

**Titel:**

**Vergütung für eine Benutzungshandlung einer Lizenz**

**Normenketten:**

UrhG § 19a, § 97 Abs. 2 S. 3

ZPO § 287

GG Art. 14

**Leitsätze:**

1.

Lizenzverträge, die mit Nutzern geschlossen wurden, an die der Rechteinhaber wegen einer entsprechenden Nutzung ohne Lizenzierung herangetreten war, sind nicht geeignet, Rückschlüsse auf die Höhe des unter gewöhnlichen Umständen angemessenen Lizenzbetrags zu gestatten. (Rn. 46)

a) Bei Verhandlungen über solche Verträge kann der Rechteinhaber mit der Geltendmachung der ihm aus der vorangegangenen Urheberrechtsverletzung erwachsenen Ansprüche drohen und hat deshalb eine erheblich stärkere Position als bei gewöhnlichen Verhandlungen. (Rn. 47)

b) Die Freiwilligkeit des Abschlusses eines solchen Vertrags ist für die Frage der Durchsetzung eines Vergütungsmodells auf dem Markt ohne Belang. Wer als Verletzer einen Lizenzvertrag abschließt, um der Geltendmachung von Ansprüchen wegen der Verletzung zu entgehen, handelt zwar freiwillig, erbringt aber die Lizenzzahlungen nicht nur für die künftige Nutzung des lizenzierten Werks, sondern auch dafür, dass der Lizenzgeber auf die Geltendmachung von Verletzungsansprüchen verzichtet. Damit ist ein derartiger Vertragsschluss ungeeignet, den objektiven Wert der bloßen Nutzung - ohne Verzicht auf davon unabhängige Ansprüche - zu belegen, wie ihn vernünftige Vertragspartner bemessen würden und wie er für die Schadensbemessung nach der Lizenzanalogie heranzuziehen ist. (Rn. 48)

2. Für die Frage danach, was vernünftige Vertragspartner als Vergütung für die vom Verletzer vorgenommenen Benutzungshandlungen vereinbart hätten, ist nicht auf die teuerste Lizenzmöglichkeit abzustellen, die Nutzungen wie die Verletzungshandlung neben anderen - nicht streiterheblichen - mitumfasst, sondern auf eine marktgerechte Bewertung der tatsächlich vorgenommenen Nutzung. (Rn. 55)

**Schlagworte:**

Schadensersatz, Abmahnung, Lizenzvertrag, Rückschluss, Position, Freiwilligkeit, Vergütungsmodell, Nutzung, Lizenzanalogie, teuerste Lizenzmöglichkeit, Benutzungshandlung

**Vorinstanz:**

LG München I, Endurteil vom 20.10.2017 – 21 O 5904/14

**Rechtsmittelinstanzen:**

BGH Karlsruhe, Urteil vom 18.06.2020 – I ZR 93/19

BGH Karlsruhe vom -- – I ZR 93/19

**Fundstellen:**

WRP 2019, 1074

CR 2019, 491

BeckRS 2019, 11885

LSK 2019, 11885

GRUR 2019, 828

ZUM-RD 2019, 467

**Tenor**

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 20. Oktober 2017 dahin abgeändert, dass es lautet wie folgt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 2.473,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 20. Dezember 2013 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

II. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 3/5 und die Beklagte 2/5 zu tragen.

III. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts in der Fassung der Ziffer I. sind vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

IV. Im Umfang der Klageabweisung wird die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen.

## Entscheidungsgründe

A.

1

Die Klägerin bietet das Recht zur Nutzung von Stadtplänen, an denen sie die ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte hält, gegen die Zahlung von Lizenzgebühren an. Für die kommerzielle Onlinenutzung sehen ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. Anlage K 2) unter anderem folgende Regelung 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:

Kartengröße

bis DIN A6 größer DIN A6 bis A5 größer DIN A5 bis A4 größer DIN A4 bis A3 Lizenzgebühr zzgl. gesetzl. MwSt.

820,00 € 1.220,00 €

1.620,00 € 2.020,00 €

...

4. Für Ausschnitte, die nicht schnittgleich mit den DIN Formaten sind, berechnet sich die vergütungspflichtige Fläche nach der nächstgrößeren DIN Fläche (> DIN A5 = DIN A4) wobei die Berechnungsgrundlage immer die Originalgröße des Kartenausschnitts aus dem Stadtplandienst mit 72 dpi Auflösung ist. Das DIN-Format ist nicht zwingend, der Flächeninhalt ist entscheidend (s. Tabelle).

Kartengröße

bis DIN A6

größer DIN A6 bis A5 größer DIN A5 bis A4 größer DIN A4 bis A3

in cm

14,8 x 10,5 21.0 x 14,8 29,7 x 21.0

42,0 x 29,7 in Pixel

420 x 298 595 x 420 842 x 595 1191 x 842

Flächeninhalt in Pixel

125.160 249.900 500.900 1.002.822

5. Der Ausschnitt darf zusätzlich in einer PDF-Datei auf der eigenen Webseite zum Download angeboten werden.

...

