



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

I ZR 50/16

Verkündet am:
30. März 2017
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. März 2017 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Dr. Kirchhoff, Prof. Dr. Koch, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Bochum vom 5. Februar 2016 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 ist Inhaberin der ausschließlichen Nutzungs- und Verwertungsrechte an den Computerprogrammen "H. ", "D. ", "B. " und "T. ". Es handelt sich hierbei um sogenannte Bot-Programme, die dazu dienen, in anderen Computerspielen (darunter "World of Warcraft") Spielvorteile zu erlangen.
- 2 Die Klägerin hat geltend gemacht, ihre Computerprogramme seien im September 2013 über die von dem Beklagten betriebene Internetseite "http: " zum Herunterladen angeboten worden.

3 Mit anwaltlichem Schreiben vom 30. September 2013 mahnte die Klägerin den Beklagten ab und verlangte die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung.

4 Mit Mahnbescheid vom 22. September 2014, der dem Beklagten am 24. September 2014 zugestellt worden ist, hat die Klägerin einen Anspruch auf Zahlung von Abmahnkosten in Höhe von 1.336,90 € zuzüglich Zinsen geltend gemacht.

5 Nach Abgabe der Sache an das Gericht des Streitverfahrens am 16. Oktober 2014 hat die Klägerin beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie 1.336,90 € nebst jährlicher Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 25. September 2014 zu zahlen.

6 Das Amtsgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 124 € nebst Zinsen verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Das Landgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin den Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten in Höhe des verbleibenden Differenzbetrages von 1.212,90 € weiter.

7 Der ordnungsgemäß geladene Beklagte war im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht nicht vertreten. Die Klägerin beantragt, über ihr Rechtsmittel durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

Entscheidungsgründe:

8 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stehe kein über den Betrag von 124 € hinausgehender Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten zu. Hierzu hat es ausgeführt:

9 Der Beklagte schulde der Klägerin Abmahnkostenersatz gemäß § 97a UrhG aF, weil er die Computerprogramme auf der von ihm betriebenen Internetseite zum Herunterladen bereitgehalten und damit ohne Zustimmung der Klägerin öffentlich zugänglich gemacht habe. Der Gegenstandswert der Abmahnung richte sich nach dem Wert des mit der Abmahnung verfolgten Unterlassungsanspruches. Dieser sei mit dem Doppelten der je Programm 100 € betragenden Lizenzgebühr und damit für die vier betroffenen Programme insgesamt mit einem Betrag in Höhe von 800 € anzusetzen.

10 II. Über die Revision der Klägerin ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, weil der Beklagte in der mündlichen Revisionsverhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht anwaltlich vertreten war. Inhaltlich beruht das Urteil jedoch nicht auf der Säumnis des Beklagten, sondern auf einer Sachprüfung (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Versäumnisurteil vom 12. Januar 2017 - I ZR 258/15, GRUR 2017, 409 Rn. 10 = WRP 2017, 418 - Motivkontaktlinsen, mwN).

11 III. Die Revision der Klägerin hat Erfolg.

12 1. Gegen die Zulässigkeit der Berufung, die auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2014 - VIII ZR 79/14, NJW 2015, 873 Rn. 12 mwN), bestehen mit Blick auf den 600 € übersteigenden Wert des Beschwerdegegenstands (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) keine Bedenken.

13 2. Das Berufungsgericht ist im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin gemäß § 97a Abs. 1 UrhG aF von dem Beklagten die Erstattung von Abmahnkosten verlangen kann.

14 a) Auf den mit der Klage geltend gemachten Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten ist § 97a UrhG in der bis zum 8. Oktober 2013 geltenden Fassung anzuwenden. Die durch das Gesetz über unseriöse Geschäftspraktiken vom 1. Oktober 2013 (BGBl I, S. 3714) mit Wirkung ab dem 9. Oktober 2013 eingeführten Neuregelungen zur Wirksamkeit der Abmahnung und zur Begrenzung der erstattungsfähigen Kosten nach § 97a Abs. 2 und 3 Satz 2 und 3 UrhG nF gelten erst für Abmahnungen, die nach Inkrafttreten des Gesetzes über unseriöse Geschäftspraktiken ausgesprochen worden sind. Für den Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten kommt es auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Abmahnung an (vgl. zu § 97a Abs. 1 Satz 2 UrhG aF BGH, Urteil vom 28. September 2011 - I ZR 145/10, ZUM 2012, 34 Rn. 8, mwN; Urteil vom 8. Januar 2014 - I ZR 169/12, BGHZ 200, 76 Rn. 11 - BearShare; Urteil vom 11. Juni 2015 - I ZR 75/14, GRUR 2016, 191 Rn. 56 = WRP 2016, 73 - Tauschbörse III).

