
Datum: 07.08.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 14/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0807.4U14.07.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 4 O 329/01

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 28.11.2006 verkündete Urteil der 4. Zivil-kammer des Landgerichts Bielefeld teilweise abgeändert.

Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu einem Betrag von 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, hinsichtlich der Beklagten zu 1. und 2. zu vollziehen an ihrem persönlich haftenden Gesellschafter bzw. Geschäftsführer, für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen, bei der Hotelsoftware „...“, Version 7.54 und/oder Version 7.93 als Copyright folgende Bezeichnungen zu verwenden: „T und Partner KG“ und/oder „I GmbH“.

Die Beklagten werden verurteilt, der Klägerin Auskunft über die Herkunft und den Ver-triebsweg des oben bezeichneten Programms zu erteilen, insbesondere unter Angabe der gewerblichen Abnehmer oder Auftraggeber, ferner über die Menge der hergestell-ten, ausgelieferten oder bestellten Vervielfältigungsstücke.

Die Beklagten werden verurteilt, über den Umfang der vorstehend beschriebenen Handlungen Rechnung zu legen, und zwar unter Vorlage eines Verzeichnisses mit An-gabe der

Herstellungsmengen und -zeiten sowie der einzelnen Lieferungen unter Nennung

a) der Liefermengen, Lieferzeiten, Lieferpreise und Namen und Anschriften der Abnehmer,

b) der Gestehungskosten unter Angabe der einzelnen Kostenfaktoren,

c) sowie des erzielten Gewinns,

und unter Angabe der einzelnen Angebote und der Werbung unter Nennung

d) der Angebotszeiten und Angebotspreise sowie Namen und Anschriften der Angebotsempfänger,

e) der einzelnen Werbeträger, deren Auflagenhöhe, Verbreitungszeitraum und Verbreitungsgebiet.

Die Beklagten werden verurteilt, die in ihrem unmittelbaren oder mittelbaren Besitz oder Eigentum befindlichen Vervielfältigungsstücke des oben beschriebenen Programms und die zur Herstellung verwendeten Mittel und Vorrichtungen zu vernichten.

Es wird festgestellt, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin allen Schaden zu erstatten, der ihr aus den vorstehend bezeichneten Handlungen (Absatz 2 des Tenors) der Beklagten entstanden ist und künftig noch entstehen wird.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, hinsichtlich des Unterlassungstitels ohne Sicherheitsleistung. Den Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung im Übrigen gegen Sicherheitsleistung von 15.000,- € vorläufig abzuwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in dieser Höhe leistet.

A.

Die Klägerin, handelnd unter B, macht gegen die Beklagten urheberrechtliche Ansprüche geltend wegen einer nach ihrer Behauptung von ihr entwickelten und von den Beklagten vertriebenen Computersoftware. 3

Bei der Klägerin, die im Jahre 1992 in den Niederlanden gegründet worden ist, handelt es sich um ein Softwareunternehmen für Automatisierungssysteme im Hotel-, Restaurant- und Gaststättengewerbe. Sie hatte, wobei die Einzelheiten streitig sind, eine Hotelsoftware "... entwickelt oder jedenfalls mitentwickelt. Die Beklagten erstellen und vertreiben ebenfalls Computerprogramme für das Hotel- und Gastronomiegewerbe. 4

Der Geschäftsführer der Klägerin und der Beklagte zu 3) kennen sich seit etwa 1987 und arbeiteten anfänglich zusammen. In diesem Rahmen gründete der Beklagte zu 3) am 01.11.1994 die Beklagte zu 1) und begann in Deutschland unter der Bezeichnung "T & Partner KG B" mit dem Vertrieb der genannten Hotelsoftware. Gemeinsam mit der Klägerin gründete er anschließend am 20.01.1998 die Beklagte zu 2), die ihrerseits mit der Beklagten zu 1) am 22.12.1998 einen Kooperationsvertrag schloss, nach dem die Beklagte zu 1) für die Beklagte zu 2) den Vertrieb, den Support, die Installation sowie die Schulung der Software übernehmen sollte und nach dem man bei der Entwicklung von Software zusammenarbeiten wollte. 5

Im Mai 1999 schlossen die Klägerin und die Beklagte zu 2) eine (undatierte) schriftliche Vereinbarung, im Prozess bezeichnet als "Nutzungsvertrag", in der es u.a. heißt: 6

"Vorbemerkungen: 7

Die Firma B entwickelt Softwareprogramme für den Hotelbereich. Zu den von ihr entwickelten Computerprogrammen gehören auch das Hotel-Management-System "... (...) 8

§ 1 Vertragsgegenstand 9

1. Vertragsgegenstand sind die folgenden, von der Firma B entwickelten Softwareprogramme 10

- das Hotel-Management-System "... 11

- (...) 12

§ 2 Nutzungsrechte 13

1. Die I GmbH soll in denkbar umfassender Weise in die Lage versetzt werden, die von der B hergestellten und unter § 1 Abs. 1 näher bezeichneten Softwareprodukte (...) in unveränderter oder veränderter Form unter Ausschluss der B für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in jeder Hinsicht zu verwerten, sei es im eigenen Unternehmen oder durch Weitergabe an Dritte. 14

2. Insbesondere erhält die Firma I GmbH das ausschließliche, zeitlich unbeschränkte, räumlich auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkte Recht, die unter § 1 Abs. 1 genannten Computerprogramme auf sämtliche Arten zu nutzen, u.a. die Computerprogramme in eigenen oder fremden Betrieben laufen zu lassen, sie zu vervielfältigen und zu verbreiten, fortzuführen oder über Fernleitungen oder drahtlos zu übertragen. Eingeschlossen ist ferner das Recht, ohne weitere Zustimmung der B die unter § 1 Abs. 1 genannten Computerprogramme nebst Dokumentationen nach eigenem Ermessen 15

zu bearbeiten oder in sonstiger Weise umzugestalten und die hierdurch geschaffenen Leistungsergebnisse in der gleichen Weise wie die ursprüngliche Fassung des Programms und der Dokumentation zu verwerten (...)

§ 4 Vertragsdauer

1. Die Laufzeit dieses Vertrages beträgt 10 Jahre und verlängert sich jeweils um ein Jahr, wenn sie nicht ein Jahr vor Vertragsablauf gekündigt wird.

2. Das Recht zur Kündigung dieses Vertrages aus wichtigem Grund bleibt unberührt (...)"

Ende des Jahres 2000 kam es zwischen den Parteien zu einem Streit über die weitere Zusammenarbeit, der zu einer Vielzahl von Auseinandersetzungen und Prozessen führte. Die Klägerin trat nunmehr auf dem deutschen Markt in Konkurrenz zu den Beklagten und gründete unter der Bezeichnung "B" eine Betriebsstätte in F. Mit anwaltlichem Schreiben vom 19.12.2000 kündigte sie den im Jahr 1999 abgeschlossenen Nutzungsvertrag "fristlos" und "mit sofortiger Wirkung". Zur Begründung führte sie aus, dass die Beklagte zu 2) in eklatanter Weise gegen die bestehenden Vereinbarungen verstoßen habe. Weiter heißt es dann u.a.:

"(...) Ihnen ist bekannt, dass ausweislich des Schreibens unserer Mandantin vom 11.12.2000 Zahlungsrückstände in Höhe von 333.704,79 DM abzüglich erteilter Gutschrift bestehen. Trotz teilweisen Anerkenntnisses haben Sie die Forderung nicht ausgeglichen, so dass Ihnen die weitere Nutzung der eingangs beschriebenen Vertragsgegenstände ab sofort zu untersagen ist.

Weiterhin wird die fristlose Kündigung damit begründet, dass Sie hinter dem Rücken von Herrn W die Vertragsprodukte unter der T & Partner KG B vertreiben und entsprechende Abrechnungen erstellen und diese Beträge in der T KG vereinnahmen, also an der I GmbH vorbei (...)."

Mit Schreiben vom 22.12.2000 widersprach die Beklagte zu 2) der fristlosen Kündigung des Nutzungsvertrages.

Die Parteien führten in der Folgezeit verschiedene aus diesem Gesamtvorgang hervorgehende Prozesse und stritten etwa in dem Verfahren 17 O 282/00 LG Bielefeld um die Berechtigung der Klägerin, die Marke "B" in Deutschland zu nutzen. Da die Klägerin ihre bar zu erbringende Stammeinlage für die Beklagte zu 2) in Höhe von 25.500,00 DM nicht leistete, kaduzierte die Beklagte zu 2) deren Geschäftsanteil und berief den Geschäftsführer der Klägerin als Geschäftsführer der Beklagten zu 2) ab.

In der Zeit vom 14. bis 16.05.2001 installierte die Beklagte zu 2) die Hotelreservierungssoftware "... " in den Räumen des Hotels "Q" in C2.

Die Klägerin nimmt die Beklagten nunmehr wegen der Verletzung von Urheberrechten in Anspruch.

