



BUNDESGERICHTSHOF

HINWEIS-BESCHLUSS

I ZR 230/16

vom

21. September 2017

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 21. September 2017 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, Prof. Dr. Koch und Feddersen

einstimmig beschlossen:

Die Beklagte zu 1 wird darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, ihre zugelassene Revision gegen ihre Verurteilung gemäß A.V.1 des Tenors des Urteils des Oberlandesgerichts München - 29. Zivilsenat - vom 22. September 2016 gemäß § 552a Satz 1 ZPO zurückzuweisen.

Gründe:

- 1 I. Die Klägerin entwickelt und vertreibt das Computerbetriebssystem „Microsoft Windows 7“. Sie ist Inhaberin von zwei deutschen Wortmarken „MICROSOFT“ und einer deutschen Wort-Bild-Marke „Windows“, die jeweils für Computerprogramme eingetragen sind. Die Beklagte zu 1 handelte über die Internetplattform „Ebay“ und einen eigenen Webshop bundesweit mit Microsoft Computerprogrammen. Sie hat unter Verwendung der Zeichen „Microsoft“ oder „Windows“ Product Keys (Produkt-Schlüssel in Form von Zeichenfolgen) als Lizenzen für die Computerprogramme „Microsoft Windows 7 Home Premium“ und „Microsoft Windows 7 Professional“ angeboten und veräußert.
- 2 Die Klägerin hat behauptet, bei den Datenträgern, die sie testweise von der Beklagten zu 1 erworben habe, habe es sich um Fälschungen gehandelt. Die von der Beklagten zu 1 weitergegebenen Microsoft Product Keys berechtigten nicht zur Einräumung von Nutzungsrechten an den entsprechenden Computerprogrammen. Die Klägerin hat die Beklagte zu 1 wegen Verletzung des

Urheberrechts an den Computerprogrammen in Anspruch genommen. Sie hat in erster Instanz - soweit noch von Bedeutung - beantragt,

VII. die Beklagte zu 1 zu verurteilen, es zu unterlassen

1. ohne ihre Einwilligung bloße Product Keys (Produkt-Schlüssel in Form von Zeichenfolgen) als Lizenzen für die Computerprogramme „Microsoft Windows 7 Home Premium“ und/oder „Microsoft Windows 7 Professional“ anzubieten und/oder feilzuhalten und/oder sonst wie in den Verkehr zu bringen;
2. im geschäftlichen Verkehr ohne ihre Einwilligung unter Verwendung der Zeichen „Microsoft“ und/oder „Windows“ Product Keys für Microsoft Computerprogramme anzubieten, feilzuhalten und/oder sonst wie in den Verkehr zu bringen und/oder zu diesem Zweck zu besitzen und/oder in die Bundesrepublik Deutschland einzuführen oder auszuführen;

VIII. die Beklagte zu 1 zu verurteilen, ihr hinsichtlich der von ihr begangenen Handlungen nach Ziffer VII. [über näher bezeichnete Umstände] Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen;

IX. festzustellen, dass die Beklagte zu 1 ihr zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, welcher ihr durch die in Ziffer VII. beschriebenen Handlungen der Beklagten zu 1 entstanden ist und noch entstehen wird.

3 Das Landgericht hat der Klage mit diesen Anträgen stattgegeben. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte zu 1 Berufung eingelegt. Die Klägerin hat in der Berufungsinstanz - soweit noch von Bedeutung - hilfsweise zum Antrag VII.1 beantragt,

die Beklagte zu 1 zu verurteilen, es zu unterlassen, ohne ihre Einwilligung Dritten durch die Übermittlung von Product Keys (Produkt-Schlüssel in Form von Zeichenfolgen) die Vervielfältigung der Computerprogramme „Microsoft Windows 7 Home Premium“ und/oder „Microsoft Windows 7 Professional“ zu gestatten.

