



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichter Dr. Stephan Mazan, die Handelsrichter Prof. Dr. Mischa Senn, Dr. Peter Felser und die Handelsrichterin Dr. Seraina Denoth sowie der Gerichtsschreiber Marius Zwicky

**Urteil vom 6. Mai 2020**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**  
Beklagter

vertreten durch Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_,

betreffend **Urheberrecht (negative Feststellungsklage)**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Klägerin dem Beklagten nichts schuldet, insbesondere, dass die vom Beklagten mittels Schreiben der Kanzlei X.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], ... C.\_\_\_\_\_, vom 24. Januar 2018 gestellte Forderung von EUR 6'127.40 nicht besteht.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin (vormals D.\_\_\_\_\_ AG, vgl. SHAB Nr. 1 vom tt. mm. 2019) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt unter anderem die Herstellung sowie den Vertrieb von Produkten im Medienbereich und ist Herausgeberin der Publikation "E.\_\_\_\_\_ [Zeitung]" (vgl. SHAB Nr. 1 vom tt. mm. 2019; act. 1 Rz. 18; act. 2/3).

Der Beklagte ist ein in Köln wohnhafter Fotograf (act. 2/4; act. 1 Rz. 19).

##### b. Prozessgegenstand

Die Klägerin verlangt vorliegend die gerichtliche Feststellung, dass die auf deutsches Urheberrecht gestützte Forderung des Beklagten über EUR 6'127.40 für die Verwendung von 10 von diesem auf der Internet-Bilderplattform "G.\_\_\_\_\_" unter einer Creative-Commons Lizenz kostenlos zur Verfügung gestellten Bildern auf der von der Klägerin herausgegebenen online Publikation "www.E.\_\_\_\_\_.ch" nicht besteht (act. 1 Rz. 1 ff.).

## B. Prozessverlauf

Am 12. Juni 2018 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klage hierorts ein (act. 1; act. 2/1-29). Mit Verfügung vom 15. Juni 2018 wurde ihr Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss von CHF 1'500.– zu leisten. Gleichzeitig wurde dem Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort sowie zur Bezeichnung eines Zustelldomizils in der Schweiz angesetzt (act. 3). Die Klägerin leistete den Gerichtskostenvorschuss fristgerecht (act. 5). Mit Eingabe vom 15. August 2018 bezeichnete der Beklagte ein Zustelldomizil in der Schweiz (act. 6) und reichte am 27. September 2018 rechtzeitig die Klageantwort ein (act. 9; act. 10/1-6). Mit Verfügung vom 1. Oktober 2018 wurde die Leitung des vorliegenden Prozesses an Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner als Instruktionsrichter delegiert (act. 11). Mit Eingabe vom 6. November 2018 teilte die Klägerin dem hiesigen Gericht mit, dass keine Vergleichsbereitschaft bestehe (act. 13), worauf mit Verfügung vom 7. November 2018 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wurde (act. 14). Die klägerische Replik datiert vom 10. Dezember 2018 (act. 16; act. 17/30-34). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2018 wurde dem Beklagten Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt (act. 18). Die Duplik des Beklagten datiert vom 30. Januar 2019 (act. 20; act. 21/8). Damit trat Aktenschluss ein (act. 22). Mit Eingabe vom 8. Februar 2019 teilte die Klägerin mit, dass weiterhin keine Vergleichsbereitschaft bestehe (act. 24). Mit Verfügung von 3. Juli 2019 wurde die Leitung des vorliegenden Prozesses neu an Oberrichter Dr. Stephan Mazan als Instruktionsrichter delegiert (act. 25). Mit Verfügung vom 26. März 2020 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 27). Beide Parteien verzichteten in der Folge ausdrücklich auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 29; act. 30). Der Prozess ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## Erwägungen

### 1. Formelles

#### 1.1. Zuständigkeit

##### 1.1.1. Örtliche Zuständigkeit

Im internationalen Verhältnis richtet sich die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte grundsätzlich nach dem IPRG (Art. 1 Abs. 1 lit. a IPRG), wobei völkerrechtliche Verträge – insbesondere das LugÜ – vorbehalten bleiben (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Die Anwendbarkeit des IPRG und des LugÜ setzt das Vorliegen eines internationalen Sachverhalts voraus. Hat eine der Parteien ihren Sitz oder Wohnsitz im Ausland, was vorliegend hinsichtlich des Beklagten der Fall ist, so liegt immer – auch im Immaterialgüterrecht – ein internationales Verhältnis vor (BGE 135 III 185 E. 3.1; BGE 131 III 76 E. 2.3; BLUMER, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen [LugÜ], Stämpflis Handkommentar SHK, 2. Aufl., 2011, Art. 22 Ziff. 4 N. 127).

