

<b>Volltext zu:</b>	MIR 2021, Dok. 065
<b>Veröffentlicht in:</b>	MIR 08/2021
<b>Gericht:</b>	BGH
<b>Aktenzeichen:</b>	I ZR 119/20
<b>Entscheidungsdatum:</b>	27.05.2021
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:BGH:2021:270521UIZR119.20.0
<b>Vorinstanz(en):</b>	LG Frankfurt a.M., 10.04.2019 - 2-6 O 299/18 OLG Frankfurt a.M., 16.06.2020 - 11 U 46/19
<b>Bearbeiter:</b>	Rechtsanwalt Thomas Ch. Gramespacher
<b>Permanenter Link MIR-Dok.:</b>	<a href="http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=3106">http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=3106</a>

medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar. Inhaltliche/redaktionelle Fehler vorbehalten.

## **BUNDESGERICHTSHOF IM NAMEN DES VOLKES URTEIL**

### **in dem Rechtsstreit**

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 2021 durch (...)

#### **für Recht erkannt:**

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 16. Juni 2020 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

#### **Von Rechts wegen**

##### **Tatbestand:**

**1** Der Kläger ist Berufsfotograf. Der Beklagte verwendete im Jahr 2013 insgesamt drei vom Kläger gefertigte Lichtbilder für zwei Angebote zum Verkauf von Lautsprechern auf der Internet-Handelsplattform eBay-Kleinanzeigen. Auf die Abmahnung des Klägers verpflichtete sich der Beklagte unter dem 23. April 2013 gegenüber dem Kläger, es bei Meidung einer Vertragsstrafe in Höhe von 1.000 € für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen, die in der Erklärung näher bezeichneten drei Lichtbilder im Internet der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, ohne die hierzu erforderlichen Rechte innezuhaben. Der Kläger nahm die Erklärung an.

**2** Soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, hat der Kläger den Beklagten im Hinblick auf eines der zum Gegenstand der Unterlassungserklärung vom 23. April 2013 gemachten Lichtbilder auf Unterlassung sowie auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 1.000 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Zur Begründung hat der Kläger geltend gemacht, das Lichtbild sei noch bis zum 7. März 2014 unter dem Link "<http://...> [es folgt eine über 70-stellige Folge von groß und klein geschriebenen Buchstaben, Sonderzeichen und Ziffern]" von jedem PC mit Internetfunktion weltweit abrufbar gewesen.

**3** Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben (OLG Frankfurt am Main, WRP 2020, 1210). Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine Anträge auf Unterlassung und Zahlung einer Vertragsstrafe nebst Zinsen weiter.

## **Entscheidungsgründe:**

**4 A.** Das Berufungsgericht hat angenommen, die auf Unterlassung und Zahlung einer Vertragsstrafe gerichteten Anträge seien unbegründet. Dazu hat es ausgeführt:

**5** Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch sei weder auf vertraglicher noch auf gesetzlicher Grundlage begründet. Die Auslegung des zwischen den Parteien geschlossenen Unterlassungsvertrags ergebe, dass der dort verwendete Begriff der öffentlichen Zugänglichmachung dieselbe Bedeutung habe wie in der gesetzlichen Regelung gemäß § 19a UrhG. Das danach jeweils maßgebliche Merkmal der Öffentlichkeit und die deshalb erforderliche Wiedergabe gegenüber "recht vielen Personen" sei nicht erfüllt. Das streitgegenständliche Foto sei nur durch die Eingabe der rund 70 Zeichen umfassenden URL-Adresse im Internet zugänglich gewesen. Damit beschränke sich der relevante Personenkreis faktisch auf diejenigen Personen, die diese Adresse zuvor - als das Foto vor Abgabe der Unterlassungserklärung noch im Rahmen der eBay-Anzeige des Beklagten frei zugänglich gewesen sei - abgespeichert oder sie sonst in irgendeiner Weise kopiert oder notiert hätten, oder denen die Adresse von solchen Personen mitgeteilt worden sei. Es widerspreche jeder Lebenserfahrung, dass außer dem Kläger noch "recht viele" andere Personen die URL-Adresse gekannt und Zugang zu dem Foto gehabt haben könnten. Soweit der Kläger mit Schriftsatz vom 2. März 2020 erstmals geltend gemacht habe, dass Suchmaschinen Internetinhalte finden könnten, ohne dass die URL-Adresse bekannt sein müsse, handele es sich um einen pauschalen Vortrag ohne Bezug zum Streitfall. Auch der Vortrag in der mündlichen Berufungsverhandlung, es sei möglich gewesen, das streitgegenständliche Bild auch über die Google-Bildersuche aufzufinden, sei ohne nähere Substanz und zudem nicht unter Beweis gestellt worden. Der Vortrag des Klägers sei im Übrigen in der Berufungsinstanz verspätet.

