

RAUE Potsdamer Platz 1 | 10785 Berlin

Oberlandesgericht München
Prielmayerstraße 5
80335 München

Per beA

RAUE

Partnerschaft von Rechtsanwälten
und Rechtsanwältinnen mbB

Potsdamer Platz 1
10785 Berlin

www.raue.com

5 U 2404/24 e

Datum: 19. September 2024
Unser Zeichen: R-1018-24

In dem Rechtsstreit

Easybusiness Training GmbH ./. Siemens AG

Dr. Markus Plesser, LL.M. (Temple)

Sekretariat: Andrea Wendt
T +49 30 818 550 304
F +49 30 818 550 106
markus.plesser@raue.com

bedanken wir uns zunächst für die Gewährung der Fristverlängerung und begründen die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts München vom 29. April 2024:

Wir beantragen:

- I. **Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin schriftlich in einem geordneten Verzeichnis und gegliedert nach Kalendervierteljahren darüber Auskunft zu erteilen,**
 1. **wie viele technische und kaufmännische Auszubildende von Drittunternehmen (nachfolgend: „externe Auszubildende“) seit dem 1. Januar 2010 über das System der Beklagten Zugriff auf das Lernprogramm „Easybusiness – Betriebswirtschaft“ hatten und/oder für den Zugriff freigeschaltet waren;**
 2. **wie viele bei der Beklagten angestellte technische und kaufmännische Auszubildende (nachfolgend: „interne Auszubildende“) seit dem 1. Januar 2010 über das System der Beklagten Zugriff auf das Lernprogramm „Easybusiness – Betriebswirtschaft“ hatten und/oder für den Zugriff freigeschaltet waren;**
 3. **wie viele bei der Beklagten oder einem Drittunternehmen angestellte Ausbilder seit dem 1. Januar 2010 über das**

System der Beklagten Zugriff auf das Lernprogramm „Easybusiness – Betriebswirtschaft“ hatten;

- II. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser seit dem 1. Januar 2010 durch die Nutzung des E-Learning-Programms „Easybusiness – Betriebswirtschaft“ ohne Zustimmung der Klägerin entstanden ist oder zukünftig noch entsteht;
- III. Die Beklagte wird verurteilt, in Person ihres Vorstandsvorsitzenden zu Protokoll an Eides statt zu versichern, dass sie die Auskunft nach Antrag zu I., sowie alle Auskünfte, die sie zur Erfüllung der in der Klageschrift geltend gemachten Auskunftsansprüche, erteilt hat, nämlich:
 1. an welchen ihrer Standorte die Beklagte die unbefugte Nutzung des Lernprogramms seit dem 1. Mai 2008 begangen hat,
 2. wie viele technische und kaufmännische Auszubildende am 1. Mai 2008 an den Standorten beschäftigt waren, an denen die Beklagte die unbefugte Nutzung des Lernprogramms seit dem 1. Mai 2008 begangen hat;
 3. wie viele technische und kaufmännische Auszubildende von Drittunternehmen die Beklagte seit 1. Mai 2008 an den Standorten ausgebildet hat; an denen sie die unbefugte Nutzung des Lernprogramms begangen hat;
 4. wie viele technische und kaufmännische Auszubildende die Beklagte seit dem 1. Mai 2008 jährlich an den Standorten neu aufgenommen und/oder ausgebildet hat, an denen sie die unbefugte Nutzung des Lernprogramms begangen hat;
 5. auf welchen Servern das Lernprogramm installiert war;
 6. an welche ihrer Standorte sie die 300 CD-ROMs mit dem Lernprogramm verteilt hat;
 7. ob und welche Maßnahmen, insbesondere Zugriffssicherungsmaßnahmen, die Beklagte ergriffen hat, um die unbefugte Nutzung des Lernprogramms festzustellen;nach bestem Wissen so vollständig erteilt hat, wie sie hierzu imstande war.

Zudem beantragen wir **hilfsweise** für den Fall, dass der Senat den Feststellungsantrag zu II. für unzulässig hält:

- IV. Die Beklagte wird verurteilt, für die unberechtigte Nutzung des Lernprogramms „Easybusiness – Betriebswirtschaft“ im Zeitraum vom 1. Januar 2010 bis einschließlich 31. Dezember 2010 an die Klägerin einen angemessenen Schadensersatz zu zahlen, jedoch mindestens EUR 1.200.000,00, nebst Zinsen in Höhe von 10 Prozentpunkten
 1. aus einem Teilbetrag von EUR 300.000,00 (= fiktive Lizenzgebühr Q1/2010) seit dem 15. Januar 2010;
 2. aus einem Teilbetrag von EUR 300.000,00 (= fiktive Lizenzgebühr Q2/2010) seit dem 15. April 2010;

RAUE

3. aus einem Teilbetrag von EUR 300.000,00 (= fiktive Lizenzgebühr Q3/2010) seit dem 15. Juli 2010 und
4. aus einem Teilbetrag von EUR 300.000,00 (= fiktive Lizenzgebühr Q4/2010) seit dem 15. Oktober 2010;

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------|---|----------|
| A. | Das erstinstanzliche Verfahren und das Urteil des Landgerichts | 6 |
| B. | Sachverhalt und erstinstanzliches Urteil..... | 7 |
| I. | Die Parteien | 7 |
| II. | Das Lernprogramm | 7 |
| III. | Rechteinhaberschaft am Lernprogramm | 8 |
| 1. | Unstreitige Glieder der Rechtekette..... | 9 |
| 2. | bit media überträgt die Rechte auf KEA..... | 10 |
| a) | Beide erstinstanzlich vorgelegte Versionen des Vergleichsvertrags sehen die Rechteübertragung von bit media auf KEA vor; die Unterschiede zwischen den zwei Versionen der Vergleiche sind hier ohne Bedeutung | 11 |
| b) | Die Klägerin hat die Rechteübertragung erstinstanzlich durch Erklärungen der beteiligten Personen nachgewiesen | 14 |
| c) | Hilfsweise: Auch bei unterstellter gemeinsamer Rechteinhaberschaft von bit media und der Klägerin wäre die Klägerin aktivlegitimiert..... | 16 |
| 3. | Die Rechteübertragung durch die BCI an die Klägerin | 17 |
| IV. | Zwischen 2005 und April 2008 nutzte die Beklagte das Lernprogramm auf Grundlage eines Lizenzvertrages mit bit media | 19 |
| 1. | Intranetlizenz..... | 19 |
| 2. | Einzellernerlizenz (= Ein-Lerner-Lizenz)..... | 19 |
| 3. | bit media hat gegen ihre Pflichten aus dem Kooperationsvertrag mit der Klägerin verstoßen, indem sie der Beklagten eine erheblich verbilligte Lizenzgebühr berechnete | 20 |
| V. | Die Beklagte nutzte das Lernprogramm nach Lizenzende weiter; nicht nur Auszubildende, sondern auch Ausbilder hatten darauf über das Ausbildungsportal „ebis“ Zugriff..... | 21 |
| VI. | Die Lizenzpraxis der Klägerin und der branchenüblichen Lizenzpraxis..... | 23 |
| 1. | Die Klägerin räumt Lizenzen für jeweils 3 Monate ein | 24 |
| 2. | Die Klägerin berechnet eine Lizenzgebühr für jeden freigeschalteten Nutzer; die Anzahl der bei der Beklagten freigeschalteten Nutzer des Lernprogramms ist der Klägerin jedoch nicht bekannt | 25 |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 3. | Mangels Auskünfte ist die fiktive Lizenz auf Basis der Anzahl der potenziell freigeschalteten Nutzer zu berechnen | 27 |
| 4. | Höhe der Lizenzgebühr je potenziell freigeschaltetem Nutzer | 29 |
| C. | Rechtslage | 30 |
| I. | Der Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht ist zulässig | 31 |
| II. | Die Klägerin ist aktivlegitimiert..... | 33 |
| III. | Begründetheit..... | 34 |
| 1. | Antrag zu I - Auskunft..... | 34 |
| 2. | Antrag zu II - Schadensersatzfeststellung | 34 |
| IV. | Antrag zu III – Versicherung an Eides statt..... | 35 |
| V. | Hilfsweise: Antrag zu IV - Schadensersatzanspruch in Höhe von EUR 1.200.000,00 für den Nutzungszeitraum bis einschließlich Dezember 2010..... | 36 |
| 1. | Zulässigkeit der nachträglichen Eventualklagehäufung | 37 |
| 2. | Schadensersatzanspruch dem Grunde nach..... | 37 |
| 3. | Bezifferung..... | 37 |
| 4. | Zinsen | 39 |

A.

Das erstinstanzliche Verfahren und das Urteil des Landgerichts

Die Klägerin ist ausschließliche Inhaberin der Rechte an einem digitalen Lernprogramm für Betriebswirtschaft („Lernprogramm“). Die Beklagte hat dieses Lernprogramm zwischen Mai 2008 und September 2018 ohne Lizenz und ohne Zahlung einer Lizenzgebühr aktiv genutzt. Während des gesamten Zeitraums hatten bei der Beklagten angestellte Auszubildende, Auszubildende von Drittunternehmen sowie bei der Beklagten beschäftigte Ausbilder Zugriff auf das Lernprogramm. Zu jedem beliebigen Zeitpunkt in diesem Zeitraum umfasste die Gruppe der potenziellen Nutzer mehrere tausend Personen. Eine endgültige Löschung der Lernsoftware von den Servern der Beklagten erfolgte erst Ende 2019 (siehe Anlage B 25).

Mit ihrer Klage vom 23. Dezember 2020 hat die Klägerin Ansprüche auf Unterlassung (Klageantrag zu I.1.), Auskunft (Klageantrag zu I.2.), Rechnungslegung (Klageantrag zu I.3.), Vernichtung und Löschung (Klageantrag zu I.5.), Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung (Klageantrag zu III.) und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten (Klageantrag zu II.) geltend gemacht. Einen bezifferten Schadensanspruch hat sie nicht geltend gemacht, da ihr bei Klageerhebung die zur Bezifferung erforderlichen Angaben fehlten.

Die Beklagte hat im Laufe des Verfahrens Auskünfte erteilt. Nach Auffassung der Klägerin genügen die erteilten Auskünfte zur Schadensbezifferung nicht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Nach seiner Auffassung hatte die Beklagte die geltend gemachten Ansprüche – insbesondere die Auskunfts- und Unterlassungsansprüche – bereits erfüllt, soweit sie bei unterstellter Verletzung der Rechte der Klägerin bestanden. Den Anspruch auf Vernichtung der körperlichen Kopien der Lernsoftware (CD-ROMs) sei wegen eingetretener Erschöpfung unbegründet. Mit den während des Verfahrens erteilten Auskünften sei die Klägerin zudem in der Lage gewesen, ihren Schadensersatzanspruch zu beziffern, weshalb sie die Klage auf einen bezifferten Leistungsantrag hätte umstellen müssen. Der Feststellungsantrag sei nach Auskunftserteilung während des Verfahrens unzulässig geworden.

Die Klägerin hält in der Berufungsinstanz an dem Auskunftsanspruch und dem Feststellungsantrag fest. Soweit der Senat Bedenken hat und den Auskunftsanspruch für erfüllt sieht, bitten wir um einen

richterlichen Hinweis.

Auch die Abweisung des Anspruchs auf Vernichtung der bei der Beklagten befindlichen CD-ROMs war rechtsfehlerhaft.

Im Einzelnen entsprechen die Berufungsanträge (teilweise verändert) folgenden Klageanträgen:

| Berufungsverfahren | 1. Instanz |
|--|-----------------------|
| Berufungsantrag zu I.1. (Auskunft) | Klageantrag zu I.2.c) |
| Berufungsantrag zu I.2. (Auskunft) | Klageantrag zu I.2.d) |
| Berufungsantrag zu II. (Feststellung) | Klageantrag zu I.5. |
| Berufungsantrag zu III. (eidesstattliche Versicherung) | Klageantrag zu III. |
| Leistungsantrag zu IV. (neu) | Keine Entsprechung |

Der Berufungsantrag zu IV. ist ein (hilfsweise) gestellter Leistungsantrag – allerdings nicht für den gesamten Zeitraum der unberechtigten Nutzung, sondern – um der Klägerin, deren wirtschaftliche Existenz durch die Verfahrenskosten bedroht wäre – nur für einen Teil des Nutzungszeitraums, nämlich von 1. Januar 2010 bis einschließlich 31. Dezember 2010.