Sie hat behauptet, bei der von der Beklagten zu 2) installierten und auch über das konkrete Geschäft in C2 hinaus vertriebenen Software handele es sich um das ausschließlich von ihr - der Klägerin - entwickelte Programm "... Version 7.54", bei dem die Beklagte zu 2) lediglich das Logo sowie den Copyright-Vermerk der Beklagten zu 1) und 2) eingesetzt und die Versionsnummer auf 7.93 sowie den Home-pageverweis auf die Beklagte zu 1) geändert habe. Dass das Programm von ihr entwickelt worden sei, habe der Beklagte zu 3) am 19.08.1998 vor dem Landgericht Mannheim an Eides Statt versichert. Dies ergebe sich auch

aus der Präambel und § 1 der Nutzungsvereinbarung aus 1999, auf die sich die Beklagten allerdings nicht mehr berufen könnten.

Bei dieser Nutzungsvereinbarung handele es sich nämlich in Wahrheit um ein Scheingeschäft, das auf alleinigen Wunsch der Beklagten zu 2) zur Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen gegen die Fa. C GmbH entworfen worden sei. Diese GmbH habe als Zwischenhändlerin eine Raubkopie der Hotelsoftware vertrieben, so dass man gegen sie habe vorgehen wollen. Damit die Beklagte zu 2) dort überhaupt die Verletzung von Urheberrechten habe geltend machen können, sei es erforderlich gewesen, ihr entsprechende Lizenzrechte zu übertragen. Dass es gegen die Fa. C GmbH dann nicht mehr zu einer Klage gekommen sei, liege allein daran, dass das Hotel, dem die Raubkopie geliefert worden sei, Lizenzgebühren an sie, die Klägerin, gezahlt habe. 27

Die Klägerin hat gemeint, aufgrund erheblicher Zahlungsrückstände und des Vertriebs von kopierten Vertragsprodukten über die Beklagte zu 1) habe sie die Nutzungsvereinbarung am 19.12.2000 wirksam fristlos kündigen können. Nach dem Ende der gemeinsamen Zusammenarbeit sei es zudem rechtsmissbräuchlich und widerspreche den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, wenn sich die Beklagten nach wie vor auf diese Vereinbarung beriefen, zumal diese die von ihr entwickelte Software einfach kopiert und durch wiederholte Bestellung von Lizenzen zum Ausdruck gebracht hätten, dass sie ebenfalls von einem wirkungslosen Nutzungsvertrag ausgingen. 28

Eine dennoch wirksame Nutzungsvereinbarung würde nach § 32 UrhG n.F. bzw. §§ 31 V UrhG a.F., 612, 632 BGB zumindest Ansprüche auf Zahlung einer angemessenen Vergütung nach sich ziehen, die sich der Höhe nach auf 40% des Verkaufserlöses beliefe. 29

Die Klägerin hat beantragt, 30

I. 1. die Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu einem Betrag von DM 500.000,00, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, hinsichtlich der Beklagten zu 1. und 2. zu vollziehen an ihrem persönlich haftenden Gesellschafter bzw. Geschäftsführer, für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen, im Bereich der Europäischen Union ohne Zustimmung der Klägerin im geschäftlichen Verkehr jegliche Hotelsoftware der Klägerin, insbesondere das Automatisierungssystem für Hotelsoftware "...", Version 7.54 zu verändern, indem unter anderem 31

a. das Copyright der Klägerin auf T & Partner KG und B verändert werde, 32

b. der Verweis im Programm auf die Homepage der Klägerin auf die Homepage "***internetadresse***" der Beklagten zu 1. geändert, 33

c. die Bezeichnung des Programmes auf 7.93 geändert, 34

d. das Logo von T & Partner KG und I eingesetzt wurde, 35

insbesondere diese so veränderten Programme feilzuhalten, in den Verkehr zu bringen oder einzuführen, auszuführen und schließlich die vorstehend bezeichneten Programme in der Werbung zu benutzen; 36

2. den Beklagten aufzugeben, der Klägerin Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der zu Ziffer 1 bezeichneten Programme zu erteilen, insbesondere unter Angabe der gewerblichen Abnehmer oder Auftraggeber, ferner über die Menge der hergestellten, ausgelieferten oder bestellten Vervielfältigungsstücke; 37

3. die Beklagten zu verurteilen, über den Umfang des vorstehend beschriebenen Computerprogramms Rechnung zu legen, und zwar unter Vorlage eines Verzeichnisses mit der Angabe der Herstellungsmengen und -zeiten sowie der einzelnen Lieferungen unter Nennung	38
a. der Liefermengen, Lieferzeiten, Lieferpreise und Namen und Anschriften der Abnehmer,	39
b. der Gestehungskosten unter Angabe der einzelnen Kostenfaktoren,	40
c. sowie des erzielten Gewinns	41
und unter Angabe der einzelnen Angebote und der Werbung unter Nennung	42
d. der Angebotszeiten und Angebotspreise sowie Namen und Anschriften der Angebotsempfänger,	43
e. der einzelnen Werbeträger, deren Auflagenhöhe, Vereinbarungszeitraum und Verbreitungsgebiet;	44
4. die Beklagten zu verurteilen, die in ihrem unmittelbaren oder mittelbaren Besitz oder Eigentum befindlichen Vervielfältigungsstücke der Programme und die zur Herstellung verwendeten Mittel und Vorrichtungen zu vernichten;	45
II. festzustellen, dass die Beklagten gesamtverbindlich verpflichtet sind, ihr allen Schaden zu erstatten, der ihr aus den vorstehend zu Ziffer 1.1. bezeichneten Handlungen der Beklagten entstanden ist und künftig noch entstehen wird;	46
III. festzustellen, dass der (undatierte) Nutzungsvertrag zwischen ihr und der Beklagten zu 2. unwirksam ist;	47
hilfsweise	48
1. festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, ab dem 01.07.2002 eine angemessene Vergütung aus der Verwertung der von ihr entwickelten Softwareprogramme für den Hotelbereich zu zahlen, mindestens aber 40 % gemäß der zwischen den Parteien seinerzeit praktizierten vereinbarten Vergütung für seitens der Klägerin erteilte Softwarelizenzen;	49
2. die Beklagten ferner zu verurteilen, über den sich aus vorgenannter Ziffer ergebenden Anspruch Rechnung zu legen und den sich aus dieser Rechnung ergebenden Betrag an sie nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Zustellung der Klage zu zahlen.	50
Die Beklagten haben beantragt,	51
die Klage abzuweisen.	52
Sie haben bestritten, dass an der Software "... " ein alleiniges und ausschließliches Urheberrecht der Klägerin bestehe, zumal sich auch die Fa. M U.K. der in Rede stehenden Urheberrechte berühme. Der Beklagte zu 3) habe gemeinsam mit dem Zeugen L u.a. die komplette Bankettfunktion, die Funktion "Umzug in Wochenplan", die Rechnungsformate, den Preiscode, den Tagesabschluss preproc (SPKA), die Gruppenreservierung (1997 BSB) sowie die Dokumentenverwaltung geschaffen, die sämtlich Bestandteil der Version 7.54 als auch des beim Hotel "Q" installierten Hotel-Software-Programms Version 7.93 seien. Sie hätten	53

zudem das gesamte Begleitmaterial für die Software erstellt. Es sei ein neues Hotelprogramm für das Betriebssystem Windows entwickelt worden. Mit der Nutzungsvereinbarung aus dem Jahr 1999, mit der eine gemeinsame Weiterentwicklung des Programms in einem gemeinsamen Unternehmen angestrebt worden sei, habe ihnen die Klägerin jedweden Umgang mit dem Programm gestattet.