**6** Da es am Merkmal der Öffentlichkeit der Zugänglichmachung fehle, sei auch der Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe unbegründet. Ein solcher Anspruch sei zudem verjährt.

**7 B.** Die hiergegen gerichtete Revision des Klägers hat keinen Erfolg.

**8 I.** Die Revision ist unbeschränkt zulässig. Der Entscheidungssatz des Berufungsurteils enthält keine Beschränkung der Revisionszulassung. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist zwar anerkannt, dass sich eine Eingrenzung der Zulassung der Revision auch aus den Entscheidungsgründen ergeben kann. Nach dem Grundsatz der Rechtsmittelklarheit müssen die Parteien allerdings zweifelsfrei erkennen können, welches Rechtsmittel für sie in Betracht kommt und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist. Die bloße Angabe des Grundes für die Zulassung der Revision reicht nicht, um von einer nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 17. Oktober 2019 - I ZR 44/19, GRUR 2020, 307 Rn. 11 f. = WRP 2020, 314 - Sonntagsverkauf von Backwaren, mwN). Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es weiche hinsichtlich der Frage, ob bereits die Möglichkeit, einen rechtsverletzenden Inhalt im Internet über eine konkrete vielstellige URL aufzurufen, ein öffentliches Zugänglichmachen im Sinne von § 19a UrhG darstelle, von einer Entscheidung des Kammergerichts ab. Damit hat es lediglich den Grund für die Revisionszulassung angegeben, ohne das Rechtsmittel zu beschränken.

**9 II.** Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, dem Kläger stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch weder auf der Grundlage des Unterlassungsvertrags noch gemäß § 97 Abs. 1 UrhG zu, weil der Beklagte das vom Kläger für sich in Anspruch genommene Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne von § 19a UrhG nicht verletzt habe.

**10 1.** Das Berufungsgericht hat angenommen, die Auslegung des zwischen den Parteien geschlossenen Unterlassungsvertrags ergebe, dass der dort verwendete Begriff der öffentlichen Zugänglichmachung dieselbe Bedeutung habe wie in der gesetzlichen Regelung gemäß § 19a UrhG. Es komme damit sowohl für den auf vertragliche Grundlage gestützten als auch für den gesetzlichen Unterlassungsanspruch gemäß § 97 Abs. 1 UrhG darauf an, dass die Voraussetzungen einer Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne von § 19a UrhG erfüllt seien. Diese Beurteilung wird von der Revision nicht angegriffen und lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

**11 2.** Das Berufungsgericht ist ferner bei der Bestimmung des Inhalts des Begriffs der öffentlichen Zugänglichmachung von zutreffenden Rechtsgrundsätzen ausgegangen.

