



Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, und Nicole Klausner, die Handelsrichter Dr. Michael Ritscher, Prof. Dr. Mischa Senn und Stefan Vogler sowie die Gerichtsschreiberin Dr. Corina Bötschi

## Urteil vom 30. Januar 2024

in Sachen

**Stiftung A.**\_\_\_\_\_,  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_

gegen

1. **B.**\_\_\_\_\_ GmbH,
2. **C.**\_\_\_\_\_ GmbH,  
Deutschland,

Beklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1.\_\_\_\_\_

2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **URG etc.**

## Inhaltsverzeichnis

Ergänztetes Rechtsbegehren .....	5
Sachverhalt und Verfahren .....	7
<b>A. Sachverhaltsübersicht</b> .....	7
<b>a. Parteien und ihre Stellung</b> .....	7
<b>b. Prozessgegenstand</b> .....	7
<b>B. Prozessverlauf</b> .....	8
<b>a. Vorsorgliche Massnahmeverfahren (HE190419-O; HE200435-O)</b> .....	8
<b>b. Hauptsachenprozess</b> .....	9
Erwägungen .....	10
<b>1. Formelles</b> .....	10
<b>1.1. Zuständigkeit</b> .....	10
<b>1.2. Klageänderung</b> .....	11
<b>1.3. Bevollmächtigung/Rechtsvertretung der Klägerin</b> .....	11
<b>1.4. Partei- und Prozessfähigkeit</b> .....	12
<b>1.5. Einfache passive Streitgenossenschaft</b> .....	13
<b>1.6. Rechtsschutzinteresse</b> .....	14
1.6.1. Rechtliches .....	14
1.6.2. Qualifikation der Rechtsbegehren .....	15
1.6.3. Würdigung: Allgemein .....	16
1.6.4. Würdigung: Betreffend Klage gegen die Beklagte 1 im Besonderen ..	17
<b>1.7. Übrige Prozessvoraussetzungen</b> .....	17
<b>1.8. Prosequierungsfrist</b> .....	17
<b>2. Verhandlungsgrundsatz</b> .....	18
<b>2.1. Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast</b> .....	18
<b>2.2. Stellungnahmen nach Aktenschluss</b> .....	20
<b>3. Anwendbares Recht</b> .....	22
<b>4. Übersicht</b> .....	23
<b>4.1. Unbestrittener Sachverhalt</b> .....	23
<b>4.2. Hauptstandpunkte der Parteien</b> .....	23
<b>4.3. Zwischenfazit</b> .....	26
<b>5. Urheberrecht</b> .....	26
<b>5.1. Geschützte Werke</b> .....	26
5.1.1. Allgemein .....	26
5.1.2. Werkbegriff in der analogen Fotografie im Besonderen .....	26
<b>5.2. Urheber und Schutzdauer</b> .....	30
<b>5.3. Rechtsschutz / Anspruchsgrundlagen</b> .....	31
<b>5.4. Rechteinhaberschaft und Aktivlegitimation</b> .....	31
<b>5.5. Passivlegitimation der Beklagten 1 und 2</b> .....	34
5.5.1. Rechtsbegehren 1 und 3 .....	34
5.5.2. Rechtsbegehren 2 .....	35
<b>5.6. Urheberrechtsverletzungen</b> .....	43
5.6.1. Struktur .....	43
5.6.2. Prüfung von Verletzungen nach Art. 9 und 10 URG .....	45
5.6.2.1. Parteistandpunkte .....	45
5.6.2.2. Rechtliches .....	47
5.6.2.3. Würdigung .....	52

5.6.2.4. Zwischenfazit .....	56
5.6.3. Prüfung der Erschöpfung der Rechte nach Art. 10 Abs. 2 lit. b URG ..	57
5.6.3.1. Parteistandpunkte .....	57
5.6.3.2. Rechtliches .....	61
5.6.3.3. Würdigung .....	62
5.6.3.4. Zwischenfazit .....	68
5.6.4. Prüfung von Verletzungen nach Art. 11 URG .....	68
5.6.4.1. Parteistandpunkte .....	68
5.6.4.2. Rechtliches .....	70
5.6.4.3. Würdigung .....	71
5.6.4.3.1. Allgemein .....	71
5.6.4.3.2. Zuschneiden .....	72
5.6.4.3.3. Gefälschte/unechte "Signaturen" .....	75
5.6.4.4. Zwischenfazit .....	78
5.6.5. Sachenrecht und guter Glaube .....	78
5.6.6. Zwischenfazit .....	79
<b>5.7. Einzelne Ansprüche/Rechtsbegehren .....</b>	<b>80</b>
5.7.1. Rechtsbegehren 1 (Unterlassung und Beseitigung) .....	80
5.7.1.1. Parteistandpunkte .....	80
5.7.1.2. Rechtliches .....	81
5.7.1.3. Würdigung .....	82
5.7.2. Rechts- und Eventualbegehren 2.a)-b) (Herausgabe/Einziehung) .....	86
5.7.3. Rechtsbegehren 3 (Auskunft) .....	89
5.7.4. Zwischenfazit .....	92
<b>5.8. Einwendungen und Einreden .....</b>	<b>93</b>
5.8.1. Zuwarten/Untätigkeit: Verzicht .....	93
5.8.1.1. Parteistandpunkte .....	93
5.8.1.2. Rechtliches .....	94
5.8.1.3. Würdigung .....	95
5.8.2. Zuwarten/Untätigkeit: Verwirkung .....	97
5.8.2.1. Parteistandpunkte .....	97
5.8.2.2. Rechtliches .....	98
5.8.2.3. Würdigung .....	101
5.8.3. Information über Ausstellung: Rechtsmissbräuchliches Verhalten? ...	102
5.8.4. Verjährungseinrede .....	104
<b>5.9. Fazit und Rechtsfolgen .....</b>	<b>104</b>
<b>6. UWG .....</b>	<b>105</b>
<b>6.1. Mögliche Ansprüche/zu prüfende Rechtsbegehren .....</b>	<b>105</b>
<b>6.2. Aktivlegitimation .....</b>	<b>106</b>
<b>6.3. Passivlegitimation .....</b>	<b>107</b>
<b>6.4. Verletzung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb: Rechtliches .....</b>	<b>107</b>
6.4.1. Art. 2 UWG und Spezialtatbestände .....	107
6.4.2. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG .....	108
<b>6.5. Verletzung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb: Konkrete Prüfung .....</b>	<b>110</b>
6.5.1. Parteistandpunkte .....	110
6.5.2. Würdigung .....	110

6.5.3. Fazit.....	112
<b>7. Vollstreckung: Rechtsbegehren 4 .....</b>	<b>112</b>
7.1. Parteistandpunkte .....	112
7.2. Rechtliches .....	112
7.3. Würdigung .....	114
<b>8. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen .....</b>	<b>115</b>
<b>9. Kosten- und Entschädigungsfolgen .....</b>	<b>116</b>
9.1. Streitwert.....	116
9.2. Kostentragung.....	119
9.3. Gerichtskosten .....	119
<b>9.4. Parteientschädigungen.....</b>	<b>121</b>
9.4.1. Allgemein.....	121
9.4.2. Hauptsachenprozess.....	121
9.4.3. Massnahmeverfahren.....	121

**Ergänzttes Rechtsbegehren**

(act. 46 S. 2 ff.)

"1. Es sei den Beklagten zu verbieten, die nachfolgend abgebildeten Fotoabzüge in die Schweiz einzuführen, von der Schweiz auszuführen, in der Schweiz auszustellen, anzubieten, zu verkaufen, anderweitig in Verkehr zu bringen oder zu diesem Zweck zu lagern oder bei einer dieser Handlungen mitzuwirken:

- ... [Abbildung von Foto 1]
- ... [Abbildung von Foto 2]
- ... [Abbildung von Foto 3]
- ... [Abbildung von Foto 4]
- ... [Abbildung von Foto 5]
- ... [Abbildung von Foto 6]
- ... [Abbildung von Foto 7]
- ... [Abbildung von Foto 8]
- ... [Abbildung von Foto 9]
- ... [Abbildung von Foto 10]
- ... [Abbildung von Foto 11]
- ... [Abbildung von Foto 12]
- ... [Abbildung von Foto 13]
- ... [Abbildung von Foto 14]
- ... [Abbildung von Foto 15]
- ... [Abbildung von Foto 16]
- ... [Abbildung von Foto 17]
- ... [Abbildung von Foto 18]
- ... [Abbildung von Foto 19]
- ... [Abbildung von Foto 20]
- ... [Abbildung von Foto 21]
- ... [Abbildung von Foto 22]
- ... [Abbildung von Foto 23]

2.a) Es seien die Beklagten zu verpflichten, der Klägerin die unter Rechtsbegehren 1 abgebildeten Fotoabzüge herauszugeben und sorgfältig verpackt durch ein auf Kunsttransport spezialisiertes Unternehmen an ihr Domizil (Stiftung A.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], D.\_\_\_\_\_[europäischer Staat]) zukommen zu lassen;

- b) Eventualiter: Es seien die unter Rechtsbegehren 1 abgebildeten Fotoabzüge einzuziehen und zu vernichten;
- 3. Es seien die Beklagten zu verpflichten, dem Gericht zuhanden der Klägerin Auskunft zu erteilen über die Namen und Adressen aller Lieferanten und gewerblichen Abnehmer der unter Rechtsbegehren 1 abgebildeten Fotoabzüge;
- 4. Die Anordnungen gemäss Rechtsbegehren 1 - 3 seien mit der Androhung der Überweisung der Organe der Beklagten an den Strafrichter zur Bestrafung mit Busse nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie einer Ordnungsbusse von CHF 1000 für jeden Tag der Nichterfüllung nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, mindestens aber CHF 5000 nach Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, zu verbinden;
- 5.a) Es seien die Beklagten für den Fall, dass sie der gerichtlichen Anordnung im Sinne von Rechtsbegehren 2 a) nicht nachkommen oder dass die unter Rechtsbegehren 1 abgebildeten Fotoabzüge nicht im Sinne von Rechtsbegehren 2 b) eingezogen und vernichtet werden können, nach Art. 345 Abs. 1 lit. b und 345 Abs. 2 ZPO zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 302'000 zu bezahlen;
- b) Eventualiter: Es seien die Beklagten für den Fall, dass sie der gerichtlichen Anordnung im Sinne von Rechtsbegehren 2 a) nicht nachkommen oder dass die unter Rechtsbegehren 1 abgebildeten Fotoabzüge nicht im Sinne von Rechtsbegehren 2 b) eingezogen und vernichtet werden können, nach Art. 345 Abs. 1 lit. b und 345 Abs. 2 ZPO zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag in gerichtlich festzusetzender Höhe zu bezahlen;
- 6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

## **Sachverhalt und Verfahren**

### **A. Sachverhaltsübersicht**

#### **a. Parteien und ihre Stellung**

Die Klägerin ist eine gemeinnützige Stiftung nach ... Recht [des Staates D.\_\_\_\_\_] mit Sitz in E.\_\_\_\_\_. Sie ist mit der Bewahrung des künstlerischen Lebenswerkes von A.\_\_\_\_\_ betraut (act. 1 Rz. 3; vgl. act. 10 Rz. 90, act. 55 Rz. 3 f.; act. 3/1-3). A.\_\_\_\_\_ wurde für seine künstlerische Schwarzweissfotografie bekannt (act. 1 Rz. 6; vgl. act. 10 Rz. 90). Er lebte zuletzt in D.\_\_\_\_\_, wo er am tt.mm.2004 verstarb (act. 1 Rz. 4; vgl. act. 10 Rz. 90, act. 46 Rz. 4; vgl. act. 57 Rz. 65).

Die Beklagte 1 ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Schweizer Recht mit Sitz in F.\_\_\_\_\_. Sie bezweckt den Betrieb einer Agentur für Kunst- und Designhandel sowie die Durchführung von Kunstausstellungen und anderen sozialen Events (vgl. act. 1 Rz. 8; act. 13 Rz. Zu 8).

Die Beklagte 2 ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht mit Sitz in G.\_\_\_\_\_ (D). Sie bezweckt die Vermittlung, Vertretung, Beratung, Investition sowie den An- und Verkauf von – vorwiegend – zeitgenössischer Kunst und Kunstinvestments, und zwar national und international, die Entwicklung, Realisierung und Betreuung von Investment-, Sponsoring-, Event-, Ausstellungs- und Marketingkonzepten sowie die Beratung in all diesen Bereichen (act. 1 Rz. 12; vgl. act. 10 Rz. 96; act. 3/15).

#### **b. Prozessgegenstand**

Die Klägerin behauptet, die Beklagte 1 habe die in Rechtsbegehren 1 abgebildeten Fotoabzüge vom 29. August bis 1. November 2019 in ihren Geschäftsräumlichkeiten an der H.\_\_\_\_\_-Gasse ... in I.\_\_\_\_\_ ausgestellt sowie diese (mindestens bis zur Klageeinreichung) zum Kauf angeboten (act. 1 Rz. 9 ff., 41; act. 46 Rz. 101). Die Fotoabzüge könnten auf der Website der Beklagten 1 zudem einzeln betrachtet und heruntergeladen werden (act. 1 Rz. 10). Sie seien der Beklagten 1 von der Beklagten 2, der Verwalterin der Fotoabzüge, – welche sie gekauft,

in die Schweiz eingeführt und weiterverkauft habe – geliefert worden; Letztere habe die Vornahme des Verkaufsangebots der Beklagten 1 geduldet (act. 1 Rz. 15, 19, 85; act. 46 Rz. 40 f., 44). Weiter bringt die Klägerin vor, die Beklagten hätten zugeschnittene Fotoabzüge mit gefälschten sog. "Signaturen" von A. \_\_\_\_\_ verwendet; die Fotoabzüge würden von den originalen Fotonegativen abweichen (act. 1 Rz. 86, 59, 70 f.; act. 46 Rz. 36, 37, 45, 50). Basierend auf mitunter diesen Behauptungen macht die Klägerin Verletzungen von Urheberrechten sowie des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) seitens der beiden Beklagten geltend und stellt gestützt darauf Unterlassungs-, Beseitigungs-, Auskunfts- und Vollstreckungsbegehren. Beide Beklagten beantragen die Abweisung der Klage aus mehreren Gründen (act. 13; act. 55; act. 10; act. 57).

## **B. Prozessverlauf**

### **a. Vorsorgliche Massnahmeverfahren (HE190419-O; HE200435-O)**

Die Klägerin stellte mit Eingabe vom 11. Oktober 2019 (Datum Poststempel) ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gegen die Beklagte 1 samt Antrag auf deren superprovisorische Anordnung. Mit Verfügung vom 16. Oktober 2019 wurden die beantragten Massnahmen teilweise superprovisorisch angeordnet (act. 4 in HE190419-O). Mit Urteil vom 5. November 2020 wurde die Beklagte 1 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe mit Busse bis zu CHF 10'000.– im Widerhandlungsfall gemäss Art. 292 StGB verpflichtet, die im vorstehenden Rechtsbegehren 1 abgebildeten Fotoabzüge bis auf weiteres bei sich an der H. \_\_\_\_\_-Gasse ... in I. \_\_\_\_\_ aufzubewahren oder auf eigene Kosten im Zürcher Freilager J. \_\_\_\_\_, ... [Adresse], aufbewahren zu lassen, und ihr, wiederum unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe mit Busse bis zu CHF 10'000.– im Widerhandlungsfall gemäss Art. 292 StGB, verboten, diese Fotografien ohne Zustimmung der Gesuchstellerin an Drittpersonen herauszugeben. Im Übrigen wurde das Massnahmebegehren abgewiesen. Sodann wurde der Klägerin eine Prosequierungsfrist bis 25. Januar 2021 angesetzt (act. 45 in HE190419-O).



Weiter stellte die Klägerin mit Eingabe vom 17. November 2020 (Datum Poststempel) ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gegen die Beklagte 2 samt Antrag auf superprovisorische Anordnung. Mit Verfügung vom 23. November 2020 wurden die beantragten Massnahmen teilweise superprovisorisch angeordnet (act. 6 in HE200435-O). Mit Urteil vom 8. Februar 2021 wurde die Beklagten 2 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe mit Busse bis zu CHF 10'000.– im Widerhandlungsfall gemäss Art. 292 StGB verpflichtet, die im vorstehenden Rechtsbegehren 1 abgebildeten Fotografien bis auf weiteres im Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], aufzubewahren, und ihr verboten, die Fotografien ohne Zustimmung der Klägerin an Drittpersonen herauszugeben, Dritten ihren Lagerort mitzuteilen sowie Dritten direkt oder indirekt zu ermöglichen, in deren Besitz zu gelangen. Im Übrigen wurde das Massnahmebegehren abgewiesen (act. 11 in HE200435-O).

#### **b. Hauptsachenprozess**

Am 22. Januar 2021 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die vorliegende Klage mit oben wiedergegebenem Rechtsbegehren ohne Ziff. 5 hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 29. Januar 2021 wurde den Parteien der Eingang der Klage bestätigt, den Beklagten die Klagedoppel zugestellt und der Klägerin Frist angesetzt, um einen Gerichtskostenvorschuss von CHF 17'000.– zu leisten (act. 5). Nach dessen fristgerechtem Eingang (act. 7) erstatteten die Beklagten innert mit Verfügung vom 8. März 2021 (act. 8) angesetzter Frist jeweils Klageantwort (act. 10; act. 13). Mit Verfügung vom 8. Juni 2021 wurde das Verfahren an die Instruktionsrichterin delegiert (act. 16). In der Folge wurden mit Verfügung vom 3. September 2021 (act. 27) Anträge der Klägerin (Trennung der Verfahren) und der Beklagten 1 (Klageabweisung wegen Gegenstandslosigkeit, eventualiter Nichteintreten mangels örtlicher Zuständigkeit) abgewiesen. Nachdem die Klägerin erklärt hatte, die Durchführung einer Instruktions-/Vergleichsverhandlung abzulehnen (zuletzt act. 36), ordnete die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 4. März 2022 einen zweiten Schriftenwechsel an und setzte der Klägerin sowohl Frist zur Leistung eines zusätzlichen Gerichtskostenvorschusses von CHF 6'000.– als auch zur Erstattung der Replik an (act. 37). In der Folge ging der zusätzliche

Gerichtskostenvorschuss fristgerecht (act. 39) ein. Die Klägerin erstattete allerdings statt einer zwei Repliken, nämlich eine je Beklagte, datierend vom 20. Mai 2022 (act. 40-43). Mit Verfügung vom 31. Mai 2022 (act. 44) wurde sie dazu aufgefordert, die Repliken zu überarbeiten und eine einzige Replik einzureichen. Diese erstattete die Klägerin mit Eingabe vom 3. Juni 2022 fristgerecht (act. 46) mit eingangs erwähnten, gegenüber der Klage mit Ziff. 5 ergänzten Rechtsbegehren. Nach der darauf folgenden Ansetzung der Duplikfrist mit Verfügung von 13. Juni 2022 (act. 48) teilte der Rechtsvertreter der Beklagten 1 mit Schreiben vom 23. Juli 2022 mit, diese nicht weiter zu vertreten (act. 50). Nach fristgerechter Erstattung der jeweiligen Duplik seitens beider Beklagten (act. 55; act. 57) und deren Zustellung an die Klägerin (act. 59) nahm Letztere mit Eingabe vom 8. November 2022 dazu Stellung (act. 61). Die Beklagte 2 reichte wiederum eine Stellungnahme mit prozessualen Anträgen datierend vom 18. November 2022 ein, welche mit Verfügung vom 22. November 2022 abgewiesen wurden (act. 66). In der Folge gingen jeweils eine weitere Stellungnahme der Beklagten 2 (act. 69) sowie der Klägerin ein (act. 70).

Mit Verfügung vom 4. Dezember 2023 (act. 71) wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung verzichteten. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2023 zeigte die Beklagte 1 ihre Rechtsvertretung an und hielt zunächst an der Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung fest (act. 74), verzichtete jedoch in der Folge darauf (act. 79). Entsprechend wurde den Parteien die Vorladung zur mündlichen Hauptverhandlung vom 30. Januar 2024 wieder abgenommen (vgl. act. 77). Das Verfahren ist spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## **Erwägungen**

### **1. Formelles**

#### **1.1. Zuständigkeit**

1.1.1. Die internationale und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts ist gegeben (Beklagte 1: unangefochtene Verfügung vom 3. September 2021 [act. 27]:

Art. 2 Abs. 1 LugÜ i.V.m. Art. 109 Abs. 2 IPRG sowie Art. 129 Abs. 1 IPRG; Beklagte 2: Art. 5 Ziff. 3 LugÜ, anerkannt [act. 10 Rz. 2]).

1.1.2. Die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 lit. a und d ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG ZH.

## **1.2. Klageänderung**

1.2.1. Nach der Begründung der Rechtshängigkeit bildet jede inhaltliche Änderung der (bisherigen) Rechtsbegehren, mit welchen mehr, zusätzliches oder anderes verlangt wird, eine Klageänderung (KILLIAS, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Art. 227 N. 7).

1.2.2. Die Klägerin ergänzte ihre in der Klage gestellten Rechtsbegehren (act. 1 S. 2 ff.) in der Replik um Rechtsbegehren 5 (act. 46 S. 2 und 15, Rz. 80). Damit macht sie einen zusätzlichen (Vollstreckungs-)Anspruch geltend, womit eine Klageänderung vorliegt. Da dieses zusätzliche Rechtsbegehren nach der gleichen Verfahrensart wie die übrigen, bereits mit der Klage geltend gemachten Ansprüche zu beurteilen ist (Art. 227 Abs. 1 ZPO) und mit diesen in einem sachlichen Zusammenhang steht, ist die Klageänderung zulässig.

## **1.3. Bevollmächtigung / Rechtsvertretung der Klägerin**

1.3.1. Das Vorhandensein einer gültigen Vollmacht ist eine Prozessvoraussetzung, welche im Zeitpunkt der Urteilsfällung vorzuliegen hat (STERCHI, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1-149 ZPO, 2012, Art. 68 N. 13; ZINGG, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1-149 ZPO, 2012, Art. 60 N. 33) und als solche von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 60 ZPO). Zur Anwendung gelangt der beschränkte Untersuchungsgrundsatz (ZINGG, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1-149 ZPO, 2012, Art. 60 N. 4). Im Rahmen der Anwendung des (beschränkten) Untersuchungsgrundsatzes sind neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO).

1.3.2. Eine gültige Bevollmächtigung des Rechtsvertreters durch die Klägerin liegt – entgegen der Ansicht der Beklagten 1 (act. 55 Rz. 8) – vor. Die Klägerin reichte mit der Klage eine Vollmacht (act. 2) unterzeichnet von K.\_\_\_\_\_ ein. Diese ist bei der Klägerin zuständig für die Collections. Von ihrer Vertretungsbefugnis für die Klägerin ist daher auszugehen, weshalb seitens des Gerichts nach Klageeingang keine Nachfrist zwecks Verbesserung im Sinne von Art. 132 ZPO angesetzt wurde.

1.3.3. Im Übrigen bestätigte der Directeur der Klägerin, L.\_\_\_\_\_, mit Schreiben vom 25. Oktober 2022 – welches gemäss Art. 229 Abs. 3 ZPO zu berücksichtigen ist –, dass K.\_\_\_\_\_ berechtigt gewesen sei, die Vollmacht zu unterzeichnen (act. 62/58). Damit wäre ein allfälliger Mangel aufgrund Genehmigung ohnehin rückwirkend auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung geheilt.

#### **1.4. Partei- und Prozessfähigkeit**

1.4.1. Die Beklagte 1 macht geltend, dass von einer operativen wirtschaftlichen Tätigkeit von ihr selbst kaum die Rede sein könne (act. 55 Rz. 23). Unklar ist, ob sie damit neben dem Rechtsschutzinteresse der Klägerin auch ihre eigene Partei- und/oder Prozessfähigkeit bestreitet.

1.4.2. Die Partei- und Prozessfähigkeit der Parteien gehören zu den Prozessvoraussetzungen (Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO). Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist (Art. 66 ZPO). Einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung kommt Rechtsfähigkeit zu, solange sie im Handelsregister eingetragen ist (Art. 52 ZGB; DOMEJ, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [Hrsg.], Kurzkomentar Schweizerische ZPO, 3. A., 2021, Art. 66 N. 6). Die Beklagte 1 ist nach wie vor im Handelsregister eingetragen und folglich rechtsfähig. Prozessfähig ist, wer handlungsfähig ist (Art. 67 ZPO; Art. 54 ZGB; DOMEJ, a.a.O., Art. 67 N. 3). Die Beklagte 1 ist durch ihr Organ (gemäss Handelsregister: Gesellschafterin und Geschäftsführerin M.\_\_\_\_\_, mit Einzelunterschrift) handlungsfähig. Die Partei- und Prozessfähigkeit der Beklagten 1 ist folglich gegeben.

1.4.3. Die Partei- und Prozessfähigkeit der übrigen Parteien ist unbestritten geblieben, ohne Weiteres zu bejahen und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

## **1.5. Einfache passive Streitgenossenschaft**

1.5.1. Sollen Rechte und Pflichten beurteilt werden, die auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen, so können mehrere Personen gemeinsam beklagt werden (sog. einfache passive Streitgenossenschaft; subjektive Klagehäufung) (Art. 71 Abs. 1 ZPO). Zwischen den Klagen muss ein sachlicher Zusammenhang bestehen. Weiter ist vorausgesetzt, dass für die einzelnen Klagen dieselbe Verfahrensart anwendbar ist und die gleiche sachliche Zuständigkeit besteht (Art. 71 Abs. 1 und 2 ZPO; RUGGLE, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, Art. 71 N. 14 ff.; BORLA-GEIER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], DIKE-ZPO-Kommentar, 2. A., 2016, Art. 71 N. 12 ff.).

1.5.2. Vorliegend ist der sachliche Zusammenhang zwischen den von der Klägerin gegenüber den Beklagten geltend gemachten Ansprüchen gegeben; sie beruhen auf gleichartigen Tatsachen und Rechtsgründen. Weiter besteht die gleiche sachliche Zuständigkeit (siehe Ziffer 1.1.2) und ist die gleiche Verfahrensart anwendbar. Damit können die Beklagten 1 und 2 gemeinsam beklagt werden. Sie bilden eine einfache passive Streitgenossenschaft.

1.5.3. Nach Art. 71 Abs. 3 ZPO kann jede Streitgenossin den Prozess unabhängig von den anderen Streitgenossinnen führen. Da die Klagen gegen einfache Streitgenossinnen selbständig zu beurteilen sind, können sie zu unterschiedlichen Urteilen führen. Jeder Streitgenossin werden nur die persönlich von ihr vorgenommenen Prozesshandlungen (Einreden, Rechtsmittel, Vergleich, Anerkennung, Rückzug) zugerechnet (GROSS/ZUBER, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1-149 ZPO, 2012, Art. 71 N. 19; RUGGLE, a.a.O., Art. 71 N. 32). Auch trägt jede Streitgenossin ihre eigenen Tatsachenbehauptungen vor. Faktisch wirken sich allerdings Tatsachenbehauptungen in Bezug auf die Beziehung der Klägerin zu einer Streitgenossin über Tatsachen, die alle Streitgenossinnen betreffen, oftmals (abhängig vom Be-

hauptungs- und Bestreitungsverhalten der Parteien) auch auf die Stellung der anderen Streitgenossinnen bzw. deren Beziehung zur Klägerin aus. Tatsachen, die für alle Streitgenossinnen erheblich sind, und die Beweismittel dafür wirken für alle, auch für jene, die sie nicht vorgetragen haben. Widersprüche, die durch den Tatsachenvortrag hervorgetreten sind, sind im Rahmen der Beweiswürdigung aufzulösen (vgl. RUGGLE, a.a.O., Art. 71 N. 33).

## **1.6. Rechtsschutzinteresse**

### **1.6.1. Rechtliches**

1.6.1.1. Das Rechtsschutzinteresse als weitere Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) muss bereits im Zeitpunkt der Prozesseinleitung vorliegen und im Zeitpunkt der Urteilsfällung noch vorhanden sein (GEHRI, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, Art. 59 N. 6). War das Rechtsschutzinteresse bereits im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit nicht vorhanden, ist auf die Klage nicht einzutreten. Fällt das Rechtsschutzinteresse während des Verfahrens dahin, ist das Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (BGer Urteil 4A\_249/2018 vom 12. Juli 2018 E. 2.2; MÜLLER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], DIKE-Kommentar-ZPO, Art. 1-196, 2. A., 2016, Art. 59 N. 25).

1.6.1.2. Bei Beseitigungsbegehren besteht das Rechtsschutzinteresse in einer andauernden Verletzung bzw. einer fortdauernden Störung (DOMEJ, in: HEIZMANN/LOACKER [Hrsg.], DIKE-Kommentar-UWG, 2018, Art. 9 N. 19).

1.6.1.3. Unterlassungsbegehren setzen ein besonderes Rechtsschutzinteresse voraus. Es ist gegeben, wenn die widerrechtliche Handlung, auf welche das Begehren gerichtet ist, unmittelbar droht, d.h. wenn das Verhalten der Beklagten eine künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt (BGE 124 III 72 E. 2a; 116 II 357 E. 2a; OBERHAMMER/WEBER, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [Hrsg.], Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2021, Art. 84 N. 10 m.H.; DOMEJ, a.a.O., Art. 9 N. 11).

Die Frage der Unmittelbarkeit der drohenden Rechtsgutsverletzung stellt sich nicht nur hinsichtlich des Rechtsschutzinteresses, sondern auch im Rahmen der materiellen Beurteilung. Die zugrundeliegenden Tatsachen sind mithin doppelrelevant (HOFFMANN-NOWOTNY, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, 2010, N. 413, 540). Bei doppelrelevanten Tatsachen hat sich das Gericht bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen einzig auf die Vorbringen der klagenden Partei zu stützen und bloss deren Schlüssigkeit zu prüfen (vgl. BGE 147 III 159 E. 2.1.2; 141 III 294 E. 6.1). Sie werden nur bei der Prüfung der Begründetheit eingehend untersucht.

#### 1.6.2. Qualifikation der Rechtsbegehren

1.6.2.1. Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren unterscheiden sich dadurch, dass sich ein Beseitigungsbegehren gegen eine bestehende, andauernde Verletzung richtet und den rechtmässigen Zustand wiederherstellen will, während das Unterlassungsbegehren darauf abzielt, die Entstehung einer neuen, drohenden Verletzung zu verhindern. Die Abgrenzung kann in Einzelfällen Probleme bereiten (RÜETSCHI/ROTH/FRICK, in: HILTY/ARPAGAUS [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2013, Art. 9 N. 38 f. m.H.). Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche können nebeneinander bestehen und kumulativ geltend gemacht werden (DOMEJ, a.a.O., Art. 9 N. 9; RÜETSCHI/ROTH/FRICK, a.a.O., Art. 9 N. 38).

1.6.2.2. Vorliegend verlangt die Klägerin mit Rechtsbegehren 1 mehrheitlich die Unterlassung verschiedener Handlungen. Aufgrund der derzeitigen Lagerung der Fotoabzüge in der Schweiz (siehe litera B.a und Ziffer 4.1) und des behaupteten Anzeigens streitgegenständlicher Fotografien auf der Website der Beklagten 1 samt Möglichkeit des Herunterladens (siehe Ziffer 5.6.2.1.1) qualifiziert das Begehren diesbezüglich aber zusätzlich auch als Beseitigungsbegehren. Als Beseitigungsbegehren ist sodann Rechtsbegehren 2 zu qualifizieren. Mit diesem verlangt die Klägerin die Herausgabe der Fotoabzüge, eventualiter deren Einziehung und Vernichtung. Damit richtet es sich auf eine Beseitigung des behaupteten Störungszustandes (MÜLLER, in: MÜLLER/OERTLI [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), 2. A., 2012, Art. 63 N. 10). Die übrigen Rechtsbe-

gehren stellen Auskunfts- (Rechtsbegehren 3) und Vollstreckungsbegehren (Rechtsbegehren 4 und 5) dar.

### 1.6.3. Würdigung: Allgemein

1.6.3.1. Die Klägerin beruft sich darauf, dass die Beklagten die Urheberrechte verletzt hätten, Wiederholungsgefahr bestehe und die Rechtsverletzung sowie Ansprüche bestreiten würden (act. 1 Rz. 99; act. 46 Rz. 115, 290, 300; siehe Ziffer 4.2.1). Zudem hätten es die Beklagten abgelehnt, eine Erklärung von ihr, der Klägerin, entgegenzunehmen, in der sie ernsthafte Zweifel an der Echtheit der Fotoabzüge äussere, und in der festgehalten werde, dass diese nicht verkauft werden dürften. Daher bestehe die erhebliche Gefahr, dass nicht nur die Beklagte 1, sondern auch die Beklagte 2 erneut versuchen würden, die streitgegenständlichen Fotoabzüge zu verkaufen (act. 1 Rz. 11, 77, 99). Hinzu komme, dass die Beklagte 1 die streitgegenständlichen Fotoabzüge seit August 2019 mindestens bis heute [Klageeinreichung] zum Kauf anbiete und auf deren Website die Fotoabzüge einzeln betrachtet und heruntergeladen werden könnten. Es bestehe nicht nur eine Wiederholungsgefahr, sondern die Urheberrechtsverletzung dauere seit August 2019 an (act. 1 Rz. 10 f., 99). Die Beklagte 2 könnte die Rechte zudem als Verwalterin der Fotoabzüge weiterhin verletzen, indem sie diese z.B. anderen Galerien für Ausstellungen liefere (act. 46 Rz. 290).

1.6.3.2. Da die Klägerin mit ihren Ausführungen in schlüssiger Weise vergangene und bestehende Urheberrechtsverletzungen sowie eine (Wiederholungs-)Gefahr von Urheberrechtsverletzungen behauptet, ist im Rahmen der Prüfung der Prozessvoraussetzungen das Rechtsschutzinteresse hinsichtlich Rechtsbegehren 1 (Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren) zu bejahen.

In Bezug auf Rechtsbegehren 2 (Beseitigungsbegehren) ist im Rahmen der Prüfung der Prozessvoraussetzungen gestützt auf die schlüssigen Behauptungen der Klägerin von einer andauernden Verletzung (vgl. u.a. vgl. act. 1 Rz. 10; act. 46 Rz. 86) auszugehen und das diesbezügliche Rechtsschutzinteresse ebenfalls zu



bejahen. Hinsichtlich der übrigen Rechtsbegehren ist das Rechtsschutzinteresse ohne Weiteres gegeben.

#### 1.6.4. Würdigung: Betreffend Klage gegen die Beklagte 1 im Besonderen

An der Erwägung 2.3.1 der Verfügung vom 3. September 2021 ist auch in Anbetracht der Behauptungen der Beklagten 1 in act. 55 Rz. 19 ff. betreffend die Aufgabe ihrer operativen Tätigkeit und das deswegen fehlende Rechtsschutzinteresse der Klägerin festzuhalten. Die Beklagte 1 wurde weder aufgelöst noch im Handelsregister gelöscht (siehe Ziffer 1.4). Weiter ist ersichtlich, dass die Beklagte 1 auch in den Jahren 2022 (was sie selbst zugibt, act. 55 Rz. 21) und 2023 verschiedene Veranstaltungen organisierte und unterstützte (vgl. <[https://de.B.\\_\\_\\_\\_\\_.org](https://de.B._____.org)> sowie <[https://www.facebook.com/B.\\_\\_\\_\\_\\_.org](https://www.facebook.com/B._____.org)>). Dies deutet darauf hin, dass die Beklagte 1 ihre Geschäftstätigkeit nicht eingestellt hat. Sodann behauptet die Klägerin eine tatsächliche Herrschaft der Beklagten 1 über die streitgegenständlichen Fotoabzüge schlüssig (act. 1 Rz. 8 ff.; act. 46 Rz. 51-55), was im Rahmen der Prüfung der Prozessvoraussetzungen für eine doppelrelevante Tatsache genügt. Fehlender Besitz würde künftige Urheberrechtsverletzungen und urheberrechtliche Ansprüche überdies nicht per se ausschliessen. Entsprechend führen die Vorbringen der Beklagten 1, dass sie aktuell keine tatsächliche und rechtliche Beziehung zu den Fotoabzügen habe (act. 13 Rz. Zu 11; act. 55 Rz. 25), nicht zu einem Wegfall des Rechtsschutzinteresses.

#### **1.7. Übrige Prozessvoraussetzungen**

Die übrigen Prozessvoraussetzungen erweisen sich als erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass (Art. 59 i.V.m. Art. 60 ZPO).

#### **1.8. Prosequierungsfrist**

Mit Einreichung der vorliegenden Klage am 22. Januar 2021 (Datum Poststempel) hat die Klägerin die ihr angesetzte Frist zur Anhängigmachung des Prozesses in der Hauptsache (25. Januar 2021; act. 45 in HE190419-O) gewahrt

(act. 1). Damit wurden die vorprozessual gegenüber der Beklagten 1 vorsorglich angeordneten Massnahmen aufrechterhalten (Art. 263 ZPO). Aufrecht erhalten wurden aufgrund der während des vorsorglichen Massnahmeverfahrens gegen die Beklagte 2 eingereichten Klage auch die gegenüber der Beklagten 2 vorsorglich angeordneten Massnahmen (act. 11 in HE200435-O).

## **2. Verhandlungsgrundsatz**

### **2.1. Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast**

2.1.1. Das Gericht darf sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen stützen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; BGE 147 III 440 E. 5.3). Die Partei, welcher die Beweislast obliegt (vgl. Art. 8 ZGB), hat die Tatsachen hinreichend darzutun und – falls bestritten – zu beweisen, aus deren Vorliegen sie ihren Anspruch herleitet. Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; 127 III 365 E. 2.b; BGer Urteil 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2).

