



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 177/11

vom

20. September 2012

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 20. September 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Schaffert, Dr. Koch und Dr. Löffler

einstimmig beschlossen:

Die Revision gegen das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 28. Juli 2011 wird auf Kosten der Beklagten gemäß § 552a Satz 1 ZPO einstimmig zurückgewiesen.

Gründe:

- 1 I. Die Klägerin ist die Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte. Die Beklagte vertreibt Computerspiele. Sie hat in den Jahren 2005 und 2006 von einem bestimmten Computerspiel 60.000 Datenträger zu einem Nettoabgabepreis von 2,31 € pro Stück verkauft. Die Klägerin hat die Beklagte wegen unbefugter Vervielfältigung und Verbreitung der urheberrechtlich geschützten Begleitmusik zu diesem Computerspiel auf Schadensersatz in Höhe von 37.194 € in Anspruch genommen. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 15.600 € stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Die dagegen gerichteten Berufungen der Klägerin und der Beklagten sind erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, soweit diese auf die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines 346,50 € übersteigenden Betrages gerichtet ist. Die Klägerin hat Anschlussrevision eingelegt und mit ihr die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines weiteren Betrages von 21.594 € begehrt. Der Senat hat die Beklagte mit Beschluss vom 12. Juni 2012 darauf hin-

gewiesen, dass er beabsichtigt, ihre Revision gemäß § 552a Satz 1 ZPO zurückzuweisen.

2 II. Der Senat weist die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten durch einstimmigen Beschluss gemäß § 552a Satz 1 ZPO zurück, weil die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nicht vorliegen (dazu 1) und die Revision auch keine Aussicht auf Erfolg hat (dazu 2).

3 1. Das Berufungsgericht hat die Revision ohne nähere Begründung zugelassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung habe und die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erfordere. Es ist jedoch kein Grund für die Zulassung der Revision ersichtlich. Die Maßstäbe für die Bemessung des gemäß § 97 Abs. 1 UrhG aF zu ersetzenden Schadens nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie anhand des Tarifwerks einer Verwertungsgesellschaft sind durch die Rechtsprechung des Senats geklärt (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2010 - I ZR 70/09, GRUR 2011, 720 Rn. 19 f. = WRP 2011, 1076 - Multimediashow, mwN). Allein der Umstand, dass ein solcher Tarif für eine Vielzahl von Fällen relevant ist, rechtfertigt es nicht, der Überprüfung der Angemessenheit seiner Anwendung im Einzelfall grundsätzliche Bedeutung beizumessen.

4 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.

5 a) Das Berufungsgericht ist zutreffend und von der Revision unbeangeneht davon ausgegangen, dass die Beklagte das von der Klägerin wahrgenommene Verbreitungsrecht an den zur Unterlegung des Computerspiels genutzten, urheberrechtlich geschützten Musikstücken widerrechtlich und schuldhaft verletzt hat und daher dem Grunde nach gemäß § 97 Abs. 1 UrhG aF zum Schadensersatz verpflichtet ist. Das Berufungsgericht hat weiter mit Recht an-

genommen, dass der Schaden nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie berechnet werden kann und dieser Berechnung regelmäßig die Tarifvergütung zugrunde zu legen ist, die der Rechtsverletzer bei ordnungsgemäßer Einholung der Erlaubnis der Klägerin hätte entrichten müssen (st. Rspr.; BGH, GRUR 2011, 720 Rn. 19 f. - Multimediashow, mwN).

6 b) Das Berufungsgericht hat den Schaden gemäß Abschnitt III des Tarifs der Klägerin für die Vervielfältigung von Werken auf audiovisuellen Datenträgern und deren Verbreitung zum persönlichen Gebrauch in Form von Spielen in der Fassung vom 1. Dezember 2005 (Tarif VR-AV DT-H 3) mit 11,25% des Nettoverkaufserlöses einer jeden verkauften CD-ROM bemessen. Die dagegen gerichteten Rügen der Revision haben keinen Erfolg.

7 aa) Das Revisionsgericht kann die Bestimmung der Angemessenheit der (fiktiven) Lizenzvergütung anhand des Tarifwerks der Klägerin durch den Tatrichter nur darauf überprüfen, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff der Angemessenheit verkannt hat, die Auslegung des Tarifwerks mit den Denkgesetzen vereinbar ist, anerkannte Auslegungsregeln verletzt sind oder dem Berufungsgericht von der Revision gerügte Verfahrensverstöße unterlaufen sind, weil es etwa wesentliche Tatumstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt hat (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 1. Juni 1983 - I ZR 98/81, GRUR 1983, 565, 566 - Tarifüberprüfung II; BGH, GRUR 2011, 720, 722 Rn. 30 - Multimediashow). Solche Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht nicht unterlaufen.

