

Dokument	sic! 2013 S. 344
Urteilsdatum	29.08.2012
Gericht	Aargau, Handelsgericht
Publikation	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
Rechtsgebiete	Obligationenrecht (Allgemeiner Teil), Zivilprozessrecht, Urheberrecht
Seiten	344-350

sic! 2013 S. 344

"Nicolas Hayek" Handelsgericht Aargau vom 29. August 2012

Urheberrechtsschutz von Pressefotos und fehlender Nachweis des Schadens einer widerrechtlichen Werkverwendung

2. Urheberrecht

2.1 Allgemeines Urheberrecht

[ZPO 36](#). Die Urheberrechtsverletzung ist eine "unerlaubte Handlung" im Sinne des Zivilprozessrechts. Die geschädigte Partei hat die freie Wahl, an welchem der vier Gerichtsstände von [ZPO 36](#) sie die Klage einreichen will (E. 2.1).

[URG 2 II g](#). Eine Pressefotografie gilt als urheberrechtlich geschütztes Werk, wenn ein menschlicher Gestaltungswille durch die Wahl des Bildausschnitts und des Zeitpunkts des Auslösens der Bildaufnahme erkennbar ist, und dem Bild Individualität zukommt, z. B. aufgrund der Anordnung der einzelnen Bildkomponenten, des Rahmens, den sie im Verhältnis zueinander bilden, und der Verteilung von Licht und Schatten (E. 7.1).

[URG 62 II](#); [OR 42 II](#), [41 I](#). Für den Nachweis des zu ersetzenden Schadens bei einer Urheberrechtsverletzung genügt die pauschale Behauptung nicht, der Schaden bestehe darin, als Folge der unautorisierten Publikation einer Pressefotografie sei deren exklusive Vermarktung verunmöglicht worden. Vielmehr muss der Urheber im Hinblick auf eine richterliche Schadensschätzung Vergleiche mit andern Zweitpublikationen oder Belege darüber ins Recht legen, wie viel ein vernünftiger Vertragspartner für die Werkverwendung bezahlt hätte (Lizenzanalogie). Der zu ersetzende Schaden umfasst jedenfalls keinen pauschalen Betrag zur Abgeltung der Urheberrechtsverletzung (Verletzerzuschlag) (E. 7.2).

[URG 2 II g](#). Nutzt ein Fotograf für ein Pressefoto den an sich bestehenden Gestaltungsspielraum weder in fototechnischer noch in konzeptioneller Hinsicht aus, ist die Anordnung naheliegend und hebt sich die Fotografie nicht vom allgemein Üblichen ab, so liegt mangels Individualität kein urheberrechtlich geschütztes Werk vor. Unbeachtlich ist für den Urheberrechtsschutz die Entstehungsgeschichte des Werks (E. 8.1).

[URG 10 II a](#). Das Recht zur Erstpublikation eines urheberrechtlich geschützten Werks umfasst ohne entsprechende Vereinbarung nicht auch das Recht auf eine Folgepublikation. Daran ändert auch eine zwischen den Parteien in anderen Fällen jahrelang geübte Praxis oder Branchenüblichkeit nichts (E. 9-9.2.1).



URG 63. Eine Einziehung und Vernichtung der Zeitschrift, in der eine widerrechtlich verwendete Pressefotografie abgedruckt ist, wäre unverhältnismässig, da in der Interessenabwägung zwischen Urheberrecht des Fotografen und Eigentum des Verlags die mit der Einziehung und Vernichtung verbundenen Aufwendungen in der Gesamtbetrachtung als übermässig erscheinen (E. 9.3).

2. Droit d'auteur

2.1 Droit d'auteur en général

CPC 36. La violation de droits d'auteur est un "acte illicite" au sens du code de la procédure civile. La partie lésée peut choisir librement parmi les quatre fors énumérés à l'[art. 36 CPC](#) (consid. 2.1).

LDA 2 II g. Une photo de presse est une œuvre protégée par le droit d'auteur à condition qu'une certaine créativité de par le choix de l'extrait et du moment de la prise de la photo soit reconnaissable et que l'image présente un caractère individuel, p. ex. grâce à une association originale des différents éléments de l'image, de leur cadre et de la distribution de la lumière et de l'ombre (consid. 7.1).

LDA 62 II; CO 42 II, 41 I. Pour évaluer le dommage à réparer suite à une violation du droit d'auteur, l'affirmation générale selon laquelle le dommage consiste dans l'impossibilité pour l'auteur de vendre les droits exclusifs sur la photo de presse en raison de sa publication illicite, n'est pas suffisante. Afin que le juge puisse évaluer le dommage, l'auteur doit au contraire produire des comparaisons avec des publications secondaires ou des justificatifs qui permettent de déterminer le montant qu'un partenaire contractuel raisonnable aurait payé pour l'utilisation de l'œuvre (analogie avec la licence). Le dommage ne comprend clairement pas en un montant global qui réparerait la violation des droits d'auteur (supplément forfaitaire pour violation de droits d'auteur) (consid. 7.2).