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. [...]

...

#### § 4.1.2.3.1 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 [sic!] Kostenpflichtige kommerzielle Nutzung für Unternehmer [...]

Dem Lizenznehmer stehen für die kommerzielle Nutzung (einfache Nutzungslizenz) [...] die drei folgenden Varianten zur Auswahl.

### 2

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

Die Beklagte ist ein Beratungsunternehmen. Zur Lagebeschreibung ihrer Standorte in M. und G. verwendete sie im Zeitraum von 2011 bis 2013 auf ihrer Webseite unter vier verschiedenen URLs entsprechende Kartenausschnitte der Klägerin, ohne mit dieser einen Lizenzvertrag geschlossen zu haben.

### 4

Mit Anwaltsschreiben vom 2. Dezember 2013 (vgl. Anl. K 4) mahnte die Klägerin die Beklagte deshalb ab und verlangte die Zahlung einer entgangenen Lizenzgebühr von 6.480,- € als Schadensersatz und den Ersatz von Aufwendungen in Höhe von 95,- € zur Ermittlung und gerichtsverwertbaren Dokumentation des Verstoßes sowie von Anwaltskosten in Höhe von 578,- € für die Abmahnung. Die Beklagte gab daraufhin eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab. Nachdem die Anwälte der Parteien in einem Telefongespräch wegen der Zahlungsansprüche der Klägerin keine Einigung erzielt hatten, setzte die Klägerin der Beklagten eine Frist zur Begleichung der geltend gemachten Gesamtforderung bis 19. Dezember 2013 (vgl. Anl. K 6).

### 5

Die Klägerin behauptet, die von der Beklagten verwendeten Kartenausschnitte hätten jeweils die Größe DIN A4 aufgewiesen. Bei dieser Kartenausschnittsgröße entspreche die in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehene Lizenzgebühr von jeweils 1.620,- € dem objektiven Wert der Nutzung. Sie habe die G. GmbH mit der Dokumentation der recherchierten Verstöße, der Beweismittelsicherung und der Zusammenstellung der Rechercheergebnisse in gerichtsverwertbarer Form beauftragt und für jeden individuellen Fall ein Honorar von 95,- € vereinbart.

### 6

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 7.153,- € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14. Dezember 2013 zu zahlen.

### 7

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

**8**

Sie hat insbesondere vorgetragen, das Geschäftsmodell der Klägerin sei nicht auf den Abschluss von Lizenzverträgen als wesentliche Einnahmequelle ausgerichtet, sondern auf die Erzielung von Einnahmen durch urheberrechtliche Abmahnungen.

**9**

Nach Erholung eines Sachverständigengutachtens hat das Landgericht die Beklagte mit Urteil vom 20. Oktober 2017 unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 7.153,- € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20. Dezember 2013 zu zahlen.

**10**

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihr Vorbringen aus dem ersten Rechtszug. Außerdem beruft sie sich nunmehr darauf, dass ihr eine Schadensersatzforderung zustehe, weil sie einen Rechtsanwalt zur Abwehr der rechtswidrig geforderten Schadensersatzansprüche der Klägerin habe beauftragen müssen. Mit dieser Forderung, die die gleiche Höhe habe wie die von der Klägerin geltend gemachten Rechtsanwaltskosten, rechne sie hilfsweise auf.

**11**

Sie beantragt,

das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

**12**

Die Klägerin verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

**13**

Der Senat hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 13. Dezember 2018 darauf hingewiesen, dass er die Zahl der von ihr vorgelegten Lizenzverträge nach ihrem Vergütungsmodell aus dem Verletzungszeitraum als nicht ausreichend ansieht; sollte die Klägerin weitere Verträge vorlegen, sei darzutun, dass diesen nicht ein Hinweis auf eine Urheberrechtsverletzung vorangegangen sei. In dem ihr zur Erklärung zu diesem Hinweis nachgelassenen Schriftsatz vom 21. Januar 2019 hat die Klägerin zehn weitere Verträge vorgelegt, die nach vorangegangenen Anwaltsabmahnungen gemäß § 97a UrhG abgeschlossen worden waren, und erklärt, dass sie keine Verträge vorlegen werde, denen kein Hinweis auf eine Urheberrechtsverletzung vorangegangen sei.

**14**

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 13. Dezember 2018 Bezug genommen.

B.

**15**

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche lediglich in Höhe von insgesamt 2.473,- € nebst Zinsen zu, ohne dass die von der Beklagten hilfsweise erklärte Aufrechnung zu einer Reduzierung der Ansprüche führte.

I.