15 b) Nach § 97a Abs. 1 UrhG aF soll der Verletzte den Verletzer vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens auf Unterlassung abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen. Soweit die Abmahnung berechtigt ist, kann der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangt werden. Danach besteht ein Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten, wenn die Abmahnung begründet gewesen ist, ihr also ein materieller Unterlassungsanspruch zugrunde gelegen hat. Darüber hinaus muss die Abmahnung wirksam und erforderlich sein, um dem Unterlassungsschuldner einen Weg zu weisen, den Unterlassungsgläubiger ohne Inanspruchnahme der Gerichte klaglos zu stellen (BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - I ZR 47/09, GRUR 2010, 354

Rn. 8 = WRP 2010, 525 - Kräutertee; Urteil vom 19. Mai 2010 - I ZR 140/08, GRUR 2010, 1120 Rn. 16 = WRP 2010, 1495 - Vollmachtsnachweis; Urteil vom 11. Juni 2015 - I ZR 7/14, GRUR 2016, 184 Rn. 55 ff. = WRP 2016, 66 - Tauschbörse II; Urteil vom 12. Mai 2016 - I ZR 1/15, GRUR 2016, 1275 Rn. 20 = WRP 2016, 1525 - Tannöd). Diese Voraussetzungen sind gegeben.

16 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin habe im Zeitpunkt der an den Beklagten gerichteten Abmahnung wegen der öffentlichen Zugänglichmachung der Computerprogramme ein auf Unterlassung gerichteter Anspruch zugestanden (§ 97 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit §§ 19a, 69c Nr. 4 UrhG).

17 (1) Mangels abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts ist im Streitfall davon auszugehen, dass die betroffenen Computerprogramme nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2, § 69a Abs. 3 UrhG urheberrechtlich geschützt sind. Für die Nachprüfung in der Revisionsinstanz ist ferner davon auszugehen, dass Dateien mit diesen Computerprogrammen ohne Zustimmung der Klägerin als Inhaberin ausschließlicher Verwertungsrechte zu den von der Klägerin vorgelegten Zeiten über eine von dem Beklagten betriebene Internetseite zum Herunterladen angeboten worden sind und hierdurch widerrechtlich in das der Klägerin zustehende Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§§ 19a, 69c Nr. 4 UrhG) eingegriffen worden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 19. April 2012 - I ZB 77/11, ZUM-RD 2012, 587 Rn. 32 f.; Versäumnisurteil vom 12. Mai 2016 - I ZR 43/15, ZUM-RD 2017, 25 Rn. 16).

18 (2) Das Berufungsgericht hat angenommen, dass der Beklagte für die geltend gemachte Rechtsverletzung gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG als Täter haftet. Von dieser Beurteilung ist im Revisionsverfahren auszugehen.

19 bb) Das Berufungsgericht ist weiter davon ausgegangen, dass Form und Inhalt der Abmahnung den an eine berechnete Abmahnung zu stellenden An-

forderungen entsprechen. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

20 3. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Gegenstandswert, aus dem die erstattungsfähigen Kosten der anwaltlichen Abmahnung zu berechnen sind, sei stets mit dem Doppelten des erstattungsfähigen Lizenzschadens anzusetzen, hält hingegen der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

