zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs unbrauchbar gemacht hat.
- e) Der Markeninhaber muss es nach Art. 13 Abs. 2 GMV nicht hinnehmen, dass seine Marke für den weiteren Vertrieb der von ihm oder mit seiner Zustimmung unter dieser Marke in Verkehr gebrachten Kopie eines Computerprogramms verwendet wird, wenn die ernstliche Gefahr besteht, dass der Erwerber der Kopie das Urheberrecht am Computerprogramm verletzt (Anschluss an BGH, Urteil vom 6. Oktober 2011 - I ZR 6/10, GRUR 2012, 392 = WRP 2012, 469 - Echtheitszertifikat).

BGH, Urteil vom 19. März 2015 - I ZR 4/14 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. März 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Koch, Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 12. November 2013 unter Zurückweisung der weitergehenden Revision der Klägerin und der Revision der Beklagten im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Hilfsantrag zum Unterlassungsantrag zu I 1 abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main - 3. Zivilkammer - vom 15. März 2012 im Unterlassungsausspruch zu I 1 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden unter Androhung eines Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 € für jeden Fall der Zuwiderhandlung, ersatzweise von Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall von Ordnungshaft bis zu zwei Jahren, hinsichtlich der Beklagten zu 1 zu vollstrecken an ihrem Geschäftsführer, verurteilt, es zu unterlassen, Kunden bei der Bestellung des Computerprogramms „Symantec Norton 360 Version 4.0“ statt einer vollständigen Box-Version, bestehend zumindest aus einem Datenträger, einer Umverpackung und einer Seriennummer, lediglich eine Seriennummer für das Programm „Symantec Norton 360 Version 3.0“ zuzusenden, mittels derer der Käufer in der Lage ist, das Computerprogramm mittels eines Downloads von der Webseite der Klägerin herunterzuladen und auf seinem Rechner zu installieren.

Die Kosten erster Instanz tragen die Klägerin und die Beklagten jeweils zur Hälfte. Von den Kosten der Rechtsmittel tragen die Klägerin 1/3 und die Beklagten 2/3.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin entwickelt und vertreibt Computerprogramme, darunter das Sicherheitsprogramm „Symantec Norton 360“. Sie vertreibt ihre Programme als „Box-Produkte“, die aus einem Datenträger, dem Produktschlüssel (der Seriennummer), dem auf dem Datenträger befindlichen Endbenutzerlizenzvertrag, weiteren Verkaufsunterlagen und der Verpackung bestehen. Auf einem „Box-Produkt“ befindet sich der Hinweis, dass ein Erwerber, der den in der Box befindlichen Datenträger nicht nutzen kann, beispielsweise weil sein Notebook kein Laufwerk hat, die Software mithilfe des Produktschlüssels unmittelbar von der Internetseite der Klägerin herunterladen kann. Die Klägerin ist darüber hinaus Inhaberin der unter anderem für Computersoftware eingetragenen Gemeinschaftsmarken „Symantec“ und „Norton 360“.
- 2 Die Beklagte zu 1, deren geschäftsführender Alleingesellschafter der Beklagte zu 2 ist, handelt bundesweit mit Computersoftware. Sie vertreibt auch „Box-Produkte“ der Klägerin, die sie zuvor von autorisierten Distributoren der Klägerin erworben hat. Sie bietet diese Produkte als „Retail-Ware“ (vollständiges Box-Produkt), „Bulk-Ware“ (vollständiges Box-Produkt ohne Verpackung) und „Green-IT-Ware“ an. Beim Verkauf als „Green-IT-Ware“ übermittelt die Beklagte zu 1 dem Käufer die Seriennummer des Computerprogramms. Mit deren Hilfe kann der Kunde das Programm von der Internetseite der Klägerin herunterladen. Der Erwerber kann die gesamte Box oder auch nur den Datenträger nachfordern und erhält diese umgehend. Nicht nachgeforderte Datenträger lässt die Beklagte zu 1 nach ihrer Darstellung in regelmäßigen Abständen von einem Dienstleistungsunternehmen vernichten.
- 3 Am 21. Juni 2010 erwarb ein Kunde von der Beklagten zu 1 das Programm „Symantec Norton 360 Version 4.0“ zum Preis von 17,95 €. Die Beklagte zu 1 übermittelte dem Kunden per E-Mail eine Seriennummer für das

Programm „Symantec Norton 360“ und wies darauf hin, das Programm könne von der Internetseite der Klägerin heruntergeladen werden. Die übermittelte Seriennummer gehörte zu einem „Box-Produkt“ der Klägerin, das einen Datenträger mit dem Programm „Symantec Norton 360“ in der Version 3.0 enthielt. Nach den auf diesem Datenträger befindlichen Lizenzbedingungen ist es dem Erwerber gestattet, über die Internetseite der Klägerin ein kostenloses Update der Software auf die Version 4.0 vorzunehmen. Zum Zeitpunkt des Verkaufs an den Kunden war die Beklagte zu 1 im Besitz des vollständigen „Box-Produkts“, das sie von einem autorisierten Distributor der Klägerin zum Preis von 12,50 € erworben hatte. Die Beklagte zu 1 hat die Bescheinigung eines Dienstleistungsunternehmens vom 17. August 2010 vorgelegt, in der es heißt, das von der Beklagten zu 1 zur Verfügung gestellte Datenmaterial sei am 13. August 2010 vernichtet worden.

4 Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte zu 1 verletze dadurch, dass sie ihren Kunden die Seriennummer von Box-Produkten des Computerprogramms „Symantec Norton 360“ ohne den zugehörigen Datenträger übermittle und die Kunden dazu veranlasse, die Software von der Internetseite der Klägerin auf ihren Rechner herunterzuladen, ihr ausschließliches Recht zur Verbreitung und Vervielfältigung des Computerprogramms. Ferner verletze die Beklagte zu 1 durch den Vertrieb der Seriennummer von Box-Produkten ohne den zugehörigen Datenträger unter der Bezeichnung „Symantec Norton 360“, ihre Rechte an den Marken „Symantec“ und „Norton 360“.