**16**

Nach den im Laufe des Berufungsverfahrens erfolgten Klarstellungen ist davon auszugehen, dass die Beklagte die vier Dateien, welche urheberrechtlich schutzfähige Kartenausschnitte, an denen der Klägerin die Nutzungsrechte zustehen, auf einem von ihr betriebenen Server abgespeichert und von dort aus über ihren Internetauftritt abrufbar gehalten hat.

**17**

Dadurch hat sie das der Klägerin zustehende Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG verletzt (vgl. BGH GRUR 2018, 1239 - uploaded, Rn. 30; GRUR 2018, 1132 - YouTube Rn. 39; EuGH GRUR 2018, 911 - Land Nordrhein-Westfalen/Dirk Renckhoff Rn. 47).

II.

## 18

Da die Beklagte bei der öffentlichen Zugänglichmachung fremder urheberrechtlich geschützter Inhalte jedenfalls fahrlässig handelte, ist sie gemäß § 97 Abs. 2 Satz 1 UrhG der Klägerin zum Schadensersatz verpflichtet.

## 19

1. Diesen kann die Klägerin hinsichtlich der Nutzung selbst gemäß § 97 Abs. 2 Satz 3 UrhG im Wege der Lizenzanalogie auf der Grundlage des Betrages berechnen, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des verletzten Rechts eingeholt hätte. Danach schuldet die Beklagte allerdings nicht den insoweit geltend gemachten Betrag von 6.480,- €, sondern lediglich einen Betrag von 1.800,- €.

## 20

a) Bei der Berechnung der Höhe des zu leistenden Schadensersatzes im Wege der Lizenzanalogie ist zu fragen, was vernünftige Vertragspartner als Vergütung für die vom Verletzer 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. Im Rahmen der Ermittlung des objektiven Werts der Benutzungsberechtigung, der für die Bemessung der Lizenzgebühr maßgebend ist, müssen die gesamten relevanten Umstände des Einzelfalls in Betracht gezogen und umfassend gewürdigt werden (vgl. BGH GRUR 2019, 292 - Sportwagenfoto Rn. 18 m. w. N.). Maßgebliche Bedeutung kommt einer zur Zeit der Verletzungshandlung am Markt durchgesetzten eigenen Lizenzierungspraxis des Rechtsinhabers zu (vgl. BGH, a. a. O., - Sportwagenfoto Rn. 19; GRUR 2009, 660 - Resellervertrag Rn. 32). Fehlt es daran, 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 (vgl. BGH, a. a. O., - Sportwagenfoto Rn. 19). Gibt es keine branchenüblichen Vergütungssätze und Tarife, ist die Höhe der als Schadensersatz zu zahlenden Lizenzgebühr vom Gericht gemäß § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach seiner freien Überzeugung zu bemessen (vgl. BGH GRUR 2016, 191 - Tauschbörse III Rn. 51 m. w. N.).

## 21

b) Der ständig mit Urheberstreitsachen befasste und dadurch sachkundige Senat bemisst den Wert der Nutzung durch die Beklagte mit 1.800,- €.

## 22

aa) Auf das eigene Vergütungsmodell der Klägerin kann der Senat nicht abstellen, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine ausreichende Zahl von Lizenzverträgen nach diesem Modell abgeschlossen worden ist (vgl. BGH a. a. O., - Resellervertrag Rn. 32).

## 23

(1) Die erforderliche ausreichende Anzahl von Verträgen, die im üblichen Marktgeschehen abgeschlossen wurden, ergibt sich aus dem - teilweise bestrittenen - Vortrag der Klägerin nicht.

## 24

aaa) Zum Teil betreffen die von der Klägerin dargestellten Lizenzverträge Nutzungen, die mit den Verletzungshandlungen der Beklagten nicht vergleichbar sind und deshalb für eine Schadensschätzung nach der Lizenzanalogie keine Anhaltspunkte bieten können.

## 25

So gehen die von der Klägerin vorgelegten Verträge mit den Ien (vgl. Anl. K 22) und (vgl. Anl. K 24) sowie mit der

## 26

I. AG (vgl. Anl. K 25) und der K. GmbH (vgl. Anl. K 26) hinsichtlich des Nutzungsumfangs - und damit korrespondierend hinsichtlich der jeweils vereinbarten, im Übrigen monatlich zu erbringenden Vergütung - weit über die streitgegenständliche Verletzungsnutzung hinaus und sind deshalb - unabhängig davon, dass sie zumindest zum Teil nicht den vorliegend streiterheblichen Zeitraum von 2011 bis 2013 betreffen - für eine Bemessung gänzlich unergiebig.