21 a) Der Gegenstandswert einer Abmahnung wegen Verletzung eines Schutzrechtes ist nach § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG nach billigem Ermessen zu bestimmen. Auch die Beurteilung der Angemessenheit des vom Anspruchsteller angesetzten Gegenstandswerts liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters. Seine Entscheidung ist daher durch das Revisionsgericht nur daraufhin zu überprüfen, ob das Ermessen überhaupt und in den ihm gesetzten Grenzen ausgeübt worden ist und alle für seine Ausübung wesentlichen Umstände beachtet worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 44/06, GRUR 2009, 660 Rn. 22 = WRP 2009, 847 - Resellervertrag; Urteil vom 12. Juli 2012 - I ZR 54/11, GRUR 2013, 301 Rn. 56 = WRP 2013, 491 - Solarinitiative; Urteil vom 13. November 2013 - X ZR 171/12, GRUR 2014, 206 Rn. 13 = WRP 2014, 317 - Einkaufskühltasche; BGH, GRUR 2016, 1275 Rn. 30 - Tannöd; ZUM-RD 2017, 25 Rn. 20). Einer solchen Überprüfung hält das Berufungsurteil nicht stand.

22 b) Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Gegenstandswert der Abmahnung dem Wert des mit der Abmahnung allein geltend gemachten Unterlassungsanspruchs entspricht.

23 c) Das Berufungsgericht hat ferner angenommen, der Wert des von der Klägerin mit der Abmahnung verfolgten Unterlassungsbegehrens sei mit dem Doppelten einer fiktiven Lizenzgebühr anzusetzen. Dem kann nicht zugestimmt werden.

- 24 aa) Der Wert eines Unterlassungsanspruches bestimmt sich nach dem Interesse des Anspruchstellers an der Unterbindung weiterer gleichartiger Verstöße. Dieses Interesse ist pauschalierend unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu bewerten und wird maßgeblich durch die Art des Verstoßes, insbesondere seine Gefährlichkeit und Schädlichkeit für den Inhaber des verletzten Schutzrechts bestimmt (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 174/11, GRUR 2013, 1067 Rn. 12 = WRP 2013, 1364 - Beschwer des Unterlassungsschuldners; BGH, GRUR 2014, 206 Rn. 16 - Einkaufskühltasche; BGH, Beschluss vom 11. November 2015 - I ZR 151/14, juris Rn. 7; BGH, GRUR 2016, 1275 Rn. 33 - Tannöd).
- 25 bb) Anhaltspunkte für die Beurteilung der mit dem Unterlassungsanspruch abzuwehrenden Gefährdung der Interessen des Inhabers eines nach dem Urheberrechtsgesetz geschützten Rechts sind sowohl der wirtschaftliche Wert des verletzten Rechts als auch die Intensität und der Umfang der Rechtsverletzung (sogenannter Angriffsfaktor; vgl. BGH, GRUR 2014, 206 Rn. 16 - Einkaufskühltasche; GRUR 2016, 1275 Rn. 34 - Tannöd). Der Angriffsfaktor wird insbesondere durch die Stellung des Verletzers und des Verletzten, die Qualität der Urheberrechtsverletzung, den drohenden Verletzungsumfang, die Art der Begehung des Rechtsverstoßes und eine hierdurch etwa begründete Gefahr der Nachahmung durch Dritte sowie subjektive Umstände auf Seiten des Verletzers wie den Verschuldensgrad bestimmt (BGH, Beschluss vom 24. Februar 2011 - I ZR 220/10, AfP 2011, 216 Rn. 5; BGH, GRUR 2013, 1067 Rn. 12 - Beschwer des Unterlassungsschuldners; BGH, Beschluss vom 11. November 2015 - I ZR 151/14, juris Rn. 7; BGH, GRUR 2016, 1275 Rn. 34 - Tannöd).
- 26 cc) Das mit dem Unterlassungsbegehren verfolgte Interesse des Anspruchstellers ist darauf gerichtet, in Zukunft weitere oder fortgesetzte Rechtsverletzungen zu unterbinden. Der Gefährlichkeit der bereits begangenen Verlet-

zungshandlung kommt bei der Wertbemessung Indizwirkung zu. Allerdings kann auch anderen, von der Verletzungshandlung unabhängigen Faktoren - etwa dem Grad der Wahrscheinlichkeit künftiger Zuwiderhandlungen - Rechnung zu tragen sein (BGH, GRUR 2014, 206 Rn. 16 - Einkaufskühltasche; GRUR 2016, 1275 Rn. 35 - Tannöd).

dd) Diesen Maßstäben wird eine Wertbemessung, die sich allein an der Höhe des Lizenzschadensersatzes orientiert, nicht gerecht.

