

Eingegangen

27. JAN. 2021

Jun Rechtsanwälte



Oberlandesgericht Karlsruhe

6. ZIVILSENAT

## Im Namen des Volkes

### Urteil

In dem Rechtsstreit

Jan Graupner, [REDACTED]  
- Verfügungskläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Jun, Salvatorstraße 21, 97074 Würzburg

gegen

- 1) [REDACTED]
- 2) [REDACTED]

[REDACTED]

wegen Urheberrechtsverletzung

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - 6. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Voß, den Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Singer und den Richter am Landgericht Böttcher am 27.01.2021 aufgrund des Sachstands vom 13.11.2020 ohne mündliche Verhandlung mit Zustimmung der Parteien gemäß § 128 Abs. 2 ZPO für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 07.02.2020, Az. 7 O 71/19, wird zurückgewiesen.

2. Die Beklagten haben die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

## Gründe:

### I.

Der Verfügungskläger (fortan: Kläger) begehrt nach einer einseitig gebliebenen Erledigungserklärung die Feststellung, dass sich sein auf eine behauptete Urheberrechtsverletzung gestützter einstweiliger Verfügungsantrag gegen die Verfügungsbeklagten (fortan: Beklagte) erledigt hat.

Der Kläger ist selbstständig in 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 Beklagten vom 29.07.2019, S. 5) in deutscher Übersetzung (vgl. <http://www.gnu.de/documents/gpl-2.0.de.html>):

*„§ 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.“*

Die GPL gewährt unstreitig im Mindestmaß jedermann das Recht, eine darunter lizenzierte Software einzusetzen, zu verändern und weiterzugeben, sofern die Veränderungen ihrerseits unter eine entsprechende Open-Source-Lizenz gestellt werden, und stellt dabei klar, dass der Genuss der kostenlosen Lizenz unter der auflösenden Bedingung steht, selbst Veränderungen in quelloffener Form weiterzugeben.

In einem Absatz der Ziff. 2 der GPL heißt es (vgl. Schriftsatz des Klägers vom 13.08.2019, S. 4):

*„Thus, it is not the intent of this section to claim rights or contest your rights to work written entirely by you; rather, the intent is to exercise the right to control the distribution of derivative or collective works based on the Program.“*

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 Kläger vertreibt ein solches Theme unter der Bezeichnung Affiliseo kommerziell. Das Theme hatte der Kläger zunächst durch die Agentur [REDACTED] nach seinen Vorstellungen programmieren und später durch den Entwickler [REDACTED] weiterentwickeln und pflegen lassen. Sowohl von der Agentur als auch vom jetzigen Entwickler wurden dem Kläger die ausschließlichen Nutzungsrechte an der Software eingeräumt.

Das Affiliseo-Theme des Klägers enthält außerdem ein Skript, das es ermöglicht, innerhalb von WordPress dem Nutzer anzuzeigen, dass ein neues Update des Affiliseo-Themes verfügbar ist. Dieses Skript wurde von [REDACTED] erstellt und als Open-Source-Software unter der GPL veröffentlicht. Mit E-Mail vom 22.06.2019 räumte [REDACTED] dem Kläger zudem das Recht ein, das Skript auch rückwirkend nach den Grundsätzen der MIT-Lizenz zu verwenden. Die MIT-Lizenzbedingungen folgen anders als die GPL nicht dem Grundsatz, dass die Bearbeitung eines Werks wiederum unter dieselbe Lizenz wie das Ausgangswerk zu stellen ist (sog. Copyleft-Klausel). Die MIT-Lizenzbedingungen erlauben vielmehr eine uneingeschränkte Benutzung, Bearbeitung und Unterlizenzierung unter beliebiger anderer Lizenz.

Mit E-Mail vom 29.05.2019 wandte sich der Beklagte zu 2 im Namen der Beklagten zu 1 wie folgt an den Kläger (vgl. Anlage ASt 4):

*„Sehr geehrter Herr Sussujew,*

*mit etwas Erstaunen haben wir heute bei einem unserer Projekte feststellen müssen, daß Sie auch einer Teilverbreitung Ihres Wordpress-Themes explizit untersagen.*

*Ihnen ist die GPL ein Begriff? Speziell diese Seite von Wordpress hier:*

*[...]*



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

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

Mit außergerichtlichem Anwaltsschriftsatz vom 03.07.2019 teilten die Beklagten dem Kläger 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 Kläger den Verfügungsantrag für erledigt erklärt. Dem haben die Beklagten widersprochen. Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,

festzustellen, dass sich der Verfügungsantrag erledigt hat.

Die Beklagten haben zuletzt beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Die Beklagten haben vorgebracht, 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 Klägers 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 Affiliseo 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 Klägers 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.

Das Landgericht hat in dem angefochtenen Urteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen und Entscheidungsgründe ergänzend verwiesen wird, antragsgemäß entschieden.

Der zulässig geänderte Antrag sei zulässig, das Feststellungsinteresse ergebe sich aus dem Kosteninteresse.

Der ursprüngliche einstweilige Verfügungsantrag des Klägers sei im prozessualen Sinne erledigt, weil der Antrag ursprünglich zulässig sowie begründet gewesen und nach Einreichung bei Gericht am 26.06.2019 und damit nach Rechtshängigkeit durch Zugang des außergerichtlichen Anwaltsschreibens der Beklagten vom 03.07.2019 unbegründet geworden sei. Im Verfahren der einstweiligen Verfügung trete Rechtshängigkeit bereits mit Eingang des Antrags bei Gericht ein.

Der Kläger sei als Inhaber der ausschließlichen Nutzungsrechte hinsichtlich der von ihm vertriebenen Software Affiliseo aktivlegitimiert. Soweit dies auf Rechtserwerb von der Medienagentur bzw. dem Mitarbeiter ██████ beruhe, sei dies unstrittig. An dem Programmcode des von ██████ entwickelten Skripts sei der Kläger zumindest ausschließlich Nutzungsberechtigter bzw. – sofern wegen einer programmtechnischen Einheit von einem einheitlichen Werk mit der Software Affiliseo auszugehen wäre – Miturheber gem.

§ 8 Abs. 2 S. 3 UrhG (i.V.m. § 69a Abs. 4 UrhG). Beides genüge insoweit zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs.

Selbst wenn die vom Kläger kommerziell vertriebene Software eine abhängige Bearbeitung von der nach den Lizenzbedingungen gemäß GPL als Open Source Software lizenzierten Software WordPress wäre, änderten die Lizenzbedingungen der GPL nichts daran, dass dem Kläger an jener Software zumindest Miturheberrechte zustünden, die ihn nach § 8 Abs. 2 Satz 3 UrhG zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs berechtigten.

Zwar wäre der Kläger in diesem Fall nach den Lizenzbedingungen gehalten, seine Software Affiliseo wiederum unter der GPL als Open Source frei zur Verfügung zu stellen (sog. Copyleft). § 4 der GPL 2.0 regle insoweit, dass das unentgeltlich eingeräumte Recht zur Nutzung und auch Bearbeitung von WordPress unter dieser Voraussetzung als auflösende Bedingung stünden. Im Falle einer Weiterentwicklung der Software WordPress bestünde an dem neu geschaffenen Gesamtwerk eine Miturheberschaft der ursprünglichen Urheber und der die Weiterentwicklung vornehmenden Programmierer. Bei Verstoß gegen die GPL als privatautonom zwischen zwei Parteien vereinbarte Lizenzbestimmung verlöre 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 erlösche dadurch jedoch nicht. Die Lizenzbedingungen der GPL enthielten insoweit auch nicht etwa eine antizipierte Übertragung von ausschließlichen Nutzungsrechten oder einen sonstigen „Verzicht auf künftige eigene Miturheberrechte“.

Den Beklagten habe kein Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung nach § 69c Nr. 4 UrhG zugestanden.

Erneut könne offenbleiben, ob die Software des Klägers eine Bearbeitung von WordPress sei. Eine antizipierte Rechteeinräumung zugunsten Dritter im Fall einer Weiterentwicklung enthalte die GPL nicht. Eine Weiterentwicklung einer Open Source Software sei demnach nicht automatisch ihrerseits Open Source, sondern vielmehr nur, wenn sie tatsächlich wieder unter der GPL veröffentlicht werde. Letzteres werde gegenüber den ursprünglichen Rechteinhabern durch die auflösende Bedingung sichergestellt, könne jedoch von Dritten nicht erzwungen werden. Unstreitig habe der Kläger seine Software nicht unter Anwendung der GPL veröffentlicht.