Die Klägerin macht eine negative Feststellungsklage in Bezug auf einen vom Beklagten behaupteten Anspruch aus Urheberrechtsverletzung geltend. Eingriffe in Immaterialgüterrechte – und demnach auch in Urheberrechte – gelten im Rahmen des LugÜ als unerlaubte Handlungen bzw. Handlungen, welche unerlaubten Handlungen gleichgestellt sind, und auf welche Art. 5 Ziff. 3 LugÜ anwendbar ist (OBERHAMMER, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen [LugÜ], Stämpflis Handkommentar SHK, 2. Aufl., 2011, Art. 5 N. 109). Die Zuständigkeit besteht nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ an dem Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht. Damit besteht sowohl eine Zuständigkeit am Handlungs- als auch eine solche am Erfolgsort der unerlaubten Handlung (OBERHAMMER, a.a.O., Art. 5 N. 114). Vorliegend geht es um angebliche Urheberrechtsverletzungen der Klägerin an ihrem Sitz in Zürich, d.h. am Handlungsort.

Art. 5 Ziff. 3 LugÜ ist auch auf negative Feststellungsklagen anwendbar. Die Klage auf Feststellung, dass die Klägerin für einen vom Beklagten aus

unerlaubter Handlung zum Ersatz beanspruchten Schaden nicht hafte, ist dort anzubringen, wo der bestrittene Anspruch nach Massgabe von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ auf positive Leistungsklage hin zu beurteilen wäre (BGE 125 III 346 E. 4b). Da eine positive Leistungsklage des Beklagten am Handlungsort in Zürich eingereicht werden könnte, kann auch die streitgegenständliche negative Feststellungsklage hierorts eingereicht werden.

Im Ergebnis ist die örtliche Zuständigkeit gegeben, was vom Beklagten eigentlich nicht bestritten wird (vgl. act. 9 S. 1 ff.).

#### 1.1.2. Sachliche Zuständigkeit

Das Handelsgericht ist als einzige kantonale Instanz zuständig für Streitigkeiten im Zusammenhang mit geistigem Eigentum (Art. 5 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO i.V.m. § 44 GOG). Vorliegend handelt es sich um eine urheberrechtliche Streitigkeit. Demnach ist die sachliche Zuständigkeit gegeben.

#### 1.2. Anwendbares Recht

Immaterialgüterrechte unterstehen dem Recht des Staates, für den der Schutz der Immaterialgüter beansprucht wird (Art. 110 Abs. 1 IPRG). Obwohl Art. 110 Abs. 1 IPRG nur von Immaterialgüterrechten spricht, ergibt sich aus Art. 110 Abs. 2 IPRG, dass auch deren Verletzung von der Verweisung auf das Schutzlandrecht erfasst wird (JEGHER/VASELLA, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti [Hrsg.], Basler Kommentar IPRG, 3. Aufl., 2013, Art. 110 N. 13). Der Beklagte macht die Verletzung von deutschen Urheberrechten geltend (vgl. act. 9 S. 7). Demnach ist deutsches Recht anwendbar, was von den Parteien nicht bestritten wird (act. 1 Rz. 61 ff.; act. 9 S. 7).

#### 1.3. Feststellungsinteresse

Die Frage des Vorliegens eines Feststellungsinteresses ist jedoch auch bei internationalen Verhältnissen im Rahmen des LugÜ nach Schweizer Recht zu beurteilen. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung ist das Vorliegen eines Feststellungsinteresses als Prozessvoraussetzung prozessrechtlicher Natur, weshalb die

lex fori, mithin Schweizer Recht, anwendbar ist (BGE 144 III 175 E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 5A\_88/2011 vom 23. September 2011 E. 4; sowie WEBER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl., 2017, Art. 88 N. 29).

Das Bundesgericht hat hinsichtlich des Feststellungsinteresses bei negativen Feststellungsklagen im internationalen Verhältnis eine Praxisänderung vorgenommen. Gleich wie bis anhin müssen jedoch die folgenden Kriterien erfüllt sein: Einerseits müssen die Rechtsbeziehungen der Parteien offenkundig ungewiss sein. Andererseits muss diese Ungewissheit durch gerichtliche Feststellung behoben werden können. Zudem darf keine andere Klage (Leistungs- oder Gestaltungsklage) zur Verfügung stehen, da die negative Feststellungsklage nur subsidiär ist (vgl. BGE 144 III 175 E. 5.2.1). Wie die Klägerin zu Recht ausführt (vgl. act. 1 Rz. 12), sind diese Voraussetzungen vorliegend gegeben.

