

Aktenzeichen:
7 O 71/19

Eingegangen
20. FEB. 2020
Jun Rechtsanwälte



Landgericht Mannheim

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]
- Verfügungskläger -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Jun, [REDACTED]

gegen

1) [REDACTED]
- Verfügungsbeklagte -

2) [REDACTED]
- Verfügungsbeklagter -

[REDACTED]
wegen Urheberrecht/unerlaubter Handlung

hat das Landgericht Mannheim [REDACTED]

[REDACTED] für Recht erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass das einstweilige Verfügungsverfahren erledigt ist.
2. Die Verfügungsbeklagten tragen die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags.

Tatbestand

Der Verfügungskläger begehrt nach einer einseitig gebliebenen Erledigungserklärung die Feststellung, dass sich sein auf eine behauptete Urheberrechtsverletzung gestützter einstweiliger Verfügungsantrag erledigt hat.

Der Verfügungskläger ist selbstständig im Bereich der Beratung hinsichtlich Internet-Suchmaschinen-Optimierung (*search engine optimization; SEO*) und Online-Shops tätig, wobei er unter anderem auf das Content-Management-System WordPress zurückgreift. Hierbei handelt es sich um eines der am weitesten verbreiteten Systeme zum Betrieb von Webseiten, das unter der Open Source Lizenz GNU General Public License Version 2.0 (nachfolgend auch kurz „GPL“ ohne Versionsangabe) lizenziert ist.

Auszugsweise lautet die GPL (vgl. Schriftsatz der Verfügungsbeklagten vom 29.07.2019, S. 5):

„§ 4. Sie dürfen das Programm nicht vervielfältigen, verändern, weiter lizenzieren oder verbreiten, sofern es nicht durch diese Lizenz ausdrücklich gestattet ist. Jeder anderweitige Versuch der Vervielfältigung, Modifizierung, Weiterlizenzierung und Verbreitung ist nichtig und beendet automatisch Ihr Recht unter dieser Lizenz. Jedoch werden die Lizenzen Dritter, die von Ihnen Kopien oder Rechte unter dieser Lizenz erhalten haben, nicht beendet, solange diese die Lizenz voll anerkennen und befolgen.“

Aufbauend auf dem Softwaresystem WordPress können sogenannte Themes eingesetzt werden, bei denen es sich – technisch vereinfacht gesagt – um Baukästen bzw. Vorlagen handelt. Während die Software WordPress die wesentlichen Funktionen für die Erstellung und den Betrieb einer Homepage enthält, stellt ein Theme etwa ein Layout und allgemeinen Content wie beispielsweise Grafiken bereit, welches sodann noch um den konkreten Content – zum Beispiel die Daten und Angebote des Homepagebetreibers – ergänzt wird.

Die Parteien haben unterschiedliche Rechtsansichten darüber, ob es sich bei einem Theme für WordPress um eine abgeleitete Bearbeitung von WordPress oder um eine eigenständige Ergänzung handelt. Unstreitig liegen Themes jedoch als getrennter Programmcode vor.

Der Verfügungskläger vertreibt ein solches Theme [REDACTED] kommerziell. Das Theme hatte der Verfügungskläger zunächst durch die Agentur [REDACTED]

Am 01.06.2019 veröffentlichte der Verfügungsbeklagte Ziff. 2 außerdem folgenden Post auf der Plattform Facebook (vgl. Anlage ASt 5):

„HmMMMM

Kann sein, daß sich demnächst GANZ VIELE Nischenseitenbetreiber über ein kostenloses Affiliate-Theme freuen dürfen.