Im maßgeblichen Zeitpunkt der Antragstellung habe eine konkrete Erstbegehungsgefahr i.S.d. § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG für eine Veröffentlichung durch die Beklagten vorgelegen. Sie ergebe sich für die beiden Beklagten aus der E-Mail (Anlage ASt 4) bzw. den Ankündigungen bei Facebook (Anlage ASt 5), wobei beide Verlautbarungen wegen Identität der handelnden Person aus Empfängersicht auch in der Gesamtschau zu würdigen seien.

In der E-Mail (Anlage ASt 4) habe der Beklagte zu 2 für die Beklagte zu 1 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er davon ausgehe, der Kläger müsse seine Software unter der GPL (unentgeltlich) veröffentlichen. Vor diesem Hintergrund sei die Aussage, der Kläger dürfe sich gerne schon einmal darauf einstellen, dass seine Software von Seiten der Beklagten auf der Plattform Github veröffentlicht werde, eine ernsthafte Ankündigung („darauf einstellen“) einer alsbaldigen Rechtsverletzung. Auf die Frage, ob die Rechtsverletzung „sofort“ drohe oder ob ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch im strafrechtlichen Sinne vorliege – worauf wohl die Beklagten abstellen wollten – komme es dagegen nicht an.

Die E-Mail ende zwar mit der Aufforderung, dass sich Kläger erklären solle. Dies ändere jedoch nichts an der Ernsthaftigkeit der Ankündigung einer Veröffentlichung sowie der zeitlichen Nähe der angekündigten Veröffentlichung. Die E-Mail habe aus objektiver Empfängersicht so verstanden werden dürfen, dass der Kläger die Wahl zwischen einer Selbst- oder Fremdveröffentlichung habe. Eine solche „Wahlmöglichkeit“ stelle den Kläger jedoch nicht vor eine zumutbare Option zur Abwendung der angekündigten Rechtsverletzung, weil er durch die allgemeine unentgeltliche Verfügbarkeit der Software in jedem Falle in seiner (wirtschaftlichen sowie rechtlichen) Position als Rechteinhaber beeinträchtigt worden wäre.

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

Entsprechend seien die Ankündigungen bei Facebook (Anlage ASt 5) zu beurteilen. Im Ausgangspost habe der Beklagte zu 2 die Veröffentlichung der Software des Klägers zwar etwas offener als in der E-Mail gelassen („Kann sein, daß sich demnächst GANZ VIELE Nischenseitenbetreiber über ein kostenloses Affiliate-Theme freuen dürfen“). Nach dem Gesamtgehalt der Ankündigungen habe der Beklagte zu 2 jedoch nicht, wie er meine, die



Ankündigung noch von einer gerichtlichen Klärung abhängig gemacht. Schon die Formulierung „Mal sehen ob ich klagen muß, oder ob das auch so geht“ zeige eine Variante der Veröffentlichung ohne gerichtliche Befassung auf.

Erst recht ergebe sich dies aus objektiver Empfängersicht aus dem weiteren Kommentarverlauf. Dort habe der Beklagte zu 2 offenbart, dass er „noch auf die Antwort des ‚Urhebers‘ warte“ und zugleich unmissverständlich angekündigt „Sollte im Laufe der nächsten Woche nicht[s] eintrudeln -> ab auf Github“.

Damit sei ernsthaft und endgültig angekündigt worden, dass die Rechtsverletzung alsbald, nämlich in einer Woche vorgenommen werde, wenn der Kläger nicht antworten würde, wozu dieser indes nicht verpflichtet gewesen sei. Wiederum sei dies aus objektiver Empfängersicht im Sinne einer Wahl der Selbst- oder Fremdveröffentlichung zu sehen. Hinzu komme, dass der Beklagte zu 2 die Unbeachtlichkeit der abgewarteten Antwort selbst bestätigt habe. Denn in dem letzten in der Anlage ASt 5 enthaltenen Kommentar berichte der Beklagte zu 2 – offenbar bezogen auf die Abmahnung des Klägers – 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“. Der Kommentar ende sodann mit dem Hinweis: „Diejenigen hier, die mich noch aus ecombase-Zeiten kennen wissen was jetzt passiert“. Aus den Umständen habe nur geschlossen werden können, dass die angekündigte Rechtsverletzung nun unumstößlich und binnen kürzester Zeit erfolgen werde. Hierbei habe es sich offenbar – wenngleich die genaueren Umstände aus den Facebook-Kommentaren nicht hervorgingen – um eine ähnliche Veröffentlichung fremder Software durch den Beklagten zu 2 in der Vergangenheit gehandelt. Angesprochen von einem Nutzer auf [REDACTED] habe der Beklagte Ziff. 2 im Kommentarverlauf bekräftigt, dass wer ihn noch von „ecombase“ kenne, der wisse, dass er nicht kneife und auch gut einstecken könne. Damit sei die Bereitschaft zur tatsächlichen Durchführung der in Aussicht gestellten Rechtsverletzung nochmals bekräftigt worden. Eine ähnliche Bekräftigung enthalte auch die E-Mail (Anlage ASt 4). Denn dort sei angekündigt worden, dass „auch“ das Thema des Klägers veröffentlicht werde. Aus objektiver Empfängersicht habe dies nur so verstanden werden können, als habe die Beklagtenseite bereits in der Vergangenheit vergleichbare Veröffentlichungen vorgenommen.

Nach dem unwidersprochen gebliebenen Klägervortrag habe der Kläger aufgrund der konkreten Bezugnahme auf einzelne im Quellcode enthaltene Elemente wie das Skript von [REDACTED] davon ausgehen müssen, dass die Beklagten über den Source-Code der Affiliseo-Software verfügten.

Ein sog. *Tu-quoque*-Einwand stehe den Beklagten nicht zu. Es könne offenbleiben, ob dem Kläger überhaupt ein Urheberrechtsverstoß (wegen eines Verstoßes gegen die WordPress-GPL) anzulasten sei und ob beide Verstöße vergleichbar und gleichwertig wären. Aus dem Rechtsverhältnis des Klägers zu einem Dritten und einem etwaigen dortigen Treupflichtverstoß könnten die Beklagten keinen eigenen Einwand herleiten.

Der Verfügungsgrund habe sich zum Zeitpunkt der Antragstellung aus der besonderen Dringlichkeit sowie der Schwere der drohenden Rechtsverletzung ergeben. Der Kläger habe unwidersprochen vorgetragen, dass es bei der Veröffentlichung der Software als Quellcode durch die Beklagten technisch möglich gewesen wäre, dass Nutzer mit entsprechenden Kenntnissen die Software insbesondere dauerhaft ohne Lizenzschlüssel hätten nutzen können.

Unbeachtlich sei, dass die Abmahnung des Klägers insbesondere im Hinblick auf eine strafbewehrte Unterlassungserklärung womöglich mehr gefordert habe, als von den Beklagten geschuldet gewesen sei.

Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung sei durch Zugang des außergerichtlichen Anwaltsschreibens der Beklagten vom 03.07.2019 unbegründet geworden, weil hierdurch die Erstbegehungsgefahr ausgeräumt worden sei. Die dortige Zusage, von einer öffentlichen Zugänglichmachung der Software bis zu einer gerichtlichen Klärung abzusehen, sei ausreichend, denn sie führe gerade zu eben jener vorläufigen Rechtssicherheit, die auch durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung erreicht worden wäre.

Hiergegen wenden sich die Beklagten mit ihrer Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren weiterverfolgen.

Die Beklagten machen geltend:

Das Landgericht habe verkannt, dass aus der Sicht der anderen Miturheber das gemeinsame Urheberrecht an dem Programm des Klägers durch eine Veröffentlichung auf GitHub nicht verletzt worden wäre. Die anderen Miturheber hätten, was der Kläger gewusst habe, vielmehr den Willen, dass die auf der Grundlage ihrer Open Source Software neu erstellte Open Source Software auf Plattformen wie GitHub veröffentlicht werden dürfe.