5 Die Klägerin hat beantragt (Antrag I), den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen,

1. bloße, mit Zustimmung der Klägerin generierte (echte) Seriennummern für das Computerprogramm „Symantec Norton 360 Version 3.0“ ohne Zustimmung der Klägerin als angebliche Lizenz für das Computerprogramm „Symantec Norton 360 Version 4.0“ anzubieten und/oder feilzuhalten und/oder sonst wie in den Verkehr zu bringen,

2. im geschäftlichen Verkehr ohne Zustimmung der Klägerin bloße Einzelbestandteile, insbesondere bloße Seriennummern, von mit den Zeichen „Symantec“ und „Norton 360“ gekennzeichneten Computerprogramm-paketen, ohne die gemäß Verpackung im Originalzustand zugehörigen weiteren Bestandteile, insbesondere ohne die dazugehörigen Datenträger, anzubieten, feilzuhalten und/oder sonst wie in den Verkehr zu bringen und/oder zu diesen Zwecken zu besitzen.

6 Darüber hinaus hat die Klägerin die Beklagten zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung in Anspruch genommen (Anträge zu II und III).

7 Das Landgericht hat der Klage - bis auf einen geringen Teil des An-spruchs auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung - stattgegeben. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Berufung eingelegt, mit der sie ihren Antrag auf (vollständige) Abweisung der Klage weiterverfolgt haben. Die Klägerin hat die Zurückweisung der Berufung beantragt; für den Fall der Abweisung des vom Landgericht zuerkannten Unterlassungsantrags zu I 1 hat sie hilfsweise bean-tragt, den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen,

Kunden bei der Bestellung des Computerprogramms „Symantec Norton 360 Version 4.0“ statt einer vollständigen Box-Version, bestehend zumindest aus einem Datenträger, einer Umverpackung und einer Seriennummer, lediglich eine Seriennummer für das Programm „Symantec Norton 360 Version 3.0“ zuzusenden, mittels derer der Käufer in der Lage ist, das Computerprogramm mittels eines Downloads von der Webseite der Klägerin herunterzuladen und auf seinem Rechner zu installieren.

8 Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Beklagten unter Zurück-weisung des weitergehenden Rechtsmittels das landgerichtliche Urteil teilweise abgeändert und die Klage hinsichtlich des Hauptantrags und des Hilfsantrags zum Unterlassungsantrag zu I 1 sowie der hierauf bezogenen Anträge auf Aus-kunftserteilung und Rechnungslegung abgewiesen.

9 Dagegen haben die Parteien die vom Berufungsgericht zugelassene Re-vision eingelegt. Die Klägerin erstrebt mit ihrer Revision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagten verfolgen mit ihrer Revision ihren

Antrag auf (vollständige) Abweisung der Klage weiter. Die Parteien beantragen jeweils, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

10 A. Das Berufungsgericht hat den auf Verletzung des Urheberrechts an dem Computerprogramm „Symantec Norton 360“ gestützten Unterlassungsantrag zu I 1 und die darauf bezogenen Anträge auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung für unbegründet erachtet. Den auf Verletzung des Rechts an den Marken „Symantec“ und „Norton 360“ gegründeten Unterlassungsantrag zu II 2 und die darauf bezogenen Folgeanträge hat es dagegen als begründet angesehen. Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt:

11 Der Hauptantrag des Unterlassungsantrags zu I 1 und die darauf bezogenen Folgeanträge seien abzuweisen, weil der Hauptantrag des Unterlassungsantrags zu I 1 nicht hinreichend bestimmt sei und die konkrete Verletzungsform verfehle. Der erstmals in der Berufungsinstanz gestellte Hilfsantrag des Unterlassungsantrags zu I 1 und die darauf bezogenen Folgeanträge hätten keinen Erfolg, weil das Computerprogramm der Klägerin nicht widerrechtlich verbreitet oder vervielfältigt worden sei.

12 Das Recht zum Verbreiten des Computerprogramms sei nicht verletzt, weil dieses Recht hinsichtlich des von einem autorisierten Distributor der Klägerin erworbenen Computerprogramms erschöpft sei. Der Erschöpfung des Verbreitungsrechts stehe nicht entgegen, dass die Klägerin dem Erwerber des Computerprogramms die Nutzungsrechte lediglich für die Dauer der Servicezeit übertrage. Da das Programm am Ende der Servicezeit automatisch deaktiviert und funktionsunfähig werde, habe die Klägerin die Verfügungsmöglichkeit über das Programm endgültig aufgegeben. Der Erschöpfung des Verbreitungsrechts stehe ferner nicht entgegen, dass der Nutzer der Software nach

den Lizenzbedingungen der Klägerin nur dann zur Überlassung der Rechte an der Software berechtigt sei, wenn er alle Kopien der Software und die Begleitdokumentation übergebe und der Empfänger der Software sich mit den Bestimmungen der Lizenzvereinbarung einverstanden erkläre. In den Lizenzbedingungen enthaltene Beschränkungen des Rechts zur Weiterveräußerung der Software könnten allenfalls schuldrechtliche und keine dingliche Wirkung entfalten. Die Erschöpfung beschränke sich auch nicht auf das Recht zum Weiterverbreiten des in dem Box-Produkt enthaltenen Datenträgers. Vielmehr erstrecke sie sich auf das Recht zum Veräußern des Computerprogramms durch Bekanntgabe des dem Box-Produkt zugeordneten Produktschlüssels.

13 Das Recht zum Vervielfältigen des Computerprogramms sei gleichfalls nicht verletzt. Die Beklagte zu 1 habe es ihrem Kunden zwar durch Weitergabe des Produktschlüssels ermöglicht, das Programm durch Herunterladen auf seinen Computer zu vervielfältigen. Der Kunde der Beklagten zu 1 sei aber als rechtmäßiger Erwerber des Programms zu einer solchen Vervielfältigung berechtigt. Dem stehe nicht entgegen, dass die Beklagte zu 1 zum Zeitpunkt der Veräußerung der Programmkopie durch Weitergabe des Produktschlüssels noch über den in der Box enthaltenen Datenträger verfügt habe. Es komme auch nicht darauf an, ob die Beklagte zu 1 den zurückbehaltenen Datenträger später vernichtet habe. Selbst wenn der Produktschlüssel für weitere Vervielfältigungen des Computerprogramms verwendet werden könnte, beruhe das Risiko unzulässiger Vervielfältigungen auf der Möglichkeit mehrfacher Verwendung des Produktschlüssels und nicht auf dem Zurückbehalten des Datenträgers. Der Klägerin stünden technische Mittel zur Verfügung, mit denen sie eine unzulässige Mehrfachverwendung von Programmkopien verhindern könne.