Neu führt das Bundesgericht aus, dass *"jedenfalls im internationalen Verhältnis das Interesse einer Partei, bei einem bevorstehenden Gerichtsverfahren einen ihr genehmen Gerichtsstand zu sichern, als genügendes Feststellungsinteresse zu qualifizieren ist"* (BGE 144 III 175 E. 5.4).

Die Klägerin bringt vor, es gehe ihr darum, sich den Gerichtsstand Zürich zu sichern. Gleichzeitig wolle sie verhindern, dass der Beklagte sich unter den möglichen deutschen Gerichtsständen ein erstinstanzliches Gericht auswählen könne, welches allenfalls für seine "Abmahner-freundliche" Rechtsprechung bekannt sei (act. 1 Rz. 15). Gestützt auf die besagte neue höchstrichterliche Rechtsprechung ist das Feststellungsinteresse der Klägerin im Ergebnis zu bejahen, weshalb auf die Klage einzutreten ist.

## 2. Negative Feststellungsklage

### 2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Der Beklagte stellt auf der Internet-Bilderplattform " G.\_\_\_\_\_" unter dem Label "F.\_\_\_\_\_" Fotos zur Verfügung (Stand am 5. Juni 2018: 9892 Fotos; vgl. act. 1 Rz. 20; act. 2/4). Beim Aufrufen der Fotos erscheint am unteren Bildrand jeweils der Hinweis "Bestimmte Rechte vorbehalten". Klickt man auf diesen Hinweis, erscheint das Deckblatt der anwendbaren, englischsprachigen Urheberrechtslizenz, die sog. "*Creative Commons License Deed, Attribution 2.0 Generic (CC BY 2.0)*" (nachfolgend: "CC-Lizenz"; vgl. act. 2/6 S. 2; act. 2/7; act. 1 Rz. 20). Die besagte CC-Lizenz ist online sowohl in einer leicht lesbaren Zusammenfassung als auch in einem juristisch verbindlichen Volltext abrufbar und wird von der gemeinnützigen Organisation "Creative Commons" zur Verfügung gestellt (act. 1 Rz. 30 ff.; act. 2/7; act. 2/13; sowie: <https://creativecommons.org/licenses/by/2.0>). Aus Ziff. 3 der Volltextversion der CC-Lizenz ergibt sich insbesondere, dass es sich um eine kostenlose Lizenz handelt ("*royalty-free*"). Zudem ist die CC-Lizenz nicht auf nicht-kommerzielle Nutzung beschränkt und kann deshalb auch kommerziell verwendet werden (act. 1 Rz. 32; act. 2/13). Auch ergibt sich aus Ziff. 3 lit. c des juristisch verbindlichen Volltextes der CC-Lizenz, dass jeder Nutzer das Recht hat "*to distribute copies or phonorecords of, display publicly, perform publicly, and perform publicly by means of digital audio transmission the Work including as incorporated in Collective Works*" (act. 1 Rz. 67; act. 2/13). Mit anderen Worten hat jeder Nutzer das Recht, die der CC-Lizenz unterstellten Werke öffentlich aufzuführen, öffentlich darzustellen, öffentlich zu senden sowie Kopien der besagten Werke zu verbreiten. Auch ergibt sich aus dem letzten Absatz von Ziff. 3 der CC-Lizenz, dass dieses Recht für alle Medien und Formate ("*in all media and formats*") besteht (act. 1 Rz. 67; act. 2/13).

Unbestrittenermassen verwendete die Klägerin insgesamt 10 vom Beklagten selbst angefertigte und von diesem auf der besagten Internet-Bilderplattform zur Verfügung gestellte sowie der streitgegenständlichen CC-Lizenz unterworfenen Fotos auf der von ihr betriebenen Website "www.E.\_\_\_\_\_.ch". Es handelte sich dabei um folgende Fotos (act. 1 Rz. 2; act. 9 S. 1 ff.; act. 2/15; act. 2/17; act. 2/18):

Bild 1 (XBoxOne):



Bild 2 (Selfie Stick):

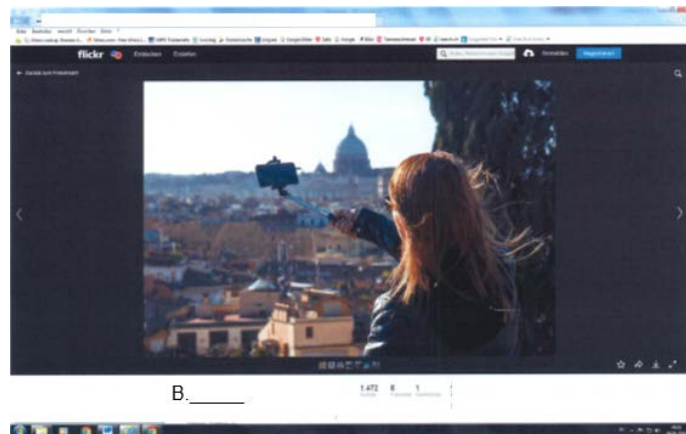


Bild 3 (Whatsapp):





