

<b>Volltext zu:</b>	MIR 2020, Dok. 066
<b>Veröffentlicht in:</b>	MIR 08/2020
<b>Gericht:</b>	BGH
<b>Aktenzeichen:</b>	I ZR 93/19 - Nachlizenzierung
<b>Entscheidungsdatum:</b>	18.06.2020
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:BGH:2020:180620UIZR93.19.0
<b>Vorinstanz(en):</b>	LG München I, 20.10.2017 - 21 O 5904/14 OLG München, 11.04.2019 - 29 U 3773/17
<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=3007">http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=3007</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 18. Juni 2020 durch (...)

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 11. April 2019 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

### **Von Rechts wegen**

#### **Tatbestand:**

**1** Die Klägerin bietet das Recht zur Nutzung von Stadtplänen, an denen sie die ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte innehat, gegen Zahlung von Lizenzgebühren an. Die Beklagte ist ein Beratungsunternehmen. Zur Lagebeschreibung ihrer Standorte in München und Gauting verwendete sie im Zeitraum von 2011 bis 2013 auf ihrer Webseite unter vier verschiedenen URLs (Internetadressen) Kartenausschnitte der Klägerin, ohne mit dieser einen Lizenzvertrag geschlossen zu haben.

**2** Für die kommerzielle Onlinenutzung von und das kostenpflichtige Verlinken zu Stadtplänen sieht die Klägerin in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter anderem folgende Regelungen vor:

#### **§ 4.1.2.1.2 Kommerzieller Onlinelizenzvertrag unbefristet**

1. Die Nutzung für Unternehmer (...) ist zeitlich unbefristet.
2. Die Lizenzgebühr für die vereinbarte kommerzielle Nutzung (einfache Nutzungslizenz) beträgt für eine Kartenfläche unter einer URL

<b>Kartengröße</b>	<b>Lizenzgebühr zzgl. gesetzl. MwSt.</b>
bis DIN A6	820,00 EUR
größer DIN A6 bis A5	1.220,00 EUR

größer DIN A5 bis A4  
größer DIN A4 bis A3

1.620,00 EUR  
2.020,00 EUR

(...)

7. Bei dieser Nutzungsvariante liegen die Karten auf dem Server des Stadtplandienstes zum Download bereit. Nach dem Download liegen sie auch auf dem Server des Kunden für dessen Nutzung bereit.

8. Der Lizenznehmer erhält das Recht, den lizenzierten Kartenausschnitt bei einer Aktualisierung durch den Lizenzgeber gegen einen aktuellen Kartenausschnitt auszutauschen.

9. Bei einem Umzug hat der Lizenznehmer das Recht, einen Kartenausschnitt für den neuen Standort zu erhalten. (...)

#### **§ 4.1.2.3 Kostenloses und Kostenpflichtiges Verlinken (...)**

##### **§ 4.1.2.3.1 Verlinken zu einer Karte aus dem Stadtplandienst**

Will ein Lizenznehmer zu einem Kartenausschnitt aus dem Angebot des stadtplandienst.de [v]erlinken, wird eine Webseite speziell für den Lizenznehmer generiert und liegt nur auf dem Server des Stadtplandienstes. Auf diese Webseite kann der Lizenznehmer anschließend verlinken.

##### **§ 4.1.2.3.1 Kostenpflichtige kommerzielle Nutzung für Unternehmer und andere Interessenten i.S.d. § 4.1.1.1**

Dem Lizenznehmer stehen für die kommerzielle Nutzung (einfache Nutzungslizenz) gemäß § 4.1.1.1 die drei folgenden Varianten zur Auswahl

###### **1. Variante I:**

50,00 EUR zzgl. gesetzl. MwSt. je Adresse und Jahr. Es wird eine Webseite speziell für den kommerziellen Nutzer generiert, auf der ein Kartenausschnitt mit der entsprechenden Firmierung zu sehen ist. Mit Hilfe eines Buttons ist zur weiteren Navigation zur entsprechenden Stelle im Stadtplandienst zu gelangen.

**3** Nach Abmahnung durch die Klägerin gab die Beklagte eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab. Die von der Klägerin als Schadensersatz geforderte entgangene Lizenzgebühr von 6.480 € für vier Kartenausschnitte im Format DIN A4, Ermittlungskosten in Höhe von 95 € und Rechtsverfolgungskosten von 578 € beglich die Beklagte nicht.