Das Landgericht hat die Klage nach Beweiserhebung durch Vernehmung der Zeugen W und L2 sowie durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. S nebst mündlicher Erläuterung abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt: 54

Die Klägerin habe gegen die Beklagten keine Ansprüche aus den als Anspruchsgrundlage allein in Betracht kommenden §§ 97 I, 98, 101 a UrhG, weil es an der hierfür erforderlichen Verletzung von Urheberrechten der Klägerin fehle. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme spreche zwar einiges dafür, dass die von den Beklagten zu 1) und 2) vertriebene Software auf Leistungen der Klägerin beruhe. Selbst wenn die Beklagten jedoch Software der Klägerin zur Grundlage eigener Programme oder eigenen Vertriebs gemacht hätten, hätten sie damit deren Urheberrechte aufgrund der im Jahr 1999 abgeschlossenen Nutzungsvereinbarung nicht verletzt. Die Beklagte zu 2) habe mit dieser Vereinbarung vielmehr das Recht erworben, unter Ausschluss der Klägerin deren Software zu verbreiten und nach eigenem Ermessen zu bearbeiten. Das ihr damit ausschließlich eingeräumte Nutzungsrecht erlaube nach § 31 III UrhG auch die Einräumung nachfolgender Nutzungsrechte etwa an die Beklagten zu 1) und 3), so dass die Klägerin die vereinbarte Nutzung durch die Beklagten, die hier nicht überschritten werde, insgesamt hinnehmen müsse. Die Nutzungsvereinbarung sei nicht durch die Kündigung der Klägerin vom 19.12.2000 erloschen. Der Klägerin sei nicht der Nachweis dafür gelungen, dass ihr die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung nach allen Umständen des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zugemutet werden könne. Für ihre bestrittene Behauptung, bei der Nutzungsvereinbarung handele es sich um ein nach § 117 BGB nichtiges Scheingeschäft, habe sie keinen Beweis angeboten. Es komme hinzu, dass die Erhebung einer Urheberklage gegen die Fa. C GmbH durch die Beklagte zu 2) gerade die Gültigkeit der Nutzungsvereinbarung voraussetzen würde, was der Annahme eines Scheingeschäftes bereits aus Rechtsgründen entgegenstehe. Ebenso sei ihr im Übrigen kaum substantiierter Vortrag, zum Zeitpunkt der Kündigung hätte die Beklagte zu 2) Zahlungsrückstände in Höhe von 333.000,00 DM auflaufen sowie Gelder von der Beklagten zu 1) vereinnahmen lassen, nicht unter Beweis gestellt. Ein Recht der Klägerin zur fristlosen Kündigung folge auch nicht aus den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, und die Beklagten seien nicht nach Treu und Glauben gehindert, sich auf die ihnen mit der Nutzungsvereinbarung eingeräumten Rechte zu berufen. Die den Beklagten durch die im Jahr 1999 abgeschlossene Nutzungsvereinbarung weitestgehend eingeräumten Nutzungsrechte erlaubten insbesondere auch die der Beklagten zu 2) vorgeworfene Installation einer mit eigenen Änderungen versehenen Version des Programms "... und das Anbringen eines eigenen Copyrightvermerks. Angesichts der Wirksamkeit der Nutzungsvereinbarung könne die Klägerin ebenso wenig die weiter begehrte Feststellung beanspruchen, dass diese Vereinbarung unwirksam sei. 55

Die Klägerin habe gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung einer Vergütung aus § 32 UrhG n.F oder den §§ 612, 632 BGB. Ein Vergütungsanspruch aus § 32 UrhG n.F. scheide bereits deshalb aus, weil die erst am 01.07.2002 in Kraft getretene Bestimmung jedenfalls auf Vereinbarungen, die - wie hier - vor dem 01.06.2001 getroffen worden seien, nicht anwendbar sei. Nach den §§ 612, 632 BGB gelte eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn eine empfangene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung 56

zu erwarten sei, was hier aber nicht der Fall sei. Die Parteien hätten die Beklagte zu 2) ursprünglich deshalb als Gemeinschaftsunternehmen gegründet, um das Softwareprogramm in Deutschland zu vermarkten und über ihre gesellschaftliche Beteiligung wirtschaftliche Erfolge zu erzielen. Eine "Vergütung" der Klägerin habe über ihre Beteiligung an der Beklagten zu 2) und damit gerade nicht durch Zahlungen der Beklagten erfolgen sollen. Eine andere Beurteilung sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt geboten, dass die Klägerin dauerhaft von einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung ihres Softwareprogramms ausgeschlossen sei. Die Nutzungsvereinbarung der Parteien sei – nur - für die Dauer von 10 Jahren abgeschlossen. Danach - hier also spätestens ab der 2. Hälfte des Jahres 2009 - könne die Klägerin die Software wieder ausschließlich selbst verwerten und gegen jede Urheberrechtsverletzung vorgehen.

Die Klägerin greift das Urteil mit der von ihr eingelegten Berufung an. Sie macht geltend:

57

Aus der Nutzungsvereinbarung aus dem Jahre 1999 wie auch aus der eidesstattlichen Versicherung des Beklagten zu 3) vom 19.08.1998 ergebe sich, dass sie, die Klägerin, das Softwareprogramm "... " entwickelt habe und deshalb Urheberin dessen sei. Dies ergebe sich auch aus den Aussagen der Zeugen W und L2 und aus dem Gutachten des Sachverständigen S. Das Landgericht habe fehlerhaft angenommen, dass aus der Ermächtigung, das Softwareprogramm zu verändern und zu bearbeiten, das Recht der Beklagten folge, sie dürften beim Vertrieb der Software die Urheberschaft der Klägerin leugnen und in fälschlicher Weise eine eigene Urheberschaft hieran behaupten und sich das diesbezügliche Urheberpersönlichkeitsrecht anmaßen. Das Landgericht habe verkannt, dass die Nutzungsvereinbarung, ihre Wirksamkeit unterstellt, ausschließlich dazu diene, der Beklagten das Recht einzuräumen, das Produkt in der Bundesrepublik Deutschland in einer möglichst erfolgsversprechenden Art und Weise zu vermarkten und die dafür notwendigen Änderungen vorzunehmen. Die Anmaßung der eigenen Urheberstellung, die Verfälschung des Copyrightvermerks, die Entfernung des Hinweises auf ihre Homepage und die Änderung der Programmbezeichnung stellten eine Beeinträchtigung ihres Urheberrechts dar, die nicht durch eine vermeintlich vereinbarte Nutzung gerechtfertigt sei. Ein Verzicht auf die Urheberbezeichnung sei nicht in die Vereinbarung aufgenommen worden. Ferner sei zu berücksichtigen, dass der Vertrag lediglich über eine zeitlich beschränkte Laufzeit verfüge und sich nur auf Deutschland beziehe. Infolge dieser zeitlichen und regionalen Begrenzung sei es ein Kerninteresse des Urhebers, der sein Produkt weiter vermarkten wolle und hieran auch ein berechtigtes Interesse habe, dass zutreffend auf seine Urheberschaft und sein Copyright hingewiesen werde.

58

Unzutreffend sei, dass die Ausübung des Nutzungsrechts aus der Nutzungsvereinbarung unentgeltlich sei. Es habe immer Einigkeit zwischen den Parteien dahingehend bestanden, dass die Ausübung des Nutzungsrechts gegen Zahlung einer Vergütung erfolge. So seien die Lizenzen auch nach 1999 entgeltlich von der Beklagten zu 2) bei ihr angefordert worden. Diese Anforderungen zeigten, dass von den Parteien als angemessene Vergütung 40 % des Softwarepreises angesehen worden sei. In vielen Fällen sei die Lizenz von der Beklagten zu 2) auch gezahlt worden, wie sich dies aus den beigegeführten Rechnungen und Schecks ergebe. Hierdurch sei belegt, dass der Klägerin von Seiten der Beklagten zu 2) ein Entgelt für die Nutzung der Urheberrechte an der streitgegenständlichen Software zugestanden worden sei. Das Landgericht habe in diesem Zusammenhang seine Hinweispflichten missachtet. Soweit es meine, die Vergütung für die urheberrechtlichen Nutzungsrechte habe ausschließlich über die Beteiligung an der Beklagten zu 2), erfolgen sollen, so seien diese Bewertung sowie der Vorwurf eines unsubstantiierten Vortrags völlig überraschend. Dies sei auch falsch, da die angemessene Vergütung aus zwei Komponenten bestanden habe,

59

nämlich zum einen aus der Zahlung der Lizenzgebühren i.H.v. 40 % des Softwarepreises und zum anderen aus der gleichberechtigten Partizipierung am wirtschaftlichen Erfolg der Beklagten zu 2). Da es sich um eine gewerblich genutzte Software handle, für die üblicherweise ein angemessenes Entgelt an den Urheberberechtigten geleistet werde, gelte in Anwendung der §§ 612, 632 BGB eine Vergütungspflicht als stillschweigend vereinbart. Die Tatsache, dass in dem Nutzungsvertrag nichts über die Höhe der zu leistenden Vergütung stehe, beruhe auf dem Umstand, dass diese Vereinbarung zur Vorbereitung eines Prozesses gegen die Fa. C zum Schein gefertigt worden sei und es für diesen Zweck ohne jegliche Bedeutung gewesen sei, mit welchen Gewinnspannen auf der einen oder anderen Seite gearbeitet werde. Als maßgeblich sei zwischen den Parteien ein Entgelt von 40 % des Preises für die Software sowie eine gleichmäßige Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg der Beklagten zu 2) angesehen worden. Selbst wenn eine Vergütungspflicht nicht vereinbart gewesen sei, ergebe sich eine solche für den Zeitraum ab dem 01.07.2002 jedenfalls aus § 32 a UrhG. Diese Neuregelung finde auf sämtliche Nutzungshandlungen seit Inkrafttreten dieser Regelung, also auch auf sog. Altverträge, Anwendung. Ansonsten ergebe sich die Vergütungspflicht, wenn der Nutzungsvertrag von Anfang an unwirksam gewesen oder später erfolgreich gekündigt worden sei, ab dem Zeitpunkt der Unwirksamkeit unter dem Aspekt der ungerechtfertigten Bereicherung sowie unter dem Aspekt des Schadensersatzes.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts könnten aus der Vereinbarung aus dem Jahre 1999 60 keine Rechte hergeleitet werden. Dies gelte von Anfang an, da es sich hierbei um ein nichtiges Scheingeschäft handle, da zwischen den Parteien einvernehmlich die Übertragung von urheberrechtlichen Nutzungsrechten nicht gewollt gewesen sei und lediglich der Schein einer solchen Nutzungsvereinbarung habe erweckt werden sollen. Es habe sich rechtlich lediglich um eine Ermächtigung der Beklagten zu 2) handeln sollen, im eigenen Namen die urheberrechtlichen Nutzungsrechte gegenüber der Fa. C GmbH im Rechtsstreit im Sinne einer gewillkürten Prozessstandschaft geltend zu machen. Die Tatsache, dass von den Beklagten seit dem Jahr 2001, d.h. für einen Zeitraum von ca. 6 Jahren, keinerlei Entgelte für die Nutzung der Software gezahlt worden seien, habe sodann die Kündigung aus wichtigem Grund gerechtfertigt. Spätestens der erstinstanzliche Schriftsatz vom 24.11.2006 stelle eine hierauf gestützte Kündigungserklärung dar.