**12 a)** Nach § 19a UrhG ist das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Bei dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung handelt es sich um ein besonderes Recht der öffentlichen Wiedergabe (vgl. § 15 Abs. 2 und 3 UrhG). Die im Streitfall in Rede stehende öffentliche Wiedergabe in Form der öffentlichen Zugänglichmachung fällt in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des

Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, weil bei dem Abruf einer im Internet bereitgestellten Datei die Wiedergabe in Form der Zugänglichmachung gegenüber Mitgliedern der Öffentlichkeit erfolgt, die an dem Ort, an dem die Wiedergabe in Form der Zugänglichmachung ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend sind (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 2019 - I ZR 267/15, GRUR 2019, 813 Rn. 38 = WRP 2019, 1013 - Cordoba II, mwN). Da es sich bei den hier in Rede stehenden Rechten des Urhebers zur öffentlichen Wiedergabe in Form der öffentlichen Zugänglichmachung um nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG harmonisiertes Recht handelt, sind die entsprechenden Bestimmungen des deutschen Urheberrechtsgesetzes richtlinienkonform auszulegen (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Februar 2014 - C-466/12, GRUR 2014, 360 Rn. 33 bis 41 = WRP 2014, 414 - Svensson u.a.; BGH, GRUR 2019, 813 Rn. 37 - Cordoba II, mwN).

**13 b)** Der Begriff der "öffentlichen Wiedergabe" im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG hat zwei Tatbestandsmerkmale, nämlich eine Handlung der Wiedergabe und die Öffentlichkeit dieser Wiedergabe. Ferner erfordert dieser Begriff eine individuelle Beurteilung. Im Rahmen einer derartigen Beurteilung sind eine Reihe weiterer Kriterien zu berücksichtigen, die unselbständig und miteinander verflochten sind. Da diese Kriterien im jeweiligen Einzelfall in sehr unterschiedlichem Maß vorliegen können, sind sie einzeln und in ihrem Zusammenwirken mit den anderen Kriterien anzuwenden (BGH, Urteil vom 18. Juni 2020 - I ZR 171/19, GRUR 2020, 1297 Rn. 14 = WRP 2020, 1573 - Rundfunkübertragung in Ferienwohnungen, mwN).

**14 c)** Der im Streitfall maßgebliche Begriff der Öffentlichkeit ist nur bei einer unbestimmten Zahl potentieller Adressaten und recht vielen Personen erfüllt. Um eine "unbestimmte Zahl potentieller Adressaten" handelt es sich, wenn die Wiedergabe für Personen allgemein erfolgt, also nicht auf besondere Personen beschränkt ist, die einer privaten Gruppe angehören (zu Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG vgl. EuGH, Urteil vom 7. Dezember 2006 - C-306/05, GRUR 2007, 225 Rn. 37 - SGAE, mwN; zu Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 92/100/EWG [jetzt Richtlinie 2006/115/EG] vgl. EuGH, Urteil vom 15. März 2012 - C-135/10, GRUR 2012, 593 Rn. 85 = WRP 2012, 689 - SCF; Urteil vom 15. März 2012 - C-162/10, GRUR 2012, 597 Rn. 34 - Phonographic Performance (Irland); BGH, Urteil vom 17. September 2015 - I ZR 228/14, BGHZ 206, 365 Rn. 46 - Ramses; Urteil vom 11. Januar 2018 - I ZR 85/17, GRUR 2018, 608 Rn. 34 = WRP 2018, 701 - Krankenhausradio). Mit dem Kriterium "recht viele Personen" ist gemeint, dass der Begriff der Öffentlichkeit eine bestimmte Mindestschwelle enthält und eine allzu kleine oder gar unbedeutende Mehrzahl betroffener Personen ausschließt. Zur Bestimmung dieser Zahl von Personen ist die kumulative Wirkung zu beachten, die sich aus der Zugänglichmachung der Werke bei den potentiellen Adressaten ergibt. Dabei kommt es darauf an, wie viele Personen gleichzeitig und nacheinander Zugang zu demselben Werk haben (vgl. EuGH, GRUR 2007, 225 Rn. 38 - SGAE; EuGH, Urteil vom 7. März 2013 - C-607/11, GRUR 2013, 500 Rn. 32 und 33 - ITV Broadcasting u.a.; Urteil vom 13. Februar 2014 - C-466/12, GRUR 2014, 360 Rn. 21 = WRP 2014, 414 - Svensson u.a.; Urteil vom 27. Februar 2014 - C-351/12, GRUR 2014, 473 Rn. 27 und 28 = WRP 2014, 418 - OSA; Urteil vom 31. Mai 2016 - C-117/15, GRUR 2016, 684 Rn. 40 bis 44 - Reha Training; Urteil vom 8. September 2016 - C-160/15, GRUR 2016, 1152 Rn. 36 = WRP 2016, 1347 - GS Media BV; BGH, Urteil vom 18. Juni 2015 - I ZR 14/14, GRUR 2016, 278 Rn. 44 = WRP 2016, 218 - Hintergrundmusik in Zahnarztpraxen; BGHZ 206, 365 Rn. 47 - Ramses; BGH, GRUR 2018, 608 Rn. 34 - Krankenhausradio; GRUR 2020, 1297 Rn. 23 - Rundfunkübertragung in Ferienwohnungen).