B.

Sachverhalt und erstinstanzliches Urteil

I. Die Parteien

Die Klägerin ist eine GmbH nach österreichischem Recht, die Wirtschaftstrainings, insbesondere Trainings im Bereich Betriebswirtschaft, sowie zugehörige Lern- und Lehrmittel anbietet.

Die Klägerin gehört zu einer Gruppe verbundener Unternehmen (nachfolgend: „**Unternehmensgruppe**“). Herr Mihalic war und ist Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer aller Gesellschaften der Unternehmensgruppe.

Unter dem Namen „Easybusiness – Betriebswirtschaft“ vertreiben die Unternehmen der Unternehmensgruppe (bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen) seit dem Jahre 1998 ein E-Learning-Programm zur Vermittlung praxisorientierter Kenntnisse im Bereich Betriebswirtschaft (nachfolgend: „**Lernprogramm**“).

Die Siemens AG ist ein börsennotiertes Unternehmen und Kopf des Siemens-Konzerns.

II. Das Lernprogramm

Das Lernprogramm ist ein aus diversen Modulen bestehendes, interaktives Softwareprogramm, das Lernenden wesentliche betriebswirtschaftliche Kenntnisse vermittelt. Zur

Vermittlung der Lerninhalte greift das Programm auf einen narrativen Ansatz zurück (Storytelling rund um die fiktive Figur des Unternehmensgründers Herr Bossi). Lernende können ihren Lernfortschritt durch regelmäßig eingestreute Testmodule überprüfen.

Das Konzept des Lernprogramms, einschließlich der Themen und thematischen Struktur, des Lernkonzepts sowie der darin vorkommenden Figur des Herrn Bossi, hat der Geschäftsführer der Klägerin, Herr Viktor Mihalic, Mitte der 1990er Jahre entwickelt. Die Erstversion des Lernprogramms war im Jahre 1998 fertiggestellt und wurde auf CD-ROM vertrieben.

Seitdem ist das Lernprogramm regelmäßig weiterentwickelt und aktualisiert worden, wobei der inhaltliche Kern des Programms – die Vermittlung betriebswirtschaftlicher Kenntnisse und Kompetenzen am Beispiel der Figur des Herrn Bossi – unverändert geblieben ist.

Das Lernprogramm war und ist außerordentlich erfolgreich.

Namhafte Unternehmen, Hochschulen, Bildungsinstitute und öffentliche Stellen verwenden das Lernprogramm zur Weiterbildung ihrer Mitarbeiter. Die Stiftung Warentest hat im Dezember 2010 zum ersten (und einzigen Mal) Weiterbildungskurse im Bereich Betriebswirtschaft besucht und bewertet. Zwei Onlinekurse, die auf dem Lernprogramm der Klägerin aufbauten, bewertete die Stiftung Warentest mit folgender Begründung besonders gut (siehe <https://www.test.de/Kurse-Betriebswirtschaft-Eine-gute-Bilanz-4176620-4176634/>):

Inhaltlich und didaktisch am überzeugendsten waren die Onlinekurse von ForumF-Online und IHK-Bildungshaus Schwaben. Beide kosten inklusive Prüfgebühr unter 300 Euro, ihr geschätzter Zeitaufwand mit höchstens 50 Stunden ist vergleichsweise gering. Beide Kurse basieren auf der EBC*L-Software „Easy business“, die die Inhalte am Beispiel eines Waschsalons vermittelt.

Jüngst – im Jahr 2023 - ist das Lernprogramm im Rahmen des 28. Comenius-EduMedia-Award für digitale Bildungsmedien mit dem renommierten Comenius-EduMedia-Siegel wegen der didaktischen und medialen Qualität ausgezeichnet worden (siehe <https://comenius-award.de/>). 1998 war es bereits mit dem Comenius Gütesiegel in Gold ausgezeichnet worden (siehe Anlage K 6).

III. Rechteinhaberschaft am Lernprogramm

Die Klägerin ist die Inhaberin der Nutzungsrechte am Lernprogramm und Inhaberin der Ansprüche, die durch die unbefugte Nutzung des Lernprogramms durch die Beklagte entstanden sind.

Die Beklagte hat dies, und damit die Aktivlegitimation der Klägerin, erstinstanzlich allerdings bestritten.

1. Unstreitige Glieder der Rechtekette

Folgende Glieder der Rechtekette waren zwischen den Parteien zuletzt unstreitig (siehe LG-Urteil, S. 1 f.):

1. Herr Victor Mihalic, der Geschäftsführer der Klägerin, übertrug als Urheber des didaktischen Konzepts, der Fabel und der Texte des Lernprogramms zunächst die ausschließlichen Nutzungsrechte am Lernprogramm auf die KEA Wirtschaftstraining GmbH mit Sitz in Wien (im Folgenden: „**KEA**“), deren Gründer, Eigentümer und Geschäftsführer er war.
2. KEA produzierte und vertrieb das Lernprogramm ab dem Jahre 1998.
3. Am 2. Februar 2004 schloss KEA mit dem österreichischen Softwareunternehmen bit media e-Learning solution GmbH & Co. KG (im Folgenden: „**bit media**“) eine Kooperationsvereinbarung (**Anlage K 4**, im Folgenden: „**Kooperationsvertrag**“). Im Rahmen der vereinbarten Kooperation übernahm es bit media, Weiterentwicklungen des Lernprogramms nach den Anweisungen von KEA technisch umzusetzen. Zudem regelte der Kooperationsvertrag eine Vertriebspartnerschaft, nach der beide Parteien berechtigt sind, das Lernprogramm zu vertreiben. Dabei enthielt Anlage 2 des Kooperationsvertrages bindende Lizenzpreise für das Lernprogramm, von dem die Parteien gemäß Ziff. III.4) und III.9) auch gegenüber Großabnehmern nur einvernehmlich abweichen durften.

Der Kooperationsvertrag enthielt eine Rechteklausel folgenden Inhalts:

„V. Rechte

1) KEA ist Inhaberin der Urheber- und Verwertungsrechte an den Grafiken, am ‚Drehbuch‘, am pädagogischen Konzept und an den Texten der einzelnen Module sowie an der Basis-Version der Software ‚easy business‘. KEA erteilt BIT MEDIA für die Vertragslaufzeit alle zur Erfüllung des vertragsgegenständlichen Zwecks erforderlichen Bewilligungen einschließlich des Rechts zur Bearbeitung der Basis-Version der Software ‚easy business‘.

2) BIT MEDIA ist Inhaberin der Urheber- und Verwertungsrechte an den von ihr vorgenommenen Software-Adaptierungen einschließlich des Layouts des Benutzerinterfaces sowie der Navigation. BIT MEDIA erteilt KEA für die Vertragslaufzeit alle zur Erfüllung des vertragsgegenständlichen Zwecks erforderlichen Bewilligungen an den vertragsgegenständlichen Software-Adaptierungen einschließlich des Layouts des Benutzerinterfaces sowie der Navigation.“

4. Im Jahre 2011 endete die Kooperation zwischen KEA und bit media. Die Beklagte bestreitet den Vortrag der Klägerin, dass bit media im Rahmen der Kooperationsbeendigung Rechte auf KEA übertragen hat (dazu sogleich **B.III.2.**). Unstreitig ist jedoch, dass seit dem Jahre 2011 die Vermarktung und der Vertrieb des Lernprogramms wieder ausschließlich durch KEA (bzw. die Klägerin als deren Rechtsnachfolgerin) erfolgt. Insbesondere hat bit media (bzw. die Nachfolgeunternehmen), die um die Vertriebssituation wissen, seit 2011 nicht geltend gemacht, dass der Vertrieb des Lernprogramms durch KEA (bzw. die Klägerin) ihre Rechte verletze.
5. Die Klägerin ist Rechtsnachfolgerin von KEA. Von KEA sind sämtliche Rechte am Lernprogramm auf die Klägerin übergegangen. Die Rechtsnachfolge vollzog ich in folgenden Schritten:
 - Durch Beschluss der Generalversammlung von 22. Dezember 2016 firmierte die KEA in BCI Business Competence International GmbH (im Folgenden: „**BCI**“) um (Handelsregisterauszug der BCI, Anlage K 20).
 - Mit Notariatsakt vom 10. Januar 2017 gründete BCI die Klägerin (Anlage K 21 – Notariatsakt und Gesellschaftsvertrag der Klägerin). Unternehmensgegenstand der Klägerin ist gemäß § 2 des Gesellschaftsvertrags (unter anderem) die Erstellung von Lernmitteln und Lehrmitteln sowie weiterer Unterlagen unter Verwendung der Bezeichnung Easybusiness und deren Lizenzierung.
 - BCI hat der Klägerin am Folgetag (11. Januar 2017) die zur Erreichung des Unternehmungsgegenstandes (Vermarktung und Weiterentwicklung des Lernprogramms und anderer Lehrmittel) erforderlichen Rechte am Lernprogramm übertragen. Die Beklagte hat diesen Vortrag bestritten (dazu sogleich, **B.III.3.**).
 - BCI hat sämtliche Ansprüche, die ihr wegen einer unbefugten Nutzung des Lernprogramms durch Dritte (einschließlich der Beklagten) entstanden sind, an die Klägerin abgetreten (Erklärung von BCI vom 20. Dezember 2020, Anlage K 23).

2. bit media überträgt die Rechte auf KEA

Die Kooperation zwischen KEA und bit media endete im Jahre 2008, nachdem KEA die Kooperation aus wichtigem Grund kündigte und im Jahr 2009 Klage beim Handelsgericht Wien einreichte. Im Jahr 2011 wurde nach einer gerichtlichen Auseinandersetzung vor dem Handelsgericht Wien (Az.: 39 Cg 3/08) ein außergerichtlicher Vergleich (im Folgenden: „**Vergleich**“) geschlossen. In diesem Vergleich hat bit media alle Nutzungs- und

Verwertungsrechte, die sie an dem Lernprogramm möglicherweise erworben hatte, an KEA übertragen.

Die Beklagte hat das Zustandekommen des Vergleichs und die Rechteübertragung von der bit media auf KEA bestritten.

a) Beide erstinstanzlich vorgelegte Versionen des Vergleichsvertrags sehen die Rechteübertragung von bit media auf KEA vor; die Unterschiede zwischen den zwei Versionen der Vergleiche sind hier ohne Bedeutung

Die Klägerin hat zwei unterzeichnete Fassungen des Vergleichs vorgelegt. Eine Fassung ist am 21. bzw. 29. Juni 2011 unterzeichnet (**Anlage K 40**, im Folgenden: „**Juni-Version**“), eine am 6. Juli 2011 (**Anlage K 35**, im Folgenden: „**Juli-Version**“).

Neben der abweichenden Datierung unterscheiden sich die Fassungen allein bei den Vertragsparteien und der Angabe, wer an dem Rechtsstreit vor dem Handelsgericht Wien beteiligt war:


Vertragsparteien der Juli-Version (Anlage K 35) sind lediglich bit media und KEA; in der Juni-Version (Anlage K 35) stehen auf Seiten von KEA zusätzlich das Unternehmen EBC Licencing GmbH und Herr Victor Mihalic als natürliche Person:

| Juni-Version (Anlage K 40) | Juli-Version (Anlage K 35) |
|--|--|
| <p style="text-align: center;">Vergleichsvereinbarung</p> <p style="text-align: center;">zwischen</p> <p>bit media e-Learning solution GmbH & Co KG Kärntnerstraße 311, A-8054 Graz, vertreten durch Herrn Walter Khom, (nachfolgend „bit media“ genannt)</p> <p style="text-align: center;">und</p> <p>KEA Wirtschaftstraining GmbH Bischoffgasse 7, A-1120 Wien, vertreten durch Herrn Victor Mihalic (nachfolgend „KEA“ genannt)</p> <p style="text-align: center;">und</p> <p>EBC Licencing GmbH Aichholzgasse 6/12, A-1120 Wien vertreten durch Herrn Victor Mihalic (nachfolgend "EBC" genannt)</p> <p style="text-align: center;">und</p> <p>MMag. Viktor Mihalic Bischoffgasse 7, A-1120</p> <p style="text-align: center;">alle nachfolgend „Vertragsparteien“ genannt.</p> | <p style="text-align: center;">Vergleichsvereinbarung</p> <p style="text-align: center;">zwischen</p> <p>bit media e-Learning solution GmbH & Co KG Kärntnerstraße 311, A-8054 Graz, vertreten durch Herrn Walter Khom, (nachfolgend „bit media“ genannt)</p> <p style="text-align: center;">und</p> <p>KEA Wirtschaftstraining GmbH Bischoffgasse 7, A-1120 Wien, vertreten durch Herrn Victor Mihalic (nachfolgend „KEA“ genannt)</p> <p style="text-align: center;">alle nachfolgend „Vertragsparteien“ genannt.</p> |

Die EBC Licencing GmbH war eine Schwestergesellschaft von KEA. Ihr Unternehmensgegenstand ist die Lizenzierung betriebswirtschaftlicher Lehr- und Lernprodukte. Inhaber sämtlicher Geschäftsanteile an der EBC Licencing GmbH war Herr Victor Mihalic. Er war zugleich Geschäftsführer beider Gesellschaften. Herr Mihalic ist auch persönlich Partei der Juni-Version (Anlage K 40). Die Juni-Version unterscheidet sich also nur insofern von der Juli-Version, als an ihr eine weitere Gesellschaft aus der Unternehmensgruppe des Herrn Victor Mihalic, und dieser selbst beteiligt waren, sowie hinsichtlich der Angaben, dass EBC Licencing GmbH und Herr Mihalic am handelsgerichtlichen Verfahren beteiligt waren.