Mal sehen ob ich klagen muß, oder ob das auch so geht [Smiley]

Stay tuned!“

Dieser Facebook-Post wurde in den nachfolgenden Tagen von einigen anderen Facebook-Nutzern kommentiert. Unter anderem fragte ein Nutzer [REDACTED]:

„Huch ... ein zweites [REDACTED]?“

Hierauf antwortete der Verfügungsbeklagte Ziff. 2 (öffentlich):

[REDACTED] [REDACTED] wer mich noch von [REDACTED] kennt, weiß: ich kneife nicht und kann auch gut einstecken [Smiley]

Aber was Recht ist, wird Recht bleiben.“

Außerdem erstellte der Verfügungsbeklagte Ziff. 2 folgende beiden weiteren Kommentare:

„Geduld, Geduld, ich warte noch auf die Antwort des "Urhebers"

Sollte die im Laufe der nächsten Woche nicht eintrudeln -> ab auf Github [Smiley]“

sowie

„Aktueller Zwischenstand:

eine nette Anwaltskanzlei aus Würzburg mit der Spezialisierung auf open source (so zumindest deren Website und XING, wo man mich recherchiert hat [Smiley]) will mir erklären, wie open source funktioniert So mit Kostennote von 3k+ bei einem Streitwert von 200k.

Diejenigen hier, die mich noch aus [REDACTED] Zeiten kennen wissen was jetzt passiert [Smiley]“

Hinsichtlich des weiteren Kommentarverlaufs wird auf die Anlage ASt 5 Bezug genommen.

Mit Anwaltsschreiben vom 07.06.2019 forderte der Verfügungskläger die Verfügungsbeklagten zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf (vgl. Anlage ASt 6). Mit anwaltlichem Schreiben vom 13.06.2019, in dem die außergerichtliche Vertretung beider Verfügungsbeklagten angezeigt wurde, wies der Beklagtenvertreter die Abmahnung „*vollumfänglich zurück*“ (vgl. Anlage ASt 3).

Der Verfügungskläger hat mit Schriftsatz vom 26.06.2019 beantragt, den Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung und bei Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen, den Source Code des unter dem Werktitel [REDACTED] vertriebenen WordPress Themes des Verfügungsklägers zu verbreiten und/oder öffentlich zugänglich zu machen, insbesondere auf der Plattform Github zu publishen, wie angekündigt in der E-Mail der Verfügungsbeklagten Ziff. 1 vom 29.05.2019 – enthalten in der Anlage ASt 5 – und auf der vom Verfügungsbeklagten Ziff. 2. betriebenen Facebook-Seite [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED].

Mit außergerichtlichem Anwaltsschriftsatz vom 03.07.2019 teilten die Verfügungsbeklagten dem Verfügungskläger mit, dass man ohne Anerkennung einer Rechtspflicht oder Präjudiz bereit sei, „*zuzusagen, dass er [der Mandant] ohne gerichtliche Feststellung, dass er das streitgegenständliche Theme rechtmäßig Dritten zugänglich machen kann, das streitgegenständliche Theme Dritten über Github nicht zugänglich machen wird.*“

Mit Schriftsatz vom 03.07.2019 hat der Verfügungskläger den Verfügungsantrag für erledigt erklärt. Der Verfügungskläger **beantragt** zuletzt,

festzustellen, dass sich der Verfügungsantrag erledigt hat.

Die Verfügungsbeklagten haben der Erledigungserklärung widersprochen und **beantragen**,

den Verfügungsantrag zurückzuweisen.

Die Verfügungsbeklagten tragen vor,

es könne bereits nicht von einer Erstbegehungsgefahr ausgegangen werden. Es sei nur die Möglichkeit einer Veröffentlichung der Software auf der Plattform Github angekündigt worden und die Veröffentlichung sei auch noch von der Antwort des Verfügungsklägers abhängig gewesen. Damit liege kein unmittelbares Ansetzen zur Veröffentlichung vor.

Bei Annahme einer Erstbegehungsgefahr bestünde diese jedenfalls mit der Folge, dass sich der Verfügungsantrag nicht erledigt habe, fort, weil sie durch den außergerichtlichen Schriftsatz vom 03.07.2019 nicht ausgeräumt worden sei. Von einer Veröffentlichung sei nicht eindeutig und uneingeschränkt abgesehen worden, sondern lediglich bis zur gerichtlichen Klärung.