4 Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts abgeändert und insgesamt neu gefasst. Es hat dem in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsantrag zum Antrag VII.1 (Tenor A.V.1) und dem bereits in erster Instanz gestellten Antrag VII.2 (Tenor A.V.2) entsprochen. Darüber hinaus hat es dem Antrag zu VIII (Tenor A.VI) und dem Antrag zu IX (Tenor A.VII), jeweils bezogen auf die

Handlungen nach dem Antrag zu VII.2 (Tenor A.V.2), stattgegeben. Im Übrigen - also hinsichtlich des in erster Instanz gestellten Hauptantrags zum Antrag VII.1 und hinsichtlich der Anträge zu VIII und IX, soweit diese sich auf die Handlungen nach dem Antrag zu VII.1 beziehen - hat es die Klage abgewiesen (Tenor A.VIII). Die Revision hat das Berufungsgericht allein im Hinblick auf die Abweisung der Klageanträge VIII und IX, soweit diese sich auf den Hilfsklageantrag VII.1 beziehen, zugelassen (Tenor E).

5 Die Beklagte zu 1 ist der Ansicht, die Revision sei auch im Hinblick auf ihre Verurteilung gemäß A.V.1 des Tenors zugelassen. Insoweit beantragt sie, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen. Hilfsweise beantragt sie, die Revision insoweit zuzulassen.

6 II. Die Revision ist im Hinblick auf die Verurteilung der Beklagten zu 1 gemäß A.V.1 des Tenors des Berufungsurteils zugelassen (dazu II 1). Der Senat beabsichtigt, die zugelassene Revision der Beklagten zu 1 durch einstimmigen Beschluss gemäß § 552a Satz 1 ZPO zurückzuweisen, weil die Revision keine Aussicht auf Erfolg hat (dazu II 2) und die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nicht vorliegen (dazu II 3).

7 1. Die Revision ist im Hinblick auf die Verurteilung der Beklagten zu 1 gemäß A.V.1 des Tenors des Berufungsurteils zugelassen.

8 a) Das Berufungsgericht hat die Revision allein im Hinblick auf die Abweisung der Anträge VIII (Auskunft) und IX (Feststellung der Schadensersatzpflicht), soweit diese sich auf den hilfsweise gestellten Antrag VII.1 (Übermittlung von Product Keys) beziehen, zugelassen (Tenor E). Es hat dazu ausgeführt, die Frage, ob bereits die Zusendung eines Product Key für ein Computerprogramm als Gestattung im Sinne des § 69c UrhG Ansprüche auf Auskunft und Schadensersatz begründe, sei von grundsätzlicher Bedeutung. Die durch

die Abweisung dieser Anträge beschwerte Klägerin hat die zugelassene Revision nicht eingelegt.

9 b) Soweit das Berufungsgericht die Beklagte zu 1 nach dem hilfsweise gestellten Antrag VII.1 zur Unterlassung verurteilt hat (Tenor A.V.1) hat es die Revision danach nicht zugelassen. Die Beklagte zu 1 macht allerdings mit Recht geltend, dass die Beschränkung der Revisionszulassung insoweit unwirksam ist.

10 aa) Die Zulassung der Revision kann zwar auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen und damit abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffes beschränkt werden, auf den auch die Partei ihre Revision beschränken könnte. Eine solche beschränkte Zulassung ist jedoch nur zulässig, wenn der von der Zulassungsbeschränkung betroffene Teil des Streits in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unabhängig von dem übrigen Prozessstoff beurteilt werden und - auch nach einer Zurückverweisung - kein Widerspruch zwischen dem noch zur Entscheidung stehenden und dem unanfechtbaren Teil des Streitstoffes auftreten kann. Für die Frage, ob es an der Unabhängigkeit zwischen dem zugelassenen Teil des Rechtsstreits und dem nicht zugelassenen Teil fehlt, sind die für § 301 ZPO maßgebliche Grundsätze anzuwenden. Danach ist die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen - auch infolge einer abweichenden Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht - gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über andere Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann. Dazu reicht die Möglichkeit einer unterschiedlichen Beurteilung von bloßen Urteilelementen aus, die weder in Rechtskraft erwachsen noch das Gericht für das weitere Verfahren binden. Ein Teilurteil darf deshalb nur ergehen, wenn der weitere Verlauf des Prozesses die zu treffende Entscheidung unter keinen Umständen mehr berühren kann. Daran fehlt es, wenn das Durchgreifen einer Ein-

rede oder Einwendung in Rede steht, die den gesamten Streitstoff betrifft (BGH, Urteil vom 16. März 2017 - I ZR 39/15, GRUR 2017, 702 Rn. 17 = WRP 2017, 962 - PC mit Festplatte I, mwN).

