# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

I ZR 43/06

Verkündet am:
26. März 2009
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 2008 durch die Richter Dr. Bergmann, Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Parteien wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 24. Februar 2006 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist Inhaberin der ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte an der Flash-Präsentation „Nahrungsergänzung". Für die Erteilung von Lizenzen zur Nutzung dieser Präsentation hat sie ein dreistufiges Gebührenmodell entwickelt: Lizenznehmer, die für sie im Rahmen der Präsentation werben, zahlen einmalig 39 € sowie monatlich 36 € (erste Stufe). Lizenzverträge, die keine Verpflichtung zur Werbung für sie enthalten, haben eine Laufzeit von 24 Monaten und einen Pauschalpreis von 2.900 € (zweite Stufe). Die sogenannten Resellerverträge, bei denen der Lizenznehmer nicht für sie werben muss und bis zu 150 Unterlizenzen erteilen darf, laufen 24 Monate und kosten

36.000 €; bei ihnen ist für jede weitere Unterlizenz eine Lizenzgebühr von 10 € pro Monat zu entrichten (dritte Stufe).

2 Der Beklagte war Inhaber der Internet-Adresse „www.<...>.de“, über die er Nahrungsergänzungsmittel des Unternehmens Herbalife vertrieb. Von seiner Webseite konnte über die Schaltfläche „Wellness-Flash-Info“ im März 2003 die Präsentation „Nahrungsergänzung“ und Ende 2003 eine im wesentlichen gleiche Präsentation von einem fremden Server abgerufen werden. Die Verknüpfung von der Internet-Seite des Beklagten zu dieser Flash-Präsentation hatte das Unternehmen A. -S. hergestellt. Die A. -S. betätigte sich als Zwischenhändler der Nahrungsergänzungsmittel von Herbalife und hatte für mehr als 200 weitere Endverkäufer dieser Nahrungsergänzungsmittel derartige Verknüpfungen zu dieser Flash-Präsentation eingerichtet. Die A. -S. hat der Klägerin wegen der Verletzung der Nutzungsrechte an der Flash-Präsentation 15.510 € gezahlt.

3 Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen der Verletzung ihrer Nutzungsrechte an der Flash-Präsentation „Nahrungsergänzung“ - soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung - auf Schadensersatz in Höhe von 2.900 € sowie auf Zahlung von Abmahnkosten von 1.035,50 € - jeweils nebst Zinsen - in Anspruch.

4 Das Landgericht hat der Klage - mit Ausnahme eines Teils des Zinsantrags - stattgegeben und den Beklagten zur Zahlung von insgesamt 3.935,50 € verurteilt. Auf die dagegen eingelegte Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht den Anspruch auf Schadensersatz um 400 € sowie die Zinsen teilweise herabgesetzt und den Beklagten zur Zahlung von insgesamt 3.535,50 € verurteilt. Der Beklagte erstrebt mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision die vollständige Abweisung der Klage. Die Revision der Klägerin wen-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

det sich dagegen, dass das Berufungsgericht den vom Landgericht zuerkannten Anspruch auf Schadensersatz um 400 € gekürzt hat. Die Klägerin beantragt, die Revision des Beklagten hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs als unbegründet zurückzuweisen und als unzulässig zu verwerfen, soweit sie sich gegen die Zuerkennung von Abmahnkosten richtet. Der Beklagte beantragt, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

5 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin habe gegen den Beklagten nach § 97 Abs. 1 UrhG (a.F.) einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 2.500 €. Darüber hinaus könne die Klägerin von dem Beklagten Abmahnkosten von 1.035,50 € verlangen. Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt:

6 Der Beklagte sei der Klägerin dem Grunde nach zum Schadensersatz verpflichtet, weil er deren Nutzungsrechte an der Flash-Präsentation „Nahrungsergänzung“ fahrlässig verletzt habe. Die Schätzung des nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie zu berechnenden Schadens könne sich an dem dreistufigen Vergütungsmodell der Klägerin orientieren. Auf den Beklagten sei die zweite Stufe dieses Modells anzuwenden, wonach für Lizenzverträge mit einer Laufzeit von 24 Monaten eine Pauschalgebühr von 2.900 € geschuldet sei. Da die Klägerin derartige Lizenzverträge nicht nur zu einer Lizenzgebühr von 2.900 € zuzüglich Mehrwertsteuer, sondern auch zu einer Lizenzgebühr von 2.900 € einschließlich Mehrwertsteuer geschlossen habe und auf die in diesem Betrag enthaltene Mehrwertsteuer von 400 € kein Anspruch bestehe, habe der Beklagte allerdings nur 2.500 € zu ersetzen. Die von der A. -S. an die

Klägerin geleistete Zahlung von 15.510 € könne den Beklagten nicht von seiner Schadensersatzpflicht befreien.

7 Zudem bestehe ein Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten von 1.035,50 €. Der vom Klägervertreter geltend gemachte Streitwert von 110.000 € sei gemäß § 3 ZPO angemessen. Gleiches gelte für die 7,5/10 Mittelgebühr nach § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO.