**15 d)** Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht mit Recht seiner Beurteilung zugrunde gelegt. Auch die Revision macht nicht geltend, dass das Berufungsgericht bei der Bestimmung des für die Begründetheit des Unterlassungsantrags maßgeblichen Begriffs der öffentlichen Zugänglichmachung von unrichtigen Rechtssätzen ausgegangen ist.

**16 3.** Das Berufungsgericht hat angenommen, dass nach den Umständen des Streitfalls jedenfalls das Merkmal der Öffentlichkeit im Sinne der vorstehend wiedergegebenen Grundsätze nicht erfüllt ist. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

**17 a)** Bei der Prüfung, ob die mit dem Kriterium "recht viele Personen" umschriebene Mindestschwelle überschritten ist, mit der eine allzu kleine oder gar unbedeutende Mehrzahl betroffener Personen aus dem unionsrechtlich determinierten Begriff der Öffentlichkeit ausgeschlossen werden soll, handelt es sich um eine den nationalen Gerichten überantwortete Tatsachenbeurteilung (vgl. EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 93 - SCF; GRUR 2012, 597 Rn. 39 - Phonographic Performance (Irland)). Die vorzunehmende tatgerichtliche Würdigung ist nach den allgemeinen Grundsätzen vom Revisionsgericht überprüfbar. Danach ist maßgeblich, ob das Tatgericht einen zutreffenden rechtlichen Maßstab zugrunde gelegt, nicht gegen Erfahrungssätze oder die Denkgesetze verstoßen und keine wesentlichen Umstände unberücksichtigt gelassen hat (vgl. BGH, Urteil vom 7. Oktober 2020 - I ZR 137/19, GRUR 2021, 473 Rn. 21 = WRP 2021, 196 - Papierspender, mwN).

**18 b)** Das Berufungsgericht hat angenommen, eine Wiedergabe gegenüber "recht vielen Personen" liege auf der Grundlage der vom Kläger vorgetragene Umstände nicht vor. Das streitgegenständliche Foto sei nur durch die Eingabe der rund 70 Zeichen umfassenden URL-Adresse im Internet zugänglich gewesen. Damit

beschränke sich der relevante Personenkreis faktisch auf diejenigen Personen, die diese Adresse zuvor - als das Foto vor Abgabe der Unterlassungserklärung noch im Rahmen der eBay-Anzeige des Beklagten frei zugänglich gewesen sei - abgespeichert oder sie sonst in irgendeiner Weise kopiert oder notiert hätten, oder denen die Adresse von solchen Personen mitgeteilt worden sei. Es widerspreche jeder Lebenserfahrung, dass außer dem Kläger noch "recht viele" andere Personen die URL-Adresse gekannt und Zugang zu dem Foto gehabt haben könnten. Diese tatgerichtliche Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

**19 c)** Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht berücksichtigt, dass es sich bei der Plattform "eBay-Kleinanzeigen" um den weltweit größten online-Marktplatz handle und die abgebildeten Lautsprecher keine Spezialartikel, sondern niedrigpreisige Standardware seien. Damit hat sie keinen Rechtsfehler des Berufungsgerichts dargelegt.