14 Der auf eine Verletzung des Rechts an den Marken „Symantec“ und „Norton 360“ gestützte Unterlassungsantrag zu II 2 und die darauf bezogenen Folgeanträge seien dagegen begründet. Die Beklagte zu 1 habe diese Zeichen

bei der Übersendung des Produktschlüssels und der Rechnung an den Kunden in identischer Form und für identische Waren benutzt. Sie könne sich nicht mit Erfolg auf eine Erschöpfung des Markenrechts berufen. Dem stehe entgegen, dass sie die Seriennummer ohne die übrigen Bestandteile des mit den Marken gekennzeichneten Box-Produkts in Verkehr gebracht und damit den Originalzustand des Gesamtprodukts verändert habe.

15

B. Die gegen die Abweisung der Klage wegen Verletzung des Urheberrechts am Computerprogramm „Symantec Norton 360“ gerichtete Revision der Klägerin hat teilweise Erfolg (dazu B I). Die gegen die Verurteilung wegen Verletzung der Marken „Symantec“ und „Norton 360“ gerichtete Revision der Beklagten ist dagegen unbegründet (dazu B II).

16

I. Die Revision der Klägerin gegen die Abweisung des auf Verletzung des Urheberrechts am Computerprogramm „Symantec Norton 360“ gestützten Unterlassungsantrags zu I 1 und der darauf bezogenen Anträge auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung hat teilweise Erfolg. Das Berufungsgericht hat zwar mit Recht angenommen, dass der Hauptantrag des Unterlassungsantrags zu I 1 und die darauf bezogenen Folgeanträge unbegründet sind (dazu B I 1). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist jedoch der Hilfsantrag des Unterlassungsantrags zu I 1 begründet; die darauf bezogenen Folgeanträge sind indessen unbegründet (dazu B I 2).

17

1. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass der auf Verletzung des Urheberrechts am Computerprogramm „Symantec Norton 360“ gestützte Hauptantrag des Unterlassungsantrags zu I 1 unbegründet ist, weil er die konkrete Verletzungsform verfehlt. Die auf diesen Antrag bezogenen Anträge auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung sind daher gleichfalls unbegründet.

18 a) Die Klägerin hat mit dem Hauptantrag des Unterlassungsantrags zu I 1 beantragt, es der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen, bloße, mit Zustimmung der Klägerin generierte (echte) Seriennummern für das Computerprogramm „Symantec Norton 360 Version 3.0“ ohne Zustimmung der Klägerin als angebliche Lizenz für das Computerprogramm „Symantec Norton 360 Version 4.0“ anzubieten und/oder feilzuhalten und/oder sonstwie in den Verkehr zu bringen.

19 b) Das Berufungsgericht hat angenommen, dieser Antrag sei nicht hinreichend bestimmt und verfehle die konkrete Verletzungsform. Er enthalte nicht die konkret beanstandete Verhaltensweise der Beklagten, sondern mit der Formulierung „angebliche Lizenz“ daraus abgeleitete rechtliche Schlussfolgerungen, die auf völlig andere Sachverhalte zutreffen könnten. Damit sei der Antrag nicht nur unbestimmt; vielmehr gehe er auch über die konkret angegriffene Verletzungsform hinaus.

20 c) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist der Hauptantrag des Unterlassungsantrags zu I 1 nicht unbestimmt und damit unzulässig (vgl. Urteil vom 20. Juni 2013 - I ZR 55/12, GRUR 2013, 1235 Rn. 12 = WRP 2014, 75 - Restwertbörse II, mwN). Soweit den Beklagten damit das Inverkehrbringen von Seriennummern für das Computerprogramm „Symantec Norton 360 Version 3.0“ als Lizenz für das Computerprogramm „Symantec Norton 360 Version 4.0“ untersagt werden soll, ist klar und zwischen den Parteien auch nicht streitig, welche Verhaltensweise der Beklagten damit gemeint ist. Soweit mit der Formulierung „angebliche Lizenz“ die Rechtsansicht der Klägerin zum Ausdruck gebracht wird, die Beklagten könnten durch das Inverkehrbringen von Seriennummern für das Computerprogramm „Symantec Norton 360 Version 3.0“ keine Lizenz für das Computerprogramm „Symantec Norton 360 Version 4.0“ erteilen, führt dies nicht zur Unbestimmtheit des Klageantrags.

21 d) Das Berufungsgericht hat jedoch ohne Rechtsfehler angenommen, dass der Klageantrag die von der Klägerin geltend gemachte konkrete Verletzungsform verfehlt und daher unbegründet ist (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2014 - I ZR 164/12, GRUR 2014, 393 Rn. 47 = WRP 2014, 424 - wetteronline.de, mwN). Die Klägerin hat zur Begründung dieses Klageantrags vorgetragen, die Beklagten verletzen ihr ausschließliches Recht zur Verbreitung und Vervielfältigung des Computerprogramms „Symantec Norton 360“, indem sie ihren Kunden die Seriennummer von Box-Produkten des Computerprogramms ohne den zugehörigen Datenträger übermittelten und die Kunden dazu veranlassten, die Software von der Internetseite der Klägerin auf ihren Rechner herunterzuladen. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass der Klageantrag nicht die von der Klägerin beanstandete Verhaltensweise der Beklagten, sondern völlig andere Sachverhalte erfasst. Er beschreibt mit dem Inverkehrbringen von Seriennummern für das Computerprogramm „Symantec Norton 360 Version 3.0“ als angebliche Lizenz für das Computerprogramm „Symantec Norton 360 Version 4.0“ eine möglicherweise irreführende und daher wettbewerbswidrige Verhaltensweise der Beklagten, nicht aber den behaupteten Urheberrechtsverstoß.

22 2. Der Hilfsantrag des Unterlassungsantrags zu I 1 und die darauf bezogenen Folgeanträge sind zulässig (dazu B I 2 a). Der Hilfsantrag des Unterlassungsantrags zu I 1 ist auch begründet; die auf den Unterlassungsantrag bezogenen Folgeanträge auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung sind dagegen unbegründet (dazu B I 2 b).

23 a) Der Hilfsantrag des Unterlassungsantrags zu I 1 und die darauf bezogenen Folgeanträge sind zulässig. Die Revision der Beklagten macht ohne Erfolg geltend, der Hilfsantrag sei unzulässig, weil er eine Klageänderung nach § 533 ZPO zum Inhalt habe und die Klägerin keine zulässige Anschlussberufung innerhalb der Frist des § 524 ZPO erhoben habe.

24 aa) Die erstmalige Stellung eines Hilfsantrags in der Berufungsinstanz ist eine objektive Klagehäufung, auf die die Vorschriften über die Klageänderung nach §§ 533, 263, 264 ZPO entsprechend anwendbar sind (BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 127/13, NJW 2015, 1608 Rn. 13). 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).