Bild 4 (Ukrainischer Bortsch):



Bild 5 (New York Skyline):

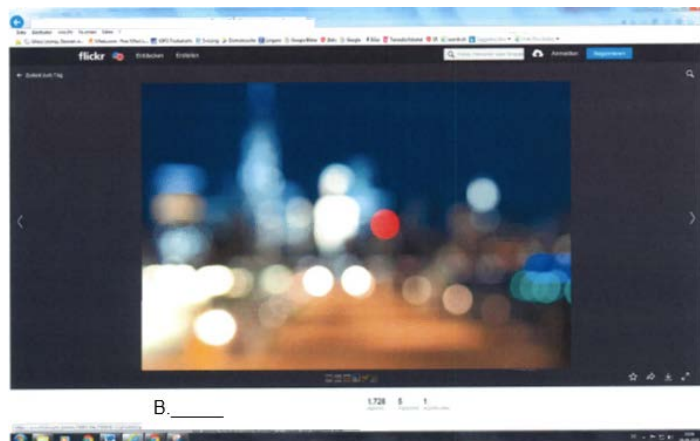


Bild 6 (Sony Project Morpheus):



Bild 7 (Avocado mit Ei):

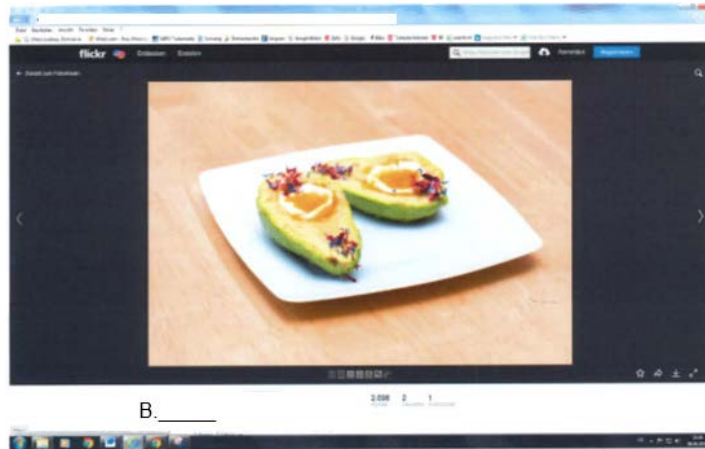


Bild 8 (Weihnachtskrippe):



Bild 9 (Airbnb-Haus):



Bild 10 (Kichererbsen):



Am 4. Januar 2018 stellte der Beklagte der Klägerin eine Rechnung im Gesamtbetrag von EUR 5'130.– betreffend "Lizenzgebühren für die Nutzung" der vorliegend streitgegenständlichen Bilder 1 bis 8 aus (act. 2/14; act. 2/15; act. 1 Rz. 33). Zur Begründung führte er aus: "Wie Sie sicherlich wissen, müssen Sie bei Creative Commons den Urheber und die Lizenz nennen sowie auf das Originalbild und die Lizenz verlinken (siehe <https://creativecommons.org/licenses/by/2.0/>)" (act. 2/14).

Gemäss den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin, welche sich mit den eingereichten Urkunden decken (vgl. act. 2/15), hat die Klägerin bei den Bildern 2-8 sowohl die Quelle ("G.\_\_\_\_\_" oder "G.\_\_\_\_\_.com") als auch den Urheber ("B.\_\_\_\_\_" ) und die anwendbare Lizenz ("CC BY 2.0") genannt. Beim Bild 1 nannte die Klägerin dagegen als Quelle "Bild: Picasa" (act. 1 Rz. 36 f.).

Mit Schreiben vom 17. Januar 2018 entschuldigte sich die Klägerin gegenüber dem Beklagten für allfällige Verstösse gegen die Lizenzbestimmungen und teilte diesem mit, dass sie die Bilder 2-8 unterdessen von der Internetseite "www.E.\_\_\_\_\_.ch" gelöscht habe, jedoch keinen Anlass dazu sehe, um die vom Beklagten geforderten Lizenzgebühren zu bezahlen (act. 2/16; act. 1 Rz. 39).