8 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision des Beklagten hat Erfolg.

9 1. Die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht begründet hat, dass die Klägerin von dem Beklagten wegen der unberechtigten Nutzung der Flash-Präsentation „Nahrungsergänzung“ gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG a.F. Schadensersatz in Höhe von 2.500 € beanspruchen könne, halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

10 a) Der Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Urheberrechtsverletzung ist durch das am 1. September 2008 in Kraft getretene Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 7. Juli 2008 (BGBl. I, S. 1191) neu geregelt worden (§ 97 Abs. 2 UrhG). Für die Beurteilung der Schadensersatzpflicht kommt es aber allein auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der behaupteten Rechtsverletzung an (vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2008 - I ZR 63/06, juris Tz. 22 - Motorradreiniger). Da es im Streitfall um angebliche Rechtsverletzungen in den Jahren 2003 und 2004 geht, ist daher die alte Rechtslage maßgeblich (§ 97 Abs. 1 UrhG a.F.).

11 b) Die Revision des Beklagten hat die Beurteilung des Berufungsgerichts hingenommen, dass der Beklagte der Klägerin dem Grunde nach gemäß § 97

Abs. 1 UrhG a.F. zum Schadensersatz verpflichtet sei, weil er deren urheberrechtliche Nutzungsrechte an den Flash-Präsentationen „Nahrungsergänzung“ und „Nebenjob“ fahrlässig verletzt habe.

12 c) Dem Gläubiger des Schadensersatzanspruchs aus § 97 Abs. 1 UrhG a.F. stehen - nach seiner Wahl - drei verschiedene Berechnungsarten zur Verfügung: die konkrete Schadensberechnung, die den entgangenen Gewinn einschließt, die Herausgabe des Verletzergewinns (§ 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG a.F.) und die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr (BGH, Urt. v. 22.9.1999 - I ZR 48/97, GRUR 2000, 226, 227 = WRP 2000, 101 - Planungsmappe, m.w.N.). Bei der - von der Klägerin gewählten - Schadensberechnung nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie ist zu fragen, was vernünftige Vertragspartner bei Abschluss eines Lizenzvertrages als Vergütung für die Benutzungshandlung des Verletzers vereinbart hätten. Hierfür ist der objektive Wert der angemaßten Benutzungsberechtigung zu ermitteln. Dieser besteht in der angemessenen und üblichen Lizenzgebühr (BGH, Urt. v. 29.5.1962 - I ZR 132/60, GRUR 1962, 509, 513 - Dia-Rähmchen II; Urt. v. 6.10.2005 - I ZR 266/02, GRUR 2006, 136 Tz. 23 = WRP 2006, 274 - Pressefotos). Von diesen Grundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen.

13 d) Die Höhe der danach als Schadensersatz zu zahlenden Lizenzgebühr ist vom Tatrichter gemäß § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach seiner freien Überzeugung zu bemessen. Vom Revisionsgericht ist nur zu prüfen, ob die Schadensschätzung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Überlegungen beruht oder ob wesentliche Tatsachen außer Acht gelassen worden sind, insbesondere, ob schätzungsbegründende Tatsachen, die von den Parteien vorgebracht worden sind oder sich aus der Natur der Sache ergeben, nicht gewürdigt worden sind (BGH GRUR 1962, 509, 513

- Dia-Rähmchen II; GRUR 2006, 136 Tz. 24 - Pressefotos). Einer solchen Nachprüfung hält das Berufungsurteil nicht stand.

14 aa) Die Revision des Beklagten beanstandet allerdings ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe seiner Schadensschätzung unzutreffende Maßstäbe zugrunde gelegt, weil es davon ausgegangen sei, dass an Art und Umfang der vom Geschädigten beizubringenden Schätzungsgrundlagen im Hinblick auf die Beweisschwierigkeiten im Urheberrecht nur geringe Anforderungen zu stellen seien. Steht - wie im Streitfall - fest, dass ein Schaden entstanden ist, und lässt sich dieser aus Gründen, die nicht im Verantwortungsbereich des Geschädigten, sondern in der Natur der Sache liegen, nicht verlässlich bestimmen, so hat das Gericht den Schaden zu schätzen, sofern hierfür nicht ausnahmsweise jegliche Anhaltspunkte fehlen (vgl. BGHZ 119, 20, 30 f. - Tchibo/Rolex II, zur Schadensschätzung im Wettbewerbsrecht).