LDA 2 II g. Lorsque pour la prise d'une photo de presse, un photographe ne fait preuve d'imagination ni d'un point de vue technique ni d'un point de vue conceptuel et que la présen-

sic! 2013 S. 344, 345

tation est ordinaire de sorte à ce que la photo ne se distingue pas de ce qui est habituel, la photo manque de caractère individuel et n'est pas une œuvre protégée par le droit d'auteur. La genèse de l'œuvre n'a pas d'importance pour déterminer si celle-ci est protégée par le droit d'auteur (consid. 8.1).

LDA 10 II a. Le droit à la première publication d'une œuvre protégée par le droit d'auteur n'englobe pas automatiquement le droit aux publications suivantes. Un usage différent pratiqué entre les parties durant de nombreuses années dans d'autres cas ou des usages de la profession n'y changent rien (consid. 9-9.2.1).

LDA 63. Il serait disproportionné de confisquer et de détruire une revue, dans laquelle une photo utilisée de manière illicite est représentée. En effet, la pesée des intérêts du photographe (droit d'auteur) d'une part et de l'éditeur (propriété) d'autre part, fait apparaître les charges liées à la confiscation et à la destruction comme exagérées (consid. 9.3).

1. Kammer; Abweisung der Klage; Akten-Nr. HOR.2011.22

In den Jahren 1995 und 1997 wurden zwei vom freischaffenden Fotografen X. für die XY gemachte Fotografien von Nicolas Hayek in deren wöchentlich erscheinender Publikumszeitschrift abgedruckt. Im Jahr 2010 X. lehnte die erneute Veröffentlichung der Fotografien in derselben Publikation anlässlich des Todes von Nicolas Hayek ab. Am 5. Juli 2010 erschien in dieser Publikation ein Bericht über Nicolas Hayek, illustriert mit den beiden Fotografien von X. Am 10. August 2010 überwies die XY dem Fotografen ein Honorar in Höhe von CHF 600.00 (zzgl. CHF 45.60 für MwSt.) für "2 Bilder Nicolas Hayek XY 27".



"Bild 2" (vgl. nachfolgend E. 8.1)

Das HGer AG wies die Klage von X. auf Schadenersatz sowie auf Einziehung und Vernichtung ab.

Aus den Erwägungen:

2.1 Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht ([Art. 404 Abs. 2 ZPO CH](#)). Soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht, ist für Klagen gegen eine juristische Person das Gericht an deren Sitz zuständig ([Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO CH](#)). Der Kläger macht eine Verletzung seiner Urheberrechte geltend. Die Verletzung von Immaterialgüterrechten gilt als unerlaubte Handlung i.S.v. [Art. 36 ZPO CH](#) (R. Hilty, Urheberrecht, Bern 2011, § 32 N 409). [Art. 36 ZPO CH](#) stellt der geschädigten Partei vier Gerichtsstände zur Verfügung: den Sitz oder Wohnsitz der beklagten Partei, den Handlungsort, den Erfolgsort oder den eigenen Sitz oder Wohnsitz. Die geschädigte Partei hat die freie Wahl, wo sie die Klage einreichen möchte (H. Hempel, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, [ZPO 36 N 18](#)). Vorliegend reichte der Kläger seine Klage am Sitz der Beklagten in Z. im Kanton Aargau ein. Folglich ist die örtliche Zuständigkeit der aargauischen Gerichte gestützt auf [Art. 36 ZPO CH](#) i.V.m. [Art. 404 Abs. 2 ZPO CH](#) gegeben.

[...]

7. Zur Geltendmachung von Schadenersatz legitimiert ist der Inhaber von Urheberrechten; passivlegitimiert sind natürliche und juristische Personen, welche die Urheberrechtsverletzung verursachen.

7.1 Als Erstes ist mit Blick auf Bild 1 zu prüfen, ob der Kläger Träger von Urheberrechten ist. Um dies zu bejahen, müsste es sich bei Bild 1 um ein Werk i.S.v. [Art. 2 URG](#) handeln.

7.1.1 Ein geschütztes Werk ist eine Schöpfung der Literatur oder Kunst mit einem individuellen Charakter (I. Cherpillod, in: B. Müller/R. Oertli (Hg.), Urheberrechtsgesetz ([URG](#)), Bern 2006, [URG 2 N 1](#)). Fotografische Werke sind in [Art. 2 Abs. 2 lit. g URG](#) aufgeführt. In [BGE 130 III 168](#) "Bob Marley" hielt das BGer fest, massgebend für das Zusprechen der Werkeigenschaft sei das erzielte Ergebnis, das für sich selbst der Anforderung gerecht werden muss, Ausdruck einer Gedankenäusserung mit individuellem Charakter zu sein (E. 5.1). Somit ist nicht jede banale Fotografie urheberrechtlich geschützt (R. von Büren/M. Meer, [SIWR II/1](#), 2. Aufl., 120; I. Cherpillod, [URG 2 N 58](#)).