**4** Der von der Klägerin daraufhin erhobenen Zahlungsklage über den Betrag von 7.153 € hat das Landgericht bis auf einen Teil der Zinsforderung stattgegeben (LG München I, BeckRS 2017, 156798). Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die entgangene Lizenzgebühr auf 1.800 € reduziert und die Beklagte zur Zahlung von insgesamt 2.473 € verurteilt (OLG München, GRUR 2019, 828). Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht im Umfang der Klageabweisung zugelassene Revision der Klägerin, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt.

#### **Entscheidungsgründe:**

**5 I.** Das Berufungsgericht hat den Schadensersatzanspruch der Klägerin als nur zum Teil begründet erachtet und dazu ausgeführt:

**6** Die Beklagte habe durch die Speicherung der vier Dateien mit urheberrechtlich schutzfähigen Kartenausschnitten und deren Bereithaltung zum Abruf auf ihrer Internetseite das der Klägerin zustehende Recht der öffentlichen Zugänglichmachung verletzt und sei dieser daher zum Schadensersatz verpflichtet. Bei der von der Klägerin gewählten Berechnung nach der Lizenzanalogie schulde die Beklagte jedoch nicht den geltend gemachten Betrag von 6.480 €, sondern lediglich 1.800 €. Auf das eigene Vergütungsmodell der Klägerin könne nicht abgestellt werden. Teilweise betreffen die vorgelegten Lizenzverträge andere, mit den Verletzungshandlungen der Beklagten nicht vergleichbare Nutzungen. Ein Großteil der relevanten Verträge sei zudem erst nach ausdrücklicher Abmahnung wegen einer Nutzung ohne Lizenzierung abgeschlossen worden. Dem Ergebnis von Vertragsverhandlungen nach vorangegangener Urheberrechtsverletzung komme keine Indizwirkung für andere Verträge zu. Die vorgelegten sowie das vom Landgericht eingeholte Sachverständigengutachten entbehrten einer tragfähigen Grundlage, weil sie die Marktfähigkeit des klägerischen Vergütungsmodells zugrunde legten, ohne deren Voraussetzungen selbst festzustellen. Die Erkenntnisse der Sachverständigengutachten zu den Vergütungsmodellen der Mitbewerber könnten für die Schadensschätzung aus denselben Gründen nicht herangezogen werden. Für die Schätzung der angemessenen Lizenz greife das Gericht auf das klägerische Lizenzmodell der dynamischen Karte zurück und trage den Unterschieden zur rechtsverletzenden Nutzung durch eine schätzweise Verdreifachung des Lizenzbetrags auf 150 € pro Karte und Jahr Rechnung. Die Ermittlungs- und Anwaltskosten stünden der Klägerin in voller Höhe zu.

**7 II.** Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin ist in vollem Umfang zulässig. Das Berufungsgericht hat die Revision im Tenor seines Urteils "im Umfang der Klageabweisung" zugelassen. In den

Urteilsgründen hat es zwar ausgeführt, die Revision sei zuzulassen, weil unterschiedliche Auffassungen zu der Frage bestünden, ob Lizenzverträge, die nach der Geltendmachung von Ansprüchen wegen einer Rechtsverletzung geschlossen wurden, bei der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie berücksichtigt werden könnten. In dieser Begründung kommt eine weitere Einschränkung der Revisionszulassung im Hinblick auf die eindeutige Fassung des Tenors jedoch nicht klar und zweifelsfrei zum Ausdruck. Sie wäre zudem unzulässig, weil die Zulassung der Revision nicht auf eine einzelne Rechtsfrage oder ein Urteilselement beschränkt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 1993 - V ZR 74/92, NJW 1993, 1580 [juris Rn. 7] mwN, insoweit nicht in BGHZ 122, 1 abgedruckt).

**8 III.** Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein weitergehender Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht verneint werden.

**9 1.** Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne gemäß § 97 Abs. 2 Satz 1 und 3 UrhG Schadensersatz im Wege der Lizenzanalogie verlangen, weil die Beklagte das der Klägerin zustehende Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 15 Abs. 2 Satz 1 und 2 Nr. 2, § 19a UrhG verletzt habe, nimmt die Revision als ihr günstig hin. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte die vier Dateien mit den Kartenausschnitten, an denen der Klägerin die ausschließlichen Nutzungsrechte zustehen, auf einem von ihr betriebenen Server abgespeichert und von dort aus über ihren Internetauftritt abrufbar gehalten hat. Es hat zutreffend angenommen, dass die Kartenausschnitte urheberrechtlichen Schutz genießen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Februar 2014 - I ZR 121/13, GRUR 2014, 772 Rn. 16 mwN). Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Verletzung sei zumindest fahrlässig erfolgt. Die Beklagte hätte ihre fehlende Berechtigung jedenfalls erkennen können.