8 bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Tarif VR-AV DT-H 3 sei speziell auf die hier in Rede stehende Nutzungsart zugeschnitten. Es sei die nach Abschnitt III Ziffer 3 des Tarifs für „sonstige Verkäufe“ festgelegte Prozentvergütung anzuwenden. Von einem „sonstigen Verkauf“ im Sinne des Tarifs sei auszugehen, wenn das Produkt zu einem Preis in den Handel gegeben

werde, der den Erstabgabepreis um mehr als 30% unterschreite. Für diesen Fall habe der Tarifgeber - ersichtlich, weil die in Abschnitt II Ziffer 1.3 des Tarifs vorgesehene Mindestvergütung in Form eines bestimmten Entgelts pro Minute zu völlig überhöhten Ergebnissen führen könne - allein eine (erhöhte) Prozentvergütung für angemessen erachtet und die Entlohnung des Rechteinhabers damit an den wirtschaftlichen Erfolg des Endprodukts gekoppelt. Nichts anderes könne gelten, wenn die Marge des Herstellers deshalb, weil es sich um ein Produkt im Billigpreis-Sektor handele, von vornherein so gering sei, dass eine nach Minutenpreisen der Spieldauer berechnete Mindestvergütung zu einer unangemessen hohen Beteiligung des Rechteinhabers am Erlös führe.

9 (1) Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe wesentliches Vorbringen der Beklagten nicht berücksichtigt. Die Beklagte habe vorgebracht, der Tarif VR-AV DT-H 3 sei auch in seiner Ausgestaltung gemäß Abschnitt III Ziffer 3 des Tarifs für die in Rede stehende Nutzung von Computerspielen nicht geeignet, weil dieser Tarif die „Verramschung“ von ansonsten nicht mehr marktgängiger Software nicht erfasse. Die Beklagte habe ferner darauf hingewiesen, dass der Senat im Urteil „Schallplattenimport III“ entschieden habe, der betreffende Tarif sei nicht auf Ramschverkäufe zugeschnitten.

10 Der Streitfall ist nicht mit der Fallgestaltung zu vergleichen, die der Entscheidung des Senats „Schallplattenimport III“ zugrunde lag. Dort hatte die fragliche Tarifbestimmung einen bestimmten Festbetrag als Mindestvergütung vorgesehen (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1987 - I ZR 164/85, GRUR 1988, 373, 376 - Schallplattenimport III). Dagegen bestimmt die hier in Rede stehende Tarifbestimmung eine prozentuale Beteiligung als Vergütung. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass bei einer (für sich genommen angemessenen) prozentualen Beteiligung des Urhebers am wirtschaftlichen Erfolg des Verwerters - anders als bei einer Festvergütung - grundsätzlich nicht die Gefahr

besteht, dass die Vergütung unangemessen ist. Davon ist auch der Senat in der Entscheidung „Schallplattenimport III“ ausgegangen (vgl. BGH, GRUR 1988, 373, 376 - Schallplattenimport III). Im Übrigen hat die Beklagte die Computerspiele nicht „verramscht“. Eine Verramschung setzt den Abverkauf übriggebliebener Restbestände voraus (vgl. BGH, GRUR 1988, 373, 376 - Schallplattenimport III). Die Revisionserwiderung weist zutreffend darauf hin, dass die Beklagte die in Rede stehenden Vervielfältigungsstücke der Computerspiele erst hergestellt hat.

11 (2) Die Stellungnahme der Revision zum Hinweisbeschluss des Senats führt zu keiner abweichenden Beurteilung.

12 Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Unangemessenheit des vom Berufungsgericht angewendeten Tarifs ergebe sich daraus, dass die Beklagte praktisch keinen geldwerten Vorteil mehr aus dem Geschäft hätte ziehen können, wenn ihre ohnehin bescheidene Gewinnspanne von vornherein um die vom Berufungsgericht festgesetzte Lizenzvergütung von 0,26 € pro verkauftem Werkstück geschmälert wäre. Die Beklagte hätte sich auf eine solche, ihre Handelsspanne um nahezu zwei Drittel verkürzende Vergütung nicht eingelassen, sondern hätte nach kaufmännischer Vernunft von einem Verkauf abgesehen. Der Verletzer kann sich nicht darauf berufen, er wäre nicht dazu bereit gewesen, die für seine Nutzungshandlung angemessene Vergütung zu entrichten (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2005 - I ZR 266/02, GRUR 2006, 136 Rn. 23 = WRP 2006, 274 - Pressefotos; Urteil vom 2. Oktober 2008 - I ZR 6/08, GRUR 2009, 407 Rn. 22 = WRP 2009, 319 - Whistling for a train; Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 44/06, GRUR 2009, 660 Rn. 36 = WRP 2009, 847 - Resellervertrag).