Die Software ████████ sei eine von WordPress abgeleitete Software und müsse daher nach Maßgabe der GPL ihrerseits frei zugänglich gemacht werden.

Im Übrigen sei die in der Abmahnung des Verfügungsklägers enthaltene Forderung nach einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sowie Schadensersatz unberechtigt gewesen, insbesondere da eine strafbewehrte Unterlassungserklärung lediglich zur Beseitigung der Wiederholungs-, nicht aber der Erstbegehungsgefahr erforderlich sei.

Wegen der Einzelheiten des Parteivortrags wird ergänzend auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Sitzungsprotokoll Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Der Verfügungskläger konnte seinen ursprünglichen Antrag in einen Erledigungs-Feststellungsantrag ändern. Dieser ist begründet.

A.

Erklärt ein Kläger einen Rechtsstreit im Sinne von § 91a ZPO für erledigt und widerspricht die Beklagtenseite dieser Erledigungserklärung, kann der Kläger seinen Antrag gemäß § 264 Nr. 2 ZPO auf eine Feststellung der Erledigung beschränken (st.Rspr.; vgl. etwa BGH, NZG 2017, 390). Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich aus dem Kosteninteresse. Die Feststellung ist dann im Allgemeinen darauf gerichtet, dass der Antrag des Klägers bei Rechtshängigkeit zulässig sowie begründet war und durch ein erledigendes Ereignis nach Rechtshängigkeit unzulässig oder unbegründet wurde (vgl. etwa BGH, NZG 2017, 390). Dies gilt entsprechend im einstweiligen Verfügungsverfahren, wobei die

Rechtshängigkeit wegen der fehlenden Notwendigkeit einer Zustellung vor Erlass der einstweiligen Verfügung bereits mit Eingang des Antrags bei Gericht eintritt und nicht erst mit Zustellung an den Gegner (vgl. nur *Drescher* in MüKo-ZPO, 5. Aufl. 2016, Vor § 916, Rn. 15; *Vollkommer* in Zöller-ZPO, 32. Aufl. 2018, § 91a Rn. 58, § 922 Rn. 4).

B.

Der ursprüngliche einstweilige Verfügungsantrag des Verfügungsklägers ist im prozessualen Sinne erledigt, weil der Antrag ursprünglich zulässig sowie begründet war (dazu I.) und nach Einreichung des Antrags bei Gericht am 26.06.2019 durch Zugang des außergerichtlichen Anwaltsschreibens vom 03.07.2019 unbegründet wurde (dazu II.).

I. Der Antrag des Verfügungsklägers auf Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung wäre ohne das erledigende Ereignis erfolgreich gewesen, weil zum Zeitpunkt der Antragstellung ein Verfügungsanspruch (dazu 1.) und ein Verfügungsgrund bestand (dazu 2.).

1. Der Verfügungsanspruch des Verfügungsklägers ergab sich wegen der Erstbegehungsgefahr einer Urheberrechtsverletzung durch die Verfügungsbeklagten in Gestalt der öffentlichen Zugänglichmachung der Software des Verfügungsklägers auf der Plattform Github aus § 97 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 69c Nr. 4 UrhG.

a) Der Kläger ist als Inhaber der ausschließlichen Nutzungsrechte hinsichtlich der von ihm vertriebenen Software ████████ aktivlegitimiert.

aa) Soweit diese Software nicht auf der eigenen schöpferischen Programmierung des Verfügungsklägers beruht, ist unstreitig, dass dem Verfügungskläger die ausschließlichen Nutzungsrechte von der die Software ursprünglich entwickelnden Medienagentur sowie dem entsprechenden Mitarbeiter übertragen wurden. Der Verfügungskläger hat die Rechteeinräumung zunächst glaubhaft gemacht durch Vorlage der eidesstattlichen Versicherungen des Verfügungsklägers (Anlage ASt 1) sowie der Verträge mit der Medienagentur ████████ (Anlage ASt 9) bzw. dem Mitarbeitern ████████ (Anlage ASt 10). Diesem Vortrag sind die Verfügungsbeklagten nicht entgegengetreten.