**20** Das Berufungsgericht hat seine Annahme, es sei erfahrungswidrig, dass außer dem Kläger noch "recht viele" andere Personen Kenntnis von der URL-Adresse des streitgegenständlichen Fotos gehabt hätten, nicht darauf gestützt, dass die Verkaufsplattform eBay-Kleinanzeigen nur wenige Kunden erreiche oder der abgebildete Kaufgegenstand ein nur selten nachgefragter Spezialartikel sei. Maßgeblich für die Beurteilung des Berufungsgerichts war vielmehr der Umstand, dass das Foto nur durch die Eingabe der rund 70 Zeichen umfassenden URL zugänglich und damit faktisch nur für diejenigen Personen auffindbar gewesen sei, die diese Adresse zuvor abgespeichert oder sonst in irgendeiner Weise kopiert oder notiert hätten oder die Adresse von solchen Personen erhalten hätten.

**21 d)** Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht bei seiner tatgerichtlichen Beurteilung ferner nicht im Sinne von § 291 ZPO offenkundige Tatsachen unberücksichtigt gelassen.

**22 aa)** Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe § 291 ZPO verletzt, indem es bei der Entscheidungsfindung "naheliegendste" Erfahrungssätze zu der Frage nicht berücksichtigt habe, wie auf einem Online-Portal gesucht werde. Es sei allgemeinkundig im Sinne von § 291 ZPO, dass sich der Interessent, der einen hier in Rede stehenden Gegenstand anhand von Kleinanzeigen suche, auf einer solchen Plattform nicht nur eine einzige Anzeige ansehe, sondern alle diejenigen durchforste, die seinem Suchprofil entsprächen. Sodann speichere er die nach Durchsicht in Betracht kommenden Inserate ab, um anhand der so geschaffenen Vorauswahl nach Merkmalen wie Farbe, Design, Alter und Zustand des Gegenstands, Fahrtstrecke bei eventuell erforderlicher Abholung etc. seine endgültige Auswahl zu treffen. Da die Möglichkeit bestehe, als Käufer aus nicht absehbaren Gründen doch nicht zum Zuge zu kommen, bestehe für den Interessenten zunächst kein Anlass, die übrigen herausgefilterten Inserate aus seiner Liste zu löschen. Im Gegenteil könne es taktisch günstiger sein, eine Anzeige längere Zeit zu beobachten, um auf eine ältere und somit augenscheinlich erfolglose Anzeige einen substantiellen Preisnachlass auszuhandeln. Zudem sei davon auszugehen, dass ein hoher Prozentsatz der Nutzer allenfalls gelegentlich in seinen Suchergebnissen "aufräume" und nicht mehr aktuelle URL-Speicherungen lösche. Aufgrund dieser gemäß § 291 ZPO offenkundigen Umstände sei von einer massenhaften Speicherung der streitgegenständlichen Anzeigen auszugehen. Die Zahl derjenigen, die auch nach Löschung der Anzeigen in der Lage gewesen seien, die streitgegenständlichen Bilder abzurufen, dürfte damit erheblich höher als vom Berufungsgericht angenommen liegen.

**23 bb)** Damit hat die Revision keinen Rechtsfehler des Berufungsgerichts dargelegt.

**24 (1)** Die Revision macht nicht geltend, dass die nach ihrer Ansicht vom Berufungsgericht unberücksichtigt gelassenen Umstände vom Kläger bereits im Rahmen der Tatsacheninstanzen vorgetragen worden seien und das Berufungsgericht damit den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör verletzt habe. Die Revision ist vielmehr der Ansicht, dass es sich bei den von ihr erstmals in der Revisionsinstanz vorgetragenen Umständen um Erfahrungssätze handle, die vom Berufungsgericht als gemäß § 291 ZPO offenkundige Tatsachen hätten berücksichtigt werden müssen. Damit kann sie keinen Erfolg haben.