2.1.2. Der Behauptungslast ist durch das Aufstellen eines schlüssigen Tatsachenvortrags Genüge getan. Das heisst, dass eine Partei diejenigen Tatsachen widerspruchsfrei und vollständig angeben muss, auf die sie ihr Begehren stützt, so dass der Tatsachenvortrag bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Es genügt, wenn diese Tatsachen in ihren Grundzügen behauptet werden (BGE 132 III 186 E. 8.2; BGer Urteile 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; 4A\_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1; 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1). Kommt eine Partei ihrer Behauptungslast nicht nach, bleiben die betreffenden Tatsachen unberücksichtigt und erfolgt keine Beweisabnahme (BRÖNNIMANN, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Art. 152 N. 30).

2.1.3. Eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast greift nur, soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag bestreitet. Diesfalls sind die Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar

darzulegen, dass einerseits darüber Beweis abgenommen werden könnte und andererseits substantiiertes Bestreiten möglich ist bzw. dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGer Urteile 4A\_412/2019 vom 27. April 2020 E. 4.1; 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; BGE 127 III 365 E. 2.b; 136 III 322 E. 3.4.2). Wird dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgekommen, ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme. Ein Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, fehlende oder nicht genügend substantiierte Behauptungen nachträglich zu vervollständigen, führte dies ansonsten doch zu einer Aushöhlung der Substantiierungslast und damit zu einer Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes (vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3).

2.1.4. Das Gegenstück zur Behauptungslast bildet die Bestreitungslast. Die Gegenpartei hat im Einzelnen darzutun, welche behaupteten Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden. Die Floskel, dass alles bestritten sei, was nicht ausdrücklich zugestanden werde, genügt damit nicht (SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 55 N. 27). Je detaillierter die Behauptungen sind, desto höher sind die Anforderungen an die Bestreitungen (BGer Urteil 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3). Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (BGE 141 III 433 E. 2.6). Eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substantiieren und schliesslich zu beweisen hat. Dagegen ist die beweisbefreite Partei grundsätzlich nicht gehalten, darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei (BGer Urteil 4A\_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.3). Die Bestreitungslast darf nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen (BGE 117 II 113 E. 2). Bei detaillierten Behauptungen genügen pauschale Bestreitungen jedoch nicht. Diesfalls ist – ausser die Bestreitungen werden erkennbar an anderer Stelle ausgeführt – von unbestrittenen Tatsachen auszugehen (BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer Urteile 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.1; 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3; WALTER, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, 2012,

Art. 8 N. 191 ff.). Umgekehrt wird bei einer pauschalen Behauptung nicht mehr als eine pauschale Bestreitung verlangt.

2.1.5. Wird in einem ordentlichen Verfahren ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, haben die Parteien ihren prozessualen Lasten grundsätzlich in ihren jeweiligen ersten beiden Rechtsschriften (Klage und Replik bzw. Klageantwort und Duplik) nachzukommen (siehe Ziffer 2.2). Zwar dienen die zweiten Rechtsschriften (Replik bzw. Duplik) primär dazu, zu den je vorangegangenen Eingaben Stellung zu nehmen, doch sind darin neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt zulässig. In der Replik und der Duplik können die Ausführungen in der Klage und der Klageantwort daher unbeschränkt ergänzt werden (LEUENBERGER, in: SUTTERSOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 225 N. 13) und zwar einerseits mit Behauptungen, andererseits aber auch – entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 61 Rz. 2) – mit Bestreitungen (BGE 147 III 475 E. 2.3.3.6). Das Ergänzen von Bestreitungen in der Duplik ist nicht treuwidrig; ihnen kann unter Einhaltung von Art. 229 Abs. 1 ZPO in Stellungnahmen begegnet werden (siehe Ziffer 2.2).

## **2.2. Stellungnahmen nach Aktenschluss**

2.2.1. Nach Durchführung des zweiten Schriftenwechsels tritt der Aktenschluss ein (BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3). Nach dem Aktenschluss steht den Parteien grundsätzlich nur noch das unbedingte Replikrecht zur Verfügung, welches sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ableitet (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Neue Tatsachen und Beweismittel in Stellungnahmen nach Aktenschluss – wozu gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch neue Bestreitungen zählen (vgl. BGE 147 III 475 E. 2.3.3.6) – sind nur insoweit zu beachten, als sie als zulässige Noven die Voraussetzungen nach Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllen:

Echte und unechte Noven sind ohne Verzug vorzubringen. Was als ohne Verzug vorgebracht gilt, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab (statt vieler: BGer Urteil 4A\_70/2021 vom 15. Juli 2021 E. 4.2 m.H.).

Ist die klagende Partei zur Entgegnung der in der Duplik vorgetragenen und sich auf neue Tatsachen und Beweismittel stützenden Behauptungen auf echte Noven (d.h. erst nach Abschluss des Schriftwechsels entstandene Tatsachen oder Beweismittel) angewiesen, dürfen diese gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO ansonsten ohne Weiteres vorgebracht werden. Hingegen ist bei unechten Noven gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO erforderlich, dass diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang fest, dass es der klagenden Partei weder möglich noch zumutbar sei, im Rahmen ihrer Replik auf Vorrat sämtliche denkbaren (Duplik-)Noven zu entkräften, mit denen der Prozessstoff in der Duplik noch ausgedehnt werden könne. Damit der klagenden Partei der Sorgfaltsnachweis gelingt, ist unabdingbar, dass die Duplik-noven für diese Noveneingabe kausal sind. Erforderlich ist zum einen, dass (erst) die Dupliknoven das Vorbringen der unechten Noven veranlasst haben, zum anderen, dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoven aufzufassen sind (BGE 146 III 55 E. 2.5.2). Gleiches gilt für die Geltendmachung jeglicher weiterer Noven in anderen Rechtsschriften nach Aktenschluss.

2.2.2. Die Partei, die der Meinung ist, sie könne sich auf neue Tatsachen und / oder Beweismittel (echte oder unechte Noven) stützen, hat diese zu bezeichnen und für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (anstatt vieler: ZR 113/2014 Nr. 54 S. 176 f. E. 3; LEUENBERGER, a.a.O., Art. 229 N. 10).

2.2.3. Vorliegend trat der Aktenschluss mit der zweimaligen Äusserung der Parteien zur Sache ein (vgl. act. 46, act. 55; act. 57). Mit Verfügung vom 11. Oktober 2022 wurden der Klägerin die Duplikten zugestellt (Zustellung: 14. Oktober 2022) (act. 59; act. 60/1). Die Klägerin nahm mit Eingabe vom 8. November 2022 zu den Duplikten Stellung (act. 61). Die Stellungnahme der Klägerin wurde den Beklagten mit Verfügung vom 11. November 2022 übermittelt (Zustellung Beklagte 2: 15. November 2022) (act. 63; act. 64/3). Die Beklagte 2 erstattete eine Stellungnahme datierend vom 8. Dezember 2022 (act. 69). Die Stellungnahme der Beklagten 2 wurde der Klägerin am 2. Februar 2023 zugestellt, woraufhin die Kläge-

rin mit Eingabe vom 7. Februar 2023 nochmals eine Stellungnahme erstattete (act. 70).

Die Klägerin nimmt in der Stellungnahme vom 8. November 2022 einzig in act. 61 Rz. 14-20 und Rz. 66 f. explizit Bezug auf Noven und deren Voraussetzungen. Da die Ausführungen nicht entscheidrelevant sind, kann offen bleiben, ob darin vorhandene Noven genügend bezeichnet wurden und die Zulässigkeitsvoraussetzungen zum Vorbringen von Noven erfüllt sind. Sollte die Stellungnahme an anderer Stelle Noven enthalten, so sind diese von vornherein nicht zu berücksichtigen, da die Klägerin sie nicht im Einzelnen bezeichnet hat.

Weiter ist festzuhalten, dass weder die Beklagte 2 in ihrer Stellungnahme datierend vom 8. Dezember 2022 (act. 69) noch die Klägerin in der Eingabe vom 7. Februar 2023 (act. 70) Noven bezeichnet oder dargetan haben, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Folglich sind – sollten sie denn vorhanden sein – allfällig darin enthaltene Noven nicht zu berücksichtigen.

### **3. Anwendbares Recht**

Die Klägerin beruft sich auf die Anwendbarkeit von Schweizer Recht. Sie stützt sich auf den Schutz von Urheberrechten in der Schweiz und behauptet eine Auswirkung auf den Schweizer Markt (act. 1 Rz. 78; siehe Ziffer 4.2.1). Während die Beklagte 2 ihr zustimmt (act. 10 Rz. 151), bestreitet die Beklagte 1 die Ausführungen pauschal (act. 13 Rz. Zu 78).

Immaterialgüterrechte, wozu Urheberrechte und verwandte Schutzrechte gehören, unterstehen gemäss Art. 110 Abs. 1 IPRG dem Recht des Staates, für den der Schutz der Immaterialgüter beansprucht wird. Das Schweizer Urheberrechtsgesetz schützt Urheberrechte von Werken in der Schweiz, auch falls Handlungen von Personen im Ausland begangen werden, aber in der Schweiz Wirkungen zeitigen (REHBINDER/HAAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 1 N. 15; CHERPILLOD, in: MÜLLER/OERTLI [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), 2. A., 2012, Art. 1 N. 2). Gemäss Art. 136 IPRG unterstehen Ansprüche aus unlauterem

Wettbewerb dem Recht des Staates, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet. Folglich ist vorliegend Schweizer Recht anwendbar.

Ob der Klägerin Urheberrechte zukommen, für welche sie in der Schweiz Schutz beanspruchen kann, und ob sie sich auf unlauteren Wettbewerb berufen kann, ist – soweit notwendig – im Rahmen der materiellen Prüfung zu klären.

#### **4. Übersicht**

##### **4.1. Unbestrittener Sachverhalt**

4.1.1. Die mit den streitgegenständlichen Fotoabzügen gezeigten Fotografien wurden von A.\_\_\_\_\_ aufgenommen (act. 1 Rz. 29; vgl. act. 13 Rz. Zu 29-40, act. 10 Rz. 110, act. 55 Rz. 42, 88).

4.1.2. Die Beklagte 2 kaufte die streitgegenständlichen Fotoabzüge und verkaufte sie anschliessend weiter, wobei sie im Zollfreilager in N.\_\_\_\_\_ lagerten (und noch immer lagern) (act. 10 Rz. 8, 30 ff.; act. 46 Rz. 38, 40; vgl. act. 57 Rz 94, act. 55 Rz. 111). Sie verwaltet die streitgegenständlichen Fotoabzüge weiterhin (act. 10 Rz. 8, 150; act. 46 Rz. 60) und lieferte sie im Jahr 2019 der Beklagten 1 für eine Ausstellung (act. 1 Rz. 15, 19; act. 46 Rz. 41; vgl. act. 13 Rz. Zu 12-15, act. 10 Rz. 99, act. 55 Rz. 16).

4.1.3. Die Beklagte 1 widmete den Werken von A.\_\_\_\_\_ vom 29. August bis 1. November 2019 eine Ausstellung in ihren Geschäftsräumlichkeiten an der H.\_\_\_\_\_ -Gasse ... in I.\_\_\_\_\_. Im Rahmen derselben stellte sie auch die streitgegenständlichen Fotoabzüge aus (act. 1 Rz. 9; vgl. act. 10 Rz. 93, act. 13 Zu 9).

##### **4.2. Hauptstandpunkte der Parteien**

4.2.1. Die Klägerin begründet ihre Klage damit, dass es sich bei den Fotografien, welche den Fotoabzügen gemäss Rechtsbegehren 1 zugrunde liegen, um urheberrechtlich geschützte Werke handle (act. 1 Rz. 81; act. 46 Rz. 3 ff.). Sie habe die Urheberrechte von A.\_\_\_\_\_ inne, welche durch die Verwendung der in Rechtsbegehren 1 aufgeführten, im Vergleich zu den originalen Fotonegativen geänderten Fotoabzüge seitens der Beklagten 1 bzw. 2 (Einfuhr, Lieferung, Aus-

stellung, Verkauf, Angebot zum Verkauf, Präsentation auf der Website) – ohne Erlaubnis von A.\_\_\_\_\_ und ihr – verletzt worden seien bzw. noch immer würden (act. 1 Rz. 41, 85 f.; act. 46 Rz. 35 ff.). Sie bestreitet eine Erschöpfung, einen Rechtsverzicht, eine Verjährung sowie eine Verwirkung ihrer Rechte bzw. Ansprüche (act. 1 Rz. 3, 9-11, 15, 29 ff., 87 ff.; act. 46 Rz. 6 ff., 233 ff.). Aktiv- und Passivlegitimation seien gegeben (act. 1 Rz. 96 f.; act. 46 Rz. 51 ff.). Weiter stützt die Klägerin ihre Klage auf das UWG. Die "Signaturen" auf den Fotoabzügen seien gefälscht. Die Beklagten hätten die Besucher der Ausstellung und der Website der Beklagten 1 sowie potentielle Käufer mit unrichtigen Angaben getäuscht und Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG verletzt (act. 46 Rz. 32 ff., 81 ff.).

4.2.2. Die Beklagte 1 bestreitet die Aktivlegitimation der Klägerin sowie ihre eigene Passivlegitimation (act. 13 Rz. Zu 11, 19, 96, 97; act. 55 Rz. 3 ff., 33, 51, 101, 108). Weiter bestreitet sie Urheberrechtsverletzungen (act. 13 Rz. Zu 21, 90, 98-102; act. 55 Rz. 64 ff., 91 ff.) und Verletzungen des UWG (act. 55 Rz. 101). Sie habe die Fotografien von den rechtmässigen Eigentümern erhalten (act. 13 Rz. Zu 22-24) und in deren Auftrag die Ausstellung durchgeführt. Auf ihrer Website fänden sich weder Fotografien noch eine Preisliste; eine Preisliste sei nie auf der Website gewesen bzw. nie zum Download verfügbar gewesen (act. 13 Rz. Zu 9-11). Sie biete die Fotoabzüge nicht zum Kauf an (act. 13 Rz. Zu 11, 17). Weiter bestehe kein Auskunftsrecht (act. 13 Rz. Zu 103; act. 55 Rz. 111) und die Behauptung, dass die "Signaturen" gefälscht seien, werde bestritten (act. 55 Rz. 68 ff., 101).

4.2.3. Die Beklagte 2 bestreitet das Vorliegen von Urheberrechts- und Lauterkeitsverletzungen; die Klage sei daher abzuweisen (act. 10 Rz. 117; act. 57 Rz. 46, 58, 110). Hinsichtlich der Urheberrechte an den streitgegenständlichen Fotoabzüge liege Erschöpfung vor. Sodann seien eventualiter/alternativ die Abwehransprüche der Klägerin hinsichtlich der streitgegenständlichen Fotoabzüge verjährt, verwirkt bzw. liege ein Verzicht oder ein widersprüchliches Verhalten vor (act. 10 Rz. 86 ff., 128, 172; act. 57 Rz. 56, 85, 102). Weiter bestreitet die Beklagte 2 ihre Passivlegitimation (act. 10 Rz. 171; act. 57 Rz. 49 ff., 53 ff.). Betreffend Rechtsbegehren 2a fehle eine Rechtsgrundlage (act. 57 Rz. 58 ff.). Die beantrag-



ten Vollstreckungsmassnahmen seien nicht verhältnismässig (act. 57 Rz. 63). Die Beklagte 2 weist die Fälschungsvorwürfe zurück (act. 57 Rz. 91).

### **4.3. Zwischenfazit**

Nachfolgend ist zu prüfen, ob betreffend die streitgegenständlichen Fotoabzüge Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagten 1 und/oder 2 gestützt auf das Urheberrecht (Ziffer 5) oder das UWG (Ziffer 6) bestehen. Dazu gehört insbesondere die Prüfung der Aktiv- und Passivlegitimation, des Vorliegens von Urheberrechts- und/oder Lauterkeitsrechtsverletzungen sowie die individuellen Voraussetzungen allfälliger Anspruchsgrundlagen. Weiter ist zu analysieren, ob die seitens der Beklagten 1 und 2 vorgebrachten Einreden und Einwendungen greifen. Sollten Ansprüche bejaht werden, sind sodann die beantragten Vollstreckungsmassnahmen zu beurteilen (Ziffer 7). Soweit erforderlich, ist bei den einzelnen Prüfungsschritten auf die Vorbringen der Parteien detaillierter einzugehen.

## **5. Urheberrecht**

### **5.1. Geschützte Werke**

#### **5.1.1. Allgemein**

5.1.1.1. Werke sind geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben (Art. 2 Abs. 1 URG). Dazu gehören fotografische Werke (Art. 2 Abs. 2 lit. g URG). Das Schweizer Urheberrechtsgesetz gilt für alle Werke, d.h. unabhängig von der Nationalität der Urheberin oder des Ursprungslandes des Werkes bzw. des Orts einer allfälligen ersten Veröffentlichung (CHERPILLOD, a.a.O. Art. 1 N. 3 f.). Urheberin ist die natürliche Person, welche das Werk schafft (Art. 6 URG).

5.1.1.2. Die Klägerin stellt zu den einzelnen Fotoabzügen jeweils detaillierte Tatsachenbehauptungen betreffend deren (behaupteten) individuellen Charakter auf (act. 1 Rz. 31 ff., 81-83; act. 46 Rz. 3 ff.; act. 55 Rz. 89; vgl. act. 10 Rz. 112, 154, act. 13 Rz. Zu 29-40, 81-89, act. 57 Rz. 65). Diese Tatsachenbehauptungen werden von den Beklagten nicht bestritten (vgl. act. 10 N. 113). Entsprechend ist davon auszugehen, dass sämtlichen streitgegenständlichen Fotoabzügen ein individueller Charakter zukommt und es sich bei sämtlichen Fotoabzügen um urheberrechtlich geschützte Werke handelt.



### 5.1.2. Werkbegriff in der analogen Fotografie im Besonderen

5.1.3. Die Fotografien selbst sind das Werk. Sie sind nicht zu verwechseln mit Werkexemplaren (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) oder -trägern (Negative, Abzüge).

5.1.4. Im Rahmen der analogen Fotografie stellt sich die Frage, ob das Negativ oder aber die Erstfixierung in einem Fotoabzug das Werk verkörpert.

5.1.5. Während Reh binder/Haas/Uhlig pauschal vom Negativ als Original und dem einzigen Abzug davon als Originalwerkexemplar sprechen (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 15 N. 2) bzw. Glaus/Studer pauschal den Fotoabzug als Original bezeichnen (GLAUS/STUDER, Kunstrecht, 2003, S. 36), halten Mosimann/Müller-Chen (MOSIMANN/MÜLLER-CHEN, Kauf eines Originals der bildenden Kunst, insbesondere einer Fotografie, S. 4 f.) differenzierter Folgendes fest: *"Die Fotografie entwickelte sich im Wesentlichen zur Aufnahme mit Negativ und Abzug. Es entspricht herrschender Lehre, dass Kunstfotografien urheberrechtliche Werke im Sinne von Art. 2 URG sind. Dabei wird in der Regel jede reproduktionsfähige Erstfixierung und damit der Abzug als Original bezeichnet. Richtig besehen kann aber sowohl das Negativ wie der Abzug ein Original sein. Das Negativ ist ein Original, sofern der Ausschnitt von individuellem Charakter ist; der Abzug ist jedenfalls als Vervielfältigung im Schöpfungszeitpunkt ein Original. Sofern er selbst individuell gestaltet ist, kommt ihm zusätzlich als Abzug Originalcharakter zu, unabhängig vom Zeitpunkt des Abzugs."* HAMANN vertritt in der deutschen Rechtswissenschaft eine andere These und bezeichnet das Negativ als Vororiginal, den Fotoabzug dagegen als Original. Die urheberrechtliche Originalität eines Kunstwerks hänge u.a. entscheidend davon ab, ob es sich um die erstmalige Fixierung eines künstlerischen Konzepts handle oder nicht. Eine Erstverkörperung liege jedoch erst bei der vollständigen Kongruenz zwischen der künstlerischen Vorstellung vom beabsichtigten Kunstobjekt und der Werkverkörperung vor. Diese endgültige Deckungsgleichheit sei noch nicht im Stadium der Herstellung des Negativs erreicht, denn das künstlerische Konzept des Fotografen habe sich noch nicht in seiner endgültigen Form, sondern erst in einer Vorform niedergeschlagen. Auch das Vororiginal bedürfe urheberrechtlichen Schutzes und es sei kein Grund ersichtlich, die vororiginalen Negative von Lichtbildwerken nicht entsprechend den

Originalen von Lichtbildwerken zu behandeln (HAMANN, Grundfragen der Originalfotografie, UFITA 90 [1981], S. 51). Dieser These ähnelt die Idee, das Negativ als Entwurf eines Werks, dem urheberrechtlichen Schutz zukommt (Art. 2 Abs. 4 URG), anzusehen.

5.1.6. Eine klare, allverbindliche Abgrenzung von Werk und Werkexemplaren in der analogen Fotografie ist in der Schweizer Rechtsprechung und Literatur nicht ersichtlich. Die Verwendung des Worts Original trägt nicht zur Lösung bei, kann doch damit ein Originalwerk wie ein Originalwerkexemplar gemeint sein.

5.1.7. Zur Unterscheidung zwischen Werk und Werkexemplar bietet sich *für den vorliegenden Fall* ein Rückgriff auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung an, welche definiert, was den individuellen Charakter und damit ein Werk ausmacht: In BGE 130 III 168 E. 4.5 hat das Bundesgericht festgehalten: "*Es besteht in der Literatur insoweit Einigkeit, als einerseits banale Knipsbilder vom Schutz ausgeschlossen werden und andererseits die Möglichkeit, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen, in deren Gestaltung gesehen wird, zum Beispiel durch die Wahl des abgebildeten Objekts, des Bildausschnitts und des Zeitpunkts des Auslösens, durch den Einsatz eines bestimmten Objektivs, von Filtern oder eines besonderen Films, durch die Einstellung von Schärfe und Belichtung sowie durch die Bearbeitung des Negativs.*" Das bedeutet, dass, falls durch die Wahl des Objekts, des Bildausschnitts, des Zeitpunktes, den Einsatz eines bestimmten Objektivs, von Filtern oder eines besonderen Films oder durch die Einstellung von Schärfe und Belichtung die Individualität der Fotografie entsteht, bereits der auf dem Negativ fixierten Fotografie Werkcharakter zukommt. Wird daraus ein Fotoabzug erstellt, ohne dass das Negativ bearbeitet oder spezielle Entwicklungsschritte angewendet werden, handelt es sich dabei – unabhängig vom Entwicklungszeitpunkt – um ein Werkexemplar. Ist es der erste Fotoabzug, drängt sich die Bezeichnung als Originalwerkexemplar auf (vgl. HAMANN, Der urheberrechtliche Originalbegriff der bildenden Kunst, Unter besonderer Berücksichtigung grafischer Vervielfältigungsarten, Diss. 1980, S. 36). Wird hingegen der individuelle Charakter (erst oder zusätzlich) durch die besondere Bearbeitung des Negativs

oder spezielle Entwicklungsschritte erzeugt, ist (allein oder zusätzlich) die als Fotoabzug fixierte Fotografie ein Werk und nicht bloss Werkexemplar.

5.1.8. Die Klägerin erläutert zur Arbeitsweise von A.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 32 ff.), dass er grossen Wert auf eine möglichst perfekte Bildkomposition gelegt habe. Die Dunkelkammerarbeit habe er meist den O.\_\_\_\_\_-Agenturlabors überlassen (act. 1 Rz. 34). Sodann bezeichnet sie das Negativ als Original, dieses zeige das vollendete Werk (act. 46 Rz. 37). Gemäss diesen Vorbringen der Klägerin kam bei A.\_\_\_\_\_ die Individualität beim Fotografieren, nicht aber bei der Entwicklung der Fotografie zum Tragen (vgl. act. 55 Rz. 89). Folglich sind vorliegend die auf den Negativen festgehaltenen Fotografien als Werke anzusehen und die auf den Fotoabzüge festgehaltenen Fotografien als Werkexemplare zu qualifizieren (nachfolgend "streitgegenständliche Fotoabzüge").

## **5.2. Urheber und Schutzdauer**

5.2.1. Der Urheber der auf den streitgegenständlichen Fotoabzügen festgehaltenen Fotografien ist unstreitig A.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 29, 79; act. 10 Rz. 110, 152; act. 13 Rz. Zu 29-40, Zu 79).

5.2.2. Werke sind ab Schaffung urheberrechtlich geschützt (Art. 29 Abs. 1 URG). Der Schutz für Fotografien mit individuellem Charakter erlischt 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers (Art. 29 Abs. 2 lit. b URG). Die Schutzdauer wird vom 31. Dezember desjenigen Jahres an berechnet, in dem das für die Berechnung massgebende Ereignis eingetreten ist (Art. 32 URG).

A.\_\_\_\_\_ verstarb unbestritten am tt.mm.2004 (act. 1 Rz. 40, 84; vgl. act. 10 Rz. 115; act. 13 Rz. Zu 29-40, 81-89). Seine Werke und damit auch die vorliegend relevanten Fotografien sind nach geltendem Recht somit bis 31. Dezember 2074 geschützt.

5.2.3. Während der Schutzdauer kommen dem Urheber und der Rechteinhaberin als Rechtsnachfolgerin das ausschliessliche Recht am eigenen Werk (Art. 9 Abs. 1 URG; Art. 10 ff. URG) samt Rechtsschutz zu.

### **5.3. Rechtsschutz / Anspruchsgrundlagen**

5.3.1. Gegen Verletzungen oder Gefährdungen der Urheberrechte stehen dem Urheber bzw. der Rechteinhaberin Unterlassungs-, Beseitigungs- und Auskunftsbefehle nach Art. 62 URG sowie damit verbundenen Einziehungsbefehle nach Art. 63 URG zur Verfügung.

5.3.2. Die Voraussetzung für alle Ansprüche nach Art. 62 f. URG ist neben dem Vorliegen eines Werks sowie der Aktiv- und Passivlegitimation (siehe Ziffer 5.4 und 0) die Verletzung oder Gefährdung eines Urheberrechts (BGer Urteil 4A\_1/2016 vom 25. April 2016 E. 2.3). Hierauf wird nachfolgend vorab eingegangen (siehe Ziffer 5.6), bevor die für die einzelnen Rechtsbefehle / Ansprüche spezifischen Voraussetzungen (siehe Ziffer 5.7) sowie Einwendungen und Einreden (siehe Ziffer 5.8) geprüft werden.

### **5.4. Rechteinhaberschaft und Aktivlegitimation**

5.4.1. Die Klägerin behauptet, als Rechteinhaberin aktivlegitimiert zu sein (act. 1 Rz. 96). Die Urheberrechte seien ihr gemäss Testament vom 25. Februar 2003 von A. \_\_\_\_\_ sowie gemäss Testament vom 3. August 2012 von dessen Ehefrau, P. \_\_\_\_\_, vermacht worden (act. 1 Rz. 4 f.). Während die Beklagte 2 die Aktivlegitimation nicht in Frage stellt, bestreitet die Beklagte 1 die Aktivlegitimation der Klägerin (act. 13 Rz. Zu 3-7 [zu pauschal], 96). Zum einen begründet sie dies mit der fehlenden Rechteinhaberschaft der Klägerin bzw. der fehlenden und nicht möglichen Übertragung von Urheberrechten (act. 55 Rz. 4 ff., 11, 42, 44, 51, 89, 91, 97). Die Überwachung der Urheberrechte der vermachten Werke beschränke sich darauf, dass die Werke nicht zu Werbezwecken verwendet werden sollten; vorliegend gehe es um eine Hommage und nicht um eine Verwendung für Werbezwecke (act. 55 Rz. 5). Zum anderen beruft sich die Beklagte 1 in ihrer Argumentation auf die Rechtsform der Klägerin.

5.4.2. Aktivlegitimiert ist, wer in seinen Urheber- oder verwandten Schutzrechten verletzt oder gefährdet wird, also die Inhaberin dieser Rechte (BGer Urteil 4A\_527/2021 vom 17. Februar 2022 E. 3.1; EGLOFF/HEINZMANN, in: BARRE-

LET/EGLOFF [Hrsg.], Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. A., 2020, Art. 62 N. 4; REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 2 ff., 18, Art. 63 N. 3).

Nach Art. 16 Abs. 1 URG ist das Urheberrecht als Ganzes (Nutzungsrechte und Urheberpersönlichkeitsrechte) vererblich, unabhängig davon, ob testamentarisch oder nach gesetzlicher Erbfolge (DE WERRA, in: MÜLLER/OERTLI [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), 2. A., 2012, Art. 16 N. 54). Erben werden nicht Urheberinnen, jedoch Rechteinhaberinnen (EGLOFF, in: BARRELET/EGLOFF [Hrsg.], Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. A., 2020, Art. 16 N. 17). Um – angesichts der Schutzdauer – einen Künstlernachlass langfristig zu kontrollieren, wird nicht selten eine Stiftung errichtet, an die der Künstler seine Urheberrechte vererbt (DE WERRA, a.a.O., Art. 16 N. 57).

Eine sachenrechtliche Übereignung der Urheberrechte ist weder nötig noch möglich, da die Übertragung des Eigentums am Werkexemplar (und selbst am Originalwerk) nicht die Übertragung der Urheberrechte bewirkt (Art. 16 Abs. 3 URG; EGLOFF, a.a.O., Art. 16 N. 15; BGE 117 II 463 E. 3).

5.4.3. Wie vorstehend ausgeführt, lassen sich entgegen der Ansicht der Beklagten 1 (act. 55 Rz. 7) die Urheberrechte mittels Erbgangs als Ganzes (Vermögens- und Urheberpersönlichkeitsrechte) übertragen. Die Klägerin hat die Übertragung der Urheberrechte von A.\_\_\_\_\_ mittels Erbgangs (testamentarische Erbfolge; direkt und indirekt) auf sie substantiiert behauptet (act. 1 Rz. 4 f.). Die Beklagte 1 bestreitet dies hingegen lediglich pauschal und damit ungenügend (es seien nur bestimmte Werke/Werkexemplare vermacht worden, act. 55 Rz. 5 f., 11, 97), namentlich ohne zu spezifizieren, hinsichtlich welcher Werke sie die Übertragung der Urheberrechte in Abrede stellt (vgl. act. 55 Rz. 5, 11, 97). Das Erwähnen von Fotografien, Fotoabzügen und Negativen reicht nicht aus (act. 55 Rz. 4, 6, 42, 44, 51, 89, 91; act. 13 Rz. Zu 21). Sodann ist für die Aktivlegitimation nicht relevant, ob die Klägerin Eigentum oder Besitz am Werk oder an Werkexemplaren hat oder hatte bzw. ihr dies vermacht wurde (vgl. act. 55 Rz. 11, 97), da – wie vorstehend erwähnt – das Sachenrecht die Rechteinhaberschaft nicht beeinflusst.



Mangels genügender bzw. relevanter Bestreitungen entfällt eine Beweisabnahme von vornherein. Wären jedoch Beweise abzunehmen, ergäbe sich auch aus den Testamenten (act. 3/5-6), dass die Urheberrechte von A.\_\_\_\_\_ – zumindest indirekt aufgrund des Vererbens des gesamten Vermögens an die Ehefrau P.\_\_\_\_\_ und deren Vererben der Urheberpersönlichkeits- und Vermögensrechte an den Werken an die Stiftung – auf die Klägerin übertragen wurden.

Die Rechte der Klägerin sind zudem – entgegen der Ansicht der Beklagten 1 (act. 55 Rz. 5) – nicht darauf beschränkt, zu überwachen, dass die Werke nicht zu Werbezwecke verwendet werden; dies ist einzig ein im Testament erwähntes Beispiel (Wortlaut: "*notamment*"; "*particulièrement*" in act. 3/5-6). Schliesslich hat die Beklagte 1 nicht behauptet, dass Urheberrechte (Vermögensrechte) vor den Erbgängen vertraglich übertragen worden wären.

5.4.4. Weiter sind auch die Ausführungen der Beklagten 1, die Klägerin sei aufgrund ihrer Gemeinnützigkeit und ihrer Rechtsform nicht aktivlegitimiert, vermögensrechtliche Klagen einzuleiten, insbesondere solche, die sich nicht auf ihre Vermögenswerte beziehen (act. 55 Rz. 3 f.), unzutreffend: Eine Stiftung, welche die Urheberrechte der Werke eines Künstlers inne hat, ist berechtigt, Klagen wegen Urheberrechtsverletzungen einzureichen. Weder ist ihre Rechtsform ein Hindernis, noch fehlt es an einer Deckung durch den Stiftungszweck.

5.4.5. Folglich ist die Aktivlegitimation der Klägerin als Inhaberin der Urheberrechte zu bejahen.

## 5.5. Passivlegitimation der Beklagten 1 und 2

### 5.5.1. Rechtsbegehren 1 und 3

5.5.1.1. Die Klägerin begründet die Passivlegitimation der Beklagten wie folgt: Die Beklagte 2 habe die Fotoabzüge importiert und sie der Beklagten 1 für deren Ausstellung in I. \_\_\_\_\_ geliefert. Beide Beklagten hätten bei den Urheberrechtsverletzungen mitgewirkt und seien daher passivlegitimiert (act. 1 Rz. 19, 97; act. 46 Rz. 52 f., 106). Der ausländische Sitz der Beklagten 2 ändere nichts an ihrer Verantwortlichkeit nach schweizerischem Urheberrecht (vgl. BGE 92 II 293). Die Beklagte 2 habe die Rechte der Klägerin nicht nur als Teilnehmerin verletzt, indem sie die Fotoabzüge der Beklagten 1 für deren Ausstellung geliefert habe, sondern auch indem sie die Fotoabzüge in die Schweiz eingeführt und an ihre Kunden weiterveräußert habe (act. 46 Rz. 62). In Bezug auf das Auskunftsbeglehen konkretisiert die Klägerin, dass jede Person, welche an den inkriminierten Gegenständen einmal Besitz ausgeübt habe, passivlegitimiert sei (act. 1 Rz. 103).

5.5.1.2. Die Beklagte 1 bestreitet ihre Passivlegitimation mit der Begründung, dass sie aktuell weder Besitzerin noch Eigentümerin der Fotografien sei (act. 13 Rz. Zu 11, 97; act. 55 Rz. 25). Die Beklagte 2 bestreitet ihre Passivlegitimation mit der Begründung, nicht über fremdes Eigentum verfügen zu dürfen (act. 10 Rz. 171; act. 57 Rz. 49-55).

5.5.1.3. Passivlegitimiert in Bezug auf *Unterlassungs- und Beseitigungsbeglehen* ist jede natürliche oder juristische Person, die die unerlaubte Verwendung vornimmt, also die Täterin einer Urheberrechtsverletzung (Primärstörer); ebenso, wer durch eigenes Handeln die Gefährdung der Rechte auslöst (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 10; EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., Art. 62 N. 7). Der Anspruch gegen die Teilnehmer einer Urheberrechtsverletzung setzt voraus, dass diese adäquat kausale Folge ihres Beitrags (widerrechtliches Teilnehmerverhalten) ist (BGE 145 III 72 E. 2.2.1; REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 11). Im Einklang mit der herrschenden Lehre ist zudem zu verlangen, dass die Teilnehmerin weiss oder wissen muss, dass sie mit ihrem eigenen Verhalten die urheberrechtsverletzende Handlung des Dritten fördert (RIGAMON-

TI/WULLSCHLEGER, Zur Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen, sic! 2018 S. 47 ff., S. 52; REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 11; HILTY, Urheberrecht, 2020, N. 826; a.M. SCHMIDT-GABAIN, Noch einmal zur Passivlegitimation bei Urheberrechtsverletzungen - eine kurze Entgegnung auf den Beitrag von RIGAMONTI/WULLSCHLEGER in sic! 2/2018, S. 302 ff.). Sind mehrere Personen an einer Verletzung beteiligt, so haften sie solidarisch (EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., Art. 62 N. 7; BGE 107 II 82 E. 9a).

Die Beklagten sind hinsichtlich Rechtsbegehren 1 (Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren) passivlegitimiert. Beiden werden Verletzungshandlungen vorgeworfen. Der Beklagten 2 wird zudem die Teilnahme an Verletzungshandlungen der Beklagten 1 angelastet, worauf bei der Prüfung der behaupteten Verletzungen näher einzugehen ist (siehe Ziffer 5.6.2.1). Fehlendes Eigentum an den streitgegenständlichen Fotoabzügen schliesst die Passivlegitimation nicht aus.

5.5.1.4. In Bezug auf den *Auskunftsanspruch* passivlegitimiert sind aktuelle und vormalige Besitzer von widerrechtlich hergestellten oder verbreiteten Werkexemplaren (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 20; EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., Art. 62 N. 11). Beide Beklagten hatten Besitz an den Fotoabzügen (siehe Ziffer 4.1), daher ist die Passivlegitimation auch für das Auskunftsbegehren (Rechtsbegehren 3) grundsätzlich gegeben. Ob der Besitz derzeit noch besteht, ist für die Passivlegitimation betreffend den Auskunftsanspruch irrelevant. Die Frage der widerrechtlichen Herstellung oder Verbreitung von Werkexemplaren ist im Rahmen der nachfolgenden Anspruchsprüfung zu beantworten.