Abgesehen hiervon sind die beiden Versionen wortlautidentisch:

Insbesondere sind auch die unterzeichnenden Personen bei den beiden Versionen identisch: Für KEA, EBC Licencing GmbH und Herrn Victor Mihalic hat Herr Mihalic als Geschäftsführer und für seine eigene Person unterzeichnet; für die bit media ihr damaliger einzelvertretungsberechtigter Prokurist, Herr Walter Khom:

| | Unterschriftenfeld |
|---------------------------------------|--|
| Juni-Version (Anlage K 40) | <p> <i>Wien, 29.6.2011</i> (Ort, Datum) </p> <p> <i>Wien, 29.06.2011</i> (Ort, Datum) </p> <p> EBC Licencing GmbH Alchholzgasse 6/12 A-1120 Wien www.ebcl.eu </p> <p> bit media e-Learning Kärntner Straße 21 Tel: 0316 / 28 66 60 Fax: 0316 / 28 66 60 50 eMail: office@bitmedia.com </p> <p> <i>Victor Mihalic</i> (KEA Wirtschaftstraining GmbH) </p> <p> <i>Victor Mihalic</i> (EBC Licencing GmbH) </p> <p> <i>Victor Mihalic</i> (MMag. Victor Mihalic) </p> <p> (bit media e-Learning solution GmbH & Co KG) </p>  <p> Vereinbarung Seite 3 von 3 </p> |
| Juli-Version (Anlage K 35) | <p> 6. Juli 2011 </p> <p> KEA Wirtschaftstraining GmbH Bischoffgasse 7 1120 Wien Tel. 01 / 813 99 77-11 </p> <p> bit media Kärntner Straße 21 Tel: 0316 / 28 66 60 Fax: 0316 / 28 66 60 50 eMail: office@bitmedia.com </p> |

Dabei hat der Vergleich zwei Regelungsgegenstände:

- Er regelt zum einen die Beilegung des Rechtsstreits vor dem Handelsgericht Wien (Az. 39 Cg 3/08 x) und die Abgeltung bzw. der Verzicht auf alle diesbezüglichen Ansprüche: Dieser Regelungsgegenstand betrifft sämtliche Vertragsparteien, d.h. bei der Juli-Version bit media und KEA, bei der Juni-Version außerdem die EBC Licencing GmbH und Herrn Victor Mihalic.
- Zum anderen regelt der Vergleich, dass bit media ihre Rechte an der Lernsoftware auf KEA überträgt: Dieser Regelungsgegenstand betrifft in beiden Fassungen ausschließlich bit media und KEA. Denn die betreffenden Klauseln lauten:

II. Bit media überträgt KEA sämtliche Nutzungs- und Verwertungsrechte, einschließlich aller Bearbeitungs- und Übersetzungsrechte am gemeinsam erstellten Produkt "Easy Business - EBC*L" und verzichtet seinerseits auf alle Nutzungs- und Verwertungsrechte.

III. Bit media übermittelt unmittelbar nach Unterfertigung dieser Vereinbarung an KEA alle vorliegenden Versionen des von bit media erstellten Lernprogramms „Easy Business, EBC*L“: Das sind Deutsch, Englisch, Serbisch, Albanisch (Kosovo), Slowenisch, Russisch (Kirgistan).

KEA erhält dafür die ausschließlichen Nutzungs- und Verwertungsrechte, einschließlich aller Bearbeitungs- und Übersetzungsrechte.

Bitmedia bestätigt, dass Dritte keinerlei Nutzungs- und Verwertungsrechte an den erstellten Sprachversionen bzw. sonstige Ansprüche geltend machen können.

IV. Bit media überträgt an KEA unmittelbar nach Unterfertigung dieser Vereinbarung zu den Punkten II und III den Sourcecode sowie sämtliches verwendetes Material inkl. des bei der Erstellung benutzten Autorensystems. KEA erhält auch das Recht das Autorensystem unentgeltlich zu nutzen.

Die Juli-Fassung (Anlage K 35) entstammt den Unterlagen von Victor Mihalic; die Juni-Fassung (Anlage K 40) hat Herr Walter Khom, den die Klägerin während des erstinstanzlichen Verfahrens kontaktiert hatte, in seinen Unterlagen gefunden und der Klägerin zur Verfügung gestellt.

L Es kann offenbleiben, weshalb zwei Versionen der Vergleichsvereinbarung existieren: Denn die für diesen Rechtsstreit maßgeblichen Klauseln sind in beiden Vergleichsversionen identisch – auch in Bezug auf die von den Regelungen erfassten Parteien: Die Regelungen zur Übertragung von Rechten in Ziffern II, III und IV gelten nur im Verhältnis zwischen bit media und KEA. Danach überträgt bit media sämtliche eigene Rechte am Lernprogramm auf KEA. Es ist völlig irrelevant, ob diese Vereinbarung von EBC Licencing GmbH und/oder Herr Mihalic mitunterzeichnet worden ist. Sie räumen darin weder Rechte ein noch werden ihnen Rechte übertragen.

Darüber hinaus hat bit media durch ihr oben beschriebenes Verhalten schlüssig auf die Geltendmachung jeglicher Rechte am Lernprogramm verzichtet; das bis zum heutigen Tag (obwohl bit media (Herr Khom) bekannt ist, dass ein Prozess mit Siemens anhängig ist).

b) Die Klägerin hat die Rechteübertragung erstinstanzlich durch Erklärungen der beteiligten Personen nachgewiesen

Die Beklagte hat die Existenz beider Versionen des Vergleichs und die Rechteübertragung von bit media auf KEA und damit die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten, ebenso die Echtheit der Unterschriften, die Datierung und die

Vertretungsmacht der Unterzeichner (vgl. z.B. Schriftsatz der Beklagten vom 14. Februar 2024, Rn. 5).¹

Das Bestreiten der Beklagten in diesem Punkt grenzt an Unredlichkeit. Beide vorgelegten Vergleichsversionen tragen die Unterschriften derselben zwei natürlichen Personen, nämlich des Herrn Victor Mihalic (für KEA et al.) und des Herrn Walter Khom (für bit media). Herr Mihalic hat als Geschäftsführer der Klägerin und damaliger Geschäftsführer von KEA und EBC Licencing GmbH im Rahmen des erstinstanzlichen Vortrags der Klägerin bestätigt, dass bit media im Sommer 2011 Rechte auf KEA übertragen hat. Wir bieten hierfür auch weiterhin

Beweis an durch Vernahme von Herrn Victor Mihalic und Herrn Walter Khom, b.b.

Auch Herr Khom hat bestätigt, dass er im Jahr 2011 als vertretungsbefugter Prokurist der bit media den Vergleich unterzeichnet und die Rechte an dem Lernprogramm auf die KEA übertragen hat. Seine Bestätigung ergibt sich zum einen daraus, dass er der Klägerin im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens aus seinen Unterlagen die Juni-Version (Anlage K 40) zur Verfügung gestellt hat. Sie ergibt sich zum anderen ausdrücklich aus der E-Mail (Anlage K 38), die Herr Khom dem Geschäftsführer der Klägerin, Herrn Victor Mihalic, am 25. Mai 2023 zusandte, in der es heißt:

„Sehr geehrter Herr Mag. Mihalic,

Bezugnehmend auf Ihre Anfrage bestätige ich hiermit:

bit media e-Learning solution GmbH & Co. KG [...],
vertreten durch Herrn Walter Khom, (nachfolgend ‚bit media‘ genannt)

und

KEA Wirtschaftstraining GmbH [...],
vertreten durch Herrn Victor Mihalic (nachfolgend ‚KEA‘ genannt)

¹ Besondere Bedeutung maß die Beklagte dabei dem Umstand bei, dass die Juni-Version (Anlage K 40) in der Unterschriftenzeile einen Stempel einer „Easy Business Training GmbH“ trägt, obwohl dieses Unternehmen nicht Vertragspartei ist. Wie die Klägerin mit Schriftsatz vom 15. April 2024 erläutert hat, gehört dieser Stempel zu einem weiteren Unternehmen aus der Unternehmensgruppe, das nicht mit der hiesigen Klägerin zu verwechseln ist (Easybusiness Training GmbH gegenüber Easy Business Training GmbH), und die im September 2012 mit der KEA verschmolzen wurde. Herr Victor Mihalic hat bei der Unterzeichnung der Juni-Version schlicht einen bei der Hand befindlichen Unternehmensstempel verwendet. Dass es der falsche Unternehmensstempel war, stellt ein bedauerliches, aber völlig unbedeutendes Versehen dar.

haben im Juli 2011 rechtskräftig Folgendes vereinbart:

bit media überträgt KEA sämtliche Nutzungs- und Verwertungsrechte, einschließlich aller Bearbeitungs- und Übersetzungsrechte am gemeinsam erstellten Produkt ‚Easy Business – EBC*L B‘ und verzichtet seinerseits auf alle Nutzungs- und Verwertungsrechte. ...“

Inzwischen liegt als neues Beweismittel die notarielle Erklärung

Anlage R 2

des Herrn Walter Khom vom 6. September 2024 vor, in der er folgendes erklärt:

Notariell beglaubigte Erklärung

Ich, Walter Khom, war im Jahr 2011 Prokurist der bit media e-Learning solution GmbH & Co KG (Kärntnerstraße 311, A-8054 Graz), kurz bit media. Ich habe im Juni 2011 die in der Anlage beigefügte Vergleichsvereinbarung als Prokurist für die bit media unterzeichnet und so abgeschlossen. Von der Wirksamkeit der Vergleichsvereinbarung gehe ich seitdem aus.

Die Erklärung hat der öffentliche Notar Mag. Franz Ruzsics beglaubigt und dabei auch die Identität des Erklärenden – Walter Khom – festgestellt. Wir gehen davon aus, dass eine notariell beglaubigte Erklärung als Urkunde ein taugliches Beweismittel für den Vergleich und die Rechteübertragung ist.

Abschluss und Inhalt des Vergleichs werden auch belegt durch folgende Umstände: KEA und bit media haben den Vergleich umgesetzt. Zudem hat bit media KEA unter anderem die Sourcecodes und Übersetzungen diverser Sprachvarianten zur Verfügung gestellt und Bewerbung sowie Vertrieb des Lernprogramms eingestellt. KEA, später BCI, und zuletzt die Klägerin vermarkten und vertreiben das Lernprogramm seit dem Jahr 2011 alleine und ohne Beanstandung durch bit media.

Sollte der Senat wider Erwarten anderer Auffassung sein, bieten wir weiterhin für den vorstehenden Sachverhalt

Beweis an durch Zeugnis des Herrn Walter Khom, b.b.

c) Hilfsweise: Auch bei unterstellter gemeinsamer Rechteinhaberschaft von bit media und der Klägerin wäre die Klägerin aktivlegitimiert

Höchst vorsorglich weisen wir darauf hin, dass die Klägerin auch dann, wenn man ein Verbleiben von Rechten bei bit media unterstellt, und deshalb von einer gemeinsamen Rechteinhaberschaft von Klägerin und bit media ausgeht, nach maßgeblichem österreichischen Recht dazu berechtigt wäre, die

streitgegenständlichen Ansprüche gegenüber der Beklagten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung geltend zu machen. Hierfür bieten wir weiterhin (vgl. bereits Schriftsatz der Klägerin vom 26. Juni 2023)

Beweis an durch **Einholung eines Sachverständigengutachtens**.