11 bb) Nach diesen Maßstäben konnte das Berufungsgericht die Zulassung der Revision nicht wirksam auf die Abweisung der Anträge VIII (Auskunft) und IX (Schadensersatz), soweit diese sich auf den hilfsweise gestellten Antrag VII.1 (Übermittlung von Product Keys) beziehen, beschränken; die Zulassung der Revision erstreckt sich vielmehr auf die Verurteilung der Beklagten zu 1 nach dem hilfsweise gestellten Antrag VII.1 (Tenor A.V.1). Der mit diesem Hilfsantrag gestellte Unterlassungsantrag und die auf diesen Unterlassungsantrag bezogenen Anträge auf Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht bestehen jeweils nur unter der Voraussetzung, dass die Rechte an den Computerprogrammen, für die die Beklagte die Product Keys an Dritte übermittelt hat, nicht erschöpft sind. Danach bestand zum Zeitpunkt der Zulassung der Revision die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen. Hätte die Klägerin die vom Berufungsgericht zugelassene Revision gegen die Abweisung der - auf den hilfsweise gestellten Unterlassungsantrag VII.1 bezogenen - Anträge VIII und IX eingelegt, und hätte der Senat die Entscheidung des Berufungsgerichts insoweit allein im Hinblick auf eine Erschöpfung der Rechte an den Computerprogrammen im Ergebnis als richtig erachtet, hätte dazu die Verurteilung der Beklagten zu 1 nach dem Antrag VII.1 in Widerspruch gestanden, weil im Falle einer Erschöpfung der Rechte an den Computerprogrammen kein Unterlassungsanspruch bestanden hätte.

12 Nachdem die Klägerin die zugelassene Revision nicht eingelegt hat, kann ein solcher Widerspruch zwar nicht mehr entstehen, weil das Berufungsgericht seine Abweisung der auf den Unterlassungsantrag VII.1 bezogenen Anträge VIII und IX nicht mit einer Erschöpfung der Rechte an den Computerpro-

grammen, sondern damit begründet hat, aus dem Vortrag der Klägerin ergebe sich nicht, dass gerade diejenigen Kunden, denen die Beklagte zu 1 den Product Key zusenden ließ, das Programm mithilfe dieses Product Keys auf ihren Rechnern installiert hätten. Für die Frage, ob die Beschränkung der Revisionszulassung wirksam ist, muss es jedoch aus Gründen der Rechtsmittelklarheit auf den Zeitpunkt der beschränkten Zulassung der Revision ankommen. Die Frage, ob die Beklagte zu 1 gegen ihre Verurteilung Revision einlegen kann, darf nicht davon abhängen, ob die Klägerin gegen die Abweisung ihrer Klage Revision einlegt.

13 2. Die zugelassene Revision der Beklagten zu 1 hat keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass der mit dem Hilfsantrag zu VII.1 erhobene Unterlassungsanspruch begründet ist, weil die Beklagte zu 1 sich nicht mit Erfolg auf eine Erschöpfung des Rechts an den Computerprogrammen berufen kann, deren Vervielfältigung sie Dritten durch die Übermittlung von Product Keys gestattet hat.

14 a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte zu 1 für eine von ihr begründete Gefahr unberechtigter Vervielfältigungen des Computerprogramms der Klägerin durch Kunden nach § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG auf Unterlassung haftet. Ein auf Erstbegehungsgefahr gestützter vorbeugender Unterlassungsanspruch 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 potentieller Teilnehmer oder Störer eine Erstbegehungsgefahr für durch Dritte begangene Verletzungshandlungen begründet. Danach haftet die Beklagte zu 1 für ein von ihr bewirktes unbefugtes Vervielfältigen des Computerprogramms durch Kunden als mittelbarer Täter oder aber als Gehilfe oder Störer auf Unter-

lassung (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 2015 - I ZR 4/14, GRUR 2015, 1108 Rn. 53 = WRP 2015, 1367 - Green-IT, mwN). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte zu 1 durch den Versand von Product Keys für die Computerprogramme der Klägerin an Kunden die ernstliche Gefahr begründet, dass diese Kunden die Programme von der Internetseite der Klägerin herunterladen und damit in deren ausschließliches Recht nach § 69c Nr. 1 UrhG zur Vervielfältigung eingreifen.