Mit Schreiben vom 24. Januar 2018 wandte sich der beklagtische Rechtsvertreter an die Klägerin und mahnte die streitgegenständliche Bildnutzung durch diese ab. Neben den bereits erwähnten Bildern 1 bis 8 rügte dieser zusätzlich auch die

Verwendung der Bilder 9 und 10 (act. 2/17; act. 1 Rz. 40 ff.). Zudem forderte der beklagtische Rechtsvertreter die Klägerin zur Entfernung des Bildmaterials auf, worauf diese die Bilder 9 und 10 umgehend löschte. In Bezug auf die Bilder 1 bis 8 war die Klägerin dieser Forderung bereits vor Erhalt des Abmahnschreibens nachgekommen (act. 1 Rz. 44 f.; act. 2/17). Weiter forderte der beklagtische Rechtsvertreter die Klägerin auf, bis spätestens am 2. Februar 2018 eine vorformulierte strafbewahrte Unterlassungserklärung abzugeben. Zudem machte er eine Schadenersatzforderung von insgesamt EUR 4'485.– geltend, welche sich einerseits aus einem behaupteten "Nutzungsentgelt" für die 10 Bilder sowie einem "Zuschlag fehlende Urhebernennung" von "+100%" für das Bild 1 zusammensetzte. Abschliessend stellte der beklagtische Rechtsvertreter eine Forderung für den Ersatz von anwaltlichen Aufwendungen von EUR 1'642.40 (act. 1 Rz. 46 ff.; act. 2/17).

Mit Schreiben vom 6. Februar 2018 beantwortete die Klägerin die beklagtische Abmahnung vom 24. Januar 2018 und wies die geltend gemachten Geldforderungen zurück. Zudem teilte sie dem beklagtischen Rechtsvertreter mit, dass im vorliegenden Fall mangels kommerziellem Wert der 10 streitgegenständlichen Fotografien eine etwaige Verletzung von Lizenzbestimmungen wie fehlende Verlinkungen höchstens zu einem Löschungs-, nicht aber zu einem Geldanspruch führen würde. Weiter liess die Klägerin dem beklagtischen Rechtsvertreter mit ihrem Schreiben vom 6. Februar 2018 eine strafbewahrte Unterlassungserklärung für die Nutzung der 10 streitgegenständlichen Bilder zukommen (act. 2/19; act. 1 Rz. 50 f.).

Mit E-Mail vom 21. Februar 2018 bezog der beklagtische Rechtsvertreter zum klägerischen Schreiben vom 6. Februar 2018 Stellung und unterbreitete ein bis zum 2. März 2018 befristetes Angebot, die Angelegenheit durch eine pauschale Zahlung von EUR 5'000.– einvernehmlich zu erledigen (act. 2/20 S. 7; act. 1 Rz. 52). Mit E-Mail vom 12. März 2018 hielt die Klägerin an ihrem Standpunkt fest, unterbreitete jedoch ihrerseits das Angebot, die Angelegenheit durch eine pauschale Zahlung von EUR 250.– zu erledigen (act. 2/20 S. 6; act. 1 Rz. 53). Mit E-Mail vom 23. April 2018 hielt der beklagtische Rechtsvertreter seinerseits an

seinem Standpunkt fest und unterbreitete ein letztes Vergleichsangebot zur Erledigung der Angelegenheit durch Zahlung der Klägerin in Höhe von EUR 4'500.–, befristet bis zum 3. Mai 2018. Gleichzeitig drohte er andernfalls ein gerichtliches Verfahren an (act. 2/20 S. 5; act. 1 Rz. 54). Die Klägerin antwortete mit E-Mail vom gleichen Tag, dass sie keine Zahlung leisten könne, ohne überhaupt erfahren zu haben, wofür die Zahlung zu leisten sei bzw. welche Rechtsverletzungen ihr vorgeworfen würden (act. 2/20 S. 4; act. 1 Rz. 55).