## 27

Weiter trägt die Klägerin vor, nach Anwaltsabmahnung i. S. d. § 97a UrhG habe die K. GmbH am 11. September 2002 einen Lizenzvertrag abgeschlossen. Die dazu vorgelegte Anlage K 51 enthält allerdings die Angabe, dass der Lizenzgegenstand physikalisch lediglich eine Mitnutzung des Stadtplandienstes der Lizenzgeberin sei; Daten, Karten und Software liefen ausschließlich auf den Servern der Klägerin; das „Look and Feel“ des Lizenzgegenstands werde allerdings für die Lizenznehmerin so veränderbar gemacht, dass der Lizenzgegenstand als sogenannte „Frame-Lösung“ betrieben werden könne; darunter verstehe man, dass der Lizenzgegenstand so in den Webauftritt der Lizenznehmerin integriert sei, dass dieser als fester Bestandteil des Angebots der Lizenznehmerin empfunden werde. Damit bezieht sich auch dieser Vortrag der Klägerin - unabhängig davon, dass er nicht den vorliegend streiterheblichen Zeitraum von 2011 bis 2013 betrifft - auf eine ersichtlich mit der streitgegenständlichen Nutzung nicht vergleichbare Nutzung.

## **28**

Mit der E. GmbH sei am 3. März 2011 völlig freiwillig ein Vertrag über die Nutzung eines Kartenausschnitts in einer Broschüre zu 10.000 Stück (vgl. Anl. K 30) geschlossen worden. Mit der C. GmbH sei am 29. August 2012 ein Vertrag über die Nutzung der klägerischen Kartenausschnitte in deren Printprodukt geschlossen worden (vgl. Anl. K 28). Mit der d. V. GmbH in Wien sei am 18. Januar 2013 völlig freiwillig ein PrintLizenzvertrag geschlossen worden (vgl. S. 18 f. d. klägerischen Schriftsatzes v. 5. Februar 2016 = Bl. 101 f. d. A.). Darüber hinaus hat die Klägerin mit der Anlage K 42 einen Datenträger vorgelegt, der 170 Lizenzrechnungen aus der Zeit vom 30. Januar 2015 bis zum 23. Februar 2017 wiedergibt. 128 dieser Rechnungen beziehen sich auf Print-Lizenzen. All diese Verträge betreffen Nutzungen im Offline-Bereich und damit solche, die mit der streitgegenständlichen Nutzung nicht vergleichbar sind.

## **29**

bbb) Des Weiteren trägt die Klägerin folgende Lizenzvereinbarungen vor:

## **30**

a) Ein Vertrag, dem keine Abmahnung vorangegangen sei, sei von M. B. geschlossen worden. Der Vertrag habe die Nr. 14673; Näheres zum Vertragsinhalt teilt die Klägerin nicht mit (vgl. S. 13 d. klägerischen Schriftsatzes v. 5. Februar 2016 = Bl. 96 d. A.).

## **31**

Die Rechtsanwälte L. & L. hätten mit der Klägerin einen Vertrag geschlossen, der die Nr. 14940 trage; Näheres zum Vertragsinhalt teilt die Klägerin nicht mit (vgl. S. 14 d. klägerischen Schriftsatzes v. 5. Februar 2016 = Bl. 97 d. A.).

## **32**

Mit dem Forschungszentrum K. habe die Klägerin einen Lizenzvertrag über die Nutzung einer Karte DIN A3 geschlossen; Näheres zum Vertragsinhalt teilt die Klägerin nicht mit (vgl. S. 16 d. klägerischen Schriftsatzes v. 5. Februar 2016 = Bl. 99 d. A.).

## **33**

Die Rechtsanwälte S., N. und D. hätten Kartenmaterial der Klägerin lizenziert; der Vertrag mit der Nr. 15406 sei freiwillig geschlossen worden; Näheres zum Vertragsinhalt teilt die Klägerin nicht mit (vgl. S. 14 d. klägerischen Schriftsatzes v. 5. Februar 2016 = Bl. 97 d. A.).

## **34**

ß) Dieses Vorbringen ist schon deshalb nicht geeignet, den objektiven Wert der von der Beklagten vorgenommenen Nutzungen zu belegen, weil die Klägerin weder die Bedingungen mitteilt, zu denen die Verträge geschlossen worden seien, noch, ob dies während des hier relevanten Zeitraums von 2011 bis 2013 geschehen sei.

## **35**

ccc) Schließlich trägt die Klägerin zu weiteren Lizenzvereinbarungen vor:

## **36**

a) Im April 2006 habe die Kanzlei I. & Partner, welche die Klägerin in zahlreichen Gerichtsverfahren wegen Rechtsverletzungen vertrete und für sie auch Urheberrechtsverletzungen an ihrem Kartenmaterial abmahne, zwei Online-Lizenzen für die Kartengröße DIN A5 im Wert von 820,- € erworben. Weder sei den Lizenzverträgen mit den Nummern 14874 und 14875 eine Abmahnung vorausgegangen noch hätten Rückvergütungen oder anderweitige „Belohnungen“ für den Vertragsschluss stattgefunden.