**10 2.** Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Abweisung des weitergehenden Schadensersatzanspruchs durch das Berufungsgericht.

**11 a)** Der Anspruch auf Schadensersatz für die Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG richtet sich bei seiner Berechnung im Wege der Lizenzanalogie gemäß § 97 Abs. 2 Satz 3 UrhG auf den Betrag, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des verletzten Rechts eingeholt hätte.

**12 aa)** Bei der Bemessung des zu leistenden Schadensersatzes im Wege der Lizenzanalogie ist zu fragen, was vernünftige Vertragsparteien als Vergütung für die vorgenommenen Benutzungshandlungen vereinbart hätten. Zu ermitteln ist der objektive Wert der Benutzungsberechtigung. Dabei ist unerheblich, ob und inwieweit der Verletzer selbst bereit gewesen wäre, für seine Nutzungshandlungen eine Vergütung zu zahlen (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2018 - I ZR 187/17, GRUR 2019, 292 Rn. 18 = WRP 2019, 209 - Sportwagenfoto, mwN).

**13 bb)** Die Höhe der als Schadensersatz zu zahlenden Lizenzgebühr hat das Tatgericht gemäß § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach seiner freien Überzeugung zu bemessen. Im Revisionsverfahren ist nur zu prüfen, ob die Schätzung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht oder ob wesentliche, die Entscheidung bedingende Tatsachen außer Acht gelassen worden sind, insbesondere ob schätzungs begründende Tatsachen nicht gewürdigt worden sind, die von den Parteien vorgebracht worden sind oder sich aus der Natur der Sache ergeben. Es ist nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, dem Tatgericht eine bestimmte Berechnungsmethode vorzuschreiben (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 2008 - I ZR 6/06, GRUR 2009, 407 Rn. 23 = WRP 2009, 319 - Whistling for a train, mwN; Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 44/06, GRUR 2009, 660 Rn. 14 = WRP 2009, 847 - Resellervertrag, mwN; Urteil vom 20. Februar 2020 - I ZR 176/18, GRUR 2020, 611 Rn. 55 = WRP 2020, 591 - Das Boot II). Die Bemessung der angemessenen Lizenzgebühr durch das Berufungsgericht ist nicht frei von solchen Fehlern.

**14 b)** Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings die eigene Lizenzierungspraxis der Klägerin als Grundlage für die Bemessung des Schadensersatzes abgelehnt.

**15 aa)** Maßgebliche Bedeutung für die Bemessung des zu leistenden Schadensersatzes im Wege der Lizenzanalogie kommt einer zur Zeit der Verletzungshandlung am Markt durchgesetzten eigenen Lizenzierungspraxis der Rechtsinhaberin zu (vgl. BGH, GRUR 2019, 292 Rn. 19 - Sportwagenfoto). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die in den Lizenzverträgen aufgeführten Lizenzsätze allgemein üblich und objektiv angemessen sind. Soweit die Rechtsinhaberin die von ihr vorgesehenen Lizenzgebühren verlangt und auch erhält, rechtfertigt dieser Umstand die Feststellung, dass vernünftige Vertragsparteien bei Einräumung einer vertraglichen Lizenz eine entsprechende Vergütung vereinbart hätten. Werden die von der Rechtsinhaberin geforderten Lizenzsätze für die eingeräumten Nutzungsrechte auf dem Markt gezahlt, können sie einer Schadensberechnung im Wege der Lizenzanalogie auch dann zu Grunde gelegt werden, wenn sie über dem

Durchschnitt vergleichbarer Vergütungen liegen (vgl. BGH, GRUR 2009, 660 Rn. 32 - Resellervertrag, mwN).