#### 5.5.2. Rechtsbegehren 2

5.5.2.1. Im Zusammenhang mit Rechtsbegehren 2 bringt die Klägerin vor, dass Eigentümer, selbständige oder unselbständige Besitzer der einzuziehenden Gegenstände oder diesbezüglich weisungsberechtigte Personen passivlegitimiert seien. Die einzuziehenden Gegenstände müssten sich nicht in unmittelbarem Besitz der beklagten Partei befinden, auch der mittelbare Besitz genüge. Diesfalls könne die beklagte Partei gerichtlich angewiesen werden, ihren Herausgabeanspruch geltend zu machen und die herausverlangten Gegenstände dem Gericht

zu übergeben (act. 46 Rz. 51). Gestützt auf die Urteile in den Massnahmeverfahren seien die Beklagten verpflichtet, die streitgegenständlichen Fotoabzüge bis auf weiteres im Zürcher Freilager J. \_\_\_\_\_ aufbewahren zu lassen und somit den Besitz im Sinn der tatsächlichen Gewalt über die Fotoabzüge weiterhin auszuüben (act. 46 Rz. 55). Die vorliegend unbekanntes sachenrechtlichen Eigentümer könnten zusätzlich passivlegitimiert sein. Die Klägerin müsse jedoch nicht alle Beteiligten einklagen, weil diese keine notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 70 ZPO bildeten (act. 46 Rz. 59). Deren rechtliches Gehör sei nicht verletzt (vgl. BGE 88 II 48 E. 3): Die Beklagte 2 sei nach ihren Angaben Verwalterin der Fotoabzüge und behaupte somit ein Vertragsverhältnis mit den unbekanntes sachenrechtlichen Eigentümern. Daher sei davon auszugehen, dass diese von der Beklagten 2 über die Auseinandersetzung informiert worden seien, faktisch von ihr vertreten würden und seit dem Beginn des Konflikts im Sommer 2019 die Gelegenheit gehabt hätten, sich namentlich zu melden und am Verfahren formell teilzunehmen (act. 46 Rz. 60). Falls die angeblichen Eigentümer den Ausgang des Verfahrens abwarten würden, um danach eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend zu machen, verletzen sie den Grundsatz von Treu und Glauben. Zudem könnten sachenrechtliche Eigentumsrechte Dritter der Klägerin nicht entgegen gehalten werden, weil es keinen gutgläubigen Erwerb von Urheberrechten gebe und das Urheberrecht Vorrang vor dem sachenrechtlichen Eigentum habe. Die formelle Beteiligung der angeblichen sachenrechtlichen Eigentümer am vorliegenden Verfahren hätte auf dessen Ausgang insofern kaum einen Einfluss (act. 46 Rz. 61).

5.5.2.2. Die Beklagte 1 bestreitet ihre Passivlegitimation, da sie aktuell weder Besitzerin noch Eigentümerin der Fotografien noch Adressatin der klägerischen Anträge sei (act. 13 Rz. Zu 11, 97; act. 55 Rz. 25, 33).

5.5.2.3. Die Beklagte 2 bestreitet ihre Passivlegitimation in Bezug auf das Beseitigung-/Einziehungsbegehren (act. 10 Rz. 171; act. 57 Rz. 49-55). Passivlegitimiert seien die Eigentümer, die Klägerin habe diesen jedoch nicht den Streit verkündet (act. 57 Rz. 49 ff.). Der von der Klägerin zitierte BGE 88 II 48 sei überholt und auch nicht mit vorliegender Konstellation vergleichbar, denn vorliegend habe die

Klägerin die Eigentümerinnen der streitgegenständlichen Fotoabzüge nicht mittels Streitverkündung in das Verfahren einbezogen. Diese seien von der Beklagten 2 auch nicht über die Auseinandersetzung informiert worden (act. 57 Rz. 50). Eine Ausdehnung auf am Verfahren nicht beteiligte Drittpersonen mittels Antrag auf Herausgabe sei nicht möglich (act. 57 Rz. 51). Wenn sie die streitgegenständlichen Fotoabzüge herauszugeben hätte, stellte dies eine Verletzung des rechtlichen Gehörs sowie der Eigentumsrechte der Eigentümerinnen dar (act. 57 Rz. 52).

5.5.2.4. Hinsichtlich *Einziehungsbegehren* sind Eigentümer und/oder selbständige oder unselbständige Besitzer der einzuziehenden Gegenstände passivlegitimiert (MÜLLER, a.a.O., Art. 63 N. 8). Unselbständigen Besitz haben Personen, welche die Sache nicht als Eigentümerinnen, sondern zu einem beschränkten dinglichen oder zu einem persönlichen Recht besitzen (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. A., 2022, N. 111). Die Gegenstände müssen sich nicht in unmittelbarem Besitz der beklagten Partei befinden, es genügt der mittelbare Besitz (EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., a.a.O., Art. 63 N. 7). Mittelbarer Besitz besteht dann, wenn eine Besitzerin die Sachherrschaft nur indirekt, also über eine andere Person ausübt, der sie hinsichtlich der Sache ein dingliches oder obligatorisches Recht eingeräumt hat (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 114). Falls die beklagte Partei nur in mittelbarem Besitz der Werkexemplare ist, kann sie gerichtlich angewiesen werden, ihren Herausgabeanspruch geltend zu machen und diese dem Gericht zu übergeben (EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., Art. 63 N. 7). Im Zivilverfahren können nur Anordnungen gegenüber der beklagten Partei getroffen werden.

5.5.2.5. Ob eine Klage auf Einziehung neben dem Verletzer und Besitzer zusätzlich gegen die (mitunter unbekannt) Eigentümerin (mittels zusätzlicher Klageerhebung oder Streitverkündung) gerichtet werden muss (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 63 N. 4; STUTZ/BEUTLER/HÖTTINGER [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar, DesG, 2022, Art. 36 N. 22), ist nachfolgend durch Gesetzesauslegung zu klären.

Das Gesetz muss aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis

einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Dabei herrscht ein pragmatischen Methodenpluralismus; eine hierarchischen Prioritätsordnung der einzelnen Auslegungselemente gibt es nicht (BGE 142 III 557 E. 8.3 m.H.). Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung (BGE 136 V 216 E. 5.1). Ist der Wortlaut eines Rechtssatzes klar, ist nur dann davon abzuweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche triftigen Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift und aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben. Entscheidend ist nicht der vordergründig klare Wortlaut einer Norm, sondern der wahre Rechtssinn, welcher durch die anerkannten Regeln der Auslegung zu ermitteln ist (BGE 111 Ia 29 E. 3b m.H.).

Der Wortlaut von Art. 63 URG nennt keine Adressatin des Einziehungsbegehrens. Aus Sinn und Zweck der Bestimmung ergibt sich nicht, dass die Eigentümerin gleichzeitig zwingend einzuklagen wäre (vgl. STUTZ/BEUTLER/HOTTINGER a.a.O., Art. 36 N. 22; STAUB, in: NORTH/BÜHLER/THOUVENIN [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar, Markenschutzgesetz, 2. A., 2017, Art. 57 N. 11): Die Bestimmung dient dazu, bestehende Urheberrechtsverletzungen zu beseitigen und künftige Urheberrechtsverletzungen zu verhindern, indem die widerrechtlich hergestellten Gegenstände oder die zu deren Herstellung dienenden Einrichtungen oder Geräte aus dem Verkehr gezogen werden. Würde neben der Klage gegen den Besitzer zusätzlich eine Klage gegen die Eigentümerin verlangt (was an eine notwendige Streitgenossenschaft erinnert), würde dies den Rechtsschutz in vielen Fällen verunmöglichen (vgl. SCHWEIZER, in: SCHWEIZER/ZECH [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar, Patentgesetz PatG, Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (PatG), 2019, Art. 69 N. 11). Der Verletzten ist die Eigentümerin oft – wie auch im vorliegenden Verfahren – nicht bekannt; diese ist oft auch nicht eruierbar, so dass keine Klageerhebung oder Streitverkündung gegen die Eigentümerin möglich ist (vgl. JERMANN, in: CELLI/STAUB [Hrsg.], Designrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über den Schutz von Design, 2003, Art. 36 N. 24). Darüber hinaus wäre im Falle einer solchen Voraussetzung das Bestreiten der Eigentümerschaft vermutlich eine be-

liebte Abwehrstrategie beklagter Parteien. Notwendig für die Vollstreckung, d.h. der Realisierung der Einziehung, ist nur *Eigentum oder Besitz* der beklagten Partei an den Gegenständen (vgl. auch HGer AG HOR.2011.22 vom 29. August 2012 in sic! 2013, 344 E. 9.2.2: "*Der Einziehungsantrag kann sich somit nur auf diejenigen Gegenstände erstrecken, die im Eigentum oder Besitz der Beklagten sind.*"). Entsprechend ist auch nur eins von beiden zu verlangen.

Für die ebenfalls von der Lehre teilweise geforderte Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Eigentümerin (STUTZ/BEUTLER/HOTTINGER, a.a.O., Art. 36 N. 22) besteht weder eine prozess- noch materiellrechtliche Grundlage.

Ein Eingriff in die Eigentumsrechte wird mit der Norm von Art. 63 URG bewusst in Kauf genommen und ist Folge der absoluten Natur des Urheberrechts (vgl. HILTY, a.a.O., N. 22, Art. 641 Abs. 1 ZGB). Da sich ihre Anwendung auf widerrechtlich hergestellte Gegenstände oder vorwiegend zu ihrer Herstellung dienenden Einrichtungen, Geräte oder sonstigen Mittel beschränkt, sprich Gegenstände etc., welche keinen Rechtsschutz verdienen, ist sie mit der in der Bundesverfassung verankerten Eigentumsgarantie kompatibel (Art. 26 BV), deren Kerngehalt bleibt unangetastet. Im Rahmen der Abwägung ist das öffentliche Interesse an der Verhinderung der Verbreitung von Urheberrechte verletzenden Gegenstände höher zu gewichten als das Interesse am Eigentum daran. Eine Einziehung ist zur Wahrung des öffentlichen Interesses zudem geeignet, erforderlich und verhältnismässig (vgl. Art. 36 BV). Der nicht in den Prozess einbezogenen Eigentümerin bleiben allfällige Ansprüche gegen die beklagte Partei aufgrund des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses (vgl. JERMANN, a.a.O., Art. 36 N. 24; MÜLLER, a.a.O., Art. 63 N. 11). Demnach ist die Passivlegitimation der Beklagten 1 und 2 in Bezug auf Rechtsbegehren 2 nicht davon abhängig, ob die Eigentümerin gleichzeitig ins Recht gefasst wurde.

5.5.2.6. Für die Frage der Passivlegitimation der Beklagten 1 und 2 betreffend das Einziehungsbegehren bleibt daher abzuklären, ob sie Besitzerinnen der streitgegenständlichen Fotoabzüge sind: Unstrittig (bzw. höchstens pauschal und damit ungenügend bestritten) werden die streitgegenständlichen Fotoabzüge im Mietbereich der Beklagten 2 auf deren Kosten im Zollfreilager J.\_\_\_\_\_ gelagert (act. 1

Rz. 14; act. 46 Rz. 142; vgl. act. 10 Rz. 98; act. 13 Rz. Zu 12-15; act. 57 Rz. 120). Zur (dortigen) Aufbewahrung sind die Beklagten gemäss den Urteilen der Massnahmeverfahren (HGer Urteil HE190419 vom 5. November 2020 Dispositiv-Ziffer 1; HGer Urteil HE200435-O vom 8. Februar 2021 Dispositiv-Ziffer 1) verpflichtet.

Die Klägerin leitet hieraus ab, dass die Beklagten verpflichtet sind, den Besitz im Sinn der tatsächlichen Gewalt über die Fotoabzüge weiterhin auszuüben (act. 46 Rz. 55, 114, 143). Die Verpflichtung wird von den Beklagten nicht bestritten (vgl. act. 55; act. 57 Rz. 103, 120) und ist zu bejahen.

5.5.2.7. Die Beklagte 1 bestreitet jedoch, Besitzerin der Fotografien zu sein; sie habe keine tatsächliche und auch keine rechtliche Beziehung mehr zu den streitgegenständlichen Fotografien (act. 13 Rz. Zu 11, Zu 97; act. 55 Rz. 25, 33). Die Klägerin bringt dagegen vor, dass gemäss dem Schreiben der Beklagten 1 vom 15. November 2019 die streitgegenständlichen Fotoabzüge durch die Beklagte 2 *für die Beklagte 1* im Zollfreilager I.\_\_\_\_\_ aufbewahrt würden (act. 46 Rz. 111; act. 13 in HE190419-O). Die Übergabe der Fotoabzüge durch die Beklagte 1 an die AO.\_\_\_\_\_ AG bedeute somit einzig, dass die Fotoabzüge im Zollfreilager statt in den Geschäftsräumlichkeiten der Beklagten 1 in I.\_\_\_\_\_ aufbewahrt würden. Am Besitz im Sinn der tatsächlichen Gewalt über die Fotoabzüge durch die Beklagten ändere sich nichts (act. 46 Rz. 112; act. 13 in HE190419-O). Dieser Argumentation ist zu folgen und der mittelbare Besitz der Beklagten 1 zu bejahen: Die Beklagte 1 hatte die streitgegenständlichen Fotoabzüge zu Beginn des Massnahmeverfahrens HE190419-O in ihren Galerieräumlichkeiten. Sie übergab diese mit Zustimmung der Klägerin zur Verwahrung durch die Beklagte 2 für sie im Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ (act. 13 in HE190419-O; HGer Urteil HE190419 vom 5. November 2020 E. 8.4). Durch das Verbringen in das Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ endete die Verantwortung der Beklagten 1 nicht; die Beklagte 1 wurde nicht ermächtigt, ihre Verfügungsrechte an den Fotoabzügen aufzugeben (HGer Urteil HE190419 vom 5. November 2020 E. 10.2.3). Als Auftraggeberin der Aufbewahrung kommt ihr ein obligatorisches Verhältnis zur Beklagten 2 und über diese zum Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ zu (HGer Urteil HE190419 vom



5. November 2020 E. 8.5). Aus welchen Gründen sie heute eine andere Rechtsstellung haben soll, wird weder substantiiert behauptet noch dokumentiert. Mit dem zweiten Massnahmeentscheid vom 8. Februar 2021 gegen die Beklagte 2 wurde die vorsorgliche Massnahme gegen die Beklagte 1 nicht aufgehoben. Vielmehr wurde im Entscheid festgehalten, dass die Beklagte 2 zu verpflichten sei, die streitgegenständlichen Fotoabzüge im Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ aufbewahren zu lassen (*ob aufgrund einer internen Abrede mit der Beklagten 1 oder in Zusammenarbeit mit der Beklagten 1 sei unerheblich*) (HGer Urteil HE200435-O vom 8. Februar 2021 E. 8.3.2). Die streitgegenständlichen Fotoabzüge befinden sich nach der Verkehrsanschauung noch immer in der Einflussosphäre der Beklagten 1 und ihrem Willen entsprechend im Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_. Damit übt die Beklagte 1 ihre indirekte Sachherrschaft mit oder über die Beklagte 2 aus und ist mittelbare Besitzerin der streitgegenständlichen Fotoabzüge.

5.5.2.8. Die Beklagte 2 bringt vor, sie dürfe abgesehen von direkten Instruktionen der Eigentümer der Fotoabzüge diese bloss mit (vorheriger pauschaler) Zustimmung der Eigentümer zu Ausstellungszwecken herausgeben und sonst nicht über die Fotoabzüge verfügen (der Kunde behalte die Hoheit). Insofern sei ihr Herausgaberecht gegenüber der Lagerbetreiberin limitiert. Sie, die Beklagte 2, habe somit – wenn überhaupt – nur eingeschränkten mittelbaren Besitz an den streitgegenständlichen Fotoabzügen. Das Zollfreilager (bzw. deren Betreiber) sei nicht befugt, ihr die Fotoabzüge zu anderen Zwecken herauszugeben (act. 10 Rz. 9, 98, 171).

Die Beklagte 2 anerkennt damit, – wenn auch eingeschränkten – mittelbaren Besitz an den streitgegenständlichen Fotoabzügen zu haben. Darauf ist sie zu behaften. Aufgrund der Aufbewahrung der streitgegenständlichen Fotoabzüge in ihrem Mietbereich (act. 1 Rz. 14; act. 46 Rz. 142; vgl. act. 10 Rz. 98 [pauschale, ungenügende Bestreitung]; act. 57 Rz. 120 [keine Bestreitung]), mit ihrem Willen, hat die Beklagte 2 die Sachherrschaft über die streitgegenständlichen Fotoabzüge inne. Überdies ist auch bei ihr von einem obligatorischen Verhältnis zwischen ihr und dem Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ auszugehen, da sie die streitgegenständlichen Fotoabzüge in ihrem Mietbereich aufbewahrt und die Kosten für die Aufbe-

wahrung trägt (HGer Urteile HE190419 vom 5. November 2020 E. 10.2.4, HE200435 vom 8. Februar 2021 E. 8.2.2.3; vgl. HGer Verfügung HE200435 vom 23. November 2020 E. 11, 13.5).

Sowohl eine Mieterin von Lagerräumlichkeiten als auch eine Hinterlegerin einer beweglichen Sache in einem Lager haben den Anspruch, die von ihr im Lagerraum gelagerten / hinterlegten Gegenstände herauszunehmen / zurückzufordern. Sie hat gegenüber den Lagerhaltern einen Herausgabeanspruch (Art. 268 OR e contrario; Art. 475 OR; Art. 479 OR). Indem die Beklagte 2 geltend macht, das Zollfreilager sei nicht befugt, ihr die Fotoabzüge zu anderen Zwecken als Ausstellungszwecken herauszugeben, macht die Beklagte 2 eine rechtshemmende Tatsache (nicht durchsetzbares Recht) geltend. Dafür trägt sie die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast (WALTER, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, 2012, Art. 8 N. 279; BGE 125 III 78 E. 3.b). Die Vorbringen der Beklagten 2 sind bereits nicht schlüssig (Behauptungsebene), weshalb sie damit nicht zu hören ist: Während sie in act. 10 Rz. 9 von einem Herausgaberecht der Beklagten 2 bei Zustimmung der Kunden spricht, was sich auf einen Vertrag zwischen der Beklagten 2 und ihren Kunden zu beziehen scheint, erwähnt sie in act. 10 Rz. 98 und 171 eine (ohne Zustimmung der Eigentümerinnen) fehlende Befugnis des Zollfreilagers zur Herausgabe, was eine vertragliche Verpflichtung des Zürcher Freilagers J.\_\_\_\_\_ gegenüber den Eigentümerinnen impliziert. Sodann widersprüche die von der Beklagten 2 behauptete Limitierung des Herausgaberechts diametral der Partevereinbarung, die zur Aufbewahrung im Freilager J.\_\_\_\_\_ führte. Darin kamen die Parteien vorbehaltlos überein, dass sie sich nach Abschluss des Verfahrens der rechtskräftigen Entscheidung der Schweizer Gerichte unterwerfen (act. 46 Rz. 107, 142; act. 3/17). Dass mit einer solchen auch eine Einziehung angeordnet werden könnte, war absehbar. Darüber hinaus verstiesse sie gegen die angeordneten vorsorglichen Massnahme, welche die Beklagte 2 nicht ermächtigt, ihre Verfügungsrechte an den Fotoabzügen aufzugeben bzw. einzuschränken, und ihr explizit verboten, Dritten ihren Lagerort mitzuteilen sowie Dritten direkt oder indirekt zu ermöglichen, in ihren Besitz zu gelangen (HGer Urteil HE200435 vom 8. Februar 2021 Dispositiv-Ziffer 1). Auch allfällige Eigentümer sind Dritte; diese

dürften von einer Aufbewahrung der Fotoabzüge im Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ keine Kenntnis haben. Da die Beklagte 2 selbst festhält, einen künftigen Urteilspruch zu beachten (act. 57 Rz. 203), ist nicht davon auszugehen, dass sie (gegen Treu und Glauben) die Parteivereinbarung und den erwähnten Massnahmenentscheid verletzen wollte und eine den Herausgabeanspruch limitierende Vereinbarung mit dem Zollfreilager oder den Eigentümern abgeschlossen hat.

Neben der Schlüssigkeit der Behauptungen fehlte es auch an substantiierten Behauptungen zur Einschränkung des Besitzes / Limitierung der Herausgabe, obwohl sich die Klägerin auf die Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Fotoabzüge durch die Beklagte 2 beruft (vgl. act. 46 Rz. 55, 141 ff.). Die Beklagte 2 legt nicht dar, gestützt auf welche Vereinbarung mit welcher Partei die Fotoabzüge nicht herausgegeben werden dürften (vgl. act. 46 Rz. 141). Solche fehlende Behauptungen lassen sich weder durch eine Parteibefragung noch durch ein Zeugnis ersetzen, kann doch mit einer Parteibefragung bzw. einer Zeugeneinvernahme nur bewiesen werden, was vorab behauptet wurde (siehe Ziffer 2.1). Daher entfielen eine Beweisabnahme selbst dann, wenn von schlüssigen Behauptungen ausgegangen würde. Darüber hinaus reichte die Beklagte 2 keine schriftlichen Vereinbarungen mit dem Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ (es gebe keine, es werde auf der Basis von Lagerscheinen und Rechnungen gearbeitet; act. 57 Rz. 119) und/oder allfälligen Eigentümerinnen der Fotoabzüge ein.

Folglich sind die Beklagten als Besitzerinnen auch hinsichtlich des Einziehungsbegehrens grundsätzlich passivlegitimiert.

## **5.6. Urheberrechtsverletzungen**

### **5.6.1. Struktur**

Die Klägerin macht Urheberrechtsverletzungen i.S.v. Art. 10 und Art. 11 URG geltend. Nachfolgend werden zuerst die behaupteten Urheberrechtsverletzungen nach Art. 10 URG (Ziffer 0) und danach – da ausschliesslich Art. 10 Abs. 2 lit. b URG betreffend – eine allfällige Erschöpfung (Ziffer 5.6.3) geprüft. Hernach erfolgt die Prüfung der behaupteten Urheberrechtsverletzungen nach Art. 11 URG (Ziffer

5.6.4), bevor auf die beklagischen Argumente betreffend Sachenrecht und guter Glaube (Ziffer 5.6.5) eingegangen wird.

## 5.6.2. Prüfung von Verletzungen nach Art. 9 und 10 URG

### 5.6.2.1. Parteistandpunkte

5.6.2.1.1. Die Klägerin bringt vor, die Beklagten hätten die Werke ohne Erlaubnis von A.\_\_\_\_\_ und der Klägerin verwendet und daher deren Rechte nach Art. 10 URG verletzt (act. 1 Rz. 30, 42, 71 f., 85 f.). Konkret behauptet sie folgende Verletzungen:

Beklagte 1:

- **Ausstellung:** Die Beklagte 1 habe die Fotografien in ihren Geschäftsräumlichkeiten in I.\_\_\_\_\_ ausgestellt (29. August - 1. November 2019) (act. 1 Rz. 9, 17, 19).
- **Präsentation der Fotografien auf der Website:** Die streitgegenständlichen Fotoabzüge könnten auf der Website der Beklagten 1 (<[https://de.B.\\_\\_\\_\\_\\_.org/A.\\_\\_\\_\\_\\_](https://de.B._____.org/A._____)>) auch heute noch einzeln betrachtet und heruntergeladen werden (act. 1 Rz. 10).
- **Anbieten der Fotografien zum Verkauf:** Die Beklagte 1 biete die Fotoabzüge mindestens bis heute (Klageeinreichung) zum Kauf an und verletze damit seit August 2019 die Urheberrechte der Klägerin (act. 1 Rz. 9, 17, 19; act. 46 Rz. 101).

Beklagte 2:

- **Einfuhr in die Schweiz:** Die Fotoabzüge seien durch die Beklagte 2, oder von Q.\_\_\_\_\_ und die R.\_\_\_\_\_ AG in Absprache mit der Beklagten 2, in die Schweiz eingeführt worden (act. 46 Rz. 40, 47; act. 1 Rz. 19, 85, 97).
- **Verkauf:** Die Beklagte 2 habe die Fotoabzüge an Kunden in Deutschland weiterverkauft, wobei die Fotoabzüge im Zollfreilager in N.\_\_\_\_\_ gelagert hätten (act. 46 Rz. 40, 46; act. 1 Rz. 41, 19, 85, 97).
- **Lieferung der Fotografien an die Beklagte 1:** Die Beklagte 2 habe der Beklagten 1 die Fotografien für die Ausstellung zur Verfügung gestellt (act. 1 Rz. 15, 19, 97; act. 46 Rz. 41, 48).

- **Mitwirkung an den Verletzungshandlungen der Beklagten 1:** Die Beklagte 2 habe an der öffentlichen Präsentation (Galerie und Internet) der Fotoabzüge und am Kaufangebot der Beklagten 1 mitgewirkt (act. 1 Rz. 41, 97; act. 46 Rz. 44, 49).

Beklagte 1 und 2:

Darüber hinaus bestreitet die Klägerin, dass die von den Beklagten verwendeten, streitgegenständlichen Fotoabzüge durch A.\_\_\_\_\_ oder mit seiner Zustimmung hergestellt worden sind, und damit deren Echtheit (act. 1 Rz. 22 ff., 30, 41 f., 55 ff., 61 ff., 69 ff., 71 f., 80, 85; act. 46 Rz. 8-11, 29 f., 177, 182, 215 f.), 278 ff.). Die Herstellung von Fotoabzügen falle unter das Vervielfältigungsrecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG (act. 1 Rz. 85; act. 46 Rz. 68).

5.6.2.1.2. Die Beklagte 1 bestreitet das Vorliegen einer Urheberrechtsverletzung, inklusive das Herstellen (act. 13 Rz. Zu 17, 21, 77, 90, 98-102; act. 55 Rz. 91). Hinsichtlich der einzelnen Vorwürfe argumentiert sie wie folgt:

- **Ausstellung:** Die Ausstellung habe stattgefunden (act. 55 Rz. 52). Sie habe die Ausstellung im Auftrag der Beklagten 2 bzw. der rechtmässigen Eigentümer organisiert (act. 13 Rz. Zu 9, 19; act. 55 Rz. 15, 53). Die Fotografien seien schon an diversen Ausstellungen präsentiert worden (act. 13 Rz. Zu 25).
- **Präsentationen der Fotografien auf der Website:** Auf der Website der Beklagten 1 fänden sich keine Fotografien (act. 13 Rz. Zu 9).
- **Anbieten der Fotografien zum Verkauf:** Nach gegenteiligen Ausführungen in der Klageantwort (act. 13 Rz. Zu 17, 98-102, 103) erklärt die Beklagte 1 in der Duplik, den Auftrag von der Beklagte 2 gehabt zu haben, die Fotografien zum Verkauf anzubieten (act. 55 Rz. 15). Ebenso bestätigt sie, S.\_\_\_\_\_ eine Preisliste zur Verfügung gestellt zu haben (wenn auch nicht via Download auf der Website, sondern durch Zusenden eines Links per E-Mail für ein Dokument in einer Cloud). Dieser habe aber kein ernsthaftes Interesse an den Fotografien gehabt, sondern sei von der Klägerin beauftragt worden, diese Liste zu beschaffen (act. 55 Rz. 28). Im Gegensatz da-

zu bestreitet sie in act. 55 Rz. 100 abermals, die streitgegenständlichen Fotoabzüge zum Verkauf angeboten zu haben.

5.6.2.1.3. Die Beklagte 2 anerkennt, die streitgegenständlichen Fotoabzüge gekauft und in der Folge sukzessive an Kunden in Deutschland **weiterverkauft** zu haben, wobei die Fotoabzüge im Zollfreilager in N.\_\_\_\_\_ gelagert hätten (act. 10 Rz. 30 ff.). Die **Einfuhr** der Fotoabzüge bestreitet sie nicht (vgl. act. 57 Rz. 94; act. 10 Rz. 101, 155, 167). Auch, dass sie die Fotoabzüge der Beklagten 1 **zwecks Ausstellung zur Verfügung stellte**, anerkennt sie ausdrücklich (act. 57 Rz. 95). Sie habe sie ihr kostenlos ausgeliehen (act. 57 Rz. 100). Allerdings habe sie die Beklagte 1 **nicht** beauftragt, die Fotoabzüge **zum Kauf anzubieten**. Die Preisliste habe sie nicht genehmigt (act. 10 Rz. 93, 116; act. 57 Rz. 97). Weiter habe sie an der öffentlichen Präsentation und am Verkaufsangebot nicht mitgewirkt (act. 57 Rz. 102). Sie habe vom öffentlichen Kaufangebot und der Preisliste der Beklagten 1 nichts gewusst (act. 57 Rz. 97).

#### 5.6.2.2. Rechtliches

5.6.2.2.1. Der Urheber, und damit auch die Rechteinhaberin als Rechtsnachfolgerin, hat unter anderem das ausschliessliche Recht zu bestimmen:

- ob, wann, wie und unter welcher Urheberbezeichnung das eigene Werk erstmals veröffentlicht werden soll (Art. 9 Abs. 2 URG).
- ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 URG).

5.6.2.2.2. **Veröffentlichungsrecht** (Art. 9 Abs. 2 URG): Ein Veröffentlichungsrecht besteht dann, wenn die berechnigte Person zugestimmt hat. Eine Veröffentlichung ohne Zustimmung des Urhebers / der Rechteinhaberin oder gegen deren Willen gilt als nicht geschehen. Zum Veröffentlichungsrecht gehört bei Kunstwerken auch das Recht der Erstaussstellung (REHBINDER/HAAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 9 N. 12).

5.6.2.2.3. **Vervielfältigungsrecht** (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG; körperliche Verwertung): Urheber haben das Recht, Werkexemplare auf einem dauerhaften Material

festzuhalten (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 N. 16). Vervielfältigung liegt vor bei jeder selbständigen, gegenständlichen Fixierung des Werks, welche unmittelbar

oder mittelbar der Wahrnehmung des Werks durch die menschlichen Sinne dient oder diese in irgendeiner Weise ermöglicht (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 9). Das Vervielfältigungsrecht ist übertragbar; wird es ohne gleichzeitiges Änderungsrecht übertragen, können sich Urheber gegen jede Änderung zur Wehr setzen (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 N. 17 f.). Dieses Recht unterliegt nicht der Erschöpfung (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 1).

5.6.2.2.4. **Verbreitungsrecht** (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG; körperliche Verwertung): Dem Urheber kommt das Recht zu, Werkexemplare anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten. Es bezieht sich auf Originale wie auch (autorisierte oder nicht autorisiert hergestellte) Werkexemplare (HILTY, Urheberrecht, 2. A., 2020, N. 307). Das Recht betrifft die Zurverfügungstellung von Werkexemplaren ausserhalb der durch Schranken begünstigten Kreise (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 11). Insbesondere zählen der Verkauf und die Schenkung dazu (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 N. 20). Als Vorbereitungshandlung fällt bereits das Anbieten unter diese Bestimmung. Ein Angebot kann in Prospekten oder im Internet erfolgen. Es bedarf dafür der einseitigen Erklärung der Bereitschaft zur Überlassung an Einzelne oder eine Vielzahl auch unbestimmter Personen. Erfasst wird auch die Einfuhr in bzw. eine Ausfuhr aus der Schweiz (HILTY, a.a.O., N. 307). Nur die Erstverbreitung jedes Exemplars ist dem Urheber vorbehalten; hat der Rechteinhaber ein Werkexemplar veräussert, so sind die weiteren Verbreitungshandlungen daran zufolge Erschöpfung grundsätzlich frei (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 11 f.).

Nicht unter das Verbreitungsrecht von Art. 10 Abs. 2 URG fällt gemäss Lehre die Ausstellung eines Werkexemplars (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 15; HILTY, a.a.O., N. 342).

Umstritten ist, ob auch Gebrauchsüberlassungen von Werkexemplaren unter das Verbreitungsrecht fallen, solange dieses nicht durch Veräusserung erschöpft ist. HILTY hält das Verleihen von Werkexemplaren ohne weiteres für zulässig (HIL-



TY, a.a.O., N. 308). BARRELET/EGLOFF sprechen sich entgegen dem Gesetzeswortlaut aus gesetzessystematischen Gründen für eine enge Auslegung von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG aus, in dem Sinn, dass sich das Verbreitungsrecht nur auf definitive Veräusserungshandlungen und nicht auf Vermietung und Leihe beziehe (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 N. 20). Auch PFORTMÜLLER scheint dieser Ansicht zu sein (PFORTMÜLLER, in: MÜLLER/OERTLI [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz (URG), 2. A. 2012, Art. 10 N. 7 f.). Dagegen erachten REHBINDER/HAAS/UHLIG das Verbreitungsrecht für anwendbar. Das Erstverbreitungsrecht biete auch allgemeinen Schutz gegen Vermietung und Verleih von Werkexemplaren, die nicht mit Einwilligung des Rechteinhabers veräussert worden seien. Das sei durchaus relevant, etwa im Fall von Raub- oder Privatkopien. Der Grundsatz von Art. 10 Abs. 1 URG, der Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG sowie Art. 12 und 13 URG sprächen für ein umfassendes Verbreitungsrecht. Das Recht, nicht in Verkehr gesetzte Werkexemplare zum Gebrauch zu überlassen, sei demnach Teil des Ausschliesslichkeitsrechts. Mit diesem erschöpfe es sich am Werkexemplar bei dessen bewilligter Veräusserung (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 13). Schweizer höchstrichterliche Rechtsprechung gibt es – soweit ersichtlich – zu dieser Frage noch keine.

Art. 10 Abs. 2 lit. b URG bedarf der Auslegung (siehe zu den Auslegungsgrundsätzen Ziffer 5.5.2.5). Der Wortlaut der Bestimmung ist mit "*Werkexemplare anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten*" weit gefasst. Er konkretisiert die Generalklausel der Werkverwendung nach Art. 10 Abs. 1 URG nur in kleinem Masse. Mit dem Ausdruck "*sonst wie zu verbreiten*" kann jede Handlung gemeint sein, mit welcher sich ein Werk verbreiten lässt; dazu gehören auch die Vermietung und die Leihe. Ebenso weit gewählt ist der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 URG als Pendant ("*Hat ein Urheber oder eine Urheberin ein Werkexemplar veräussert oder der Veräusserung zugestimmt, so darf dieses weitveräussert oder sonst wie verbreitet werden.*"). Der Ausdruck "Sonst wie verbreiten" nach Art. 12 URG umfasst auch die Gebrauchsüberlassung (PFORTMÜLLER, a.a.O., Art. 12 N. 4). Zu prüfen ist, ob der Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG den wahren Rechtssinn wiedergibt und nicht abweichend davon, wie in der Lehre teilweise vertreten wird, nur definitive Veräusserungshandlungen als Verbrei-

tungshandlungen gelten sollen. Die historische Auslegung trägt nichts zur Klärung bei: Die Botschaft von 1989 erwähnt selbst, dass es unklar sei, ob nach dieser Schutzkonzeption das Ausleihen von Werken bzw. von Werkexemplaren dem Urheber als ausschliessliches Recht vorbehalten ist (BBI 1989 II 477, S. 529). Weiter wurden die Vermietung und die Ausleihe zwar im Gesetzgebungsprozess diskutiert, der Fokus lag aber auf der Frage der Entgeltlichkeit (BBI 1984 III 173, S. 211). Systematisch fällt zwar auf, dass das Recht, Computerprogramme zu vermieten, in Art. 10 Abs. 3 URG explizit statuiert wird. Würde Art. 10 Abs. 1 und 2 URG das Recht zur Vermietung bereits für alle Werke vorsehen, schiene dieser Absatz auf den ersten Blick unnötig, was jedoch nicht der Fall ist: Die rechtmässige Veräusserung von Programmexemplaren bedeutet nicht, dass der Erwerber das Programm auch vermieten oder verleihen darf (REHBINDER/HAAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 35; Art. 12 Abs. 2 URG). Bei Computerprogrammen besteht anders als bei den übrigen Werken ein selbständiges Vermietrecht des Urhebers fort, welches die Erschöpfung des Verbreitungsrechts überdauert. Weiter ergibt sich kein Indiz für eine Beschränkung des Verbreitungsrechts auf definitive Veräusserungshandlungen aus der Regelung der Vergütungspflicht bei der Vermietung von Werkexemplaren in Art. 13 URG und des Verzichts auf deren Ausdehnung auf die Ausleihe. Art. 13 URG dient dazu, Urheber, die ein Werkexemplar veräussern und deren Recht damit erschöpft ist, an Erträgen zu beteiligen, die durch die Vermietung erzielt werden. Dies sagt hingegen nichts darüber aus, ob ein Urheber das Recht haben soll, über die erste Verwendung des Werks im Sinne einer Vermietung zu bestimmen. Entscheidend sind letztlich der Sinn und Zweck der Bestimmung: Der Urheber soll entscheiden dürfen, ob, wann und wie das Werk erstmalig verwendet wird. Primär haben die Rechte zwar eine vermögensrechtliche Natur, doch allerdings kommt ihnen auch eine ideelle Komponente zu. Sie ermöglichen dem Urheber, ihm nicht genehme Nutzerkreise von der Werkverwendung auszuschliessen oder Nutzungen zu verunmöglichen (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 N. 2). Dieser Zweck der Bestimmung kann nur erreicht werden, wenn das Bestimmungsrecht unabhängig von der Art und Weise der Werkverwendung und damit auch für Gebrauchsüberlassungen gilt. Bei der Verneinung der Anwendbarkeit des Verbreitungsrechts auf Gebrauchsüberlassung

wäre bei einem Werkexemplar, das ohne Zustimmung des Urhebers veräussert wurde, die Ausleihe des Werks an nicht genehme Nutzerkreise zulässig. Damit könnte der Urheber gerade nicht über den initialen Nutzerkreis oder die initiale Nutzung bestimmen. Folglich ist die Anwendbarkeit des Verbreitungsrechts auf Gebrauchsüberlassungen zu bejahen. Nach der rechtmässigen Erstveräusserung des Werkexemplars ist eine Ausleihe – analog einer weiteren Veräusserung – durch den Erwerber jedoch ohne Einschränkung (unentgeltlich) zulässig.