15 bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Schadensschätzung könne sich an dem von der Klägerin vorgelegten dreistufigen Vergütungsmodell orientieren, weil sich den von der Klägerin vorgelegten Unterlagen - den Verträgen der Klägerin, dem Vertrag des Unternehmens J. und dem Gutachten der IHK Koblenz - ausreichende Anhaltspunkte für die Branchenüblichkeit und Angemessenheit des Lizenzierungsmodells der Klägerin entnehmen ließen. Die Revision des Beklagten rügt insoweit mit Recht, dass die von der Klägerin dargestellten Gesichtspunkte entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keine hinreichende Grundlage für eine Schadensschätzung bieten. Auch wenn an Art und Umfang der vom Geschädigten beizubringenden Schätzungsgrundlagen nur geringe Anforderungen zu stellen sind, muss der Tatrichter für die Schadensschätzung gesicherte Grundlagen haben. Die Vorschrift des § 287 ZPO zielt zwar auf eine Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens ab und nimmt in Kauf, dass die richterliche Schätzung unter Umständen nicht mit der

Wirklichkeit übereinstimmt; sie rechtfertigt es aber nicht, in einer für die Streitentscheidung zentralen Frage auf nach Sachlage unerlässliche Erkenntnisse zu verzichten (BGH GRUR 2006, 136 Tz. 28 - Pressefotos, m.w.N.).

16 (1) Die Revision des Beklagten beanstandet mit Recht, dass das Berufungsgericht seiner Schadensschätzung die von der Klägerin vorgelegten Lizenzverträge zugrunde gelegt hat, ohne zu prüfen, ob diese überhaupt jemals abgeschlossen worden sind. Der Beklagte hat dies in den Vorinstanzen stets bestritten. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts handelte es sich dabei nicht um ersichtlich ins Blaue hinein aufgestellte Behauptungen des Beklagten, die keine weitere Erklärungspflicht der Klägerin begründeten. Der Beklagte hatte von dem behaupteten Abschluss der Lizenzverträge keine eigene Kenntnis; er durfte ihn daher in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestreiten (§ 138 Abs. 4 ZPO). Das gilt, wie die Revision des Beklagten mit Recht geltend macht, umso mehr, als die Namen der Vertragspartner in den vorgelegten Fotokopien der Lizenzverträge abgedeckt oder geschwärzt sind. Der Beklagte konnte die Behauptung der Klägerin, sie habe die vorgelegten Lizenzverträge tatsächlich abgeschlossen, unter diesen Umständen nicht einmal ansatzweise überprüfen.

17 (2) Die Revision des Beklagten rügt weiter mit Erfolg, dass das Berufungsgericht die Bestellung der Programmierung eines Flash-Trailers bei dem Unternehmen J. Concept für eine Schätzung herangezogen hat. Den Feststellungen der Vorinstanzen und der Bestellung der Programmierung ist zu entnehmen, dass dem Kunden zum fest vereinbarten Preis von 2.300 € zuzüglich Mehrwertsteuer das Recht zum Einsatz der Flash-Präsentation „auf einer Domain und den entsprechenden zugeordneten Subdomains“ eingeräumt wurde. Der Beklagte hat unter Beweisantritt vorgetragen, dass dieser Vertrag im Lizenzierungsmodell der Klägerin daher nicht einer Lizenz der zweiten Stufe (2.900 €), sondern einer Lizenz der dritten Stufe (36.000 €) entspreche, die den

Lizenznehmer zur Erteilung von Unterlizenzen berechtige. Das Berufungsgericht durfte in der Rechnung des Unternehmens J. deshalb nicht ohne weiteres einen Anhaltspunkt für die Marktüblichkeit der von der Klägerin vorgesehenen Lizenzverträge der zweiten Stufe sehen.

18 (3) Die Revision des Beklagten macht schließlich mit Recht geltend, dass auch das von der Klägerin vorgelegte Parteigutachten des von der IHK Koblenz öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen Sch. vom 6. Oktober 2004 keine ausreichende Schätzungsgrundlage bietet, weil es sich in entscheidenden Punkten auf ungeprüfte Angaben der Klägerin stützt. So hat der Sachverständige aus den Behauptungen der Klägerin zur Höhe des Umsatzes und der Zahl der Kunden auf die Marktüblichkeit der Lizenzverträge und der Lizenzgebühren geschlossen, ohne selbst festzustellen, ob die Behauptungen der Klägerin überhaupt zutreffen und derartige Lizenzverträge tatsächlich abgeschlossen worden sind. Die Schlussfolgerung des Sachverständigen, die Lizenzierungsmodelle der Klägerin seien marktfähig und verkehrsüblich, weil es die Lizenzverträge der Klägerin beim vorhandenen Konkurrenzdruck auf dem Multimedia-Markt nicht gäbe, wenn die von der Klägerin und den Lizenznehmern ausgehandelten Lizenzgebühren nicht marktfähig und verkehrsüblich wären, entbehrt daher einer tragfähigen Grundlage.

19 2. Die Revision des Beklagten ist, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von Abmahnkosten von 1.035,50 € wendet, gleichfalls zulässig und begründet.