25 Das Berufungsgericht hat die Klagehäufung zugelassen. Die Zulassung der Klageänderung durch das Berufungsgericht ist mit der Revision nicht anfechtbar (BGH, Urteil vom 17. Oktober 2012 - XII ZR 101/10, NJW 2012, 3722 Rn. 11) und von der Revision auch nicht gerügt. Sie lässt davon abgesehen auch keinen Rechtsfehler erkennen. Die Stellung des Hilfsantrags war sachdienlich, da sie der Vermeidung eines weiteren Rechtsstreits zwischen den Parteien über denselben Sachverhalt dient. Der Hilfsantrag ist ferner ausschließlich auf Tatsachen gestützt, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hatte.

26 bb) Die Klägerin musste keine Anschlussberufung einlegen, um den Hilfsantrag zum Gegenstand des Berufungsverfahrens zu machen.

27 (1) Allerdings muss sich der in erster Instanz in vollem Umfang erfolgreich gewesene Berufungsbeklagte der Berufung der Gegenseite gemäß § 524 ZPO anschließen, wenn er das erstinstanzliche Urteil nicht nur verteidigen, sondern die von ihm im ersten Rechtszug gestellten Anträge erweitern oder auf einen neuen Klagegrund stellen will (BGH, Urteil vom 7. Dezember 2007 - V ZR 210/06, NJW 2008, 1953 Rn. 13; Urteil vom 20. Januar 2011 - I ZR 10/09, GRUR 2011, 831 Rn. 40 = WRP 2011, 1174 - BCC; Urteil vom

9. Juni 2011 - I ZR 41/10, GRUR 2012, 180 Rn. 22 = WRP 2012, 980 - Werbegeschenke; BGH, NJW 2015, 1608 Rn. 12, mwN). Er muss seine Anschlussberufung nicht ausdrücklich als solche bezeichnen (BGH, NJW 2008, 1953 Rn. 16; GRUR 2012, 180 Rn. 26 - Werbegeschenke) und kann sie auch hilfsweise erheben (BGH, Urteil vom 10. November 1983 - VII ZR 72/83, NJW 1984, 1240, 1241). Er muss sie aber gemäß § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO bis zum Ablauf der dem Berufungsbeklagten gesetzten Frist zur Berufungserwiderung einlegen (vgl. BGH, NJW 2008, 1953 Rn. 17).

28

(2) Jedoch stellt nicht jeder Hilfsantrag, den der in erster Instanz erfolgreiche Kläger in der Berufungsinstanz zusätzlich verfolgt, zwangsläufig eine Erweiterung der Klage dar, die eine Anschlussberufung erforderlich macht (BGH, NJW 2015, 1608 Rn. 12). Der hier in Rede stehende Hilfsantrag erforderte keine Anschlussberufung. Die Klägerin hat mit ihrem erstmals in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsantrag den bereits in erster Instanz gestellten Hauptantrag weder erweitert noch auf einen neuen Klagegrund gestellt. Sie verfolgt mit dem Hilfsantrag vielmehr dasselbe Klageziel wie mit dem Hauptantrag. Die Stellung des Hilfsantrags trägt lediglich dem Umstand Rechnung, dass der in erster Instanz erfolgreiche Hauptantrag die beanstandete Verhaltensweise nicht zutreffend erfasst. Der das unveränderte Klageziel in andere Worte fassende Antrag geht sachlich nicht über das erstinstanzliche Begehren hinaus. Er dient allein der Verteidigung des erstinstanzlichen Urteils und beschränkt sich damit auf die Abwehr der Berufung. Ein solcher Klageantrag ist zulässig, ohne dass es dazu einer Anschlussberufung bedarf (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1977 - VII ZR 160/76, WM 1978, 65, 66; Urteil vom 24. März 1988 - VII ZR 232/86, NJW-RR 1988, 915, 917; Urteil vom 10. Juli 1998 - V ZR 302/97, WM 1998, 2204; Gerken in Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., § 524 Rn. 8).

29 b) Der Hilfsantrag des Unterlassungsantrags zu I 1 ist begründet. Die Beklagte zu 1 hat dadurch, dass sie dem Kunden, der bei ihr am 21. Juni 2010 das Computerprogramm „Symantec Norton 360 Version 4.0“ bestellt hat, die Seriennummer einer Box-Version des Programms „Symantec Norton 360 Version 3.0“ zugesandt hat, mittels derer der Kunde das Programm von der Internetseite der Klägerin herunterladen und auf seinem Computer installieren konnte, zwar nicht das ausschließliche Recht der Klägerin zur Verbreitung einer Programmkopie (§ 69c Nr. 3 UrhG) verletzt (dazu B I 2 b aa). Sie hat aber dadurch, dass sie beim Weiterverkauf des Computerprogramms die auf dem Datenträger befindliche Programmkopie zurückbehalten hat, die ernstliche Gefahr einer Verletzung des ausschließlichen Rechts der Klägerin zur Vervielfältigung des Computerprogramms (§ 69c Nr. 1 UrhG) begründet (dazu B I 2 b bb). Die Beklagte zu 1 haftet dafür nach § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG auf Unterlassung (dazu B I 2 b cc). Die gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Ansprüche auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung sind dagegen nicht begründet (dazu B I 2 b dd). Der Beklagte zu 2 haftet gleichfalls auf Unterlassung (dazu B I 2 b ee).

30 aa) Die Beklagte zu 1 hat dadurch, dass sie dem Kunden, der bei ihr am 21. Juni 2010 das Computerprogramm „Symantec Norton 360 Version 4.0“ bestellt hat, die Seriennummer einer Box-Version des Programms „Symantec Norton 360 Version 3.0“ zugesandt hat, mittels derer der Kunde das Computerprogramm von der Internetseite der Klägerin herunterladen und auf seinen Rechner installieren konnte, nicht das ausschließliche Recht der Klägerin zur Verbreitung der Programmkopie verletzt. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass das ausschließliche Recht der Klägerin zum Verbreiten der auf dem Datenträger des „Box-Produkts“ gespeicherten Kopie des Computerprogramms „Symantec Norton 360 Version 3.0“ erschöpft war und die Erschöpfung sich auf das Recht zum Veräußern des Computerprogramms durch Bekanntgabe des dem Box-Produkt zugeordneten Produktschlüssels erstreckte.