3. Die Rechteübertragung durch die BCI an die Klägerin

Das zweite streitige Glied in der Rechtekette betrifft die Übertragung von Nutzungsrechten von BCI (als Rechtsnachfolgerin der KEA) an die im Januar 2017 neu errichtete Klägerin.

Mit Vertrag Anlage K 22 vom 11. Januar 2017 (nachfolgend: „**BCI-Vertrag**“) übertrug BCI der Klägerin sämtliche Nutzungsrechte am Lernprogramm, die zur Verwirklichung ihres Unternehmensgegenstandes „Wirtschaftstraining, Lern- und Lehrmittel“ (gem. HR-Auszug Anlage K 1) erforderlich waren. Den Vertrag unterzeichnete auf beiden Seiten Herr Victor Mihalic, der Geschäftsführer sowohl der BCI als auch der Klägerin war (und ist).

Die für die Rechteübertragung maßgebliche Klausel lautet:

„2 Rechte

BCI ist Eigentümer oder ausschließlicher Nutzungsberechtigter der gewerblichen Schutzrechte im Sinne des Urheberrechtsgesetzes an den unter Punkt 1 genannten Produkten und Werken [nämlich insbesondere den ‚E-Learning-Softwareprogrammen mit dem Markennamen ‚Easybusiness‘ bzw ‚EBC*L‘].

BCI als Lizenzgeber überträgt Easybusiness Training GmbH [= die Klägerin] alle Werknutzungsrechte, die zur Erfüllung des Gründungszwecks erforderlich sind.

Easybusiness Training GmbH

- ist berechtigt und verpflichtet die Produkte zu vermarkten,
- kann die erteilten Rechte – ohne Zustimmung von BCI – weder weitergeben noch veräußern,
- ist verpflichtet die übertragenen Rechte gegen Rechtsverletzungen zu verteidigen (zB Urheberrechtsverletzungen) und dagegen alle rechtlich erforderlichen Schritte vorzunehmen.“

Die Beklagte hat bestritten, dass die Klägerin durch den BCI-Vertrag Rechte erhalten hat. Zur Begründung verwies sie darauf, dass nicht BCI den BCI-Vertrag geschlossen habe, sondern eine BCI International GmbH (Schriftsatz der Beklagten vom 14. Februar 2024, Rn. 15):

VERTRAG

zwischen

BCI International GmbH

Universitätsstraße 4/4

1090 Wien

(kurz BCI)

und

Easybusiness Training GmbH

Universitätsstraße 4/4

1090 Wien

Die oben genannten Gesellschaften werden jeweils vom **Allein-Geschäftsführer und 100%-Eigentümer** der BCI, MMag. **Victor Mihalic**, vertreten.

(Rubrum des BCI-Vertrages, Anlage K 22).

Tatsächlich handelt es sich hierbei um eine unschädliche versehentliche Falschbezeichnung. Es handelt sich bei der BCI International GmbH und der BCI Business Competence International GmbH um ein und dieselbe Gesellschaft. Eine Gesellschaft namens „BCI International GmbH“ gab und gibt es nicht, noch viel weniger gibt es eine österreichische Gesellschaft dieses Namens, deren „Allein-Geschäftsführer und 100%-Eigentümer“ Herr Mihalic ist (siehe BCI-Vertrag, Rubrum). Es existiert hingegen eine BCI Business Competence International GmbH im Eigentum des Herrn Mihalic, der auch ihr Geschäftsführer ist, und die gemeinhin als BCI, selten jedoch mit ihrem vollen Namen bezeichnet wird. Wie sich aus dem Firmenbuchauszug (Anlage K 20) ergibt, hatte die BCI Business Competence International GmbH ihre Anschrift zwischen 31. Juli 2015 und 20. April 2017 – und damit auch bei Abschluss des BCI-Vertrages im Januar 2017 – unter der im Rubrum angegebenen Adresse (Universitätsstraße 4/4, 1090 Wien).

Dass mit der Bezeichnung „BCI International GmbH“ eigentlich die „BCI Business Competence International GmbH“ gemeint war, ergibt sich demnach eindeutig. Dies war auch den Parteien klar, die beide durch Herrn Victor Mihalic vertreten wurden. Für den vorstehenden Vortrag bieten wir

Beweis an durch Vernehmung des Herrn Victor Mihalic, b.b.

IV. Zwischen 2005 und April 2008 nutzte die Beklagte das Lernprogramm auf Grundlage eines Lizenzvertrages mit bit media

Im Frühjahr 2005 – d.h. während der Kooperation zwischen KEA und bit media – schloss die Beklagte mit bit media einen Lizenzvertrag über das Lernprogramm (**Anlage B 1**, Angebot der bit media vom 1. April 2005, nachfolgend: „**Lizenzvertrag**“).

1. Intranetlizenz

Gemäß Ziffer 3.1 des Lizenzvertrags erhielt die Beklagte das Recht, das Lernprogramm auf einem unternehmenseigenen Server zu speichern und es den Auszubildenden der Beklagten über das firmeneigene Intranet als sogenanntes Web Based Training zur Verfügung stellen (sogenannte „Intranetlizenz“). Für die Gewährung der Intranetlizenz vereinbarten die Vertragsparteien eine jährliche pauschale Lizenzgebühr in Höhe von EUR 11.800,00 (erstes Vertragsjahr) bzw. EUR 10.000,00 (zweites und drittes Vertragsjahr).

2. Einzellerlizenz (= Ein-Lerner-Lizenz)

Zudem gewährte die bit media der Beklagten 300 „Ezellerlizenzen“ (= Lizenzen für einzelne Lerner, nachfolgend: „**Ein-Lerner-Lizenz**“) zum Preis von je EUR 33,00 (Ziff. 3.2 und 3.3 Lizenzvertrag). Die Ein-Lerner-Lizenz berechtigte die Beklagte, je einer auszubildenden Person („Single User“) eine Offline-Nutzung des Lernprogramms zu ermöglichen. Zu diesem Zweck lieferte bit media der Beklagten insgesamt 300 CD-ROMs, auf die das Lernprogramm aufgespielt war:

3.2 Einzellerlizenz für AZUBI's

Nachfolgend genannte Preise gelten für die **Offline CD-Rom Variante**

| Kategorie | Beschreibung | Anzahl d. Lerner | Preis (EUR) |
|-------------------|--------------|--------------------|-------------|
| Lerninhalt | EBC*L | Single User | 33,00 |

[...]

3.3 Sonderkondition

Gemeinsam mit der Intranetvariante, liefert bit media ein einmaliges Kontingent in Form von **300 Stück EBC*L CD-Rom's** aus. Die **Nutzung der CD's ist gekoppelt mit der Laufzeit des Vertrages**.

Bei vorzeitigem Ausstieg aus dem Vertrag bei, einer festgelegten Laufzeit von 3 Jahren, sind die 300 Stück EBC*L CD's an bit media zu retournieren.

3. bit media hat gegen ihre Pflichten aus dem Kooperationsvertrag mit der Klägerin verstoßen, indem sie der Beklagten eine erheblich verbilligte Lizenzgebühr berechnete

Die Lizenzgebühr, die die Beklagte nach dem mit bit media geschlossenen Lizenzvertrag zu entrichten hatte, war erheblich geringer als die Lizenzpreise für Endkunden, die KEA und bit media im Kooperationsvertrag (Anlage K 4) vereinbart hatten.

In Ziffer III.4) des Kooperationsvertrages heißt es:

„Die vereinbarten Verkaufspreise ergeben sich aus Anlage 2 zu dieser Vereinbarung. Diese werden nur im Einvernehmen geändert.“

Die in Bezug genommene Anlage 2 erlaubt keine Pauschallizenzgebühr, sondern sieht eine eigene Lizenzgebühr für jede lernende Person vor, deren Höhe sich nach der Anzahl der insgesamt gebuchten Lizenzen bestimmt (Mengenrabatt).

ENDKUNDEN-Preise:

Gesamtpaket Lernprogramm € 119,- pro Lerner

Mengenrabatt-Staffel (pro Bestellung)

| Anzahl Lerner | Rabatt | Preis (netto) |
|--------------------|--------|---------------|
| 1. - 10. Lerner | 0% | 119,00 |
| 11. - 25. Lerner | 3% | 115,43 |
| 26. - 50. Lerner | 6% | 111,86 |
| 51. - 100. Lerner | 10% | 107,10 |
| 101. - 250. Lerner | 15% | 101,15 |

Günstigere Konditionen sieht Anlage 2 des Kooperationsvertrages für Bildungsinstitute, Fachhochschulen, Universitäten und die öffentliche Verwaltung vor.

Die Einräumung einer Lizenz gegen Zahlung einer pauschalen Lizenzgebühr stellte einen Verstoß gegen die zwischen bit media und KEA vereinbarte Lizenzierungspraxis dar. KEA, BCI und die Klägerin hätten der Beklagten das Lernprogramm nicht zu diesen Konditionen lizenziert.

Es liegt nahe, dass bit media der Beklagten so günstige Bedingungen gewährte, weil beide Unternehmen konzernmäßig verbunden waren. Bei Abschluss des Lizenzvertrages hielt die Siemens Aktiengesellschaft Österreich 50% der Anteile der bit media. Die Siemens Aktiengesellschaft Österreich gehört ebenso wie die Beklagte zum Siemens-Konzern (siehe ausführlich den Schriftsatz der Klägerin vom 18. November 2022).

Aus all diesen Gründen können die Konditionen, die bit media der Beklagten einräumte, nicht als Maßstab oder Grundlage für die Berechnung des Schadensersatzanspruchs der Klägerin gegen die Beklagte herangezogen werden.

Beweis durch Zeugnis des Herrn: Wolfgang Schneider (im Jahr 2004 Geschäftsführer von bit media; danach Geschäftsführer Siemens Salzburg GmbH), ladungsfähige Anschrift wird nachgereicht

V. Die Beklagte nutzte das Lernprogramm nach Lizenzende weiter; nicht nur Auszubildende, sondern auch Ausbilder hatten darauf über das Ausbildungsportal „ebis“ Zugriff

Die Berechtigung der Beklagten zur Nutzung des Lernprogramms endet am 30. April 2008.

Unstreitig verwendete die Beklagte das Lernprogramm jedoch auch nach diesem Datum zur Fortbildung ihrer Auszubildenden. Insbesondere konnten ihre Auszubildenden weiterhin über das Intranet auf das Lernprogramm als sogenanntes „Web Based Training“ zugreifen.

Nach dem erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten erfolgte der Zugriff auf das Lernprogramm über die seit 2004 von der Beklagten verwendete Ausbildungsplattform „ebis“.² Der Zugang zur Plattform „ebis“ war passwortgeschützt:

„Ein Passwort erhielten nur Ausbilder und Auszubildende, so dass nur diese Zugriff hatten.“

(Schriftsatz der Beklagten vom 26. März 2021, Rn. 10).

Auszubildende legten ihr Passwort im Rahmen eines Registrierungsprozesses selbst fest und konnten sich anschließend mit E-Mail-Adresse und Passwort einloggen.³ Dies ergibt sich aus der von der Beklagten vorgelegten, für interne Zwecke vorgesehene Verfahrensbeschreibung (Anlage B 16):

Wechseln Sie anschließend wieder auf die ebis-Startseite (siehe Initial-E-Mail), klicken Sie auf Login, wählen Sie Siemens-ID (Andere Login-Dienste) als Anmeldemethode aus. Geben Sie Ihre E-Mail-Adresse und Ihr neues Passwort ein. Wenn Sie alles richtig gemacht haben, sind Sie jetzt in ebis eingeloggt.

Die Klägerin geht davon aus, dass sämtliche Auszubildende sowie deren Ausbilder Zugang zu dem Ausbildungsportal „ebis“ hatten. Die Beklagte hat das noch nicht bestätigt.

² Schriftsatz der Beklagten vom 18. November 2022, Rn. 2.

³ Schriftsatz der Beklagten vom 18. November 2022, Rn. 2.