**5.6.2.2.5. Recht zum Zugänglichmachen** (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG; unkörperliche Wiedergabe): Zum Recht der Werkverwendung gehört auch das Recht, das Werk direkt oder mit irgendwelchen Mitteln vorzuführen, anderswo wahrnehmbar oder so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben. Wird kein Werkexemplar weitergegeben, sondern nur der Inhalt in unkörperlicher Form wiedergegeben oder Information übermittelt und entgegengenommen, ist der Urheber bzw. die Rechteinhaberin über Art. 10 Abs. 2 lit. c URG geschützt. Die Bereitstellung von Werk- und Datensätzen zum Download ist Zugänglichmachen auf Abruf (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 14, 18; PFORTMÜLLER, a.a.O., Art. 10 N. 10). Dazu gehört auch das Gewähren des Zugriffs auf eine Cloud an Dritte (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 19). Vorausgesetzt für den Zugang ist die Möglichkeit des Zugriffs auf einen Datensatz (das Werk-exemplar), der die Wiedergabe des Werks und damit seine Wahrnehmung ermöglicht. Nicht relevant ist der tatsächliche Abruf und die tatsächliche Wahrnehmung (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 20). Zugänglich macht, wer den Zugang für andere einrichtet und beherrscht (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 22). Dieses Recht unterliegt keiner Erschöpfung, überdauert also die Veröffentlichung des Werks ebenso wie die Veräusserung eines Werkexemplars oder dessen Zugänglichmachung an anderer Stelle (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 10 N. 17).

**5.6.2.2.6. Die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast hinsichtlich einer ihr Urheberrecht verletzenden Verhaltens** obliegt der Klägerin (Art. 8 ZGB).

### 5.6.2.3. Würdigung

5.6.2.3.1. Die **Beklagte 1** erklärt (nach anfänglichem Bestreiten des Anbietens der Fotoabzüge zum Kauf, siehe Ziffer 5.6.2.1.2), den Auftrag gehabt zu haben, Fotoabzüge zum Verkauf anzubieten (act. 55 Rz. 15). Zwar bestreitet sie (act. 13 Rz. Zu 9, 10; act. 55 Rz. 28) die klägerische Behauptung, dass die Preisliste für Werke über die Website der Beklagten 1 verlangt werden konnte (act. 1 Rz. 10). Doch die von der Klägerin eingereichten Ausdrucke zeigen dies auf (act. 3/13; 18. Januar 2021 "request the price list"). Eine solche Preisliste liess die Beklagte 1 Herrn S.\_\_\_\_\_ denn auch unbestrittenermassen per E-Mail mit einem Link zukommen (act. 46 Rz. 100-105; act. 55 Rz. 28). Unerheblich ist, ob S.\_\_\_\_\_ kaum ernsthaft an einem Kauf interessiert gewesen sein dürfte (act. 55 Rz. 28). Durch das Zurverfügungstellen der Preisliste per E-Mail und vor allem des Buttons "request the price list" auf der Website, mit welcher die Preisliste verlangt werden konnte, erklärte die Beklagte 1 die Bereitschaft zur Überlassung an eine Vielzahl auch unbestimmter Personen und bot sie die Fotoabzüge zum Verkauf an. Eine solche Handlung stellt eine **Verletzung des Verbreitungsrechts** im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG dar, sollten die Urheberrechte nicht erschöpft sein. Da der entsprechende Button auf der Website (<[https://de.B.\\_\\_\\_\\_\\_.org/A.\\_\\_\\_\\_\\_](https://de.B._____.org/A._____)>, zuletzt abgerufen am 21.11.2023) nicht mehr vorhanden ist, ist erstellt, dass die Verletzung nicht mehr andauert.

Die Beklagte 1 gibt sodann zu, dass sie eine Ausstellung der streitgegenständlichen Fotoabzüge durchgeführt hat. Wie vorstehend ausgeführt, fällt das Ausstellen von Werkexemplaren jedoch nicht unter das Verbreitungsrecht. Auch ist die Ausstellung – entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 1 Rz. 85) – kein Anwendungsfall des Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrechts (Recht zum Zugänglichmachen; Art. 10 Abs. 2 lit. c URG), regelt dieses doch das Zugänglichmachen unkörperlicher Werke (siehe Ziffer 5.6.2.2.5). Eine Verletzung des Rechts auf Erstaussstellung nach Art. 9 Abs. 2 URG wird seitens der Klägerin nicht geltend gemacht. Zwar erfolgt die Rechtsanwendung von Amtes wegen, doch fehlt es vorliegend an entsprechenden Tatsachenbehauptungen. So hätte es der Klägerin obliegen, substantiiert zu behaupten, dass die Werkexemplare bisher nie mit

ihrer Zustimmung ausgestellt worden sind. Dies hat sie nicht getan (vgl. act. 46 Rz. 125); dass die Fotoabzüge bereits früher ausgestellt wurden, hat die Beklagte 1 aber ausdrücklich behauptet (act. 13 Rz. Zu 25). Entsprechend liegt aufgrund des Ausstellens der streitgegenständlichen Fotoabzüge an sich keine Urheberrechtsverletzung vor. Allerdings hat die Beklagte 1 die Fotoabzüge für die Ausstellung von der Beklagten 2 ausgeliehen erhalten (act. 1 Rz. 15, 19, 97; act. 46 Rz. 41, 48; act. 55 Rz. 16) und die Beklagte 1 hätte – durch die Vornahme der Provenienzabklärungen vor der Ausstellung (und nicht erst währenddessen oder danach, act. 55 Rz. 40) – wissen können und müssen, dass sie mit ihrer Mitwirkung daran urheberrechtsverletzende Handlungen der Beklagten 2 förderte. Dadurch hat die Beklagte 1 an der **Verletzung des Verbreitungsrechts** im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG mitgewirkt, sollten die Urheberrechte nicht erschöpft sein.

Weiter bestreitet die Beklagte 1 zwar, dass Fotografien auf ihrer Website präsentiert werden (act. 13 Rz. Zu 9; vgl. auch act. 10 Rz. 94). Die Klägerin belegt mit act. 3/13 jedoch, dass am 18. Januar 2021, kurz vor Klageeinreichung, einzelne streitgegenständliche Fotografien auf der Website der Beklagten 1 (<[https://de.B.\\_\\_\\_\\_.org/A.\\_\\_\\_\\_](https://de.B.____.org/A.____)>) betrachtet werden konnten. Notorisch ist weiter, dass alle streitgegenständlichen Fotoabzüge ausser die beiden nachfolgend abgedruckten auf der Website der Beklagten 1 (<[https://de.B.\\_\\_\\_\\_.org/A.\\_\\_\\_\\_](https://de.B.____.org/A.____)>; zuletzt abgerufen am 16. 11.2023) noch immer betrachtet und heruntergeladen werden können:

... [Foto 11, Häuser]

... [Foto 12, Mann mit Katze]

Damit stellt die Beklagte 1 Werke und Datensätze zum Download bereit. Dies erfüllt den Tatbestand der **Verletzung des Rechts zum Zugänglichmachen** der Klägerin (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG). Die Verletzung dauert noch immer an.

5.6.2.3.2. **Die Beklagte 2** hat durch den (anerkannten) **Weiterverkauf** der streitgegenständlichen, in der Schweiz lagernden Fotoabzüge sowie die (anerkannte) **Einfuhr der Fotoabzüge in die Schweiz** das Verbreitungsrecht im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG verletzt, sollten die Urheberrechte nicht erschöpft sein.

Da die Beklagte 1 mit der Ausstellung selbst keine Urheberrechte verletzt hat, kann der Beklagten 2 keine Urheberrechtsverletzung infolge Mitwirkung daran angelastet werden, setzt ein Anspruch gegenüber einer Teilnehmerin doch eine rechtswidrige Haupttat voraus (BGE 145 III 72 E. 2.2.2). Allerdings hat die Beklagte 2 die Fotoabzüge der Beklagten 1 für die Ausstellung ausgeliehen (act. 57 Rz. 100; act. 1 Rz. 15, 19, 97; act. 46 Rz. 41, 48). Dadurch hat die Beklagte 2 das Verbreitungsrecht im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG verletzt, sollten die Urheberrechte nicht erschöpft sein.

Zu verneinen ist eine Urheberrechtsverletzung (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) seitens der Beklagten 2 betreffend die Mitwirkung an der **Präsentation der streitgegenständlichen Fotografien auf der Website** der Beklagten 1. Die Klägerin behauptet die Mitwirkung der Beklagten 2 trotz deren Bestreitung (act. 57 Rz. 102) nur pauschal (act. 46 Rz. 49) und begründet sie allein mit der Lieferung der Fotoabzüge an die Beklagte 1. Damit fehlt es zum einen an substantiierten Behauptungen hinsichtlich der Mitwirkung der Beklagten 2, insbesondere eines konkreten rechtlich relevanten Tatbeitrags. Zum anderen ist die Zugänglichmachung der streitgegenständlichen Fotografien auf der Website der Beklagten 1 keine adäquat kausale Folge der Lieferung der streitgegenständlichen Fotoabzüge für eine Ausstellung. Teilnahmehandlungen, die lediglich irgendwie von förderndem Einfluss sind, jedoch nicht in hinreichend engem Zusammenhang mit der Tat selbst stehen, genügen nicht (vgl. BGE 145 III 72 E. 2.2.1, 2.3.1). Bei der Einlieferung von Fotoabzügen für eine Ausstellung muss nicht zwingend davon ausgegangen werden, dass sie auf einer Website aufgeschaltet und zum Herunterladen bereit gestellt werden. Ausstellungshäuser und Museen sehen im Zusammenhang mit aktuellen oder bevorstehenden Ausstellungen jeweils davon ab, eine Vielzahl von Fotoabzügen online aufzuschalten.

Ebenso wenig liegt eine Urheberrechtsverletzung seitens der Beklagten 2 betreffend die Mitwirkung am Anbieten der Fotoabzüge zum Verkauf durch die Lieferung der Fotoabzüge vor (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG). Die Klägerin behauptet die Mitwirkung der Beklagten 2 trotz deren Bestreitung (act. 10 Rz. 4, 93, 150; act. 57 Rz. 97 f., 102) lediglich pauschal (act. 1 Rz. 41, 97; act. 46 Rz. 44, 49,

135 f.). Beweismittel offeriert sie keine. Sie begründet die Behauptung lediglich mit der generellen Funktionsweise von Galerien (act. 46 Rz. 135) und damit, dass die Beklagte 2 das öffentliche Kaufangebot geduldet habe (act. 46 Rz. 44, 136). Die Beklagte 2 bestreitet die Kenntnis des Verkaufsangebots der Beklagten 1 (act. 57 Rz. 97) und einen Auftrag an die Beklagte 1 zum Verkauf der streitgegenständlichen Fotoabzüge (act. 10 Rz. 93; act. 57 Rz. 99). Die Erteilung eines solchen ergibt sich im Übrigen auch nicht aus dem von der Beklagten 1 eingereichten WhatsAppChat (act. 56/5). Substantiierte Behauptungen der Klägerin hinsichtlich eines konkreten rechtlich relevanten Tatbeitrags der Beklagten 2 fehlen. Sodann ist die Lieferung der Fotoabzüge für eine Ausstellung in einer Galerie nicht adäquat kausal für das Anbieten der Werkexemplare zum Verkauf. Die Lieferung begünstigt zwar die Handlung, doch muss eine solche Lieferung nicht zwingend zu einem Anbieten zum Verkauf führen und muss der Lieferant auch nicht damit rechnen.

5.6.2.3.3. Das **Vervielfältigungsrecht** nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG (act. 1 Rz. 21, 85; act. 46 Rz. 68) wird von der Klägerin zwar erwähnt und sie bestreitet die Herstellung/Veränderung der Fotoabzüge durch bzw. mit Zustimmung von A.\_\_\_\_\_, allerdings ist nicht erkennbar, dass sie den Beklagten konkrete Art. 10 Abs. 2 lit. a URG verletzende Handlungen vorwirft, geschweige denn welche (vgl. insb. act. 1 Rz. 21, 85 f.; act. 46 Rz. 35 ff., 38 ff., 46 ff., 6; vgl. act. 1 Rz. 55 ff., 70 ff.): Die Klägerin erklärt, dass nicht entscheidend sei, wer die streitgegenständlichen Fotoabzüge hergestellt, signiert und zugeschnitten habe, sondern dass die Beklagten durch Verwendung der streitgegenständlichen Fotoabzüge an der Verletzung mitgewirkt hätten (act. 46 Rz. 36 f., 45, 50; act. 1 Rz. 86), ohne die Mitwirkung aber weiter auszuführen. Notwendig wäre eine Verletzungshandlung der Beklagten zur Vervielfältigung, d.h. eine Handlung mit engem Zusammenhang zur Tat; eine beliebige Handlung, die irgendwie fördernden Einfluss haben könnte, reicht dagegen nicht (vgl. BGE 145 III 72 E. 2.3.1). Welche Handlungen der Beklagten die behauptete unrechtmässige Vervielfältigung wie gefördert haben sollen und dass die Beklagten davon gewusst hätten oder hätten wissen müssen, legt die Klägerin jedoch nicht dar. Entsprechend fehlt es – trotz Bestreitungen der Beklagten, insbesondere betreffend die Fälschungsvorwürfe (act. 10 Rz. 82, 116,

130 ff., 144, 156; act. 57 Rz. 91, 101, 102, 105, 132, 149 ff., 162, 169, 183, 185, 200; act. 13 Rz. Zu 21, 81-89; act. 55 Rz. 69, 91 f.) – an diesbezüglichen substantiierten Behauptungen der Klägerin. (Bestrittene) Ausführungen zu Merkmalen der Fotoabzüge, die laut Klägerin dagegen sprechen würden, dass die Fotoabzüge von A.\_\_\_\_\_ oder mit seiner Zustimmung hergestellt worden seien (act. 1 Rz. 42 ff.; 70 ff.; vgl. act. 10 Rz. 81, 117 ff., 143, act. 13 Rz. Zu 42-76; act. 46 Rz. 11, 29 ff.; 33; vgl. act. 55 Rz. 55 ff.; act. 57 Rz. 71., 87 ff.), reichen nicht aus, um eine durch die Beklagten selbst erfolgte Verletzung des Vervielfältigungsrechts aufzuzeigen.

Im Übrigen liesse sich anhand der klägerischen Darlegung auch nicht beweisen, dass es sich bei den streitgegenständlichen Fotoabzügen um unautorisierte Vervielfältigungen (Fälschungen) handelt: Das in der Klage angebotene Gutachten ist nicht genügend mit (substantiierten) Behauptungen verknüpft (act. 1 Rz. 70 ff.), die streitgegenständlichen Fotoabzüge und "Originalbilder" wurden zu den entsprechenden Behauptungen nicht als Beweismittel angeboten und eine Bestätigung der Kuratorin der Klägerin (act. 1 Rz. 71-73) als Parteibehauptung kann nicht als Beweis der behaupteten Fälschungen dienen. In der Replik wird in Zusammenhang mit den angebotenen Gutachten auf die Nennung konkreter streitgegenständlicher Fotoabzüge und sich auf solche beziehende substantiierte Behauptungen (act. 46 Rz. 11, 29 ff., 33) und auf das Anbieten vom jeweiligen originalen Werk/-exemplar zum Vergleich verzichtet (act. 46 Rz. 29 ff., 160, 198). In Bezug auf die Themen Zuschneiden und "Signaturen" ist zudem auf nachfolgende Ausführungen in Ziffer 5.6.4 zu verweisen.

#### 5.6.2.4. Zwischenfazit

5.6.2.4.1. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Fotoabzügen sowohl die Beklagte 1 (durch Anbieten zum Verkauf sowie Teilnahme an der Ausleihe) als auch die Beklagte 2 (durch den Verkauf, die Einfuhr und die Ausleihe) Urheberrechte der Klägerin verletzt hat, sollten die Urheberrechte Art. 10 Abs. 2 lit. b URG nicht erschöpft sein. Die Erschöpfung ist nachfolgend zu prüfen (siehe Ziffer 5.6.3). Die Beklagte 1 hat durch die Präsentation / das Zugänglichmachen von streitgegenständlichen Fotoabzü-



gen auf ihrer Website zudem Urheberrechte nach Art. 10 Abs. 2 lit. c URG verletzt, welche nicht der Erschöpfung unterliegen.

### 5.6.3. Prüfung der Erschöpfung der Rechte nach Art. 10 Abs. 2 lit. b URG

#### 5.6.3.1. Parteistandpunkte

5.6.3.1.1. Beide Beklagte berufen sich auf die Erschöpfung (act. 10 Rz. 82 ff., 116, 119, 128, 150, 155, 158, 160; act. 13 Rz. Zu 11; act. 55 Rz. 84, 98, 103; act. 57 Rz. 43, 85, 102, 106, 155, 162, 187, 192, 194).

5.6.3.1.2. Laut der Beklagten 2 liegt eine Erschöpfung der urheberrechtlichen Ansprüche der Klägerin aus folgenden drei Gründen vor:

- i. **Erschöpfung bestätigt durch "Signatur"** (act. 10 Rz. 83): Zwölf der Fotoabzüge seien auf der Vorderseite von A.\_\_\_\_\_ signiert worden. Mit seiner "Signatur" habe A.\_\_\_\_\_ unstrittig der Veräusserung von Fotoabzügen zugestimmt (act. 10 Rz. 83, 119, 123). Die Klägerin führe selbst aus, dass A.\_\_\_\_\_ Fotoabzüge für Sammler mit seiner Unterschrift freigegeben habe (act. 10 Rz. 39, 41, 43, 120, 123). Die "Signaturen" seien echt (act. 57 Rz. 24, 92, 101, 105, 132, 160 ff.).
- ii. **Erschöpfung bestätigt aufgrund allgemeiner Umstände** (act. 10 Rz. 84): Es müsse aufgrund folgender Umstände davon ausgegangen werden, dass A.\_\_\_\_\_ auch die nicht signierten Fotoabzüge zu Lebzeiten veräußert bzw. deren Veräusserung zugestimmt habe: 1) A.\_\_\_\_\_ habe diverse Fotoabzüge in den Markt gegeben, die von den von der Klägerin behaupteten Merkmalen abweichen würden bzw. mit den streitgegenständlichen Fotoabzügen vergleichbar seien. 2) Die enge Bekanntschaft von T.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_. 3) Die Menge an gleichen oder gleichartigen Fotoabzügen im Markt. Es sei nicht ersichtlich, wie diese Fotoabzüge hätten hergestellt werden sollen und wie sie folglich in den Markt gekommen seien, wenn nicht mit der Zustimmung von A.\_\_\_\_\_ (act. 10 Rz. 84, 128).

- iii. **Erschöpfung durch (stillschweigende) Zustimmung** (act. 10 Rz. 85): Selbst wenn die streitgegenständlichen Fotoabzüge nicht bereits durch A.\_\_\_\_\_ veräußert worden seien, habe die Klägerin – aufgrund ihres Verhaltens ab dem Jahr 2009 eingebettet in den Gesamtkontext (das allgemeine klägerische Verhalten bzw. Dulden hinsichtlich vergleichbarer Fotoabzüge im Markt bis heute) – mit ihrer stillschweigenden Zustimmung zum Verbleib der streitgegenständlichen Fotoabzüge im Markt und der freien Weiterveräußerung die Erschöpfung herbeigeführt (act. 10 Rz. 85, 45 ff., 49 ff., 81, 128, 158; act. 57 Rz. 10 ff., 36 ff.). Die Klägerin habe die streitgegenständlichen Fotoabzüge wissentlich (spätestens) von 2009 bis 2019 im Markt geduldet, obwohl sie die Möglichkeit gehabt hätte, hiergegen vorzugehen (act. 10 Rz. 116).

Hinsichtlich der Duldung der streitgegenständlichen Fotoabzüge im Markt macht die Beklagte 2 Ausführungen zu einer Ausstellung von T.\_\_\_\_\_ 2008, einer Auktion durch U.\_\_\_\_\_ 2010 und Verkaufsangebote durch T.\_\_\_\_\_ auf eBay (u.a. act. 10 Rz. 45 ff.; act. 57 Rz. 194). Sodann sei die Klägerin auch betreffend die Ausstellung der streitgegenständlichen Fotoabzüge durch die Beklagte 1 anfänglich untätig geblieben. Die Geschäftsführerin der Beklagten 1 habe am 7. Februar 2019 die Klägerin besucht und sie anlässlich dieses Besuchs sowie danach per E-Mail über die Ausstellung informiert. Die Klägerin habe sich erst nach der Durchführung der Ausstellung gemeldet (act. 57 Rz. 38 ff.).

5.6.3.1.3. Konkret zur Herkunft der streitgegenständlichen Fotoabzüge erklärt die Beklagte 2, die Fotoabzüge stammten aus der Sammlung T.\_\_\_\_\_, wohnhaft in V.\_\_\_\_\_ [südeuropäische Stadt] (act. 10 Rz. 11; act. 57 Rz. 34). T.\_\_\_\_\_ habe Fotoabzüge von A.\_\_\_\_\_ gesammelt und zusammengetragen (act. 10 Rz. 11). Er habe sich mit ihm auch persönlich getroffen und die beiden hätten sich gegenseitig wertgeschätzt (act. 10 Rz. 11). T.\_\_\_\_\_ habe gegenüber der Klägerin am 31. August 2010 erklärt, dass seine Fotoabzüge mit der Zustimmung von A.\_\_\_\_\_ veräußert worden seien (act. 10 Rz. 28). 2018 hätten Q.\_\_\_\_\_ und die Kunstsammlung R.\_\_\_\_\_, über deren Inhaber W.\_\_\_\_\_, die streitgegenständlichen Fo-

toabzüge aus der Sammlung von T.\_\_\_\_\_ erworben, mit der Absicht, diese später an die Beklagte 2 zu veräußern. Der Verkauf sei über AA.\_\_\_\_\_ GbR an die Beklagte 2 erfolgt (act. 10 Rz. 30 f.). Die Beklagte 2 habe die streitgegenständlichen Fotoabzüge in der Folge sukzessive an Kunden in Deutschland weiterverkauft (act. 10 Rz. 33).

Die Beklagte 2 verlangt wegen Beweisnot die Möglichkeit die Gewährung einer Beweiserleichterung. Die Forderung der Klägerin, sie habe eine lückenlose Veräußerungskette nachzuweisen, ignoriere die Realität des Kunstmarktes. Dementsprechend liege eine Beweisnot im Sinne der Rechtsprechung vor (act. 57 Rz. 42, 33, 199). Gleichzeitig hält die Beklagte 2 fest, die Veräußerungskette bewiesen/aufgezeigt zu haben (act. 57 Rz. 34, 195).

5.6.3.1.4. Betreffend Erschöpfung schliesst sich die Beklagte 1 den Ausführungen der Beklagten 2 in Ziff. 87-88 der Klageantwort an (act. 55 Rz. 103). Der sich teilweise auf den Fotoabzügen befindende Hinweis, wonach der Fotoabzug nur für den privaten Gebrauch bestimmt sei und keine Urheberrechte übertragen würden (act. 46 Rz. 19; act. 3/49), ändere nichts daran, dass eine Veräußerung eines Werkexemplars durch den Urheber oder eine Zustimmung zu einer Veräußerung zur Erschöpfung der Urheberrechte am Werkexemplar führe (act. 55 Rz. 84). Sodann gibt sie zu bedenken, dass sich Werkexemplare nicht im Eigentum von Agenturen und gleichzeitig im Eigentum der Klägerin befinden konnten (act. 55 Rz. 84). Weiter beruft sich die Beklagte 1 darauf, dass sie nach dem Vertrauensprinzip von einer Erschöpfung ausgehen können (act. 55 Rz. 98). Damit scheint sie auf ihre Ausführungen zum tadellosen Ruf der Beklagten 2 sowie auf die Behauptungen Bezug zu nehmen, dass ihre Geschäftsführerin die Klägerin vor der Ausstellung am 7. Februar 2019 aufgesucht und dieser am 4. August 2019 eine E-Mail gesendet habe (act. 55 Rz. 26, 34, 52 ff.).

5.6.3.1.5. Die Klägerin bestreitet, dass die streitgegenständlichen Fotoabzüge von A.\_\_\_\_\_ oder mit seiner Zustimmung veräußert wurden (act. 1 Rz. 30, 80; act. 46 Rz. 227) und damit die Erschöpfung. Die Beklagten würden nicht behaupten, substantiieren und belegen, wo wann, durch wen und an wen die jeweils bestimmten streitgegenständlichen Fotoabzüge veräußert worden seien und ebenso wenig

entsprechende bestimmte Zustimmungen von A.\_\_\_\_\_ gegenüber bestimmten Personen zu bestimmten Zeiten an bestimmten Orten (act. 1 Rz. 41, 88; act. 46 Rz. 218, 231, 233, 237). Die Beklagten müssten eine lückenlose Kette gültiger Transaktionen von A.\_\_\_\_\_ bis zu den heutigen angeblichen Eigentümern beweisen. Im Vordergrund stehe die erste und urheberrechtlich entscheidende Veräusserung der Fotoabzüge durch A.\_\_\_\_\_, wozu Behauptungen fehlten (act. 1 Rz. 41). Eine solche könne aufgrund der in act. 1 Rz. 42 ff. aufgezeigten diversen Unstimmigkeiten der Fotoabzüge jedoch ausgeschlossen werden (act. 1 Rz. 88); es gebe Hinweise auf eine fehlende Veräusserung (act. 46 Rz. 6 ff.).

5.6.3.1.6. Zu den von der Beklagten 2 vorgebrachten Gründen führt die Klägerin aus:

- i. "Signaturen" liessen keinen Schluss auf die Veräusserung der Fotoabzüge zu (act. 46 Rz. 185 f.). Sie habe in act. 1 Ziff. 43 hinsichtlich der elf nicht signierten streitgegenständlichen Fotoabzüge lediglich festgehalten, dass Fotoabzüge für Sammler von A.\_\_\_\_\_ immer signiert worden seien und die fehlende "Signatur" einer von mehreren Umständen darstelle, der dagegen spreche, dass die Fotoabzüge von A.\_\_\_\_\_ oder mit seiner Zustimmung hergestellt und veräussert worden seien (act. 46 Rz. 182). Die "Signaturen" seien zudem gefälscht (act. 1 Rz. 48; act. 46 Rz. 234).
- ii. Die Fiktion unbestimmter Veräusserungen begründe keine Erschöpfung (act. 46 Rz. 233, 237). Die Beklagte 2 behaupte auch nicht, T.\_\_\_\_\_ habe die streitgegenständlichen Fotoabzüge von A.\_\_\_\_\_ erworben (act. 46 Rz. 145). Für eine Schenkung bestünden keinerlei Anhaltspunkte (act. 46 Rz. 220). Weiter habe zwischen A.\_\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_\_ keine innige Bekanntschaft bestanden. Selbst die unzutreffende Annahme einer innigen Bekanntschaft lasse nicht erfahrungsgemäss den Schluss zu, A.\_\_\_\_\_ habe unbekanntem Veräusserungen von Fotoabzügen zugestimmt (act. 46 Rz. 219).
- iii. Es liege keine stillschweigende Zustimmung der Klägerin zu Veräusserungen vor. Für einen solchen Schluss seien keine Gründe ersichtlich, zumal

die Parteien bisher keinen Kontakt gehabt hätten und sich die Klägerin gegenüber T.\_\_\_\_\_ und dem Auktionshaus U.\_\_\_\_\_ wiederholt und explizit gegen den Verkauf der Sammlung T.\_\_\_\_\_ ausgesprochen habe (act. 46 Rz. 192 f.). Schliesslich lege die Beklagte 2 nicht dar, warum die Klägerin auf ihre Rechte hätte einseitig und ohne Gegenleistung verzichten sollen. Darauf laufe die pauschal behauptete Zustimmungserklärung hinaus. Ein einseitiger Rechtsverzicht wäre faktisch eine Schenkung, für die keinerlei Anhaltspunkte bestünden (act. 46 Rz. 193).

#### 5.6.3.2. Rechtliches

5.6.3.2.1. Wie in Ziffer 5.6.2.2 erwähnt, hat der Urheber das ausschliessliche Recht, Werkexemplare anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG). Dieses Recht wird eingeschränkt durch den Erschöpfungsgrundsatz. Dieser besagt, dass wenn ein Urheber/eine Rechteinhaberin ein konkretes Werkexemplar veräussert oder dessen Veräusserung zugestimmt hat, dieses (beliebig) weiterveräussert oder sonst wie verbreitet werden darf (Art. 12 URG; HILTY, a.a.O., N. 23). Mit Veräusserung seitens oder mit Zustimmung des Urhebers ist allein die definitive Veräusserung, also die Übereignung des Werkexemplars durch Verkauf, Tausch und Schenkung gemeint; eine Gebrauchsüberlassung genügt nicht (REHBINDER/HAAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 12 N. 1; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 12 N. 11; PFORTMÜLLER, a.a.O., Art. 12 N. 3).

5.6.3.2.2. Der Urheber/die Rechteinhaberin verliert mit der Veräusserung des konkreten Werkexemplars zwar nicht das Urheberrecht, wohl aber das Verbreitungsrecht für das betreffende Exemplar (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 12 N. 1). Nur das Verbreitungsrecht unterliegt der Erschöpfung (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG), nicht etwa das Recht auf Zugänglichmachen (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) oder das Vervielfältigungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) (PFORTMÜLLER, a.a.O., Art. 12 N. 8). Die Erschöpfung trifft auch nicht andere – legal oder illegal angefertigte – Vervielfältigungsstücke desselben Werks (REHBINDER/HAAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 12 N. 2). Die unerlaubte Erstellung einer Kopie oder die Veräusserung von Piraterieprodukten lassen die Rechte des Urhebers/der Rechteinhaberin unberührt

(PFORTMÜLLER, a.a.O., Art. 12 N. 5). Dies gilt ebenso für Werkkopien, die zum Eigengebrauch hergestellt wurden (PFORTMÜLLER, a.a.O., Art. 12 N. 9).

5.6.3.2.3. In der Schweiz gilt das Prinzip der internationalen Erschöpfung (BGE 124 III 321 E. 2): Ist ein Werkexemplar an einem beliebigen Ort auf der Welt mit Einwilligung des Rechteinhabers in Verkehr gesetzt worden, darf es auch in der Schweiz gehandelt werden (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 12 N. 3).

5.6.3.2.4. Die Beweislast für die Erschöpfung trifft diejenige Partei, die sich darauf beruft (Art. 8 ZGB; vgl. Entscheid KGer SG ZZ.2006.36 vom 17. Juli 2007 E. IV.3.ccc; THOUVENIN/DORIGO, in: NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar, Markenschutzgesetz (MSchG), 2. A., 2017, Art. 13 N. 141). Normalerweise ist dies diejenige, welcher die Verletzung von Urheberrechten vorgeworfen wird. Vorliegend tragen die Beklagten die Beweis- und somit auch die Behauptungs- und Substantiierungslast für die Erschöpfung.

### 5.6.3.3. Würdigung

5.6.3.3.1. Die Klägerin bestreitet die Erschöpfung. Sie weist zurecht darauf hin, dass keine der beiden Beklagten konkrete Behauptungen hinsichtlich Veräusserungen der einzelnen streitgegenständlichen Fotoabzüge durch A.\_\_\_\_\_ bzw. die Klägerin oder der konkreten Zustimmung zur konkreten Veräusserung der konkreten streitgegenständlichen Fotoabzüge (Werkexemplare) aufstellt (wer veräussert wann welchen konkreten Fotoabzug an wen bzw. stimmte der konkreten Veräusserung zu). Eine Veräusserungskette beginnend mit der ersten und entscheidenden Veräusserung legen beide Beklagte nicht dar. Sie kommen somit ihrer Substantiierungslast nicht nach, weshalb von keiner Erschöpfung ausgegangen werden kann. Eine Beweisabnahme entfällt.

Die Erläuterungen der Beklagten 2 (act. 57 Rz. 42, 33, 199) zur Beweismasserleichterung sind nicht einschlägig, käme eine solche doch erst im Fall einer Beweisabnahme zum Zug. Eine Beweismasserleichterung führt nicht zu einem Wegfall der Behauptungs- und Substantiierungslast oder zu einer Reduktion derselben. Darüber hinaus käme eine Beweismasserleichterung vorliegend auch

deshalb nicht in Frage, da eine Beweisnot (Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des strikten Beweises) nicht hinreichend dargetan wurde. Die Beklagte 2 legt keine (erfolglosen) Provenienznachforschungsbemühungen dar (die Beklagte 1 begnügt sich mit der Behauptung, die Beklagte 2 habe sie über Veräusserungskette und Provenienz informiert, act. 55 Rz. 58). Die Beklagte 1 erwähnt in der Duplik bloss eine *nach* der Kontaktaufnahme der Klägerin im September 2019 erfolgte Aufnahme von Abklärungen der Provenienz, welche ergeben hätten, dass die Fotoabzüge aus fünf verschiedenen Sammlungen stammten, ohne ins Detail zu gehen (act. 55 Rz. 40).

Ebenso vermögen die Beklagten aus dem Vorbringen der Klägerin, wonach gemäss den Terms and Conditions von O.\_\_\_\_\_ Photos Licensing die physischen Fotoabzüge im Eigentum der Agentur O.\_\_\_\_\_ geblieben seien (vgl. act. 55 Rz. 84; act. 46 Rz. 20), nichts zu ihren Gunsten ableiten, wurde doch von keiner Partei vorgebracht, die *streitgegenständlichen* Fotoabzüge seien von der Klägerin bzw. A.\_\_\_\_\_ an die Agentur veräussert worden (vgl. act. 1 Rz. 67).

5.6.3.3.2. Die Beklagte 2 versucht die Erschöpfung anderweitig zu begründen, was ihr jedoch nicht zu gelingen vermag:

Zum einen stellt sie mit ihren Ausführungen zwar Behauptungen zu drei Gründen für die Erschöpfung auf. Diese sind jedoch lediglich pauschal gehaltene Vermutungen, welche sich nicht auf einzelne bestimmte Werkexemplare beziehen und sich mitunter gegenseitig ausschliessen (Zustimmung von A.\_\_\_\_\_ vs. Zustimmung der Klägerin). Solche Vorbringen entsprechen nicht den Anforderungen eines schlüssigen Tatsachenvortrags. Zudem offenbaren sie, dass die Beklagte 2 beim Erwerb die Herkunft der streitgegenständlichen Fotoabzüge nicht ausreichend abgeklärt hat (was im Übrigen auch aus sachenrechtlicher Perspektive geboten gewesen wäre, BGer Urteil 5A\_71/2022 vom 14. September 2022 E. 3.3.2), wäre sie doch sonst in der Lage, anstelle pauschaler, sich auf drei verschiedene Argumentationslinien stützende Vermutungen plausible und detaillierte Angaben zur Herkunft der Fotografien zu machen.

Zum anderen ist den drei von der Klägerin vorgebrachten Gründen auch inhaltlich nicht zu folgen:

- i. Eine "**Signatur**" auf einem Fotoabzug beweist keine Veräusserung durch den Urheber oder mit Zustimmung des Urhebers bzw. der Rechteinhaberin. Das Urheberrechtsgesetz äussert sich lediglich in Art. 8 Abs. 1 URG zur "Signatur" und sieht vor, dass als Urheber gilt, wer auf den Werkexemplaren mit dem eigenen Namen, einem Pseudonym oder einem Kennzeichen genannt wird, solange nichts anderes nachgewiesen ist. Dies ist eine (einzig zugunsten des Urhebers wirkende,) widerlegbare Rechtsvermutung hinsichtlich der Person des Urhebers (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 8 N. 1, 3), nicht jedoch hinsichtlich einer Veräusserung. Entgegen den Ausführungen der Beklagten 2 (act. 10 Rz. 39, 41, 83, 123) hat die Klägerin denn auch keineswegs anerkannt, dass A.\_\_\_\_\_ mittels Unterschrift Fotoabzüge freigegeben bzw. einer Veräusserung zugestimmt hat (act. 46 Rz. 185 f., 182). Sie hat in act. 1 Rz. 43 bloss ausgeführt: "*Die Fotoabzüge für Sammler wurden von A.\_\_\_\_\_ immer signiert*". Diese Erklärung lässt nicht den Umkehrschluss zu, dass alle signierten Werkexemplare durch oder mit Zustimmung von A.\_\_\_\_\_ veräussert worden sind. Wie die Klägerin zutreffend festhält (act. 46 Rz. 185), lässt sich aus einer "Signatur" allenfalls die Vollendung des Werks, nicht aber dessen Veräusserung ableiten. Die "Signatur" eines Werks ist weder Verpflichtungs- noch Verfügungsgeschäft (vgl. act. 46 Rz. 185 f.). Die Frage der Echtheit der "Signaturen" kann unter den gegebenen Umständen an dieser Stelle offen bleiben.
- ii. Die Erschöpfung kann auch nicht aufgrund der **allgemeinen Umstände** als erwiesen erachtet werden. Die Erschöpfung bezieht sich immer auf ein konkretes Werkexemplar. Viele Werkexemplare auf dem Markt – selbst wenn sie mit den streitgegenständlichen Fotoabzügen vergleichbare Merkmale aufweisen sollten, was offen bleiben kann, – vermögen die Erschöpfung am konkreten Werkexemplar nicht zu begründen, tritt diese doch allein durch die Veräusserung des fraglichen Werkexemplars



durch den Urheber bzw. der Rechteinhaberin oder mit seiner/ihrer Zustimmung ein. Die allgemeinen Umstände führen auch nicht zur Vermutung, dass die Urheberrechte nach Art. 10 Abs. 2 lit. b URG aller Werkexemplare eines Urhebers erschöpft sind.