27 (1) Eine schematische Bestimmung des Gegenstandswertes eines Unterlassungsanspruches auf der Grundlage eines Mehrfachen der für die bereits geschehene Nutzung anzusetzenden fiktiven Lizenzgebühr trägt weder der unterschiedlichen Funktion von Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch Rechnung, noch ist sie mit dem bei jeder Wertbestimmung nach pflichtgemäßem Ermessen zu beachtenden Gebot der Abwägung aller Umstände des Einzelfalles in Einklang zu bringen (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Januar 2015 - I ZR 95/14, WRP 2015, 414 Rn. 2 f.; BGH, GRUR 2016, 1275 Rn. 38 - Tannöd).

28 Zwar ist das Interesse des Unterlassungsgläubigers an der Unterbindung künftiger Verletzungen eines urheberrechtlich geschützten Rechts auch anhand des wirtschaftlichen Wertes des verletzten Schutzrechts zu bestimmen und dieser schlägt sich unter anderem in den Lizenzeinnahmen nieder, die ein Rechteinhaber bei der Auswertung eines Werkes üblicherweise für vergleichbare Nutzungshandlungen erzielen kann (vgl. hierzu OLG Hamm, NJW-RR 2014, 229, 230; OLG Köln, ZUM 2013, 497, 498). Dass die Erteilung einer Lizenz im Falle der widerrechtlichen Zugänglichmachung durch Bereitstellung eines Werks zum Herunterladen auf einer Internetseite tatsächlich nicht in Betracht kommt, steht dabei der Heranziehung einer sogenannten fiktiven Lizenz nicht entgegen, weil es sich hierbei um einen normativen Maßstab handelt, der nicht voraussetzt,

dass es bei korrektem Verhalten des Verletzers tatsächlich zum Abschluss eines Lizenzvertrags gekommen wäre (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 22. März 1990 - I ZR 59/88, GRUR 1990, 1008, 1009 - Lizenzanalogie; Urteil vom 17. Juni 1992 - I ZR 107/90, BGHZ 119, 20, 26 - Tchibo/Rolax II; BGH, GRUR 2016, 184 Rn. 49 ff. - Tauschbörse II; GRUR 2016, 1275 Rn. 39 - Tannöd).

29 Der Wert des verletzten Schutzrechtes und dessen drohende Beeinträchtigung durch künftige Verletzungen wird jedoch nicht allein durch die für eine konkrete Nutzungshandlung zu erzielenden fiktiven Lizenzeinnahmen, sondern auch durch die dem Rechtsinhaber insgesamt zu Gebote stehenden Auswertungsmöglichkeiten bestimmt, deren Verwirklichung durch künftige Rechtsverletzungen beeinträchtigt zu werden droht. Neben der - je nach Art des verletzten Rechts - in Betracht zu ziehenden Beeinträchtigung verschiedener Verwertungsarten können auch Faktoren wie die Aktualität und Popularität des Werkes, dessen künftige Nutzung durch den Unterlassungsschuldner unterbunden werden soll, von Bedeutung sein.

30 Die vom Verletzer auf der Grundlage der Lizenzanalogie (§ 97 Abs. 2 Satz 3 UrhG) für eine bereits erfolgte Nutzung als Schadensersatz zu entrichtende fiktive Lizenzgebühr dient dem Ausgleich der Einbußen, die der Rechtsinhaber durch den widerrechtlichen Eingriff in die ihm zustehenden Verwertungsrechte erlitten hat. Bei der Bewertung des Interesses des Rechtsinhabers an der Abwehr künftiger Verletzungshandlungen muss hingegen nicht nur dem Interesse an der Verhinderung fortgesetzter unlizenzierter Nutzungen Rechnung getragen werden, sondern es ist auch das einer fortgesetzten Rechtsverletzung innewohnende Gefährdungspotential für das Schutzrecht und seine wirtschaftliche Auswertung zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juni 2015 - I ZR 19/14, GRUR 2016, 176 Rn. 80 = WRP 2016, 57 - Tauschbörse I; BGH, GRUR 2016, 184 Rn. 73 - Tauschbörse II; GRUR 2016, 1275 Rn. 41

- Tannöd). Die Bereitstellung eines Werkes über eine Internetseite eröffnet einer unbegrenzten Vielzahl von Nutzern die Möglichkeit, das Werk kostenlos herunterzuladen. Ein solcher Eingriff in die urheberrechtlich geschützten Verwertungsrechte stellt die kommerzielle Auswertung des Werks insgesamt in Frage (vgl. hierzu auch BGH, Beschluss vom 19. April 2012 - I ZB 80/11, BGHZ 195, 257 Rn. 23 - Alles kann besser werden). Demgegenüber tritt das Interesse des Rechtsinhabers an der Verhinderung einer fortgesetzten unlizenziierten Nutzung in den Hintergrund (vgl. BGH, GRUR 2016, 1275 Rn. 41 - Tannöd).