Die Beklagte hat erstinstanzlich vielmehr vorgetragen, dass ein Zugang zum Ausbildungsportaal „ebis“ nicht automatisch auch den Zugriff auf das Lernprogramm ermöglichte, sondern dass es dafür zudem einer eigenen **Freischaltung** durch einen Ausbilder bedurfte:

„Auch wenn sich jemand in das System eingeloggt hatte, bedeutete das nicht automatisch, dass auch Zugriff auf das hier streitgegenständliche Programm möglich war. **Denn jedes einzelne Training musste von den Ausbildern für jeden einzelnen Nutzer freigeschaltet werden und zwar unter Angabe des Nutzungszeitraums**“ (Schriftsatz der Beklagten vom 18. November 2022, Rn. 10).

Diese Darstellung steht im Gegensatz zur Aussage von Herrn Kunz (damals Leiter des für die AZUBI-Ausbildung zuständigen SPE-Bereichs im klagsrelevanten Zeitraum). Herr Kunz hat im ersten Gespräch nach Bekanntwerden des Lizenzvergehens, zwischen der Beklagten (Herr Kunz und namentlich nicht bekannter Kollegin) und der Klägerin (Herrn Mihalic und Herrn Spieler (Prokurist) angegeben:

Jeder Azubi bekam einen Zugang zur Lernplattform ebis. Damit war auch ein freier Zugang zu allen dort gespeicherten Lernprogrammen möglich. Für manche Lernprogramme der bit media (zB ECDL) wurde zur Lernerverwaltung das von bit media mitgelieferte Lernmanagement-System „SITOS“ verwendet. Beim Lernprogramm „Easybusiness“ sei das nicht der Fall gewesen.

Zeuge: Herr Christoph Kunz (damals Leitung SPE, heute Global Head of Vocational Education and Training Siemens), Michael Spieler (Kläger)

Zum Nachweis hat die Beklagte eine Folie aus einer für interne Zwecke bestimmten Präsentation der Beklagten vom Juli 2021 vorgelegt (Anlage B 18), die folgenden Erläuterungstext enthält:

„Direkten Zugriff auf WBTs haben nur Personen mit der Rolle Ausbilder / Ausbilder (ext) diese wird nur vergeben an Mitarbeiter der SPE und externe Trainer (müssen sich auch an Vorgaben halten, vertraglich geregelt). WBTs müssen freigeschalten werden, damit die Lernenden diese verwenden können.“

Wie viele interne und externe Auszubildende für den Zugriff auf das Lernprogramm **freigeschaltet** waren, ist der Klägerin nicht bekannt. Die Beklagte hat hierüber bisher keine – jedenfalls keine klare - Auskunft erteilt. Ebenfalls unbekannt ist der Klägerin die Anzahl der (internen und externen) **Ausbilder**, die – ausweislich der Anlage B 18 – ohne weitere Freischaltung „[d]irekten Zugriff“ auf sämtliche Web Based Trainings (also auch das Lernprogramm) hatten.

Die Beklagte hat vorgetragen, dass sie die Anzahl der tatsächlichen Zugriffe auf das Lernprogramm dokumentiert habe, und als Anlage B 21A eine Darstellung der

Dokumentation vorgelegt, in der jedem Nutzer eine Identifikationsnummer zugewiesen ist. Aus der Dokumentation soll hervorgehen, welcher Nutzer an welchem Datum auf das Lernprogramm zugegriffen hat.

Es stellt sich die Frage, ob hinter den Nummern sich auch konkret benennbare Personen (named user) befinden. Nur so hat ein Lizenzgeber die Möglichkeit, stichprobenmäßig Kontrollen durchzuführen.

Die Beklagte hat zudem in der Anlage B 22A angebliche Zugriffe nach Quartal aufgeschlüsselt, wobei die Quartalsbezeichnung dem Geschäftsjahr der Beklagten folgt, das von Oktober bis September läuft.⁴ Dementsprechend sind die Nutzungszahlen für das vierte Kalenderquartal 2014 (Oktober bis Dezember 2014) in der Anlage B 22A in dem Abschnitt „erstes Quartal 2015“ zu suchen.

Laut Anlage B 22A fand der letzte dokumentierte Zugriff auf das Lernprogramm der Klägerin am 29. April 2015 durch den Nutzer 84741 statt. Danach endet aufgrund einer IT-Systemumstellung die Dokumentation der Beklagten.

Ab Mai 2015 erfolgte der Zugriff auf das Lernprogramm nicht mehr direkt auf den unternehmensinternen Server, sondern vermittels eines Browsers, dessen Verlauf regelmäßig gelöscht wurde, sodass die Beklagte nach eigener Auskunft hierfür keine tatsächlichen Zugriffszahlen angeben kann.⁵

Die Beklagte hat weiter behauptet, sie habe das Lernprogramm in ihrem System ab Herbst 2019 auf inaktiv gestellt. Ab dann sei ein Zugriff nicht mehr möglich gewesen.

Für den Zeitraum von Mai 2015 bis September 2019, währenddessen das Lernprogramm unstreitig für Auszubildende der Beklagten weiter nutzbar war, fehlen Zugriffszahlen. Zudem fehlen Angaben darüber,

- wie viele interne und externe Auszubildende in dem Ausbildungsportal „ebis“ für das Lernprogramm freigeschaltet waren („**Freischaltung**“) und
- wie viele **Ausbilder** ohne Erfordernis einer Freischaltung direkten Zugang auf sämtliche Web Based Trainings (einschließlich des Lernprogramms) hatten.

VI. Die Lizenzpraxis der Klägerin und der branchenüblichen Lizenzpraxis

Für die Berechnung des Schadensersatzanspruchs nach der Lizenzanalogie kommt es auf den objektiven Wert der fiktiven Lizenz an, der sich aus der tatsächlichen

⁴ Schriftsatz der Beklagten vom 23. November 2023, Rn. 13.

⁵ Schriftsatz der Beklagten vom 13. März 2024, Rn. 11.

Lizenzpraxis der Klägerin als Rechteinhaberin, ergänzend aus der branchenüblichen Lizenzpraxis ergibt.

1. Die Klägerin räumt Lizenzen für jeweils 3 Monate ein

Die von der Klägerin zur Nutzung des Lernprogramms vergebenen Lizenzen sind standardmäßig auf einen Zeitraum von drei Monaten ab Freischaltung des Lernprogramms beschränkt:

E-Learning Betriebswirtschaft (EBC*L)

Beinhaltet jene Themen, die von EBC*L als Kernwissen praxisorientierter Betriebswirtschaft definiert sind: Bilanzen lesen und analysieren, Unternehmensziele & Kennzahlen, Kostenrechnung, Profitcenter-Rechnung, Deckungsbeitrag, Investitionsrechnung, Wirtschaftsrecht, Finanzwissen.

Es handelt sich um eine zeitlich begrenzte Ein-Lerner-Lizenz: Das Lernprogramm kann von einer einzelnen Person beliebig oft durchgearbeitet werden. Sie bekommen den Zugang bereits einen Werktag nach Zahlungseingang. Dieser ist für Sie 3 Monat lang - rund um die Uhr - "geöffnet".

248,00 €

(Ausschnitt aus dem Onlineshop der Klägerin, abrufbar unter <https://www.easy-business.cc/shop/e-learning/>).

Der Dreimonatszeitraum beginnt mit Erhalt des Zugangs, d.h. mit der Freischaltung.

Bei Rahmenverträgen mit Unternehmen, deren Laufzeit drei Monate überschreitet, rechnet die Klägerin Lizenzgebühren für jeden Nutzungszeitraum von drei Monaten ab. Dies ergibt sich exemplarisch aus dem als Anlage K 30 vorgelegten Vertrag zwischen KEA (als Rechtsvorgängerin der Klägerin) und einem Unternehmenskunden:

2. Bezug, Nutzung und Abrechnung der Produkte

Es gelten die jeweils aktuellen Konditionen gemäß der Preisliste von KEA (siehe Anhang D). Beabsichtigte Änderungen der Listenpreise wird KEA mit einer Frist von 30 Tagen schriftlich ankündigen.

RAG wird den Vertragsgegenstand über die unternehmenseigene Lernplattform nutzen. Die Freischaltung bzw. Nutzung pro Lerner erfolgt durch die Vergabe von Passwörtern und beträgt max. 12 Wochen. Zu diesem Zweck wird das Lernprogramm auf einem Datenträger zur Verfügung gestellt. Etwaige Zusatzkosten für zusätzliche von in Auftrag gegebene Programmierungen werden nach Aufwand verrechnet.

[...]

Die Abrechnung erfolgt vierteljährlich, jew. am Quartalsende.

Im Bestreitensfall bieten wir für diese Lizenzierungspraxis der Klägerin

Beweis an durch das Zeugnis des Herrn Michael Spieler, b.b., sowie der Herren Marco Samland (Evonik Industries AG), Michael Grossmann (HR-Manager a.D. Wüstenrot Versicherungs AG) und Stefan Leitgeb (HR-Manager Wüstenrot Versicherungs AG) sowie der Frau Alexandra Schneider (IHK Akademie Digital GmbH); ladungsfähige Anschriften werden nachgereicht

Herr Spieler ist Prokurist bei der Klägerin (siehe Firmenbuchauszug Anlage K 1).

2. Die Klägerin berechnet eine Lizenzgebühr für jeden freigeschalteten Nutzer; die Anzahl der bei der Beklagten freigeschalteten Nutzer des Lernprogramms ist der Klägerin jedoch nicht bekannt

Die Lizenzierungspraxis der Klägerin bei Verträgen mit Unternehmen geht normalerweise von der Anzahl der **freigeschalteten** Nutzer des Lernprogramms innerhalb eines dreimonatigen Nutzungszeitraums aus (Ein-Lerner-Lizenzen).

Die Freischaltung der Nutzer und die Abrechnung der Leistung können auf zwei Weisen erfolgen:

1. Der Kunde (als Lizenznehmer) erwirbt eine bestimmte Anzahl von Lizenzen und übermittelt der Klägerin vorab Namen und E-Mailadresse der Nutzer. Die Klägerin vergibt an diese Nutzer personengebundene Zugangsdaten, mit denen sie über das Lernmanagement-System der Klägerin auf das Lernprogramm zugreifen können. Die Gültigkeit der Zugangsdaten endet drei Monate nach der Freischaltung des Zugangs durch die Lizenzgeberin – **unabhängig davon, ob der Kunde von dem Zugang Gebrauch macht oder nicht.**
2. Das Unternehmen (als Lizenznehmer) erhält eine Kopie des Lernprogramms und die Berechtigung, das Lernprogramm auf einen eigenen Server zu spielen. Auf diese Weise kann der Lizenznehmer seinen Mitarbeitern Zugriff auf das Lernprogramm gewähren, ohne dass jeder Nutzer Zugangsdaten von der Klägerin benötigt. Der Lizenznehmer verpflichtet sich vertraglich gegenüber der Klägerin zur technisch-nachvollziehbaren Protokollierung der Nutzerzahlen für jeden Dreimonatszeitraum. Die Abrechnung erfolgt vierteljährlich und nachträglich auf Grundlage der von dem Lizenznehmer der Klägerin mitgeteilten, tatsächlichen **Freischaltungen**. Zum Zweck der Abrechnung und der Kontrolle verpflichtet sich der Kunde der Klägerin die Namen und E-Mailadressen der freigeschalteten Nutzer (named user) zu übermitteln.

Da die Klägerin dabei auf eine unmittelbare Kontrolle der tatsächlichen Zugriffe verzichtet und der Lizenznehmer zudem das Lernprogramm erhält, verwendet sie diese Lizenz- und Abrechnungsalternative nur gegenüber Unternehmen, zu denen

bereits ein Vertrauensverhältnis besteht. Zudem enthält der Lizenzvertrag in diesem Fall umfangreiche Schutz- und Kontrollmechanismen, einschließlich des Rechts zur Überprüfung der Nutzungspraxis durch die Klägerin.

Ein Beispiel findet sich in dem als Anlage K 30 vorgelegten Vertrag:

RAG wird für die Dauer dieses Vertrages vollständige Aufzeichnungen über die Nutzung des Vertragsgegenstands führen und diese jederzeit für KEA zugänglich machen. RAG berichtet vierteljährlich über die genutzten Lizenzen mit einer Frist von 14 Tagen. Zu diesem Zweck benennt RAG eine zuständige Ansprechperson. Überprüfung durch eine Vertrauensperson von KEA ist gewährleistet. Das Entgelt für die Lizenzen ist innerhalb von 14 Tagen ab Rechnungserhalt fällig. Bei verspäteter Zahlung werden RAG Verzugszinsen in Höhe von 10 % sowie der Ersatz von Mahnspesen und der Kosten außergerichtlicher Verfolgung von Ansprüchen in Rechnung gestellt.