Ausschließlich durch das widerrechtliche Aneignen und Bearbeiten des Werkes durch den Kläger - im vollen Wissen und Wollen massiv gegen die gewillkürten Verwertungsrechte der Urheber zu verstoßen – sei das gemeinsame Werk geschaffen und zudem

durch den Kläger durch eigene Software-Sicherungsmaßnahmen den anderen Miturhebern entzogen worden.

Aus Sicht der ursprünglichen Urheber habe in der möglichen Veröffentlichung auf GitHub gerade keine Verletzung ihrer Urheberverwertungsrechte gelegen, die Veröffentlichung der neu erstellten Open Source Software sei vielmehr von den ursprünglichen Urhebern intendiert gewesen. Maßgeblich für die Beurteilung, ob ein Verstoß durch Veröffentlichung vorliege, könne nur deren Sicht, nicht aber die des rechtswidrig handelnden Klägers sein. Der vorsätzlich gegen die Rechte der anderen Miturheber verstoßende Kläger sei aufgrund des Wertungswiderspruches rechtlich derart zu stellen, dass er keine Rechte aus dem gemeinsamen Urheberrecht gegen den Willen der anderen Miturheber herleiten könne, was auch aus § 8 Abs. 2 S. 3 UrhG folge. Eine Möglichkeit gegenüber den Miturhebern, ein öffentliches Zugänglichmachen zu verweigern, habe der Kläger nicht gehabt. Daher könne der gegenüber den Miturhebern rechtswidrig handelnde Kläger einen Dritten zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nicht gegen den Willen der Miturheber auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Das begründe eine analoge Anwendbarkeit des tu-quoque-Grundsatzes. Daher fehle es dem Kläger an der Aktivlegitimation.

Das Landgericht habe ferner den Aussagegehalt der vorgerichtlichen Äußerungen unzutreffend ausgelegt. Zum Zeitpunkt des Antrags hätten die Beklagten gerade keine ernsthaften und greifbaren tatsächlichen Anhaltspunkte dafür geliefert, dass sie in naher Zukunft ohne das Hinzutreten weiterer Bedingungen zu einer – ohnehin nicht gegebenen – Rechtsverletzung ansetzten. Die Aussagen seien umgangssprachlich zu bewerten. Demnach sei zwar die Veröffentlichung als eine mögliche Konsequenz genannt worden; allerdings sei auch klar kommuniziert worden, dass man zunächst ins Gespräch kommen möchte und auf eine Antwort warte, um danach den Sachverhalt für sich neu zu bewerten und dann bei einer überzeugenden Argumentation selbstverständlich von der Veröffentlichung Abstand zu nehmen. Aufgrund des Abschlusssatzes der E-Mail sei für den Kläger offensichtlich gewesen, dass der Beklagte zunächst dessen Antwort abwarten würde, um dann die Rechtslage zu beurteilen, bevor er zu einer Veröffentlichung übergehe. Daher und gerade aufgrund der Aufforderung zum Dialog habe weder eine unmittelbare Veröffentlichung vorbestanden noch habe der Kläger davon ausgehen können, dass eine Veröffentlichung in jedem Fall erfolge.

Aus den Äußerungen auf Facebook folge nichts Anderes. Der einleitende Satz stehe im Konjunktiv. Es heiße dort lediglich „kann sein“. Ein ernsthaftes und greifbares Ansetzen liege darin nicht, sondern eine mögliche Veröffentlichung habe demnach von weiteren Voraussetzungen abgehangen.

Gerade durch die Wortwahl „kann sein“ habe der Beklagte zu 2 für den Kläger wiederum offensichtlich zum Ausdruck gebracht, dass eine mögliche Veröffentlichung auf GitHub noch von weiteren Voraussetzungen abhängige. Mit dem Satz „mal sehen ob ich klagen muss“, habe der Beklagte zu 2 sogar die Voraussetzung geändert, genauer – als erste Variante – die Veröffentlichung bei einer für ihn nicht ausreichenden Antwort von einer Klage abhängig gemacht. Die zweite Variante „ob das auch so geht“ beschreibe, dass er in dem Falle veröffentliche, wenn sich die Parteien einigten. Die vom Landgericht angenommene Deutung, dass er klage oder so veröffentliche, gebe keinen Sinn. Auch die spätere Äußerung, dass er „noch auf die Antwort des Urhebers warte“, zeige, dass der Beklagte zu 2 in einen Dialog habe treten und nicht zur Veröffentlichung habe ansetzen wollen.

Sofern das Landgericht den Satz „Sollte im Laufe der nächsten Woche nichts eintrudeln -> ab auf GitHub“ dazu verwende, die Erstbegehungsgefahr zu begründen, so verkenne es, dass dieser Satz für die Bewertung des Sachverhaltes schlichtweg unerheblich sei, denn hier würdige das Landgericht nicht den Umstand, dass sich der Prozessvertreter der Klägerin zeitlich nach diesem Satz innerhalb der Frist bei dem Beklagten gemeldet habe, und das damit die Ankündigung aufgrund des zwischenzeitlichen Verlaufes überhaupt nicht mehr erheblich gewesen sei.

Die Äußerung „Diejenigen hier, die mich noch aus ecombase-Zeiten kennen wissen was jetzt passiert“, könne gerade nicht nur dahingehend ausgelegt werden, dass die angekündigte Rechtsverletzung nun unumstößlich und binnen kürzester Zeit erfolgen würde, sondern vielmehr - wie es dem wahren Sachverhalt entspreche -, dass der Beklagte zu 2 ein Gerichtsverfahren gegen den Kläger anstrengen würde. Auf dieser Grundlage sei auch die Aussage des Beklagten zu 2, dass er einstecken könne und nicht kneife, auszu-legen, mithin gewillt sei, ein langes Verfahren durch mehrere Instanzen zu betreiben, was er ja auch tue.

Da die Veröffentlichung vom Ausgang eines Gerichtsverfahrens abhängig gemacht worden sei, habe keine Erstbegehungsgefahr bestanden.

Jedenfalls sei keine Erledigung eingetreten. Das vom Landgericht herangezogene Anwaltsschreiben vom 03.07.2019 enthalte keine Änderung gegenüber den vorangegangenen Erklärungen, sondern wiederhole nur, dass eine Veröffentlichung von einer gerichtlichen Klärung abhängige.

Der Kläger tritt der Berufung entgegen und verteidigt das angefochtene Urteil. Er macht geltend:

Eine Miturheberschaft an dem Affiliate-Theme liege weder hinsichtlich der WordPress-Entwickler noch seitens des [REDACTED] vor. Das Theme des Klägers enthalte keine Codebestandteile der WordPress-Software. Auch das Skript von [REDACTED] sei nicht derart in das Theme eingebunden, dass ein „*derivative work*“ im Sinne der GNU General Public License (GPL) entstünde, welches die Annahme einer gemeinsamen Urheberschaft rechtfertigen könnte.

Mit dem Landgericht könne dies aber dahinstehen, weil selbst bei einer Miturheberschaft dem Kläger ein Unterlassungsanspruch zustehe, ohne dass dem der Wille potentieller Miturheber entgegenstünde. Es sei falsch, dass eine Open-Source-Software nach dem Willen der jeweiligen Urheber überhaupt nur in dem Fall verwendet werden dürfe, wenn die neue daraus resultierende Software ebenfalls unbeschränkt öffentlich zugänglich gemacht werde. Überdies würde ein etwaiger Verstoß des Klägers gegen die GPL lediglich dazu führen, dass das eigene Nutzungsrecht des Klägers zur Nutzung von WordPress oder des Skripts entfiele. Verwertungsrechte an der Software des Klägers für jedermann entstünden hingegen nicht. Aus der GPL ergäbe sich einzig ein Anspruch der tatsächlichen Urheber der Open-Source-Software auf Unterlassung der Nutzung ihrer Software gegenüber dem Kläger, sofern dieser sich nicht an die Lizenzbedingungen halte.