Pressefotos kommt dann urheberrechtlicher Schutz zu, wenn das zu fotografierende Objekt nicht bloss abgelichtet, sondern in einmaliger Weise vom Fotografen gestaltet wird. In [BGE 130 III 714](#) "Christoph Meili" hat das BGer einer journalistischen Aufnahme von Wachmann Meili samt Folianten den urheberrechtlichen Werkcharakter abgesprochen. Der Schutz hänge davon ab, dass die Wahl des Objekts als Gestaltungselement dazu verwendet wird, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen, unabhängig davon, ob das abgebildete Objekt als historisch einmalig angesehen werden kann (E. 2.3). Das BGer kommt zum Schluss, die Fotografin habe den an sich bestehenden Gestaltungsspielraum beim Fotografieren von Meili weder in fototechnischer noch in konzeptioneller Hinsicht ausgenutzt, sondern die Fotografie so gestaltet, dass sie sich vom allgemein Üblichen nicht abhebt (E. 2.3).

7.1.2 Bild 1 ist eine Fotografie von Nicolas Hayek, der aus dem Fenster seiner Suite im 28. Stock des Hotels UN

sic! 2013 S. 344, 346

Plaza lehnt. Er macht mit dem Zeige- und Mittelfinger seiner rechten Hand das Victory-Zeichen; eine Geste, die im Hotelfenster gespiegelt wird. Im Hintergrund sind Gebäudekomplexe der Vereinten Nationen in New York zu sehen. Das UN-Hauptquartier ist in der Mitte des Bildes abgelichtet und wird rechts vom Ausschnitt des Hotels UN Plaza, aus dem Nicolas Hayek's Kopf und rechter Arm herauschaut, sowie links von einem UN-Hochhaus umrandet.



Bild 1 stellt ein Werk i.S.v. [Art. 2 Abs. 2 lit. g URG](#) dar. Die Anordnung der einzelnen Bildkomponenten und der Rahmen, den sie im Verhältnis zueinander bilden, ebenso wie die Verteilung von Licht und Schatten tragen zur individuellen Gestaltung der Fotografie bei. Die Schutzvoraussetzung des Wirkens eines menschlichen Gestaltungswillens ist erkennbar. Dieser manifestiert sich in der Wahl des Bildausschnitts und dem Zeitpunkt des Auslösens der Bildaufnahme, während Nicolas Hayek eine bestimmte Geste macht. Diese Geste – das Victory-Zeichen – wird in der Hotelfassade gespiegelt, was dem Bild einen besonderen optischen Effekt verleiht. Aus diesen Gründen ist die vom Kläger aufgenommene Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk – als geistige Schöpfung der Kunst mit individuellem Charakter i.S.v. [Art. 2 URG](#) – zu qualifizieren (vgl. [BGE 130 III 168 ff. E. 5.2](#)).

7.2 Die Haftungsvoraussetzungen nach [Art. 62 Abs. 2 URG](#) i.V.m. [Art. 41 Abs. 1 OR](#) sind Schaden, Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Schädigers, Kausalzusammenhang zwischen widerrechtlichem Verhalten und Schaden sowie ein Verschulden. Im Folgenden sind diese Voraussetzungen bezüglich Bild 1 zu prüfen.

7.2.1 Als Schaden gilt in diesem Zusammenhang die auf eine Urheberrechtsverletzung zurückzuführende Einbusse des Vermögens im Sinne einer Verminderung der Aktiven bzw. Vermehrung der Passiven oder eines entgangenen Gewinns (B. Müller, Urheberrechtsgesetz [[URG](#)], in: Müller/Oertli (Hg.), Bern 2006, [URG 62 N 9](#)).

7.2.2 [Ausführungen zu ZPO AG]

7.2.3 [Art. 42 Abs. 2 OR](#) enthält eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, die dem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtern soll. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist [Art. 42 Abs. 2 OR](#) nicht nur bei Unmöglichkeit des ziffernmässigen Nachweises der Schadenshöhe, sondern auch dann anwendbar, wenn sich nicht strikte beweisen lässt, dass überhaupt ein Schaden eingetreten ist. [Art. 42 Abs. 2 OR](#) sieht aber lediglich eine Beweiserleichterung vor und entbindet den Geschädigten nicht davon, alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen. Die vom Geschädigten vorgebrachten Umstände müssen geeignet sein, den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen und seine Grössenordnung fassbar werden zu lassen ([BGE 122 III 221 ff. E. 3a](#); Hilty, § 32 N 401).

7.2.4 Der Kläger behauptet zur Geltendmachung seines Schadens, die XY habe mit der Publikation der Bilder in der Ausgabe vom 5. Juli 2010 die Exklusivität seines Bildmaterials "zunichte gemacht und ein kleineres Vermögen umgehend vernichtet". In der Praxis lägen die Preise zwischen CHF 5000.00 und CHF 50 000.00. Durch die Veröffentlichung der Bilder unmittelbar nach dem Tod von Nicolas Hayek sei es ihm nicht mehr möglich gewesen, die Bilder einem Dritten anzubieten. Dadurch habe er einen erheblichen Schaden erlitten. Er gehe davon aus, dass er ohne Veröffentlichung der Bilder diese mehrmals an andere Zeitschriften oder Zeitungen hätte verkaufen können.