Die Klägerin beantragt - nach Antragsänderung hinsichtlich der Ziff. I 1, wobei hinsichtlich der 61 vormaligen Antragsfassung auf die Berufungsbegründungsschrift vom 22.03.2007 Bezug genommen wird -

unter Abänderung der Entscheidung des Landgerichts vom 28.11.2006, 62

I. 1. die Beklagten zu verurteilen, es bei Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu 63 unterlassen, bei der Hotelsoftware "...", Version 7.54 und/oder Version 7.93 als Copyright folgende Bezeichnungen zu verwenden: "T und Partner KG" und/oder "I GmbH";

2. die Beklagten zu verurteilen, ihr Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg des 64 oben bezeichneten Programms zu erteilen, insbesondere unter Angabe der gewerblichen Abnehmer oder Auftraggeber, ferner über die Menge der hergestellten, ausgelieferten oder bestellten Vervielfältigungsstücke;

3. die Beklagten zu verurteilen, über den Umfang der vorstehend beschriebenen Handlungen 65 Rechnung zu legen, und zwar unter Vorlage eines Verzeichnisses mit der Angabe der Herstellungsmengen und -zeiten sowie der einzelnen Lieferungen unter Nennung

a) der Liefermengen, Lieferzeiten, Lieferpreise und Namen und Anschriften der Abnehmer,	
b) der Gestehungskosten unter Angabe der einzelnen Kostenfaktoren,	67
c) sowie des erzielten Gewinns,	68
und unter Angabe der einzelnen Angebote und der Werbung unter Nennung	69
d) der Angebotszeiten und Angebotspreise sowie Namen und Anschriften der Angebotsempfänger,	70
e) der einzelnen Werbeträger, deren Auflagenhöhe, Verbreitungszeitraum und Verbreitungsgebiet;	71
4. die Beklagten zu verurteilen, die in ihrem unmittelbaren oder mittelbaren Besitz oder Eigentum befindlichen Vervielfältigungsstücke des oben beschriebenen Programms und die zur Herstellung verwendeten Mittel und Vorrichtungen zu vernichten;	72
II. festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, ihr allen Schaden zu erstatten, der ihr aus den vorstehend bezeichneten Handlungen der Beklagten entstanden ist und künftig noch entstehen wird.	73
III. 1. festzustellen, dass der (undatierte) Nutzungsvertrag zwischen ihr und der Beklagten zu 2. unwirksam ist;	74
2. hilfsweise	75
a) festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, ab dem 01.07.2002 eine angemessene Vergütung aus der Verwertung der von ihr entwickelten Softwareprogramme für den Hotelbereich zu zahlen, mindestens aber 40 % gemäß der zwischen den Parteien seinerzeit praktizierten vereinbarten Vergütung für seitens der Klägerin erteilte Softwarelizenzen;	76
b) die Beklagten zu verurteilen, über den sich aus vorgenannter Ziffer 2 a) ergebenden Anspruch Rechnung zu legen und den sich aus dieser Rechnung ergebenden Betrag an sie nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Zustellung der Klage zu zahlen.	77
Die Beklagten haben den Unterlassungsanspruch zu Ziff. I.1. anerkannt und beantragen im Übrigen,	78
die Berufung zurückzuweisen.	79
Die Klägerin beantragt, hinsichtlich des anerkannten Teils durch Anerkenntnisurteil zu entscheiden.	80
Die Beklagten meinen, die Klägerin habe schon einen Urheberrechtsschutz an dem Computerprogramm "... " und eine Rechtsverletzung durch sie nicht nachzuweisen vermocht. Insbesondere das Gutachten des Sachverständigen S lasse nicht erkennen, von wem die Software entwickelt worden sei. Die Klägerin könne ihr vermeintliches Urheberrecht nicht aus der Nutzungsvereinbarung 1999 herleiten, deren Wirksamkeit sie selbst bis heute in Frage stelle. Die Beklagten zu 1) und zu 3) seien Miturheber der Software gewesen. Es sei sodann in keiner Weise dargelegt und nachgewiesen, dass sie, die Beklagten, urheberrechtsverletzende Änderungen an der angeblich von der Klägerin entwickelten	81

Softwareversion 7.54 vorgenommen hätten, insbesondere den Copyrightvermerk und die Hinweise auf die Homepage der Klägerin geändert hätten. Die Begutachtung durch den Sachverständigen S sei, wie im Einzelnen weiter ausgeführt wird, in diesem Zusammenhang untauglich. Eine sorgfältige Prüfung und sachverständige Begutachtung habe nicht stattgefunden. Sie, die Beklagte zu 2), habe entsprechend dem ihr in dem Nutzungsrechtsvertrag eingeräumten ausschließlichen Nutzungsrecht gemeinsam mit der Beklagten zu 1) das Hotel-Management-System "... konsequent weiter entwickelt und dieses dabei auch in ganz erheblichem Maße umgestaltet, so dass durch die vorgenommenen Änderungen eine neue Software entstanden sei. Nach der genannten Nutzungsvereinbarung sei die Beklagte zu 2) berechtigt gewesen, die Software unter Ausschluss der Klägerin für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in jeder Hinsicht zu nutzen und zu bearbeiten. Selbst wenn die beanstandeten Hinweise auf eine Urheberschaft der Klägerin geändert worden wären, wären diese Änderungen von ihrem Nutzungsrecht gedeckt. Die Neubearbeitung habe zu einem neuen Produkt geführt. Vom vermeintlichen Urheber sei auf sein Urheberbenennungsrecht gemäß § 13 UrhG und auch auf sein Recht gemäß § 14 UrhG verzichtet worden. Von einer Gefährdung der Urheberinteressen könne ebenfalls keine Rede sein, wenn man bedenke, dass die Nutzungsvereinbarung zu einem Zeitpunkt geschlossen worden sei, als die Klägerin noch 51 % der Anteile der Beklagten zu 2) gehalten habe. Überdies hätten der Beklagte zu 3) und die Klägerin die Beklagte zu 2) zur gemeinsamen Weiterentwicklung gegründet. Das Landgericht sei zutreffend von der Wirksamkeit der Nutzungsvereinbarung ausgegangen. Der Vorwurf der Klägerin, dass das Landgericht seine Hinweispflicht verletzt habe, gehe fehl.

Die Klägerin habe keinen Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Die Nutzungsrechtsvereinbarung enthalte keine Regelung über eine Vergütung. Vielmehr sei in dem GmbH-Vertrag der Beklagten zu 2) ausdrücklich die gemeinsame Weiterentwicklung zum Gegenstand des Unternehmens gemacht worden. Es habe auf dem deutschen Markt hierfür irgendwann nur die Beklagte zu 2) tätig werden sollen. Der Gewinn, der aus der einheitlichen und gewinnbringenden Vermarktung des Produkts habe erzielt werden sollen, habe zweifellos unter den Gesellschaftern geteilt werden sollen. Aus diesem Grund habe die Nutzungsrechtsvereinbarung auch keine Zahlungsverpflichtung enthalten. Der Vortrag der Klägerin, es habe zwischen den Parteien Einigkeit über eine Vergütungspflicht für die Ausübung des Nutzungsrechts bestanden, sei unzutreffend und als neuer Vortrag nach §§ 529, 531 ZPO nicht berücksichtigungsfähig. Eine angebliche Vergütungsvereinbarung werde substantiiert nicht dargetan. Die von der Klägerin vorgelegten Lizenzanforderungen seien ihnen unbekannt und mitunter gefälscht. Die Lizenzpreise, wie sie angegeben worden seien, seien auch zu keinem Zeitpunkt gezahlt worden. Die fraglichen weiteren Rechnungen hätten sie, die Beklagten, nie erhalten. Die von der Klägerin behaupteten Zahlungsrückstände für angeblich nicht bezahlte Lizenzen in Höhe von 330.000,- DM habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben. In der "Factuurhistorie" der Klägerin sei vielmehr lediglich ein Betrag von 3.819,47 € ausgewiesen. Den offenen Betrag habe die Beklagte zu 2) per Verrechnungsscheck vom 21.06.2000 an die Klägerin gezahlt. Weitere Verbindlichkeiten hätten bis zum 01.07.2000 nicht bestanden. Soweit die Beklagte zu 2) zwei Beträge von 2.427,28 € und von 1.543,37 € an die Klägerin gezahlt habe, hätten diese mit den hier vorgelegten Rechnungen nichts zu tun. Ein Entgelt für die Nutzung der Urheberrechte an der Software "Brilliant für Windows" sei nicht gezahlt worden. Eine Vergütungspflicht ergebe sich auch nicht aus § 32 UrhG, da diese Regelung auf den vorliegenden Nutzungsvertrag keine Anwendung finde.