- 31 (1) Gemäß § 69c Nr. 3 Satz 1 UrhG hat der Rechtsinhaber das ausschließliche Recht zur Verbreitung, einschließlich der Vermietung, des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Computerprogramms. Wird ein 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, so erschöpft sich gemäß § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG das Verbreitungsrecht in Bezug auf dieses Vervielfältigungsstück mit Ausnahme des Vermietrechts.
- 32 (2) Die Vorschrift des § 69c Nr. 3 Satz 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 Richtlinie 2009/24/EG erschöpft sich mit dem Erstverkauf einer Programmkopie in der Union durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung in der Union das Recht auf die Verbreitung dieser Kopie mit Ausnahme des Rechts auf Kontrolle der Weitervermietung des Programms oder einer Kopie davon.
- 33 (3) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG dahin auszulegen, dass das Recht auf die Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms erschöpft ist, wenn der Inhaber des Urheberrechts, der dem Herunterladen dieser Kopie aus dem Internet auf einen Datenträger gegen Zahlung eines Entgelts zugestimmt hat, das es ihm ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie des ihm gehörenden Werkes entsprechende Vergütung zu erzielen, auch ein Recht eingeräumt hat, diese Kopie ohne zeitliche Begrenzung zu nutzen (EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 - C-128/11, GRUR 2012, 904 Rn. 72 = WRP 2012, 1074 - UsedSoft/Oracle).

- 34 (4) Das Recht auf die Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms ist ferner erschöpft, wenn der Inhaber des Urheberrechts, der dem Aushändigen eines Datenträgers mit der Kopie dieses Computerprogramms gegen Zahlung eines Entgelts zugestimmt hat, das es ihm ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie des ihm gehörenden Werkes entsprechende Vergütung zu erzielen, auch ein Recht eingeräumt hat, diese Kopie ohne zeitliche Begrenzung zu nutzen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union kommt es im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes 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 nicht-körperliche Kopie des Programms betrifft (vgl. EuGH, GRUR 2012, 904 Rn. 61 - UsedSoft/Oracle).
- 35 (5) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass diese Voraussetzungen hinsichtlich der hier in Rede stehenden Kopie des Computerprogramms „Symantec Norton 360 Version 3.0“ erfüllt sind, die sich auf dem von der Beklagten zu 1 von einem autorisierten Distributor der Klägerin erworbenen Datenträger der Box-Version dieses Computerprogramms befunden hat.
- 36 Die Klägerin hat dem Inverkehrbringen dieser Box-Version des Computerprogramms durch den autorisierten Distributor, von dem die Beklagte zu 1 das Programm erworben hat, gegen Zahlung eines Entgelts zugestimmt, das es ihr ermöglichen sollte, eine dem wirtschaftlichen Wert der Programmkopie entsprechende Vergütung zu erzielen. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der Rechtsinhaber tatsächlich eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie seines Werkes entsprechende Vergütung erhalten hat; vielmehr reicht es aus, dass er

die Möglichkeit hatte, beim Erstverkauf der betreffenden Kopie eine angemessene Vergütung zu erzielen (EuGH, GRUR 2012, 904 Rn. 62 und 63 - UsedSoft/Oracle; BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 129/08, GRUR 2014, 264 Rn. 60 = WRP 2014, 308 - UsedSoft II). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin beim Verkauf des Programms eine Vergütung erzielt, die dem wirtschaftlichen Wert der Nutzung des Programms für ein Jahr entspricht.

37 Die Klägerin räumt dem Erwerber der Programmkopie nach ihren Lizenzbedingungen das Recht zur Nutzung der Software zwar nur für die Dauer der Servicelaufzeit von in der Regel einem Jahr ein. Dieses Recht zur zeitlich begrenzten Nutzung steht unter den Umständen des Streitfalls jedoch dem Recht zur zeitlich unbegrenzten Nutzung im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union gleich. Das hier in Rede stehende Computerprogramm wird nach Ablauf der Servicelaufzeit automatisch deaktiviert und funktionsunfähig. Die Klägerin räumt dem Erwerber somit das Recht zur Nutzung der Software für die gesamte Zeit der Funktionsfähigkeit des Computerprogramms ein. Sie tritt ihre Rechte an dem Programm damit dauerhaft und endgültig an ihn ab. Danach liegt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG der Verkauf - und damit im Sinne von § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG die Veräußerung - einer Programmkopie vor, der zur Erschöpfung des Rechts auf Verbreitung einer Kopie des Computerprogramms führen kann (vgl. EuGH, GRUR 2012, 904 Rn. 38 bis 49 - UsedSoft/Oracle).

38 Der Erschöpfung des Verbreitungsrechts steht, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, nicht entgegen, dass der Nutzer der Software nach den Lizenzbedingungen der Klägerin nur zur Überlassung der Rechte an der Software berechtigt ist, wenn er alle Kopien der Software und der Begleitdokumentation übergibt und der Empfänger der Software sich mit den Bestimmungen der Lizenzvereinbarung einverstanden erklärt. Ist die Kopie eines Compu-

terprogramms mit Zustimmung des Berechtigten im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden, ist das Verbreitungsrecht erschöpft und kann der weitere Vertrieb der Programmkopie vom Berechtigten nicht mehr unter Berufung auf anderslautende vertragliche Bestimmungen kontrolliert werden (vgl. EuGH, GRUR 2012, 904 Rn. 77 - UsedSoft/Oracle). Eine (schuldrechtlich) wirksame Beschränkung des Nutzungsrechts wirkt sich nicht in der Weise (dinglich) aus, dass der Berechtigte nach dem mit seiner Zustimmung erfolgten Inverkehrbringen weitere Verbreitungsakte daraufhin überprüfen könnte, ob sie mit der ursprünglichen Begrenzung des Nutzungsrechts im Einklang stehen (vgl. zu auf Datenträgern verkörperten Programmkopien BGH, Urteil vom 6. Juli 2000 - I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, 10 bis 13 - OEM-Version; Urteil vom 11. Dezember 2014 - I ZR 8/13, GRUR 2015, 772 Rn. 36 = WRP 2015, 867 - UsedSoft III). Vertragliche Bestimmungen, die das Recht zur Weiterveräußerung der überlassenen Software ausschließen oder beschränken, haben allenfalls schuldrechtliche, aber keine dingliche Wirkung (vgl. Loewenheim in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl., § 69c UrhG Rn. 32 f., mwN).