Sodann ersetzen die – seitens der Klägerin bestrittenen (act. 46 Rz. 219) – Behauptungen der Beklagten 2 zur engen Bekanntschaft zwischen A.\_\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_\_ die fehlenden Behauptungen hinsichtlich der erstmaligen Veräusserungen der jeweiligen Fotoabzüge oder der Zustimmung von A.\_\_\_\_\_ dazu nicht (vgl. act. 46 Rz. 230, 232). Im Übrigen legt die Beklagte 2 nicht dar, wie T.\_\_\_\_\_ in den Besitz der streitgegenständlichen Fotoabzüge gelangte. Insbesondere behauptet sie nicht, A.\_\_\_\_\_ habe diese an T.\_\_\_\_\_ veräussert (vgl. act. 46 Rz. 145; vgl. act. 57 Rz. 121). Eine Bekanntschaft mit einem Urheber lässt nicht darauf schliessen, dieser habe eine Vielzahl von Werkexemplaren an den Bekannten veräussert oder einer Veräusserung an denselben zugestimmt.

- iii. Eine Erschöpfung ist ebenfalls nicht durch **stillschweigende Zustimmung der Klägerin** eingetreten: Ob eine stillschweigende Zustimmung des Urhebers bzw. der Rechteinhaberin zur Veräusserung eines Werkexemplars per se möglich ist, kann offen gelassen werden. Wäre sie möglich, könnte sie jedenfalls nicht leichthin angenommen werden. Im Regelfall ist rein passives Verhalten (Nichtstun bzw. Schweigen) nicht als Willensäusserung zu werten (BGE 30 II 298 E. 3; 123 III 53 E. 5.a; BGer Urteile 4C.228/2002 vom 18. Oktober 2002 E. 1.5; 4C.206/2002 vom 1. Oktober 2002 E. 2.1); es bedarf genügend sicherer, eindeutiger Anhaltspunkte für einen hinter dem Verhalten stehenden Willen (WIEGAND/HURNI, in: HONSELL [Hrsg.], Kurzkommentar Obligationenrecht, 2014, Art. 1 N. 5). Eine stillschweigende Willensäusserung kann daher nur dann gegeben sein, wenn objektiv allein aus dem eindeutigen Verhalten einer Person deren (bestimmter) Wille abgeleitet werden kann (GAUCH/SCHLUEP/

SCHMID, OR AT, 11. A., 2020, N. 190a; BGE 123 III 53 E. 5.a). Es müssen von der bestimmten Person zu vertretende äussere, schlüssige, tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die es erlauben, nach dem Vertrauensgrundsatz in guten Treuen auf ihren Willen zu schliessen (MÜLLER, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2018, Art. 1 N. 39, 44; ZELLWEGER-GUTKNECHT, in: WIDMER LÜCHINGER /OSER [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. A., 2020, Art. 1 N. 17). Vorliegend zeigt die Beklagte 2 keine Anhaltspunkte auf, die erlauben, aus dem Schweigen der Klägerin auf eine bewusste und gewollte Willensäusserung im Sinne einer Zustimmung zu Veräusserungen der streitgegenständlichen Fotoabzüge zu schliessen.

Die Willensäusserung muss zudem den geforderten Erklärungsinhalt decken (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., Art. 1 N. 17). Eine stillschweigende Zustimmung zur Veräusserung würde demnach Kenntnis von einer bestimmten Veräusserung eines bestimmten Werkexemplares voraussetzen. Die Notwendigkeit einer Zustimmung zu einer konkreten Veräusserung anerkennt auch die Beklagte 2 (act. 57 Rz. 164). Sie beschränkt sich trotzdem darauf, auf das allgemeine klägerische Verhalten bzw. Dulden hinsichtlich vergleichbarer Fotoabzüge im Markt bis heute und den Verbleib der streitgegenständlichen Fotoabzüge im Markt zu verweisen (act. 10 Rz. 85) und daraus eine Zustimmungsfiktion zu kreieren (act. 57 Rz. 164), statt substantiierte Behauptungen betreffend Zustimmung zu konkreten Veräusserungen aufzustellen. Eine solche Fiktion lassen Gesetz und Rechtsprechung nicht zu.

Im Übrigen stehen die von der Beklagten 2 als informelle Appelle bezeichneten Handlungen der Klägerin (act. 57 Rz. 164, 140; act. 10 Rz. 45; [z.B.: Abmahnung von T.\_\_\_\_\_ betreffend Verkäufe über eBay und Einschreiten gegen die Auktion durch das spanische Auktionshaus U.\_\_\_\_\_ vgl. u.a. act. 1 Rz. 73 ff.; act. 10 Rz. 14, 24; act. 57 Rz. 136 ff., 194; act. 46 Rz. 154, 162, 165, 168]) nach Treu und Glauben einer Aus-

legung des Verhaltens der Klägerin als Zustimmung entgegen. Sie zeigen auf, dass die Klägerin mit der Verwendung und Veräußerung von Werkexemplaren gerade nicht einverstanden war und die Beklagte 2 in guten Treuen nicht von einer Zustimmung zu Veräußerungen der streitgegenständlichen Fotoabzüge ausgehen durfte.

Eine stillschweigende Zustimmung der Klägerin zur Veräußerung lässt sich alsdann auch nicht aus dem von der Beklagten 1 thematisierten Vertrauensprinzip und dem Ruf der Beklagten 2 ableiten: Der Ruf Dritter kann der Klägerin nicht angerechnet werden. Weiter berufen sie und die Beklagte 2 sich auf ein Aufsuchen der Klägerin und eine E-Mail seitens der Beklagten 1, mit welcher die Klägerin vor der Ausstellung in I.\_\_\_\_\_ informiert worden sei (act. 55 Rz. 26, 34, 52; act. 57 Rz. 38 ff., 57, 95). Eine Ausstellung eines Werkexemplars führt nicht zum Erschöpfen des diesbezüglichen Verbreitungsrechts, handelt es sich dabei doch nicht um eine definitive Veräußerung. Auch kann nicht zwangsläufig davon ausgegangen werden, dass Exponate veräußert werden. Die Beklagte 2 erklärte selbst, dass sie mit Blick auf die Ausstellung in I.\_\_\_\_\_ nicht mit Kaufangeboten gerechnet habe oder hätte rechnen müssen (act. 57 Rz. 98). Zudem könnte selbst aus einer vorzeitigen Kenntnis der Klägerin von der Ausstellung nicht auf ihre generelle Zustimmung zur Veräußerung der streitgegenständlichen Fotoabzüge geschlossen werden. Dass die Klägerin vorab Kenntnis davon hatte, welche Fotoabzüge ausgestellt würden, wird von den Beklagten 1 und 2 nämlich nicht behauptet (siehe auch Ziffer 5.8.3).

Dieselben Überlegungen gelten auch für die laut der Beklagten 2 von T.\_\_\_\_\_ im Jahre 2008 durchgeführte Ausstellung. Die Beklagte 2 behauptet diesbezüglich zwar ebenfalls das Angebot der streitgegenständlichen Fotoabzüge zum Verkauf anlässlich der Ausstellung (act. 10 Rz. 15), aber Kenntnis der Klägerin nur von der Ausstellung und trotz Bestreitung nicht substantiiert des Verkaufsangebots (act. 10 Rz. 15 f., 18, vgl. act. 46 Rz. 150, 165; act. 57 Rz. 165, 192). Vor allem aber ist

hervorzuheben, dass die streitgegenständlichen Fotoabzüge weder an dieser Ausstellung noch an der Auktion durch U.\_\_\_\_\_ noch über eBay von T.\_\_\_\_\_ verkauft wurden, behauptet die Beklagte 2 doch einen Erwerb durch Q.\_\_\_\_\_ und die Kunstsammlung R.\_\_\_\_\_, über deren Inhaber W.\_\_\_\_\_, aus der Sammlung von T.\_\_\_\_\_ im Jahr 2018 (act. 10 Rz. 30 f.).

#### 5.6.3.4. Zwischenfazit

Es liegt hinsichtlich der streitgegenständlichen Fotoabzüge keine Erschöpfung der Urheberrechte nach Art. 10 Abs. 2 lit. b URG vor.

#### 5.6.4. Prüfung von Verletzungen nach Art. 11 URG

##### 5.6.4.1. Parteistandpunkte

5.6.4.1.1. Die Klägerin wirft den Beklagten 1 und 2 die Verletzung von Art. 11 Abs. 1 lit. a URG vor. Die Beklagten hätten die Werkintegrität durch Mitwirkung verletzt, indem sie Fotoabzüge importiert, ausgestellt und zum Kauf angeboten hätten, welche die originalen Fotonegative nicht unverändert, sondern durch das Zuschneiden der Fotoabzüge verändert abbildeten (act. 1 Rz. 86, 59, 70 f.; act. 46 Rz. 37, 50). A.\_\_\_\_\_ sei gegen das Zuschneiden der Fotoabzüge gewesen (act. 1 Rz. 55 ff.). Die Klägerin behauptet Kriterien und Merkmale für dessen Fotoabzüge wie einen schwarzen Rand, welcher habe sicherstellen sollen, dass nicht zugeschnitten wird (act. 1 Rz. 55 ff., 63; act. 46 Rz. 29 f., 31). Im Gegensatz dazu seien fast alle streitgegenständlichen Fotoabzüge zugeschnitten und würden keinen schwarzen Rand aufweisen (act. 1 Rz. 59, 70; act. 46 Rz. 33). Das Zuschneiden der Fotoabzüge sei ein Eingriff in die Bildkomposition. Das Filmnegativ (Original) habe das vollendete Werk gezeigt, das nach Art. 11 Abs. 1 lit. a URG von Dritten nicht habe verändert werden dürfen (act. 46 Rz. 37, 50).

Zudem hätten laut Klägerin die Beklagten auch durch die Verwendung von Fotoabzügen mit gefälschten "Signaturen" Art. 11 Abs. 1 lit. a URG verletzt (act. 46 Rz. 32 ff., 45, 50; act. 1 Rz. 63, 70 ff.). Sie moniert konkret eine "Signatur" auf der Vorderseite mit Bleistift [AB.\_\_\_\_\_, Mexiko [Foto 8]], eine auf der rechten

Seite angebrachte vertikale "Signatur" mit Tinte bei gleichzeitiger zweiter "Signatur" mit Bleistift auf der Rückseite [AC.\_\_\_\_\_, Türkei [Foto 10]] sowie eine "Signatur" mit Tinte auf der Vorderseite und eine mit Bleistift auf der Rückseite [AD.\_\_\_\_\_, Jugoslawien [Foto 11]] (act. 1 Rz. 48 ff., 70; act. 46 Rz. 33, 268). Die "Signatur" sei ein wesentliches individuelles Element eines Bildes; gefälschte "Signaturen" seien kein Eingriff untergeordneter Natur (act. 46 Rz. 36, 50). Die Beklagten hätten die Echtheit zu beweisen, sie beriefen sich auf die Fotoabzüge als Urkunden (act. 46 Rz. 32). Die Privatgutachten der Beklagten 2 seien Parteibehauptungen, (sinngemäss) zum Beweis untauglich; ein blosser Verweis darauf reiche nicht (act. 46 Rz. 157 ff.).

5.6.4.1.2. Die Beklagte 1 bestreitet die Ausführungen der Klägerin betreffend die ihr vorgeworfenen Urheberrechtsverletzungen, insbesondere auch die von der Klägerin umschriebene Art und Weise, wie A.\_\_\_\_\_ signiert haben soll (act. 55 Rz. 67-71, 77, 94 f.). Die Klägerin behaupte selbst, dass A.\_\_\_\_\_ Fotoabzüge zugeschnitten habe (act. 55 Rz. 77 mit Verweis auf Ziff. 57 der Klage). Die geltend gemachten Eingriffe seien untergeordnet bzw. würden sich auf Elemente nicht individueller Natur beziehen (act. 55 Rz. 77, 94 f.). Die Klägerin bestätige mit den Ausführungen in Ziffer 81-83 der Klage zur Individualität, dass diese sich aus den Negativen und nicht aus den Abzügen ergebe und dass die Veränderung des Formats der Fotografie, das Zuschneiden und das Entfernen eines schwarzen Randes keine Eingriffe in das Urheberrecht darstellten (act. 55 Rz. 89).

5.6.4.1.3. Die Beklagte 2 bestreitet die Urheberrechtsverletzungen sowie die von der Klägerin behaupteten Unstimmigkeiten/Kriterien, insbesondere bezüglich Format, Zuschneiden (act. 10 Rz. 72, 101, 143, 130, 156) bzw. die Geltung des Standards eines schwarzen Rands zur Sicherstellung des fehlenden Zuschnitts und des Formats von 30 x 40 cm vor 1968 (act. 57 Rz. 89, 87). Die Klägerin liefere für die Behauptungen keinen Beweis (act. 10 Rz. 131, 143). Ohnehin seien die streitgegenständlichen Fotoabzüge vor 1968 bzw. 1973 angefertigt worden, die behaupteten Kriterien könnten für diese Fotoabzüge daher nicht gelten (act. 10 Rz. 130). Zudem handle es sich teilweise um Presseprints, die ein anderes Format aufwiesen (act. 57 Rz. 88). Ob die Fotoabzüge zugeschnitten seien oder

nicht, spiele jedoch gar keine Rolle, zumal A.\_\_\_\_\_ frühere Fotoabzüge mit anderem Zuschnitt und anderer Grösse für Ausstellungen genehmigt habe (act. 57 Rz. 105), die Klägerin solche ohne schwarzen Rand verkauft habe (act. 10 Rz. 59 f.) bzw. andere Formate und fehlende schwarze Ränder auf dem Markt geduldet oder ausgestellt würden (act. 10 Rz. 60, 156, 143, 130; act. 57 Rz. 25). Das Bild "AE.\_\_\_\_\_ [Foto 17]" sei generell zugeschnitten und weise keinen schwarzen Rand auf, was die Klägerin anerkenne (act. 10 Rz. 58; act. 57 Rz. 169). Sodann befänden sich Abzüge des Werks "AF.\_\_\_\_\_", die mit dem Zuschnitt (ebenfalls ohne schwarzen Rand) des streitgegenständlichen Abzugs vergleichbar seien, im ICP bzw. würden derzeit bei renommierten Galerien zum Kauf angeboten (act. 10 Rz. 60).

Die Beklagte 2 stellt sich weiter auf den Standpunkt, die "Signaturen" seien echt (act. 10 Rz. 20 ff., 35 f., 42, 83, 136, 144, 162; act. 57 Rz. 92, 101, 132, 162, 183). Sie beruft sich auf zwei von T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ in Auftrag gegebene Schriftgutachten (act. 10 Rz. 20-22, 35 f., 42) und verweist auf ein Gutachten von AG.\_\_\_\_\_ (act. 10 Rz. 32). Die Klägerin lege weder die Relevanz der Unterschriftsposition dar, noch liefere sie einen Beweis für ihre Behauptung der Fälschung (act. 10 Rz. 78, 123, 143). Irrelevant sei, dass es in der Sammlung der Klägerin keine Fotoabzüge mit Bleistiftunterschriften oder mit "Signatur" vertikal rechts oben mit Tinte sowie zweite Unterschrift auf der Rückseite mit Bleistift gebe, da sie keine umfassende Kenntnis des Werks von A.\_\_\_\_\_ habe (act. 10 Rz. 143).

#### 5.6.4.2. Rechtliches

Der Urheber und die Rechteinhaberin als Rechtsnachfolgerin haben unter anderem das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk geändert werden darf (Art. 11 Abs. 1 lit. a URG). Der Urheber kann sowohl kleine als auch grosse Änderungen, direkte Angriffe auf die Integrität des Werkes sowie mittelbare Verletzungen beanstanden (BGE 142 III 387 E. 4.1; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 11 N. 6). Die Wahl eines im Vergleich zum Werk anderen Bildformats oder eines Ausschnittes stellt eine Änderung dar (REHBINDER/HAAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 11 N. 6). Der Urheber bzw. die Rechteinhaberin kann Eingriffe in die Werkin-

tegrität gestatten und erlauben, dass das Werk geändert oder bearbeitet wird. Die Erlaubnis kann ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 11 N. 2).

#### 5.6.4.3. Würdigung

##### 5.6.4.3.1. Allgemeines

5.6.4.3.1.1. Damit die seitens der Klägerin behaupteten und von den Beklagten bestritten Verletzungen von Art. 11 URG bejaht werden könnten, müsste zum einen unbestritten oder bewiesen sein, dass die "Signaturen" auf den zwölf streitgegenständlichen Fotoabzügen nicht echt, also gefälscht sind und/oder die streitgegenständlichen Fotoabzüge nicht durch A.\_\_\_\_\_ bzw. ohne dessen Erlaubnis zugeschnitten worden sind. Zum anderen müsste eine Teilnahme/Mitwirkung der Beklagten 1 und 2 an den behaupteten Verletzungshandlungen unbestritten oder bewiesen sein.

5.6.4.3.1.2. Den Ausführungen der Klägerin betreffend die Urkundenqualität der streitgegenständlichen Fotoabzüge und dazu, dass die Beklagten sich auf deren Echtheit beriefen, weshalb sie gemäss Art. 178 ZPO die Beweislast dafür trügen (act. 46 Rz. 32, 66, 217), kann nicht gefolgt werden. Vorliegend bilden die Fotoabzüge Teil des Streitgegenstands. Die Klägerin macht diesbezüglich Urheberrechtsverletzungen und daraus resultierende Unterlassungs-, Beseitigungs- und Auskunftsansprüche geltend, weshalb sie gemäss Art. 8 ZGB für Tatsachen, aus denen sie diese Rechte ableitet – Unechtheit der "Signatur" sowie Zuschneiden der Fotoabzüge und fehlende Erlaubnis seitens A.\_\_\_\_\_ bzw. Klägerin, Mitwirkung der Beklagten an den Verletzungshandlungen etc. – die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast trägt (vgl. BGE 148 III 105 E. 3.3.1).

5.6.4.3.1.3. Art. 178 ZPO bezieht sich auf als Beweismittel eingereichte Urkunden, von deren Echtheit auszugehen ist, es sei denn diese wird (mit ausreichender Begründung) bestritten. Indem die Bestimmung vorsieht, dass diejenige Partei, die sich auf eine solche Urkunde beruft (d.h. die beweisführende Partei), die Beweislast für die Echtheit der Urkunde trägt, konkretisiert sie im Prozessrecht ledig-

lich das bereits in Art. 8 ZGB Geregelte (DOLGE, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, Art. 178 N. 4). Die Bestimmung führt nicht zu einer von Art. 8 ZGB abweichenden Beweislastverteilung.

#### 5.6.4.3.2. Zuschneiden

5.6.4.3.2.1. Das Zuschneiden und das allenfalls damit verbundene Ändern eines Formats bei Fotoabzügen im Vergleich zum Werk könnte an sich eine Urheberrechtsverletzung darstellen. Notwendig wären konkrete Ausführungen zum jeweiligen (Original-)Werk/Werkexemplar und welche Änderungen die streitgegenständlichen Fotoabzüge im Vergleich zu dieser aufweisen. Die Klägerin beschränkt ihre Ausführungen trotz Bestreitungen der Beklagten allerdings mehrheitlich darauf, ihre Sicht der Dinge in allgemeiner Weise vorzutragen, ohne in die Details zu gehen.

So behauptet die Klägerin generelle, von A.\_\_\_\_\_ gemachte Vorgaben/Kriterien betreffend Sammlerabzüge ab 1968 trotz Bestreitungen der Beklagten (vgl. insb. act. 10 Rz. 129-133, 136; act. 57 Rz. 87-89; act. 55 Rz. 77) bloss pauschal (vgl. insb. act. 1 Rz. 55 ff., 63, 70; act. 46 Rz. 29-31, 33). Die Werke (nicht die von ihr bezeichneten Originalbilder) datiert die Klägerin selbst allesamt vor 1968 (act. 1 Rz. 70). Konkrete Ausführungen zu den einzelnen Formaten der von der Klägerin als Originalbilder bezeichneten Fotografien fehlen. Das Abbilden von Fotografien (act. 1 Rz. 38, 70) in den Rechtsschriften vermag solche Ausführungen genauso wenig zu ersetzen (ist das Format anhand dieser doch nicht erkennbar) wie allgemeine Ausführungen zum generell ab 1932 verwendeten Format 24x36 mm (Negativ) (act. 1 Rz. 57; vgl. act. 10 Rz. 131) oder betreffend Formate der für Sammler bestimmten Fotoabzüge (act. 46 Rz. 29). Immerhin sind auch andere Fotoabzüge erstellt worden, wie z.B. Presse-Abzüge (vgl. act. 1 Rz. 71). Ob und gegebenenfalls weshalb die "Originalbilder" (act. 1 Rz. 70) jeweils das Originalwerk darstellen sollen bzw. was sie damit meint, erläutert die Klägerin trotz einem Hinweis der Beklagten 2 auf die Unklarheit (act. 10 Rz. 143) ebenfalls nicht. Sie erklärt einzig, dies seien Fotoabzüge aus ihrer Sammlung (act. 46 Rz. 286). Die Frage, wozu das Originalwerk jeweils besteht, stellt sich



umso mehr, als das Negativ laut Klägerin das vollendete Werk darstellen soll (act. 46 Rz. 37, 50; vgl. act. 1 Rz. 34); davon sind mehrfache Abzüge möglich, welche nur dann selbst Werke darstellen, wenn sie individuell gestaltet sind (ansonsten sind sie Werkexemplare). Im Widerspruch zu den behaupteten Kriterien hat die Klägerin im Übrigen nicht bestritten, in der vorprozessualen Korrespondenz und der Klage anerkannt zu haben, dass es die unterschiedlichsten Formate von Fotoabzügen von A.\_\_\_\_\_ gibt (act. 10 Rz. 49 ff.; vgl. act. 46 Rz. 194). Mit ihren Ausführungen zu einem 1968 bestimmten Standard unterscheidet sie zudem selbst Fotoabzüge von vor und nach 1968 (act. 1 Rz. 56) und gibt zu, dass mit Erlaubnis von A.\_\_\_\_\_ zugeschnittene Fotoabzüge («AE.\_\_\_\_\_» und «AH.\_\_\_\_\_») existieren (act. 1 Rz. 57).

Trotz Bestreitungen (act. 10 Rz. 129-133, 136, 143; act. 57 Rz. 91; act. 13 Rz. Zu 42-76; act. 55 Rz. 77, 79) hat die Klägerin es sodann unterlassen, konkret zu behaupten, inwieweit welcher streitgegenständliche Fotoabzug wie zugeschnitten wurde (Behauptung: "*zugeschnittenes Bild*"; act. 1 Rz. 70, 38; act. 46 Rz. 33) bzw. in welcher Hinsicht das jeweilige Format unüblich ist (act. 46 Rz. 33, 198). Sie zählt die Formate der streitgegenständlichen Fotoabzüge lediglich beispielhaft auf ("*17,8 x 24 cm, 18 x 24 cm, 14,7 x 8,9 cm etc.*"; act. 46 Rz. 30) und erwähnt ein unübliches quadratisches Format betreffend "AF.\_\_\_\_\_" (act. 1 Rz. 70), wobei die Beklagte 2 bestreitet, dass der streitgegenständliche Fotoabzug ein quadratisches Format aufweist (act. 10 Rz. 143). Auch die Beklagte 1 weist darauf hin, dass nicht ersichtlich sei, inwiefern sich die in Ziffer 38 der Klage dargestellten Fotografien von den streitgegenständlichen Fotografien unterscheiden würden (act. 55 Rz. 48). Tatsachen sind im Falle von Bestreitungen substantiiert zu behaupten (siehe Ziffer 2.1), durch ein Abdrucken der Fotografien in den Rechtsschriften (act. 1 Rz. 70) bzw. auf Beilagen (act. 47/47) kann dies wie erwähnt nicht ersetzt werden. Zudem sind die Details anhand der Abbildungen nicht erkennbar, weil diese wiederum Fotografien sind und die Winkel und die Nähe der Aufnahmen variieren. Sodann wird die Klägerin auch nicht durch die Zugabe der Beklagten 2, dass streitgegenständliche Fotoabzüge teilweise ein anderes Format aufweisen, als das von der Klägerin behauptete Format der für Sammler bestimmten Fotoabzüge (act. 57 Rz. 88) vom Aufstellen konkreter Behauptungen entbun-

den. Nicht alle Fotoabzüge waren Sammlerabzüge (vgl. act. 10 Rz. 144; act. 57 Rz. 88) und auch Fotoabzüge, die ursprünglich nicht für Sammler bestimmt waren, sind auf dem Markt (vgl. act. 46 Rz. 197).

Es ist damit nicht ausreichend dargetan, dass und welche Änderungen (an Zuschnitt, Format) die streitgegenständlichen Fotoabzüge gegenüber (welchen?) Originalwerken aufweisen und dass A.\_\_\_\_\_ diese nicht herstellte bzw. diese nicht in dieser Form mit seiner Zustimmung hergestellt wurden. Mangels substantiierter Behauptungen entfällt eine Beweisabnahme. Die fehlenden Behauptungen lassen sich weder durch ein Gutachten noch durch einen Augenschein noch durch eine Parteibefragung oder Beweisaussage ersetzen, kann doch damit nur bewiesen werden, was vorab behauptet wurde (siehe Ziffer 2.1).

5.6.4.3.2.2. Selbst im Falle der Annahme einer genügenden Substantiierung wäre aus folgenden Gründen von einer Beweisabnahme abzusehen:

Zum Erfordernis formgerechter Beweisanträge gehört, dass den einzelnen Sachvorbringen die jeweiligen einzelnen Beweisanträge eindeutig zugeordnet werden (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; BRÖNNIMANN, a.a.O., Art. 152 N. 23; LEUENBERGER, a.a.O., Art. 221 N. 51; vgl. u.a. BGer Urteile 4A\_381/2016 vom 29. September 2016 E. 3.3; 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4; 4A\_452/2013 vom 31. März 2014 E. 2.1).

Vorliegend verknüpft die Klägerin das offerierte Gutachten nicht rechtsgenügend mit entsprechenden Tatsachenbehauptungen: So wird das Gutachten nach einem Abschnitt mit einer Vielzahl von Behauptungen offeriert, womit es an einer genügenden Beweisverbindung fehlt (act. 1 Rz. 56 f., 63, 70; act. 46 Rz. 31, 33, 198). Auch fehlt es mitunter bei der Stelle, wo das Gutachten angeboten wird, an genügend konkreten Behauptungen betreffend das Zuschneiden, dessen Verbot und die streitgegenständlichen Fotoabzüge (act. 1 Rz. 55, 58 f.; act. 46 Rz. 31, 33, 198). Demzufolge ist unklar, was mit dem offerierten Gutachten bewiesen werden soll. Für ein Gutachten zum Beweis des Zuschnitts der Fotoabzüge und des Fehlens eines Randes wären die streitgegenständlichen Fotoabzüge zudem zu diesen Behauptungen zugeordnet zum Beweis anzubieten

(Edition) gewesen. Dies hat die Klägerin nur teilweise gemacht (Format, act. 46 Rz. 30); teilweise aber auch wieder mangelhaft verknüpft (act. 46 Rz. 33, 198). Eine solche Offerte fehlt aber insbesondere bei den relevanten Stellen in act. 1 Rz. 59 und 70. Das Anbieten von Beweismitteln an einer beliebigen anderen Stelle (so z.B. act. 46 Rz. 31) genügt nicht. Überdies bietet die Klägerin für die Gutachtenserstellung auch keine Vergleichsobjekte an.

Das vorstehend Ausgeführte gilt auch für die beantragten Augenscheine, Parteibefragungen und Beweisaussage sowie die Urkunde act. 3/31. Auch diese Beweismittel wurden nicht rechtsgenügend mit Tatsachenbehauptungen verknüpft, oder es fehlt bereits an den Behauptungen (act. 1 Rz. 56 f., 63; act. 46 Rz. 31, 33, 198; act. 3/31), bzw. ist die behauptete Tatsache zu allgemeiner Natur und nicht rechtserheblich (act. 1 Rz. 55, 58). Ferner wäre der Beweiswert von Parteibefragungen oder Beweisaussagen von Vertretern der Klägerin ohnehin gering. Teilweise sind diese offerierten Beweismittel auch untauglich, und zwar insofern als Vertreter der Klägerin dem Urheber im Entstehungszeitpunkt der Fotoabzüge kaum so nahe gewesen sein konnten, dass sie umfassende und unmittelbare Kenntnisse über den Entstehungsprozess aller Fotoabzüge bzw. darüber, was A.\_\_\_\_\_ 1968 bestimmte, gehabt haben könnten.

Wie die Beklagte 2 sodann richtig festhält (act. 10 Rz. 132), sind Terms & Conditions of O.\_\_\_\_\_ Photos Licensing vom 28. Oktober 2019 nicht geeignet, zu beweisen, dass die streitgegenständlichen Fotoabzüge verbotenerweise zugeschnitten wurden. Dies gilt ebenso für einen Wikipedia-Artikel, ist ein solcher doch leicht abänderbar (act. 1 Rz. 55; act. 10 Rz. 129).

5.6.4.3.2.3. Eine Verletzung von Art. 11 Abs. 1 lit. a URG durch die Beklagten 1 und 2 ist zu verneinen. Bei diesem Ergebnis erübrigen sich Ausführungen zur Mitwirkung.

5.6.4.3.3. Gefälschte/unechte "Signaturen"

5.6.4.3.3.1. Die klägerischen Behauptungen zu gefälschten "Signaturen" auf zwölf der streitgegenständlichen Fotoabzüge bleiben trotz Bestreitungen der Beklagten

(act. 10 Rz. 20-22, 35, 39-43, 78, 122-124, 136, 143; act. 57 Rz. 7-9, 91 f., 183; act. 55 Rz. 67-70) unsubstantiiert, weshalb eine Beweisabnahme entfällt:

In act. 1 Rz. 70 bezeichnet die Klägerin die "Signaturen" auf zwölf der streitgegenständlichen Fotoabzüge jeweils pauschal als gefälscht. Wieso sie diese "Signaturen" als gefälscht erkennen will, führt die Klägerin trotz Bestreitungen der Beklagten 1 (act. 13 Rz. Zu 42-76, 77) und 2 (act. 10 Rz. 143, 39 ff.) lediglich zu drei Fotoabzügen aus (act. 1 Rz. 70):

- i. *AB.\_\_\_\_\_*, *Mexiko*: Die "Signatur" auf der Vorderseite sei mit Bleistift erfolgt (während alle Fotoabzüge der Sammlung der Klägerin seien auf der Vorderseite mit Tinte signiert seien).
- ii. *AC.\_\_\_\_\_*, *Türkei*: Dieses weise zwei Unterschriften auf, eine vertikale "Signatur" rechts oben mit Tinte auf der Vorderseite und eine zweite "Signatur" mit Bleistift auf der Rückseite (währenddem von allen Fotoabzügen, die sich im Besitz der Klägerin befänden [mehr als 30'000] und auf dem Markt ermittelt worden seien, keines von A.\_\_\_\_\_ auf diese Weise signiert worden sei).
- iii. *AD.\_\_\_\_\_*, *Jugoslawien*: Eine "Signatur" befinde sich mit Tinte auf der Vorderseite und eine mit Bleistift auf der Rückseite, was untypisch sei.

Zuvor bezeichnete die Klägerin auf der rechten Seite angebrachte vertikale "Signaturen" als unüblich und deshalb als gefälscht (act. 1 Rz. 48; act. 46 Rz. 33, 268). A.\_\_\_\_\_ habe auch nie sowohl auf der Vorder- wie auch auf der Rückseite signiert (act. 1 Rz. 48). Konkret führt sie allerdings dazu einzig aus, P.\_\_\_\_\_ habe 2007 die New Yorker Galerie Al.\_\_\_\_\_ aufgefordert, Fotoabzüge aus dem Verkehr zu ziehen mit dem Hinweis, dass A.\_\_\_\_\_ nie auf diese Weise signiert habe (auf der rechten Seite vertikal) und die "Signatur" nicht derjenigen entspreche, welche auf den Werken der Sammlung der Klägerin ersichtlich sei (act. 1 Rz. 48 f.). Obwohl die Beklagten die Ausführungen bestreiten (act. 13 Rz. Zu 42-76; act. 10 Rz. 123) und die Beklagte 2 ausdrücklich darauf hinweist, dass (i) die Klägerin die Relevanz der Unterschriftsposition nicht darlege, (ii) Be-

hauptungen von P.\_\_\_\_\_ gegenüber der Galerie Al.\_\_\_\_\_ im Jahr 2007 irrelevant seien, (iii) ebenso irrelevant sei, dass es in der Sammlung der Klägerin keine Fotoabzüge mit Bleistiftunterschriften oder mit "Signatur" vertikal rechts oben mit Tinte sowie eine zweite Unterschrift auf der Rückseite mit Bleistift gebe, da sie doch keine umfassende Kenntnis des Werks von A.\_\_\_\_\_ habe, (iv) die Klägerin lediglich unsubstantiierte Behauptungen aufstelle (act. 10 Rz. 123, 143) und die Beklagte 2 Privatgutachten einreicht (act. 10 Rz. 20-22; act. 12/11-12), macht die Klägerin in der Replik keine detaillierteren Ausführungen.

Fehlende substantiierte Behauptungen lassen sich nicht durch Beweisofferten wie Gutachten, Parteibefragung, Beweisaussage oder Augenschein ersetzen. Die Tatsachen, welche mit diesen Beweismitteln bewiesen werden sollen, sind bereits in der Rechtschrift konkret darzulegen. Vorliegend fehlen solche Ausführungen. Eine Beweisabnahme entfällt.

5.6.4.3.3.2. Selbst unter der Prämisse einer genügenden Substantiierung wäre auch aus folgenden Gründen keine Beweisabnahme zur behaupteten Fälschung/Unechtheit der "Signaturen" vorzunehmen:

Vorliegend verknüpft die Klägerin das offerierte Gutachten nicht rechtsgenügend mit entsprechenden Tatsachenbehauptungen: Entweder wird das Gutachten nach einem Abschnitt mit einer Vielzahl von Behauptungen offeriert (vgl. insb. act. 1 Rz. 48, 63, 70; act. 46 Rz. 33, 156-160), oder es fehlt im entsprechenden Textabschnitt an einer Behauptung hinsichtlich Fälschung/Unechtheit der "Signaturen" auf den streitgegenständlichen Fotoabzügen (vgl. insb. act. 1 Rz. 49 f.; act. 46 Rz. 1160, 85). Entsprechend ist unklar, was mit dem offerierten Gutachten bewiesen werden soll. Überdies offeriert die Klägerin keine Vergleichsobjekte, welche zur Gutachtenserstellung beigezogen werden könnten, obwohl sie die von der Beklagten 2 eingereichten Privatgutachten (act. 46 Rz. 156 ff.) bestreitet und bemängelt, dass zum Vergleich Originaldokumente aus der Zeit vor 1968 zu verwenden und im vorliegenden Verfahren einzureichen gewesen wären (act. 46 Rz. 160).

Auch die offerierten Parteibefragungen, Beweisaussagen und Augenscheine hat die Klägerin nicht ausreichend mit den rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen verknüpft (vgl. insb. act. 1 Rz. 48 ff., 63; act. 46 Rz. 33, 160). Ein Augenschein seitens des Gerichts wäre überdies kein taugliches Beweismittel, fehlt es dem Gericht doch naturgemäss an der zur Beurteilung der Echtheit von "Signaturen" notwendigen Sachkunde.

Sodann vermöchte auch das Schreiben von P. \_\_\_\_\_ an die Al. \_\_\_\_\_ Galleries Inc. vom 16. Mai 2007 (act. 3/30; act. 1 Rz. 48) nicht zu beweisen, dass am rechten Rand angebrachte, vertikale "Signaturen" Fälschungen sind. Aus dem Schreiben geht nämlich nicht einmal hervor, welche Art und Weise der "Signatur" gemeint ist ("A. \_\_\_\_\_ *never signed in this way*"). Zudem ist der Beweiswert des Schreibens in der Nähe einer Parteibehauptung zu verorten.

5.6.4.3.3. Bei diesem Resultat kann offen bleiben, ob die "Signatur" an sich einen Eingriff bzw. eine Änderung darstellt, und erübrigen sich Ausführungen zur Mitwirkung.

#### 5.6.4.4. Zwischenfazit

Da es an substantiierten Behauptungen der Klägerin zu den "Signaturen" und zum Zuschneiden sowie an Verknüpfungen zwischen Behauptungen und Beweisofferten fehlt, ist eine Verletzung von Art. 11 Abs. 1 lit. a URG nicht nachgewiesen und zu verneinen.

#### 5.6.5. Sachenrecht und guter Glaube

5.6.5.1. Insoweit sich die Beklagten zur Bestreitung von Urheberrechtsverletzungen auf Sachenrecht und guten Glauben (Art. 3 ZGB) berufen (vgl. act. 10 Rz. 116, 162 f. act. 57 Rz. 85; act. 55 Rz. 56, 105; kl. Bestreitungen: act. 46 Rz. 180, 251, 294; act. 1 Rz. 93) – wobei die Beklagte 2 erklärt, es möge zutreffen, dass ihre Gutgläubigkeit nicht relevant sei (act. 57 Rz. 155) –, um Urheberrechtsverletzungen zu bestreiten, ist Folgendes festzuhalten:

5.6.5.2. Mangels eines durch Besitz oder Registereintrag begründeten Rechtscheins können gutgläubig keine Urheberrechte vom nicht oder nicht mehr Berechtigten erworben werden (BGE 117 II 463 E. 3).