Für diese Lizenzpraxis bieten wir

Beweis an durch das Zeugnis des Herrn Michael Spieler, b.b. sowie der Herren Marco Samland (Evonik Industries AG), Michael Grossmann (HR-Manager a.D. Wüstenrot Versicherungs AG) und Stefan Leitgeb (HR-Manager Wüstenrot Versicherungs AG) sowie der Frau Alexandra Schneider (IHK Akademie Digital GmbH); ladungsfähige Anschriften werden nachgereicht

Für eine Anwendung dieser auf **freigeschaltete** Nutzer abstellenden Lizenzmodelle auf den vorliegenden Fall fehlen **Angaben über die Anzahl der freigeschalteten Nutzer, und zwar aufgeschlüsselt nach Kalendervierteljahr**: Die beschriebenen Lizenzmodelle berechnen die Lizenzgebühr ausgehend von der Anzahl der Personen, die pro Quartal für die Nutzung des Lernprogramms freigeschaltet sind. Der Klägerin ist unbekannt und die Beklagte hat keine Auskunft dazu erteilt, wie viele interne und externe Auszubildende bei der Beklagten für den Zugriff auf das Lernprogramm **freigeschaltet** waren. Die Beklagte hat hierüber bisher keine Auskunft erteilt. Ebenfalls unbekannt ist der Klägerin die Anzahl der (internen und externen) **Ausbilder**, die – ausweislich der Anlage B 18 – ohne weitere Freischaltung „[d]irekten Zugriff“ auf das Lernprogramm hatten.

Ein Rückgriff auf die Anzahl der **tatsächlichen** Nutzer steht im Widerspruch zur Lizenzpraxis der Klägerin: Die von der Klägerin gegenüber ihren Kunden erbrachte Leistung besteht in der Freischaltung, d.h. der Nutzungsmöglichkeit des Lernprogramms. Ob die Kunden von der Freischaltung Gebrauch machen, d.h. ob sie das Lernprogramm ganz oder teilweise, konzentriert oder geistesabwesend durchlaufen, hat keinen Einfluss auf das Anfallen oder die Höhe der Lizenzgebühr. Die tatsächlichen Zugriffe sind deshalb ungeeigneter Ansatzpunkt der Lizenzberechnung. Dass die Beklagte zudem nicht einmal über die tatsächlichen Zugriffszahlen für den gesamten Nutzungszeitraum verfügt (Zahlen fehlen ab Mai 2015), tritt demgegenüber in den Hintergrund.

3. Mangels Auskünfte ist die fiktive Lizenz auf Basis der Anzahl der potenziell freigeschalteten Nutzer zu berechnen

Weil eine Bezifferung des Schadens nach dem üblichen Lizenzmodell der Klägerin ist derzeit mangels Auskünften nicht möglich ist, ist stattdessen von einer (fiktiven) pauschalen Lizenzierung des Lernprogramms auf Grundlage der Anzahl der **potenziell freigeschalteten Nutzer** auszugehen.

Auch ein solches pauschales Lizenzmodell ist branchenüblich. Dafür bieten wir

Beweis an durch Zeugnis der Herren Michael Grossmann, HR- Manager und E-Learning-Verantwortlicher bei Wüstenrot und Michael Spieler, b.b., sowie der Herren Marco Samland (Evonik Industries AG) und Stefan Leitgeb (HR-Manager Wüstenrot Versicherungs AG), ladungsfähige Anschriften werden nachgereicht

Die Gruppe der potenziell freigeschalteten Nutzer des Lernprogramms umfasst alle zwischen Mai 2008 und September 2019 bei der Beklagten tätigen internen und externen Auszubildenden, sowie sämtliche (internen und externen) Ausbilder, die Zugang zu dem Ausbildungsportal „ebis“ hatten.

Allerdings sind auch hier die der Klägerin vorliegenden Zahlen unvollständig:

- Zum 1. Mai 2008 – d.h. zu dem Zeitpunkt, zu dem die Lizenz der Beklagten für die Nutzung des Lernprogramms auslief – waren nach Auskunft der Beklagten 4.900 technische sowie 1.400 kaufmännische und sonstige interne Auszubildende bei der Beklagten angestellt. Hinzukamen weitere 3.600 externe Auszubildende, in der Summe also ca. 9.900 Personen im Mai 2008, die potenziell für das Lernprogramm freigeschaltet waren (Klageerwiderung vom 26. März 2021, Rn. 55). Die Zahlen sind offensichtlich gerundet, was wiederum eine genaue Berechnung der Lizenzhöhe nicht möglich macht.
- Über die Anzahl der internen und externen Auszubildenden während des Zeitraums der unbefugten Nutzung des Lernprogramms hat die Beklagte folgende weiteren Auskünfte erteilt:
 - Jeweils zum 1. September jeden Jahres hat die Beklagte ca. 2.000 neue interne Auszubildende eingestellt. Die genaue Anzahl dieser Neueinstellungen ergibt sich aus folgender Tabelle:

| Geschäftsjahr | Gesamt | technisch | kaufmännisch und sonstige |
|---------------|--------|-----------|---------------------------|
| 2007 | 2.068 | 1.468 | 380 |
| 2008 | 2.455 | 1.624 | 573 |
| 2009 | 2.281 | 1.650 | 376 |
| 2010 | 2.190 | 1.619 | 386 |
| 2011 | 2.203 | 1.493 | 447 |
| 2012 | 2.335 | 1.585 | 454 |
| 2013 | 2.140 | 1.507 | 440 |
| 2014 | 1.980 | 1.442 | 371 |
| 2015 | 1.935 | 1.552 | 383 |
| 2016 | 1.905 | 1.556 | 349 |
| 2017 | 1.691 | 1.400 | 291 |
| 2018 | 1.530 | 1.307 | 223 |
| 2019 | 1.409 | 1.229 | 180 |

(Klageerwiderung vom 26. März 2021, Rn. 55).

Es fehlen Auskunft über die Bestandszahlen der internen Auszubildenden zwischen Mai 2008 und September 2019 (Beginn und Ende der unbefugten Nutzung) im jeweiligen Quartal. Es ist insbesondere unklar, wie viele Auszubildenden vorzeitig, regulär oder verspätet ausgeschieden sind, also wie lange ihre Ausbildungszeit war und sie daher als Nutzer des Lernprogramms in Betracht kamen.

- Für externe Auszubildende erhob die Beklagte angeblich nur Bestandszahlen ohne Angabe eines Stichdatums:

| Geschäftsjahr | Externe |
|---------------|---------|
| 2008 | 3.400 |
| 2009 | 3.058 |
| 2010 | 2.722 |
| 2011 | 2.547 |
| 2012 | 3.043 |
| 2013 | 2.814 |
| 2014 | 2.794 |
| 2015 | 2.784 |
| 2016 | 2.457 |
| 2017 | 2.273 |
| 2018 | 2.162 |
| 2019 | 2.059 |

(Schriftsatz der Beklagten vom 13. März 2024, Rn. 16)

Auch hier fehlen Auskünfte dazu, wie viele Auszubildenden wann ihre Ausbildung begonnen haben und wann sie vorzeitig, regulär oder verspätet

ausgeschieden sind, also wie lange ihre Ausbildungszeit war und sie daher als Nutzer des Lernprogramms in Betracht kamen.

Auch hat die Klägerin keine Kenntnis über die Anzahl der im relevanten Zeitraum bei der Beklagten tätigen internen und externen Ausbilder mit Zugriff auf „ebis“.

4. Höhe der Lizenzgebühr je potenziell freigeschaltetem Nutzer

Zur Ermittlung der fiktiven Lizenzgebühr ist die Anzahl der potenziell freigeschalteten Nutzer mit dem objektiven Wert der Nutzungsmöglichkeit zu multiplizieren.

Geeigneter Ausgangspunkt für die Bestimmung des objektiven Werts der Nutzungsmöglichkeit ist der Kooperationsvertrag zwischen KEA und bit media (Anlage K 4), der in seiner Anlage 2 eine Preisliste enthält:

ENDKUNDEN-Preise:

Gesamtpaket Lernprogramm € 119,- pro Lerner

Mengenrabatt-Staffel (pro Bestellung)

| Anzahl Lerner | Rabatt | Preis (netto) |
|--------------------|--------|---------------|
| 1. - 10. Lerner | 0% | 119,00 |
| 11. - 25. Lerner | 3% | 115,43 |
| 26. - 50. Lerner | 6% | 111,86 |
| 51. - 100. Lerner | 10% | 107,10 |
| 101. - 250. Lerner | 15% | 101,15 |

Danach betrug der Grundpreis je Nutzer (stand Dezember 2003) EUR 119,00. Der Mengenrabatt belief sich ab dem 101. Nutzer auf 15%. Der als Anlage K 30 vorgelegte Beispielvertrag enthält in Anhang D eine weitere Rabattstufe ab dem 251. Nutzer (20%),

➤ **Rabattstaffel**

Werden mehrere Ein-Lerner-Lizenzen abgerufen, können folgende Rabatte eingeräumt werden:

| Anzahl Lerner | Rabatt in % | Preis pro Lerner in EURO |
|------------------|-------------|--------------------------|
| bis 10 Lerner | 0 % | 119,- |
| 11 - 25 Lerner | 3 % | 115,43 |
| 26 - 50 Lerner | 6 % | 111,86 |
| 51 - 100 Lerner | 10 % | 107,10 |
| 101 - 250 Lerner | 15 % | 101,15 |
| 251 - 500 Lerner | 20 % | 95,20 |

Diese Rabattstaffelung könnte man z.B. wie folgt fortschreiben:

| Anzahl Nutzer | Rabatt in % | Preis je Nutzer |
|--------------------|-------------|-----------------|
| 501-1.000 Nutzer | 25% | EUR 89,25 |
| 1.001-2.000 Nutzer | 30% | EUR 83,30 |
| 2.001-5.000 Nutzer | 35% | EUR 77,35 |

Nochmals ist darauf hinzuweisen, dass hier von einem 3-Monats-Zeitraum ab erster Freischaltung eines Nutzers ausgegangen wird,

Bei einer Anzahl ab 5001 Nutzer würden Sonderkonditionen verhandelt werden. Zugunsten der Beklagten ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass möglicherweise nicht alle Auszubildenden auch tatsächlich freigeschaltet waren und daher Zugriff hatten oder haben sollten, weshalb es angemessen erscheint, den Grundpreis von EUR 77,35 je potentiellm Nutzer auf **EUR 30,00** je Kalendervierteljahr zu reduzieren.

Die Klägerin behält sich vor, diese Beträge neu zu berechnen und höhere Ansätze geltend zu machen.

C. Rechtslage

Das Landgericht hat die verschiedenen Klageanträge mit unterschiedlichen Begründungen abgewiesen. Die Abweisung ist rechtsfehlerhaft. Entgegen der Auffassung des Landgerichts war die Klägerin nicht verpflichtet, den Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht in einen Leistungsantrag umzustellen. Das Landgericht hätte die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin nicht offenlassen, sondern sie bejahen müssen. Der Klägerin benötigt zur Berechnung des Schadens weiterhin Auskünfte

- über die Anzahl der für das Lernprogramm freigeschalteten internen und externen Auszubildenden (pro Kalendervierteljahr), sowie
- über die Anzahl der im maßgeblichen Zeitraum bei der Beklagten tätigen Ausbilder, die direkten Zugriff auf das Lernprogramm hatten (ebenfalls pro Kalendervierteljahr).

Die Klägerin hält daran fest, dass sie die Höhe des Schadensersatzanspruchs auf Grundlage der erteilten Auskünfte nicht beziffern kann. Nur hilfswise unternimmt sie den Versuch einer Bezifferung auf Basis der Anzahl der *potenziell* freigeschalteten Nutzer bzw. Nutzungen, und erhebt hilfswise Teil-Leistungsklage.

I. Der Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht ist zulässig

Das Landgericht hat den Antrag der Klägerin auf Feststellung der Schadensersatzpflicht in Zusammenhang mit dem Lizenzverstoß als unzulässig abgewiesen. Es habe beim Schluss der mündlichen Verhandlung das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse gefehlt.