- 39 (6) Das Berufungsgericht hat weiter mit Recht angenommen, dass sich die Erschöpfung nicht auf das Recht zum Weiterverbreiten des in dem Box-Produkt enthaltenen Datenträgers beschränkt. Sie erstreckt sich vielmehr auf das Recht zum Veräußern des Computerprogramms durch Bekanntgabe des dem Box-Produkt zugeordneten Produktschlüssels. Eine Programmkopie, in Bezug auf die sich das Verbreitungsrecht erschöpft hat, kann nicht nur in der Weise weiterverkauft werden, dass der Weiterverkäufer dem Erwerber einen Datenträger mit einer „erschöpften“ Kopie des Computerprogramms übergibt. Vielmehr kann eine solche Programmkopie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auch in der Weise weiterveräußert werden, dass der Erwerber die ihm vom Weiterverkäufer verkaufte Kopie des Computerprogramms von der Internetseite des Urheberrechtsinhabers auf seinen

Computer herunterlädt (vgl. EuGH, GRUR 2012, 904 Rn. 47 und 61 - UsedSoft/Oracle; BGH, GRUR 2014, 264 Rn. 44 bis 46 - UsedSoft II, mwN). Daraus folgt, dass die Erschöpfung des Verbreitungsrechts sich auf das Recht zum Weiterverbreiten einer Kopie des Computerprogramms sowohl durch Weitergabe eines Datenträgers als auch durch Bekanntgabe des zum Herunterladen des Programms erforderlichen Produktschlüssels erstreckt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Weiterverkäufer die „erschöpfte“ Kopie des Computerprogramms seinerseits von dem Verkäufer durch Übergabe eines Datenträgers oder durch Bekanntgabe des Produktschlüssels erhalten hat. Im Streitfall war danach mit dem Verkauf der auf dem Datenträger gespeicherten Programmkopie durch den autorisierten Distributor der Klägerin an die Beklagte zu 1 das Recht erschöpft, eine Kopie dieses Programms durch Bekanntgabe des Produktschlüssels zu veräußern.

40 (7) Ferner erstreckt sich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts auf die verkaufte Programmkopie in der vom Urheberrechtinhaber verbesserten und aktualisierten Fassung. Das folgt aus dem untrennbaren Zusammenhang, der zwischen der Kopie auf der Internetseite des Urheberrechtinhabers in der jeweils verbesserten und aktualisierten Version auf der einen Seite und der entsprechenden Nutzungslizenz auf der anderen Seite besteht. Voraussetzung für eine entsprechende Erschöpfung des Verbreitungsrechts ist allerdings, dass die Verbesserungen und Aktualisierungen des Computerprogramms von einem zwischen dem Urheberrechtinhaber und dem Ersterwerber abgeschlossenen Wartungsvertrag gedeckt sind. Soweit die Beklagte zu 1 ihre Kunden veranlasst, verbesserte und aktualisierte Fassungen der Computerprogramme von der Internetseite der Klägerin herunterzuladen, trägt sie die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass diese Voraussetzung erfüllt ist (vgl. EuGH, GRUR 2012, 904 Rn. 44, 64 bis 68, 84 und 85 - UsedSoft/Oracle; BGH, GRUR 2014, 264 Rn. 62 - UsedSoft II). Im Streitfall erstreckte sich die Erschöpfung des Verbrei-

tungsrechts hinsichtlich der von der Beklagten zu 1 von einem autorisierten Distributor der Klägerin erworbenen Kopie des Computerprogramms „Symantec Norton 360“ in der Version 3.0 danach auf die Programmkopie in der von der Klägerin verbesserten und aktualisierten Version 4.0. Nach den auf dem Datenträger des erworbenen Programms befindlichen Lizenzbedingungen ist es dem Erwerber gestattet, über die Internetseite der Klägerin ein kostenloses Update der Software von der Version 3.0 auf die Version 4.0 vorzunehmen.

41 bb) Die Beklagte zu 1 hat jedoch dadurch, dass sie dem Kunden, der bei ihr am 21. Juni 2010 das Computerprogramm „Symantec Norton 360 Version 4.0“ bestellt hat, allein die Seriennummer einer Box-Version des Programms „Symantec Norton 360 Version 3.0“ zugesandt und die auf dem Datenträger befindliche Programmkopie zurückbehalten hat, die ernstliche Gefahr einer Verletzung des ausschließlichen Rechts der Klägerin zur Vervielfältigung des Computerprogramms (§ 69c Nr. 1 UrhG) begründet.

42 (1) Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass der Kunde, der bei der Beklagten zu 1 am 21. Juni 2010 das Computerprogramm „Symantec Norton 360 Version 4.0“ bestellt und dem die Beklagte zu 1 allein die Seriennummer einer Box-Version des Programms „Symantec Norton 360 Version 3.0“ zugesandt hat, das Programm mittels dieser Seriennummer von der Internetseite der Klägerin heruntergeladen und auf seinem Rechner installiert hat. Die Revision hat auch nicht gerügt, das Berufungsgericht habe entsprechendes Vorbringen der Klägerin übergangen. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, die Beklagte zu 1 habe diesen Kunden dazu veranlasst, das Computerprogramm der Klägerin unbefugt zu vervielfältigen.

43 (2) Das Verhalten der Beklagten zu 1 hat aber die ernstliche Gefahr begründet, dass dieser Kunde das Programm von der Internetseite der Klägerin auf seinen Computer herunterlädt und damit in das ausschließliche Recht der

Klägerin nach § 69c Nr. 1 UrhG zur Vervielfältigung des Computerprogramms eingreift. Hierzu ist der Kunde der Beklagten zu 1 nicht berechtigt; insbesondere ergibt sich seine Berechtigung zum Vervielfältigen des Programms entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht aus § 69d Abs. 1 UrhG. Entsprechendes gilt im Blick darauf, dass das Verhalten der Beklagten zu 1 befürchten lässt, sie könnte in naher Zukunft anderen Kunden auf deren Bestellung gleichfalls allein die Seriennummer von Box-Versionen des Computerprogramms unter Zurückbehaltung der auf dem Datenträger befindlichen Programmkopie übersenden.

44 (3) 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.

45 (4) 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.

46 (5) 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 Rn. 88 und 72 - UsedSoft/Oracle).