Das Urheberrecht wirkt absolut, d.h. gegenüber jedermann. Es bildet eine Schranke für die Ausübung der Eigentumsrechte (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Urheberrechtliche Befugnisse beschränken die Verwendungsmöglichkeiten des sachenrechtlichen Inhabers eines Werkexemplars (HILTY, a.a.O., N. 22). Die Übertragung des Eigentums am Werkexemplar bewirkt nicht die Übertragung der Urheberrechte (Art. 16 Abs. 3 URG).

Sachenrechtliche Argumente, welche nach Ansicht der Beklagten Urheberrechtsverletzungen entgegen stehen sollen, greifen daher nicht.

5.6.5.3. Im Übrigen greift auch im Sachenrecht die Vermutung des guten Glaubens bei der Übertragung einer bewegliche Sache zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht (Art. 933 ZGB) nur dann, wenn derjenige, der sich auf den guten Glauben beruft, den Nachweis dafür erbringt, den Umständen entsprechend aufmerksam gewesen zu sein (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Namentlich wenn konkrete Verdachtsgründe vorliegen sowie beim Handel mit Kunst- und mit Occasionsgegenständen trifft den Käufer die Obliegenheit abzuklären, ob der Verkäufer auch tatsächlich befugt ist, über die Sache zu verfügen (u.a. BGer Urteil 5A\_71/2022 vom 14. September 2022 E. 3.3.2). Vorliegend handelt es sich um Kunstgegenstände. In einem solchen Kontext würde das Vertrauen in eine andere Person, worauf sich die Beklagte 1 beruft (act. 55 Rz. 53 f., 58), ebenso wenig ausreichen wie das seitens der Beklagten 1 behauptete Abklären der Provenienz nach Beginn der Ausstellung aufgrund Kontaktaufnahme durch die Klägerin (act. 55 Rz. 40; vgl. GLAUS/STUDER, a.a.O., S. 130). Ebenso wenig würde ein Verweis auf T.\_\_\_\_\_ und die Schriftgutachten allein, womit sich die Beklagten 2 jedenfalls im vorliegenden Verfahren begnügt, als Provenienzabklärung ausreichen (vgl. act. 10 Rz. 34 ff.; act. 57 Rz. 121).

#### 5.6.6. Zwischenfazit

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass

- i. die Beklagte 1 durch das Anbieten zum Verkauf sowie die Teilnahme an der Ausleihe (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG) und durch das Zugänglichmachen auf der Website (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) sowie
- ii. die Beklagte 2 durch den Verkauf, die Einfuhr und die Ausleihe (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG)

der streitgegenständlichen Fotoabzüge die Urheberrechte der Klägerin verletzt haben. Erschöpfung, sachenrechtliche Aspekte und guter Glaube stehen den Urheberrechtsverletzungen nicht entgegen. Hingegen liegen keine Verletzungen von Art. 11 Abs. 1 lit. a URG vor.

## **5.7. Einzelne Ansprüche / Rechtsbegehren**

### **5.7.1. Rechtsbegehren 1 (Unterlassung und Beseitigung)**

#### **5.7.1.1. Parteistandpunkte**

5.7.1.1.1. Die Klägerin verlangt mit Rechtsbegehren 1, dass den Beklagten zu verbieten sei, die streitgegenständlichen Fotoabzüge in die Schweiz einzuführen, von der Schweiz auszuführen, in der Schweiz auszustellen, anzubieten, zu verkaufen, anderweitig in Verkehr zu bringen oder zu diesem Zweck zu lagern oder bei einer dieser Handlungen mitzuwirken. Sie begründet das Rechtsbegehren damit, dass sie die Urheberrechtsverletzungen durch die Beklagten – welche teilweise noch immer andauerten – bewiesen habe (act. 1 Rz. 10, 77, 99). Die Beklagten hätten die Rechtsverletzung bestritten und es im Rahmen der Vergleichsverhandlungen abgelehnt, eine Erklärung der Klägerin entgegenzunehmen, in der sie ernsthafte Zweifel an der Echtheit der Fotoabzüge äussere und festhalte, dass die Fotoabzüge nicht verkauft werden dürften (act. 1 Rz. 77, 99). Da die Beklagten die Ansprüche der Klägerin auch im vorliegenden Verfahren bestreiten würden, bestehe eine erhebliche Wiederholungsgefahr (act. 46 Rz. 94 f., 100, 106, 115, 255, 290, 300 f.). Insbesondere, dass nicht nur die Beklagte 1, sondern auch die Beklagte 2 erneut versuchen werde, die streitgegenständlichen Fotoabzüge



zu verkaufen (act. 1 Rz. 77). Die Beklagte 2 verwalte die Fotoabzüge und werde diese weiterhin verwenden, sofern sie nicht aus dem Verkehr gezogen würden (act. 46 Rz. 255). Zudem könne sie die Rechte der Klägerin auch dadurch weiterhin verletzen, dass sie die Fotoabzüge an andere Galerien für Ausstellungen liefere (act. 46 Rz. 290).

5.7.1.1.2. Beide Beklagten stellen neben Urheberrechtsverletzungen (siehe Ziffer 5.6) eine künftige Verletzungs-/Wiederholungsgefahr aus verschiedenen Gründen in Abrede (act. 55 Rz. 83, 109; act. 10 Rz. 150, 168 f.; act. 57 Rz. 63, 104, 203). Die Beklagte 1 führt aus, die Fotografien würden nicht zum Kauf angeboten (act. 13 Rz. Zu 98-102; act. 55 Rz. 100). Sie befänden sich im Zollfreilager J. \_\_\_\_\_. Deren Verkauf durch sie sei ausgeschlossen (act. 55 Rz. 111). Zudem habe sie ihre Geschäftstätigkeit praktisch beendet (act. 55 Rz. 99). Die Beklagte 2 erklärt, es bestehe keine Gefahr, dass sie die streitgegenständlichen Fotoabzüge veräussere, sei sie doch nicht deren Eigentümerin (act. 10 Rz. 168). Sollte sie entgegen jeglicher Erwartungen tatsächlich insoweit unterliegen, als das Gericht auf eine Verletzung von Urheberrechten erkennen sollte, würde sie selbstverständlich den Urteilsspruch beachten (act. 57 Rz. 203).

#### 5.7.1.2. Rechtliches

5.7.1.2.1. Voraussetzung für ein Verbot einer drohenden Verletzungshandlung nach Art. 62 Abs. 1 lit. a URG (*Unterlassung*) ist ein besonderes Rechtsschutzinteresse, welches nur bei einer hinreichend realen, konkreten Gefährdung des Schutzrechts vorliegt. Indiz für eine Gefährdung kann die Tatsache sein, dass gleichartige Rechtsverletzungen in der Vergangenheit stattgefunden haben und eine Wiederholung zu befürchten ist (*Wiederholungsgefahr*) oder Verhaltensweisen des Anspruchsgegners oder konkrete Anhaltspunkte indizieren, dass erstmalige künftige Verletzungen unmittelbar drohen (*Erstbegehungsgefahr*) (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 14 f.; EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., Art. 62 N. 6; BGE 128 III 96 E. 2e; 124 III 72 E. 2a). Die Wiederholungsgefahr darf regelmässig angenommen werden, wenn die Beklagte die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens bestreitet, ist doch dann zu vermuten, dass sie es im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit weiterführen wird (BGE 128 III 96 E. 2e; OBERHAMMER,

a.a.O., Art. 84 N. 10 m.H.). Das trifft etwa zu, wenn die Verletzerin zwar im Hinblick auf den Prozess das beanstandete Verhalten eingestellt hat, in den Rechtsvorträgen aber nach wie vor ihr Verhalten als rechtmässig verteidigt (BGE 128 III 96 E. 2e). Die Verletzerin kann diese Vermutung widerlegen, indem sie Umstände dartut, die eine Wiederholung im konkreten Fall ausschliessen oder zumindest unwahrscheinlich erscheinen lassen (vgl. BGer Urteil 4C.28/2002 vom 6. Mai 2002 E. 5.1). So kann die Annahme einer Wiederholungsgefahr nach erfolgter Verletzung unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände bei einer Verzicht- und Unterwerfungserklärung ausgeschlossen werden, falls sie ohne Anerkennung einer Rechtspflicht bzw. trotz Bestreitung der Widerrechtlichkeit erfolgt und soweit sie bedingungslos und unzweideutig ist. Eine solche Erklärung ist formfrei möglich; auch ein gleich zu gewichtender Tatbeweis reicht (OGer ZH Entscheid LL100003 vom 20. Januar 2011, sic! 2011 S. 509 E. 2.1; vgl. HGer ZH, ZR 111 (2012) Nr. 62; BGer Urteil 4A\_109/2011 vom 21. Juli 2011 E. 6.2.2).

Naturgemäss lässt sich künftiges Verhalten nie mit letzter Sicherheit beweisen, so dass es genügen muss, eine Vermutung darzutun (BGE 97 II 97 E. 5.b). In welcher Intensität eine Gefahr vorhanden sein muss, um einen Unterlassungsanspruch bejahen zu können, ist eine Rechtsfrage. Für die tatsächlichen Gegebenheiten, aus denen sich eine Gefahr der dargelegten Art ergeben soll, trägt die klagende Partei die Behauptungs-, (und im Bestreitungsfall) die Substantiierungs- und Beweislast (BGer Urteile 4A\_250/2018 vom 1. Oktober 2018 E. 3.2; 5A\_228/2009 vom 8. Juli 2009 E. 4.1).

5.7.1.2.2. Voraussetzung für die Gutheissung eines *Beseitigungsanspruchs* nach Art. 62 Abs. 1 lit. b URG ist ein andauernder rechtsverletzender Zustand (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 17).

### 5.7.1.3. Würdigung

5.7.1.3.1. Wie in Ziffer 0 ausgeführt, hat die Beklagte 1 in der Vergangenheit die Urheberrechte der Klägerin an den streitgegenständlichen Fotoabzügen mitunter dadurch verletzt, dass sie sich diese bei der Beklagten 2 auslieh und zum Verkauf anbot. Auch wenn die Beklagte 1 aufgrund des vorliegenden Verfahrens bzw. der

vorangehenden Massnahmeverfahren den Verkauf eingestellt hat und die streitgegenständlichen Fotoabzüge inzwischen im Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ eingelagert sind (act. 45 in HE190419-O; act. 11 in HE200435-O), ist eine Wiederholungsgefahr anzunehmen. Die Beklagte 1 bestreitet die Widerrechtlichkeit ihres Verhaltens (act. 13 Rz. Zu 9, 11, 77, 98-102), weshalb zu vermuten ist, dass sie das gleiche, ihres Erachtens nicht widerrechtliche Verhalten wieder aufnehmen könnte. Die derzeitige Aufbewahrung im Zürcher Freilager J.\_\_\_\_\_ schliesst eine zukünftige Wiederholung nicht aus, geschah diese doch allein wegen des Massnahmeverfahrens (siehe Ziffer B.a) und kommt der Beklagten 1 als mittelbare Besitzerin der streitgegenständlichen Fotoabzüge noch immer Verfügungsmacht (zumindest zusammen mit der Beklagten 2) zu (siehe Ziffer 5.5.2.7). Die fehlende Eigentümerschaft der Beklagten 1 schloss in der Vergangenheit die genannten Urheberrechtsverletzungen nicht aus; Entsprechendes gilt auch für die Zukunft. Verzichts- und Unterwerfungserklärungen wurden seitens der Beklagten 1 sodann keine abgegeben. Damit ist eine hinreichend konkrete Gefährdung der Urheberrechte der Klägerin (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG) durch Verkauf und potentiell konnexe Handlungen wie Anbieten und Ausfuhr sowie anderweitiges in Verkehr Bringen (z.B. Ausleihe) und einer Mitwirkung daran gegeben. Folglich ist ein Unterlassungsanspruch der Klägerin zu bejahen.

Sodann dauert, wie in Ziffer 5.6.2.3.1 ausgeführt, das Zugänglichmachen von 21 der 23 streitgegenständlichen Fotoabzüge auf der Website der Beklagten 1 noch immer an, womit auch ein andauernder rechtsverletzender Zustand (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) vorliegt. Die Beklagte 1 hat weiterhin digitalen Zugriff auf die präsentierten Fotoabzüge, weshalb Urheberrechtsverletzungen auch zukünftig praktisch realisierbar sind. Sodann ist davon auszugehen, dass ihr auch die beiden verbleibenden Fotografien elektronisch vorliegen, stammen die Fotoabzüge gemäss Rechtsbegehren 1 doch unstrittig von einer anderen Website der Beklagten 1 (<[https://www.B.\\_\\_\\_\\_\\_.org/exhibition-A.\\_\\_\\_\\_\\_](https://www.B._____.org/exhibition-A._____)>, nicht mehr abrufbar) (act. 46 Rz. 6, vgl. act. 57 Rz. 66 und act. 55). Ein Andauern der Urheberrechtsverletzung ist auch zu bejahen bzw. droht eine konkrete künftige Gefährdung von Urheberrechten (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG), dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Bestreitens der Verletzung durch die Beklagte 1 und in Ermange-

lung von Verzichts- und Unterwerfungserklärungen. Folglich ist hinsichtlich des Zugänglichmachens auf der Website ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch der Klägerin gegeben. Ein entsprechendes Begehren der Klägerin liegt mit Rechtsbegehren 1, welches im Sinne der Rechtsschriften auszulegen ist, vor. Das Zugänglichmachen auf der Website ist eine Verbreitungshandlung und nach dem landläufigen Sprachgebrauch (und nicht der streng juristischen Terminologie, vgl. Ziffer 5.6.2.2) als eine Form des anderweitigen Inverkehrbringens zu betrachten.

Aus diesen Gründen ist der Beklagten 1 – vorbehältlich der Prüfung der Einwendungen und Einreden in Ziffer 5.8 – zu untersagen, die streitgegenständlichen Fotoabzüge von der Schweiz auszuführen, anzubieten, zu verkaufen, anderweitig in Verkehr zu bringen oder bei einer dieser Handlungen mitzuwirken.

5.7.1.3.2. Auch die Beklagte 2 hat die Urheberrechte der Klägerin (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG) verletzt und zwar, wie in Ziffer 0 erläutert, durch den Verkauf, die Einfuhr und die Ausleihe der streitgegenständlichen Fotoabzüge. Weiter indiziert das Bestreiten der Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens seitens der Beklagten 2 eine Wiederholungsgefahr (vgl. u.a. act. 10 Rz. 150, 169), ist doch zu vermuten, dass sie das beanstandete Verhalten, welches sie wegen der Massnahmeverfahren und des vorliegenden Verfahrens eingestellt hat, künftig wieder aufnimmt. Da die Beklagte 2 zumindest mittelbare Besitzerin der streitgegenständlichen Fotoabzüge ist (siehe Ziffer 5.5.2.8), sind weitere solche Urheberrechtsverletzungen realisierbar und wegen ihrer Position als Verwalterin der streitgegenständlichen Fotoabzüge auch wahrscheinlich. Die fehlende Eigentümerschaft der Beklagten 2 schloss in der Vergangenheit Urheberrechtsverletzungen (Ausleihe) nicht aus und Verkaufshandlungen sowie damit zusammenhängende Handlungen sind – insbesondere im Sinne einer Mitwirkung – auch ohne Eigentümerstellung künftig ausführbar. Allfällige der Beklagten 2 seitens der (unbekannten) Eigentümerschaft auferlegte (unbelegte) Verfügungsbeschränkungen beseitigen eine Wiederholungsgefahr zudem nicht, können solche doch jederzeit und ohne Kenntnis der Klägerin geändert werden. Verzichts- und Unterwerfungserklärungen wurden seitens der Beklagten 2 sodann keine abgegeben. Nichts am Resultat zu ändern vermag ferner, dass die Beklagte 2 sinngemäss behauptet, sie

würde sich gegen eine Vollstreckung eines Urteils nicht wehren (act. 57 Rz. 63 f., 203). Diese Äusserung zeigt auf, dass für ein konformes Verhalten der Beklagten 2 ein gerichtlicher Entscheid gerade notwendig ist. Damit ist eine hinreichend konkrete Gefährdung der Urheberrechte der Klägerin (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG) durch Verkauf und potentiell konnexe Handlungen wie Anbieten und Ausfuhr sowie anderweitiges in Verkehr Bringen (z.B. Ausleihe) und einer Mitwirkung daran gegeben. Folglich ist ein Unterlassungsanspruch der Klägerin auch gegenüber der Beklagten 2 zu bejahen.

Infolgedessen ist der Beklagten 2 – vorbehältlich der Prüfung der Einwendungen und Einreden in Ziffer 5.8 – zu untersagen, die streitgegenständlichen Fotoabzüge von der Schweiz auszuführen, anzubieten, zu verkaufen, anderweitig in Verkehr zu bringen oder bei einer dieser Handlungen mitzuwirken.

5.7.1.3.3. Abzuweisen ist das Rechtsbegehren 1 hinsichtlich des Verbots der Einfuhr der streitgegenständlichen Fotoabzüge in die Schweiz, des Lagerns und des Ausstellens der streitgegenständlichen Fotoabzüge in der Schweiz, und zwar aus folgenden Gründen:

Die streitgegenständlichen Fotoabzüge befinden sich im Zollfreilager J.\_\_\_\_\_ und damit bereits in der Schweiz (act. 45 in HE190419-O; act. 11 in HE200435-O; act. 10 Rz. 8, 33; act. 46 Rz. 38, 173; act. 55 Rz. 111). Zugleich wird den Beklagten 1 und 2 deren Ausfuhr künftig untersagt. Folglich besteht keine Gefahr der Einfuhr der streitgegenständlichen Fotoabzügen sowie einer damit verbundenen Urheberrechtsverletzung.

Keine Ausnahme von vorstehender Erwägung ergibt sich für den Fotoabzug "AJ.\_\_\_\_\_ [Foto 7]" aufgrund der Behauptung der Klägerin in act. 46 Rz. 7, dieser sei bei der Besichtigung im Zürcher Freilager nicht auffindbar gewesen sei. Denn sie bringt im Widerspruch dazu nachfolgend wiederholt selbst und ohne Ausnahme vor, dass die – d.h. alle – streitgegenständlichen Fotoabzüge im Zollfreilager lagern (act. 46 Rz. 38, 40, 62, 173). Damit ist ein Nichtlagern des Fotoabzugs AJ.\_\_\_\_\_ im Zollfreilager in der Schweiz – sollte die Klägerin dies denn überhaupt gewollt haben – nicht schlüssig behauptet. Nicht schlüssige Tatsa-

chenbehauptungen bleiben unberücksichtigt (BRÖNNIMANN, a.a.O., Art. 152 N. 30; siehe Ziffer 2.1).

Die Ausstellung eines Werkexemplars fällt nicht unter das Verbreitungsrecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. b URG (siehe Ziffer 5.6.2.2.4). Eine Gefährdung dieses Urheberrechts ist folglich ausgeschlossen. Was das Recht auf Erstaussstellung gemäss Art. 9 Abs. 2 URG anbelangt, fehlt es an Tatsachenbehauptungen hinsichtlich einer Gefährdung bzw. einer bevorstehenden Verletzung eines Urheberrechts sowie mit Blick auf eine Wiederholungsgefahr an einer vergangenen Verletzung (siehe Ziffern 5.6.2.1 und 5.6.2.3.1).

Das Lagern selbst ist keine das Urheberrecht verletzende Handlung. Aus dem Lagern kann sodann nicht unmittelbar ein Zweck abgeleitet werden. Eine dadurch entstehende Gefährdung der Urheberrechte an den streitgegenständlichen Fotoabzügen liegt daher nicht vor.

#### 5.7.2. Rechts- und Eventualbegehren 2.a)-b) (Herausgabe/Einziehung) sowie 5.a)-b) (Umwandlung in Geld)

##### 5.7.2.1. Parteistandpunkte

5.7.2.1.1. Die Klägerin verlangt mit Rechtsbegehren 2.a) die Verpflichtung der Beklagten zur Herausgabe der streitgegenständlichen Fotoabzüge an die Klägerin und verweist dazu auf zwei Lehrmeinungen (MARBACH/DUCREY/WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. A., 2017, N. 998; DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, in: VON BÜREN/DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, I/2, 3. A., 2011, N. 315 f.). Sodann verlangt die Klägerin mit Eventualbegehren 2.b) gestützt auf Art. 62 Abs. 1 lit. b URG und Art. 63 URG (act. 46 Rz. 64), dass die streitgegenständlichen Fotoabzüge gemäss Rechtsbegehren 1 einzuziehen und zu vernichten seien.

Die Klägerin führt aus, nach Art. 63 Abs. 1 URG könne das Gericht insbesondere die Einziehung und Verwertung oder Vernichtung der widerrechtlich hergestellten Gegenstände anordnen. Die Verwendung der verletzenden Objekte

stehe im Ermessen des Gerichts, namentlich auch deren Herausgabe an sie, die Klägerin. Sie beantrage die Herausgabe der Fotoabzüge, weil diese beim Nachweis zukünftiger Rechtsverletzungen hilfreich sein könnten. So könne sie bei zukünftigen Fällen anhand der streitgegenständlichen Fotoabzüge die Unterschiede zwischen Original und Fälschung erklären. Da im vorliegenden Verfahren nicht alle zivil- und strafrechtlichen Aspekte beurteilt würden, beantrage sie die Herausgabe der Fotoabzüge an sie, damit sie in möglichen weiteren Verfahren als Beweismittel zur Verfügung stünden. Die Einziehung und Vernichtung sei für die Fälle gedacht, in denen die Gegenstände nicht mehr gebraucht würden (act. 1 Rz. 101; act. 46 Rz. 64 f.).

5.7.2.1.2. Die Beklagte 2 beantragt die Abweisung des Begehrens (act. 57 Rz. 58, 60). Neben dem Bestreiten der Urheberrechtsverletzungen erklärt sie, die Klägerin könne ihren Primäranspruch gemäss Rechtsbegehren 2.a) auf keine Rechtsgrundlage stützen. Art. 63 Abs. 1 URG biete nur Hand für die Einziehung, Verwertung oder Vernichtung widerrechtlicher Gegenstände. Zugegebenermassen komme dem Gericht ein gewisses Ermessen zu (act. 57 Rz. 59). Die von der Klägerin zitierten Lehrmeinungen böten allerdings keine Grundlage für eine Herausgabe an sie selbst. So werde in der Lehre lediglich vertreten, dass die eingezogenen Gegenstände beispielsweise an eine wohltätige Institution zu Eigengebrauch verschenkt werden könnten. Die Klägerin sei weder eine wohltätige Institution, noch wolle sie die Werke für den Eigengebrauch. Die Klägerin substantiiere denn auch nicht, wofür sie die Fotoabzüge verwenden würde, sondern behaupte lediglich, die streitgegenständlichen Fotoabzüge für andere zivil- und strafrechtliche Aspekte zu benötigen (act. 57 Rz. 60). Die Beklagte 1 hält einzig fest, dass sie die Fotoabzüge nicht herausgeben dürfe (act. 55 Rz. 16) und ersucht generell um Klageabweisung (act. 13 S. 2).

#### 5.7.2.2. Rechtliches

5.7.2.2.1. Wer in seinem Urheberrecht verletzt oder gefährdet wird, kann vom Gericht verlangen, eine bestehende Verletzung zu beseitigen (Art. 62 Abs. 1 lit. b URG).

5.7.2.2.2. Gemäss Art. 63 URG kann das Gericht die Einziehung und Verwertung oder Vernichtung der widerrechtlich hergestellten Gegenstände oder der vorwiegend zu ihrer Herstellung dienenden Einrichtungen, Geräte und sonstigen Mittel anordnen. Die Anordnung der Einziehung und Vernichtung liegt im gerichtlichen Ermessen. Sie kann nur auf Antrag hin angeordnet werden. Zudem muss eine Verletzung oder Gefährdung eines Urheberrechts vorliegen, müssen wiederrechtlich hergestellte Gegenstände vorhanden sein und ist die Verhältnismässigkeit zu beachten (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 63 N. 2 ff.).

### 5.7.2.3. Würdigung

5.7.2.3.1. Ein Herausgabeanspruch der klagenden Partei findet in beiden von der Klägerin angerufenen Rechtsgrundlagen keine Stütze: Art. 63 URG sieht die Vernichtung oder die Verwertung *durch das Gericht* vor. Eine Verwertung kommt vor allem für eingezogene Hilfsmittel in Betracht, die sich rechtmässig verwenden lassen (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 63 N. 6). In diesem Licht ist auch die Literaturstelle 'MARBACH, in: MARBACH/DUCREY/WILD [Hrsg.], Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. A., 2017, N. 998' betreffend die Verwertung z.B. durch Schenkung an wohltätige Institutionen zu lesen. Die Klägerin verlangt jedoch die Herausgabe der *Gegenstände*, nicht der Hilfsmittel, *an sie*, welche keine wohltätige Institution ist, und zwar nicht zwecks *Verwertung*, sondern *Verwendung*. Hierzu bietet weder der Wortlaut noch der Sinn und Zweck von Art. 63 URG eine Grundlage. Die Herausgabe der Gegenstände zur Verwendung in weiteren Verfahren ist nicht vorgesehen. Darüber hinaus vermag die Klägerin auch nicht plausibel zu machen, wofür sie die streitgegenständlichen Fotoabzüge konkret benötigt.

Eine Herausgabe an die klagende Partei kommt auch gestützt auf Art. 62 URG nicht in Frage. Zwar mag es für den Schutzrechtsinhaber generell interessant sein, die Herausgabe zu verlangen (wie DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, in: VON BÜREN/DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, I/2, 3. A.,



2011, N. 315 formulieren) bzw. statt die Vernichtung die Übertragung des Schutzrechts auf sie zu verlangen. Im Marken-, Design- und Patentrecht ist eine Übertragung möglich, allerdings jeweils gestützt auf eine Spezialbestimmung (Art. 53 MSchG; Art. 34 DesG; Art. 29 PatG) und nicht auf die zu Art. 62 URG jeweils analoge Generalbestimmung (Art. 55 MSchG; Art. 35 DesG; Art. 66 ff. PatG), und die Übertragung betrifft in diesen Fällen ein Recht, keine Gegenstände. Das Urheberrechtsgesetz enthält keine solche Spezialbestimmung.

Das Rechtsbegehren 2.a) ist folglich abzuweisen.

5.7.2.3.2. Überdies ist es der Klägerin nicht gelungen, darzutun, dass es sich bei den streitgegenständlichen Fotoabzügen um widerrechtlich hergestellte Gegenstände handelt: Wie in Ziffer 5.6.2.3.3 ausgeführt, bestreitet die Klägerin zwar die Herstellung/Veränderung der Fotoabzüge durch bzw. mit Zustimmung von A.\_\_\_\_\_ und behauptet eine widerrechtliche Herstellung der Fotoabzüge sprich Fälschung (act. 1 Rz. 42 ff., 70 ff., 86; act. 46 Rz. 36 f., 38 ff., 50). Die Behauptungen der Klägerin sind allerdings trotz detaillierter Bestreitungen der Beklagten (act. 10 Rz. 82, 116, 130 ff., 144, 156; act. 57 Rz. 91, 101, 102, 105, 132, 149 ff., 162, 169, 183, 185, 200; act. 13 Rz. Zu 21, Zu 81-89; act. 55 Rz. 69, 91 f.) nicht substantiiert erfolgt, was hinsichtlich der Verletzung des Vervielfältigungsrechts, des Zuschneidens und der "Signaturen" vorstehend ausgeführt wurde (siehe Ziffern 5.6.2.3.3, 5.6.4.3.2, 5.6.4.3.3). Ebenfalls wurden in Bezug auf das Zuschneiden und die "Signaturen" die fehlenden Beweisverbindungen und -offerten erläutert. Auf diese Ausführungen wird verwiesen. Substantiierte weitere Behauptungen der Klägerin fehlen.

Auch aus diesem Grund wäre Rechtsbegehren 2.a) und ist Eventualbegehren 2.b) abzuweisen. Da sich Rechtsbegehren 5 ausschliesslich auf die Vollstreckung von Rechts- und Eventualbegehren 2.a)-b) bezieht, hat zwangsläufig auch in Bezug auf Rechtsbegehren 5 eine Abweisung der Klage zu erfolgen.

### 5.7.3. Rechtsbegehren 3 (Auskunft)

5.7.3.1. Die Klägerin verlangt gestützt auf Art. 62 Abs. 1 lit. c URG Auskunft über die Namen und Adressen aller Lieferanten und gewerblichen Abnehmer der streitgegenständlichen Fotoabzüge, wozu sie auch angebliche Eigentümer zählt (act. 1 Rz. 103). Zum Einwand der Beklagten 1 betreffend Geschäftsgeheimnisse erklärt die Klägerin, dass das Geheimhaltungsinteresse allgemein keinen Schutz verdiene, wenn sich das Geheimnis auf eine widerrechtliche Tätigkeit beziehe. Urheberrechtsverletzungen seien widerrechtlich und nach Art. 67 ff. URG auch Straftatbestände (Vergehen und Verbrechen) (act. 46 Rz. 133).

5.7.3.2. Die Beklagte 1 wendet ein, es bestehe kein Auskunftsrecht. Die Fotografien seien von ihr weder angeboten noch verkauft worden (act. 13 Rz. Zu 103). Zudem befänden sich alle streitgegenständlichen Fotografien im Zollfreilager J.\_\_\_\_\_. Sie verstehe nicht, worüber genau sie Auskunft geben solle (act. 55 Rz. 111). Sodann beruft sie sich auf das Geschäftsgeheimnis (Art. 162 StGB) (act. 13 Rz. Zu 103). Die Beklagte 2 ersucht ebenfalls um Abweisung des Rechtsbegehrens (act. 57 Rz. 58) mit Verweis auf fehlende Urheberrechtsverletzungen, Erschöpfung sowie das DSG respektive die DSGVO (act. 57 Rz. 62; act. 10 Rz. 172).

5.7.3.3. Wer in seinem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzt oder gefährdet wird, kann vom Gericht verlangen, dass die beklagte Partei zu verpflichten sei, Herkunft und Menge der in ihrem Besitz befindlichen Gegenstände, die widerrechtlich hergestellt oder in Verkehr gebracht worden sind, anzugeben und Adressaten sowie Ausmass einer Weitergabe an gewerbliche Abnehmer und Abnehmerinnen zu nennen (Art. 62 Abs. 1 lit. c URG).

Voraussetzungen für die Gutheissung eines solchen Begehrens sind folglich: (1) nachgewiesene Verletzung oder Gefährdung eines Urheberrechts (eine vermutete Verletzung genügt nicht, BGer Urteil 4A\_1/2016 vom 25. April 2016 E. 2.3 f.), (2) widerrechtlich hergestellte oder verbreitete Gegenstände (Werkexemplare; Sachen) und (3) aktueller oder vormaliger Besitz der Beklagten an den Gegenständen (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 20; EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., Art. 62 N. 11 f.; BGer Urteil 4A\_1/2016 vom 25. April 2016 E. 2.3 f.). Zweck der Bestimmung ist es, eventuell vorhandene Hintermänner

ausfindig zu machen (BBl 1989, 566). Der Auskunftsanspruch erstreckt sich auf Lieferantinnen und Abnehmerinnen, soweit diese der beklagten Partei bekannt sind oder bekannt sein müssen (EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., Art. 62 N. 11). Zur Auskunft gehört grundsätzlich auch die Vorlage der entsprechenden Beweisurkunden (Offerten, Lieferscheine, Rechnung) (DAVID, in: MÜLLER/OERTLI [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), 2. A., 2012, Art. 67 N. 30). Mit der gerichtlichen Anordnung der Auskunftspflicht ist von Gesetz wegen die Strafandrohung des Art. 67 Abs. 1 lit. k URG verbunden (EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., Art. 62 N. 13). Dabei handelt es sich um ein Antragsdelikt.

5.7.3.4. Die Voraussetzungen der nachgewiesenen Urheberrechtsverletzungen und des Besitzes sind betreffend beide Beklagten (siehe Ziffern 0, 5.6.6 sowie 5.5.1.4) gegeben. Das Vorliegen wiederrechtlich hergestellter Werkexemplare kann zwar gemäss vorstehenden Ausführungen nicht bejaht werden (siehe Ziffern 5.6.4 und 5.7.2). Allerdings ist aufgrund der Verletzung des Verbreitungsrechts gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b URG die alternative Voraussetzung der widerrechtlichen Verbreitung von Werkexemplaren erfüllt (siehe Ziffer 0). Folglich ist ein Auskunftsanspruch der Klägerin gegenüber beiden Beklagten im Zusammenhang mit den nachgewiesenen Urheberrechtsverletzungen zu bejahen.

Dem Anspruch nicht entgegen steht das von der Beklagten 1 vorgebrachte Geschäftsgeheimnis. An der Geheimhaltung der Identität der Lieferanten und Abnehmer wiederrechtlich verbreiteter Fotoabzüge besteht kein schutzwürdiges Interesse (vgl. ROHN, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht, ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht, 2004, S. 226 f.; BPatG Teilurteil O2017\_007 vom 1. November 2019 E. 86; STUTZ/BEUTLER/HOTTINGER, a.a.O., Art. 35 N. 79). Die von der Beklagten 2 angeführten Datenschutznormen stehen dem Auskunftsanspruch ebenfalls nicht entgegen (vgl. ROHN, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht, ZStP-Zürcher Studien zum Privatrecht, 2004, S. 226 f.). Gemäss Bundesgericht ist dem Datenschutz nicht generell den Vorrang gegenüber dem Schutz des Urheberrechts einzuräumen (BGE 136 II 508 E. 6.4). Wieso eine Anordnung nach Art. 62 URG die Datenschutzgesetze vorliegend konkret

verletzen soll, erläutert die Beklagte 2 nicht und ist nicht erkennbar. Mit Art. 62 Abs. 1 lit. c URG besteht für den Auskunftsanspruch und die Nennung der Herkunft und der gewerblichen Adressaten, d.h. Lieferanten und Käufer der streitgegenständlichen Fotoabzüge, eine gesetzliche Grundlage (vgl. Art. 12 und 13 DSGVO). Weiter besteht ein im Vergleich zum Rechtsverletzer überwiegendes Interesse der Klägerin an den Informationen zwecks Erleichterung der Feststellung des Ursprungs von rechtswidrigen Handlungen.

Sodann verfügen die Beklagten über die einschlägigen Informationen: Die Beklagte 2 hat die streitgegenständlichen Fotoabzüge gekauft, weiterverkauft und verwaltet sie (siehe Ziffer 4.1.2). Ihr sind sowohl die Lieferanten als auch gewerbliche Abnehmer (vormalige und jetzige Eigentümerinnen) bekannt. Die Beklagte 1 behauptet, die Beklagte 2 habe sie über die Veräusserungskette informiert (act. 55 Rz. 58), und es seien Abklärungen der Provenienz erfolgt, wonach die Fotoabzüge aus fünf Sammlungen stammten (act. 55 Rz. 40). Zudem bot sie die streitgegenständlichen Fotoabzüge zum Verkauf an. Entsprechend müssten auch ihr sowohl die Lieferanten als auch die gewerblichen Abnehmer (mindestens die vormaligen und jetzigen Eigentümerinnen) bekannt sein.

Infolgedessen sind die Beklagten 1 und 2 – vorbehältlich der Prüfung der Einwendungen und Einreden in Ziffer 5.8 – zu verpflichten, der Klägerin Auskunft über die Namen und Adressen der ihnen bekannten Lieferanten und gewerblichen Abnehmer der streitgegenständlichen Fotoabzüge (wozu auch die jetzigen und vormaligen Eigentümerinnen gehören) zu erteilen. Auskunft ist der Klägerin direkt zu erteilen. Das Gericht schliesst mit vorliegendem Urteil das Verfahren ab (vgl. DAVID, a.a.O., Art. 67 N. 29).

#### 5.7.4. Zwischenfazit

Der Klägerin kommen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gegenüber der Beklagten 1 und Unterlassungsansprüche gegenüber der Beklagten 2 (Rechtsbegehren 1) sowie Auskunftsansprüche gegenüber beiden Beklagten (Rechtsbegehren 3) zu. Nachfolgend bleiben allerdings die Einwendungen und Einreden der Beklagten zu prüfen, welche die Klägerin daran hindern könnten, die an sich ge-

gebenen Ansprüche geltend machen zu können. Hingegen stehen der Klägerin keine Herausgabe- und Einziehungsansprüche (Rechtsbegehren 2) resp. entsprechende Umwandlungsansprüche (Rechtsbegehren 5) zu.