31 (2) Das Gefährdungspotential, welches dem Bereitstellen eines Werks über das Internet innewohnt, ist mit Blick auf das konkrete Streitverhältnis zu bestimmen. Für generalpräventive Erwägungen, mit denen Dritte von Rechtsverletzungen abgeschreckt werden sollen, ist bei der Bewertung eines zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs kein Raum (BGH, GRUR 2016, 1275 Rn. 42 - Tannöd).

32 (3) Anhaltspunkte für die Bewertung des Unterlassungsanspruchs lassen sich der Qualität und Intensität der bereits erfolgten Verletzungshandlung entnehmen (BGH, GRUR 2014, 206 Rn. 16 - Einkaufskühltasche). Als für die Bemessung des Gegenstandswerts heranzuziehende Kriterien kommen danach beispielsweise Dauer und Häufigkeit der dem Unterlassungsschuldner zuzurechnenden Downloadangebote sowie die Anzahl der zum Herunterladen bereitgehaltenen Werke in Betracht. Darüber hinaus können - soweit feststellbar - auch subjektive Umstände auf Seiten des Verletzers in den Blick zu nehmen sein (BGH, GRUR 2016, 1275 Rn. 43 - Tannöd).

33 ee) Im Streitfall fehlt es an vom Berufungsgericht festgestellten greifbaren Anhaltspunkten dafür, dass den in die Bemessung des Gegenstandswerts einzubeziehenden Faktoren durch eine Verdoppelung der fiktiven Lizenzgebühr hinreichend Rechnung getragen wäre. Die Ausführungen des Berufungsge-

richts lassen zudem nicht erkennen, dass es bei der Ausübung seines Ermessens die weiteren, im vorliegenden Einzelfall relevanten Kriterien berücksichtigt hat.

34 4. Eine Bestimmung des Gegenstandswertes der Abmahnung, die den vorgenannten Bemessungskriterien Rechnung trägt, ist im Streitfall auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Aufwendungsersatzanspruch der Klägerin gemäß § 97a Abs. 2 UrhG in der bis zum 8. Oktober 2013 geltenden Fassung auf 100 € beschränkt wäre, mit der Folge, dass der Klägerin jedenfalls kein höherer Aufwendungsersatz zugesprochen werden könnte, als ihn das Berufungsgericht der Klägerin bereits zuerkannt hat. Das Angebot eines urheberrechtlich geschützten Werkes zum Herunterladen über das Internet stellt regelmäßig keine nur unerhebliche Rechtsverletzung im Sinne von § 97a Abs. 2 UrhG aF dar (vgl. BGH, GRUR 2016, 1275 Rn. 55 - Tannöd).

35 IV. Hiernach ist das Berufungsurteil auf die Revision der Klägerin aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Ausübung des Ermessens bei der Prüfung der Angemessenheit vom Anspruchsteller angesetzter Abmahnkosten grundsätzlich dem Tatrichter obliegt und das Berufungsgericht keine abschließenden Feststellungen zu allen in die Würdigung einzubeziehenden Umständen des Einzelfalles getroffen hat, ist der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen dieses Versäumnisurteil steht der säumigen Partei der Einspruch zu. Dieser ist von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt binnen einer Notfrist von zwei Wochen ab Zustellung des Versäumnisurteils bei dem Bundesgerichtshof, Karlsruhe, durch Einreichung einer Einspruchsschrift einzulegen.

Büscher

Kirchhoff

Koch

Schwonke

Feddersen

Vorinstanzen:

AG Bochum, Entscheidung vom 04.08.2015 - 68 C 72/15 -

LG Bochum, Entscheidung vom 05.02.2016 - I-5 S 134/15 -