20 a) Das Berufungsgericht hat die Revision entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung der Klägerin auch insoweit zugelassen. Zwar kann die Zulassung der Revision auf einen Teil des Streitgegenstands beschränkt werden, der - wie hier der Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten - Gegenstand eines

Teil- oder Zwischenurteils sein könnte. Dabei kann sich eine Beschränkung der Revisionszulassung auch aus der Begründung für die Zulassung der Revision ergeben. Eine Zulassungsbeschränkung kann in einem solchen Fall aber nur angenommen werden, wenn aus der Begründung ausreichend deutlich hervorgeht, dass das Berufungsgericht die Möglichkeit einer Nachprüfung im Revisionsverfahren nur wegen eines Teils des Streitgegenstandes eröffnen wollte (BGH, Urt. v. 12.7.2000 - XII ZR 159/98, NJW-RR 2001, 485, 486; Urt. v. 3.3.2005 - IX ZR 45/04, NJW-RR 2005, 715, 716; Urt. v. 8.11.2007 - III ZR 102/07, NJW 2008, 140 Tz. 6 m.w.N.). Dies ist hier nicht der Fall. Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision damit begründet, dass die Frage der Lizenzanalogie bei Resellerverträgen klärungsbedürftig sei. Diese Begründung lässt nicht hinreichend deutlich erkennen, ob das Berufungsgericht damit lediglich eine Begründung für die Zulassung der Revision gegeben hat oder ob es die Zulassung der Revision auf den von dieser Rechtsfrage betroffenen Teil des Streitgegenstands hat beschränken wollen.

21 b) Die Revision des Beklagten hat auch in der Sache Erfolg. Sie richtet sich nicht gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Klägerin dem Grunde nach ein Anspruch auf Erstattung des ihm aus der berechtigten Abmahnung entstandenen Kosten zusteht, sondern wendet sich allein gegen die Höhe der zuerkannten Abmahnkosten. Damit hat sie zumindest vorläufig Erfolg. Die Beurteilung der Angemessenheit von Abmahnkosten liegt im Ermessen des Tatrichters (BGH, Urt. v. 16.3.2000 - I ZR 229/97, GRUR 2002, 187, 190 = WRP 2000, 1131 - Lieferstörung). Sie kann vom Revisionsgericht daher nur eingeschränkt darauf überprüft werden, ob der Tatrichter von seinem Ermessen einen rechtsfehlerfreien Gebrauch gemacht hat. Einer solchen Überprüfung hält das Berufungsurteil nicht stand. Das Berufungsgericht hat zur Höhe der Abmahnkosten lediglich ausgeführt, der vom Klägervertreter geltend gemachte Streitwert von 110.000 € sei gemäß § 3 ZPO angemessen, gleiches gelte für

die vom Klägervertreter angesetzte Mittelgebühr von 7,5/10 aus dem Gebührenrahmen des § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO. Diese Ausführungen erschöpfen sich in einer nicht näher begründeten Behauptung der Angemessenheit der für die Bemessung der Abmahnkosten maßgeblichen Berechnungsgrößen und lassen daher nicht erkennen, ob das Berufungsgericht von dem ihm eingeräumten Ermessen einen sachgerechten Gebrauch gemacht hat.

22 III. Die Revision der Klägerin hat ebenfalls Erfolg. Sie beanstandet mit Recht, dass das Berufungsgericht der Klägerin wegen der Verletzung ihrer Nutzungsrechte lediglich einen Schadensersatzanspruch in Höhe einer Lizenzgebühr von 2.900 € abzüglich 400 € Mehrwertsteuer zuerkannt hat.

23 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass auch ein Schadensersatzanspruch, der nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie berechnet wird, nicht die Umsatzsteuer umfasst, die nach den der Schadensschätzung zugrunde gelegten Lizenzverträgen auf die Lizenzgebühren zu zahlen ist. Schadensersatzzahlungen sind kein Entgelt im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG und unterliegen daher nicht der Umsatzsteuer, wenn die Zahlung - wie hier - nicht für eine Lieferung oder sonstige Leistung an den Zahlenden erfolgt, sondern deshalb, weil dieser nach Gesetz oder Vertrag für einen Schaden und dessen Folgen einzustehen hat (BFH, Urt. v. 10.12.1998 - V R 58/97, juris Tz. 17 f.; KG NJW-RR 2000, 123, 124). Die Revision der Klägerin hat insoweit auch keine Rügen erhoben.

24 2. Das Berufungsgericht hat gemeint, die Klägerin müsse sich daran festhalten lassen, dass sie selbst Verträge mit einer Lizenzgebühr von 2.900 € einschließlich Mehrwertsteuer schließe. Da auf die in diesem Betrag enthaltene Mehrwertsteuer von 400 € kein Anspruch bestehe, seien lediglich 2.500 € zu ersetzen. Die Revision der Klägerin rügt mit Erfolg, das Berufungsgericht habe

damit ihr Vorbringen nicht hinreichend berücksichtigt, die Mehrzahl der Lizenzverträge der zweiten Stufe im Vertragsmodell der Klägerin seien über eine Lizenzgebühr von 2.900 € zuzüglich Mehrwertsteuer abgeschlossen worden. Mit Rücksicht auf dieses Vorbringen der Klägerin - das mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts in der Revisionsinstanz zugunsten der Klägerin als zutreffend zu unterstellen ist - kann die von der Klägerin geforderte Lizenzgebühr von 2.900 € zuzüglich Mehrwertsteuer nicht als unangemessen angesehen und die Klägerin nicht daran festgehalten werden, dass sie einige Verträge mit einer Lizenzgebühr über 2.900 € einschließlich Mehrwertsteuer abgeschlossen hat.