## **5.8. Einwendungen und Einreden**

### **5.8.1. Zuwarten/Untätigkeit: Verzicht**

#### **5.8.1.1. Parteistandpunkte**

5.8.1.1.1. Die Beklagte 2 führt aus, die Klägerin habe durch ihr Zuwarten hinsichtlich der streitgegenständlichen Fotoabzüge und das Belassen vergleichbarer Fotoabzüge auf dem Markt während über zehn Jahren darauf verzichtet, ihre angeblichen Urheberrechte geltend zu machen und auch durchzusetzen. Dieses Zuwarten – insbesondere kombiniert mit dem Dulden weiterer, mit den streitgegenständlichen vergleichbarer Fotoabzüge von A. \_\_\_\_\_ im Markt durch die Klägerin – sei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben als stillschweigender Verzicht auf die fraglichen Urheberrechte (und deren Geltendmachung) zu betrachten. Dieser Verzicht der Klägerin auf ihre Urheberrechte bedeute, dass sie, die Beklagte 2, keine Urheberrechte habe verletzen können. Die Klage sei auch vor diesem Hintergrund abzuweisen (act. 10 Rz. 87, 160; act. 57 Rz. 44, 155, 202). Die Beklagte 1 verweist betreffend Verzicht auf die Ausführungen der Beklagten 2 in Ziffer 87-88 der Klageantwort (act. 55 Rz. 103).

5.8.1.1.2. Die Klägerin bestreitet einen stillschweigenden Verzicht. Ein Rechtsverzicht beziehe sich auf bestimmte Rechte an bestimmten Werken gegenüber bestimmten Personen zu bestimmten Zeiten an bestimmten Orten. Die Beklagte 2 behaupte aber keine Erklärung bestimmten Inhalts der Klägerin gegenüber be-

stimmten Personen zu bestimmten Zeiten an bestimmten Orten bezüglich bestimmter Werke (act. 46 Rz. 238). Nichtstun bzw. ein Schweigen könne im Regelfall nicht als Willenserklärung gewertet werden. Es seien keine Gründe ersichtlich, warum es sich im vorliegenden Fall anders verhalten sollte. Die Parteien hätten bisher keinen Kontakt gehabt, somit habe die Klägerin auch nichts erklären können (act. 46 Rz. 193). Vom Erwerb der streitgegenständlichen Fotoabzüge 2018 und einer allfälligen damit verbundenen Werkverwendung der Beklagten 2 habe die Klägerin bis November 2019 keine Kenntnis gehabt. Gegen die Ausstellung in I.\_\_\_\_\_ sei sie sofort vorgegangen. Für einen einseitigen Rechtsverzicht bestünden keinerlei Anhaltspunkte (act. 46 Rz. 193, 241). Die angeblichen Indizien werden seitens der Klägerin bestritten. Sie habe die streitgegenständlichen Fotoabzüge auf dem Markt nie geduldet (act. 46 Rz. 239, 242). Gegenüber T.\_\_\_\_\_ und dem Auktionshaus U.\_\_\_\_\_ habe sich die Klägerin wiederholt und explizit gegen den Verkauf der Sammlung T.\_\_\_\_\_ geäußert (act. 46 Rz. 192, 239). Vergleichbare Fotoabzüge habe sie auf dem Markt nicht geduldet. Selbst die unzutreffende Annahme vergleichbarer Fotoabzüge lasse keinen Schluss auf den pauschal behaupteten Rechtsverzicht zu. Wenn eine Rechtsinhaberin ein bestimmtes Bild einer bestimmten Person veräußere oder ein bestimmtes Angebot/Werkverwendung einer bestimmten Person dulde, lasse dies nicht den Schluss zu, die Rechtsinhaberin habe auf ihre Urheberrechte gegenüber einer anderen Person bezüglich anderer Werke verzichtet, vor allem nicht angesichts der wiederholten und ausdrücklichen Erklärungen des Gegenteils durch die Klägerin (act. 46 Rz. 240).

#### 5.8.1.2. Rechtliches

Wie bereits in Ziffer 5.6.3.3.2iii erläutert, ist im Regelfall ein rein passives Verhalten (Nichtstun bzw. Schweigen) nicht als Willensäußerung zu werten. Die Untätigkeit der Berechtigten kann nur dann als rechtsgeschäftliche Willenserklärung und als stillschweigender Verzicht auf die Ausübung fraglicher Rechte verstanden werden, wenn bestimmte, von der Berechtigten zu vertretende äussere, schlüssige, tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die es erlauben, nach dem Vertrauensgrundsatz in guten Treuen auf ihren Willen (Inhalt und stillschweigende

Erklärung) zu schliessen (SCHWEIZER, Verwirkung patentrechtlicher Ansprüche, sic! 2009 S. 325 ff., S. 326; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O. N. 190a; BGE 123 III 53 E. 5.a). Eine solche Willenserklärung muss sich auf eine bestimmte Konstellation und ein bestimmtes Recht beziehen. Schweigen gilt in einer konkreten Situation dann als Zustimmung, wenn Redlichkeit oder praktische Vernunft einen Widerspruch gefordert hätten, falls das scheinbare Einverständnis in Wirklichkeit nicht bestand.

### 5.8.1.3. Würdigung

5.8.1.3.1. Wie die Klägerin korrekt ausführt, stellt die Beklagte 2 – obwohl sie selbst zugibt, dass eine Zustimmung grundsätzlich konkret sein müsse (act. 57 Rz. 164) – trotz detaillierten Bestreitungen der Klägerin keine konkreten und substantiierten Behauptungen zu einer entsprechenden stillschweigenden Willenserklärung der Klägerin in Bezug auf die Urheberrechte betreffend die 23 streitgegenständlichen Fotoabzüge auf (vgl. u.a. act. 57 Rz. 164-166, 202). Sie behauptet den Verzicht lediglich pauschal; der Zeitpunkt und Kontext der Willenserklärung, deren Inhalt (welche Urheberrechte und Ansprüche an welchen Fotoabzügen) werden seitens der Beklagten 2 nicht ausgeführt. Sie berichtet nur (wie auch betreffend die Erschöpfung und die Verwirkung) von einem Zuwarten, unter welchem sie das behauptete Nichtstun betreffend die Ausstellung von T.\_\_\_\_\_ sowie das Angebot zum Kauf (Auktion) und den Verkauf der (streitgegenständlichen) Fotoabzüge an die Beklagte 2 bzw. deren Duldung im Markt (act. 10 Rz. 116, 148; act. 57 Rz. 166) zusammenzufassen scheint. Von der Klägerin zu vertretende Anhaltspunkte, die es erlauben, nach dem Vertrauensgrundsatz in guten Treuen auf ihren Willen (Inhalt und stillschweigende Erklärung) zu schliessen, werden daraus nicht ersichtlich. Die Klägerin befand sich nicht in einer Situation, in welcher ein Widerspruch gefordert gewesen wäre (wie beispielsweise in einer Vertragsverhandlung, in welcher eine Partei den Inhalt der dabei geäußerten Erklärungen in der Weise, wie sie dieselben auffasst und vernünftigerweise auffassen kann, der andern Partei mitteilt, diese aber darauf schweigt und nicht [aus ihrer Sicht] richtig stellt, vgl. BGE 30 II 298 E. 3). Zudem hat die Klägerin sich unstrittig bzw. erstelltermassen in Bezug auf die streitgegenständlichen Fotoabzüge ge-

genüber T.\_\_\_\_\_ gegen Verkäufe über eBay (act. 10 Rz. 14, 27, 45; act. 46 Rz. 154, 165; act. 57 Rz. 140, 143; act. 1 Rz. 74, vgl. act. 10 Rz. 147) – wobei aus der E-Mail act. 3/39 aus dem Jahr 2014 das Verbot betreffend Verkauf von Fotoabzüge durch T.\_\_\_\_\_ klar und ohne weiteren Kontext ersichtlich ist – und gegenüber U.\_\_\_\_\_ gegen eine Auktion (act. 1 Rz. 73, 95; vgl. act. 10 Rz. 24, 45, 146; act. 57 Rz. 136 ff., 194; act. 46 Rz. 162, 168) ausgesprochen.

Dass die Klägerin nicht versucht hat, die Ausstellung von T.\_\_\_\_\_ zu verbieten, ändert nichts an den vorgenannten Ausführungen. Eine Ausstellung impliziert – wie die Beklagte 2 in anderem Zusammenhang selbst ausführt – keinen Verkauf (act. 57 Rz. 97-99). Entsprechend kann aus einer Kenntnis der Klägerin von der Ausstellung nicht auf ein Wissen um ein Anbieten der streitgegenständlichen Fotoabzüge zum Verkauf geschlossen werden. Die Klägerin bestreitet, über die Einzelheiten der Ausstellung informiert gewesen zu sein (act. 46 Rz. 148-150, 223); die Beklagten bringen in substantiiertes Weise nichts Gegenteiliges vor (vgl. insb. act. 10 Rz. 15-19, 77; act. 57 Rz. 165, 192). Gegenüber wem etwa T.\_\_\_\_\_ seine Verkaufsabsicht konkretisiert haben soll, bleibt im Vortrag der Beklagten 2 offen (act. 57 Rz. 195). Ohnehin wird nach Schweizer Recht durch die Ausstellung an sich (es sei denn, es wäre die Erstaussstellung) kein Urheberrecht verletzt (siehe Ziffer 5.6.2.2.4).

5.8.1.3.2. Schliesslich kann aus dem behaupteten Verhalten der Klägerin hinsichtlich "*etlicher weiterer, mit den streitgegenständlichen vergleichbarer Bilder*" von A.\_\_\_\_\_ im Markt kein Verzicht auf die Rechte/Rechtsausübung in Bezug auf die streitgegenständlichen Fotoabzüge abgeleitet werden. Eine Willenserklärung – auch wenn sie stillschweigend ist – hat in Bezug auf das konkrete Werk/Werkexemplar und Recht zu erfolgen. Willenserklärungen in Bezug auf andere Werke/Werkexemplare, Rechte und Parteien können nicht herangezogen werden, um für die streitgegenständlichen Fotoabzüge eine Willenserklärung zu begründen.

5.8.1.3.3. Folglich liegt vorliegend kein Verzicht der Klägerin auf die Urheberrechte bzw. die Geltendmachung urheberrechtlicher Ansprüche betreffend die streitgegenständlichen Fotoabzüge vor.



## 5.8.2. Zuwarten/Untätigkeit: Verwirkung

### 5.8.2.1. Parteistandpunkte

5.8.2.1.1. Als Eventualargumentation führt die Beklagte 2 aus, die Klägerin habe ihre Abwehransprüche nach Art. 62 ff. URG verwirkt (act. 10 Rz. 88, 150, 155, 160, 169; act. 57 Rz. 155, 166, 202):

Voraussetzung für die erfolgreiche Geltendmachung der Verwirkung sei die Untätigkeit der Rechteinhaberin über einen gewissen Zeitraum. Vorliegend habe die Klägerin trotz Kenntnis der streitgegenständlichen Fotoabzüge und deren Eigentümer rund zehn Jahre den Handel mit den streitgegenständlichen Fotoabzügen im Kunstmarkt (2008: Ausstellung von T.\_\_\_\_\_ mit Anbieten zum Verkauf. Juni 2010: Auktion über Auktionshaus U.\_\_\_\_\_. Ab August 2010: Anbieten der Fotoabzüge auf eBay zum Verkauf durch T.\_\_\_\_\_) geduldet (act. 10 Rz. 45 ff., 14 f., 23-26; act. 57 Rz. 136 ff., 194, 196). Sodann müsse die Rechteinhaberin Kenntnis von der Verletzung haben, was bei der Klägerin der Fall gewesen sei (act. 10 Rz. 88, 14-18). Das Erfordernis der Gutgläubigkeit der behaupteten Verletzerin, also der Beklagten 2, hinsichtlich ihrer Position liege ebenfalls auf der Hand (act. 10 Rz. 88, 34 ff.). Darüber hinaus sei es der Beklagten 2 in Anbetracht der Gesamtumstände nicht zuzumuten, ihre Position aufzugeben (wertvoller Besitzstand). Hierbei sei zu beachten, dass umso geringere Anforderungen an das Tatbestandselement des wertvollen Besitzstands zu stellen seien, je schutzwürdiger das Vertrauen der Verletzerin sei (vgl. BGer Urteil 4C.76/2005 vom 30. Juni 2005 E. 3.4). Angesichts des äusserst widersprüchlichen Verhaltens der Klägerin verdiene das hierdurch bei der Beklagten 2 erweckte Vertrauen umfassenden Schutz, womit vorliegend ein wertvoller Besitzstand zweifelsfrei vorliege (act. 10 Rz. 88).

Die Beklagte 1 verweist betreffend Verwirkung der urheberrechtlichen Ansprüche auf die Ausführungen der Beklagten 2 in Ziffer 87-88 der Klageantwort (act. 55 Rz. 103).

5.8.2.1.2. Die Klägerin bestreitet eine Verwirkung und bringt hinsichtlich der Argumente der Beklagten 2 Folgendes vor (act. 1 Rz. 95; act. 46 Rz. 244 ff.):

Die ausländische Verwendung einer Marke begründe aufgrund des Erfordernisses einer qualifizierten Beziehung der Zeichennutzung zu einem bestimmten Gebiet keine Verwirkung der entsprechenden Markenrechte in der Schweiz (BGer Urteil 4A\_242/2009 E. 3.2; BGE 146 III 225 E. 3.3.1). Dies müsse auch für die ausländische Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke gelten. Die von der Beklagten 2 pauschal behaupteten Werkverwendungen in Spanien durch T. \_\_\_\_\_ und das Auktionshaus U. \_\_\_\_\_ und das damit verbundene angebliche Duldungsverhalten ihrerseits begründeten keine Verwirkung ihrer entsprechenden Urheberrechte in der Schweiz (act. 46 Rz. 244 f.).

Ferner setze die Anwendung von Art. 2 ZGB eine Sonderverbindung, eine rechtlich relevante, d.h. über den reinen Zufallskontakt hinausgehende Beziehung mehrerer Rechtssubjekte voraus und erschöpfe sich in dieser Sonderverbindung, weil die Bestimmung letztlich auf dem Vertrauensschutz gründe (BGE 130 III 113 E. 4.2). Die Beklagte 2 habe zu beweisen, dass sie, die Klägerin, – oder allenfalls ihr Rechtsvorgänger – sich ihr gegenüber widersprüchlich verhalten habe und nunmehr rechtmisbräuchlich vorgehe (BGE 130 III 113 E. 4.2). Die Verwirkung des Unterlassungsanspruchs gegen einen Marktteilnehmer habe keinen Einfluss auf die Durchsetzung des geistigen Eigentums gegen andere Marktteilnehmer (act. 46 Rz. 246). Die Beklagte 2 habe jedoch nicht behauptet, dass sie, die Klägerin, bestimmte Verwendungen der streitgegenständlichen Fotoabzüge durch die Beklagte 2 während längerer Zeit in der Schweiz geduldet habe (act. 46 Rz. 247).

Weiter bestreitet die Klägerin die langjährige Duldung von Werkverwendungen, Kenntnis von den Verletzungen sowie den guten Glauben und das Vorliegen eines wertvollen Besitzstandes der Beklagten 2 (act. 46 Rz. 248-251).

5.8.2.2. Rechtliches

5.8.2.2.1. Abwehransprüche gegen eine andauernde Urheberrechtsverletzung können verwirken (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 13; BGE 117 II 575 E. 4. a, 85 II 120 E. 9; 69 II 53), wenn sie zu spät geltend gemacht werden (*Verwirkung wegen verzögerter Rechtsausübung*). Die Verwirkung ist Ausfluss des Rechtsmissbrauchsverbots gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB und ein Anwendungsfall der unzulässigen Rechtsausübung aufgrund widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium) (BGer Urteil 4C.76/2005 vom 30. Juni 2005 E. 3.2; SCHWEIZER, Verwirkung patentrechtlicher Ansprüche, sic! 2009, S. 325 ff., S. 326).

5.8.2.2.2. Die Verwirkung setzt voraus, dass die Berechtigte die Verletzung ihrer Urheberrechte durch die Verletzerin, trotz Kenntnis ihrer Rechte und deren Verletzung, lange widerspruchslos geduldet hat und die Verletzerin im Vertrauen darauf inzwischen einen eigenen wertvollen Besitzstand geschaffen hat, in dem sie zu schützen ist (BGE 117 II 575 E. 4. a,b; BGer Urteile 4A\_638/2009 vom 1. April 2010 E. 3.2, 4A\_48/2008 vom 10. Juni 2008 E. 3.1; REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 13). Verzögerte Rechtsausübung kann zudem missbräuchlich sein, wenn sie auf fahrlässige Unkenntnis von der Rechtsverletzung zurückzuführen ist. Hätte die Berechtigte bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit die Verletzung ihrer Rechte früher erkennen können, so hat sie den Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens zu gewärtigen, wenn sie sich erst nach längerer Zeit zur Wehr setzt. In derartigen Fällen kann es sich rechtfertigen, der Verletzerin zuzubilligen, sie habe die pflichtwidrig unterbliebene Reaktion der Berechtigten in guten Treuen als Duldung auffassen dürfen (BGE 117 II 575 E. 4.a, b; HGer Aargau Urteil HOR.2006.3 vom 7. November 2007 E. 4.1.3 in: sic! 2008 S. 707 ff.).

5.8.2.2.3. Tatbestandsmerkmale sind demnach: (1) Untätigkeit einer Berechtigten angesichts einer andauernden Verletzung ihres Urheberrechts, (2) über eine längere Zeitdauer, (3) tatsächliche Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Verletzung eines Rechts seitens der Berechtigten, (4) berechtigtes Vertrauen der Verletzerin auf zukünftiges Unterlassung der Durchsetzung (Erkennbarkeit der Verletzung und guter Glaube), (5) wertvoller Besitzstand (BGE 99 IV 50 E. 2; 117 II 575 E. 4.a; HGer Aargau Urteil HOR.2006.3 vom 7. November 2007 E. 4.1.1 in: sic! 2008 S. 707 ff.; KGer St. Gallen Teilurteil DZ.1998.2-K3 vom 17. Mai 2000

E. III.4.a in: sic! 2001 S. 491 ff.; SCHWEIZER, Verwirkung patentrechtlicher Ansprüche, sic! 2009, S. 325 ff.). Gestützt auf Art. 8 ZGB trägt die Verletzerin die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast hinsichtlich der genannten Tatbestandsmerkmale.

5.8.2.2.4. Nach welcher Zeitdauer der Untätigkeit die Verwirkung anzunehmen ist, hängt von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab (BGer Urteil 4C.76/2005 vom 30. Juni 2005 E. 3.2). Je länger die Berechtigte die Verletzung hinnimmt, desto eher darf die Verletzerin nach Treu und Glauben erwarten bzw. berechtigt darauf vertrauen, sie dulde die Verletzung weiterhin und werde ihr nicht zumuten, den erworbenen Besitzstand wieder preiszugeben (BGE 117 II 575 E. 4.a; SCHWEIZER, a.a.O., S. 326).

5.8.2.2.5. Rechtsfolge der Verwirkung ist, dass die Berechtigte einzelne, an sich gegebene urheberrechtliche Ansprüche gegenüber der Verletzerin nicht mehr geltend machen kann (BGer Urteil 4C.76/2005 vom 30. Juni 2005 E. 3.2). Die Verwirkung führt nicht zu einem umfassenden Rechtsuntergang, sondern hemmt bloss die Rechtsdurchsetzung bestimmter Ansprüche (BGer Urteil 4C.76/2005 vom 30. Juni 2005 E. 3.2; KGer St. Gallen Teilurteil DZ.1998.2-K3 vom 17. Mai 2000 E. III.4, in: sic! 2001 S. 491 ff.; vgl. HGer Aargau Urteil HOR.2006.3 vom 7. November 2007 E. 4.2 in: sic! 2008 S. 707 ff.) gegenüber einer bestimmten Person (BGE 130 III 113 E. 4.2). Dritte können sich nicht darauf berufen, dass die Inhaberin eines Rechts deren Gebrauch durch andere duldet; diese verwirkt damit nicht das Recht, Verletzungshandlungen Dritter zu verfolgen (BGE 99 IV 50 E. 2 m.H. auf die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung; KGer St. Gallen Teilurteil DZ.1998.2-K3 vom 17. Mai 2000 E. III.5, in: sic! 2001 S. 491 ff.). Der Verwirkungseinwand wird mit der rechtsgeschäftlichen Verfügung über ein Werk nicht mitübertragen. Der schutzwürdige Besitzstand begründet keine einem Ausschliesslichkeitsrecht vergleichbare subjektive Rechtsposition (BRAUCHBAR, Die Verwirkung im Kennzeichenrecht unter Berücksichtigung der Regelung in der Europäischen Union, Diss. Basel 2001., S. 142).

5.8.2.2.6. Neben der Verwirkung wegen verzögerter Rechtsausübung anerkennt das Bundesgericht eine zweite Kategorie der Verwirkung, welche nicht auf das

Verbot widersprüchlichen Verhaltens, sondern das Verbot des Interessensmissbrauchs zurückzuführen ist (SCHWEIZER, a.a.O., S. 326, S. 335). Diesfalls rechtfertigt das Interesse an der Erhaltung erheblicher wirtschaftlicher Werte, welche die Verletzerin im Vertrauen auf das passive Verhalten der Berechtigten geschaffen hat, ausnahmsweise eine Verwirkung selbst dann zu bejahen, wenn der Berechtigten keine fahrlässige Unkenntnis zur Last fällt. Entscheidend ist, ob der Verletzerin in Anbetracht des fehlenden oder unverhältnismässig geringeren Interesses der Berechtigten an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zuzumuten ist, den im Vertrauen auf die Untätigkeit der Berechtigten geschaffenen Besitzstand aufzugeben (BGE 117 II 575 E. 4.c).

5.8.2.2.7. Eine Verwirkung ist nicht leichthin anzunehmen, weil gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB ein Recht nur dann nicht geschützt werden darf, wenn sein Missbrauch offenbar ist (BGE 117 II 575 E. 4.a; 114 II 106 E. 4; 109 II 338 E. 2). Das Bundesgericht betont, dass im Urheberrecht bei Annahme einer Verwirkung grössere Zurückhaltung geboten sei als beim Persönlichkeits- oder Wettbewerbsrecht (BGE 99 IV 50 E. 2; 85 II 120 E. 9).

### 5.8.2.3. Würdigung

5.8.2.3.1. Die Beklagte 2 stellt vorliegend keine Behauptungen in Bezug auf die Verwirkung bestimmter urheberrechtlicher Ansprüche aufgrund einer verspäteten Reaktion/Untätigkeit der Klägerin auf Handlungen der Beklagten 1 und 2 auf. Die behauptete vorgängige Information der Klägerin über die Ausstellung in I.\_\_\_\_\_ erfolgte jedenfalls nicht genügend im Voraus (vgl. zudem Ziffer 5.8.3). Die Argumentation der Beklagten 2 bezieht sich auf das (behauptete) Dulden der Klägerin von Handlungen von T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ und damit auf das (behauptete) Dulden von (strittigen) Urheberrechtsverletzungen anderer Personen. Da Dritte – hier die Beklagten – sich aber nicht darauf berufen können, dass die Inhaberin eines Urheberrechts dessen Gebrauch bzw. Verletzung durch andere duldete (siehe Ziffer 5.8.2.2.5), geht diese Argumentation vorliegend ins Leere. Selbst wenn die Klägerin Urheberrechtsverletzungen von T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ gekannt und geduldet hätte, führte eine solche Untätigkeit ihrerseits nicht zu einer Verwirkung ur-

heberrechtlicher Ansprüche gegenüber den Beklagten. Folglich sind die Ansprüche der Klägerin gegenüber den Beklagten nicht verwirkt.

5.8.2.3.2. Bei dieser Ausgangslage kann die Frage der Berücksichtigung von Auslandsachverhalten offen gelassen und auf die Prüfung der weiteren Voraussetzungen der Verwirkung grundsätzlich verzichtet werden. Zu erwähnen ist jedoch – auch wegen der Variante der Verwirkung aufgrund des Verbots des Interessensmissbrauchs – dass die Beklagte 2 einem wertvollen Besitzstand ihrerseits trotz detaillierter Bestreitungen der Klägerin nicht substantiiert hat (vgl. act. 10 Rz. 88; act. 46 Rz. 251; act. 57 Rz. 202). Auch aus diesem Grund ist eine Verwirkung der urheberrechtlichen Ansprüche der Klägerin gegenüber den Beklagten zu verneinen. Angesichts dieses Ergebnisses erübrigt sich eine Klärung weiterer, von den Parteien in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen. Nicht von weiterer Bedeutung ist ferner, dass es auch an der Unterscheidung zwischen verschiedenen Ansprüchen durch die Beklagte 2 fehlt, was bei der Geltendmachung der Verwirkung erforderlich wäre.

### 5.8.3. Information über Ausstellung: Rechtsmissbräuchliches Verhalten?

5.8.3.1. Die Beklagten 1 und 2 machen geltend, dass das Verhalten der Klägerin aufgrund der vorgängigen Information über die Ausstellung widersprüchlich sowie rechtsmissbräuchlich sei bzw. gegen Treu und Glauben verstosse (act. 55 Rz. 59; act. 57 Rz. 40, 57):

5.8.3.2. Die Beklagte 1 erklärt, ihre Geschäftsführerin habe die Klägerin am 7. Februar 2019 persönlich aufgesucht, um mit dieser über die kommende Ausstellung zu sprechen. Nachdem niemand mit ihr habe sprechen wollen, habe sie ihre Kontaktdaten hinterlassen. Am 4. August 2019 habe sie die Klägerin nochmals per Email über die Ausstellung informiert und keine Antwort erhalten (act. 55 Rz. 26, 34, 52). Die Beklagte 2 nimmt Bezug auf die Ausführungen der Beklagten 1 und ergänzt, dass die Beklagte 1 die Klägerin anlässlich des besagten Besuchs sowie per E-Mail vom 4. August 2019 über die Ausstellung informiert habe, die Klägerin sich aber erst nach der Durchführung der Ausstellung, mit E-Mail vom 29. August 2019 von K.\_\_\_\_\_, gemeldet habe (act. 57 Rz. 38 f.). Indem sich

die Klägerin, nachdem sie von der Beklagten 1 über die Ausstellung informiert worden sei, zuerst nicht dafür interessiert und erst ein halbes Jahr später interveniert habe, habe sie gegen Treu und Glauben gehandelt. Dieses rechtsmissbräuchliche Verhalten der Klägerin verdiene keinen Rechtsschutz (act. 57 Rz. 95, 57).

5.8.3.3. Gemäss Art. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Die Norm dient als korrigierender "Notbehelf" für die Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde. Die Partei, die der anderen Rechtsmissbrauch vorwirft, hat die besonderen Umstände zu behaupten, (im Bestreitungsfall) zu substantiieren und zu beweisen, auf Grund derer anzunehmen ist, dass Rechtsmissbrauch vorliegt. Stehen die tatsächlichen Voraussetzungen fest, hat jede Instanz Art. 2 Abs. 2 ZGB von Amtes wegen zu beachten (BGE 134 III 52 E. 2.1; 133 III 61 E. 4.1). Offenbarer Rechtsmissbrauch ist restriktiv anzunehmen (statt vieler: BGE 143 III 666 E. 4.2).

5.8.3.4. Der Klägerin könnte ein treuwidriges Verhalten dann vorgeworfen werden, wenn sie in voller Kenntnis der Sachlage vor der Ausstellung der streitgegenständlichen Fotoabzüge nichts gegen diese und den damit verbundenen Handlungen eingewendet und sich erst danach/währenddessen zur Wehr gesetzt hätte. Dass die Klägerin über volle Kenntnis verfügte, behaupten die Beklagten selbst nicht: Sie behaupten eine Information der Klägerin über die Ausstellung anlässlich eines (versuchten) persönlichen Kontakts der Klägerin durch die Geschäftsführerin der Beklagten 1 (dies abweichend ohne vorgängige Terminvereinbarung) sowie eine Kontaktaufnahme per E-Mail (welche nicht vorliegt). Sie behaupten nicht, dass und wann die Klägerin vor der Ausstellung darüber in Kenntnis gesetzt wurde, welche Fotoabzüge die Beklagte 1 ausstellen würde (was im Übrigen auch nicht aus der E-Mail, act. 58/13, ersichtlich ist, dies trotz der Frage "*when did the Foundation gain concrete knowledge of the selection of pictures*"), dass die Beklagte 1 diese zum Verkauf anbieten und auf ihrer Website zugänglich machen würde sowie die Beklagte 2 diese Fotoabzüge an die Beklagte 1 ausleihen würde. Selbst wenn die Klägerin vor der Ausstellung von dieser Kenntnis gehabt hätte, hätte sie basierend auf den Behauptungen der Beklagten nicht um die

Ausstellung der *streitgegenständlichen* Fotoabzüge und die damit verbundenen Handlungen gewusst. Infolgedessen hätte sie konnexe Urheberrechtsverletzungen nicht erahnen können.

5.8.3.5. Bei dieser Ausgangslage erscheint es nicht treuwidrig, dass die Klägerin nach Kenntnis der ausgestellten Fotoabzüge die Beklagte 1 kontaktierte und ihre urheberrechtlichen Ansprüche – mitunter im vorliegenden Verfahren – geltend macht. Ein offenerer Missbrauch eines Rechts liegt aufgrund der von den Beklagten 1 und 2 vorgetragenen Umstände nicht vor. Die Beklagten 1 und 2 sind mit dieser Einwendung folglich nicht zu hören.

5.8.3.6. Weitere potentiell rechtsmissbräuchliche Verhaltensweisen/*venire contra factum proprium* sind nicht ersichtlich. Es wurden keine weiteren, konkreten Verhaltensweisen der Klägerin behauptet, die bei der Beklagten das Vertrauen schaffen könnten, die Klägerin werde ihre Rechte nicht mehr durchsetzen. Insbesondere kann aus der behaupteten Untätigkeit der Klägerin mit Bezug auf vergleichbare Werke im Markt kein rechtsmissbräuchliches Verhalten gesehen werden.

#### 5.8.4. Verjährungseinrede

Die Beklagte 2 erhebt schliesslich die Einrede der Verjährung (act. 57 Rz. 85, 102). Gemäss herrschender Lehre verjähren Unterlassungs-, Beseitigungsansprüche aus dem Ausschliesslichkeitsrecht sowie die damit zusammenhängenden Auskunfts- und Einziehungsansprüche nicht. Ihre zeitliche Grenze ist die Schutzdauer (Art. 29 ff. URG) (REHBINDER/HAAS/UHLIG, a.a.O., Art. 62 N. 13; MÜLLER, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 61-66, N. 50). Dieser ist zu folgen. Die Ansprüche der Klägerin sind folglich nicht verjährt.

### **5.9. Fazit und Rechtsfolgen**

5.9.1. Die Beklagte 1 hat durch das Anbieten zum Verkauf sowie Teilnahme an der Ausleihe (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG) und durch das Zugänglichmachen auf der Website (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) und die Beklagte 2 durch den Verkauf, die Einfuhr und die Ausleihe der *streitgegenständlichen* Fotoabzüge (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG) die Urheberrechte der Klägerin verletzt.



5.9.2. Erschöpfung, sachenrechtliche Aspekte und guter Glaube stehen Urheberrechtsverletzungen bzw. der Geltendmachung urheberrechtlicher Ansprüche der Klägerin nicht entgegen.

5.9.3. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten 1, Unterlassungsansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten 2 sowie Auskunftsansprüche der Klägerin gegenüber beiden Beklagten sind zu bejahen. Die Klägerin hat auf die Ausübung ihrer urheberrechtlichen Ansprüche weder verzichtet, noch sind diese verwirkt, noch ist die Ausübung aus anderen Gründen rechtsmissbräuchlich. Eine Verjährung der Ansprüche ist rechtlich nicht möglich.

5.9.4. Infolgedessen ist den Beklagten 1 und 2 zu untersagen, die streitgegenständlichen Fotoabzüge aus der Schweiz auszuführen, anzubieten, zu verkaufen, anderweitig in Verkehr zu bringen (namentlich digital zugänglich zu machen) oder bei einer dieser Handlungen mitzuwirken. Zudem sind die Beklagten 1 und 2 zu verpflichten, der Klägerin Auskunft über die Namen und Adressen der ihnen bekannten Lieferanten und gewerblichen Abnehmer der streitgegenständlichen Fotoabzüge zu erteilen.

## **6. UWG**

### **6.1. Mögliche Ansprüche / zu prüfende Rechtsbegehren**

Gemäss Art. 9 UWG kann bei bestehender oder drohender Verletzung geschützter Interessen durch unlauteren Wettbewerb das Unterlassen einer drohenden Verletzung, die Beseitigung einer bestehenden Verletzung sowie das Feststellen der Widerrechtlichkeit einer sich weiter andauernden Verletzung verlangt werden. Zur Beseitigung zählt auch die Einziehung und anschliessende Vernichtung verletzender Gegenstände (DOMEJ, a.a.O., Art. 9 N. 20 f.). Eine Grundlage für einen Anspruch auf Herausgabe der verletzenden Gegenstände an die klagende Partei und einen Auskunftsanspruch bietet das UWG jedoch nicht. Folglich sind im Rahmen der Prüfung des Vorliegens von Verletzungen nur Rechtsbegehren 1 und 2b sowie, im Falle deren Gutheissung, die Vollstreckungsbegehren 4

und 5 zu adressieren (vgl. act. 46 Rz. 89) und zwar – entsprechend der klägerischen Behauptungen – nur in Bezug auf die signierten Fotoabzüge (act. 46 Rz. 89; vgl. act. 57 Rz. 47; RB 1 Fotografien 1-12).

## **6.2. Aktivlegitimation**

6.2.1. Die Klägerin behauptet, dass die von den Beklagten verwendeten Fälschungen eine Marktverwirrung verursachten und die wirtschaftlichen Interessen der Klägerin als Eigentümerin von über 30'000 Werken von A. \_\_\_\_\_ und Kunstvermittlerin bedrohten (act. 46 Rz. 87). Die Beklagte 1 bestreitet die Aktivlegitimation der Klägerin, da diese eine gemeinnützige Stiftung und kein Unternehmen sei (act. 55 Rz. 3). Sie habe keine Kunden und sei grundsätzlich nicht am wirtschaftlichen Wettbewerb beteiligt. Es sei auch nicht ersichtlich, inwieweit eine gemeinnützige Stiftung ein unmittelbares Interesse daran haben könne, die eigene Stellung im Wettbewerb zu verbessern. Die Statuten sähen auch keine Befugnis zur Klage oder zur Wahrung wirtschaftlicher Interessen vor (vgl. Art. 9 und 10 UWG sowie BGE 126 III 239 E. 1 m.w.H.) (act. 55 Rz. 101).

6.2.2. Gestützt auf Art. 9 Abs. 1 UWG ist jede Person aktivlegitimiert, die durch unlauteren Wettbewerb in ihren eigenen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird (DOMEJ, a.a.O., Art. 9 N. 3, 5). Erforderlich ist ein unmittelbares Interesse daran, die eigene Stellung im Wettbewerb mit dem Erfolg der Klage abzusichern oder zu verbessern. Nicht notwendig ist eine direkte Konkurrenzsituation. Voraussetzung ist jedoch in jedem Fall, dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem unlauteren Verhalten des betreffenden Marktteilnehmers und der Beeinträchtigung der eigenen wirtschaftlichen Interessen besteht (SPITZ, in: JUNG [Hrsg.], SHK UWG, 3. A., 2023, Art. 9 N. 9-1).

6.2.3. Die Klägerin anerkennt, eine gemeinnützige Stiftung zu sein (act. 46 Rz. 87). Dies ist indessen kein Grund, ihr die Aktivlegitimation abzusprechen, haben doch auch Stiftungen wirtschaftliche Interessen, zumindest zwecks Substanzerhalts. Die Klägerin beteiligt sich am Wirtschaftsleben durch Verwaltung der Sammlung (act. 1 Rz. 7) und die (eingeschränkt mögliche) Veräusserung von Fotoabzügen (act. 46 Rz. 199). Durch unlauteren Wettbewerb wird sie auch in den

eigenen wirtschaftlichen Interessen bedroht. Folglich ist ihre Aktivlegitimation zu bejahen.

### **6.3. Passivlegitimation**

6.3.1. Passivlegitimiert ist jeder, der durch sein Verhalten einen Tatbestand nach Art. 2 bis 8 UWG erfüllt oder zu erfüllen droht. Entscheidend ist die objektive Eignung des fraglichen Verhaltens zur spürbaren Beeinflussung des Markts und des wirtschaftlichen Wettbewerbs. Verletzer ist nicht nur der Täter, sondern auch ein Anstifter oder Gehilfe (DOMEJ, a.a.O., Art. 11 N. 3 f.). Bei unlauterem Verhalten von Arbeitnehmern oder anderen Hilfspersonen in dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtung, kann auch gegen den Geschäftsherr nach Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG geklagt werden (Art. 11 UWG). Ein selbständiger Unternehmer ist keine Hilfsperson (DOMEJ, a.a.O., Art. 11 N. 8). Das Verhalten von Organen wird (auch) der juristischen Person zugerechnet (DOMEJ, a.a.O., Art. 11 N. 14).

6.3.2. Vorliegend kommen beide Beklagten grundsätzlich als Verletzerinnen in Frage. Die Beklagte 1 als selbständiges Unternehmen ist – entgegen ihrer eigenen Auffassung (act. 55 Rz. 15) – nicht als Hilfsperson der Beklagten 2 anzusehen. Die Passivlegitimation ist zu bejahen.

### **6.4. Verletzung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb: Rechtliches**

#### **6.4.1. Art. 2 UWG und Spezialtatbestände**

6.4.1.1. Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb bezweckt, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten (Art. 1 UWG). Unlauter und widerrechtlich ist gemäss Art. 2 UWG jedes täuschende oder in anderer Weise gegen Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches objektiv geeignet ist, das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern zu beeinflussen (Wirtschaftsrelevanz und Wettbewerbsbeeinflussung) (BGer Urteil 4C.170/2006 vom 28. August 2006 E. 3 verweisend auf BGE 131 III 384 E. 3; 126 III 198 E. 2c/aa m.H.; 132 III 414 E. 3.1). Art. 3 bis 8 UWG konkretisieren die in Art. 2 UWG um-

schriebene Generalklausel. Erfüllt ein Verhalten einen dieser Spezialtatbestände, bedarf es des Rückgriffs auf die Generalklausel nicht, weshalb die Anwendbarkeit der Spezialtatbestände zuerst zu prüfen ist (BGer Urteil 4C.170/2006 vom 28. August 2006 E. 3; BGE 133 III 431 E. 4.1; 132 III 414 E. 3.1; BGE 131 III 384 E. 3; 122 III 469 E. 8).