Mit E-Mail vom 8. Mai 2018 teilte der beklagte Rechtsvertreter der Klägerin mit, dass er deren Vortrag, wonach die Lizenzbedingungen eingehalten worden seien, nicht beitreten könne. Vielmehr sei es doch so, dass "diese" entweder unzureichend oder überhaupt nicht angegeben worden seien. Dies sei aber gerade Grundvoraussetzung für eine valide CC-Lizenz, welche er "aus den oben genannten Gründen" hier leider nicht erkennen könne. Gerade die Verlinkung zur Lizenz und dem Originalmaterial sei bei keinem der Bilder eingehalten worden (act. 1 Rz. 56; act. 2/20 S. 3). Mit E-Mail vom 14. Mai 2018 antwortete die Klägerin, dass sie nicht bereit sei, für angeblich fehlende Verlinkungen – sowie die fehlende Urhebernennung in höchstens einem Fall – Schadenersatz von mehreren tausend Euro zu bezahlen. Die Klägerin bot zwecks Vermeidung einer gerichtlichen Auseinandersetzung gleichwohl eine Vergleichszahlung von EUR 1'000.– an (act. 1 Rz. 58; act. 2/20 S. 2). Mit E-Mail vom 1. Juni 2018 antwortete der Rechtsvertreter des Beklagten wiederum, er könne "nicht ganz nachvollziehen, dass es nur eine Verwendung ohne Urhebernennung gewesen sein soll", und wies das Vergleichsangebot als unzureichend zurück. Zudem führte er aus, er könne letztmalig befristet bis zum 11. Juni 2018 anbieten, die Angelegenheit umfassend gegen Zahlung einer Summe von EUR 4'250.– zu erledigen (act. 1 Rz. 59; act. 2/20 S. 1).

## 2.2. Wesentliche Streitpunkte

Die Klägerin führt aus, der Beklagte habe die angeblichen Rechtsverletzungen trotz umfangreicher vorprozessualer Korrespondenz nie klar substantiiert. Dennoch stelle er bzw. sein Rechtsvertreter gestützt auf deutsches Urheberrecht eine Forderung von insgesamt EUR 6'127.40 (act. 1 Rz. 1 f.). Das Geschäftsmodell des Beklagten sei in hohem Masse treuwidrig, da es systematisch in einem ersten Schritt eine kostenlose Lizenz anbiete, um die Bildnutzer dann bei kleinsten (oder ganz fehlenden) Lizenzverletzungen mit verhältnismässig hohen Geldforderungen einzudecken. Das Geschäftsmodell sei auch rechtlich nicht haltbar, da kostenlos zur Verfügung gestellten Bildern in der Regel kein Geldwert zukomme, der mittels Schadenersatzforderungen verlangt werden könne. Demnach verlange die Klägerin vorliegend an einem schweizerischen Gerichtsstand die (negative) Feststellung, dass die Forderung des Beklagten nicht bestehe. Die Klägerin erhoffe sich damit eine Klärung in Bezug auf ähnlich gelagerte Fälle von zweifelhaften Abmahnungen aus Deutschland, mit welchen die Klägerin regelmässig konfrontiert sei (act. 1 Rz. 3 f.).

Der Beklagte entgegnet, die Klägerin mache sich zu keiner Zeit die Mühe, vorzutragen, dass die Creative Commons Lizenzbedingungen ihrerseits eingehalten worden seien. Die Klägerin scheine dem Irrglauben zu unterliegen, dass es Bilder gäbe, welche man ungestraft ohne Nutzungsrecht benutzen dürfe und die im Nachgang auch keine Schadenersatzansprüche nach sich ziehen würden. Es erscheine nachvollziehbar, dass Medienunternehmen auf der Suche nach kostenfreiem Bildmaterial manchmal das Augenmass verlieren würden. Allerdings könne es hier nicht die Konsequenz sein, dass man die Klägerin für das unstreitige Missachten der Creative Commons Lizenzbedingungen mit der Herabsetzung des dem Beklagten zustehenden Schadenersatzes auf Null belohne und damit einen Zustand herstelle, in dem die Klägerin praktisch ungeachtet der Lizenzen, unter welchen Bilder angeboten würden, einen Freibrief zum ungesühnten Rechtsbruch an die Hand reiche (act. 9 S. 6). Demnach sei die Klage unter Kostenfolgen zulasten der Klägerin abzuweisen (act. 9 S. 1).

### 2.3. Beweislastverteilung

Die Beweislastverteilung richtet sich nach der *lex causae* (Urteil des Bundesgerichts 5A\_723/2017 vom 17. Dezember 2018 E. 5.1; BGE 124 III 134 E. 2b/bb). Da in der Sache deutsches Recht anwendbar ist, beurteilt sich die Beweislastverteilung vorliegend nach deutschem Recht.