### 37

Mit der Firma H. Immobilien sei am 28. Juli 2006 ein Vertrag über die Nutzung eines Kartenausschnitts der Größe DIN A6 für 951,20 € einschließlich Mehrwertsteuer geschlossen worden (vgl. Anl. K 27).

### 38

Mit der Firma L. sei am 18. Mai 2011 völlig freiwillig ein Vertrag über die OnlineNutzung eines Kartenausschnitts der Größe DIN A4 zu 1.620,- € geschlossen worden (vgl. S. 18 d. klägerischen Schriftsatzes v. 5. Februar 2016 = Bl. 101 d. A.; gemäß Anl. K 29 jedoch mit einem Abzug von 15%).

### 39

Von den auf dem als Anlage K 42 vorgelegten Datenträger nach Ausschluss der 128 Print-Lizenzen verbleibenden 42 Rechnungen für Internet-Lizenzen aus der Zeit vom 30. Januar 2015 bis zum 23. Februar 2017 betreffen die meisten Gestaltungen, die sich vom Streitfall unterscheiden, wie sich aus den völlig anderen Rechnungsbeträgen, oftmals auch aus den Angaben zur lizenzierten Leistung (etwa „Template-Nutzung“), ergibt. Es verbleiben lediglich folgende fünf Rechnungen:



### 40

ß) Jeweils nach Anwaltsabmahnung i. S. d. § 97a UrhG seien weitere folgende Lizenzverträge mit den Verletzern zustande gekommen:

- am 21. Oktober 2003 ein Vertrag mit der E. GmbH über zwei Kartenausschnitte im Format DIN A5 zu insgesamt 2.784,- € einschließlich Mehrwertsteuer (vgl. Anl. K 52);
- am 29. März 2005 ein Vertrag mit dem Steuerberater und Wirtschaftsprüfer J. S. über zwei Kartenausschnitte im Format DIN A6 zu insgesamt 1.902,40 € einschließlich Mehrwertsteuer (vgl. Anl. K 53);
- am 24. November 2005 ein Vertrag mit der D. GmbH über einen Kartenausschnitt im Format DIN A6 zu 951,20 € einschließlich Mehrwertsteuer (vgl. Anl. K 54);
- am 27. Januar 2006 ein Vertrag mit der S. GmbH über einen Kartenausschnitt im Format DIN A3 zu 2.343,20 € einschließlich Mehrwertsteuer (vgl. Anl. K 55);
- am 21. August 2007 ein Vertrag mit der Rechtsanwaltskanzlei O. über einen Kartenausschnitt im Format DIN A5 zu 1.451,80 € einschließlich Mehrwertsteuer (vgl. Anl. K 56);
- am 24. Juni 2008 ein Vertrag mit der H. GmbH über einen Kartenausschnitt im Format DIN A5 zu 1.305,40 € einschließlich Mehrwertsteuer (vgl. Anl. K 57);
- am 20. April 2011 ein Vertrag mit der I. GmbH über einen Kartenausschnitt im Format DIN A5 zu 1.305,40 € einschließlich Mehrwertsteuer (vgl. Anl. K 58);
- am 8. November 2015 ein Vertrag mit der Ä. e. G. über einen Kartenausschnitt im Format DIN A4 zu 1.733,40 € einschließlich Mehrwertsteuer (vgl. Anl. K 59) und
- am 15. August 2016 ein Vertrag mit der R. GmbH über einen Kartenausschnitt im Format DIN A3 zu 2.020,- € zuzüglich Mehrwertsteuer (vgl. Anl. K 60).

### 41

ddd) Damit hat die Klägerin für den Zeitraum ab 2003 lediglich 18 Vertragsabschlüsse und für den Zeitraum ab 2011 lediglich neun Vertragsabschlüsse vorgetragen, die eine mit den Verletzungshandlungen vergleichbare Nutzung betreffen. Dabei kann angesichts der Zunahme der Bedeutung anderer, kostengünstigerer oder gar kostenloser Kartendienste nicht ohne weiteres von den vor 2011 abgeschlossenen Verträgen darauf geschlossen werden, dass deren Bedingungen auch im Verletzungszeitraum ab 2011 durchsetzbar gewesen seien.

### 42

Der Senat neigt zu der Einschätzung, dass schon die Zahl von neun relevanten Vertragsabschlüssen es nicht erlaubt, das Vergütungsmodell der Klägerin der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie

zugrunde zu legen, weil sie zu gering ist, um eine Indizwirkung dafür zu entfalten, dass die Klägerin diese Preise auf dem Markt, auf dem sie umfangreich tätig ist, tatsächlich durchsetzen könne.