bb) Unbeachtlich ist dabei, dass die Software ████████ das von Herrn ████████ entwickelte Skript enthielt. Es kann offenbleiben, ob dem Verfügungskläger wirksam rückwirkend Nutzungsrechte für dieses Skript übertragen wurden und ob diese (nicht ausschließlichen) Nutzungsrechte überhaupt zu einer Aktivlegitimation für Unterlassungsansprüche führen

könnten. Denn selbst wenn dem Verfügungskläger an dem Skript überhaupt keine Nutzungsrechte zuständen, änderte dies nichts daran, dass der Verfügungskläger ausschließlich Nutzungsberechtigter an dem sonstigen Programmcode ist bzw. – sofern wegen einer programmtechnischen Einheit von einem einheitlichen Werk auszugehen wäre – jedenfalls eine Miturheberschaft an dem Gesamtwerk vorliegt. Eine Miturheberschaft genügt gemäß § 8 Abs. 2 Satz 3 UrhG (iVm. § 69a Abs. 4 UrhG) zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs.

cc) Aus diesem Grund ist es auch unbeachtlich, ob die Software des Klägers als Theme für die Open Source Software WordPress ihrerseits nach den Lizenzbedingungen der GPL als Open Source hätte veröffentlicht werden müssen.

Die GPL sind Lizenzbedingungen die zwischen den Inhabern der Rechte an der Software WordPress und den Nutzern dieser Software zumindest konkludent durch Nutzung vereinbart werden. Sollte das Theme des Verfügungsklägers als abhängige Bearbeitung der Software WordPress selbst einzuordnen sein, würden die Lizenzbedingungen mithin zwischen den Rechteinhabern von WordPress und dem Verfügungskläger gelten. Nach diesen Lizenzbedingungen wäre der Verfügungsbeklagte gehalten, seine Software [REDACTED] wiederum unter der GPL als Open Source frei zur Verfügung zu stellen (sog. Copyleft). § 4 der GPL 2.0 regelt insoweit, dass das unentgeltlich eingeräumte Recht zur Nutzung und auch Bearbeitung von WordPress unter dieser Voraussetzung als auflösende Bedingung stehen.

Die GPL führt als privatautonom zwischen zwei Parteien vereinbarte Lizenzbestimmung nicht etwa dazu, dass die Urheberrechte des Verfügungsklägers entfallen würden. Im Falle einer Weiterentwicklung der Software WordPress bestünde an dem neu geschaffenen Gesamtwerk eine Miturheberschaft. Urheber des Gesamtwerks sind dann sowohl die ursprünglichen Urheber sowie der die Weiterentwicklung vornehmende Programmierer. Bei Verstoß gegen die GPL verliert der weiterentwickelnde Programmierer lediglich die von den ursprünglichen Urhebern auflösend bedingt eingeräumte Nutzungserlaubnis auch hinsichtlich des neu geschaffenen Gesamtwerks. Das durch eine schöpferische Weiterentwicklung entstandene eigene (Mit-)Urheberrecht am neuen Gesamtwerk erlischt dadurch jedoch nicht. Die Lizenzbedingungen der GPL enthalten insoweit auch nicht etwa eine antizipierte Übertragung von ausschließlichen Nutzungsrechten oder einen sonstigen „Verzicht“ auf künftige eigene Miturheberrechte.

Selbst wenn die vom Verfügungskläger kommerziell vertriebene Software mithin eine Bearbeitung von WordPress darstellen würde, änderte die GPL nichts daran, dass dem Verfügungskläger an dieser Software zumindest Miturheberrechte zustehen, die ihn nach § 8 Abs. 2 Satz 3 UrhG zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs berechtigen.

b) Den Verfügungsbeklagten stand kein Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung nach § 69c Nr. 4 UrhG zu.