25 IV. Auf die Revisionen der Parteien ist danach das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

26 Für das weitere Verfahren wird hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs auf Folgendes hingewiesen:

27 1. Kann das Berufungsgericht sich - gegebenenfalls nach weiterem Sachvortrag und Beweisantritt der Klägerin - davon überzeugen, dass eine ausreichende Zahl von Lizenzverträgen nach dem Vergütungsmodell der Klägerin abgeschlossen wurde, kommt es entgegen der Ansicht der Revision des Beklagten grundsätzlich nicht darauf an, ob die in den Lizenzverträgen aufgeführten Lizenzsätze und sonstigen Konditionen für derartige Flash-Präsentationen allgemein üblich und objektiv angemessen sind. Soweit die Klägerin die in ihrem dreistufigen Lizenzmodell vorgesehenen Lizenzgebühren verlangt und erhält, rechtfertigt dieser Umstand die Feststellung, dass vernünftige Vertragsparteien bei vertraglicher Lizenzeinräumung eine entsprechende Vergütung vereinbart hätten (vgl. BGH, Urt. v. 3.7.1986 - I ZR 159/84, GRUR 1987, 36, 37

- Liedtextwiedergabe II). Werden die vom Verletzten geforderten Lizenzsätze für die eingeräumten Nutzungsrechte auf dem Markt gezahlt, können sie einer Schadensberechnung im Wege der Lizenzanalogie auch dann zugrunde gelegt werden, wenn sie über dem Durchschnitt vergleichbarer Vergütungen liegen (vgl. Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl., § 97 UrhG Rdn. 64; vgl. auch BGH, Urt. v. 14.3.2000 - X ZR 115/98, GRUR 2000, 685, 686 = WRP 2000, 766 - Formunwirksamer Lizenzvertrag, m.w.N.). Ansonsten wird das Berufungsgericht - soweit erforderlich durch Einholung eines Sachverständigengutachtens - zu klären haben, welche Lizenzgebühren für derartige Benutzungshandlungen üblich und angemessen sind.

28 2. Kann das Lizenzierungsmodell der Klägerin der Schadensschätzung zugrunde gelegt werden, ist es nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht die Benutzungshandlung des Beklagten - wie geschehen - der zweiten Stufe des Vergütungsmodells der Klägerin zuordnet. Die Revision des Beklagten macht ohne Erfolg geltend, bei einer Bemessung der Schadenslizenz nach dem Vertragsmodell der Klägerin müsse der Abschluss eines Resellervertrages nach der dritten Stufe des Vergütungsmodells der Klägerin zugrunde gelegt werden.

29 a) Die Revision des Beklagten trägt hierzu vor, die Flash-Präsentationen der Klägerin seien in einer Weise benutzt worden, die dem Resellervertrag der Klägerin entsprochen habe. Der Beklagte und etwa 200 weitere Personen hätten als Vertriebspartner der A. -S. in direktem Kontakt mit den Kunden Nahrungsergänzungsmittel des Unternehmens Herbalife verkaufen sollen. Die A. -S. habe zu diesem Zweck auf ihrem Server für jeden Vertriebspartner ein Unterverzeichnis angelegt und die Internet-Seiten ihrer Vertriebspartner so eingerichtet, dass ein Kunde die auf ihrem Server abgelegten Flash-Präsentationen habe aufrufen können. Der Resellervertrag der Klägerin sei auf ein

derartiges System zugeschnitten, da der Lizenznehmer danach gegen eine Pauschalgebühr von 36.000 € für eine Grundlaufzeit von zwei Jahren eine Lizenz an den Präsentationen der Klägerin erwerbe, die ihn dazu berechtige, bis zu 150 Unterlizenzen und gegen eine Lizenzgebühr von jeweils 10 € pro Monat weitere Unterlizenzen zu erteilen. Unter vernünftigen Vertragspartnern wären daher nicht mehr als 200 Einzellizenzverträge zwischen der Klägerin und den Vertriebspartnern der A. -S. geschlossen worden; vielmehr wäre ein Resellervertrag zwischen der Klägerin und der A. -S. geschlossen worden, der auch den Vertriebspartnern das Recht zur Nutzung der Flash-Präsentationen eingeräumt hätte. Denn bei einer Nutzung durch zahlreiche Vertriebspartner sei die Lizenzgebühr nach dem Resellervertrag um ein Vielfaches geringer als die zusammengerechneten Lizenzgebühren nach den Einzelverträgen. Daher bildeten die Lizenzgebühren, die die Klägerin bei Abschluss eines Resellervertrages mit der A. -S. erzielt hätte, die Obergrenze eines von der A. -S. und ihren Vertriebspartnern zu zahlenden Schadensersatzes und seien die Lizenzanteile der Vertriebspartner nach den Lizenzgebühren der A. -S. zu bemessen.