#### **43**

eee) Das bedarf indes keiner abschließenden Beurteilung, weil ein Großteil der relevanten Verträge eine weitere Besonderheit aufweist, die deren Berücksichtigung bei der Schadensschätzung entgegensteht.

#### **44**

a) Die neun Verträge, die in den Anlagen K 52 bis K 60 dokumentiert sind, wurden erst nach ausdrücklicher Abmahnung wegen einer entsprechenden Nutzung ohne Lizenzierung abgeschlossen.

#### **45**

Auch die Rechnungen Nr. EC-16-0089, Nr. EC-17-0025, Nr. PEC-16-0001 und Nr. PEC-16-0002 der Anlage K 42 betreffen Verträge, die geschlossen wurden, nachdem die Klägerin an die Nutzer wegen einer entsprechenden Nutzung ohne Lizenzierung herangetreten war, wie sich aus dem unbestrittenen Vorbringen der Beklagten hierzu ergibt (vgl. S. 9 - 11 d. Berufungsbegründung v. 25. Januar 2018 = Bl. 251 ff. d. A.).

#### **46**

ß) Unabhängig von der zwischen den Parteien strittigen Frage, ob das Herantreten der Klägerin an Verletzer mit dem Angebot, einen Lizenzvertrag zu schließen, als Abmahnung angesehen werden kann, sind die genannten Verträge nicht geeignet, Rückschlüsse auf die Höhe des unter gewöhnlichen Umständen angemessenen Lizenzbetrags zu gestatten.

#### **47**

Denn wegen der jeweils vorangegangenen Urheberrechtsverletzungen konnte die Klägerin bei den Verhandlungen über diese Verträge mit der Geltendmachung der ihr daraus erwachsenen Ansprüche drohen und hatte deshalb eine erheblich stärkere Position als bei gewöhnlichen Verhandlungen, bei denen der Nachfragende sich auch für einen anderen Anbieter entscheiden könnte, ohne ihm nachteilige Maßnahmen befürchten zu müssen. Deshalb kommt dem Ergebnis von Vertragsverhandlungen nach vorangegangener Urheberrechtsverletzung keine Indizwirkung für andere Verträge zu (vgl. auch Senat, Urt. v. 31. März 2011 - 29 U 2629/10, - Pumuckl-Verwertung, juris, dort Rn. 112).

#### **48**

Der Senat schließt sich nicht der vom Oberlandesgericht Karlsruhe in dessen Urteil vom 13. Januar 2013 - 6 U 93/09 (vorgelegt als Anl. K 21) und vom Oberlandesgericht Frankfurt a. M. in dessen Urteil vom 11. Dezember 2018 - 11 U 88/17 (vorgelegt als Anl. K 46) vertretenen Auffassung an, dass auch derartige Verträge im Rahmen der Lizenzanalogie berücksichtigt werden könnten, weil sie freiwillig abgeschlossen worden seien. Der Begriff der Freiwilligkeit ist für die Frage der Durchsetzung des klägerischen Vergütungsmodells auf dem Markt ohne Belang. Selbstverständlich stellt das Inaussichtstellen der Geltendmachung von Ansprüchen wegen der Verletzung urheberrechtlicher Nutzungsrechte - sei es formlos, sei es durch eine die Anforderungen des § 97a UrhG erfüllende Abmahnung - keine die Freiwilligkeit ausschließende unzulässige Einwirkung auf den Verletzer dar. Wer aber als Verletzer einen Lizenzvertrag abschließt, um der Geltendmachung von Ansprüchen wegen der Verletzung zu entgehen, erbringt die Lizenzzahlungen nicht nur für die künftige Nutzung des lizenzierten Werks, sondern auch dafür, dass der Lizenzgeber auf die Geltendmachung von Verletzungsansprüchen verzichtet. Damit ist ein derartiger Vertragsschluss ungeeignet, den objektiven Wert der bloßen Nutzung - ohne Verzicht auf davon unabhängige Ansprüche - zu belegen, wie ihn vernünftige Vertragspartner bemessen würden und wie er für die Schadensbemessung nach der Lizenzanalogie heranzuziehen ist.

#### **49**

Y) Von den neun seit 2011 geschlossenen Lizenzverträgen, die Nutzungen betreffen, die mit den von der Beklagten vorgenommenen vergleichbar sind, wurden lediglich zwei ohne vorangegangene Verletzung (Anl. K 29 und Nr. EC-16-0101 gem. Anl. K 42) abgeschlossen, während die sieben anderen (Nr. EC-16-0089, Nr. EC-17-0025, Nr. PEC-16-0001 und PEC-16-0002, jeweils gem. Anl. K 42, Anl. K 58, Anl. K 59 und Anl. K 60) wegen der vorangegangenen Urheberrechtsverletzungen außer Betracht zu bleiben haben. Es liegt auf der Hand, dass die Klägerin damit keine ausreichende Zahl von Lizenzverträgen nach ihrem Vergütungsmodell dargetan hat.