Erneut kann offenbleiben, ob die Software des Verfügungsklägers eine Bearbeitung von WordPress darstellt. Denn wie erläutert würde dies allenfalls dazu führen, dass bei Eintritt der auflösenden Bedingung der Verfügungskläger durch die kommerzielle Verwertung seine eigenen Nutzungsrechte hinsichtlich WordPress verliert.

Die GPL regelt als bilateral vereinbarte Lizenzbestimmung lediglich das Rechtsverhältnis zwischen – in diesem Fall – den Urhebern der Software WordPress und dem jeweiligen Nutzer dieser Software. Für den Fall von Weiterentwicklungen sieht die GPL zwar vor, dass die Weiterentwicklung ebenfalls wieder unter der GPL veröffentlicht werden soll (auflösende Bedingung). Dagegen enthält die GPL für diesen Fall nicht etwa bereits eine antizipierte Rechteinräumung an Dritte. Mit anderen Worten ist eine Weiterentwicklung einer Open Source Software nicht automatisch ihrerseits Open Source, sondern vielmehr nur, wenn sie tatsächlich wieder unter der GPL veröffentlicht wird. Letzteres wird gegenüber den ursprünglichen Rechteinhabern durch die auflösende Bedingung sichergestellt, kann jedoch von Dritten nicht erzwungen werden.

Den Verfügungsbeklagten könnte das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung nach § 69c Nr. 4 UrhG aus der GPL mithin nur zustehen, wenn der Verfügungskläger seine Software tatsächlich unter Anwendung der GPL veröffentlicht hätte. Dies ist unstreitig nicht der Fall.

c) Zum Zeitpunkt der Antragstellung lag auch eine Erstbegehungsgefahr im Sinne des § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG vor.

Ein auf Erstbegehungsgefahr gestützter vorbeugender Unterlassungsanspruch besteht, wenn ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, der Anspruchsgegner werde sich in naher Zukunft in der fraglichen Weise rechtswidrig verhalten (BGH, GRUR 2011, 1038, Rn. 44 – Stiftparfüm).

Eine solche konkrete Erstbegehungsgefahr ergab sich für die beiden Verfügungsbeklagten aus der E-Mail (Anlage ASt 4) bzw. den Ankündigungen bei Facebook (Anlage ASt 5), wobei beide wegen Identität der handelnden Person aus Empfängersicht auch in der Gesamtschau zu würdigen sind.

aa) In der E-Mail (Anlage ASt 4) brachte der Verfügungsbeklagte Ziff. 2 für die Verfügungsbeklagte Ziff. 1 unmissverständlich zum Ausdruck, dass er davon ausgehe, die Verfügungskläger müsse seine Software unter der GPL (unentgeltlich) veröffentlichen. Vor diesem

Hintergrund ist die Aussage, der Verfügungskläger dürfe sich gerne schon einmal darauf einstellen, dass seine Software von Seiten der Verfügungsbeklagten auf der Plattform Github veröffentlicht werden wird, eine ernsthafte Ankündigung einer alsbaldigen Rechtsverletzung.

Auf die Frage, ob die Rechtsverletzung „sofort“ drohte oder ob ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch im strafrechtlichen Sinne vorliegt – worauf wohl die Verfügungsbeklagten abstellen wollen – kommt es dagegen nicht an. Es genügt, dass die Ankündigung ernsthaft („*darauf einstellen*“) bezogen auf eine alsbaldige Rechtsverletzung erfolgte.