**25 (2)** Die Vorschrift des § 291 ZPO ist entgegen der Rüge der Revision bereits deshalb nicht verletzt, weil sie nur dem Zeugenbeweis zugängliche Tatsachen, nicht dagegen Erfahrungssätze betrifft, die gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen zu ermitteln sind (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 2003 - I ZR 150/01, BGHZ 156, 250, 253 f. [juris Rn. 18] - Marktführerschaft; Urteil vom 17. August 2011 - I ZR 108/09, GRUR 2011, 1043 Rn. 49 = WRP 2011, 1454 - TÜV II). Bei den von der Revision vorgebrachten Umständen handelt es sich - nach Ansicht der Revision - um Erfahrungssätze und nicht um Tatsachen.

**26 (3)** Die von der Revision vorgetragenen Umstände sind - soweit es sich um Tatsachen handelt - zudem weder gerichtsbekannt noch sonst allgemeinkundig. Es kann daher auf sich beruhen, ob - wie die Revisionserwiderung geltend macht - Interessenten die URL der fraglichen Anzeige bei lebensnaher Betrachtungsweise im Normalfall nicht etwa extern abspeichern, sondern ein als interessant empfundenes Inserat vielmehr durch

einen Klick der eigenen, in die Plattform integrierten Merkliste hinzufügen würden, in der eine später gelöschte Anzeige nicht mehr abrufbar sei.

**27 e)** Das Berufungsgericht hat außerdem rechtsfehlerfrei angenommen, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die streitgegenständliche Fotodatei im Internet auch ohne Kenntnis der URL-Adresse mittels einer Suchmaschine und damit von einer bedeutenden Mehrzahl betroffener Personen aufgefunden werden konnte.

**28 aa)** Das Berufungsgericht hat ausgeführt, soweit der Kläger mit Schriftsatz vom 2. März 2020 erstmals geltend gemacht habe, Suchmaschinen könnten Internetinhalte finden, ohne dass die URL zwingend bekannt sein müsse, handele es sich bei diesem Vorbringen um eine pauschale Angabe ohne Bezug zum konkreten Fall. Auch der entsprechende Vortrag in der mündlichen Berufungsverhandlung, es sei möglich gewesen, das streitgegenständliche Foto (auch) über die Google-Bildersuche aufzufinden, sei ohne nähere Substanz. Im Übrigen habe der Kläger diese Behauptung trotz Bestreitens des Beklagten nicht unter Beweis gestellt.

**29** Unabhängig davon könne dieser in der Berufungsinstanz neue und vom Beklagten bestrittene Vortrag jedenfalls nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr berücksichtigt werden, weil keine der drei dort geregelten Zulassungsvoraussetzungen erfüllt seien. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision stand.