30 b) Diesen Erwägungen der Revision des Beklagten kann nicht zugestimmt werden. Die Klägerin nimmt in diesem Rechtsstreit nicht die A. -S. als Zwischenhändler, sondern den Beklagten als Endverkäufer wegen einer Verletzung ihrer ausschließlichen Nutzungsrechte an den Flash-Präsentionen in Anspruch. Sie hat sich dabei in zulässiger Weise für eine Berechnung des Schadens nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie entschieden. Danach kommt es, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, allein darauf an, welche Lizenzgebühren der Beklagte der Klägerin bei Abschluss eines Lizenzvertrages für eine Nutzung der Flash-Präsentationen „Nahrungsergänzung“ und „Nebenjob“ hätte zahlen müssen. Für die Berechnung des vom Beklagten zu zahlenden Schadensersatzes ist es hingegen nicht von Bedeutung, welche

Lizenzgebühren die A. -S. der Klägerin bei Abschluss eines Reseller-vertrages zu entrichten gehabt hätte. Bei Abschluss eines Lizenzvertrages, der weder zur Werbung verpflichtet noch zur Erteilung von Unterlizenzen berechtigt, hätte der Beklagte der Klägerin nach der zweiten Stufe des Vertragsmodells der Klägerin für eine Laufzeit von 24 Monaten einen Pauschalpreis von 2.900 € (einschließlich oder zuzüglich Mehrwertsteuer) zahlen müssen.

31 aa) Die Revision des Beklagten macht demgegenüber ohne Erfolg geltend, der Beklagte habe nur beabsichtigt, sich mit geringen Mitteln einen kleinen Nebenerwerb mit einem geringen Zusatzverdienst aufzubauen und hätte mit der Klägerin daher niemals unmittelbar einen Lizenzvertrag nach der zweiten Stufe des Vergütungsmodells der Klägerin geschlossen. Der Verletzer kann sich nicht darauf berufen, er wäre nicht dazu bereit gewesen, die für seine Benutzungshandlung normalerweise vom Verletzten geforderte und von dessen Lizenznehmern gezahlte Vergütung zu entrichten (vgl. BGH GRUR 2006, 136 Tz. 23 - Pressefotos).

32 bb) Die Revision des Beklagten beruft sich ferner ohne Erfolg darauf, dass nach der Rechtsprechung des Senats in Fällen, in denen mehrere Tarifsysteme mit unterschiedlichen Konditionen bestünden, die sich als üblich durchgesetzt hätten, und in denen kein Tarifsystem richtig passe, grundsätzlich von dem Tarif auszugehen sei, der nach seinen Merkmalen der im Einzelfall vorliegenden Art und Weise und dem Umfang der Nutzung möglichst nahe komme (vgl. dazu BGH, Urt. v. 23.5.1975 - I ZR 51/74, GRUR 1976, 35, 36 - Bar-Filmmusik; Urt. v. 1.6.1983 - I ZR 98/81, GRUR 1983, 565, 567 - Tarifüberprüfung II; BGHZ 97, 37, 48 - Filmmusik). Die von der Revision des Beklagten herangezogenen Grundsätze sind im Streitfall schon deshalb nicht anwendbar, weil die Benutzungshandlung des Beklagten ohne weiteres der zweiten Stufe im Vergütungsmodell der Klägerin zuzuordnen ist.

33 cc) Die Revision des Beklagten macht schließlich vergeblich geltend, die der Klägerin aus einem Resellervertrag mit der A. -S. zustehenden Lizenzgebühren bildeten die Obergrenze eines von der A. -S. und deren Vertriebspartnern insgesamt zu zahlenden Schadensersatzes. Hierzu hat die Revision des Beklagten ausgeführt: Im Verhältnis zwischen der Klägerin und der A. -S. müsse für die Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie auf jeden Fall der Resellervertrag zugrunde gelegt werden. Ferner gehe die Klägerin davon aus, dass den Vertriebspartnern Regressansprüche gegen die A. -S. zustünden, soweit die Klägerin die Vertriebspartner auf Schadensersatz in Anspruch nehme. Würden der Klägerin gegen die einzelnen Vertriebspartner der A. -S. insgesamt höhere Schadensersatzansprüche zugesprochen, als sich aus einem Resellervertrag mit der A. -S. ergäben, könnte die Klägerin demnach auf dem Umweg über die Inanspruchnahme der Vertriebspartner weitaus höhere Schadensersatzansprüche gegen die A. -S. durchsetzen, als ihr nach der Lizenzanalogie tatsächlich zustünden. Damit hat die Revision des Beklagten keinen Erfolg.