Die E-Mail endet zwar mit der Aufforderung, dass sich Verfügungskläger erklären solle. Dies ändert jedoch nichts an der Ersthafigkeit der Ankündigung einer Veröffentlichung sowie der zeitlichen Nähe der angekündigten Veröffentlichung. Denn die beiderseitigen Rechtsstandpunkte der Parteien betreffend die Reichweite der GPL lagen bereits zu Tage. Aus objektiver Empfängersicht ist nicht erkennbar, welche Erklärung des Verfügungsklägers dazu hätte führen sollen, dass die Verfügungsbeklagten von der bereits angekündigten Veröffentlichung absehen würden. Vielmehr durfte die Ankündigung so verstanden werden, dass die Veröffentlichung seitens der Verfügungsbeklagten nur dann nicht erfolge, wenn der Verfügungskläger selbst die – nach Rechtsansicht der Verfügungsbeklagten geschuldete – Veröffentlichung vornehmen würde. Eine solche „Wahlmöglichkeit“ zwischen Fremd- oder Selbstveröffentlichung stellt den Verfügungskläger jedoch nicht vor eine zumutbare Option zur Abwendung der angekündigten Rechtsverletzung, weil der Verfügungskläger durch allgemeine unentgeltliche Verfügbarkeit der Software in jedem Falle in seiner (wirtschaftlichen sowie rechtlichen) Position als Rechteinhaber beeinträchtigt worden wäre.

Da wie dargestellt ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte für eine alsbaldige Rechtsverletzung genügen, setzt die Annahme einer konkreten Erstbegehungsgefahr dagegen nicht voraus, dass bereits mit Gewissheit sicher mit der Rechtsverletzung zu rechnen war. Die Annahme eines solchen – von den Verfügungsbeklagten ihrer Argumentation zugrunde gelegten Maßstabs – würde das Institut des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs sowie des vorläufigen Rechtsschutzes gänzlich entwerten.

bb) Entsprechendes gilt für die Ankündigungen bei Facebook (Anlage ASt 5).

Im Ausgangspost ließ der Verfügungsbeklagte Ziff. 2 die Veröffentlichung der Software des Verfügungsklägers zwar etwas offener als in der E-Mail („*Kann sein, daß sich demnächst GANZ VIELE Nischenseitenbetreiber über ein kostenloses Affiliate-Theme freuen dürfen.*“).

Nach dem Gesamtgehalt der Ankündigungen hat der Verfügungsbeklagte Ziff. 2 jedoch nicht, wie dieser meint, die Ankündigung noch von einer gerichtlichen Klärung abhängig gemacht. Schon die Formulierung „*Mal sehen ob ich klagen muß, oder ob das auch so geht*“ zeigt eine Variante der Veröffentlichung ohne gerichtliche Befassung auf.

Erst recht ergibt sich dies aus objektiver Empfängersicht aus dem weiteren Kommentarverlauf. Dort offenbarte der Verfügungsbeklagte Ziff. 2, dass er „*noch auf die Antwort des ‚Urhebers‘ warte*“ und kündigte zugleich unmissverständlich an: „*Sollte im Laufe der nächsten Woche nicht[s] eintrudeln -> ab auf Github*“.

Damit wurde ernsthaft und endgültig angekündigt, dass die Rechtsverletzung alsbald, nämlich in einer Woche vorgenommen werden wird, wenn der Verfügungskläger nicht antworten würde, wozu dieser indes nicht verpflichtet war.

Selbst für den Fall einer Antwort war aus objektiver Empfängersicht die Gefahr einer Rechtsverletzung indes nicht gebannt. Denn wie im Falle der E-Mail war nicht erkennbar, welche Antwort des Verfügungsklägers den Verfügungsbeklagten Ziff. 2 noch von einer Rechtsverletzung hätte abhalten sollen. Bei Lichte betrachtet bestand für den Verfügungskläger nur die Wahl, die zur Rechtsverletzung führende Veröffentlichung geschehen zu lassen oder sie mit den gleichen nachteiligen wirtschaftlichen Folgen selbst vorzunehmen.