47 (6) Im Streitfall war zwar, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, das Recht zur Verbreitung der Kopie des Computerprogramms „Symantec Norton 360 Version 3.0“ erschöpft, die sich auf dem mit Zustimmung der Klägerin in Verkehr gebrachten und von der Beklagten zu 1 erworbenen Datenträger der Box-Version dieses Computerprogramms befand; dabei erstreckte sich die Erschöpfung auf die Veräußerung des Computerprogramms durch Bekanntgabe des Produktschlüssels und die Programmkopie in der verbesserten und aktualisierten Fassung (vgl. oben Rn. 30 bis 40). Der Weiterverkauf der Lizenz zur Nutzung dieses Computerprogramms durch die Beklagte zu 1 an ihren Kunden war jedoch nicht mit dem Weiterverkauf der Programmkopie verbunden. Der Kunde der Beklagten zu 1 ist daher nicht rechtmäßiger Erwerber einer Programmkopie und darf deshalb vom Vervielfältigungsrecht keinen Gebrauch machen.

48 Der Weiterverkauf einer Programmkopie, in Bezug auf die sich das Verbreitungsrecht erschöpft hat, erfordert nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union allerdings nicht unbedingt, dass der Weiterverkäufer dem Erwerber einen Datenträger mit einer „erschöpften“ Kopie des Computerprogramms übergibt. Vielmehr kann ein solcher Weiterverkauf vorliegen, wenn der Erwerber die ihm vom Weiterverkäufer verkaufte Kopie des Computerprogramms von der Internetseite des Urheberrechtsinhabers auf seinen Computer herunterlädt (vgl. EuGH, GRUR 2012, 904 Rn. 47 und 61 - UsedSoft/Oracle). Für die Frage, ob die mit dem Abschluss eines Lizenzvertrags einher-

gehende Übertragung einer Kopie eines Computerprogramms an einen Nacherwerber durch einen Vorerwerber einen Weiterverkauf einer Programmkopie darstellt, spielt es keine Rolle, ob dem Nacherwerber die Kopie des Computerprogramms über einen materiellen Datenträger wie eine CD-ROM oder DVD oder über das Herunterladen von der Internetseite des Rechtsinhabers zur Verfügung gestellt wird (vgl. BGH, GRUR 2014, 264 Rn. 44 bis 46 - UsedSoft II, mwN).

49 Der Weiterverkauf der Kopie eines Computerprogramms, in Bezug auf die sich das Verbreitungsrecht erschöpft hat, setzt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union jedoch voraus, dass der Weiterverkäufer keine Kopie dieses Computerprogramms zurückbehält (vgl. EuGH, GRUR 2012, 904 Rn. 70 und 78 - UsedSoft/Oracle; BGH, GRUR 2014, 264 Rn. 63 bis 65 - UsedSoft II). Der Nacherwerber einer Kopie des Computerprogramms kann sich daher nur mit Erfolg auf sein Vervielfältigungsrecht aus Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG und § 69d Abs. 1 UrhG berufen, wenn der Vorerwerber ihm seine Kopien des Programms ausgehändigt oder diese unbrauchbar gemacht hat. Soweit der Vorerwerber sich - wie die Beklagte zu 1 - darauf beruft, dass die Vervielfältigung des Computerprogramms durch den Nachwerber nach § 69d Abs. 1 UrhG nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers bedarf, trägt er nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass diese Voraussetzung erfüllt ist (vgl. BGH, GRUR 2014, 264 Rn. 56 - UsedSoft II).

50 Danach ist der Kunde der Beklagten zu 1 entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht rechtmäßiger Erwerber der Programmkopie und darf das Computerprogramm daher nicht gemäß § 69d Abs. 1 UrhG durch Herunterladen auf seinen Computer vervielfältigen. Die Beklagte zu 1 verfügte zum Zeitpunkt der Veräußerung der Programmkopie durch Weitergabe des Produktschlüssels an den Kunden noch über den in der Box enthaltenen Datenträger,

auf dem sich eine Kopie dieses Computerprogramms befand. Für die Frage, ob die Beklagte zu 1 durch Weitergabe des Produktschlüssels auf eine unberechtigte Vervielfältigung des Computerprogramms durch ihren Kunden hingewirkt hat, ist es unerheblich, ob der Datenträger später vernichtet wurde. Im Übrigen ist die von der Beklagten zu 1 vorgelegte Bescheinigung des Dienstleistungsunternehmens nicht geeignet, die Vernichtung des hier in Rede stehenden Datenträgers zu belegen. Aus dieser Bescheinigung geht nur hervor, dass Datenträger vernichtet wurden, nicht aber, um welche Datenträger es sich dabei handelte.

51 Es kommt auch nicht darauf an, ob der Produktschlüssel nur für die nach den Lizenzbedingungen zulässige Zahl von Vervielfältigungen oder für beliebig viele Vervielfältigungen des Computerprogramms verwendet werden kann. Desgleichen ist es nicht von Bedeutung, ob ein Risiko unzulässiger Vervielfältigungen - wie das Berufungsgericht angenommen hat - auf der Möglichkeit mehrfacher Verwendungen des Produktschlüssels und nicht auf dem Zurückhalten der Datenträger beruht. Die Berechtigung des Nacherwerbers zum Vervielfältigen eines Computerprogramms setzt voraus, dass der Vorerwerber seine Kopien zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs unbrauchbar gemacht hat (vgl. EuGH, GRUR 2012, 904 Rn. 70 und 78 - UsedSoft/Oracle; BGH, GRUR 2014, 264 Rn. 63 bis 65 - UsedSoft II). Diese Voraussetzung ist im Streitfall nicht erfüllt.

52 Es ist schließlich unerheblich, ob der Klägerin - wie das Berufungsgericht gemeint hat - 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 Computer-

programms 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 der Verkäufer noch über Programmkopien verfügt.

53 cc) Die Beklagte zu 1 haftet für die von ihr begründete Gefahr unberechtigter Vervielfältigungen des Computerprogramms der Klägerin durch Kunden nach § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG auf Unterlassung. Ein auf Erstbegehungsfahr gestützter vorbeugender Unterlassungsanspruch setzt voraus, dass ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte für eine in naher Zukunft konkret drohende Rechtsverletzung bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Januar 2009 - I ZR 57/07, GRUR 2009, 841 Rn. 8 = WRP 2009, 1139 - Cybersky, mwN). Solche Anhaltspunkte für ein unbefugtes Vervielfältigen des Computerprogramms der Klägerin durch Kunden der Beklagten zu 1 liegen im Streitfall vor. Der vorbeugende Unterlassungsanspruch kann sich nicht nur gegen den möglichen Täter, sondern auch gegen denjenigen richten, der als potentieller Teilnehmer oder Störer eine Erstbegehungsfahr für durch Dritte begangene Verletzungshandlungen begründet hat (vgl. BGH, GRUR 2009, 841 Rn. 14 - Cybersky, mwN). Es kann daher offenbleiben, ob die Beklagte zu 1 für ein von ihr bewirktes unbefugtes Vervielfältigen des Computerprogramms durch Kunden - was hier vor allem in Betracht kommt - als mittelbarer Täter (vgl. dazu BGH, Urteil vom 24. September 2014 - I ZR 35/11, GRUR 2015, 264 Rn. 36 = WRP 2015, 347 - Hi Hotel II, mwN) oder aber als Gehilfe oder Störer (vgl. BGH, GRUR 2014, 264 Rn. 24 bis 26 - UsedSoft II) haften würde.