7.2.5 Damit die Haftungsvoraussetzung des Schadens erfüllt ist, hat der Kläger eine bei ihm eingetretene Vermögensverminderung zu beweisen. Macht er entgangenen Gewinn geltend, so hat er nachzuweisen, dass er in der Lage gewesen wäre, den entgangenen Gewinn zu erzielen. Nur soweit er zu belegen vermag, dass ihm als Folge der Handlung der Beklagten eine Nutzungsgebühr wahrscheinlich abhanden gekommen ist, handelt es sich um entgangenen Gewinn. [Art. 42 Abs. 2 OR](#) entbindet nicht davon, die Wahrscheinlichkeit des entgangenen Gewinns nachzuweisen ([BGE 132 III 379 ff. E. 3.4](#)).

In seinen Behauptungen zeigt der Kläger nicht auf, dass ihm wahrscheinlich ein Gewinn entgangen ist. Er führt nicht aus, welchen Medien er das Bild angeboten hätte und zu welchen Konditionen dies geschehen wäre. Auch konkretes Interesse durch Dritte an der Nutzung des Bildes 1 macht er nicht geltend. Vielmehr stellt er pauschal die Behauptung auf, es wäre ihm mehrfach möglich gewesen, das Bild 1 zu verkaufen. Dass tatsächlich Nutzungsgebühren in Aussicht gestanden hätten, legt er nicht dar. Zudem führt er eben gerade nicht aus, dass der entgangene Gewinn in der Nutzungsgebühr der Beklagten gelegen hätte.

Hinzu kommt, dass der Kläger nebst den Behauptungen den Beweis über die Wahrscheinlichkeit des entgangenen Gewinns schuldig bleibt. [...] Folglich fehlt es am Nachweis des entgangenen Gewinns.

7.2.6 Wenn man den Nachweis des entgangenen Gewinns genügen lassen würde, so führt der Kläger für die Schadensbemessung als "Gesamtkosten bis dato" einen Rechnungsbetrag in Höhe von CHF 23 000.00 auf. Dieser Betrag ergibt sich aus der Rechnung vom 1. August 2010, welche die Rechnung vom 12. Juli 2010 über CHF 15 250.00 ersetzt. Es handelt sich um folgende Posten: CHF 5000.00 (1 Bild Kategorie: Exklusiv: 1-A-plus/International Nicolas Hayek in New York)



und CHF 2500.00 (1 Bild Kategorie: Exklusiv: 1-B-plus/International Nicolas Hayek und Frauen-Familie in Antibes/Gruppenbild). Hinzu kommen CHF 15 000.00 für "nicht gewünschte, nicht autorisierte und nicht bewilligte Nutzung: Diebstahl des Copyrights" mit einem Zuschlag von 200%, "Bearbeitungsgebühr alt" (CHF 250.00) und "Bearbeitungsgebühr neu" (CHF 250.00).

Der vom Kläger in Rechnung gestellte Betrag von CHF 15 000.00 könnte ungeachtet eines Nachweises nicht zugesprochen werden: Das BGer lehnt den pauschalisierten Verletzerzuschlag im ausservertraglichen Bereich ab (so ausdrücklich für das Urheberrecht: [BGE 122 III 463](#)). Mit der Zusprechung eines Verletzerzuschlags würde ein pönales Element (im Sinne von "punitive damages") in das geltende Recht eingeführt, welches den allgemeinen Prinzipien der Schadens- und Ersatzbemessung im ausservertraglichen Haftpflichtrecht, auf welche [Art. 62 Abs. 2 URG](#) ausdrücklich verweist, widerspricht (E. 5c). Bezüglich Bild 1 verbliebe somit eine mögliche Schadenssumme von CHF 5000.00. Das vom Kläger Vorgebrachte ist jedoch nicht geeignet, die behauptete Grössenordnung von CHF 5000.00 hinreichend fassbar werden zu lassen. Der Kläger hätte alle ihm zugänglichen Tatsachen darlegen müssen, aus denen das Gericht den Schaden hätte abschätzen können. Hierzu gehörten Vergleiche mit andern Zweitpublikationen oder Belege darüber, wie viele Dritte bezahlt hätten. Es wäre ihm zumutbar gewesen, Richtgrössen hierfür beizubringen. Er hätte nach der Lizenzanalogie beispielsweise die Höhe der Vergütung behaupten und beweisen müssen, die von vernünftigen Vertragspartnern vereinbart worden wäre (vgl. zum Ganzen: [BGE 132 III 379 ff. E. 3.2](#)).