Zutreffend habe das Landgericht eine Erstbegehungsgefahr hinsichtlich der Veröffentlichung des Affiliate-Themes durch die Beklagten bejaht. Die E-Mail der Beklagten sei nicht lediglich eine Aufforderung zum Dialog. Die Deutungen der E-Mail und der Facebook-Posts durch die Beklagten verfangen nicht.

Mit dem Schreiben vom 03.07.2019 sei Erledigung eingetreten, wie das Landgericht zu Recht angenommen habe. Erst hierin liege eine klare und verständliche Aussage, dass zunächst keine Veröffentlichung bis zu einer gerichtlichen Feststellung erfolgen solle.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

## II.

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg.

1. Der form- und fristgerechten Einlegung der Berufung steht nicht entgegen, dass in der Berufungsschrift drei unterschiedliche Urteile genannt sind. Ein zur Unzulässigkeit führender Mangel der Berufungsschrift liegt darin nicht.

Es kann dahinstehen, ob sich bereits aus dem Zusammenhang aller Angaben in der Berufungsschrift ergibt, dass von den drei dort bezeichneten Urteilen nur das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 07.02.2020 sinnvollerweise gemeint sein konnte. Hierfür spricht allerdings, dass dessen Aktenzeichen bereits eingangs alleinstehend zentriert und blickfangmäßig genannt und im Fortgang auf das Landgericht Mannheim abgestellt wird. Zwar wird bei der nochmaligen Wiedergabe des Aktenzeichens in den weiteren Ausführungen der Berufungsschrift diesem fehlerhaft die Gerichtsbezeichnung „AG Mannheim“ vorangestellt. Angesichts des bereits im Eingang genannten und nun lediglich wiederholten landgerichtlichen Aktenzeichens ist dies jedoch als ein offensichtlicher Schreibfehler zu erkennen. Dass am Ende der Berufungsschrift ein weiterer Bezeichnungsfehler hinzutritt, soweit es dort heißt, die Urteilsausfertigung des AG Frankfurt 31 C 3086/16 (96) sei beigelegt, zieht wohl ebenfalls nicht in Zweifel, dass das zuvor bezeichnete landgerichtliche Urteil gemeint ist. Etwaige verbleibende Zweifel werden jedenfalls dadurch ausgeräumt, dass das angefochtene Urteil der Berufungsschrift in Kopie beigelegt gewesen ist und hierdurch hinreichend erkennbar wurde, dass sich das Rechtsmittel gegen diese Entscheidung richtet (vgl. BGH, NJW-RR 1989, 958).

2. Zu Recht hat das Landgericht die vom Kläger begehrte Feststellung ausgesprochen. Entgegen der Auffassung der Berufung ist der ursprüngliche Verfügungsantrag nicht nur zulässig, sondern auch begründet gewesen und hat sich nach Rechtshängigkeit erledigt.

a) Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht einen ursprünglich bestehenden Unterlassungsanspruch des Klägers gegen die Beklagten gem. §§ 97 Abs. 1 S. 2, S. 1, 69a, 69c Nr. 3, Nr. 4 UrhG angenommen.

aa) Das Landgericht ist von einem urheberrechtlichen Schutz des vom Kläger bzw. in dessen Auftrag geschaffenen Programmcodes ausgegangen (§ 69a Abs. 3 UrhG). Die Berufung erinnert hiergegen nichts. Zweifel an dieser Einordnung bestehen nicht.

bb) Der Unterlassungsanspruch nach § 97 Abs. 1 UrhG ist neben den speziellen Rechtsbehelfen des § 69f UrhG zum Schutz urheberrechtlich geschützter Computerprogramme anwendbar (vgl. Dreier/Schulze/Dreier, 6. Aufl., UrhG § 69f Rn. 1 aE mwN.)

cc) Der Kläger ist für den Unterlassungsanspruch aktivlegitimiert.

(1) Zwar hat der Kläger die Software Affiliseo (fortan: seine Software) nicht selbst geschaffen. Dass nach seinem Vortrag die von ihm beauftragten Programmierer die Software nach seinen Vorstellungen geschaffen haben, genügt für die Begründung eines

schöpferischen Beitrags zu der Programmierung nicht ohne weiteres. Denn Schutz genießt nicht die Konzeption eines Computerprogramms, sondern nur dessen konkrete Ausformung in Gestalt des konkreten Programmcodes. Einen weitergehenden Beitrag legt der Kläger auch nicht dar. Er beruft sich vielmehr darauf, dass die Programmierer ihm die ausschließlichen Nutzungsrechte eingeräumt haben. Dies reicht für seine Aktivlegitimation aus.

(2) Mit dem Landgericht kann für die Aktivlegitimation des Klägers dahinstehen, ob der Programmcode eine Modifizierung bzw. ein sog. derivatives Programm der Open-Source-Software WordPress im Sinne der GPL (fortan: modifiziertes Programm) oder aber ein eigenständiges Programm ist, wie der Kläger meint.

Allerdings spricht viel dafür, dass der Vortrag des Klägers, sein Theme verwende keinen Programmcode von WordPress, technisch zutreffend ist. Einer näheren Betrachtung, die unter Hinzuziehung sachverständiger Hilfe erfolgen müsste, bedarf es aber mit dem Landgericht für die Entscheidung des Streitfalls nicht.

Ebenso kann im Streitfall dahinstehen, ob an einem unterstellt modifizierten Programm ein gemeinsames Urheberrecht der Programmierer des Klägers und der Urheber von Wordpress entstanden ist, wie das Landgericht meint.

(a) Wird ein vorhandenes Programm schöpferisch weiterentwickelt, kann je nach den Umständen des Einzelfalles ein Miturheberrecht des ursprünglichen Programmierers und des weiterentwickelnden Programmierers an dem modifizierten Programm als einheitlichem Werk entstehen oder es kann ein eigenes Urheberrecht des weiterentwickelnden Programmierers an den geschaffenen Weiterentwicklungen neben das Urheberrecht des ursprünglichen Programmierers am ursprünglichen Programm treten.

Voraussetzungen für eine Miturheberschaft ist eine einheitliche Schöpfung, die einen entsprechenden natürlichen Handlungswillen der beteiligten Urheber voraussetzt. Zwar ist bei zeitlich gestaffelten Beiträgen, wie sie hier in Rede stehen (Schaffung von WordPress durch deren ursprüngliche Urheber, unterstellte Bearbeitung durch die Programmierer des Klägers), eine Miturheberschaft nicht ausgeschlossen; sie setzt jedoch voraus, dass jeder Beteiligte seinen (schöpferischen) Beitrag in Unterordnung unter die gemeinsame Gesamtidee erbracht hat. Fehlt es hieran, weil die späteren Ergänzungen und Verbesserungen vom Handlungswillen des ursprünglichen Programmierers nicht umfasst sind, ist eine Miturheberschaft aller beteiligten Urheber zu verneinen (vgl. BGH, GRUR

2005, 860, 862/863 - Fash 2000). Hierfür kommt es nur auf den natürlichen Handlungswillen des ursprünglichen Programmierers im Zeitpunkt der Ergänzungen und Verbesserungen an. Eine spätere Willensänderung ist unerheblich.

(b) Wären die Programmierer des Klägers neben den ursprünglichen Programmierern von WordPress Miturheber eines gemeinschaftlichen Programms, könnten sie dem Kläger zwar kein ausschließliches Nutzungsrecht an dem gemeinschaftlichen Werk einräumen, denn das Recht der Veröffentlichung und der Verwertung des Werkes steht allen Miturhebern zur gesamten Hand zu (§ 8 Abs. 2 S. 1 1. HS UrhG). Daher können die Miturheber nur gemeinschaftlich eine ausschließliche Lizenz am gemeinsamen Werk erteilen.

In der Übertragung der ausschließlichen Nutzungsrechte durch die Programmierer des Klägers an ihrem Beitrag an den Kläger liegt jedoch zumindest eine Ermächtigung zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs, der jedem Miturheber unabhängig von den übrigen Miturhebern gegen einen das gemeinsame Urheberrecht verletzenden Dritten zusteht (§ 8 Abs. 2 S. 3 UrhG). Eine solche Ermächtigung ist zulässig, zumal der Kläger als Auftraggeber im Verhältnis zu seinen Programmierern ein schützenswertes Interesse daran hat, Dritte von der Nutzung des beauftragten Werks ausschließen zu können. Ob einzelne Miturheber Dritten (ausschließliche) Nutzungsrechte an ihrem Miturheberrecht einräumen können, ist hierfür unerheblich.