- 15 b) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte zu 1 könne sich nicht mit Erfolg auf eine Erschöpfung des ausschließlichen Rechts der Klägerin zur Vervielfältigung der Computerprogramme berufen. Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte zu 1 habe nicht dargelegt und unter Beweis gestellt, dass die Rechte an den aufgrund der übermittelten Product Keys möglicherweise heruntergeladenen Programmkopien erschöpft gewesen seien. Das Landgericht, auf dessen Urteil das Berufungsgericht Bezug genommen hat, hat hierzu ausgeführt, der Vortrag der Beklagten zu 1, sie habe die streitgegenständlichen Lizenzprodukte von einer Firma D. , einem autorisierten Microsoft-Partner mit Sitz in Polen, erworben, die die Lizenz ihrerseits von der Klägerin erworben habe, und die zum Beweis dieser Behauptung vorgelegte Rechnung der Firma D. vom 10. September 2014 seien unzureichend. Zum einen beziehe sich die vorgelegte Rechnung nicht auf Lizenzen für das Computerprogramm „Microsoft Windows 7 Home Premium“, sondern nur auf Lizenzen für die Programme „Windows 8.1 Professional“ und „MS Windows 7 Professional“. Zum anderen weise die vorgelegte Rechnung als Verkaufsdatum und Datum der Fertigstellung der Lieferung jeweils den 10. September 2014 aus, also einen Zeitpunkt, der deutlich nach den Testkäufen des Zeugen S. vom 10. Mai 2014 und 18. Juli 2014 liege.

- 16 aa) Die Beschwerde rügt, das Berufungsgericht habe mit dieser Beurteilung das Recht der Beklagten zu 1 auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt. Das Landgericht habe die mögliche Relevanz der Rechnung für zumindest einen Teil der streitgegenständlichen Lizenzen übergangen, nämlich soweit die Rechnung sich auf das Produkt „Microsoft Windows 7 Professional“ beziehe und die entsprechenden Lizenzen vor dem Testkauf dieses Produkts am 19. September 2014 erworben worden seien. Damit kann die Beschwerde keinen Erfolg haben. Das Landgericht hat festgestellt, dass der Zeuge S. von der Beklagten zu 1 bei Testkäufen am 10. Mai 2014 und am 18. Juli 2014 Lizenzen für das Computerprogramm „MS Windows 7 Professional“ erworben hat. Die Beklagte zu 1 hat dem Zeugen S. diese Lizenzen danach deutlich vor dem in der vorgelegten Rechnung der D. ausgewiesenen Verkaufsdatum und Datum der Fertigstellung der Lieferung, dem 10. September 2014 verkauft. Es kommt nicht darauf an, ob der Zeuge Sc. , wie von der Klägerin ausweislich des Tatbestands des landgerichtlichen Urteils vorge-
tragen, am 19. September 2014 über den Webshop der Beklagten zu 1 den - weiteren - Artikel mit der Bezeichnung „Windows 7 Professional 32/64 BIT Deutsch Neu Download“ erworben hat.
- 17 bb) Das Berufungsgericht hat das rechtliche Gehör der Beklagten zu 1 ferner nicht dadurch verletzt, dass es den von der Beklagten zu 1 als Zeugen benannten Geschäftsführer der D. nicht vernommen hat. Die Beklagte zu 1 hat diesen Zeugen zum Beweis ihrer Behauptung benannt, sie habe die streitgegenständlichen Lizenzprodukte von der Firma D. erworben, zu deren Beleg sie auch die Rechnung der D. vom 10. September 2014 vorgelegt hat. Da ein Erwerb von Computerprogrammen der Klägerin durch die Beklagte zu 1 im September 2014 für die Frage, ob die Rechte an den von der Beklagten zu 1 bereits im Mai und Juni 2014 verkauften Computerprogrammen

der Klägerin erschöpft waren, unerheblich ist, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler von der Vernehmung dieses Zeugen abgesehen.

18 3. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen insoweit nicht vor, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, die auf die Verletzung von Verfahrensgrundrechten gestützten Rügen - wie ausgeführt - nicht durchgreifen und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts auch im Übrigen nicht erfordern.

19 III. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

IV. Streitwert der Revision der Beklagten zu 1: 37.500 €

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Koch

Feddersen

Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 01.09.2015 - 33 O 12440/14 -

OLG München, Entscheidung vom 22.09.2016 - 29 U 3449/15 -