#### **50**



(2) Die Marktfähigkeit des Vergütungsmodells der Klägerin kann auch weder dem im Rechtsstreit erhaltenen Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. M. vom 15. Mai 2017 (Bl. 165 ff. d. A.) noch den von der Klägerin vorgelegten, aus anderen Rechtsstreiten stammenden Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr. W., P. und Prof. Dr.-Ing. M. (vgl. Anl. K 10 - K 12) entnommen werden. Vielmehr legen diese Gutachten die Marktfähigkeit des klägerischen Vergütungsmodells zugrunde, ohne deren Voraussetzungen selbst festzustellen. Damit entbehren sie einer tragfähigen Grundlage (vgl. BGH, a. a. O., - Resellervertrag Rn. 19).

#### **51**

bb) Für die Schadensschätzung können auch die Erkenntnisse in den genannten Sachverständigengutachten zu den Vergütungsmodellen von Mitbewerbern nicht herangezogen werden, da die von der Beklagten bestrittene Behauptung der Klägerin, (auch) nach diesen Modellen würde unter Marktverhältnissen eine ausreichende Zahl von Lizenzverträgen abgeschlossen, nicht bewiesen ist. Die Gutachten setzen die Durchsetzbarkeit der Tarife jener Modelle ebenfalls voraus, ohne sie selbst festzustellen, und entbehren damit auch insoweit einer tragfähigen Grundlage.

#### **52**

cc) Damit hat der Senat die Höhe der als Schadensersatz zu zahlenden Lizenzgebühr gemäß § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach seiner freien Überzeugung zu bemessen (vgl. BGH GRUR 2016, 191 - Tauschbörse III Rn. 51 m. w. N.).

#### **53**

(1) Anhaltspunkte für die Schätzung der angemessenen Vergütung können dem Vertragswerk der Klägerin entnommen werden.

#### **54**

Die Klägerin bietet neben der Möglichkeit der unbefristeten Nutzung einer Karte im Format A 4, die der Lizenznehmer auf seinem Rechner ablegen kann und die nicht mehr von der Klägerin aktualisiert wird („statische“ Karte), zum Preis von 1.620,00 € (vgl. § 4.1.2.1.2 d. AGB d. Klägerin, Anl. K 2) auch die Möglichkeit an, eine aktualisierbare Karte über einen Link auf den Server der Klägerin in den Internetauftritt des Lizenznehmers einzubetten („dynamische“ Karte) und dafür lediglich 50,- € pro Jahr zu zahlen (vgl. § 4.1.2.3.1 d. AGB d. Klägerin, Anl. K 2; (vgl. auch S. 10 f. d. schriftl. Gutachtens d. Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. M. vom 15. Mai 2017 [= Bl. 165 ff. d. A.]). Wie der in einem Parallelverfahren gerichtlich bestellte Sachverständige R. in seinem von der Klägerin als Anlage K 20 vorgelegten Gutachten vom 25. November 2015 zutreffend ausführt, ist davon auszugehen, dass ein Nutzer, der einen Kartenausschnitt der Klägerin auf seiner Webseite präsentieren will, nicht die statische Karte zu 1.620,00 € wählt, sondern die dynamische Karte zu 50,- € pro Jahr.)

#### **55**

Dieses Lizenzmodell liegt hinreichend nahe an der rechtsverletzenden Nutzung durch die Beklagte, um eine Grundlage für die Schätzung des Werts der Nutzung zu bieten. Dass die Klägerin im Rahmen ihres Lizenzmodells für eine statische Karte ihrem Lizenznehmer die zusätzliche Möglichkeit bietet, den lizenzierten Kartenausschnitt gegen einen aktualisierten auszutauschen und im Fall eines Umzugs einen Kartenausschnitt für den neuen Standort zu erhalten, ist insoweit ohne Belang, weil die rechtsverletzende Nutzung von diesen Optionen nicht Gebrauch gemacht hat. Für die Frage danach, was vernünftige Vertragspartner als Vergütung für die vom Verletzer vorgenommenen Benutzungshandlungen vereinbart hätten, ist nicht auf die teuerste Lizenzmöglichkeit abzustellen, die Nutzungen wie die Verletzungshandlung neben anderen - nicht streiterheblichen - mitumfasst, sondern auf eine marktgerechte Bewertung der tatsächlich vorgenommenen Nutzung.