54 dd) Die auf den Hilfsantrag des Unterlassungsantrags zu I 1 bezogenen und der Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs dienenden Anträge auf

Auskunftserteilung und Rechnungslegung sind nicht begründet. Da nicht davon ausgegangen werden kann, dass Kunden der Beklagten zu 1 das Vervielfältigungsrecht der Klägerin am Computerprogramm verletzt haben (vgl. oben Rn. 42), scheidet ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 aus. Die der Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs dienenden Ansprüche auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung sind daher unbegründet.

55

ee) Der Beklagte zu 2 haftet als Geschäftsführer der Beklagten zu 1 ebenfalls auf Unterlassung. Eine persönliche Haftung des Geschäftsführers für deliktische Handlungen der von ihm vertretenen Gesellschaft besteht, wenn er daran entweder durch positives Tun beteiligt war oder wenn er sie aufgrund einer nach allgemeinen Grundsätzen des Deliktsrechts begründeten Garantstellung hätte verhindern müssen (BGH, Urteil vom 18. Juni 2014 - I ZR 242/12, BGHZ 201, 344 Rn. 17 - Geschäftsführerhaftung). Darüber hinaus kann ein Geschäftsführer bei einer Verletzung absoluter Rechte durch die von ihm vertretene Gesellschaft persönlich als Störer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn er in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung des geschützten Rechts beiträgt und dabei zumutbare Verhaltenspflichten verletzt (BGH, Urteil vom 27. November 2014 - I ZR 124/11, GRUR 2015, 672 Rn. 81 = WRP 2015, 739 - Videospiele-Konsolen II). Das Berufungsgericht hat mit dem Landgericht eine Haftung des Beklagten zu 2 als geschäftsführender Alleingesellschafter der Beklagten zu 1 bejaht. Die Revision hat diese Beurteilung hingenommen. Sie lässt auch keinen Rechtsfehler erkennen.

56

II. Die Revision der Beklagten gegen die Verurteilung wegen Verletzung der Marken „Symantec“ und „Norton 360“ ist unbegründet. Die Klägerin kann gemäß Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a GMV verlangen, dass die Beklagte zu 1 es unterlässt, im geschäftlichen Verkehr ohne Zustimmung der Klägerin bloße Seriennummern von mit den Zeichen „Symantec“ und „Norton 360“ gekennzeichneten Computerprogrammpaketen ohne die gemäß Verpackung im

Originalzustand zugehörigen Datenträger in Verkehr zu bringen. Die auf diesen Antrag bezogenen Folgeanträge auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung sind gemäß §§ 242, 259, 260 BGB begründet. Der Beklagte zu 2 haftet als geschäftsführender Alleingesellschafter der Beklagten zu 1.

57

1. Die Beklagte zu 1 hat bei der Übersendung des Produktschlüssels und der Rechnung an den Kunden die mit den Marken der Klägerin identischen Zeichen „Symantec“ und „Norton 360“ ohne deren Zustimmung zur Bezeichnung von Computersoftware und damit für Waren benutzt, die mit denen identisch sind, für die die Marken der Klägerin eingetragen sind (Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a GMV).

58

2. Die Beklagte zu 1 kann sich, wie das Berufungsgericht im Ergebnis mit Recht angenommen hat, nicht mit Erfolg auf den Erschöpfungseinwand nach Art. 13 Abs. 1 GMV berufen. Nach dieser Bestimmung hat der Inhaber einer Marke nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind. Soweit - wie im vorliegenden Fall - das Verbreitungsrecht des Urhebers in Bezug auf körperliche oder nichtkörperliche Kopien seines Computerprogramms erschöpft ist, ist danach grundsätzlich auch das Recht des Markeninhabers erschöpft, seine Marke für solche Produkte zu benutzen (vgl. BGH, GRUR 2014, 264 Rn. 50 - UsedSoft II; GRUR 2015, 772 Rn. 75 - UsedSoft III).

59

Es liegen jedoch, wie das Berufungsgericht im Ergebnis mit Recht angenommen hat, berechtigte Gründe vor, die es gemäß Art. 13 Abs. 2 GMV rechtfertigen, dass die Klägerin sich als Markeninhaberin dem weiteren Vertrieb der Computerprogramme unter Verwendung ihrer Marke widersetzt. Der Markeninhaber muss es nicht hinnehmen, dass seine Marke für den weiteren Vertrieb der von ihm oder mit seiner Zustimmung in Verkehr gebrachten Produkte

verwendet wird, wenn dieser Vertrieb - wie im vorliegenden Fall der Vertrieb des Computerprogramms durch Übermittlung der Seriennummer unter Zurückbehaltung der Programmkopie - die ernstliche Gefahr begründet, dass der Erwerber des Produkts das Urheberrecht an diesem Produkt verletzt (vgl. zu Art. 7 Abs. 2 MarkenRL und § 24 Abs. 2 MarkenG BGH, Urteil vom 6. Oktober 2011 - I ZR 6/10, GRUR 2012, 392 Rn. 19 = WRP 2012, 469 - Echtheitszertifikat).

60

Da die Grundsätze zur Auslegung von Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG durch die angeführte Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geklärt sind und im Übrigen keine vernünftigen Zweifel bei der Auslegung des Unionsrechts bestehen, ist ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV nicht geboten (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 = NJW 1983, 1257, 1258 - C.I.L.F.I.T).

61

C. Danach ist auf die Revision der Klägerin das Berufungsurteil unter Zurückweisung der weitergehenden Revision der Klägerin und der Revision der Beklagten im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als das Berufungsgericht

den Hilfsantrag zum Unterlassungsantrag zu I 1 abgewiesen hat. Im Umfang der Aufhebung ist das landgerichtliche Urteil im Unterlassungsausspruch zu I 1 abzuändern und dem Hilfsantrag zum Unterlassungsantrag zu I 1 stattzugeben. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Büscher

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 15.03.2012 - 2-3 O 302/11 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 12.11.2013 - 11 U 32/12 -