Auf das gemeinsame Programm ist für den hier in Rede stehenden Schutz im Inland deutsches Urheberrecht anwendbar. Dass das gemeinsame Programm dem deutschen Urheberschutz nicht zugänglich wäre, ist nicht geltend gemacht und auch nicht ersichtlich. Ein prinzipieller Schutz zugunsten sämtlicher Miturheber folgt jedenfalls aus § 120 Abs. 1 S. 2 UrhG. Es ist nicht dargetan und auch nicht ersichtlich, dass keiner der Miturheber die deutsche Staatsangehörigkeit besäße oder dem nicht zumindest gleichgestellt wäre. Da das gemeinsame Programm in Deutschland erschienen ist, besteht zudem unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Miturheber ein Schutz nach § 121 Abs. 1 UrhG.

(c) Wäre die Weiterentwicklung durch die Programmierer des Klägers lediglich eine Bearbeitung ohne gemeinschaftlichen Handlungswillen mit den ursprünglichen Programmierern von WordPress, wäre an dem modifizierten Programm kein gemeinschaftliches Urheberrecht der beiden Programmierergruppen entstanden und der Kläger wäre aufgrund der Übertragung des ausschließlichen Nutzungsrechts an der Bearbeitung an ihn durch die Programmierer der Bearbeitung mit einem eigenen Unterlassungsanspruch aktivlegitimiert.



In diesem Fall hätten die Programmierer der Bearbeitung ein eigenes Bearbeiterurheberrecht an der Bearbeitung erworben (vgl. Dreier/Schulze/Dreier, 6. Aufl., UrhG § 69c Rn. 18). Dass der Bearbeitung das hierfür erforderliche, vom Landgericht implizit angenommene eigenschöpferische Niveau nicht zukäme, ist nicht geltend gemacht und nicht ersichtlich. Zwar bedarf die Nutzung eines unter § 69c Nr. 2 UrhG fallenden bearbeiteten Programms der Zustimmung sowohl des Inhabers der Rechte am Originalprogramm wie auch des Inhabers des Bearbeiterurheberrechts. Auch erwerben die Bearbeiter durch die Bearbeitung keine Rechte am Originalprogramm (vgl. Dreier/Schulze/Dreier, 6. Aufl., UrhG § 69c Rn. 18). Dies steht indes ihren Rechten an der Bearbeitung nicht entgegen (§ 69c Nr. 2 S. 2 UrhG).

Die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts an der Bearbeitung durch deren Programmierer an den Kläger ist ohne Mitwirkung der Urheber des Originalprogramms zulässig. Aufgrund des ausschließlichen Nutzungsrechts an der Bearbeitung kann der Kläger Dritten deren Verwertung und Veröffentlichung untersagen.

Aus den vorgenannten Gründen beurteilt sich das Bearbeiterurheberrecht ebenfalls nach deutschem Recht.

(3) Der Kläger hat seine Untersagungsrechte nicht verloren. Dies gilt wiederum unabhängig davon, ob an dem unterstellt modifizierten Programm ein gemeinschaftliches Urheberrecht der Programmierer mit den Programmierern von WordPress entstanden ist oder ob hinsichtlich der Bearbeitung ein eigenes Bearbeiterurheberrecht der Programmierer der Bearbeitung zu dem Urheberrecht der ursprünglichen Programmierer an WordPress hinzugetreten ist. Weder der Kläger noch seine Programmierer haben auf Rechte an dem (unterstellt) modifizierten Programm verzichtet oder ihre Rechte hieran sonst verloren.

Da ein Verzicht die Wirkungen des deutschen Urheberrechts betrifft, ist unabhängig davon, welchem Recht die GPL unterliegen, für die Beurteilung, ob ein Verzicht zulässig ist und unter welchen Voraussetzungen ein Verzicht vorliegt, deutsches Recht maßgeblich.

Nach dem maßgeblichen deutschen Recht ist der Verzicht auf das Urheberrecht als solches nicht möglich (vgl. BeckOK UrhR/Spautz/Götting, 29. Ed. 15.9.2020, UrhG § 29 Rn. 5; Dreier/Schulze/Schulze, 6. Aufl., UrhG § 29 Rn. 10). Zwar kann ein Miturheber zugunsten der anderen Miturhebern auf seinen Anteil an den Verwertungsrechten verzichten mit der Folge, dass sein Anteil den anderen Miturhebern anwächst (§ 8 Abs. 4 UrhG). Außerdem mag ein Urheber auf einzelne Verwertungsrechte verzichten können,

soweit er Nutzungsrechte einräumen kann (vgl. Schricker/Loewenheim/Ohly, UrhG, 6. Aufl., § 29 Rn. 18 mwN; in diese Richtung wohl auch BGHZ 129, 66, 72 = GRUR 1995, 673, 675 – Mauer-Bilder). Es ist aber nicht dargetan, dass die GPL einen solchen Verzicht auf das Urheberrecht oder Verwertungsrechte vorsähe.

Hierfür genügt weder, dass ein Bearbeiter ggf. verpflichtet wäre, die Bearbeitung eines unter GPL lizenzierten Originalprogramms ebenfalls unter den GPL Bedingungen frei zu lizenzieren, noch, dass er bei einem Verstoß gegen diese Verpflichtung aus der GPL seine sich hieraus ergebenden Nutzungsrechte am Originalprogramm verliert. Hieraus lässt sich nicht mit der für einen Verzicht erforderlichen Deutlichkeit entnehmen, dass der Bearbeiter einer Open-Source-Software auf eigene Rechte an einer Weiterentwicklung verzichtet.

(4) Der Kläger und seine Programmierer haben ihrer Rechte hinsichtlich des modifizierten Programms nicht dadurch verloren, wenn man unterstellt, dass sie gegen Bedingungen der GPL verstoßen und hierdurch ihre Rechte zur Nutzung von WordPress verloren haben.

Der Verlust der sich aus der GPL ergebenden Nutzungsrechte im Falle eines Verstoßes gegen die Bedingungen der GPL betrifft nur die Nutzungsrechte an dem Originalprogramm, nicht auch die infolge der Bearbeitung beim Bearbeiter originär entstandene Rechte an dem modifizierten Programm. Selbst wenn infolgedessen auch eine Nutzung des modifizierten Programms durch den Kläger im Verhältnis zu den Programmierern von WordPress nicht mehr rechtmäßig wäre, blieben hiervon seine Untersagungsrechte gegenüber Dritten unberührt. Ob der Kläger gegen seine Pflichten aus der GPL verstoßen hat, bedarf daher insoweit keiner Betrachtung.

dd) Die Beklagten haben kein Recht zur Veröffentlichung oder Verbreitung der Software des Klägers, selbst wenn die Programmierer des Klägers insoweit Miturheber neben den ursprünglichen Urhebern der Software WordPress wären. Für die Annahme von Nutzungsrechten der Allgemeinheit an dem unterstellt modifizierten Programm fehlt es zumindest an der Zustimmung des Klägers oder seiner Programmierer.

(1) Der Kläger oder seine Programmierer haben der Einräumung von Nutzungsrechten an die Allgemeinheit nicht zugestimmt. Eine konkludente Zustimmung ergibt sich nicht aus der unterstellten Modifizierung der Software WordPress, die den GPL-Lizenzbedingungen unterliegt.

(a) Zwar mag man den GPL-Bedingungen entnehmen, dass die Urheber des Originalprogramms mit dessen Lizenzierung unter GPL-Bedingungen zugleich ihre ggf. erforderliche Zustimmung zur Lizenzierung einer Bearbeitung zu denselben Bedingungen erteilen, denn die GPL-Bedingungen sehen vor, dass die Nutzungsrechte des Bearbeiters an dem Originalprogramm dadurch bedingt sind, dass er seine Bearbeitung ebenfalls kostenlos unter GPL-Bedingungen lizenziert. Die Zulässigkeit der Nutzung der Bearbeitung durch die Allgemeinheit zu GPL-Bedingungen setzt indes, soweit sich die Rechte der Urheber am Originalprogramm auf die Bearbeitung erstrecken, zusätzlich deren Zustimmung voraus, die naheliegender Weise bereits in der ursprünglichen Zustimmung zur Bearbeitung des Originalprogramms gesehen werden kann.