82

Der Senat hat den Geschäftsführer der Klägerin und den Beklagten zu 3) persönlich angehört. Wegen des Ergebnisses der Anhörungen sowie der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Berichterstattevermerk zum Senatstermin sowie die

83

gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Die Akten 13 O 79/02; 13 O 80/02, jeweils LG Dortmund; 21 O 21/98, 22 O 5/01, jeweils LG Mannheim; 17 O 282/00, 11 O 17/01, jeweils LG Bielefeld; 23 O 62/01, 24 O 35/01, 12 O 65/01, 23 O 113/01, 23 O 208/01, jeweils LG Münster; und 13 O 519/03 LG Bremen lagen zu Informationszwecken vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

B. 84

Die zulässige Berufung der Klägerin ist teilweise begründet und führt teilweise zur Abänderung des angefochtenen Urteils und zur Verurteilung der Beklagten gemäß den Berufungsanträgen zu I 1, 2, und 3 sowie zu II. Die weitergehende Berufung hinsichtlich der geltend gemachten Feststellung der Unwirksamkeit des zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2) abgeschlossenen Nutzungsvertrages und hinsichtlich der hilfsweise geltend gemachten Vergütungsansprüche gemäß dem Antrag zu III ist demgegenüber unbegründet. 85

I. 1. 86

Das Landgericht und der Senat sind für den Urheberrechtsstreit international am Sitzgericht der Beklagten zuständig. Der Geschäfts- und Wohnsitz der Beklagten befindet sich in X im hiesigen örtlichen Zuständigkeitsbereich. Dies ist von den Parteien zu Recht nicht problematisiert. Die Zuständigkeit wird auch im Rahmen des Berufungsverfahrens nicht beanstandet. 87

2. 88

Internationalprivatrechtlich findet, wovon auch die Parteien ausgehen, nach dem sog. Schutzlandgrundsatz deutsches Urheberrecht Anwendung. Die Frage, ob bei grenzüberschreitenden Handlungen Ansprüche aus Urheberrechten oder Leistungsschutzrechten bestehen, ist nämlich grundsätzlich nach dem Recht des Schutzlandes zu beurteilen, d.h. nach dem Recht desjenigen Staates, für dessen Gebiet der Immaterialgüterschutz in Anspruch genommen wird (BGHZ 152, 317 = ZUM 2003, 225). Das ist hier jedenfalls das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, für das die Beklagten den Vertrieb der streitgegenständlichen Software in Anspruch nehmen. Auf die allgemeine Regelung des Art. 40 EGBGB für unerlaubte Handlungen kommt es in diesem Rahmen nicht an (BGH a.a.O.). Die Klägerin als ein niederländisches Unternehmen fällt im Übrigen auch in den persönlichen Geltungsbereich des Urheberrechtsgesetzes, § 120 II Nr. 2 UrhG. 89

II. 90

Die Frage der Prozessführungsbefugnis der Klägerin und der Unterbrechung des Rechtsstreits gemäß § 240 ZPO wegen des in den Niederlanden eingeleiteten Insolvenzverfahrens "surceance van betaling" stellt sich nicht mehr und ist insofern überholt, als dieses Verfahren nach den Erklärungen der Klägerin mittlerweile durch Zwangsvergleich abgeschlossen worden ist. Im Übrigen wird mit dem Landgericht im Hinblick auf BGH ZIP 1998, 659 und auch unter Beachtung des nunmehrigen § 352 I InsO (der insoweit keine Abweichung beinhaltet; vgl. zur Entziehung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach ausländischem Recht Wimmer, in FR-InsO, Stand 2006, § 352 Rn. 1, 3) davon ausgegangen, dass vorliegend keine Unterbrechung eingetreten war, da nach Art. 231 der niederländischen Insolvenzordnung eine ausschließliche Prozessführungsbefugnis des Insolvenzverwalters nicht vorgesehen war. 91

III. 92

Hinsichtlich des titulierten Unterlassungsanspruchs waren die Beklagten, nachdem diese diesen in der im Senatstermin gestellten Fassung anerkannt haben, dem Anerkenntnis gemäß zu verurteilen, §§ 307, 313 b I ZPO.	93
IV.	94
Die weiteren von der Klägerin geltend gemachten urheberrechtlichen Ansprüche auf Auskunftserteilung (Ziff. I 2), Rechnungslegung (Ziff. I 3), Vernichtung (Ziff. I 4) und Schadensersatz (Ziff. III) sind gerechtfertigt aus §§ 97 I, 98 I, 101 a UrhG.	95
1. a)	96
Die Verletzung des Urheberrechts der Klägerin an dem streitgegenständlichen Programm durch die Beklagten ist bereits mit dem Anerkenntnis des Unterlassungstitels anerkannt. Überdies folgt eine solche auch aus dem nunmehr unstreitigen Parteivortrag. Die Beklagten haben die Entwicklung des Programms von Seiten der Klägerin nicht erheblich bestritten, aus dem Grunde, weil im Senatstermin klargestellt worden ist, dass die Software 7.93 von der Beklagten zu 2) installiert worden ist und dass man für die Version 7.54 letztlich nur die Bankettfunktion, die Funktion "Umzug in Wochenplan", die Rechnungsformate, den Preiscode, den Tagesabschluss Preproc (SPKA), die Gruppenreservierung sowie die Dokumentenverwaltung mitentwickelt hat. Soweit dann im Rahmen der späteren Version nach Angaben des Beklagten zu 3) ca. 70 % überarbeitet worden seien und von dem Ausgangsprodukt noch ca. 30 % verblieben seien, lag sodann noch keine selbständige Bearbeitung vor, die es auch unter Berücksichtigung des fraglichen Nutzungsvertrages rechtfertigte, das "Copyright" der Klägerin insgesamt zu leugnen. Die im Hotel "Q" in C2 installierte Software wies insoweit ausschließlich auf die I GmbH hin, wobei ebenfalls ein Verweis lediglich auf die Seite *internetadresse* existierte.	97
Abgesehen davon, dass die Beklagten die Entwicklung der streitgegenständlichen Software durch die Klägerin, wie die Sachverhaltsaufklärung im Senatstermin ergeben hat, nicht erheblich bestritten haben, folgt eine solche – unabhängig auch von den diesbezüglichen Aussagen der Zeugen W und L2 und dem (wenn auch unzureichenden) Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. S aus erster Instanz – aus den eigenen Erklärungen des Beklagten zu 3). Zum einen ergibt sich aus dem Nutzungsvertrag aus 1999, auf den sich die Beklagten selbst stützen, dass die Klägerin Urheberin dieser Software ist. Danach hat die Fa. B insbesondere auch das hier fragliche Hotelmanagementprogramm "..." entwickelt. Hierüber wurde ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt, was nur dann Sinn macht, wenn es ursprünglich von der Klägerin stammte. Diese Sicht setzt sich etwa auch in dem späteren Widerspruch vom 22.12.2000 in Bezug auf die von der Klägerin ausgesprochene Kündigung fort, in der eine eigene maßgebliche Mit- oder Fortentwicklung hieran ebenfalls nicht anklingt. Zum anderen hat der Beklagte zu 3) in seiner eidesstattlichen Erklärung vom 19.08.1998 (Bl. 183) in einem beim Landgericht Mannheim geführten Rechtsstreit selbst erklärt, dass die Fa. B des Geschäftsführers W das Softwareprogramm "..." entwickelt habe. Eine irgendwie geartete Einschränkung auf eine MS-DOS-Version, wie von den Beklagten nunmehr eingewandt wird, befindet sich dort nicht.	98
Ebenso wenig ist von Belang, dass die Hotel Fa. M in London behauptet hat, Urheberin des Programms "..." zu sein, schon deshalb, weil die hier maßgeblichen Rechtsverletzungen bereits früher vorgelegen haben als in diesem späteren Zeitpunkt in 2002.	99
b)	100
	101