Im Einklang mit den Grundsätzen des deutschen Zivilprozessrechts trägt auch in urheberrechtlichen Auseinandersetzungen derjenige, der einen Anspruch geltend macht, die Darlegungs- und Beweislast für alle Tatsachen, aus denen sich sein Anspruch ableitet, während der Anspruchsgegner die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatsachen darlegen und beweisen muss (WIMMERS, in: Schricker/Loewenheim [Hrsg.], Kommentar Urheberrecht, 5. Aufl., 2017, § 97 N. 349). Die Umkehr der Parteirollen bei der negativen Feststellungsklage ändert an der Darlegungs- und Beweislast nichts. Wenn die Klägerin die den bekämpften Anspruch begründenden Tatsachen leugnet, muss der Beklagte demnach ihr Vorhandensein nach Grund und Höhe beweisen (SEILER, in: Thomas/Putzo [Hrsg.], Zivilprozessordnung, 40. Aufl., 2019, § 256 N. 21; HARTMANN, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann [Hrsg.], Zivilprozessordnung, 77. Aufl., 2019, § 256 N. 47). Dies gilt im Übrigen auch in der Schweiz, wo bei der negativen Feststellungsklage dieselben Behauptungs- und Beweislastregeln gelten wie bei einer Leistungsklage bzw. die Beweislastregeln an die Rechtsstellung der Parteien im Prozess anknüpfen, nicht jedoch an deren Rolle im Prozess (WEBER, a.a.O., Art. 88 N. 25; WALTER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Art. 1-9 ZGB, 2012, Art. 8 N. 487).

Die Anforderungen an die Behauptungs- und Substantiierungslast richten sich dagegen – dies im Gegensatz zur Beweislastverteilung – nicht nach der *lex causae*, sondern nach der *lex fori*, d.h. nach Schweizer Recht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_723/2017 vom 17. Dezember 2018 E. 6.1). Diesbezüglich gilt, dass die Parteien dem Gericht – unter der Geltung der Verhandlungsmaxime – die Tatsachen darzulegen haben, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben haben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Dieser Behauptungs- und Substantiierungslast ist grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen

(Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO). Der blosse Hinweis / Verweis auf Beilagen zur Rechtsschrift erfüllt die Behauptungslast in aller Regel nicht (Urteile des Bundesgerichts 4A\_284/2017 vom 22. Januar 2018 E. 3; 4A\_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; 5A\_61/2015 vom 20. Mai 2015 E. 4.2.1.3; 4A\_317/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 2.2 etc.). Es geht darum, dass nicht das Gericht und die Gegenpartei aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen müssen. Es ist nicht an ihnen, Beilagen zu durchforsten, ob sich daraus etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5; 4A\_195 und 197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 mit Hinweisen). Die konkreten Anforderungen an die Substantiierung der anspruchsbegründenden Tatsachen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b mit Hinweisen).

#### 2.4. Urheberrechtsverletzungen

Die Klägerin bestreitet das Vorliegen von Urheberrechtsverletzungen (act. 1 Rz. 65 ff.). Demnach hat der Beklagte die angeblichen Verletzungshandlungen seitens der Klägerin darzulegen und zu beweisen (LEISTNER, in: Schricker/Loewenheim [Hrsg.], Kommentar Urheberrecht, 5. Aufl., 2017, § 97 N. 25 ff.).

Wie die Klägerin zu Recht festhält (vgl. act. 16 Rz. 8), führt der Beklagte in seinen Rechtsschriften nicht aus, inwiefern die Klägerin durch die Veröffentlichung der 10 streitgegenständlichen Bilder auf der Website "www.E.\_\_\_\_.ch" konkret eine Verletzungshandlung begangen haben soll. Insbesondere unterlässt es dieser, auf die anwendbare CC-Lizenz einzugehen bzw. erwähnt diese mit keinem Wort. Zwar führt der Beklagte pauschal aus, die Klägerin habe "durch die Darstellung der Aufnahmen auf ihrer Internetpräsenz diese nach §§ 15 Abs. 2, 19a UrhG öffentlich zugänglich gemacht" und reicht als Beweismittel u.a. deutsche Gerichtsentscheide sowie vorprozessuale Korrespondenz ein (act. 9; act. 20; act. 10/1-6; act. 21/8). All dies entbindet den Beklagten jedoch nicht, (allfällige) Verletzungshandlungen seitens der Klägerin in seinen Rechtsschriften substantiiert zu be-



haupten und zu belegen (siehe oben). Auch vermögen pauschale Verweise auf Beilagen bzw. vorprozessuale Korrespondenz die dem Beklagten obliegenden Substanziierungsobliegenheiten nicht zu ersetzen. Es ist zudem auch nicht Aufgabe des hiesigen Gerichts, die potentiellen Lizenzverstösse bzw. Urheberrechtsverletzungen quasi investigativ aus den Beilagen des Beklagten bzw. aus vorprozessualer Korrespondenz der Parteien zusammenzutragen. Im Übrigen würde jedoch – wie nachfolgend zu zeigen sein wird (siehe unten) – auch aus den beklagischen Beilagen nicht genau hervorgehen, worin die angeblichen Lizenzverstösse bzw. Urheberrechtsverletzungen liegen sollten.