7.2.7 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass mangels Nachweis eines Schadens und seiner Grössenordnung dem Kläger kein Schadenersatz zugesprochen werden kann. Eine Prüfung der weiteren Schadenersatzvoraussetzungen (Widerrechtlichkeit, Kausalität, Verschulden) erübrigt sich.

[...]

8.1 Sodann ist mit Blick auf Bild 2 zu prüfen, ob der Kläger Träger von Urheberrechten ist. Um dies zu bejahen, müsste es sich bei Bild 2 um ein Werk i.S.v. [Art. 2 URG](#) handeln.

8.1.1 Auf Bild 2 ist Nicolas Hayek am Poolrand seiner südfranzösischen Villa sitzend zu sehen. Links von ihm sitzt seine Frau M., rechts seine Tochter N. Im Hintergrund ist die Villa mit zugehörigem Garten zu sehen.

Zwar ist die Fotografie durch die Belichtung und Ausrichtung insgesamt ansprechend; es fehlt aber am Ausdruck einer Gedankenäusserung mit individuellem Charakter. Der Kläger hat den an sich bestehenden Gestaltungsspielraum beim Fotografieren von Nicolas Hayek mit seinen Frauen weder in fototechnischer noch in konzeptioneller Hinsicht ausgenutzt. Die Anordnung ist naheliegend und die Fotografie hebt sich nicht vom allgemein Üblichen ab. Würde diesem Bild Werkcharakter zugestanden, müsste jedes gelungene Familienfoto unter den Werkbegriff fallen.

8.1.2 Der Kläger beruft sich auf den von ihm getriebenen Aufwand und seine "profunde und private Freundschaft mit Nicolas Hayek", die dieses Bild erst ermöglichen. Jedoch ist die Werkqualität hinsichtlich des Merkmals der Individualität unabhängig von der Entstehungsgeschichte, also auch unabhängig vom getätigten materiellen oder geistigen Aufwand zur Herstellung der Fotografie, zu beurteilen ([BGE 130 III 168 ff. E. 5.1; 130 III 714 ff. E. 2.2](#)). Allein die Tatsache, sich zur richtigen Zeit am richtigen Ort zu befinden, reicht nicht aus (Cherpillod, [URG 2 N 58](#)). Demnach ist die Vorgeschichte, wie es dem Kläger möglich war, das Bild 2 aufzunehmen, für die Beurteilung der Werkqualität unbeachtlich.

8.1.3 Aus alledem folgt, dass der individuelle Charakter und die Schöpfungshöhe von Bild 2 für die Zusprechung urheberrechtlichen Schutzes nicht genügen.

[...]

9. Der Kläger stellt in seiner Replik vom 18. August 2011 sodann folgendes Vernichtungsbegehren: "Die Beklagte sei zu verpflichten, innert einer gerichtlich festgesetzten Frist sämtliche noch existierende Werkexemplare der "XY" Nr. 27 vom 5. Juli 2010 zu vernichten."

Nach [Art. 62 Abs. 1 lit. b URG](#) kann, wer in seinem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzt oder gefährdet wird, vom Gericht verlangen, eine bestehende Verletzung zu beseitigen. Als besondere Form der Beseitigungsklage steht die Klage auf Einziehung und Vernichtung nach [Art. 63 URG](#) zur Verfügung.

9.1 Die Anordnung einer Einziehung und Vernichtung setzt einen entsprechenden Parteienantrag voraus (Müller, [URG 63 N 6](#)). Vorliegend hat der Kläger einen Antrag zur Vernichtung sämtlicher noch existierender Werkexemplare der XY Nr. 27 vom 5. Juli 2010 gestellt.

Anträge sind nach Treu und Glauben auszulegen, d. h. der Richter darf nicht beim reinen Wortlaut stehen bleiben. Massgebend ist der durch Auslegung zu ermittelnde objektive Sinn, wobei darauf abzustellen ist, welche Bedeutung den Rechtsbegehren im Gesamtzusammenhang, insbesondere anhand der Klagebegründung zukommt (A. Bühler, in: A. Bühler/A. Edelmann/A. Killer (Hg.), Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau 1998, ZPO/AG 75 N 24). Da das Gesetz bereits die



Einziehung der zu vernichtenden Gegenstände erfasst, ist das klägerische Rechtsbegehren nach Treu und Glauben dahingehend zu verstehen, dass mit dem Antrag auf Vernichtung auch die Einziehung verlangt wird. So verstanden, kann auf den Antrag eingetreten werden.

sic! 2013 S. 344, 348

9.2

9.2.1 [Art. 63 URG](#) ermächtigt das Gericht zwecks Beseitigung einer bestehenden Urheberrechtsverletzung, widerrechtlich hergestellte Gegenstände einzuziehen. Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe das klägerische Recht verletzt, zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk verwendet werde. Dies, obwohl der Kläger der Beklagten deutlich zu verstehen gegeben habe, dass er eine Veröffentlichung seiner Bilder in der XY ablehne. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob eine zu beseitigende Urheberrechtsverletzung durch die Beklagte erfolgt ist.

