

Der Restschadensersatzanspruch im Urheberrecht (§ 102 UrhG, § 852 BGB) – Anmerkung zu BGH ZUM 2017, 62 – Everytime we touch

Erstveröffentlichung in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2017, S. 71-73

Der BGH hat im vorliegenden Urteil im Wesentlichen seine Rechtsprechung zur Haftung in illegalen Musiktauschbörsen bekräftigt und ausdifferenziert. Besondere Aufmerksamkeit verdienen seine Ausführungen zum Restschadensersatzanspruch (BGH ZUM 2017, 62 Rn. 93–98), weil in jüngerer Zeit einige Instanzgerichte einen solchen Anspruch gegenüber Nutzern von Tauschbörsen abgelehnt hatten (Nachweise in Rn. 97).

§ 852 BGB soll die Verjährungsfrist von Schadensersatzansprüchen verlängern und hat nach dem BGH den »Charakter einer Rechtsverteidigung gegenüber der Einrede der Verjährung« (BGHZ 71, 86, 99 – Fahrradgepäckträger II). Es handelt sich um einen modifizierten Schadensersatzanspruch, der für die Rechtsfolgen ins Bereicherungsrecht verweist (MünchKommBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 852 Rn. 5 m. w. N.). Alle Immaterialgüterrechtsgesetze nehmen Bezug auf § 852 BGB (§ 141 Satz 2 PatG; § 24f Satz 2 GebrMG; § 102 Satz 2 UrhG; § 49 Satz 2 DesignG; § 20 Satz 2 MarkenG; § 9 Abs. 3 Satz 2 HalblSchG; § 37f Satz 2 SortSchG). Damit gestehen sie den Rechteinhabern eine verlängerte Überlegungsfrist zu, wobei die Norm vor allem im Patentrecht Bedeutung hat (Raue, Die dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 422 m. w. N.). In jüngerer Zeit verlängert sie aber auch im Urheberrecht die juristische Aufarbeitung der Abmahnwelle von Internetnutzern, die auf Musiktauschbörsen rechtswidrig geschützte Musiktitel zum Download bereitgestellt haben.

Nach Ablauf der Verjährungsfrist haftet der Schädiger nur noch, soweit er durch die deliktische Handlung bereichert ist. Der Anspruch ist also in zweifacher Hinsicht begrenzt: zum einen durch die Höhe des Schadensersatzanspruches, zum anderen durch die Höhe der noch vorhandenen Bereicherung (Raue, Dreifache Schadensberechnung, S. 423; MünchKommBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 852 Rn. 5). Daraus leitet sich eine dreistufige Prüfung ab:

I. Zunächst muss die Höhe des Schadensersatzes bestimmt werden. Im vorliegenden Fall kam allein die Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie in Betracht. Dadurch wird der Eingriff in das Ausschließlichkeitsrecht als solcher ausgeglichen (RegE, BT-Dr. 16/5048, S. 37; BGHZ 194, 194 Rn. 15 – Flaschenträger; 181, 98 Rn. 69 – Tripp-Trapp-Stuhl; ausführlich Raue, Dreifache Schadensberechnung, S. 277-284). Als Maßstab für die Höhe des Eingriffs und damit des Schadens wird auf den Marktpreis zurückgegriffen. Das ist die übliche Lizenzgebühr. Gibt es einen solchen Marktpreis für das öffentliche Zugänglichmachen auf einer Musiktauschbörse nicht, müssen die Gerichte nach § 287 ZPO schätzen,

welchen wirtschaftlichen Wert diese Nutzungsanmaßung hat. Das OLG Köln hat diesen im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH (ZUM 2016, 373 Rn. 11 ff. – Tauschbörse III) auf 200,00 € pro Titel festgelegt. Die abweichend urteilenden Instanzgerichte haben verkannt, dass die Lizenzanalogie kein Ausgleich für entgangenen Gewinn in Form entgangener Lizenzverträge ist, sondern für den Rechtsgutschaden. Deswegen ist es unerheblich, ob es bei korrektem Verhalten des Verletzers tatsächlich zum Abschluss eines Lizenzvertrags gekommen wäre (BGH ZUM 2017, 62 Rn. 97 m. w. N.).