Hinzu kommt, dass der Verfügungsbeklagte Ziff. 2 die Unbeachtlichkeit der abgewarteten Antwort selbst bestätigte. Denn in dem letzten in der Anlage ASt 5 enthaltenen Kommentar berichtet der Verfügungsbeklagte Ziff. 2 als „*Zwischenstand*“ davon, „*eine nette Anwaltskanzlei aus Würzburg [...] will mir erklären, wie open source funktioniert. So mit Kostennote von 3k+ bei einem Streitwert von 200k.*“ Damit bezog er sich offenbar auf die Abmahnung des Verfügungsklägers. Der Kommentar endet sodann mit dem Hinweis: „*Diejenigen hier, die mich noch aus ecombase-Zeiten kennen wissen was jetzt passiert*“. Aus den Umständen konnte nur geschlossen werden, dass die angekündigte Rechtsverletzung nun unumstößlich und binnen kürzester Zeit erfolgen werde.

Auch durch einen weiteren Verweis auf den [REDACTED] Vorfall bestärkte der Verfügungsbeklagte Ziff. 2 die Ernsthaftigkeit seiner Ankündigungen. Ein Facebook-Nutzer fragte auf die Ankündigung des Verfügungsbeklagten Ziff. 2 hin: „*Huch ... ein zweites [REDACTED]?*“. Hierbei handelte es sich offenbar – wenngleich die genaueren Umstände aus den Facebook-Kommentaren nicht hervorgehen – um eine ähnliche Veröffentlichung des Verfügungsbeklagten Ziff. 2 fremder Software in der Vergangenheit. Angesprochen auf [REDACTED] bekräftigte der Verfügungsbeklagte Ziff. 2, dass wer ihn noch von [REDACTED] kenne, der wisse, dass er

nicht kneife und auch gut einstecken könne. Damit wurde die Bereitschaft zur tatsächlichen Durchführung der in Aussicht gestellten Rechtsverletzung nochmals bekräftigt.

Eine ähnliche Bekräftigung enthält im Übrigen auch die E-Mail (Anlage ASt 4). Denn dort wurde angekündigt, dass „auch“ das Thema des Verfügungsklägers veröffentlicht werden wird. Aus objektiver Empfängersicht konnte dies nur so verstanden werden, als habe die Verfügungsbeklagte bereits in der Vergangenheit vergleichbare Veröffentlichungen vorgenommen.

Zu all dem kommt hinzu, dass sich aus den Umständen entnehmen ließ, dass die Verfügungsbeklagte bereits über den Quellcode der ██████-Software verfügte. Der Verfügungskläger hat unwidersprochen vorgetragen, dass sich dies aus einer konkreten Bezugnahme auf einzelne im Quellcode enthaltene Elemente wie etwa das Skript von Herrn ██████ ableiten ließ, weil sich diese Informationen nur aus einer Kenntnis des Quellcodes ergeben konnte (vgl. Schriftsatz vom 03.07.2009, S. 4). Damit stand zum damaligen Zeitpunkt fest, dass der Verfügungsbeklagte Ziff. 2 sogar mit Sicherheit in der Lage war, den Quellcode tatsächlich zu veröffentlichen.

d) Den Verfügungsbeklagten steht nicht der von ihnen geltend gemachte sog. *tu quoque* Einwand zu.

Dieser Einwand eigener Vertragsuntreue wurde aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter dem Aspekt der unzulässigen Rechtsausübung entwickelt (vgl. BGH, NJW 1999, 352, 353). Die Geltendmachung einer Pflicht- oder Treuwidrigkeit kann treuwidrig sein, wenn der sich darauf Berufende seinerseits in gleicher Weise pflicht- oder treuwidrig gehandelt hat und beide Verstöße gleichwertig und vergleichbar sind (vgl. *Kähler* in BeckOGK-BGB, 1.12.2019, § 242 Rn. 446).