(b) Aus der genannten Bedingung für den Genuss von Nutzungsrechten am Originalprogramm kann aber nicht abgeleitet werden, dass der Bearbeiter bereits durch die Bearbeitung des Originalprogramms eine Lizenz an der Bearbeitung nach GPL-Bedingungen erteilt bzw. einer solchen zustimmt.

Wiederum kann dahinstehen, nach welchem nationalen Recht sich die GPL-Bedingungen beurteilen, denn die Anforderungen, die erfüllt sein müssen, um eine Zustimmung zur Veröffentlichung oder Verwertung anzunehmen, beurteilen sich nach dem betroffenen deutschen Urheberrecht.

Daher sind an die Annahme einer konkludenten Zustimmung zur Einräumung von Nutzungsrechten keine geringen Anforderungen zu stellen. Hierfür genügt der Umstand, dass die Rechte des Bearbeiters zur Nutzung des Originalprogramms dadurch bedingt sind, dass er die Bearbeitung ebenfalls der Allgemeinheit unter GPL-Bedingungen zur Verfügung stellt, nicht. Läge hierin bereits eine Rechteeinräumung, bedürfte es der Bedingung nicht.

(2) Eine Einräumung von Nutzungsrechten am unterstellt modifizierten Programm zugunsten der Allgemeinheit durch die Urheber des Originalprogramms genügt für die Zulässigkeit der Veröffentlichung und Verwertung des modifizierten Programms durch Dritte nicht.

(a) Für den Fall eines eigenen Bearbeiterurheberrechts der Programmierer des Klägers folgt dies daraus, dass die Urheber des Originalprogramms keine originären Rechte an der Bearbeitung selbst haben. Dass ein Bearbeiter den Urhebern des Originalprogramms aufgrund der GPL Nutzungsrechte mit dem Recht der Unterlizenzierung an der Bearbeitung eingeräumt hätte, ist nicht geltend gemacht und auch nicht ersichtlich.

(b) Für den Fall eines gemeinschaftlichen Urheberrechts der Programmierer des Klägers und der Programmierer von WordPress am modifizierten Programm folgt nichts Anderes.

Das Recht zur Veröffentlichung und Verwertung eines gemeinschaftlichen Werks steht den Miturhebern zur gesamten Hand zu, § 8 Abs. 2 S. 1 1. HS UrhG zu. Daher ist für die Veröffentlichung und Verwertung des Werkes im Innen- wie im Außenverhältnis grundsätzlich die Einwilligung aller Miturheber erforderlich (vgl. BGHZ 193, 49 = GRUR 2012, 1022 Rn. 18 – Kommunikationsdesigner mwN; Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl., § 11 Rn. 9 mwN; Dreier/Schulze/Schulze, 6. Aufl., UrhG § 8 Rn. 16 mwN).

Soweit für andere Gesamthandsgemeinschaften vertreten wird, dass die Mitinhabermehrheit in den Grenzen des § 745 Abs. 2 und Abs. 3 BGB ohne Zustimmung der Minderheit kraft Mehrheitsbeschluss mit Wirkung für alle Mitinhaber im Außenverhältnis Dritten Nutzungsrechte am Gegenstand der Gemeinschaft einräumen bzw. Verfügungen über ihn treffen kann (vgl. Palandt, BGB, 80. Aufl., § 745 Rn. 2, 4), sind diese Erwägungen jedenfalls auf das Urheberrecht aufgrund des persönlichkeitsrechtlichen Einschlags nicht zu übertragen. Dies gilt auch mit Blick auf den urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen. Zwar mag dort der Investitionsschutz im Vordergrund stehen, und es mögen Computerprogramme eher technisch funktionaler Natur sein, weshalb die Einordnung des Programmschutzes ins Urheberrecht mitunter kritisiert wird (vgl. hierzu etwa Dreier/Schulze/Dreier, 6. Aufl., UrhG § 69a Rn. 1 f.). Dies ändert aber nichts daran, dass sich der Gesetzgeber für einen urheberrechtlichen Schutz entschieden hat. Folge dieser gesetzgeberischen Entscheidung ist einerseits, dass nur die Form als Ergebnis einer eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers, nicht hingegen der Inhalt oder die Funktionalität des Programms geschützt werden (vgl. etwa Dreier/Schulze/Dreier, 6. Aufl., UrhG § 69a Rn. 2). Der hierdurch zugleich vermittelte persönlichkeitsrechtliche Einschlag steht andererseits einer Abweichung von dem Grundsatz entgegen, dass alle Urheber einer Veröffentlichung und Verwertung des Computerprogramms zustimmen müssen.

Zwar mag es denkbar sein, dass ein Miturheber Dritten Nutzungsrechte an seinem Anteil am gemeinschaftlichen Recht ohne Mitwirkung der übrigen Miturheber einräumen kann. Daher ist es nicht ausgeschlossen, dass die Urheber von WordPress durch die GPL-Lizenzierungen der Allgemeinheit zugleich Nutzungsrechte an ihrem Miturheberanteil an einer späteren Modifizierung ihres Originalprogramms durch andere eingeräumt haben, soweit ihnen hieran Miturheberrechte zustehen. Hieraus ergibt sich aber kein Recht des Dritten zur Veröffentlichung und Verwertung des gemeinsamen Werks, weil

dem Miturheber ein solches Recht ebenfalls nicht ohne Zustimmung der übrigen Miturheber zusteht.

(3) Die Zustimmung ist auch sonst nicht entbehrlich. Eine Entbehrlichkeit ergibt sich nicht aus einer etwaigen Verpflichtung zur Zustimmung gegenüber den Urhebern von WordPress, die WordPress unter GPL-Bedingungen lizenziert haben.

(a) Es kann dahinstehen, ob ein Bearbeiter gegenüber den Urhebern des Originalprogramms nach den GPL verpflichtet ist zuzustimmen, dass der Allgemeinheit Nutzungsrechte an der Bearbeitung bzw. dem hierdurch entstandenen gemeinsamen Werk eingeräumt werden.

Zwar ist der Bearbeiter aufgrund der oben erörterten Bedingung gehalten, seine Bearbeitung wiederum unter der GPL als Open Source der Allgemeinheit frei zur Verfügung zu stellen (sog. Copyleft). Ob aus der Bedingung hingegen eine Verpflichtung zur Zustimmung gegenüber den ursprünglichen Urhebern folgt, erscheint zweifelhaft, denn nach dieser Bedingung führt ein Verstoß des Bearbeiters gegen das Copyleft unmittelbar nur dazu, dass er das Originalprogramm und unter den Voraussetzungen des § 63c Nr. 2 UrhG auch die Bearbeitung nicht nutzen darf.

(b) Jedenfalls würde eine etwaige Verpflichtung des Bearbeiters gegenüber den Urhebern des Originalprogramms Dritten keine Veröffentlichungs- oder Verwertungsrechte an der Bearbeitung bzw. dem gemeinsamen Werk verschaffen.

Die für die Erfüllung einer solchen Verpflichtung erforderlichen Erklärungen der Bearbeiter enthalten die GPL wie ausgeführt nicht.

Führte die bloße Verpflichtung gleichwohl zu Veröffentlichungs- und Verwertungsrechten der Allgemeinheit, bedürfte es wiederum der Bedingung nicht, welche die dem Bearbeiter eingeräumten Nutzungsrechte am Originalprogramm davon abhängig macht, dass er der Allgemeinheit Nutzungsrechte an dem bearbeiteten Programm unter GPL-Bedingungen einräumt.

Ob eine fehlende Zustimmung eines Miturhebers gegenüber den übrigen nach §§ 242, 262 BGB unbeachtlich wäre (vgl. BeckOK UrhR/Ahlberg, 29. Ed. 20.4.2018, UrhG § 8 Rn. 32) und sich auch Dritte hierauf mit Erfolg berufen könnten, bedarf daher keiner allgemeinen Beantwortung.

ee) Die Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs ist auch nicht treuwidrig, selbst wenn der Kläger und seine Programmierer nach den GPL-Bedingungen gehalten wären,

der Allgemeinheit Nutzungsrechte an dem unterstellt modifizierten Programm unter GPL-Bedingungen einzuräumen.