9.2.1.1 Aus dem Urheberrecht fliesst nicht nur das Recht auf Veröffentlichung gemäss [Art. 9 URG](#), sondern insbesondere auch das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird ([Art. 10 Abs. 1 URG](#)). In [Art. 10 Abs. 2 URG](#) finden sich dem Rechteinhaber als Ausschliesslichkeitsrechte vorbehaltene Verwendungsarten des Werks, u.a. das Vervielfältigungs- und das Verbreitungsrecht ([Art. 10 Abs. 2 lit. a und b URG](#)).

9.2.1.1.1 [Art. 10 Abs. 2 lit. a URG](#) umfasst jede Nutzungshandlung, bei welcher eine Vorlage dazu verwendet wird, um eine weitere, von dieser Vorlage unabhängige Wahrnehmung des Werks zu erlauben (Hilty, § 13 N 156; D. Barrelet/W. Egloff, Das neue Urheberrecht, Bern 2008, [URG 10](#) N 12). Dabei ist nicht erforderlich, dass die Vorlage ein Original darstellt; auch das Resultat einer vorgängigen – gegebenenfalls auch unautorisierten – Vervielfältigung kann als Vorlage dienen, die nachfolgend nicht ohne Einwilligung des Rechteinhabers für weitere Vervielfältigungen verwendet werden darf (Hilty, § 13 N 156).

9.2.1.1.2 Das Verbotsrecht des Rechteinhabers umfasst nebst der unautorisierten Vervielfältigung auch die Verbreitung solchermassen hergestellter Exemplare durch Handel ([Art. 10 Abs. 2 lit. b URG](#)). Nicht nur der Übereignungsakt an sich bzw. das Anbieten von Vervielfältigungsexemplaren als Vorbereitungshandlung zu jenem, sondern auch deren Einfuhr in die bzw. Ausfuhr aus der Schweiz fallen unter den Verbreitungsbegriff (Hilty, § 13 N 159). Den Verbreitungsformen gemeinsam ist, dass sie an einen physisch vorhandenen Träger anknüpfen (Leinwand, Papier, Datenträger, etc.), wodurch dem Empfänger bei Besitzerwechsel dieses Trägers ermöglicht wird, den Zeitpunkt und den Ort seines Werkgenusses individuell zu bestimmen (Hilty, § 13 N 159 m.w.H.).

9.2.1.2 Das Urheberrechtsgesetz schränkt die ausschliesslichen Verwertungsrechte des Urhebers in gewissen Aspekten ein (Barrelet/Egloff, [URG 19](#) N 2 ff.). Einige Verwendungsarten von urheberrechtlich geschützten Werken sind demnach ohne Zustimmung des Rechteinhabers erlaubt. Genannt sei in diesem Zusammenhang die Nutzung zum Eigengebrauch ([Art. 19 und 20 URG](#)), das Anfertigen von Archivierungsexemplaren ([Art. 24 Abs. 1 URG](#)) oder das Zitierrecht ([Art. 25 URG](#)).

Vorliegend ist keine Schrankenbestimmung anwendbar. So fällt die Anfertigung eines Archivierungsexemplars nach [Art. 24 URG](#) ausser Betracht: Die Herstellung eines solchen ist nur zwecks Erhaltung eines Werks erlaubt (Hilty, § 19 N 244). Ein Exemplar muss in einem der Allgemeinheit nicht zugänglichen Archiv aufbewahrt und als Archivexemplar gekennzeichnet werden ([Art. 24 Abs. 1 URG](#)).

9.2.1.3 Der Urheber kann die Rechte an seinem Werk vollständig oder teilweise einem Dritten mittels Vertrags abtreten oder eine Lizenz einräumen (von Büren/Meer, 240 f.). Werden die Urheberrechte abgetreten, hat der Erwerber das Recht, diese fortan zu verwerten; erfolgt eine Rechtseinräumung (Lizenz), steht dem Berechtigten einzig deren Nutzung zu. Die Übertragung von Urheberrechten hat dingliche Wirkung gegenüber allen, während die Lizenz bloss schuldrechtlicher Natur ist (J. de Werra, in: B. Müller/R. Oertli (Hg.), Urheberrechtsgesetz, Bern 2006, [URG 16](#) N 7).

9.2.1.3.1 Grundsätzlich untersteht die Übertragung des Urheberrechts (d. h. der Vermögensrechte) keinem Formzwang (de Werra, [URG 16](#) N 33). Sie kann auch stillschweigend erfolgen. Uneinigkeiten über den Bestand, die Natur und den Umfang von Rechtseinräumungen müssen daher mittels Auslegung der Parteiwillen im Einzelfall aufgelöst werden (de Werra, [URG 16](#) N 36; Barrelet/Egloff, [URG 16](#) N 4). Dabei sind die in [Art. 16 Abs. 2 und 3 URG](#) statuierten Auslegungsregeln sowie die Zweckübertragungstheorie zu beachten. Nach Letzterer wird im Zweifelsfall der Umfang einer Urheberrechtsübertragung nach dem Zweck des zugrunde liegenden Übertragungsvertrags bestimmt (de Werra, [URG 16](#) N 36).