**30 bb)** Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, der vom Kläger mit Schriftsatz vom 2. März 2020 gehaltene und in der mündlichen Berufungsverhandlung dahin konkretisierte Vortrag, es sei möglich gewesen, das streitgegenständliche Foto (auch) über die Google-Bildersuche aufzufinden, sei ein im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO neues Angriffsmittel. Der Kläger habe vielmehr bereits in der ersten Instanz dargelegt, dass der Beklagte - was nicht geschehen sei - auch den Google-Cache hätte bereinigen müssen, damit eine Abrufbarkeit wenigstens über Google als die am häufigsten genutzte Suchmaschine im Internet ausgeschlossen sei. Hierzu habe der Beklagte gegebenenfalls gegenüber Google einen Antrag auf Löschung im Google-Cache bzw. auf Entfernung der von der Webseite bereits gelöschten Inhalte stellen müssen. Mit seiner Annahme, das Vorbringen des Klägers im Berufungsverfahren sei neu im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO, habe das Berufungsgericht diesen erstinstanzlich gehaltenen Vortrag unberücksichtigt gelassen. Hinzu komme, dass die Existenz der Suchmaschine Google - einschließlich der Funktion der Bildersuche - und anderer vergleichbarer Suchmaschinen mit entsprechenden Funktionen sowie jedenfalls die wesentlichen damit verbundenen Möglichkeiten der Suche im Internet nicht nur allgemeinkundig im Sinne von § 291 ZPO, sondern auch allgemein bekannt seien und deshalb von vornherein nicht spezifisch vorgetragen werden müssten. Die Existenz der Google-Bildersuche und entsprechender anderer Suchmaschinen entspreche zudem der Lebenserfahrung. Mit diesem Vorbringen hat die Revision keinen Rechtsfehler des Berufungsgerichts dargelegt.

**31 cc)** Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht den in der Berufungsinstanz gehaltenen Vortrag des Klägers zur Auffindbarkeit des streitgegenständlichen Fotos durch die Suchmaschine Google ohne Rechtsfehler gemäß § 531 Abs. 2 ZPO als präkludiert angesehen.

**32 (1)** Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO nur zuzulassen, wenn sie einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist (Nr. 1), infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurden (Nr. 2) oder im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht (Nr. 3).

**33 (2)** Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass es sich bei dem im Berufungsrechtszug gehaltenen Vortrag, die Lichtbilder seien unabhängig von der Eingabe des vielstelligen Links auch über Suchmaschinen auffindbar gewesen, um neuen Vortrag gemäß § 531 Abs. 1 ZPO gehandelt hat.

**34** Neu im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO sind alle Angriffs- und Verteidigungsmittel, die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz nicht vorgebracht worden sind oder zwar zunächst vorgebracht, dann aber fallengelassen worden sind (BGH, Urteil vom 31. Mai 2017 - VIII ZR 69/16, NJW 2017, 2288 Rn. 19).

**35** Das Landgericht hat festgestellt, der Kläger habe nicht vorgetragen, dass die Lichtbilder nach Entfernung des Links auf eine andere Weise als durch Eingabe des Links auffindbar gewesen seien. Es hat damit tatbestandliche Feststellungen getroffen, die den Beweis für das mündliche Parteivorbringen liefern (§ 314 Satz 1 ZPO). Zum Tatbestand in diesem Sinne gehören auch tatsächliche Feststellungen, die sich in den Entscheidungsgründen finden. Eine Unrichtigkeit dieser Feststellung kann grundsätzlich nur im Berichtigungsverfahren (§ 320 ZPO) geltend gemacht und gegebenenfalls behoben werden (BGH, Urteil vom 16. Dezember 2010 - I ZR 161/08, GRUR 2011, 459 Rn. 12 = WRP 2011, 467 - Satan der Rache; Urteil vom 11. Juni 2015 - I ZR

226/13, GRUR 2016, 88 Rn. 32 = WRP 2016, 35 - Deltamethrin I; Urteil vom 21. Januar 2021 - I ZR 120/19, GRUR 2021, 636 Rn. 64 = WRP 2021, 492 - Clickbaiting). Der Kläger hat es jedoch versäumt, sich mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag gemäß § 320 ZPO gegen die tatbestandlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils zu wehren. Damit ist sein im Berufungsverfahren gehaltener, davon abweichender Vortrag, die Lichtbilder seien auch ohne Eingabe des Links durch Suchmaschinen auffindbar gewesen, als neu im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO anzusehen und war deshalb nur unter den in § 531 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 ZPO geregelten Voraussetzungen zuzulassen. Das Berufungsgericht hat angenommen, keine dieser Voraussetzungen sei im Streitfall erfüllt. Diese Beurteilung wird von der Revision nicht angegriffen und lässt auch sonst keinen Rechtsfehler erkennen.