Zwar sei die Feststellungsklage ursprünglich zulässig gewesen, da der Klägerin zunächst die für eine Bezifferung des Schadens im Rahmen eines Leistungsantrags erforderlichen Angaben gefehlt hätten (Urteil, S. 14). Die Zulässigkeit sei jedoch im Laufe des Verfahrens entfallen, nachdem

„[d]ie Beklagte die für die Schadensberechnung erforderlichen Auskünfte vor dem Termin zur letzten mündlichen Verhandlung am 29.04.2024 erteilt“ [habe] (Urteil, S. 14).

Die Klägerin – so die Auffassung des Gerichts – hätte nach Erteilung der Auskünfte den Feststellungs- auf einen Leistungsantrag umstellen müssen.

Diese Auffassung ist falsch.

Die Kammer erkennt selbst zunächst in dem Urteil an, dass

„ein Kläger grundsätzlich nicht verpflichtet [ist], bei einer zulässig erhobenen positiven Feststellungsklage zur Leistungsklage überzugehen, wenn diese während des Prozesses möglich wird (BGH Urt. v. 31.1.1952 – III ZR 131/51, BeckRS 1952, 31205971; BGH GRUR 1978, 187 - Alkoholtest; BGH GRUR 1987, 524 - Chanel No. 5 II, BGH GRUR 2008, 258, Rn. 18 - INTERCONNECT/T-InterConnect).“ (Urteil, S. 13).

Um trotz dieser Rechtsprechung des BGH zur Unzulässigkeit des klägerischen Anspruchs zu gelangen, beruft sich das Gericht auf die folgende zwei Entscheidungen:

BGH Urt. v. 31.1.1952 – III ZR 131/51, BeckRS 1952, 31205971,

und

BGH GRUR 2008, 258, Rn. 18 - INTERCONNECT/T-InterConnect (Urteil, S. 14).

Aus diesen Entscheidungen ergebe sich, dass ausnahmsweise ein Kläger von der Feststellungs- zur Leistungsklage übergehen müsse,

„wenn im ersten Rechtszuge lange vor dessen Beendigung die Schadensentwicklung voll abgeschlossen ist, Auskunft erteilt wurde und der Übergang zur Leistungsklage die Entscheidung über den Grund des Anspruchs nicht verzögert oder den

Verlust einer Instanz für den Streit über die Höhe des Anspruchs bedeuten würde“ (Urteil, S. 14).

Die Voraussetzungen sind bereits nicht erfüllt. Die Beklagte hat die zur Schadensbeziehung erforderlichen Auskünfte nicht erteilt.

Eine Bezifferung der (fiktiven) Lizenzgebühr nach einem Lizenzmodell, das auf die Anzahl der freigeschalteten Nutzer und Nutzungen abstellt, ist unmöglich (dazu oben **B.VI.2.**).

Die Bezifferung einer in Betracht kommenden fiktiven Pauschallizenz, deren Höhe auf Basis der Anzahl der potenziell freigeschalteten Nutzer und Nutzungen pro Kalendervierteljahr berechnet wird, ist ebenfalls nicht möglich, da die Beklagte keine nach Kalendervierteljahr aufgeschlüsselte Auskunft über die die Anzahl der Auszubildenden gegeben hat, die einen Zugang zum Lernprogramm gehabt hätten können. Es sei denn, dass die Klägerin die Auskunft erteilt, dass dies für alle Azubis der Fall gewesen sei (siehe dazu **B.VI.2.**).

In Bezug auf die internen Auszubildenden hat die Beklagte nur für die Zeitpunkte Mai 2008 und September 2019 Bestandszahlen geliefert. Im Übrigen hat die Beklagte zwar Angaben dazu gemacht, wie viele neue interne Auszubildende sie in jedem Jahr am 1. September eingestellt hat. Der Klägerin ist jedoch nicht bekannt, **wie lange die Ausbildung jeweils dauert, und wann wie viele interne Auszubildende im Gegenzug ausgeschieden sind.**

In Bezug auf **externe Auszubildende** hat die Beklagte zwar Bestandszahlen geliefert, jedoch nicht aufgeschlüsselt nach Ausbildungsanfang, Ausbildungsende und Kalendervierteljahr, sondern nur einheitlich für jedes Geschäftsjahr ohne Angabe eines Stichtags.

Die Beklagte hat dazu erklärt, dass ihr eine Aufgliederung nach Kalendervierteljahr nicht mehr möglich oder zumutbar sei (siehe Urteil, S. 18). Das Gericht hält die von der Beklagten behauptete Unmöglichkeit der Auskunft

„angesichts der Größe des Unternehmens und vor dem Hintergrund des Gebots der Datensparsamkeit bzw. der Datenminimierung nach Art. 5 lit. c DS-GVO nachvollziehbar“ (Urteil, S. 18).

Auch dies überzeugt nicht – im Gegenteil legt gerade die Größe der Beklagten, die zudem aufgrund ihrer Börsennotierung umfangreichen Berichtspflichten unterliegt, nahe, dass sie zur Aufgliederung der Daten in der Lage sein müsste – oder jedenfalls zu einer Schätzung auf Basis der vorliegenden Daten. Die Beklagte hat nicht einmal eine Schätzung geliefert. Der in Art. 5 lit. c DS-GVO verankerte Grundsatz der Datensparsamkeit gilt ausschließlich für personenbezogene Daten. Wie sich aus den Anlagen B21A und B22A ergibt, war die Beklagte durchaus in der Lage, Zugriffszahlen auf das

Lernprogramm der Klägerin sogar für die Jahre 2008 bis 2015 vorzulegen, und die Nutzer dabei durch Nutzerkennzahlen zu anonymisieren. Eine Anonymisierung im Rahmen der Aufschlüsselung der Auszubildenden-Zahlen nach Kalendervierteljahr wäre noch weitaus einfacher.

Zudem fehlen jegliche Angaben über die **Anzahl der internen und externen Ausbilder**, die offenbar auch ohne Freischaltung direkten Zugang zu dem Lernprogramm hatten.

Die Klägerin hält aus diesen Gründen daran fest, dass die Beklagte bis zum heutigen Tag die zur Bezifferung der fiktiven Lizenzgebühr erforderlichen Auskünfte nicht erteilt hat.

In jedem Fall ergibt sich daraus, dass zwischen den Parteien umstritten war (und bis heute ist), ob die für die Schadensbezifferung erforderlichen Auskünfte vollständig erteilt wurden. Die Möglichkeit und Häufigkeit eines Streits über die Vollständigkeit erteilter Auskünfte benennt der BGH selbst als Grund dafür, warum in aller Regel keine Verpflichtung besteht, von einem zulässig erhobenen Feststellungsantrag im Laufe des Verfahrens auf einen Leistungsantrag zu wechseln.

(BGH GRUR 2003, 900/901).

Tatsächlich ist der BGH in keiner der beiden vom Landgericht zitierten Entscheidungen zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger von der Feststellungs- zur Leistungsklage hätte wechseln müssen. In der Entscheidung BGH 31.01.1952, III ZR 131/51, BeckRS 1952, 31205971 hat der BGH die tatsächlichen Voraussetzungen des Feststellungsinteresses für „nicht hinreichend geklärt“ gehalten, das Urteil deshalb aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. In der Entscheidung BGH GRUR 2008, 258 Rn. 18 heißt sogar ausdrücklich:

„Die Kl. war nicht verpflichtet, ihre zulässig erhobene Feststellungsklage nach erteilter Auskunft auf eine Leistungsklage umzustellen.

Dies gilt auch im vorliegenden Fall.

II. Die Klägerin ist aktivlegitimiert

Das Landgericht hat die Aktivlegitimation der Klägerin offengelassen.

Tatsächlich hat die Klägerin eine Rechtekette nachgewiesen, die ihren Ursprung in den 1990er Jahren bei dem Urheber des Lernprogramms, Herr Victor Mihalic hat, und über verschiedene von ihm gehaltene und geführte Gesellschaften bis zur Klägerin führt (dazu oben **B.III.**).

III. Begründetheit

1. Antrag zu I - Auskunft

Die Klägerin hat Anspruch auf Erteilung der Auskünfte, die sie zur Bezifferung des Schadens benötigt, und über die sie ohne eigenes Verschulden nicht verfügt.

Zur Bezifferung des Schadens kommt vorliegend eine fiktive Lizenzgebühr, berechnet auf Grundlage der Anzahl der für das Lernprogramm freigeschalteten Auszubildenden, sowie der Anzahl der offenbar ohne Freischaltung zugriffsberechtigten Ausbilder während jedes Kalendervierteljahres (je dreimonatige Lizenzdauer), in Betracht.

Die Anzahl der potenziellen Nutzer des Lernprogramms entspricht der Anzahl der internen und externen Auszubildenden, die zwischen 2010 und 2019 bei der Beklagten in jedem Kalendervierteljahr Zugriff auf das Lernprogramm hatten.

Deshalb beantragt die Klägerin mit Antrag zu I.1. und I.2. Auskunft über die Anzahl der internen und externen Auszubildenden, die zwischen Januar 2010 und September 2019 in dem Ausbildungsportal „ebis“ für das Lernprogramm freigeschaltet waren, aufgeschlüsselt nach Kalendervierteljahr.

Die Beklagte hat erstinstanzlich nur Auskunft über die **jährlichen Neueinstellungen** interner Auszubildender erteilt, sowie geschäftsjährliche Bestandszahlen externer Auszubildender geliefert. Außerdem hat sie für den Nutzungszeitraum von Mai 2008 bis April 2015 tatsächliche Zugriffszahlen auf das Lernprogramm vorgelegt. Für das Lizenzmodell der Klägerin, und damit auch für die fiktive Lizenzgebühr ist jedoch die Anzahl der freigeschalteten Nutzer und Nutzungen maßgeblich.

Zudem beantragt die Klägerin mit Antrag zu I.3 Auskunft über die Anzahl der Ausbilder, die während des maßgeblichen Zeitraums ohne gesonderte Freischaltung (vgl. Anlage B 18) Zugriff auf das Lernprogramm hatten.

2. Antrag zu II - Schadensersatzfeststellung

Die Schadensersatzpflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin dem Grunde nach ergibt sich aus § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG.

Die Beklagte hat schuldhaft nach Auslaufen der Lizenz aus dem Lizenzvertrag mit bit media die Nutzung des Lernprogramms fortgesetzt und damit die urheberrechtlichen Nutzungsrechte der Klägerin (bzw. ihrer Rechtsvorgängerinnen) verletzt.

IV. Antrag zu III – Versicherung an Eides statt

Der Antrag zu III ist begründet, weil die Beklagte vor und im laufenden Verfahren fortwährend neue, voneinander abweichende Auskünfte erteilt hat und diese zudem unglaubhaft sind.

Der Anspruch auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung setzt voraus, dass Grund zu der Annahme besteht, die erteilten Auskünfte nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind.

Das gilt hier in mehrfacher Hinsicht.