6.4.1.2. Die Konkretisierungen in den Spezialtatbeständen sind allerdings nicht abschliessend, so dass als unlauter auch ein Verhalten in Betracht kommt, welches keinen dieser Spezialtatbestände erfüllt (BGer Urteil 4C.170/2006 vom 28. August 2006 E. 3; BGE 132 III 414 E. 3.1; 131 III 384 E. 3; 133 III 431 E. 4.1). Zudem entfalten Spezialtatbestände auch im Falle ihrer Anwendbarkeit keine generelle Sperrwirkung gegenüber der Generalklausel. Die Generalklausel ist jedoch im Lichte der Spezialtatbestände und der darin zum Ausdruck gelangenden Wertungen auszulegen, was den Raum für eine zusätzliche Prüfung nach Art. 2 UWG beschränken oder diese gar ausschliessen kann (JUNG, a.a.O., Art. 2 N. 4, 7).

#### 6.4.2. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG

6.4.2.1. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG handelt insbesondere unlauter, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt. Daraus ergeben sich die folgenden Tatbestandsmerkmale: Eine Angabe (Information) über einen bestimmten Gegenstand muss – um unlauter zu sein – irreführend oder unrichtig sein, und zwar nach dem Verständnis des Durchschnittsadressaten, wobei die Angabe einen Wettbewerbsbezug haben muss (BLATTMANN, in: DIKE-UWG-Kommentar, 2018, Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 10).

6.4.2.2. Die Gegenstände, die von der irreführenden Angabe betroffen sein können, werden in Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG abschliessend aufgezählt (BERGER, in: HILTY/ARPAGAUS [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren

Wettbewerb, 1. A., 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 60). Dazu gehört die Irreführung über Waren, Werke oder Leistungen (BERGER, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 80 ff.).

6.4.2.3. Formal genügt als Angabe eine Äusserung in irgendeiner Form (BERGER, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 15). Inhaltlich soll die Angabe eine tatsächliche, nachprüfbar, dem Beweis zugängliche Behauptung sein (BLATTMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 12; BERGER, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 22). Eine Angabe muss einen Tatsachekern und einen für den Durchschnittsadressaten fassbaren Aussagewert aufweisen (BERGER, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 22 f.). Die Angabe muss geeignet sein, eine Diskrepanz zwischen Wahrnehmung und Realität entstehen zu lassen (BLATTMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 14). Werden Aussagen nicht als Darstellung der Realität, sondern – da nicht ernstzunehmend, werberisch übertrieben oder nichtssagend – als Marktschreierei angesehen, liegt keine Angabe im Rechtssinne vor (BERGER, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 24 ff.).

6.4.2.4. Massgebend zur Beurteilung des Aussagegehalts der Angabe (und damit der Irreführungsfahr) ist das objektivierte Verständnis, welcher aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Angabe und ihres Kontextes zu erstellen ist (BERGER, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 36 ff.). Irreführung i.w.S. ist jede Diskrepanz zwischen dem durch eine Angabe hervorgerufenen Verständnis des Durchschnittsadressaten und den tatsächlichen Gegebenheiten. Die Angabe kann unrichtig (d.h. nicht den Tatsachen entsprechend), täuschend (falsche Vorstellung hervorrufend) oder irreführend i.e.S. (keine klare Vorstellung über die tatsächlichen Gegebenheiten zulassend) sein (BERGER, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 49 ff.; BLATTMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 54).

6.4.2.5. Wettbewerbsbezug hat die Angabe, wenn sie für den Kaufentschluss der potentiellen Kunden wesentlich ist, d.h. wenn sie objektiv geeignet ist, den Erfolg gewinnstrebiger Unternehmen im Kampf um Abnehmer zu verbessern oder vermindern, bzw. deren Marktanteile zu vergrössern oder verringern (BGer Urteil 6B\_252/2016 vom 28. April 2016 E. 1.2). Bei den im Katalog von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG aufgezählten Gegenständen ist ein solcher Bezug zu vermuten (vgl. BLATTMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 72 ff.; JUNG, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 84).

6.4.2.6. Als lex specialis derogiert Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG die Generalklausel (BLATTMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 215).

## **6.5. Verletzung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb: Konkrete Prüfung**

### 6.5.1. Parteistandpunkte

6.5.1.1. Die Klägerin behauptet, dass die Beklagten die angeblich von A.\_\_\_\_\_ signierten Fotoabzüge im Geschäftsverkehr verwendet und damit impliziert hätten, dass die gefälschten "Signaturen" echt seien. Die Beklagten hätten die Besucher der Ausstellung und der Website der Beklagten 1 sowie potentielle Käufer mit unrichtigen Angaben getäuscht und Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG verletzt. Nicht entscheidend sei, wer die "Signaturen" gefälscht habe (act. 46 Rz. 86).

6.5.1.2. Die Beklagten bestreiten das Vorliegen einer UWG-Verletzung (act. 55 Rz. 101; act. 57 Rz. 110) und die Fälschung von "Signaturen" (siehe Ziffer 5.6.4.3.3). Die Beklagte 2 begründet dies damit, dass die streitgegenständlichen Werke mit "Signatur A.\_\_\_\_\_" echt seien und sich autorisiert im Markt befänden (act. 57 Rz. 110).

### 6.5.2. Würdigung

6.5.2.1. Zu prüfen ist, ob die Beklagten durch das Ausstellen der streitgegenständlichen Fotografien mit "Signaturen" und/oder deren Abbilden auf der Website der Beklagten 1 – nach dem Verständnis des Durchschnittsadressaten – irreführende oder unrichtige Angaben machen bzw. gemacht und diese einen Wettbewerbsbezug haben.

6.5.2.2. Eine "Signatur" ist eine Angabe, nämlich eine Information über die Urheberschaft eines Werk. Sie bezieht sich auf einen Gegenstand, vorliegend den betreffenden streitgegenständlichen Fotoabzug. Zudem weist eine "Signatur" einen Wettbewerbsbezug auf, da die Person des Urhebers den Wert eines Werks und den Markt massgeblich beeinflusst.

6.5.2.3. Eine Irreführung der Adressaten durch die "Signaturen" liegt nur vor, wenn die "Signaturen" – wie die Klägerin behauptet und die Beklagten bestreiten – nicht echt, also gefälscht sind.

Die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast für das Vorliegen der tatbestandsmässigen Voraussetzungen trägt die Rechtsuchende, welche daraus einen Anspruch ableitet (JUNG, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 88; BLATTMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 212). Eine Beweislastumkehr nach Art. 13a UWG bedarf eines entsprechenden Antrags der beweisbelasteten Partei, liegt im Ermessen des Gerichts und rechtfertigt sich nur in Ausnahmefällen (RÜETSCHI, in: HILTY/ARPAGAUS [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2013, Art. 13a N. 23; SPITZ, a.a.O., Art. 13a N. 27; HGer Urteil HE130306-O vom 26. März 2014 E. 4). Vorliegend trägt demnach die Klägerin die Behauptungs- Substantiierungs- und Beweislast für die Irreführung und damit auch für die Unechtheit der "Signaturen". Ein Antrag der Klägerin betreffend eine Beweislastumkehr liegt nicht vor.

Wie in Ziffer 5.6.4.3.3 ausgeführt, bleiben die klägerischen Behauptungen hinsichtlich der geltend gemachten Fälschungen der "Signaturen" trotz den Bestreitungen der Beklagten (act. 10 Rz. 20-22, 35, 39-43, 78, 122-124, 136, 143; act. 57 Rz. 7-9, 91 f., 183; act. 55 Rz. 67-70) unsubstantiiert. Angesichts dessen ist das Vorliegen von UWG-Verletzungen zu verneinen. Überdies fehlte es auch hier an der Verknüpfung von Tatsachenvorbringen mit einzelnen Beweisanträgen, insbesondere mit dem Gutachten, aber auch mit den übrigen angebotenen Beweismitteln.

Zur Vermeidung von Wiederholungen ist für die Details zu den "Signaturen" auf die Ausführungen in Ziffer 5.6.4.3.3 zu verweisen, welche auch für die vorliegende lauterkeitsrechtliche Prüfung gelten.

Im Übrigen war die Beklagte 2 an der Präsentation der Fotoabzüge auf der Website nicht beteiligt, weshalb ihr diesbezüglich auch keine UWG Verletzung vorgeworfen werden kann (siehe Ziffer 5.6.2.3.2).

### 6.5.3. Fazit

Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG ist zu verneinen. Eine zusätzliche Prüfung von Art. 2 UWG entfällt (siehe Ziffer 6.4.1.2), wobei eine Verletzung dieser Bestimmung mangels Substantiierung bzw. Beweis der Fälschung der "Signaturen" ohnehin zu verneinen wäre.

## 7. Vollstreckung: Rechtsbegehren 4

### 7.1. **Parteistandpunkte**

7.1.1. Die Klägerin beantragt mit Rechtsbegehren 4, dass die Anordnungen gemäss Rechtsbegehren 1-3 mit der Androhung der Überweisung der Organe der Beklagten an den Strafrichter zur Bestrafung mit Busse nach Art. 292 StGB im Wiederhandlungsfall sowie einer Ordnungsbusse von CHF 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung (Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO), mindestens aber CHF 5'000.– (Art. 343 Abs. 2 lit. b ZPO) zu verbinden sei. Die Kombination sei notwendig, da in Vollstreckungssachen mit internationalem Bezug das Territorialitätsprinzip der Anwendung von Zwangsmassnahmen gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO wegen ihrer pönalen Natur besonders zu beachtende Grenzen setze. Das Zivilurteil dagegen sei nach dem Lugano-Übereinkommen am ausländischen Sitz der Beklagten 2 leichter zu vollstrecken (act. 46 Rz. 73-76).

7.1.2. Die Beklagten ersuchen um Abweisung des Rechtsbegehrens (act. 57 Rz. 58; act. 13 und 55, je S. 2). Die Beklagte 2 wendet dagegen ein, dass die Vollstreckungsmassnahmen weder geeignet, noch erforderlich, geschweige denn verhältnismässig im engeren Sinne seien. Weder habe die Klägerin Umstände dargelegt noch seien solche ersichtlich, die darauf hindeuten würden, dass die Beklagte 2 sich in irgendeiner Hinsicht gegen eine Vollstreckung eines Urteils wehren würde, wenn sie denn unterliegen sollte (act. 57 Rz. 63).

### 7.2. **Rechtliches**

7.2.1. Auf Antrag der obsiegenden Partei ordnet das Gericht Vollstreckungsmassnahmen an (Art. 236 Abs. 3 ZPO).



7.2.2. Dabei können gemäss Art. 343 Abs. 1 ZPO bei einer Entscheidung auf eine Verpflichtung zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden verschiedene indirekte Zwangsmittel angedroht werden. Dazu gehören die Strafdrohung nach Art. 292 StGB, die Ordnungsbusse bis CHF 5'000.– und die Tagesbusse bis zu CHF 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung als Variante der Ordnungsbusse.

Die Ordnungsbusse ist für den Fall der Nichterfüllung vorerst lediglich anzudrohen und erst dann auszusprechen, wenn die Nichterfüllung feststeht. Denn die Nichterfüllung eines Zivilurteils ist nicht schon per se eine Ordnungswidrigkeit, die ohne jegliche Androhung vom Vollstreckungsgericht mit einer Busse bestraft werden kann. Jedoch kann die Androhung einer Strafe bereits in das zu vollstreckende Urteil aufgenommen werden. Die Höhe der Busse kann beziffert werden, muss jedoch nicht. Das Vollstreckungsgericht hat in einem zweiten Entscheid festzustellen, ob tatsächlich nicht erfüllt wurde, und allenfalls die Busse zu verhängen sowie – sofern noch nicht beziffert – deren Höhe festzusetzen. Dieser Entscheid des Vollstreckungsgerichts bedarf eines Antrags der obsiegenden Partei bei der zuständigen Behörde (STAEHELIN, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, Art. 343 N. 22).

Gemäss Art. 292 StGB wird wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen mit Busse bestraft, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet. Eine Strafandrohung nach Art. 292 StGB kann sich nicht an juristische Personen richten, jedoch an deren Organe (BGer Urteil 6B\_280/2010 vom 20. Mai 2010 E. 3.1). Art. 292 StGB ist gegenüber Art. 67 Abs. 1 lit. k URG subsidiär (EGLOFF/HEINZMANN, a.a.O., Art. 62 N. 13; RIEDO, in: BARRELET/EGLOFF [Hrsg.], Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. A., 2020, Art. 67 N. 28; DAVID, a.a.O., Art. 67 N. 27; BGE 121 IV 29 E. 2b).

7.2.3. Über die Anordnung der Vollstreckungsmassnahmen entscheidet das Gericht nach seinem eigenen Ermessen (STAEHELIN a.a.O., Art. 236 N. 25). Dabei hat es die zur Durchsetzung wirksamste Anordnung zu wählen, wobei der Grund-

satz der Verhältnismässigkeit zu beachten ist (STAEHELIN, a.a.O., Art. 343 N. 11, 14). Eine Kombination verschiedener Massnahmen ist möglich (STAEHELIN, a.a.O., Art. 343 N. 15; HGer Urteile HG190019-O vom 21. Juni 2019 E. 5; HG160205 vom 21. Januar 2019 E. 8.3).

### **7.3. Würdigung**

7.3.1. In Anbetracht der Wiederholungsgefahr drängt sich im Zusammenhang mit Rechtsbegehren 1/Dispositiv-Ziffer 1 die an die Beklagten jeweils gerichtete Androhung einer Tagesbusse nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO – gemäss Gesetz bis zu CHF 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung – auf, um den gerichtlichen Anordnungen betreffend Unterlassung/Beseitigung gehörig Nachdruck zu verleihen. Auf eine Bezifferung der allenfalls auszufällenden Tagesbusse ist indessen im jetzigen Zeitpunkt zu verzichten. Die Androhung der Tagesbusse ist mit einer an die Organe der Beklagten selbst gerichteten Strafandrohung nach Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) zu verbinden, um den gerichtlichen Anordnungen zusätzlich Nachdruck zu verleihen.

7.3.2. Bezüglich Rechtsbegehren 3/Dispositiv-Ziffer 2 (Auskunftserteilung) drängt sich ebenfalls die an die Beklagten jeweils gerichtete Androhung einer Tagesbusse nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO – gemäss Gesetz bis zu CHF 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung – auf, um der gerichtlichen Anordnung gehörig Nachdruck zu verleihen. Auf eine Bezifferung der allenfalls auszufällenden Tagesbusse ist indessen im jetzigen Zeitpunkt auch hier zu verzichten. Aus rechtlichen Gründen ist – wegen Subsidiarität – die zusätzliche Anordnung einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB ausgeschlossen (siehe Ziffer 7.2.2).

7.3.3. Diese Vollstreckungsmassnahmen sind (i) geeignet, um ein Befolgen der gerichtlichen Anordnungen seitens der Beklagten zu bewirken, (ii) erforderlich, da aufgrund der Uneinsichtigkeit der Beklagten betreffend vergangener und bestehender Urheberrechtsverletzungen nicht ohne Weiteres von einem künftigen Befolgen der Anordnungen auszugehen ist und (iii) verhältnismässig i.e.S., da sie insofern in einem vernünftigen Verhältnis zu deren Interessen stehen und keine

übermässige Beeinträchtigung der Beklagten bedeuten, als dass sie einzig im Falle einer Nichteinhaltung der gerichtlichen Anordnungen zum Zug kommen.

7.3.4. Im übrigen Umfang ist Rechtsbegehren 4 abzuweisen. Insbesondere rechtfertigt sich in Anbetracht der Androhung der Tagesbusse nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, verbunden mit der an die Organe selbst gerichteten Strafandrohung nach Art. 292 StGB, unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeit keine Androhung einer Mindestordnungsbusse von CHF 5'000.– nach Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO.

## **8. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen**

Die Klägerin macht im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Fotoabzügen Unterlassungs-, Beseitigungs-, Auskunftsansprüche verbunden mit Vollstreckungsbegehren gegenüber den Beklagten 1 und 2 geltend. Aufgrund der teilweisen Bejahung der den Beklagten vorgeworfenen Urheberrechtsverletzungen (Beklagte 1: Anbieten zum Verkauf sowie Teilnahme an der Ausleihe, Art. 10 Abs. 2 lit. b URG, sowie Zugänglichmachen auf der Website, Art. 10 Abs. 2 lit. c URG; Beklagte 2: Verkauf, Einfuhr und Ausleihe, Art. 10 Abs. 2 lit. b URG), dem Vorliegen weiterer Voraussetzungen und der Verneinung diverser Einwendungen und Einreden der Beklagten (insbesondere Verzicht, Verwirkung, Rechtsmissbrauch und Verjährung) sind sie teilweise gutzuheissen: So ist den Beklagten 1 und 2 zu untersagen, die streitgegenständlichen Fotoabzüge aus der Schweiz auszuführen, anzubieten, zu verkaufen, anderweitig in Verkehr zu bringen (insbesondere digital zugänglich zu machen) oder bei einer dieser Handlungen mitzuwirken. Im Übrigen ist Rechtsbegehren 1 abzuweisen. Zudem sind die Beklagten 1 und 2 in Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 3 zu verpflichten, der Klägerin Auskunft über die Namen und Adressen der ihnen bekannten Lieferanten und gewerblichen Abnehmer der streitgegenständlichen Fotoabzüge zu erteilen. Diese Anordnungen sind in teilweiser Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 4 mit einem Teil der beantragten Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen. In Bezug auf Rechtsbegehren Ziffer 2 und 5 ist die Klage abzuweisen. Ansprüche der Klägerin gestützt auf das UWG sind zu verneinen.

## **9. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

### **9.1. Streitwert**

9.1.1. Vorliegend handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, weil mit der Klage – auch wenn sie mitunter Urheberpersönlichkeitsrechte betrifft bzw. diese seitens der Klägerin gewahrt werden sollen – letztlich ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (BGE 118 II 528 E. 2c; MÜLLER, in: MÜLLER/OERTLI [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz (URG), 2. A., 2012, Vorbemerkungen zu Art. 61-66 N. 42). Entsprechend kommt ihr ein Streitwert zu.

9.1.2. Art. 91 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt wird. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens oder einer allfälligen Publikation des Entscheids sowie allfällige Eventualbegehren werden nicht hinzugerechnet. Gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO setzt das Gericht den Streitwert fest, wenn das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind.

9.1.3. Für vorliegendes Verfahren liegt keine Einigung der Parteien über den Streitwert vor. Er ist daher in Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO festzusetzen. Der von den Beklagten behauptete Streitwert von CHF 31'000.– erweist sich als offensichtlich zu tief, worauf bereits im Urteil vom 8. Februar 2021 im Massnahmeverfahren HE200435-O insoweit hingewiesen wurde, als nicht auf einen Streitwert von CHF 31'000.–, sondern auf von CHF 302'000.– abgestellt wurde.

9.1.4. Die Klägerin stellte fünf Hauptbegehren (plus Eventualbegehren), welche nachfolgend separat zu betrachten sind:

9.1.4.1. Rechtsbegehren 1 bis 3 lauten nicht auf eine bestimmte Geldsumme. Dazu ist Folgendes anzumerken:

Rechtsbegehren 1 ist ein Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren, während sich Rechtsbegehren 2 ausschliesslich auf die Beseitigung richtet. Für Unterlassungsklagen ist im Urheberrecht und im Wettbewerbsrecht zur Bestimmung des Streitwerts das Interesse der Klägerin relevant, die behaupteten Aus-

wirkungen auf die Marktposition der klagenden Partei sind abzuschätzen (BGE 114 II 91 E. 1; 104 II 124 E. 1; 87 II 113 E. 1; 82 II 77; 133 III 490 E. 3.3). Beseitigungsbegehren haben eine selbständige Bedeutung und damit auch einen eigenen Streitwert. Neben dem Unterlassungsanspruch sind sie meist eher von untergeordnetem Gewicht. Ausnahmsweise kann es allerdings auch um erhebliche Werte gehen (z.B. Vernichtung grosser Warenlager) (ZÜRCHER, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, sic! 2002, S. 493 ff., S. 497). Da es in Rechtsbegehren 2 um die Herausgabe, eventualiter Einziehung und Vernichtung der streitgegenständlichen Fotoabzüge geht, ist von einem erheblichen Wert auszugehen.

Die Klägerin beziffert den Streitwert (insgesamt) auf CHF 302'000.– (act. 1 Rz. 421). Den Betrag errechnet sie gestützt auf die in der Preisliste der Beklagten 1 für die streitgegenständlichen Fotoabzüge angegebenen Preise (act. 1 Rz. 21; act. 3/14). Das für Rechtsbegehren 1 relevante Streitinteresse der Klägerin gilt der Durchsetzung der Unterlassung; es geht um die Verhinderung künftiger Urheberrechtsverletzungen betreffend die streitgegenständlichen Fotoabzüge. Für die Bezifferung dieses Interesses erscheint es angebracht, auf den Marktpreis der Fotoabzüge abzustellen. Der Beizug der Preisliste der Beklagten 1 zur Bestimmung der Marktpreise ist sachlogisch, ist die Beklagte 1 doch eine Galerie, der Kenntnis der Marktpreise zu unterstellen ist. Zwar werden die Preise von der Beklagten 2 pauschal als willkürlich bezeichnet (act. 10 Rz. 93), doch macht diese keine eigenen substantiierten Angaben. Preise von CHF 9'000.– bis CHF 20'500.– je Fotoabzug gemäss Preisliste widerspiegeln angesichts dessen, dass bei AK.\_\_\_\_\_ 2012 ein Fotoabzug von A.\_\_\_\_\_ für USD 16'250 verkauft und zuvor auf USD 12'000.– bis USD 18'000.– geschätzt wurde (<[https://www.AK.\\_\\_\\_\\_\\_.com/en/lot/...](https://www.AK._____.com/en/lot/...)>, zuletzt abgerufen am 8.11.2023), die Verhältnisse am Markt. Für "AL.\_\_\_\_\_, 1932 [Foto 17]" wurde 2012 gar ein Preis von USD 40'000.– realisiert (<[https://www.AK.\\_\\_\\_\\_\\_.com/lot/A.\\_\\_\\_\\_\\_-1908-2004-AL.\\_\\_\\_\\_\\_.com](https://www.AK._____.com/lot/A._____-1908-2004-AL._____.com)>, zuletzt abgerufen am 8.11.2023). Die Beklagte 2 selbst hat in ihrer Duplik für bei AM.\_\_\_\_\_ angebotenen Fotoabzüge von A.\_\_\_\_\_ (Sammlung AN.\_\_\_\_\_) geschätzte Preise von USD 5'000.– bis 15'000.– (act. 57 Rz. 22) abgedruckt; die dazugehörige Website

([https://www.AM.\\_\\_\\_\\_\\_.com/en/buy/auction/2021/the-world-of-A.\\_\\_\\_\\_\\_-photographs-from-the-personal-collection-of-AN.\\_\\_\\_\\_\\_](https://www.AM._____.com/en/buy/auction/2021/the-world-of-A._____-photographs-from-the-personal-collection-of-AN._____); zuletzt abgerufen 20.11.2023) zeigt geschätzte Preise von USD 3'000.– bis USD 25'000.–. Entsprechend ist der Streitwert von Rechtsbegehren 1 nach pflichtgemässen Ermessen auf CHF 302'000.– zu schätzen.

Für Rechtsbegehren 2 ist – zumal damit ein separater und mit Rechtsbegehren 1 nicht deckungsgleicher oder sich ausschliessender Anspruch geltend gemacht wird (ZÜRCHER, a.a.O., S. 495) – ein eigener Streitwert festzulegen. Mit dem auf Vollstreckung von Rechtsbegehren 2 gerichteten Rechtsbegehren 5 wird ein Betrag von CHF 302'000.– als bedingt zuzusprechende Geldleistung, aus der Umwandlung der geschuldeten Leistung nach Rechtsbegehren 2, verlangt. Rechtsbegehren 5 ist kein Eventualbegehren zu Rechtsbegehren 2, sondern die Klägerin beantragt eine kumulative Gutheissung beider Rechtsbegehren. In der Vollstreckung ist Rechtsbegehren 5 allerdings von Rechtsbegehren 2 abhängig. Es drängt sich daher eine analoge Anwendung der Streitwertberechnung bei einer Klage mit Haupt- und Eventualbegehren auf. In einem solchen Fall ist der Anspruch mit dem höheren Streitwert massgebend, d.h. bei einem höheren Streitwert des Eventualbegehrens bestimmt dieses den Streitwert (HGer Urteil HG180163-O vom 7. September 2020 E. 7.1; BGer Urteil 4A\_46/2016 vom 20. Juni 2016 E. 1.3 m.H.; STERCHI, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO, 2012, Art. 91 N. 12). Folglich ist der Streitwert von Rechtsbegehren 2 gestützt auf Rechtsbegehren 5 zu bestimmen und daher auf CHF 302'000 festzulegen; für Rechtsbegehren 5 als Vollstreckungsbegehren ist hingegen kein zusätzlicher Streitwert zu addieren (ZÜRCHER, a.a.O., S. 497).

Rechtsbegehren 3 ist ein Auskunftsbegehren. Bei Auskunftsbegehren ist der Streitwert ermessensweise auf einen Bruchteil zwischen 10 % und 40 % des Hauptbegehrens festzusetzen (BGer Urteile 4A\_542/2017 vom 09. April 2018 E. 4.2.2; 5A\_695/2013 vom 15. Juli 2014 E. 7.2; ZÜRCHER, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, sic! 2002, S. 493 ff., S. 498, S. 506). Vor-

liegend erscheint ein Zuschlag von 20 % des Streitwert des Hauptbegehrens, Rechtsbegehren 1, angemessen.

9.1.4.2. Rechtsbegehren 4 lautet auf Strafdrohung und Ordnungsbusse zwecks Vollstreckung, weshalb ihm kein eigener Streitwert zuzuerkennen ist (STEINWIGGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 91 N. 39; ZÜRCHER, a.a.O., S. 497).

9.1.5. Zusammengefasst ist der Streitwert der Klage auf insgesamt CHF 664'400.– (CHF 302'000.– + CHF 302'000.– + CHF 60'400.–) festzusetzen.

## **9.2. Kostentragung**

9.2.1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, sind nach der allgemeinen Kostenregelung den Parteien nach Massgabe ihres jeweiligen Unterliegens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO).

9.2.2. Eine allfällige Vereinbarung der Beklagten 1 und 2 hinsichtlich der Kostentragung (act. 55 Rz. 18, 31) bezieht sich auf ihr internes Verhältnis und entfaltet weder im Verhältnis zum Gericht noch zur Klägerin Wirkung.

## **9.3. Gerichtskosten**

9.3.1. Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG ZH) und richtet sich nach dem Streitwert, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie § 4 GebV OG). Die auf Basis des Streitwerts errechnete Grundgebühr beträgt rund CHF 24'000.– (§ 2 Abs. 1 lit. a und § 4 Abs. 1 GebV OG). Aufgrund der Schwierigkeit und Umfangs des Falles sowie des Zeitaufwandes des Gerichts rechtfertigt es sich, diese auf CHF 36'000.– zu erhöhen (§ 9 GebV OG).

9.3.2. Da Urheberrechtsverletzungen durch die Beklagten zu bejahen sind, die Klägerin hinsichtlich Rechtsbegehren 1 zu einem grossen Teil sowie hinsichtlich Rechtsbegehren 3 ganz obsiegt, hingegen in Bezug auf Rechtsbegehren 2 voll-

ständig unterliegt, rechtfertigt es sich, den Parteien die Kosten je zur Hälfte aufzuerlegen.

9.3.3. Die Kosten sind soweit als möglich aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss (CHF 23'000.–) zu decken. Die darüber hinausgehenden Kosten sind den Beklagten direkt in Rechnung zu stellen. Für den Anteil der Beklagten an den Kosten, welcher durch den Kostenvorschuss gedeckt wird, ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagten einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO)

9.3.4. Neben den Kosten des Hauptverfahrens sind die Kosten des Massnahmeverfahrens (neu) zu regeln (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 Abs. 3 ZPO):

Im Verfahren HE190419-O wurde mit Urteil vom 5. November 2020 die Gerichtsgebühr auf CHF 3'000.– festgesetzt. Davon wurden CHF 750.– der heutigen Klägerin definitiv auferlegt. Im übrigen Umfang von CHF 2'250.– wurde eine definitive Regelung der Verteilung vorbehalten (act. 45 in HE190419-O; Art. 104 Abs. 3 ZPO). Aufgrund dessen, dass im vorliegenden Verfahren Urheberrechtsverletzungen der Beklagten 1 bejaht und Rechtsbegehren 1 – welches die Verfügungsbefugnis über die streitgegenständlichen Fotoabzüge massgeblich beschränkt, was auch Kern des Massnahmeverfahrens war – mehrheitlich gutgeheissen wird, hat die Beklagte 1 als unterliegend zu gelten und sind ihr diese Gerichtskosten von CHF 2'250.– aufzuerlegen. Die Kosten wurden seitens des Gerichts bereits aus dem Kostenvorschuss der Klägerin bezogen (act. 45 in HE190419-O Dispositiv-Ziffer 5.b; Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist daher im Betrag von CHF 2'250.– ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte 1 einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Im Verfahren HE200435-O wurde mit Urteil vom 8. Februar 2021 die Gerichtsgebühr auf CHF 6'000.– festgesetzt, wovon CHF 1'200.– definitiv der Klägerin auferlegt wurden, während im Umfang von CHF 4'800.– die Regelung der Gerichtskosten dem Hauptsachenprozess vorbehalten wurde (act. 11 in HE200435-O; Art. 104 Abs. 3 ZPO). Aufgrund dessen, dass im vorliegenden Verfahren Urheberrechtsverletzungen der Beklagten 2 bejaht und Rechtsbegehren 1 – welches die Verfügungsbefugnis über die streitgegenständlichen Fotoabzüge mass-



geblich beschränkt, was auch Kern des Massnahmeverfahrens war – mehrheitlich gutgeheissen wird, hat die Beklagte 2 als unterliegend zu geltend und sind ihr die Gerichtskosten von CHF 4'800.– aufzuerlegen. Davon sind CHF 1'800.– aus dem noch vorhandenen Kostenvorschuss zu decken, der Klägerin ist in diesem Betrag ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte 2 einzuräumen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). Der Mehrbetrag von CHF 3'000.– ist der Beklagten 2 direkt in Rechnung zu stellen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

#### **9.4. Parteientschädigungen**

##### **9.4.1. Allgemein**

Eine Parteientschädigung wird auf Antrag hin im Umfang des Obsiegens zugesprochen (Art. 105 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 1 ZPO; JENNY, in: SUTTERSOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 105 N. 6). Vorliegend haben alle Parteien eine Parteientschädigung beantragt, korrekterweise ohne Mehrwertsteuerzuschlag (act. 1 RB 5; act. 46 RB 6; act. 13 RB 3; act. 55 RB 2 ; act. 10 S. 2; act. 57 S. 2). Da keine Partei vollständig obsiegt, ist die Parteientschädigung für alle Parteien separat festzusetzen und sind die Ansprüche auf Parteientschädigungen der Klägerin einerseits und der Beklagten andererseits soweit möglich miteinander zu verrechnen.

##### **9.4.2. Hauptsachenprozess**

Aufgrund des je hälftigen Unterliegens der Parteien sind die Parteientschädigungen wettzuschlagen.

##### **9.4.3. Massnahmeverfahren**

9.4.3.1. Im Massnahmeverfahren HE190419-O wurde die Klägerin angesichts ihres teilweisen Unterliegens definitiv verpflichtet, der Beklagten 1 eine Parteientschädigung von CHF 1'000.– zu bezahlen. Im Übrigen wurde die Regelung der Parteientschädigung ebenfalls dem Hauptsachenprozess vorbehalten (act. 45 in HE190419-O). Aufgrund dessen, dass im vorliegenden Verfahren Urheberrechts-

verletzungen bejaht und Rechtsbegehren 1 – welches die Verfügungsbefugnis über die streitgegenständlichen Fotoabzüge massgeblich beschränkt, was auch Kern des Massnahmeverfahrens war – mehrheitlich gutgeheissen wird, hat die Beklagte 1 im Restumfang als unterliegend zu geltend und ist sie zu verpflichten, der Klägerin eine angemessene Parteientschädigung (§°4 Abs. 1, § 9 und § 11 AnwGebV) von CHF 3'000.– zu bezahlen.

9.4.3.2. Im Massnahmeverfahren HE200435-O wurde der Beklagten 2 trotz des teilweisen Unterliegens der Klägerin keine Parteientschädigung zugesprochen; im Übrigen wurde die Regelung der Parteientschädigung dem Prozess der Hauptsache vorbehalten (act. 11 in HE200435-O). Aufgrund dessen, dass im vorliegenden Verfahren Urheberrechtsverletzungen bejaht und Rechtsbegehren 1 – welches die Verfügungsbefugnis über die streitgegenständlichen Fotoabzüge massgeblich beschränkt, was auch Kern des Massnahmeverfahrens war – mehrheitlich gutgeheissen wird, hat die Beklagte 2 als unterliegend zu geltend und ist sie zu verpflichten, der Klägerin im Umfang ihres Obsiegens (3/4) eine angemessene Parteientschädigung (§°4 Abs. 1, § 9 AnwGebV) von CHF 3'000.– zu bezahlen.

#### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Den Beklagten 1 und 2 wird – jeweils unter Androhung der Bestrafung ihrer jeweiligen verantwortlichen Organe nach Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) im Widerhandlungsfall sowie zusätzlich unter Androhung einer Ordnungsbusse bis zu CHF 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung – untersagt, die nachfolgend abgebildeten Fotoabzüge von der Schweiz auszuführen, anzubieten, zu verkaufen, anderweitig in Verkehr zu bringen (insbesondere digital zugänglich zu machen) oder bei einer dieser Handlungen mitzuwirken:

... [Abbildung von Foto 1]

... [Abbildung von Foto 2]

... [Abbildung von Foto 3]

... [Abbildung von Foto 4]

... [Abbildung von Foto 5]  
... [Abbildung von Foto 6]  
... [Abbildung von Foto 7]  
... [Abbildung von Foto 8]  
... [Abbildung von Foto 9]  
... [Abbildung von Foto 10]  
... [Abbildung von Foto 11]  
... [Abbildung von Foto 12]  
... [Abbildung von Foto 13]  
... [Abbildung von Foto 14]  
... [Abbildung von Foto 15]  
... [Abbildung von Foto 16]  
... [Abbildung von Foto 17]  
... [Abbildung von Foto 18]  
... [Abbildung von Foto 19]  
... [Abbildung von Foto 20]  
... [Abbildung von Foto 21]  
... [Abbildung von Foto 22]  
... [Abbildung von Foto 23]

2. Die Beklagten 1 und 2 werden je einzeln – unter Androhung einer Ordnungsbusse bis zu CHF 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung – verpflichtet, der Klägerin Auskunft über die Namen und Adressen der ihnen bekannten Lieferanten und gewerblichen Abnehmer der Fotoabzüge gemäss Dispositiv-Ziffer 1 zu erteilen.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 36'000.–.
5. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, wobei die Beklagten für ihren Anteil solidarisch haften.

Die Kosten werden soweit möglich aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Die darüber hinausgehenden Kosten (CHF 13'000.–) werden den Beklagten direkt in Rechnung gestellt.

Für den von den Beklagten zu tragenden Anteil der Kosten, welcher durch den Kostenvorschuss gedeckt wird (CHF 5'000.–), wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagten eingeräumt.

6. Die im Verfahren Geschäfts Nr. HE190419-O festgesetzten, aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogenen, aber in jenem Verfahren noch nicht definitiv verteilten Kosten von CHF 2'250.– werden der Beklagten 1 auferlegt. Der Klägerin wird in diesem Umfang ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte 1 eingeräumt.
7. Die im Verfahren Geschäfts Nr. HE200435-O festgesetzten, aber in jenem Verfahren noch nicht definitiv verteilten Kosten von CHF 4'800.– werden der Beklagten 2 auferlegt. Davon werden CHF 1'800.– aus dem von der Klägerin geleisteten noch vorhandenen Kostenvorschuss gedeckt, in welchem Umfang der Klägerin ein Rückgriffsrecht eingeräumt wird. Die darüber hinausgehenden Kosten (CHF 3'000.–) werden der Beklagten 2 direkt in Rechnung gestellt.
8. Parteientschädigungen für den Hauptsachenprozess werden keine zugesprochen.
9. Die Beklagte 1 wird verpflichtet, der Klägerin für das Massnahmeverfahren HE190419-O eine Parteientschädigung CHF 3'000.– zu bezahlen.
10. Die Beklagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin für das Massnahmeverfahren HE200435-O eine Parteientschädigung CHF 3'000.– zu bezahlen.
11. Schriftliche Mitteilungen an die Parteien und nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das IGE, Stauffacherstrasse 65/59g, 3003 Bern.
12. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42

und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 664'400.–.

Zürich, 30. Januar 2024

Handelsgericht des Kantons Zürich

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Dr. Corina Bötschi