**36 (3)** Die Revision bleibt ferner ohne Erfolg, soweit sie geltend macht, die Existenz der Suchmaschine Google und ihrer Bildersuche und entsprechender anderer Suchmaschinen sei gemäß § 291 ZPO allgemeinkundig und entspreche der Lebenserfahrung, so dass diese Umstände schon nicht vorgetragen werden müssten. Das Berufungsgericht hat nicht die Existenz dieser Suchmaschinen und die von ihnen zur Verfügung gestellten Funktionen im Allgemeinen in Abrede gestellt, sondern angenommen, der Kläger habe nicht hinreichend substantiiert und in prozessrechtlich zulässiger Weise vorgetragen, dass konkret das streitgegenständliche Foto auch ohne Kenntnis und Eingabe des vielstelligen Links nach Abgabe der Unterlassungserklärung noch im Internet aufrufbar gewesen sei.

**37 (4)** Die Revision dringt außerdem nicht mit ihrer Ansicht durch, es gehöre zu den im Sinne von § 291 ZPO allgemeinkundigen und daher nicht der Behauptungslast des Klägers unterfallenden Umständen, dass nicht einmal die vollständige Löschung einer URL Bilddateien aus dem Cache von Suchmaschinen entferne. Zum einen ist dieser Umstand weder allgemein- noch gerichtsbekannt. Zum anderen ergibt sich aus einem solchen abstrakten technischen Befund noch kein hinreichend sicherer Schluss, dass das hier konkret streitbefangene Foto nach Abgabe der Unterlassungserklärung durch den Beklagten trotz Löschung der URL mittels einer Suchmaschine abrufbar war. Auch die Revision macht nicht geltend, dass der Kläger vorgetragen und diesen Vortrag - beispielsweise unter Vorlage eines Screenshots - substantiiert hat, dass das Foto mittels einer Eingabe in die Suchmaske einer Suchmaschine aufgefunden werden konnte.

**38 (5)** Nach dem Vorstehenden kommt es nicht mehr auf die weiteren Fragen an, ob - wie von der Revisionserwiderung in Abrede gestellt wird - der vom Kläger erstinstanzlich gehaltene Vortrag hinreichend substantiiert war, er überhaupt die hier interessierende Frage der konkreten Auffindbarkeit seines Fotos mittels Suchmaschinen ohne Kenntnis und Eingabe des Links zum Gegenstand hatte, ob - was das Berufungsgericht offengelassen hat - der in der Berufungsverhandlung gehaltene Vortrag des Klägers jedenfalls gemäß § 296 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen war und ob der Kläger eine konkrete Auffindbarkeit des streitgegenständlichen Fotos durch Suchmaschinen trotz Bestreitens des Beklagten hinreichend unter Beweis gestellt hat.

**39 III.** Die Revision des Klägers hat außerdem keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Verneinung eines Vertragsstrafanspruchs durch das Berufungsgericht richtet.

**40** Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte habe nicht gegen die Unterlassungserklärung verstoßen und sei daher auch nicht zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet, weil der Beklagte das Lichtbild des Klägers nicht öffentlich zugänglich gemacht habe. Im Übrigen sei ein Verstoß unterstellt - ein etwaiger Vertragsstrafanspruch auch verjährt.

**41** Wie bereits dargelegt wurde, hält die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe das in Rede stehende Foto nach Abgabe der Unterlassungserklärung nicht öffentlich zugänglich gemacht, den Angriffen der Revision stand. Auf die weitere, selbständig tragende Begründung des Berufungsgerichts, ein Vertragsstrafanspruch sei überdies verjährt, kommt es nicht an, so dass die dagegen erhobenen Angriffe der Revision auf sich beruhen können.

**42 C.** Danach ist die Revision auf Kosten des Klägers (§ 97 Abs. 1 ZPO) zurückzuweisen.