Zunächst hat die Beklagte mehrfach die Angaben zu (angegebenen) Nutzerzahlen korrigiert und im Zuge der Auseinandersetzung (mindestens) vier verschiedene Nutzerzahlen angegeben (siehe dazu auch den erstinstanzlichen Vortrag):

| Juni 2019 | Juli 2019 | 2020 | 2024 |
|-----------|-----------|------|------|
| 290 | 514 | 1464 | 1598 |

Zudem sind die erteilten Auskünfte auch offensichtlich realitätsfern und unstimmig. Insbesondere enthält die als Anlage B 21A vorgelegte Liste offensichtliche Unstimmigkeiten. Z.B. hat nach dieser Liste der Nutzer 607 angeblich 28 mal in 7 Jahren auf das Programm zugegriffen, was bei einer dreijährigen Ausbildungszeit jedenfalls erklärungsbedürftig ist:

| 607 | 28 |
|-------------------|----|
| 2008 | 5 |
| 17.09.08 10:30:09 | 1 |
| 17.09.08 10:30:40 | 1 |
| 26.09.08 14:04:46 | 1 |
| 27.08.08 06:51:14 | 1 |
| 30.09.08 14:33:55 | 1 |
| 2009 | 4 |
| 02.10.08 10:17:34 | 1 |
| 06.05.09 08:32:08 | 1 |
| 09.07.09 11:35:52 | 1 |
| 21.10.08 08:23:45 | 1 |
| 2010 | 3 |
| 11.03.10 13:32:32 | 1 |
| 11.03.10 13:35:06 | 1 |
| 11.03.10 13:36:52 | 1 |
| 2011 | 7 |
| 21.09.11 09:47:35 | 1 |
| 27.09.11 12:48:50 | 1 |
| 27.09.11 14:11:50 | 1 |
| 28.09.11 07:25:57 | 1 |
| 28.09.11 08:27:42 | 1 |
| 28.09.11 09:39:57 | 1 |
| 30.09.11 12:49:39 | 1 |
| 2012 | 1 |
| 05.10.11 07:33:45 | 1 |
| 2013 | 2 |
| 19.03.13 09:50:17 | 1 |
| 21.09.13 11:35:51 | 1 |
| 2014 | 3 |
| 04.09.14 11:16:25 | 1 |
| 12.09.14 11:22:06 | 1 |
| 19.09.14 10:19:22 | 1 |
| 2015 | 3 |
| 04.12.14 13:33:32 | 1 |
| 15.01.15 14:20:36 | 1 |
| 16.01.15 07:18:52 | 1 |
| --- | - |

Es fehlt auch eine Erklärung dazu, was konkret die Nutzerzahlen bedeuten. In der Liste Anlage B21A finden sich Nutzerzahlen von 8 bis 87.085. Warum sind die Abstände zwischen den Zahlen so groß? Welche der Nutzer sind Mitarbeiter von Drittunternehmen oder Ausbilder?

Die Liste Anlage B21A ist auch nicht chronologisch, wie es bei einer Auswertung einer elektronischen Erfassung zu erwarten wäre:

| |
|-------------------|
| 596 |
| 2008 |
| 16.07.08 14:32:15 |
| 17.01.08 09:30:15 |
| 17.01.08 09:33:13 |
| 2009 |
| 01.05. |
| 01.05. |
| 02.10. |
| 03.10. |
| 06.05. |
| 06.05. |
| 06.05. |
| 07.05. |
| 29.09. |

Wie ist das zu erklären?

Hiermit hat sich das Landgericht im angegriffenen Urteil nicht auseinandergesetzt.

V. Hilfsweise: Antrag zu IV - Schadensersatzanspruch in Höhe von EUR 1.200.000,00 für den Nutzungszeitraum bis einschließlich Dezember 2010

Nachdem das Landgericht erstinstanzlich den Feststellungsantrag für unzulässig erachtet hat, beantragt die Klägerin hilfsweise für den Fall, dass das Oberlandesgericht dieser

Auffassung folgt, die Zahlung von Schadensersatz in Höhe von **EUR 1.200.000,00** zuzüglich Zinsen für den Nutzungszeitraum 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2010 (**Teilklage**).

Die Klägerin hält weiterhin daran fest, dass sie nicht über alle zur Schadensbeziehung erforderlichen Angaben verfügt, dass der Feststellungsantrag weiterhin zulässig ist, und dass eine Umstellung auf einen Leistungsantrag nicht geboten war. Zur Bezifferung des Hilfsantrags – nämlich auf Grundlage der potenziell freigeschalteten Nutzer des Lernprogramms – hat die Klägerin Mutmaßungen über deren Anzahl anstellen müssen.

1. Zulässigkeit der nachträglichen Eventualklagehäufung

Die nachträgliche Eventualklagehäufung ist zulässig, da sie der endgültigen Erledigung des Rechtsstreits dient, d.h. sachdienlich ist, § 533 Nr. 1 ZPO, und der zusätzliche Antrag auf Tatsachen beruht, die der Entscheidung über die Berufung ohnehin zugrunde zu legen sind, §§ 533 Nr. 2, 529 ZPO.

2. Schadensersatzanspruch dem Grunde nach

Der Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte ergibt sich aus § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG. Die Klägerin hat schuldhaft nach Auslaufen ihrer Lizenz die Nutzung des Lernprogramms fortgesetzt.

3. Bezifferung

Der Schaden, der der Klägerin entstanden ist, entspricht der Höhe der fiktiven Lizenzgebühr, die verständige Vertragspartner ausgehend vom objektiven Wert der (unbefugten) Nutzung vereinbart hätten.

Wie dargelegt (siehe oben **B.VI.2.**), ist eine Bezifferung der fiktiven Lizenzgebühr nach dem üblichen Lizenzmodell der Klägerin (d.h. auf Basis der Anzahl der freigeschalteten Nutzer bzw. Nutzungen) nicht möglich, da der Klägerin keine Angaben darüber vorliegen, wann und wie viele Nutzer im Ausbildungsportal „ebis“ für das Lernprogramm freigeschaltet waren.

Eine Berechnung der Lizenzgebühr nach den tatsächlichen Zugriffen auf das Lernprogramm ergäbe nicht den objektiven Wert der Nutzung, da deren Bezugspunkt nicht der tatsächliche Zugriff, sondern die Zugriffsmöglichkeit (d.h. die Freischaltung) ist. Davon abgesehen verfügt angeblich nicht einmal die Beklagte selbst über die tatsächlichen Zugriffszahlen für den gesamten Nutzungszeitraum (siehe oben **B.V.** und **B.VI.2.**).

Die Klägerin ist deshalb gezwungen, ersatzweise ein pauschales Lizenzmodell anzuwenden, das von der **Anzahl der potenziell freigeschalteten Nutzer** und Nutzungen des Lernprogramms ausgeht. Dies umfasst im vorliegenden Fall alle internen und

externen Auszubildenden der Beklagten, die zur selben Zeit Zugang zum Ausbildungsportal „ebis“ hatten, sowie alle internen und externen Ausbilder, die ohne gesonderte Freischaltung direkten Zugriff auf das Lernprogramm hatten. Der (fiktive) Lizenzzeitraum beträgt dabei – im Einklang mit der Lizenzpraxis der Klägerin – jeweils drei Monate.

Die Beklagte hat bisher keine Auskunft über die Bestandszahlen der internen und externen Auszubildenden während jedes Kalendervierteljahres zwischen Januar 2010 und September 2019 erteilt. Zudem hat die Klägerin keine Kenntnis über die Anzahl der internen und externen Ausbilder bei der Beklagten.

Die Beklagte hat lediglich erklärt, dass im Mai 2008 insgesamt **9.900**, im September 2019 insgesamt **7.208** interne und externe Auszubildende bei ihr tätig waren. Auf Basis dieser Angaben, und unter Hinzurechnung einer geschätzten Anzahl von Ausbildern, schätzt die Klägerin für den maßgeblichen Zeitraum folgende potenziell freigeschalteten Nutzerzahlen:

| Zeitraum | Anzahl potenziell freigeschalteter Nutzer (Auszubildende und Ausbilder) |
|----------------------------|---|
| Q1/2010 bis Q4/2010 | 10.000 (= ca. 9.900 Auszubildende + ca. 100 Ausbilder) |

Die Anzahl potenziell freigeschalteten Nutzer in jedem Kalendervierteljahr ist zu multiplizieren mit einer fiktiven Lizenzgebühr je potenziell freigeschaltetem Nutzer (und Nutzungen) in Höhe von EUR 30,00 (dazu oben **B.VI.4.**).

Die je Kalendervierteljahr angefallenen, fiktiven Lizenzgebühren für den Zeitraum 2010 bis April 2015, ergeben sich aus dieser Excel-Tabelle:

| | Jahr | Quartal | *Potenziell freigeschaltete Nutzer (Gesamt) | ***Preis | Summe |
|---|-----------------|---------|---|-----------|----------------|
| 1 | | | | | |
| 2 | VARIABLE | | | 30 | |
| 3 | 2010 | 1 | 10000 | 30 | 300000 |
| 4 | 2010 | 2 | 10000 | 30 | 300000 |
| 5 | 2010 | 3 | 10000 | 30 | 300000 |
| 6 | 2010 | 4 | 10000 | 30 | 300000 |
| 7 | Summe 1 | | 40000 | 30 | 1200000 |

Es ergibt sich für den Nutzungszeitraum von Januar bis Dezember 2010 demnach eine fiktive Lizenzgebühr von EUR 1.200.000,00.

4. Zinsen

Der Klägerin steht zudem in Bezug auf die fiktive Lizenzgebühr ein verzugsunabhängiger Zinsanspruch zu.

Denn es ist – so der BGH – davon auszugehen,

„dass vernünftige Vertragspartner bei Abschluss eines Lizenzvertrages über die Klageschutzrechte einen [...] Lizenzfälligkeitstermin mit dem Ziel und der Folge einer über die Verzugsregelung hinausgehenden Zinspflicht vereinbart hätten, dass diese Fälligkeitsabrede als Ergänzung des vereinbarten Lizenzsatzes empfunden worden wäre und dass folglich ein Schutzrechtsverletzer sich im Rahmen der Lizenzanalogie so behandeln lassen müsse, als habe auch er einer solchen Fälligkeitsabrede zugestimmt“ (BGH NJW 1982, 1151/1153 - *Fersenabstützvorrichtung*).

Der Verletzer soll nicht besser stehen als ein vertraglicher Lizenznehmer. Ein vertraglicher Lizenznehmer hat die Lizenzzahlungen in kurzen Abständen zu leisten, oder aber Verzugszinsen zu zahlen. Die Verletzerin (d.h. die Beklagte), die erst mit erheblicher Verspätung (fiktive) Lizenzgebühren zahlt, schuldet demnach erst recht Verzugszinsen (BGH GRUR 2010, 239/243 Rn. 55).

Auch in Bezug auf die Fälligkeit der fiktiven Lizenzgebühren und auf die Zinshöhe ist auf die Lizenzpraxis der Klägerin abzustellen. Entsprechend heißt es in einer Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahre 2003:

„Der hiernach begründete Verzinsungsanspruch der Kl. in Höhe von unstreitig 6% beläuft sich auf 53056,61 DM, wobei der Zeitraum von der anzunehmenden Fälligkeit der Lizenzvergütung am 1.10.1996 bis zu dem von der Kl. bestimmten Endzeitpunkt des 20.2.2000 zu Grunde zu legen ist“ (OLG Düsseldorf GRUR-RR 2003, 209/211 – Meißner Dekor; Hervorhebung nur hier; die Zinshöhe war in diesem Fall zwischen den Parteien unstreitig; hinsichtlich des Zinsendes hielt sich das Gericht an den Antrag der Klägerin, § 308 ZPO).

Die Klägerin erteilt ausschließlich Dreimonatslizenzen für das Lernprogramm, wobei sie in ständiger Praxis bei der hier zugrunde zu legenden Vergabe von Pauschallizenzen zu Beginn jedes Dreimonatszeitraums die Gebühr in Rechnung stellt. Die Gebühr ist binnen 14 Tagen nach Rechnungserhalt zu zahlen. Bei Verfehlung des Zahlungsziels verzinst die Klägerin die ausstehende Lizenzsumme mit 10% pro Jahr (siehe Anlage K 36).

RAG wird für die Dauer dieses Vertrages vollständige Aufzeichnungen über die Nutzung des Vertragsgegenstands führen und diese jederzeit für KEA zugänglich machen. RAG berichtet vierteljährlich über die genutzten Lizenzen mit einer Frist von 14 Tagen. Zu diesem Zweck benennt RAG eine zuständige Ansprechperson. Überprüfung durch eine Vertrauensperson von KEA ist gewährleistet. Das Entgelt für die Lizenzen ist innerhalb von 14 Tagen ab Rechnungserhalt fällig. Bei verspäteter Zahlung werden RAG Verzugszinsen in Höhe von 10 % sowie der Ersatz von Mahnspesen und der Kosten außergerichtlicher Verfolgung von Ansprüchen in Rechnung gestellt.

Für die Zwecke dieses Rechtsstreits ist zu unterstellen, dass die Klägerin den Zugang der Rechnung bei der Beklagten jeweils am ersten Tag jedes dreimonatigen Lizenzzeitraums sichergestellt hätte. Fiktiver Zinsbeginn ist demnach stets der 15. Tage des jeweiligen Lizenzzeitraums. Die Daten für die einzelnen Kalendervierteljahre ergeben sich aus der Auflistung im Hilfsantrag zu III.

Im Übrigen nehmen wir vollumfänglich Bezug auf den Vortrag in der ersten Instanz.

Markus Plesser
Rechtsanwalt