Die nötige Individualität und Schöpfungshöhe des Programms im Sinne der §§ 2 II, 69 a III UrhG ist zu bejahen, weil es sich um ein komplexes Computersystem handelt, das nicht nur marktgängig ist, sondern auch von einer Mehrzahl von Programmierern im Zuge jahrelanger Arbeit und Fortentwicklung entwickelt worden ist. Ebenso ist die Art der technischen Umsetzung durch die gewählte Programmierungssoftware als individuell und schöpferisch anzusehen. Der Senat, ein mit Urheberrechtsfragen vertrautes und hierauf spezialisiertes Gericht, kann dies grundsätzlich (vgl. BGH GRUR 1980, 853; 1985, 534, 535) wie auch im Streitfall aus eigener Sachkunde beurteilen.

c) 102

Die Beklagten waren nach der im Jahre 1999 abgeschlossenen Nutzungsvereinbarung nicht über die Nutzung der Software hinaus auch zu ihrem Vertrieb ohne Urheberhinweis auf die Klägerin, nämlich nur mit den Bezeichnungen "T und Partner KG" und/oder "I GmbH" berechtigt. 103

Die umfassende und ausschließliche Einräumung der Nutzungs- und Verwertungsbefugnis (vgl. § 31 I, III UrhG) zu Gunsten der Beklagten hat es nicht auch erlaubt, sich das Urheberpersönlichkeitsrecht anzumaßen und die Hinweise auf die Urheberschaft der Klägerin wegzulassen, so insbes. den Copyrightvermerk zu ändern oder die Software entsprechend zu vertreiben. Grundsätzlich hat der Urheber gemäß § 13 UrhG das Recht auf Anerkennung seiner Urheberschaft am Werk - ergänzt durch die Entstellungs- und Änderungsverbote der §§ 14, 39 UrhG und die Pflicht zur Quellenangabe gemäß § 63 UrhG. Er kann sich, wenn jemand z.B. das Werk als eigenes bezeichnet, entsprechend hiergegen wehren (vgl. Schricker-Dietz, UrhG, 3. Aufl. 2006, § 13 Rn. 8; Rehbinder, Urheberrecht, 14. Aufl. 2006, Rn. 402). Die Klägerin hat mit der vorliegenden Nutzungsvereinbarung nicht auf die Angabe ihrer Urheberbezeichnung verzichtet, spricht insoweit ein anderes vereinbart. 104

Eine Vereinbarung über die Urheberbezeichnung im Rahmen einer Nutzungseinräumung, eine entsprechende Einschränkung derer, eine Vereinbarung über die Änderung der Urheberbezeichnung oder ein Verzicht hierauf ist, wie sich aus § 39 UrhG ergibt, trotz Unübertragbarkeit und Unverzichtbarkeit in Bezug auf das Stammrecht grundsätzlich zulässig (vgl. BGH UFITA 38, 1962, 340 – Straßen, gestern und morgen; BGHZ 126, 245 - Namensnennungsrecht des Architekten; Schricker, a.a.O., Vor §§ 12 ff. Rn. 28 f.; § 13 Rn. 22; § 39 Rn. 1, 8 m.w.N.). Indes sind diesbezüglich zum Schutze des Urhebers strenge Anforderungen zu stellen. Dies gilt einerseits für die Feststellung einer – gegebenenfalls auch stillschweigend – erfolgten vertraglichen Einschränkung des Namensnutzungsrechts (vgl. BGHZ 126, 245). Andererseits bedarf es zur Beurteilung der für den Urheber zumutbaren Resultate einer konkreten Interessenabwägung, bei der etwa die Intensität des Eingriffs, dessen Erforderlichkeit im Hinblick auf die im Rahmen der vertragsgemäßen Ausübung der Verwertung, die Branchenüblichkeit und der Vertrags- bzw. Verwertungszweck zu berücksichtigen sind (vgl. Schricker-Dietz, a.a.O., Vor §§ 12 ff. Rn. 28; § 39 Rn. 11, 14 ff.). 105

Ausdrücklich ist in der Nutzungsvereinbarung aus dem Jahre 1999 nicht geregelt, dass die Beklagte zu 2) über eine Bearbeitung der Software hinaus auch eine eigene Urheberschaft hieran behaupten und die diesbezüglichen Angaben – Copyrightvermerk, Hinweis auf Homepage der Klägerin etc. - ändern darf. Auch aus dem Gesamtkontext im Zusammenhang mit der Einräumung der Nutzungsrechte und umfassenden Bearbeitungsmöglichkeiten ergibt sich dies nicht. Die Beklagte zu 2) sollte zwar die Software "in denkbar umfassender Weise" auch in "veränderter Form unter Ausschluss" der Klägerin "in jeder Hinsicht" verwerten, sie auf "sämtliche Arten" nutzen, fortführen, "nach eigenem Ermessen bearbeiten und in sonstiger Weise umgestalten" und die "hierdurch geschaffenen Leistungsergebnisse in der 106

gleichen Weise wie die ursprüngliche Fassung des Programms und der Dokumentation" verwerten dürfen. Indes liegt der Kern der Rechtseinräumung gerade nur in der Verwertung und der inhaltlichen Änderung des Programms als solchem, so dass mit diesem Regelungsinhalt vornehmlich nur Änderungen des Programms gemeint waren, ohne dass davon erkennbar auch die Urheberbenennung berührt war. Die völlige "Löschung" der klägerischen Urheberbezeichnung war zu weitgehend und insofern nicht gerechtfertigt. Auch die gebotene Interessenabwägung ließe dies nicht zu. Die Klägerin hat ein beachtliches Interesse daran, das Programm außerhalb des örtlichen Geltungsbereichs der Nutzungsvereinbarung (Bundesrepublik Deutschland) und des zeitlichen Rahmens (von 10 Jahren) selbst zu vermarkten. Sie will ihre Urheberschaft auch in der Urheberbezeichnung gewahrt wissen und nicht in ihrer weiteren eigenen Verwertung beeinträchtigt werden. Der Vertragszweck, nämlich eine bloße Vermarktung durch die Beklagte zu 2), erfordert sodann keine Urheberrechtsanmaßung durch diese. Hierzu ist eine solche Änderung, die das Copyright der Klägerin in Abrede stellt, nicht erforderlich. Eine selbständige Bearbeitung, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnte, lag wie ausgeführt nicht vor.

3. a) 107

Die Klägerin kann gemäß § 101 a UrhG von den Beklagten die Auskunftserteilung über die Vertriebswege des streitgegenständlichen Programms verlangen, ferner gemäß §§ 242, 259 f. BGB zur Durchsetzung in Betracht kommender Schadensersatzansprüche gegen diese, so wie titulierte, Auskunftserteilung und Rechnungslegung, insbesondere hinsichtlich der diesbezüglichen Liefermengen und –zeiten. Die Klägerin ist in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder jedenfalls über den Umfang ihrer diesbezüglichen Rechte im Ungewissen. 108

Sie hat ferner nach § 98 I UrhG Anspruch auf Vernichtung der noch im Besitz der Beklagten und in ihrem Eigentum befindlichen Vervielfältigungsstücke und der sich hierauf beziehenden Vorrichtungen. Die Maßnahmen sind insoweit nicht unverhältnismäßig. 109

Ferner ist wegen des erfolgten Eingriffs in das Schutzrecht der Klägerin die Schadensersatzverpflichtung der Beklagten für die ihr hieraus entstandenen und zukünftig noch entstehenden Schäden festzustellen, §§ 256 ZPO, 97 I UrhG. Die Beklagten haben sich jedenfalls fahrlässig über die Urheberrechte der Klägerin hinweggesetzt. 110

b) 111

Die Ansprüche richten sich gegen sämtliche 3 Beklagten. Die Beklagte zu 2) hat die Installation in C2 vornehmen lassen. Der Beklagte zu 3) hat als ihr verantwortlicher Geschäftsführer die Verletzungshandlung mitveranlasst. Die Beklagte zu 1) haftet infolge des von ihr durchgeführten Vertriebs der beanstandeten Software. 112

V. 113

Der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Nutzungsvertrages (Antrag zu Ziff. III 1) ist unbegründet. Eine Unwirksamkeit des Nutzungsvertrags kann mit dem Landgericht nicht festgestellt werden. 114

1. 115

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Nutzungsvereinbarung als bloßes Scheingeschäft nach § 117 BGB nichtig ist. Denn es ist schon in keiner Weise belegt, dass es sich um eine 116

bloße Ermächtigung der Beklagten handeln sollte, im eigenen Namen die urheberrechtlichen Nutzungsansprüche gegenüber der Fa. C GmbH geltend zu machen. Die vorgelegten Unterlagen, so insbesondere die Schreiben der Klägerin vom 12.04., 05.05. und 25.05.1999 sowie die vorgelegten Anschreiben der Rechtsanwälte I2 pp. belegen dies nicht. Denn daraus ergibt sich eine bloß "vorgeschobene" derartige Ermächtigung nicht. Vielmehr würde die Urheberklage gegen die Fa. C GmbH durch die Beklagte zu 2) grundsätzlich auch die Gültigkeit der Nutzungsvereinbarung voraussetzen, was der Annahme eines Scheingeschäfts wiederum entgegensteht (vgl. BGHZ 36, 84; NJW 1993, 2609; Palandt-Heinrichs, BGB, 66. Aufl. 2007, § 117 Rn. 4). Die Nutzungsvereinbarung war grundsätzlich auch zur Erreichung des Gesellschaftszwecks der Beklagten zu 2) geeignet und erforderlich. Überdies spricht gegen ein Scheingeschäft auch das eigene vorgerichtliche Verhalten der Klägerin, zumal unter dem 19.12.2004 die Kündigung des Nutzungsvertrages ausgesprochen worden ist, die bei einer entsprechenden Nichtigkeit nicht erforderlich wäre, und selbst in der Kündigung nur vermeintliche außerordentliche Kündigungsgründe angesprochen sind, nicht aber gerade auch die Umstände einer Nichtigkeit, wie es zu erwarten gewesen wäre, wenn dem so gewesen wäre.