34 Die Frage, ob bei der Schadensberechnung in Form der Herausgabe des Verletzergewinns Schadensersatzleistungen, die der Verletzer seinen Abnehmern wegen deren Inanspruchnahme durch den Verletzten erbringt, abzuziehen sind, da diese den Gewinn des Verletzers mindern, stellt sich nicht, wenn der Verletzte - wie im Streitfall - Schadensersatz nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie beansprucht. Für die Höhe der danach zu zahlenden angemessenen und üblichen Lizenzgebühr ist es nicht von Bedeutung, inwieweit der Verletzer seinen Vertragspartnern wegen deren Inanspruchnahme durch den Verletzten Schadensersatz leistet. Sollte die Klägerin von der A. -S. einen ihr nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie zustehenden Schadensersatz

fordern, könnte die A. -S. der Klägerin Schadensersatzzahlungen an ihre Vertriebspartner nicht entgegenhalten.

35 3. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten sei nicht dadurch (teilweise) erloschen, dass die A. -S. der Klägerin 15.510 € gezahlt habe, ist dagegen nicht frei von Rechtsfehlern.

36 a) Entgegen der Ansicht der Revision des Beklagten kommt es insoweit allerdings nicht darauf an, ob und inwieweit Schadensersatzleistungen eines Verletzers auf Schadensersatzansprüche anderer Verletzer innerhalb einer Verletzerkette bzw. Vertriebskette anzurechnen sind. Diese Frage stellt sich im Streitfall nicht, da die A. -S. und ihre Vertriebspartner nicht mehrere Verletzungshandlungen auf unterschiedlichen Vertriebsstufen begangen haben und daher keine Verletzerkette bzw. Vertriebskette besteht.

37 Die Revision des Beklagten weist zutreffend auf den unwidersprochenen Vortrag des Beklagten hin, die A. -S. habe das Original bzw. die Nachbildung der Flash-Präsentationen der Klägerin auf ihrem Server abgespeichert und anschließend ihren zahlreichen Vertriebspartnern jeweils ein Unterverzeichnis auf ihrem Server anlegen und deren Internet-Seiten so einrichten lassen, dass die Flash-Präsentationen über diese Internet-Seiten unmittelbar auf ihrem Server hätten abgerufen werden können. Die A. -S. hat die auf ihrem Server abgespeicherten Originale bzw. Nachahmungen der Flash-Präsentationen der Klägerin nach diesem Vorbringen im Zusammenwirken mit ihren jeweiligen Vertriebspartnern über deren Internet-Seiten öffentlich zugänglich gemacht und damit gegen § 15 Abs. 2 UrhG a.F. (jetzt § 19a UrhG) verstoßen. Es mag sein, dass die A. -S. darüber hinaus, wie das Berufungsgericht angenommen hat, durch die Herstellung einer Nachahmung der Flash-Präsen-

tation der Klägerin eine weitere eigenständige Urheberrechtsverletzung begangen hat. Das ändert aber nichts daran, dass die A. -S. und ihre Vertriebspartner den hier in Rede stehenden Schaden durch dieselbe Verletzungshandlung verursacht haben.

38 b) Die von der A. -S. an die Klägerin geleistete Zahlung könnte den Beklagten jedoch entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts gemäß § 422 Abs. 1 BGB (teilweise) von seiner Schadensersatzpflicht gegenüber der Klägerin befreit haben, weil zwischen der A. -S. und dem Beklagten ein Gesamtschuldverhältnis besteht. Allerdings ist keine gesamtschuldnerische Haftung nach § 830 BGB gegeben. Da der Beklagte die Urheberrechtsverletzung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts fahrlässig begangen hat, fehlt es an dem von § 830 Abs. 1 BGB vorausgesetzten bewussten und gewollten Zusammenwirken der A. -S. und des Beklagten als Mittäter bzw. an der nach § 830 Abs. 2 BGB erforderlichen Vorsatztat des Beklagten, die die A. -S. als Anstifter oder Gehilfe hätte fördern können (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl., § 830 Rdn. 3 f.). Die A. -S. und ihre Vertriebspartner - wie der Beklagte - haften für den durch das öffentliche Zugänglichmachen der Flash-Präsentationen der Klägerin entstandenen Schaden jedoch nach § 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner. Sie sind für diesen Schaden, den der Beklagte fahrlässig verursacht hat, nebeneinander verantwortlich. Anders als das Berufungsgericht meint, haben sie bei der Klägerin auch denselben Schaden verursacht, da dieser Schaden - wie unter IV 3 a ausgeführt - auf derselben Verletzungshandlung beruht.