**16 bb)** Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin habe für den Zeitraum ab 2003 lediglich 18 Vertragsabschlüsse und für den Zeitraum ab 2011 lediglich neun Vertragsschlüsse vorgetragen, die eine mit den Verletzungshandlungen vergleichbare Nutzung betreffen. Ein Großteil dieser Verträge sei jedoch erst nach ausdrücklicher Abmahnung wegen einer entsprechenden Nutzung ohne Lizenzierung oder nach Hinweis auf eine solche Nutzung abgeschlossen worden. Diese Verträge gestatteten keine Rückschlüsse auf die Höhe des angemessenen Lizenzbetrags. Wegen der vorangegangenen Urheberrechtsverletzungen habe die Klägerin bei den Verhandlungen mit der Geltendmachung der ihr aus der Urheberrechtsverletzung erwachsenen Ansprüche drohen können. Sie habe deshalb eine erheblich stärkere Position als bei gewöhnlichen Verhandlungen gehabt, bei denen die Nachfragenden sich für einen anderen Anbieter entscheiden könnten, ohne nachteilige Maßnahmen befürchten zu müssen. Wer als Verletzer einen Lizenzvertrag abschließen, um Ansprüchen wegen der Verletzung zu entgehen, erbringe die Lizenzzahlungen nicht nur für die künftige Nutzung des lizenzierten Werks, sondern auch dafür, dass der Lizenzgeber auf die Geltendmachung von Verletzungsansprüchen verzichte. Ein derartiger Vertragsschluss sei deshalb ungeeignet, den objektiven Wert der bloßen Nutzung - ohne Verzicht auf davon unabhängige Ansprüche - zu belegen. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision stand.

**17 cc)** Der bloße Verweis auf die Preisliste für Lizenzen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin reicht nicht aus, um die übliche Lizenzgebühr festzustellen (vgl. Specht in Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl., § 97 Rn. 85). Mit der Vorlage der Preisliste ist nicht nachgewiesen, dass das Vergütungssystem am Markt durchgesetzt werden kann. Die Annahme einer üblichen Vergütung setzt jedoch voraus, dass diese Preise auf dem Markt tatsächlich gezahlt werden (vgl. OLG Frankfurt am Main, GRUR-RR 2019, 460, 461 [juris Rn. 32]; MünchKomm.BGB/Schwab, 7. Aufl., § 818 Rn. 106; Raue, Die dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 306 mwN).

**18 dd)** Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Klägerin die Durchsetzbarkeit ihrer Preise am Markt nicht durch den Nachweis einer eigenen repräsentativen Vertragspraxis dargelegt hat, weil ein Großteil der vorgelegten Verträge nach der Geltendmachung von Ansprüchen wegen einer Rechtsverletzung geschlossen wurde und deshalb nicht berücksichtigt werden kann.

**19 (1)** Die Frage, ob Lizenzverträge, die nach einer Abmahnung oder einem Hinweis auf die Rechtsverletzung geschlossen worden sind, für die Bemessung des Schadensersatzanspruchs im Wege der Lizenzanalogie herangezogen werden können, wird in der Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt.

**20** Neben der Auffassung des Berufungsgerichts wird vertreten, der Einwand sei nicht generell geeignet, den erforderlichen Nachweis einer repräsentativen Vertragspraxis auszuschließen. Eine vorausgegangene Abmahnung stehe einer freien Willensentschließung grundsätzlich nicht entgegen. Eine abgemahnte Partei könne ebenso über den Preis verhandeln, eine geringere Summe zahlen und sich gegebenenfalls im Übrigen verklagen lassen (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 13. Januar 2010 - 6 U 93/09, Anlage K 21 [nicht veröffentlicht]). Jedenfalls sei die abgemahnte Partei nicht gezwungen und regelmäßig auch nicht bereit, Lizenzverträge einzugehen, die ihr unangemessen erschienen (vgl. OLG Frankfurt am Main, GRUR-RR 2019, 460, 462 [juris Rn. 44]).

**21** Einschränkend wird allerdings in Einklang mit dem Berufungsgericht angenommen, eine Nachlizenzierung in Folge einer Abmahnung könne Teil einer Gesamtlösung sein, in die auch der Schaden aus der Verletzungshandlung sowie Abmahn- und Ermittlungskosten einbezogen würden; der Lizenzbetrag gelte die unbefristete Nutzungsbefugnis dann nur teilweise ab. Auch könne der Verletzer aufgrund der Abmahnung in eine Drucksituation geraten (vgl. OLG Frankfurt am Main, GRUR-RR 2019, 460, 462 [juris Rn. 42]).

**22** In der Literatur ist das Problem bislang - soweit ersichtlich - nur vereinzelt erörtert worden (für eine Einbeziehung der nach Abmahnung geschlossenen Verträge J. B. Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl., § 97 UrhG Rn. 93; dagegen Raue aaO S. 308).