Soweit in diesem Zusammenhang für die behauptete Scheinvereinbarung mit Schriftsatz vom 09.08.2005 eine "eidliche Parteivernahme" beantragt war, ist festzustellen, dass gemäß Erklärung der Klägerin im Termin vor dem Landgericht vom 25.10.2005 kein Antrag auf Vernehmung des Beklagten zu 3) gestellt werden sollte. Im Übrigen kann als Voraussetzung für eine Einvernahme des eigenen Geschäftsführers der Klägerin nach § 448 ZPO keine hinreichende Wahrscheinlichkeit hierfür festgestellt werden. 117

2. 118

Ebenso wenig kann die fristlose Kündigung vom 19.12.2000 als wirksam angesehen werden. 119
Soweit das Landgericht insoweit zutreffend darauf abgestellt hat, dass der Klagevortrag insoweit nicht hinreichend substantiiert und zudem auch nicht nachgewiesen war, dass die Beklagte zu 2) Zahlungsrückstände von 333.000,- DM auflaufen sowie Gelder von der Beklagten zu 1) vereinnahmen ließ, ist festzustellen, dass dies auch mit der Berufung nicht nachgeholt wird. Auch die weiteren in dem genannten Kündigungsschreiben angesprochenen Kündigungsgründe, insbesondere eine absprachewidrige Anmeldung der Markenrechte, vermögen nicht durchzugreifen, schon deshalb, weil dazu klägerseits konkret nichts vorgetragen wird.

3. 120

Soweit nunmehr darauf abgestellt wird, dass zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung für einen Zeitraum von 7 Jahren keine Vergütung gezahlt worden sei, so dass jedenfalls aktuell die Kündigung wirksam sei, wobei spätestens der erstinstanzliche Schriftsatz vom 24.11.2006 eine auf diesen Grund gestützte Kündigung darstelle, und soweit auch zuvor schon im Prozess als Kündigungsgrund geltend gemacht war, dass die Beklagten vertragswidrig das Copyright geändert und "gefälscht" hätten, kann wiederum eine wirksame (konkludente) Kündigung wegen der Regelung des § 626 II BGB, worauf hingewiesen und was erörtert worden ist, nicht durchgreifen. Diese Regelung, die auch auf andere Dauerschuldverhältnisse außerhalb eines Dienstverhältnisses wie dem Vorliegenden Anwendung findet (vgl. BGH NJW 1999, 355; Palandt-Weidenkaff, a.a.O., § 626 Rn. 1, 20/21 m.w.N.), verlangt zur kurzzeitigen Klärung und zur Schaffung von Rechtsklarheit eine außerordentlich Kündigung innerhalb von 2 Wochen ab Erlangung der Kenntnis von dem maßgeblichen Kündigungsgrund. Eine Kenntnis von dem Vergütungsrückstand und auch von der Urheberrechtsverletzung in Form der Änderung des Copyrights bestand hier aber schon 121

in 2000 bzw. nach der damaligen Datensicherung im Hotel "Q" in 2001. Die erst lange Zeit später nunmehr im Prozess erklärten Kündigungen konnten insofern wirksam nicht mehr erfolgen.

4. 122

Ein Recht der Klägerin zur fristlosen Kündigung folgt ferner nicht, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, aus den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Vielmehr hätte danach allenfalls eine Vertragsanpassung erfolgen können und müssen. Eine endgültige Beendigung der Vertragsbeziehung war mit den insofern maßgeblichen Grundsätzen nicht vereinbar. Außerdem hatte die Klägerin in Bezug auf die Beklagte zu 2) letztlich selbst die Kaduzierung veranlasst, so dass sich die Änderung der Geschäftsgrundlagen und der Verlust der Beteiligung grundsätzlich in ihrer Risikosphäre bewegten. Aus den gleichen Gründen ist den Beklagten die Berufung auf die Nutzungsvereinbarung auch nicht nach Treu und Glauben, § 242 BGB, verwehrt. 123

VI. 124

Es besteht – im Hinblick auf den hilfsweise gestellten Antrag zu Ziff. III 2 – kein Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung einer angemessenen Vergütung von mindestens 40 % einer nach Behauptung der Klägerin vereinbarten Vergütung für erteilte Softwarelizenzen. 125

1. 126

Eine derartige Vergütungsvereinbarung liegt nicht vor. Es kann nicht festgestellt werden, dass, wie die Klägerin nunmehr unter Vorlage diverser Lizenzanfragen, Lizenzerteilungen, Rechnungen und Zahlungsvorgänge neu vorträgt, Einigkeit zwischen den Parteien darüber bestanden hat, dass die Ausübung des Nutzungsrechts auf Seiten der Beklagten gegen Zahlung einer solchen Vergütung erfolge, und dass von den Parteien eine Vergütung in Höhe von 40 % des Softwarepreises als angemessen angesehen und von der Beklagten entsprechend auch bezahlt worden ist. 127

Dieser streitige Vortrag einschließlich der diesbezüglichen Anlagen, die im Übrigen bereits aus den Jahren 1998 und 1999 stammen und von den Beklagten als nicht bekannt und mitunter als gefälscht in Abrede gestellt werden, ist bereits, selbst wenn er, was nicht der Fall ist, zur Schlüssigkeit des Klagevortrags führen würde, nach §§ 529, 531 ZPO zurückzuweisen, da er ohne Nachlässigkeit bereits in erster Instanz hätte vorgebracht werden können. Eine Hinweispflichtverletzung des Landgerichts im Sinne von 128

§ 531 II Nr. 2 ZPO ist insoweit nicht begründet. Die Beklagten hatten eine Vergütungspflicht und eine derartige Vergütungsvereinbarung in ihrem erstinstanzlichen Vortrag bereits explizit bestritten, auch unter Hinweis auf die Mitbeteiligung der Klägerin an der Beklagten zu 2). Der Verweis der Klägerin auf den anderweitigen Rechtsstreit LG Dortmund 13 O 80/03, in dem mit der dortigen Widerklage über eine Vergütung für die Abrechnungszeiträume für 1998 bis 2000 gestritten wird, kann und konnte den insoweit nötigen Klagevortrag nicht ersetzen. 129

Überdies fehlt nach wie vor konkreter Vortrag dazu, wann, wo und wie genau mit welchem Inhalt eine Vergütungsvereinbarung getroffen worden sein soll. Die Beklagten hatten dies ebenfalls ausdrücklich beanstandet. Es ist in keiner Weise mitgeteilt, wann, wo, wie und unter welchen Umständen die behauptete Vergütungsvereinbarung getroffen worden und wie diese weiter – in Abweichung auch von der Nutzungsvereinbarung und in Ergänzung zu der 130

Gesellschaftsbeteiligung – ausgestaltet gewesen sein soll. Der Klagevortrag ist insoweit nach wie vor unschlüssig und auch in geeigneter Weise nicht unter Beweis gestellt. Die Nutzungsvereinbarung aus dem Jahre 1999 selbst beinhaltet keine Abstimmung über die verlangte Vergütung. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der nach wie vor als wirksam anzusehenden Nutzungsvereinbarung, nämlich ohne die Vereinbarung einer Vergütungsregelung, spricht demgegenüber eine tatsächliche Vermutung.