39 Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es insoweit nicht von Bedeutung, dass sich die von der A. -S. und dem Beklagten verursachten Schadensbeträge der Höhe nach nicht decken. Allerdings schuldet der Beklagte der Klägerin Schadensersatz in Höhe einer angemessenen Lizenzgebühr, die

im Streitfall - soweit das Vergütungsmodell der Klägerin zur Schadensschätzung heranzuziehen ist - nach der zweiten Stufe des Vergütungsmodells der Klägerin mit jeweils 2.900 € (einschließlich oder zuzüglich Mehrwertsteuer) zu bemessen ist. Hingegen wäre ein von der A. -S. zu zahlender Schadensersatz - wenn die Klägerin ihn gleichfalls auf der Grundlage der Lizenzanalogie berechnete - nach der dritten Stufe des Vergütungsmodells der Klägerin mit der wesentlich höheren Vergütung für Resellerverträge zu bemessen. Ein Gesamtschuldverhältnis besteht jedoch auch dann, wenn der Haftungsumfang mehrerer Verantwortlicher unterschiedlich hoch ist; das Gesamtschuldverhältnis besteht dann bis zum geringeren Betrag (vgl. BGHZ 12, 213, 220).

40 c) Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen kann nicht abschließend beurteilt werden, inwieweit die Schadensersatzleistung der A. -S. auf den Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten anzurechnen ist. Nach § 422 Abs. 1 Satz 1 BGB wirkt die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner auch für die übrigen Schuldner. Im Streitfall besteht die Besonderheit, dass die A. -S. und jeder einzelne ihrer Vertriebspartner der Klägerin jeweils als Gesamtschuldner haften, die Vertriebspartner der A. -S. aber nicht untereinander Gesamtschuldner der Klägerin sind. Da die Zahlung der A. -S. nicht ausreicht, um sämtliche Schulden zu tilgen, ist die Zahlung der A. -S. entsprechend § 366 BGB auf die Schulden der Vertriebspartner anzurechnen. Die Regelung des § 366 BGB gilt unmittelbar für den Fall, dass ein Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist und das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden ausreicht. Die Interessenlage ist jedoch die gleiche, wenn - wie dies hier der Fall ist - mehrere Schuldner (die Vertriebspartner der A. -S. ) dem Gläubiger zu gleichartigen Leistungen verpflichtet sind und ein anderer Schuldner (die A. -S. ) dem Gläubiger für diese Leistungen jeweils mithaftet und das von diesem Schuldner Geleistete

nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden ausreicht (vgl. BGHZ 134, 224, 227 ff. m.w.N.).

41 Gemäß § 366 Abs. 1 BGB wird diejenige Schuld getilgt, die der Zahlende bei der Leistung bestimmt. Es kann dahinstehen, ob sich dem - insoweit allein in Betracht kommenden - Anwaltsschreiben der A. -S. an die Klägerin vom 5. Juli 2004 eine Tilgungsbestimmung der A. -S. zugunsten des Beklagten entnehmen lässt. Denn dieses Schreiben ging, wie die Klägerin zutreffend geltend macht, erst einen Tag nach Zahlungseingang beim vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin ein. Eine Tilgungsbestimmung im Sinne von § 366 Abs. 1 BGB muss aber grundsätzlich - spätestens - „bei der Leistung" getroffen werden. Eine nachträgliche Tilgungsbestimmung ist unwirksam, wenn sie - wie hier - nicht ausdrücklich oder konkludent vorbehalten war (Bamberger/Roth/Dennhardt, BGB, 2. Aufl., § 366 Rdn. 7; Palandt/Grüneberg aaO § 366 Rdn. 4a; MünchKomm.BGB/Wenzel, 5. Aufl., § 366 Rdn. 9). Entgegen der Ansicht der Revision des Beklagten kann das Tatbestandsmerkmal „bei der Leistung" in § 366 BGB schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht gegen seinen Wortlaut dahin ausgelegt werden, dass eine Tilgungsbestimmung in Fällen wie dem vorliegenden auch noch nach der Leistung zulässig ist. Für eine solche Auslegung lässt sich auch dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. Dezember 1968 in der Sache II ZR 144/67 (BGHZ 51,157) nichts entnehmen. Auf die Frage, ob ein am Tag nach der Übergabe eines Schecks eingegangener Brief noch als „Tilgungsbestimmung bei der Leistung" gewertet werden kann, kam es in jener Entscheidung nicht an, weil das dortige Schreiben bereits keine Leistungsbestimmung erkennen ließ (BGH WM 1969, 270, 271; insoweit

nicht in BGHZ 51,157 abgedruckt). Nach § 366 Abs. 2 BGB kommt eine verhältnismäßige Tilgung der Schuld des Beklagten erst in Betracht, wenn sämtliche vorgehenden Anrechnungen in der gesetzlichen Tilgungsreihenfolge ausscheiden. Hierzu hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - bislang keine Feststellungen getroffen.

Bergmann Pokrant Büscher

Schaffert Koch

Vorinstanzen:
LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 03.08.2005 - 3 O 7693/04 -
OLG Nürnberg, Entscheidung vom 14.02.2006 - 3 U 1944/05 -