(1) Ein etwaiger Verstoß gegen eine Treupflicht bestünde nur gegenüber den Urhebern des Originalprogramms, die das Originalprogramm unter GPL-Bedingungen lizenziert und eine Bearbeitung erlaubt haben und dabei die Erwartung gehabt haben mögen, dass der Allgemeinheit an der Bearbeitung ebenfalls Nutzungsrechte zu GPL-Bedingungen eingeräumt werden. Dritte könnten hieraus nichts ableiten.

(2) Unabhängig davon liegt darin, dass ein Bearbeiter eines unter GPL lizenzierten Programms das bearbeitete Programm nicht unter diesen Bedingungen der Allgemeinheit zur Verfügung stellt, kein treuwidriges Verhalten gegenüber den Urhebern des Ursprungsprogramm.

Ob ein treuwidriges Verhalten vorliegt, beurteilt sich nach den Gesamtumständen. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere zwischen den Beteiligten bestehende Vereinbarungen.

Wie bereits ausgeführt, führt der Umstand, dass der Bearbeiter das bearbeitete Programm der Allgemeinheit nicht unter GPL-Bedingungen zur Verfügung stellt, nach den GPL-Bedingungen nur dazu, dass er die Nutzungsrechte an dem Ursprungsprogramm verliert. Ein Rechtsverstoß läge dann allein in einer etwaigen Weiternutzung des Ursprungsprogramms und (bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 69c Nr. 2 UrhG) der Bearbeitung, nicht jedoch in dem Ausschluss Dritter von der Nutzung der Bearbeitung. Eine Durchsetzung des Verbotungsrechts gegenüber Dritten begründet vor diesem Hintergrund keinen Verstoß gegen Treu und Glauben und auch keinen Rechtsmissbrauch.

ff) Mit zutreffenden Erwägungen hat das Landgericht eine Erstbegehungsgefahr bejaht.

(1) Ein auf Erstbegehungsgefahr gestützter vorbeugender Unterlassungsanspruch besteht nur, soweit ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, der Anspruchsgegner werde sich in naher Zukunft in der fraglichen Weise rechtswidrig verhalten. Eine Erstbegehungsgefahr kann auch begründen, wer sich des Rechts berühmt, bestimmte Handlungen vornehmen zu dürfen. Eine solche Berühmung begründet eine Erstbegehungsgefahr, wenn aus ihr bei Würdigung der Einzelumstände des Falls die unmittelbar oder in naher Zukunft ernsthaft drohende Gefahr einer Begehung abzuleiten ist (vgl. BGHZ 191, 19 = GRUR 2011, 1038 Rn. 44 mwN – Stiftparfum).

(2) Die Voraussetzungen liegen hinsichtlich der E-Mail der Beklagten vom 29.05.2019 (Anlage ASt 4) vor. Auf die zutreffenden Erwägungen des Landgerichts wird Bezug genommen.

Entgegen der Auffassung der Berufung lässt sich der E-Mail nicht der Wunsch entnehmen, lediglich in einen Dialog eintreten zu wollen. Zwar knüpft die Aussage, der Kläger könne sich schon einmal auf eine Veröffentlichung auf Github durch die Beklagten einstellen, daran an, dass der Kläger die GPL nicht kennt. Ferner wird am Ende der E-Mail um Erklärung durch den Kläger gebeten. Allerdings bringt die angesprochene Alternative, dass der Kläger die GPL kennt, ebenfalls zum Ausdruck, dass die Beklagten den Hinweis auf eine Untersagung der Teilverbreitung des Themes aufgrund des vermeintlichen Widerspruchs zur GPL für unbeachtlich halten. Daher bestand angesichts der für den anderen Fall angedrohten Veröffentlichung auch in diesem Fall die ernsthafte Gefahr zumindest einer Weitergabe ohne Einschränkung an Dritte. Die für diesen Fall aufgeworfene Frage („frage ich mich, was dieser Hinweis soll“) ist nicht als Einladung zum Dialog, sondern rein rhetorisch zu verstehen, denn die E-Mail lässt keinen Zweifel daran, dass die Beklagten die Einschränkung der Weiterverbreitung für rechtswidrig und damit für unbeachtlich halten. Vor diesem Hintergrund war die E-Mail objektiv nicht so zu verstehen, dass ein Widerspruch des Klägers die Beklagten dazu bewegen könnte, die ausbedungenen Einschränkungen der Weiterverbreitung zu respektieren. Vielmehr musste der Kläger ernsthaft damit rechnen, dass, sofern er an der Einschränkung der Weiterverbreitung festhält, gleichwohl eine eigenmächtige Weitergabe des Themes an Dritte, ohne dass diesen irgendwelche Einschränkungen abverlangt würde, oder gar eine eigenmächtige Veröffentlichung auf Github erfolgen werde. Der Inhalt der E-Mail lässt nicht erkennen, dass im Fall eines Widerspruchs diese Gefahren nicht mehr bestehen.

Dass eine Antwort des Klägers abgewartet werden sollte, steht dem Umstand, dass mit Rechtsverstößen in naher Zukunft ernsthaft zu rechnen gewesen ist, nicht entgegen. Vielmehr durfte der Kläger bei einer nicht zeitnahen Antwort ernsthaft damit rechnen, dass die Beklagten dies zum Anlass nehmen würden, eigenmächtige Maßnahmen wie die Veröffentlichung auf Github zu ergreifen.

Aus dem Gesamtinhalt der E-Mail ergaben sich daher bei objektivem Verständnis aus Sicht des Klägers mit dem Landgericht ernsthafte und greifbare Anhaltspunkte für die in naher Zukunft ernsthaft drohende Gefahr, dass die Beklagten den Programmcode des Klägers entweder veröffentlichen oder weitergeben werden.

(3) Bestätigt wird dies durch die Facebook-Posts des Beklagten zu 2 (Anlage ASt 5), die aufgrund des Zusammenhangs mit der E-Mail jedenfalls aus der maßgeblichen, für den Beklagten zu 2 als Geschäftsführer der Beklagten zu 1 erkennbaren Sicht des Klägers auch der Beklagten zu 1 zuzurechnen sind. Auch insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen.

Bereits der Ursprungs-Post vom 01.06.2019 begründet bei objektivem Verständnis die ernsthafte Gefahr einer unmittelbar bevorstehenden („demnächst“) Offenlegung des Programmcodes des Klägers. Entgegen den Beklagten ändern hieran die Relativierungen („kann sein“; „mal sehen, ob ich klagen muß, oder ob das auch so geht“) nichts. Zwar besteht die Möglichkeit, den Post auch so zu verstehen, dass die Beklagten eine Veröffentlichung des Programms oder eine Zustimmung des Klägers hierzu gerichtlich durchsetzen möchten, sofern der Kläger dem nicht zuvor freiwillig nachkommt. Das führt aber nicht dazu, dass objektiv nicht auch die ernsthafte Möglichkeit in Betracht gezogen werden muss, dass die Beklagten auch ohne vorherige Klage das Programm anderen zur Verfügung stellen werden. Diese Deutungsmöglichkeit, gerade im Zusammenhang damit, dass in der E-Mail eine Veröffentlichung des Programms durch die Beklagten, wenn auch ausdrücklich nur für eine Sachverhaltsalternative, angekündigt worden ist, ohne dass dies von einer gerichtlichen Bestätigung ihrer Rechtsposition abhängig gemacht worden ist, reicht für ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte für einen zeitnah bevorstehenden Rechtsverstoß aus. Dass ein Rechtsverstoß tatsächlich folgen wird, muss hierfür nicht sicher feststehen.