Auch aus den nunmehr vorgelegten Lizenzanforderungen (BLK 1, 2) und Rechnungen (BLK 131 3 ff.) kann eine entsprechende Vergütungsvereinbarung nicht hergeleitet und als belegt angesehen werden. Denn die Echtheit der Dokumente ist bestritten. Der Zugang insbesondere der vorgelegten Rechnungen ist nicht nachgewiesen. Und ebenso wenig sind nachgewiesen die korrespondierenden Zahlungen für die fraglichen Lizenzanforderungen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der mit dem letzten Schriftsatz vom 06.06.2007 weiter überreichten "Vereinbarung vom 19.10.2000 zur Veränderung der gemeinsamen GmbH und zur zukünftigen Zusammenarbeit" (BKL 8) und des Entwurfs der Kooperationsvereinbarung (BKL 9). Abgesehen davon, dass hieraus nicht hervorgeht, wie sich der vermeintliche Saldo von 150.000,- DM zu Lasten der GmbH zusammensetzt, handelt es sich bei diesen Dokumenten ersichtlich um bloße Entwurfsfassungen (s. bzgl. BKL 8 Ziff. 12), die so offenbar nie zur Umsetzung gekommen sind und die auch im Gesamtzusammenhang nicht belegen, dass neben der Beteiligung an der Beklagten zu 2), bei der die Klägerin 51 % der Anteile hatte, eine gesonderte weitere Vergütung zu zahlen war.

2. 132

Ebenfalls kann eine stillschweigende Vereinbarung nach §§ 612, 633 BGB nicht 133 angenommen werden. Soweit es sich um eine gewerblich genutzte Software handelte, für die üblicherweise ein angemessenes Entgelt geschuldet wird, ist zu berücksichtigen, dass nach den Umständen nicht eine berechtigte Erwartung der Klägerin dahin festgestellt werden kann, dass die Leistung nur gegen die Zahlung einer Vergütung erfolgt oder erfolgen sollte. Denn zur gemeinsamen Vermarktung wurde extra die Beklagte zu 2) gegründet, und die Beklagten hatten erheblich eingewandt, dass der hieraus erzielte Gewinn unter den Gesellschaftern habe geteilt werden sollen. Gerade aus diesem Grunde habe die Nutzungsvereinbarung auch keine Zahlungsverpflichtung enthalten. Überdies war von den Beklagten in nicht ausgeräumter Weise vorgetragen, dass die Beklagte zu 2) ihrerseits Gegenleistungen, nämlich Personal, Geschäftsräume eingebracht und organisatorische und technische Mittel zur Verfügung gestellt habe. Danach ist eine auch stillschweigende Vergütungsabrede offen. Die Klägerin bleibt insoweit darlegungs- und beweisfällig, was, da sie eine vertraglich geschuldete Vergütung verlangt, zu ihren Lasten geht. Eine Vergütungsvereinbarung ist nach den Gesamtumständen nicht feststellbar. Auch die fragliche Factuurhistorie vom 01.07.2000 weist entsprechende Zahlungsrückstände nicht auf.

3. 134

Es bestehen keine Vergütungsansprüche aus § 32 UrhG, der im Zusammenhang mit der 135 Zielsetzung des Urhebergesetzes zu sehen ist, dem Urheber eine angemessene Vergütung für die Nutzung des Werkes zu sichern, § 11 S. 2 UrhG. § 32 I 2, III 1 UrhG beinhaltet einen zwingenden Anspruch gegen den Vertragspartner, den Nutzungsvertrag derart zu ändern, dass dem Urheber eine angemessene Vergütung, wenn die vereinbarte Vergütung nicht angemessen ist oder keine derartige vereinbart ist, zu gewähren ist. Zu beachten ist indes, dass diese Vorschrift erst mit der Urheberrechtsnovelle vom 22.03.2002 in das Urhebergesetz aufgenommen worden ist. Nach der Übergangsregelung des § 132 III UrhG gilt sie nur für Verträge, die nach dem 01.06.2001 geschlossen worden sind. Auf den

vorliegenden Altvertrag aus dem Jahr 1999 findet § 32 UrhG keine Anwendung, so dass die Klägerin hieraus eine Vertragsanpassung und entsprechende Vergütungsansprüche nicht herleiten kann. Sodann kann ein Vergütungsanspruch nach altem Recht im Hinblick auf die Gewinnverteilung über die Beklagte zu 2) auch nicht auf der Grundlage der sog. Zweckübertragungstheorie hergeleitet werden.

4. 136

Ein Vergütungsanspruch ergibt sich nicht, wie die Klägerin mit der Berufung geltend macht, aus § 32 a UrhG. Diese Regelung gibt dem Urheber, wenn das Entgelt für ihn und die Erträge und Vorteile des Werknutzers ex post betrachtet in einem auffälligen Missverhältnis stehen, einen Anspruch auf Änderung des Vertrages derart, dass ihm eine den Umständen nach weitere angemessene Beteiligung zu gewähren ist (sog. Korrekturanspruch). 137

a) 138

Diese Regelung findet indes erst auf die maßgeblichen Sachverhalte und Verträge Anwendung, die nach dem 28.03.2002 entstanden sind, § 132 III 2 UrhG. Bei einem davor eintretenden Missverhältnis ist noch altes Recht anzuwenden, nämlich § 36 UrhG a.F., wonach ein "grobes Missverhältnis" und eine "Unerwartetheit" erforderlich waren (vgl. Schricker, a.a.O., § 32 a Rn. 2; i.E. Wandtke/Grunert, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 32 a Rn. 37 ff.). Gleichgültig für die Anwendbarkeit des neuen § 32 a UrhG mag dabei sein, wann die Einräumung der Nutzungsrechte erfolgt ist (Wandtke/Grunert, a.a.O., § 32 Rn. 36). Im Streitfall ist insoweit zu beachten, dass sowohl die Kündigung des Nutzungsvertrages als auch die Kaduzierung des Gesellschaftsanteils bei der Beklagten zu 2) deutlich vor diesem Zeitpunkt erfolgt sind, somit gerade auch der von der Klägerin beanstandete Umstand, dass ihr seither überhaupt keine Beteiligung aus der Nutzung der Software mehr zustehe. Schließlich erhellt auch aus dem Parallelverfahren, in dem Vergütungsansprüche für die Zeiträume bis 2000 geltend gemacht werden, dass es sich hinsichtlich der angesprochenen Missverhältnisproblematik nicht um einen nach neuem Recht zu beurteilenden Neuvorgang handelt. 139

b) 140

Aber auch ein Vergütungsanspruch aus § 36 UrhG a.F. ist, wie im Senatstermin ausführlich erörtert worden ist, nicht begründet. Für die Vergangenheit würde danach nicht nur ein Anspruch auf Einwilligung in eine angemessene Vertragsanpassung, sondern 141

– bei Bestreiten und Nichteinwilligung – auch auf Zahlung bestehen. 142

Voraussetzung ist zunächst, dass zwischen vereinbarter Gegenleistung und den Erträgen des VerwerTERS unter Berücksichtigung der gesamten Beziehungen zwischen diesen ein grobes Missverhältnis besteht. Maßstab hierfür ist dasjenige, was üblicherweise zu leisten ist, um den Urheber angemessen an der Verwertung seiner Werke zu beteiligen (BGH GRUR 2002, 153, 155 – Kinderhörspiele). Hierfür könnte vorliegend zwar sprechen, dass den Beklagten infolge der Vertragsentwicklung ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt ist, bei dem sie sogar wegen der unterlassenen Urheberbenennung der Klägerin noch vertragsbrüchig waren, und dass ab 2001 bis heute für die Nutzung der Software keine Gegenleistung mehr erbracht wurde. Indes kann die Frage des Missverhältnisses im Streitfall insofern dahinstehen, als die weitere Anspruchsvoraussetzung, dass das Missverhältnis unerwartet gewesen sein muss (vgl. BGHZ 137, 387, 397 – Comic-Übersetzungen; BGHZ 115, 63 – Horoskop-Kalender), nicht erfüllt ist. Die Vorschrift des § 36 a.F. UrhG stellt sich als 143

eine Ausprägung der *clausula rebus sic stantibus*, also der Durchbrechung des Grundsatzes "pacta sunt servanda" wegen schwerwiegender Änderung der Geschäftsgrundlage dar (vgl. Wandtke/Grunert, a.a.O., § 32 Rn. 15, 40). Unter diesem Blickwinkel kam der Ausschluss aus der Gewinnbeteiligung an der Beklagten zu 2) nicht unerwartet, sondern ist absehbar erfolgt aufgrund der von der Klägerin selbst zu verantwortenden Kaduzierung ihrer Gesellschaftsanteile wegen der nicht gezahlten Stammeinlage. Die hier maßgebliche Vertragsstörung resultiert insofern aus dem eigenen Verantwortungs- und Risikobereich der Klägerin. Sie kann sich insofern nunmehr nicht zur Begründung ihrer Vergütungsansprüche auf ein für die Vertragsparteien unerwartetes Missverhältnis berufen.

VII. 144

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 I, 97 (unter Berücksichtigung der beiderseitigen Obsiegens- und Unterliegensanteile wie auch des Teilsanerkennnisses im Bezug auf den Unterlassungsanspruch), 708 Nr. 1 und 708 Nr. 10, 713 ZPO. 145

Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, § 543 I ZPO. Das Urteil stellt eine Einzelfallentscheidung dar, die der Senat auf der Grundlage anerkannter Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur getroffen hat. Die Rechtssache besitzt so weder grundsätzliche Bedeutung, noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. 146