9.2.1.3.2 Vorliegend wird die vertragliche Grundlage für die Übertragung von Urheberrechten von den Parteien nicht schlüssig dargetan. Der Kläger führt aus, er habe der Beklagten das jeweilige Nutzungsrecht für die einmalige Verwendung der Fotografien in der XY abgetreten. Allfällige Vertragsbestimmungen oder die Anwendbarkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen legt er nicht näher dar. Er macht geltend, dass er keine weiteren Nutzungsrechte an die Beklagte abgetreten habe. Die Beklagte ihrerseits führt aus, die



erneute Verwendung von Bildern habe der jahrelang geübten Praxis zwischen den Parteien entsprochen und sei branchenüblich. Sie sei berechtigt gewesen, die Bilder, welche in ihrem Auftrag entstanden seien, nochmals abzudrucken.

[Ausführungen zum Beweisverfahren]

sic! 2013 S. 344, 349

Folglich gehen beide Parteien davon aus, dass die Erstpublikation der Bilder in den XY-Ausgaben 10/1995 und 28/1997 rechtmässig erfolgte. Dass bei dieser ursprünglichen Übertragung der Nutzungsrechte vereinbart wurde, die Beklagte dürfe die Bilder erneut publizieren, lässt sich nicht erstellen. Gemäss [Art. 16 Abs. 2 URG](#) schliesst die Übertragung eines im Urheberrecht enthaltenen Rechts die Übertragung anderer Teilrechte nur mit ein, wenn dies vereinbart ist. Die in [Art. 16 Abs. 2 URG](#) aufgestellte Vermutung gilt unter Vorbehalt einer gegenteiligen Vereinbarung, welche vorliegend von der Beklagten nachzuweisen wäre. Diesen Nachweis erbringt sie jedoch nicht. Von einer gültigen und dauerhaften Übertragung der Urheberrechte auf die Beklagte ist mangels Nachweises seitens der Beklagten nicht auszugehen. In der erstmaligen Veröffentlichung der Bilder in den Ausgaben 10/1995 und 28/1997 ist keine Zustimmung des Klägers zum Wiederabdruck in der Ausgabe 27/2010 zu erblicken. Das Recht zur Erstpublikation umfasst nicht das Recht auf eine Folgepublikation.

9.2.1.4 Nach Ansicht der Beklagten wurden allfällige Ansprüche des Klägers mit einem (Archiv-)Bildhonorar abgegolten. Dabei sei der Kläger usanzgemäss nicht vorher angefragt, sondern nachträglich entschädigt worden.

Es trifft zu, dass die Beklagte eine Usanz für die nachträgliche Entschädigung mit Archivbildhonoraren aufzeigen kann. Auch aus den AB 1–35 geht für gewisse Positionen durch den Zusatz "Archiv" hervor, dass die Beklagte den Kläger zwischen 2002 und 2007 für Archivbilder (erneuter Abdruck bereits zuvor publizierter Bilder) entschädigt hat. Vorliegend wurde jedoch anders verfahren. Der Kläger wurde vor der erneuten Publikation kontaktiert, um das Foto zu erwerben. Die Beklagte bat ihn, ein Dia von Bild 1 weiterzugeben, und erklärte, für die Recherche "ein anständiges Angebot" zu machen. Obwohl der Kläger die Zusammenarbeit klar ablehnte und die Wiederbelebung der Geschäftsbeziehung verweigerte, druckte die Beklagte die fraglichen Fotos in der XY-Ausgabe 27/2010 dennoch ab. Eine Zustimmung des Klägers zum erneuten Abdruck der Bilder lässt sich deshalb nicht erstellen. Die nachträgliche Ausrichtung eines Archivbildhonorars ändert an diesem Umstand nichts, da die Beklagte aufgrund der klägerischen Äusserungen davon ausgehen musste, dass der Kläger einer erneuten Publikation nicht zustimmt.

9.2.1.5 Indem die Beklagte ohne Zustimmung des Klägers das Bild 1 publiziert hat, hat sie das ausschliessliche Verwendungsrecht des Klägers als Urheber des Werks verletzt. Insbesondere hat sie gegen das Recht des Klägers als Urheber auf Reproduktion der Fotografie gemäss [Art. 10 Abs. 2 lit. a URG](#) verstossen. Eine Urheberrechtsverletzung ist zu bejahen.

9.2.2 Die Einziehung nach [Art. 63 URG](#) setzt die Berechtigung des Klägers voraus, das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis geltend zu machen (Müller, Vorbemerkungen zu [URG 61–66](#) N 47). Die Passivlegitimation eines Antrags auf Einziehung wird durch die Prozessbeteiligten bestimmt und damit auch eingeschränkt (Müller, [URG 63](#) N 8).