#### **56**

Das klägerische Lizenzmodell der dynamischen Karte kann der Schätzung indes nicht unverändert zugrunde gelegt werden. Denn die Klägerin bietet dynamische Karten lediglich im Format DIN A6 an, während das Landgericht auf der Grundlage des von ihm eingeholten Sachverständigengutachtens festgestellt hat, dass die von der Beklagten genutzten Ausschnitte dem Format DIN A4 zuzuordnen sind, und diese Feststellung mangels konkreter Anhaltspunkte für deren Unrichtigkeit gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO vom Senat seiner Entscheidung zugrunde zu legen ist. Zudem öffnet sich beim Anklicken des entsprechenden Links auf der Webseite des Nutzers ein neues, mit Werbung versehenes Browserfenster,

was die Nutzung weniger komfortabel macht als die Wiedergabe einer statischen Karte in der Webseite selbst.

#### **57**

Diesen Unterschieden trägt der Senat durch eine schätzweise Verdreifachung des Lizenzbetrags auf 150,00 € pro Karte und Jahr Rechnung. Damit kann die Klägerin für vier Karten, die jeweils drei Jahre lang benutzt wurden, insgesamt 1.800,- € (4 x 3 x 150,- €) verlangen.

#### **58**

(2) Diese Vorgehensweise verletzt die Klägerin nicht, wie sie meint, in ihrem Grundrecht aus Art. 14 GG. Die darin ausgesprochene Gewährleistung des Eigentums umfasst nicht das Interesse der Klägerin, den Schadensersatz für die Verletzung ihrer urheberrechtlichen Nutzungsrechte nach ihrem Gutdünken in einer Weise zu berechnen, die sich an den in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommenen Vergütungssätzen orientiert, wenn diese Sätze nicht auf dem Markt durchgesetzt werden können. Der von der Klägerin angeführten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25. Oktober 2002 (NJW 2003, 1655 f. - Zündholzbriefchen) kann nichts anderes entnommen werden.

#### **59**

2. Das Landgericht hat festgestellt, dass die G. GmbH für die streitgegenständlichen Verletzungshandlungen Ermittlungs- und Dokumentationsarbeiten durchgeführt habe und dafür eine Rechnung über 95,00 € gestellt habe, die in der Folge von der Klägerin bezahlt worden sei. Diese Feststellungen hat der Senat seiner Entscheidung gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugrunde zu legen, weil die Beklagte keine konkreten Anhaltspunkte aufweist, die Zweifel an deren Richtigkeit begründen könnten. Danach stellen diese Kosten einen Schaden dar, den die Beklagte zu ersetzen hat. Dem Umstand, dass die G. GmbH unter derselben Anschrift wie die Klägerin ansässig ist und der Vorstand der Klägerin deren Geschäftsführer ist, kommt insoweit keine durchgreifende Bedeutung zu.

#### **60**

3. Die Klägerin steht auch der geltend gemachte Anspruch auf Ersatz ihrer Anwaltskosten für die Abmahnung vom 2. Dezember 2013 (vgl. Anl. K 4) zu, weil diese berechtigt war. Der Berufung auf § 97a UrhG in der Abmahnung ist zu entnehmen, dass die darin erfolgte Geschäftswertangabe von 10.000,00 € auf die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs bezieht. Dieser Geschäftswert bewegt sich im Rahmen des Angemessenen, so dass die Klägerin den geltend gemachten Betrag von 578,00 € verlangen kann. Auf die Richtigkeit des bestrittenen Vortrags der Klägerin, sie habe diesen Betrag an ihre Anwälte gezahlt, kommt es hierfür nicht an, denn jedenfalls mit der ernsthaften und endgültigen Weigerung der Beklagten wandelte sich ein entsprechender Freistellungsanspruch der Klägerin in einen Zahlungsanspruch um (vgl. BGH GRUR 2015, 1021 - Kopfhörer-Kennzeichnung Rn. 34 m. w. N.).

#### **61**

4. Wegen des Zinsanspruchs wird auf die insoweit nicht angegriffenen Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen.

III.

#### **62**

Schon weil die klägerische Abmahnung berechtigt war, steht der Beklagten der hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Gegenanspruch wegen der Abwehr der Abmahnung nicht zu.

IV.

#### **63**

Die in den nicht nachgelassenen Schriftsätzen der Beklagten vom 28. März 2019 und der Klägerin vom 3. April 2019 enthaltenen neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel hat der Senat nicht berücksichtigt.

C.

Zu den Nebenentscheidungen:

#### **64**

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

#### **65**

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. Auch wenn die Revision hinsichtlich der Verurteilung der Beklagten nicht zugelassen ist, findet § 713 ZPO wegen der Befugnis der Beklagten zur Anschlussrevision (vgl. § 554 Abs. 2 Satz 1 ZPO) keine Anwendung.

## **66**

Die Revision zum Bundesgerichtshof ist zuzulassen. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO), weil hinsichtlich der Frage unterschiedliche Auffassungen bestehen, ob Lizenzverträge, die nach der Geltendmachung von Ansprüchen wegen einer Rechtsverletzung geschlossen wurden, bei der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie berücksichtigt werden können.