Dies gilt indes nicht in gleicher Weise, wenn die im Widerspruch zum gerügten Verhalten bestehende eigene Handlung gegenüber einem Dritten erfolgt. Denn das treuwidrige Verhalten in einem Verhältnis kann grundsätzlich kein treuwidriges Verhalten in einem anderen Verhältnis rechtfertigen (vgl. *Kähler* in BeckOGK-BGB, 1.12.2019, § 242 Rn. 449).

Es kann mithin offenbleiben, ob dem Verfügungskläger überhaupt ein Urheberrechtsverstoß (wegen eines Verstoßes gegen die WordPress-GPL) anzulasten ist und ob beide Verstöße vergleichbar und gleichwertig wären. Denn der Verfügungskläger stand in keinem Rechtsverhältnis mit den Verfügungsbeklagten und hat jedenfalls gegenüber diesen auch keine (Treue-)Pflichten verletzt.

2. Der Verfügungsgrund ergab sich zum Zeitpunkt der Antragstellung aus der besonderen Dringlichkeit sowie der Schwere der drohenden Rechtsverletzung.

Insbesondere nach dem letzten Kommentar des Verfügungsbeklagten Ziff. 2 war mit einer unmittelbar bevorstehenden Rechtsverletzung zu rechnen. Wie dargestellt ergab sich aus den Umständen, dass die Verfügungsbeklagten bereits über den Quellcode der Software verfügten. Der Verfügungskläger hat außerdem unwidersprochen vorgetragen, dass es bei der Veröffentlichung der Software als Quellcode durch die Verfügungsbeklagten außerdem technisch möglich gewesen wäre, dass Nutzer mit entsprechenden Kenntnissen die Software insbesondere dauerhaft ohne Lizenzschlüssel hätten nutzen können (vgl. Schriftsatz vom 03.07.2009, S. 5). Die durch die angekündigte öffentliche Zugänglichmachung herbeigeführte Rechtsverletzung hätte mithin zu spürbaren Einnahmeausfällen des Verfügungsklägers führen können.

3. Unbeachtlich ist dagegen, dass die Abmahnung des Verfügungsklägers insbesondere im Hinblick auf eine strafbewehrte Unterlassungserklärung womöglich mehr forderte, als von den Verfügungsbeklagten geschuldet war. Eine rechtmäßige Abmahnung (oder überhaupt eine Abmahnung) ist weder Voraussetzung des Verfügungsanspruchs noch des Verfügungsgrundes. Auf die Rechtmäßigkeit der Abmahnung kommt es allenfalls für die Ersatzfähigkeit der Abmahnkosten an. Vorliegend ist jedoch nicht über die Kosten der Abmahnung, sondern allein über die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens zu befinden.

II. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung wurde durch Zugang des außergerichtlichen Anwaltsschreibens der Verfügungsbeklagten vom 03.07.2019 unbegründet, weil hierdurch die Erstbegehungsgefahr ausgeräumt wurde.

Die Erstbegehungsgefahr kann einfacher ausgeräumt werden als eine Wiederholungsgefahr. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben wird. Es genügt vielmehr eine ausdrückliche klare Abstandnahme von der unmittelbar bevorstehenden Rechtsverletzung (BGH, ZUM-RD 2002, 59 – Berühmungsaufgabe; BGH, GRUR 1993, 33 – Ausländischer Inserent).

Eine solche Abstandnahme war in dem außergerichtlichen Anwaltsschriftsatz vom 03.07.2019 enthalten, indem zugesagt wurde, von einer öffentlichen Zugänglichmachung der Software bis zu einer gerichtlichen Klärung abzusehen. Der (gängige) Vorbehalt für den Fall einer gerichtlichen Klärung im Sinne der Rechtsansicht der Verfügungsbeklagten stellt keine schädliche Einschränkung dar, sondern führt gerade zu eben jener vorläufigen Rechtssicherheit, die auch durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung erreicht worden wäre.

C.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 100 Abs. 1, 709 ZPO.



Verkündet am 07.02.2020

Urkundsbeamter der Geschäftsstelle