II. Als zweites stellt sich die Frage, in welcher Höhe der Schädiger durch die Rechtsverletzung bereichert wurde. Das erlangte »etwas« i. S. v. § 102 Satz 2 UrhG/§ 852 BGB ist wie bei § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB die Nutzung des geschützten Immaterialguts (ZUM 2017, 62 Rn. 96; ZUM-RD 2012, 316 Rn. 40 – Bochumer Weihnachtsmarkt). Die Nutzung kann nicht herausgegeben werden, sodass der Schädiger nach § 818 Abs. 2 BGB deren Wert ersetzen muss. Als Maßstab hierfür wird ebenfalls auf die übliche bzw. eine angemessene Lizenzgebühr abgestellt. Denn darin drückt sich der Wert aus, den der Markt der Nutzung des Immaterialguts zumisst (vgl. BGH ZUM-RD 2012, 316 Rn. 40 – Bochumer Weihnachtsmarkt). Weil der Eingriff in das Immaterialgüterrecht durch eine Nutzungshandlung geschieht, knüpfen die Berechnung des Schadens und die Berechnung des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes an demselben Gegenstand an, sodass die Höhe des Schadensersatzes und des Bereicherungsausgleichs im Ausgangspunkt dieselben sind. Dass es keinen Markt für solche Lizenzen gibt, ist im Bereicherungsrecht genauso irrelevant wie beim Schadensersatz, solange dem Gericht ausreichend Anhaltspunkte für eine Schätzung zur Verfügung stehen. Auch der individuelle Nutzen für den Bereicherten ist erst bei einer eventuellen Entreicherung relevant. Deswegen war der Beklagte zunächst um 200,00 € bereichert.

III. Schadensersatz und Bereicherungsausgleich unterscheiden sich aber dadurch, dass sich der Bereicherte – anders als der Schadensersatzschuldner – auf Entreicherung berufen kann (§ 818 Abs. 3 BGB). Gerechtfertigt ist dies durch die unterschiedliche Zwecksetzung der beiden Rechtsinstitute. Das Bereicherungsrecht soll einen noch vorhandenen Vermögenszuwachs rückgängig machen, der im Widerspruch zur Rechtsordnung steht, nicht aber den entstandenen Schaden ausgleichen. Weil der Bereicherungsausgleich kein Verschulden voraussetzt, muss sich die Auslegung der einzelnen Merkmale an einem gutgläubigen Verletzer orientieren. Das gilt auch im Rahmen des § 852 BGB, weil dieser für die Rechtsfolgen auf das Bereicherungsrecht verweist. Der BGH stellt im vorliegenden Urteil jedoch apodiktisch fest, dass der Entreicherungseinwand bei einer unkörperlichen Nutzung im Urheberrecht im Regelfall ausgeschlossen ist (BGH ZUM 2017, 62 Rn. 96; zuvor schon BGH ZUM-RD 2012, 316 Rn. 41 – Bochumer Weihnachtsmarkt). Das Erlangte bestehe im Gebrauch des

Schutzgegenstandes. Diese Nutzung könne – zumindest im Regelfall – nicht wieder entfallen.

Diese gegenständliche Betrachtungsweise überzeugt jedoch nicht (ebenso Maute, Dreifache Schadens[ersatz]berechnung, 2016, Rn. 275). Im Rahmen von § 818 Abs. 3 BGB ist nicht zu fragen, was ursprünglich ins Vermögen hineingeflossen, sondern was zum Entscheidungszeitpunkt noch im Vermögen des Eingreifenden vorhanden ist. Dafür ist eine wertende Risikoverteilung vorzunehmen (vgl. MünchKommBGB/Schwab, 6. Aufl. 2013, § 818 Rn. 129, 134; Hadding, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2011, § 818 Rn. 42).

Die Haftung eines schuldlos Gutgläubigen ist gerechtfertigt, weil er nur das noch Vorhandene herausgeben muss, sein Stammvermögen aber unangetastet bleibt. Deswegen gehen einige davon aus, dass eine unkörperliche, flüchtige Nutzung grundsätzlich nicht zu einer verbleibenden Bereicherung führt, solange der Nutzende dadurch keine eigenen Ausgaben erspart (Schwab, aaO., Rn. 160 m. w. N.). Aber auch das überzeugt in den Fällen nicht, in denen der Bereicherungsschuldner das Immaterialgut wirtschaftlich verwertet hat und ihm dessen wirtschaftlicher Wert zugeflossen ist. Deswegen sollte beim Entreichungseinwand zwischen einer aus Ex-ante-Sicht wirtschaftlich sinnvollen und einer wirtschaftlich nicht sinnvollen Verwendung des Immaterialguts unterschieden werden (Rau, Dreifache Schadensberechnung, S. 263 ff.).

1. Wer das geschützte Immaterialgut für wirtschaftliche Zwecke einsetzt, nutzt dadurch die Gewinnchance, die jedem Immaterialgüterrecht innewohnt. Wenn sich diese auszahlt, darf der Eingreifende die daraus resultierenden Gewinne behalten, weil eine bereicherungsrechtliche Gewinnabschöpfung mit Recht ganz herrschend abgelehnt wird (BGH GRUR 2010, 237 Rn. 22 – Zoladex; Staudinger/Lorenz, Neubearbeitung 2007, Vor § 812 Rn. 27, 60 m. w. N.). Deswegen ist es gerechtfertigt, ihm im umgekehrten Fall den Entreichungseinwand mit dem Argument zu verwehren, dass der Wert der Gewinnchance seinem Vermögen bleibend zugeflossen ist. Dass sie sich nicht realisiert hat, ist bei wertender Betrachtung der Risikosphäre des Nutzers zuzuordnen. Mindernd berücksichtigt werden muss, dass er bei Kenntnis der Rechtslage auf günstigere Alternativen ausgewichen wäre (Rau, Dreifache Schadensberechnung, S. 268 f.).