**23 (2)** Der Senat entscheidet die Frage dahin, dass eine Lizenzierung nach Verletzung nicht ohne weiteres geeignet ist, den objektiven Wert der bloßen (zukünftigen) Nutzung zu belegen; entgolten wird damit regelmäßig mehr als nur die einfache Nutzung. Dabei macht es keinen Unterschied, ob eine förmliche Abmahnung vorausgegangen ist oder die Rechtsinhaberin unter Hinweis auf die Rechtsverletzung lediglich an den Verletzer herangetreten ist. In beiden Fällen stellen die nachfolgend vereinbarten "Lizenzgebühren" nicht nur die Vergütung dar, die vernünftige Parteien als Gegenleistung für den Wert der künftigen legalen Benutzungshandlung vereinbart hätten; vielmehr bilden sie darüber hinaus regelmäßig eine Gegenleistung für die einvernehmliche Einigung über mögliche Ansprüche aus der vorangegangenen Rechtsverletzung (vgl. Raue

aaO S. 308). Dieser bei einem Nachlizenzierungsvertrag gegenüber einer freihändigen Lizenz vergütete "Mehrwert" steht typischerweise der Annahme entgegen, ein solcher Lizenzvertrag habe eine Indizwirkung für den "objektiven Wert der angemäßen Benutzungsbechtigung" (BGH, GRUR 2009, 660 Rn. 13 - Resellervertrag). Dem entspricht die zutreffende Annahme des Berufungsgerichts, der Verletzer werde in Lizenzvertragsverhandlungen angesichts eines ansonsten drohenden Rechtsstreits häufig von dem Ziel geleitet sein, eine (kostenintensive) gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden (vgl. auch Court of Appeals for the Federal Circuit, 5. Februar 2010 - ResQNet.com v Lansa, 594 F.3d 860, 872 mwN; Raue aaO S. 308). Damit einher geht eine stärkere Verhandlungsposition der Rechtsinhaberin, die - gegen eine höhere Lizenzgebühr - den Verzicht auf eine gerichtliche Durchsetzung ihrer Ansprüche anbieten kann. Dass der Verletzer sich selbst in diese Lage gebracht hat, ändert an diesem Ungleichgewicht entgegen der Auffassung der Revision nichts.

**24** Die Revision macht vergeblich geltend, der Verletzer könne bei Abschluss des Lizenzvertrags mit der Rechtsinhaberin auch eine einmalige Ausgleichs- oder Schadensersatzregelung für die Rechtsverletzung treffen, ohne mit ihr Vertragsbeziehungen für künftige Nutzungen eingehen zu müssen. Das von der Revision geschilderte Vorgehen verdeutlicht, dass einem Nachlizenzierungsvertrag verschiedene Gegenleistungselemente zugrunde liegen, die über die Erteilung einer Lizenz für die künftige Nutzung hinausgehen und einen eigenen objektiven Wert haben.

**25** (3) Lizenzsätze in nachlizenzierten Verträgen erfüllen auch nicht die Voraussetzung, dass die von der Rechtsinhaberin geforderten Lizenzsätze auf dem Markt gezahlt werden (vgl. BGH, GRUR 2009, 660 Rn. 32 - Resellervertrag). Marktpreise entstehen durch freien Angebots- und Nachfragemettbewerb hinsichtlich der künftigen Nutzung des Lizenzobjekts und nicht, wenn mit dem Vertragsschluss (auch) der Verzicht auf eine Rechtsverfolgung wegen einer Rechtsverletzung abgegolten wird (vgl. Hauch, jurisPR-WettbR 8/2019 Anm. 5). Dem steht der von der Revision als übergangen gerügte Vortrag nicht entgegen, Lizenzverträge nach vorangegangenen Urheberrechtsverletzungen seien stets zu den Konditionen gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin abgeschlossen worden. Daraus ergibt sich kein durch Angebot und Nachfrage bestimmter Marktpreis für eine freihändige Lizenzierung, sondern allenfalls ein "Marktpreis" für Nachlizenzierungen, dem bei der Lizenzanalogie aber keine Bedeutung zukommt.

**26** (4) Zudem führte die Berücksichtigung von Nachlizenzierungsverträgen bei der Berechnung des Schadensersatzes im Wege der Lizenzanalogie faktisch zu einem Verletzerzuschlag, der mit den Grundlagen des deutschen Schadensersatzrechts unvereinbar ist und dem der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums eine Absage erteilt hat (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20. April 2007, BT-Drucks. 16/5048, S. 37 [zu § 139 Abs. 2 Satz 2 PatG] und S. 61 f.; vgl., auch zu Besonderheiten bei Verwertungsgesellschaften, BGH, Urteil vom 22. Januar 1986 - I ZR 194/83, BGHZ 97, 37, 49 f. [juris Rn. 39 f.] - Filmmusik und BT-Drucks. 16/5048, S. 37; zum schadensrechtlichen Bereicherungsverbot vgl. BGH, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 20; ausführlich J. B. Nordemann in Fromm/Nordemann aaO § 97 UrhG Rn. 98 bis 100).