Der Kläger ist als Urheberrechtsträger im Zusammenhang mit Bild 1 berechtigt, einen Einziehungsantrag zu stellen. Die Beklagte ist als Eigentümerin und/oder selbständige oder unselbständige Besitzerin der einzuziehenden Gegenstände passivlegitimiert. Eine Ausdehnung auf am Verfahren nicht beteiligte Drittpersonen ist mittels Antrag auf Herausgabe nicht möglich (Müller, [URG 63](#) N 9). Ist ein am Verfahren unbeteiligter Dritter Eigentümer oder Besitzer der rechtsverletzenden Gegenstände, kann dieser nur mittels Streitverkündung einbezogen und damit die Möglichkeit eröffnet werden, die Gegenstände von diesem Dritten zur Einziehung zu erlangen (Müller, [URG 63](#) N 9). Dies hat im Namen der Beklagten im Beseitigungsprozess zu erfolgen. Der Verletzte selbst kann nur eine zusätzliche Verletzungsklage gegen den Eigentümer oder Besitzer der Streitsache anheben.

Der Einziehungsantrag kann sich somit nur auf diejenigen Gegenstände erstrecken, die im Eigentum oder Besitz der Beklagten sind. Eine Verletzungsklage gegenüber weiteren Eigentümern oder Besitzern der streitigen XY-Ausgabe wurde nicht erhoben.

9.2.3 Der Einziehungsanspruch setzt grundsätzlich kein Verschulden des Verletzers bzw. Eigentümers oder Besitzers der Verletzerware voraus (Müller, [URG 63](#) N 10).

9.3

9.3.1 Wie aus dem Gesetzestext hervorgeht, bildet die Einziehung keine selbständige Massnahme, sondern es handelt sich lediglich um eine gerichtliche Vollstreckungshandlung zur Vorbereitung der Vernichtung (Müller, [URG 63](#) N 12). Das Gericht ist bezüglich der Verwendung der eingezogenen Gegenstände an den



Antrag des Rechteinhabers gebunden. Eine Einziehung soll nur angeordnet werden, wenn im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips der Beseitigungsanspruch nicht auf andere Weise durchgesetzt werden kann (Müller, [URG 63](#) N 14). Die Einziehung darf nicht weiter gehen als zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands nötig.

9.3.2 Vorliegend ist der Verhältnismässigkeit besondere Beachtung zu schenken. Der Kläger verlangt die Vernichtung sämtlicher noch existierender Werkexemplare der "XY" Nr. 27 vom 5. Juli 2010. Dabei handelt es sich um eine Zeitschrift, welche nicht nur den Abdruck des die Urheberrechte des Klägers verletzenden Bildes 1 enthält, sondern weitere Artikel und Bilder. Eine Einziehung und Vernichtung der ganzen Zeitschrift wäre unverhältnismässig, da das halbseitige Bild 1 im

sic! 2013 S. 344, 350

Vergleich mit den übrigen Artikeln und Bildern, welche mutmasslich rechtmässig erstellt wurden, lediglich einen kleinen Teil der Zeitschrift darstellt. Dies rechtfertigt keinen Eingriff in das – mit Ausnahme von Bild 1 – an sich rechtmässige Eigentum der Beklagten (gleicher Ansicht: KGer SG, [sic! 2000, 188](#)). Die Interessenabwägung zwischen den Rechtsgütern Urheberrecht und Eigentum führt unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit zu einem für den Kläger negativen Resultat, zumal ihm die Klage auf ein Verbot der Verwendung oder Verbreitung offengestanden wäre (vgl. dazu auch: BGer, [sic! 2009, 345](#)). Denkbar wäre allenfalls die Entfernung des Bildes 1 aus der betreffenden Zeitschrift oder dessen Unkenntlichmachung als mildere Form. Doch auch die damit verbundenen Aufwendungen erscheinen in der Gesamtbetrachtung als übermässig. Selbst der Kläger teilt diese Ansicht, indem er an der Hauptverhandlung ausführte, dass dieser Aufwand unnütz sei. Demnach ist auf die Einziehung und Vernichtung der streitgegenständlichen Zeitschrift zu verzichten.

Schliesslich ist zu beachten, dass es sich bei [Art. 63 URG](#) um eine Kann-Vorschrift handelt, die dem Richter selbst bei Vorliegen der darin erwähnten Voraussetzung ein gewisses Ermessen lässt. Da eine weitere Urheberrechtsverletzung zwar möglich, aber durch die bereits erstellten Werkexemplare der XY vom 5. Juli 2010 nicht wahrscheinlich ist, ist auch aus diesen Gründen auf die Einziehung und Vernichtung derselben zu verzichten (vgl. zum alten Recht: [BGE 96 II 409 ff. E. II](#)).

Mm

Hinweis:

Die sic! publiziert nur die Fotografie "Bild 2", welcher urheberrechtliche Werkqualität abgesprochen wurde. Die Fotografie "Bild 1" kann leider nicht publiziert werden, weil der Fotograf auf unsere wiederholten Anfragen nicht reagiert hat.

sic!-Redaktion