2. Diese Wertungen widersprechen aber dem Leitbild des Bereicherungsrechts, wenn das Immaterialgut von vornherein für unwirtschaftliche Zwecke genutzt wird, etwa wenn ein fremdes Foto auf einem privaten Social-Media-Account oder einem privaten Blog gepostet wird. Denn in diesem Fall hat der Eingreifende für die flüchtige Nutzung keine vermögenswerte Gewinnchance erhalten, sondern den Nutzungswert gleich wieder an die Allgemeinheit verschenkt. Das Bereicherungsrecht schützt den gutgläubig Freigiebigen. Deswegen besteht in der analogen Welt Einigkeit:

Wer eine rechtsgrundlos erlangte Sache verschenkt, ist entreichert (MünchKommBGB/Schwab, 6. Aufl. 2013, § 818 Rn. 148; Wendehorst, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 812 Rn. 46). Das ergibt sich bereits aus § 822 BGB.

Es gibt keinen Grund, von diesen Wertungen im Immaterialgüterrecht abzuweichen. Wer die Nutzungsmöglichkeit des Immaterialguts für unwirtschaftliche Zwecke einsetzt und damit »verschenkt«, sollte sich ebenfalls auf Entreicherung berufen können (Raue, Dreifache Schadensberechnung, S. 265 f.).

Etwas anderes gilt nur bei ersparten Aufwendungen, etwa weil der Blogger in jedem Fall ein professionelles Bild genutzt und dafür gezahlt hätte. Ebenfalls nicht auf Entreicherung berufen darf sich nach allgemeinen Grundsätzen der bösgläubige Nutzer, der weiß, dass er zur öffentlichen Zugänglichmachung nicht berechtigt ist.

IV. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte privat und ohne Gewinnerzielungsabsicht gehandelt. Er wollte durch das Anbieten der Musikdateien auf der Tauschbörse keine Einnahmen erzielen, sodass ihm auch keine Gewinnchance zugeflossen ist. Das Zugänglichmachen der Titel war die Voraussetzung dafür, diesen Titel selbst herunterladen zu können. Lediglich dieser deutlich geringere Tauschwert ist dem Vermögen des Nutzers dauerhaft zugeflossen. Der Tauschwert beschränkt sich aber auf den marktüblichen Preis für den kostenpflichtigen Download des Musiktitels.

Weil der Beklagte nach den Feststellungen zumindest schuldhaft gehandelt hat, war er zur Zahlung des darüber hinausgehenden Schadensersatzes für das öffentliche Zugänglichmachen verpflichtet.

Dort konnte ihn die unwirtschaftliche Nutzung nicht entlasten. Nach Ablauf der Verjährungsfrist muss aber auch der schuldhaft Handelnde nur das noch Vorhandene herausgeben, § 102 Satz 2 UrhG, § 852 BGB. In dem Fall darf er sich auf die unwirtschaftliche Nutzung und die dadurch eintretende Entreicherung berufen.

Aller Lebenserfahrung nach wusste der Beklagte, dass er durch die Nutzung der Musikaustauschbörse den anderen Nutzern die Songs rechtswidrig zugänglich gemacht hat. In dem Fall wäre das Urteil im Ergebnis richtig. Die Voraussetzungen der verschärften Haftung müssen aber vorgetragen und ggf. bewiesen werden. Wird der Entreicherungseinwand dagegen pauschal abgelehnt, dann wird eine Haftung, die für bösgläubig Handelnde angemessen ist, auch auf gutgläubig Handelnden ausgeweitet. Hoffentlich nutzt der BGH in naher Zukunft einen geeigneten Fall, um seine Rechtsprechung zu korrigieren. Immerhin hat er sich eine Hintertür offen gehalten, weil eine Entreicherung nur »im Regelfall« ausgeschlossen ist (BGH ZUM 2017, 62 Rn. 96). Wer im Internet gutgläubig und ohne Verschulden urheberrechtlich geschützte Gegenstände nutzt, ohne dass ihm ein wirtschaftlicher Gegenwert zufließt oder er eigene Aufwendungen erspart, sollte ein

solcher Ausnahmefall sein und der Nutzer sich auf Entreicherung berufen dürfen.

Der Verfasser ist Inhaber der Professur für Zivilrecht, insbesondere Recht der Informationsgesellschaft und des Geistigen Eigentums an der Universität Trier.