**27** (5) Entgegen der Auffassung der Revision führt der Umstand, dass Abmahnungen nach § 97a UrhG ebenso wie das bloße "Herantreten" an Verletzer legitime Mittel der Rechtsinhaber sind, um ihre Urheberrechte durchzusetzen, zu keinem anderen Ergebnis. Die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen wird durch die Annahme, dass Nachlizenzierungsverträge keine Indizwirkung für eine Durchsetzung der Lizenzierungspraxis der Klägerin am Markt haben, nicht in Frage gestellt.

**28** ee) Vergeblich wendet sich die Revision auch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die vorgelegten Lizenzverträge beträfen zum Teil Nutzungen, die mit den Verletzungshandlungen der Beklagten nicht vergleichbar seien, und könnten aus diesem Grund für eine Schadensschätzung nach der Lizenzanalogie nicht herangezogen werden. Die Bemessung des Schadensersatzanspruchs im Wege der Lizenzanalogie stellt auf den objektiven Wert der angemäßen Nutzung ab; darüber geben Verträge über andere Nutzungsformen keine Auskunft. Zutreffend hat das Berufungsgericht deshalb den von der Klägerin vorgelegten Lizenzverträgen für eine Template-Nutzung und eine Print-Nutzung im Rahmen seiner Würdigung nach § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO keine Bedeutung beigemessen. Entgegen der Auffassung der Revision ist nicht ersichtlich, weshalb sich aus diesen Verträgen ergeben sollte, dass die Klägerin ihr Tarifsystem insgesamt am Markt durchsetzen könne.

**29** c) Die Annahme des Berufungsgerichts, der Schadensersatz könne auch nicht auf der Grundlage branchenüblicher Vergütungssätze bemessen werden, ist dagegen nicht frei von Rechtsfehlern.

**30** aa) Fehlt es an einer eigenen am Markt durchgesetzten Lizenzierungspraxis der Rechtsinhaberin, liegt es für die Festsetzung einer angemessenen Lizenzgebühr nahe, branchenübliche Vergütungssätze und Tarife

als Maßstab heranzuziehen, wenn sich in dem maßgeblichen Zeitraum eine solche Übung herausgebildet hat (BGH, GRUR 2019, 292 Rn. 19 - Sportwagenfoto, mwN). Welche Lizenzgebühren für die streitigen Benutzungshandlungen üblich und angemessen sind, ist - soweit erforderlich durch Einholung eines Sachverständigengutachtens - vom Tatgericht zu klären (vgl. BGH, GRUR 2009, 660 Rn. 32 - Resellervertrag).

**31 bb)** Das Berufungsgericht hat angenommen, für die Schadensschätzung könnten die Erkenntnisse zu den Vergütungsmodellen von Mitbewerbern aus den im Rechtsstreit vorgelegten Sachverständigengutachten nicht herangezogen werden. Die von der Beklagten bestrittene Behauptung der Klägerin, (auch) nach diesen Modellen werde unter Marktverhältnissen eine ausreichende Zahl von Lizenzverträgen abgeschlossen, sei nicht bewiesen. Die Gutachten setzten die Durchsetzbarkeit der Tarife jener Modelle voraus, ohne sie selbst festzustellen, und entbehrten insoweit einer tragfähigen Grundlage. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

**32 cc)** Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Behauptung der Klägerin, nach den Vergütungsmodellen ihrer Mitbewerber werde eine ausreichende Zahl an Lizenzverträgen zu Marktbedingungen abgeschlossen, bislang nicht bewiesen ist. Die Beklagte hat die Durchsetzung der Vergütungsmodelle der Mitbewerber am Markt in der Berufungsbegründung substantiiert bestritten (§ 138 Abs. 2 ZPO). Für die Höhe des von ihr im Wege der Lizenzanalogie geforderten Schadensersatzes bleibt die Klägerin, die sich nicht auf allgemeine Vergütungsrichtlinien berufen hat (vgl. zu den Honorarempfehlungen der Mittelstandsgemeinschaft Foto-Marketing BGH, Urteil vom 6. Oktober 2005 - I ZR 266/02, GRUR 2006, 136 Rn. 27 = WRP 2006, 274 - Pressefotos), darlegungs- und beweispflichtig. Ein solcher Beweis ist ihr entgegen der Auffassung der Revision auch möglich. Auf die bereits vorliegenden Sachverständigengutachten hat das Berufungsgericht zu Recht nicht abgestellt; diese setzen die Durchsetzbarkeit der Tarife der Wettbewerber voraus, ohne sie selbst festzustellen (vgl. BGH, GRUR 2009, 660 Rn. 19 - Resellervertrag).