- 13 cc) Das Berufungsgericht hat den Einwand der Beklagten, der Tarif der Klägerin sei unangemessen, weil sie im Einzelfall von ihm abweichende Vereinbarungen schließe, nicht durchgreifen lassen. Allein die Vorlage einer Pilotvereinbarung der Klägerin und des Komponisten H. F. mit der Z. E. AG, in der eine vom maßgeblichen Tarif abweichende Vergütung bestimmt sei, sei nicht geeignet, die vom Nutzer zu widerlegende Vermutung der Angemessenheit des Tarifs in Zweifel zu ziehen. Auch für den von der Beklagten gerügten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Klägerin fehlten Anhaltspunkte. Auch diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.
- 14 (1) Die Revision rügt vergeblich, das Berufungsgericht habe mit diesen Erwägungen zur mangelnden Aussagekraft der Pilotvereinbarung den Maßstab des Gleichbehandlungsgebots nicht berücksichtigt. Die Klägerin behandle die Nutzer offensichtlich nicht gleich, wenn sie sich in einem vergleichbaren Fall gegenüber einem anderen Nutzer auf eine Stücklizenz von lediglich 0,25% des Nettoumsatzes einlasse, der Beklagten aber denselben niedrigen Vergütungssatz verweigere. Die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung stelle zugleich den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar. Zudem sei die Klägerin gehindert, den Tarif zur Schadensberechnung heranzuziehen, weil sie nicht nachgewiesen habe, dass sie ihn tatsächlich anwende.
- 15 Das bei der Bemessung der Vergütung zu beachtende Gleichbehandlungsgebot (BGH, Urteil vom 29. Januar 2004 - I ZR 135/00, GRUR 2004, 669, 671 - Musikmehrkanaldienst) ist nicht verletzt. Der von der Beklagten herangezogene Fall ist in einem wesentlichen Punkt anders gelagert und daher auch anders zu behandeln als der Streitfall. An der Vereinbarung der Klägerin mit der Z. E. AG war auf Seiten der Klägerin der geschädigte Urheber

des zur Unterlegung des Computerspiels verwendeten Musikwerkes beteiligt. Der Klägerin ist es aus Rechtsgründen nicht verwehrt, sich im Einzelfall mit dem Verletzer im Wege des Vergleichs auf einen geringeren als den nach dem Tarif vorgesehenen Betrag als Schadensersatz zu einigen. Das ist insbesondere dann nicht zu beanstanden, wenn der Verletzte, an den der vereinnahmte Schadensersatz - nach Abzug bestimmter Beträge - auszuschütten ist, in den Vergleich einbezogen wird. Dazu ist die Klägerin grundsätzlich berechtigt, nicht aber verpflichtet. Bei Abschluss des Vergleichs ist sie allerdings nicht an Weisungen des Verletzten gebunden (vgl. BGH, GRUR 2011, 720 Rn. 48 f. - Multi-mediashow). Da keine sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung vorliegt, liegt auch kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor.

16 (2) Die Stellungnahme der Beklagten zum Hinweisbeschluss des Senats rechtfertigt insoweit ebenfalls keine andere Beurteilung.

17 Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Klägerin habe nicht wie erforderlich vorgetragen und belegt, dass der von ihr verwendete Tarif in der Praxis tatsächlich angewandt und akzeptiert werde. Die Pilotvereinbarung der Klägerin mit der Z. E. AG belege nicht, dass der in Rede stehende Tarif jemals in der Praxis tatsächlich angewandt worden sei.

18 Bei der Festsetzung einer angemessenen Lizenzgebühr liegt es nahe, branchenübliche Vergütungssätze und Tarife als Maßstab heranzuziehen, wenn sich in dem entsprechenden Zeitraum eine solche Übung herausgebildet hat. Deshalb ist zu prüfen, ob es für die einschlägige Nutzungsart Tarifwerke von Verwertungsgesellschaften oder Vergütungssätze anderer Organisationen gibt, die als allgemein übliche Vergütungssätze anzusehen sind. Lassen sich keine üblichen Honorare ermitteln, ist die angemessene Lizenzgebühr gemäß § 287 ZPO unter Berücksichtigung aller Umstände in freier Beweiswürdigung zu

schätzen. Für eine solche Schadensschätzung können Tarifwerke von Verwertungsgesellschaften oder Vergütungssätze anderer Organisationen als Anhaltspunkt dienen, selbst wenn sie nicht als allgemein übliche Vergütungssätze anzusehen sind (vgl. BGH, GRUR 2009, 407 Rn. 29 - Whistling for a train).

- 19 Es kommt danach nicht darauf an, ob der vom Berufungsgericht herangezogene Tarif ein allgemein üblicher Vergütungssatz ist. Das Berufungsgericht durfte diesen Tarif jedenfalls als Anhaltspunkt für seine Schadensschätzung verwenden. Das hat das Berufungsgericht auch getan. Es hat in der für sonstige Verkäufe festgelegten Prozentvergütung dieses Tarifs „einen Parameter für das unzweifelhaft (noch) als angemessen anzusehende Maß“ gesehen. Es hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die von der Beklagten dagegen vorgebrachten Einwände nicht geeignet sind, die Angemessenheit dieses Tarifs in Zweifel zu ziehen. Auch der von der Beklagten angeführte Umstand, die Pilotvereinbarung mit der Z. E. AG bestimme eine vom maßgeblichen Tarif abweichende Vergütung, spricht nicht gegen die Angemessenheit dieses Tarifs. Das folgt, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, bereits daraus, dass diese Vereinbarung für den Fall der Kündigung selbst die Anwendbarkeit des Tarifs vorsieht.

20

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm

Pokrant

Schaffert

Koch

Löffler

Vorinstanzen:

LG Bielefeld, Entscheidung vom 23.12.2010 - 4 O 161/08 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 28.07.2011 - I-22 U 28/11 -