Soweit der Beklagte zu 2 in einem weiteren Post ankündigt „sollte die [Antwort des Urhebers] im Laufe der Woche nicht eintrudeln -> ab auf Github“, begründet dies ebenfalls die konkrete Gefahr einer zeitnahen künftigen Rechtsverletzung. Wiederum lässt die Äußerung nicht erkennen, dass ein Widerspruch des Klägers die Gefahr einer Veröffentlichung ausschliesse. Entgegen der Auffassung der Berufung lässt sich der Äußerung nicht entnehmen, dass mit dem Eingang einer Antwort, auch wenn sie der Rechtsposition der Beklagten widerspricht, eine Veröffentlichung obsolet würde. Das angekündigte Abwarten bis zur nächsten Woche steht einer zeitnah bevorstehenden Rechtsverletzung nicht entgegen.

Auch der Post mit der Kommentierung der Abmahnung, der mit der unklaren Bemerkung schließt, „diejenigen, die mich noch aus [REDACTED]-Zeiten kennen, wissen jetzt was passiert“, entkräftet die bereits genannten Anhaltspunkt nicht, sondern verstärkt sie. Wie das Landgericht zu Recht angenommen hat, kommt es nicht darauf an, was bei [REDACTED] geschehen ist. Maßgeblich ist allein, dass durch die Bemerkung objektiv eine ernsthafte



Gefahr bestand, dass die Beklagten eigenmächtig das Programm des Klägers veröffentlichen oder weitergeben werden, und dass damit zeitnah („wissen was jetzt passiert“) gerechnet werden muss. Soweit die Beklagten nunmehr pauschal behaupten, bei [REDACTED] habe der Beklagte zu 2 geklagt, führt das zu keiner anderen Beurteilung. Denn es ist nicht dargetan und auch nicht ersichtlich, dass der Kläger dies wissen und trotz der vorherigen Äußerungen als Hinweis darauf verstehen musste, dass die Beklagten den Programmcode des Klägers nicht eigenmächtig veröffentlichen oder weitergeben werden.

(4) Entgegen der Berufung lässt sich den Posts (Anlage ASt 5) daher ebenso wenig wie der E-Mail (Anlage ASt 4) das angebliche Ansinnen der Beklagten entnehmen, lediglich in eine rechtliche Diskussion eintreten zu wollen und nur nach einer gerichtlichen Bestätigung der eigenen Rechtsposition eine Veröffentlichung des Programmcodes des Klägers vorzunehmen. Jedenfalls im Zusammenhang begründen die Äußerungen der Beklagten ernsthafte und greifbare Anhaltspunkte für die in naher Zukunft ernsthaft drohende Gefahr, dass die Beklagten den Programmcode des Klägers entweder veröffentlichen oder weitergeben werden.

(5) Die Anforderungen an greifbare und ernsthafte Anhaltspunkte dürfen im Streitfall zudem nicht überspannt werden. Die Beklagten hatten es nicht nur in der Hand, ihre Äußerungen klarer und deutlicher zu formulieren. Aufgrund der Abmahnung war für sie auch klar ersichtlich, dass der Kläger ihren Äußerungen die ernsthafte Gefahr einer eigenmächtigen zeitnahen Veröffentlichung seines Programmcodes entnommen hat. Sie hatten es daher in der Hand, auch insoweit für eine Klarstellung zu sorgen. Dies haben sie in ihrem Antwortschreiben vom 13.06.2019 (Anlage ASt 3) nicht getan, sondern lediglich die Aktivlegitimation des Klägers für einen Unterlassungsanspruch in Abrede gestellt. Dass die Abmahnung zu Unrecht erfolgt ist und dort unzutreffend behauptet worden ist, zur Ausräumung der Begehungsgefahr sei die Abgabe einer strafbewerten Unterlassungserklärung erforderlich, ändert hieran nichts, denn auch unabhängig davon hätten die Beklagten das Verständnis ihrer Äußerungen klarstellen können und müssen. Selbst als der Kläger mit Schreiben vom 24.06.2019 (Anlage ASt 7) den Beklagten Gelegenheit gegeben hat, bis zum 26.06.2019 11:00 Uhr von der erwarteten Verletzungshandlung schlicht Abstand zu nehmen, haben sie eine solche Abstandnahme von Verletzungshandlungen vor einer gerichtlichen Klärung nicht erklärt.

b) Ebenfalls zu Recht hat das Landgericht einen Verfügungsgrund bejaht. Auf die zutreffenden Erwägungen wird verwiesen.

c) Mit zutreffenden Erwägungen hat das Landgericht eine Erledigung des Verfügungsantrags nach Rechtshängigkeit bejaht. Die Angriffe der Berufung greifen nicht durch. Sie sind im Übrigen schon deshalb unbehelflich, weil bei unterstellter Richtigkeit des Arguments, eine etwa doch bestehende Erstbegehungsgefahr sei durch die spätere eigene Erklärung nicht ausgeräumt, von Seiten des Gerichts hätte darauf hingewiesen werden müssen, dass es für den Kläger sachdienlich sein könnte, seinen ursprünglichen auf Unterlassung gerichteten Sachantrag hilfsweise aufrecht zu erhalten. Auf die hilfsweise Aufrechterhaltung hin wären die Beklagten dann nicht nur wegen der Kosten, sondern auch zur Unterlassung verurteilt worden, falls es zuträfe, dass die spätere Erklärung die Erstbegehungsgefahr nicht beseitigt habe, wie die Beklagten einwenden.

aa) Für die Beseitigung der Erstbegehungsgefahr einer eigenmächtigen Veröffentlichung genügte die Zusage aus dem Schreiben vom 03.07.2019 (Anlage Ast 13), dass er [der Mandant] ohne gerichtliche Feststellung, dass er das streitgegenständliche Thema rechtmäßig Dritten zugänglich machen kann, das streitgegenständliche Thema Dritten über Github nicht zugänglich machen wird. Selbst wenn die Deutung möglich wäre, dass eine Veröffentlichung bereits auf der Grundlage einer nicht rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung zugunsten der Rechtsposition der Beklagten vorbehalten werde, ist durch die Zusage jedenfalls die Gefahr einer zeitnahen eigenmächtigen Veröffentlichung beseitigt. Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Zusage sind nicht ersichtlich.

Damit ist der auf eine Erstbegehungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch entfallen, und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu seiner vorläufigen Sicherung hat sich erledigt.

bb) Die Erledigung ist nach Rechtshängigkeit eingetreten.

Wie das Landgericht zutreffend entschieden hat, tritt die Rechtshängigkeit eines Antrags auf einstweilige Verfügung bereits mit dessen Einreichung bei Gericht ein (vgl. MüKoZPO/Drescher, 6. Aufl., ZPO § 916; Wieczorek/Schütze/Thümmel, 4. Aufl., Vor § 916 ZPO Rn. 15; Zöller/Vollkommer, ZPO, 33. Aufl., § 922 Rn. 5, Vor § 916 Rn. 5; jew. mwN). Grund hierfür ist die mögliche Einseitigkeit des Verfahrens, das eine Entscheidung (§ 937 Abs. 2 ZPO) und eine Vollziehung der Entscheidung (§§ 929 Abs. 3, 936 ZPO) vor der Anhörung des Antragsgegners zulässt, so dass eine Zustellung des Antrags als Anknüpfungspunkt ausscheidet (vgl. Wieczorek/Schütze/Thümmel, Vor § 916 ZPO Rn. 15).

Zwar kann es aufgrund des Gebots der Waffengleichheit geboten sein, den Antragsgegner vor Erlass einer einstweiligen Verfügung anzuhören (vgl. BVerfG, NJW 2020, 2021; BeckRS 2020, 13380). Davon, ob dies beim konkreten Antrag der Fall ist, kann

aber die Frage der Rechtshängigkeit nicht abhängen. Dagegen spricht, dass ein Bedürfnis nach einer einfachen, formalen Feststellung der Rechtshängigkeit besteht, die nur von der Verfahrensart, nicht aber davon abhängt, ob eine Anhörung des Antragsgegners erfolgt oder geboten ist. Daher genügt für den Eintritt der Rechtshängigkeit im Zeitpunkt der Antragseinreichung bereits die für das Verfahren vorgesehene prinzipielle Möglichkeit, dass über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sowohl im Fall der Gewährung als auch der Zurückweisung ohne Anhörung des Gegners entschieden werden kann.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit und über die angeregte Zulassung der Revision war nicht veranlasst (§ 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

■  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

■■ ■  
Richter  
am Oberlandesgericht

■  
Richter  
am Landgericht