**33 dd)** Die Revision rügt jedoch mit Erfolg, dass das Berufungsgericht, ohne ein neues Sachverständigengutachten einzuholen oder das Absehen von einer solchen Beweiserhebung zu begründen, nicht davon ausgehen konnte, dass es entgegen der Behauptung der Klägerin an einer branchenüblichen Vergütung fehlt. Die vorgelegten Sachverständigengutachten belegen, dass zahlreiche Wettbewerber der Klägerin vergleichbare Vergütungen fordern. Danach kam die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Durchsetzung dieser Tarife am Markt in Betracht. Das Berufungsgericht hat nicht dargelegt, weshalb es von einer solchen Beweisaufnahme abgesehen hat.

**34 (1)** Nach § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO steht der Umfang einer Beweisaufnahme zur Höhe eines geltend gemachten Schadens im Ermessen des Gerichts; es ist insoweit an Beweisanträge nicht gebunden. Das Tatgericht muss Beweisanträgen nur nach seinem pflichtgemäßen Ermessen nachgehen. Um dem Revisionsgericht die Nachprüfung zu ermöglichen, ob das Gericht die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens beachtet hat, müssen allerdings auch im Rahmen des § 287 ZPO die gestellten Beweisanträge gewürdigt und muss eine Ablehnung begründet werden (vgl. BAG, NJW 1963, 925, 926; BGH, Urteil vom 13. Juli 1981 - II ZR 91/80, NJW 1982, 32, 33 [juris Rn. 12], insoweit nicht in BGHZ 81, 271 abgedruckt). Die Schadensschätzung muss auf gesicherten Grundlagen beruhen. Die Vorschrift des § 287 ZPO zielt zwar auf eine Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens ab und nimmt in Kauf, dass die gerichtliche 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 (vgl. BGH, GRUR 2006, 136 Rn. 28 - Pressefotos; GRUR 2009, 660 Rn. 16 - Resellervertrag; vgl. auch BVerfG, NJW 2003, 1655 [juris Rn. 17 bis 19]; NJW 2010, 1870, 1871 [juris Rn. 13]; v. Wolff in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl., § 97 UrhG Rn. 74).

**35 (2)** Diesen Maßstäben wird das Berufungsurteil nicht gerecht. Die Klägerin hatte sich für die Angemessenheit der von ihr geforderten Lizenzsätze bereits in der Klageschrift unter Vorlage insbesondere von Preislisten ihrer Mitbewerber sowie Sachverständigengutachten auf die branchenüblichen Vergütungssätze bezogen. Diese für die Streitentscheidung zentrale Frage hat das Berufungsgericht in Verkennung der Grenzen seines tatgerichtlichen Ermessens im Rahmen von § 287 ZPO nicht aufgeklärt (vgl. dazu auch BGH, GRUR 2006, 136 Rn. 28 f. - Pressefotos; Urteil vom 21. Januar 2016 - I ZR 90/14, GRUR 2016, 860 Rn. 34 = WRP 2016, 1142 - Deltamethrin II).

**36 d)** Ebenfalls nicht frei von Rechtsfehlern ist die freie Schätzung der angemessenen Vergütung nach § 287 ZPO durch das Berufungsgericht.

**37 aa)** Fehlt es an einer am Markt durchgesetzten eigenen Lizenzierungspraxis der Rechtsinhaberin und gibt es auch keine branchenüblichen Vergütungssätze und Tarife, ist die Höhe der als Schadensersatz zu zahlenden Lizenzgebühr vom Tatgericht gemäß § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach seiner freien Überzeugung zu bemessen. Dabei sind an Art und Umfang der von der Rechtsinhaberin

beizubringenden Schätzgrundlagen nur geringe Anforderungen zu stellen; dem Tatgericht kommt zudem in den Grenzen eines freien Ermessens ein großer Spielraum zu. Seine Schadensschätzung unterliegt nur einer beschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Überprüfbar ist lediglich, ob das Tatgericht Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Acht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juni 2015 - I ZR 75/14, GRUR 2016, 191 Rn. 51 = WRP 2016, 73 - Tauschbörse III, mwN). Diesen Anforderungen hält die Schadensschätzung des Berufungsgerichts nicht stand.

**38 bb)** Das Berufungsgericht hat angenommen, Anhaltspunkte für die Schätzung könnten dem Vertragswerk der Klägerin entnommen werden. Diese biete neben der statischen Karte, wie die Beklagte sie verwendet habe, auch die Möglichkeit an, für 50 € pro Jahr eine Karte über einen Link auf ihren Server in den Internetauftritt des Lizenznehmers einzubetten (dynamische Karte). Dieses Lizenzmodell liege hinreichend nahe an der rechtsverletzenden Nutzung durch die Beklagte, um als Grundlage für die Schätzung zu dienen. Dass bei der statischen Karte die Möglichkeit bestehe, den lizenzierten Kartenausschnitt gegen einen aktualisierten auszutauschen und bei einem Umzug einen neuen Kartenausschnitt zu erhalten, sei ohne Belang, weil die rechtsverletzende Nutzung von diesen Optionen keinen Gebrauch gemacht habe. Für die Frage, was vernünftige Vertragspartner als Vergütung für die vom Verletzer vorgenommene Benutzungshandlung vereinbart hätten, sei nicht auf die teuerste Lizenzmöglichkeit abzustellen, sondern auf eine marktgerechte Bewertung der tatsächlich vorgenommenen Nutzung. Dem Umstand, dass die dynamische Karte nur im Format DIN A6 angeboten werde und sich beim Anklicken des Links auf der Webseite des Nutzers ein neues, mit Werbung versehenes Browserfenster öffne, was die Nutzung weniger komfortabel mache als die Wiedergabe einer statischen Karte in der Webseite selbst, sei durch eine schätzweise Verdreifachung des Lizenzbetrags auf 150 € pro Karte und Jahr Rechnung zu tragen.

**39 cc)** Damit hat das Berufungsgericht seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt.

**40 (1)** Rechtsfehlerhaft geht das Berufungsgericht für seine Schätzung von einem Vergütungsmodell aus, das nicht die rechtsverletzende Nutzung einer statischen Karte betrifft, sondern eine davon abweichende Art der Nutzung in Form einer dynamischen Karte, die überdies nur im Format DIN A6 und nicht in dem von der Beklagten genutzten Format DIN A4 angeboten wird. Wie das Berufungsgericht selbst erkennt, unterscheidet sich die dynamische Karte nicht unwesentlich von der statischen Karte. Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Beklagte habe von den erweiterten Möglichkeiten bei der Lizenz für eine statische Karte keinen Gebrauch gemacht. Auch bei nur verminderter wirtschaftlicher Nutzung hat der Verletzer im Nachhinein die reguläre Lizenzgebühr zu zahlen (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 1989 - I ZR 15/88, GRUR 1990, 353, 355 [juris Rn. 28] - Raubkopien; Wimmers in Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl., § 97 UrhG Rn. 272). Mit dem Einwand, zu diesen Konditionen hätte er den Lizenzvertrag nicht abgeschlossen, kann der Verletzer ebenfalls nicht gehört werden (vgl. Meckel in Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, Urheberrecht, 4. Aufl., § 97 UrhG Rn. 77). Entscheidend ist, dass sich die Beklagte bei ihrer rechtsverletzenden Nutzung für die statische und nicht für die dynamische Karte entschieden hat. Daran muss sie sich festhalten lassen.

**41 (2)** Soweit das Berufungsgericht versucht, den Unterschieden zwischen der Lizenz für eine dynamische Karte und der tatsächlichen Nutzungshandlung der Beklagten dadurch Rechnung zu tragen, dass es den jährlichen Lizenzbetrag verdreifacht, fehlt es für diese schätzweise Erhöhung an greifbaren Anhaltspunkten. Die Schätzung hängt damit im Ergebnis völlig in der Luft (vgl. BGH, Urteil vom 18. April 2002 - I ZR 262/99, TranspR 2003, 29, 31 [juris Rn. 32]; Urteil vom 13. Dezember 2011 - XI ZR 51/10, BGHZ 192, 90 Rn. 68, jeweils mwN).

**42 IV.** Danach ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird im weiteren Verfahren - soweit erforderlich durch Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens - zu klären haben, welche Lizenzgebühren für die Benutzungshandlung der Beklagten branchenüblich sind. Ist das nicht möglich, wird es bei einer freien Schätzung die rechtsverletzende Nutzungshandlung der Beklagten zugrunde legen müssen. Danach kommt als Anknüpfungspunkt für eine Schätzung die Lizenzgebühr für eine statische Karte gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin in Betracht. Der nicht bewiesenen Durchsetzung dieser Lizenzgebühr am Markt (siehe oben Rn. 18 bis 27 ist durch einen angemessenen Abschlag von der ausgewiesenen Lizenzgebühr Rechnung zu tragen.