Zusammenfassend gelingt dem Beklagten der Nachweis von Urheberrechtsverletzungen somit nicht. Dessen ungeachtet gilt es nachfolgend auf den geltend gemachten Schadenersatzanspruch einzugehen.

## 2.5. Schadenersatzanspruch

### 2.5.1. Allgemeines und rechtliche Grundlagen

Die Klägerin bestreitet das Vorliegen eines beklagischen Schadenersatzanspruches (act. 1 Rz. 79 ff.). Demnach hat der Beklagte alle Tatsachen darzulegen und zu beweisen, aus denen sich der Bestand seines angeblichen Anspruches in Höhe von EUR 4'485.– ableitet (siehe oben).

Der Beklagte führt dazu aus, als Urheber des "Bildes" habe er Schadensersatzansprüche gegenüber der Klägerin gemäss § 97 Abs. 2 UrhG. Die Klägerin habe durch die Darstellung der Aufnahmen auf ihrer Internetpräsenz diese gemäss § 15 Abs. 2 sowie § 19a UrhG öffentlich zugänglich gemacht. Der Beklagte [recte: die Klägerin] habe zumindest auch fahrlässig nach § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG gehandelt (act. 9 S. 7). Dieser Bestimmung nach sei jede Verletzung des Urheberrechts für den Fall, dass zumindest Fahrlässigkeit vorliege, Grund für einen Schadenersatzanspruch (act. 20 S. 2). Der Höhe nach seien die Ansprüche des Klägers [recte: des Beklagten] im Rahmen der Berechnung nach Lizenzanalogie nach der aktuellen Übersicht der marktüblichen Vergütung für Bildnutzungsrechte der Mittelstandsgemeinschaft Foto-Marketing, Ausgabe 2017, zu richten. Hiernach wer-

de der Schadenersatz "nach der streitgegenständlichen Nutzung auf Seite 59 unter der Überschrift <Online-Nutzungen, Internet, Webdesign, Pop-Ups, Banner, Online-Shops> für die jeweils gegenständlichen Nutzungszeiträume" wie folgt berechnet (act. 9 S. 7 f.; act. 10/5):

Nutzungsentgelt Bild 1 – „Xbox“ Online Nutzung bis 3 Jahre	465,00 €
+100% Zuschlag fehlende Urhebernennung	465,00 €
Nutzungsentgelt Bild 2 – „Selfie Stick Rom“ Nutzung bis 3 Jahre	465,00 €
Nutzungsentgelt Bild 3 – „Whatsapp“ Nutzung bis 3 Jahre	465,00 €
Nutzungsentgelt Bild 4 – „Ukrainischer Borschtsch“ Nutzung bis 3 Jahre	465,00 €
Nutzungsentgelt Bild 5 – „New York Skyline“ Nutzung bis 3 Jahre	465,00 €
Nutzungsentgelt Bild 6 – „Sony Project Morpheus“ Nutzung bis 3 Jahre	465,00 €
Nutzungsentgelt Bild 7 – „Avocado mit Ei“ Nutzung bis 3 Jahre	465,00 €
Nutzungsentgelt Bild 8 – „Weihnachtskrippe“ Nutzung bis 3 Jahre	465,00 €
Nutzungsentgelt Bild 9 – „Sonnige airbnb Wohnung“ Nutzung seit 17.11.2017	150,00 €
<u>Nutzungsentgelt Bild 10 – „Kichererbsen“ Nutzung seit 18.10.2017</u>	<u>150,00 €</u>
<b>Schadenersatz gesamt:</b>	<b>4.485,00 €</b>

Da vorliegend 10 Aufnahmen zur Diskussion stünden, welche ohne valides Nutzungsrecht auf der Website der Klägerin überwiegend über ein Jahr lang genutzt worden seien, sei "der angesetzte Schadenersatz hier durchaus der Rechtsverletzung angemessen" (act. 9 S. 8).

§ 97 Abs. 1 des deutschen Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG) hält unter dem Titel "Anspruch auf Unterlassung und Schadenersatz" Folgendes fest (abrufbar unter: [https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/\\_\\_\\_97.html](https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/___97.html)):

*(1) Wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten auf Beseitigung der Beeinträchtigung, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht auch dann, wenn eine Zuwiderhandlung erstmalig droht.*

*(2) Wer die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt, ist dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des verletzten Rechts eingeholt hätte. Urheber, Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben (§ 70), Lichtbildner (§ 72) und ausübende Künstler (§ 73) können auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld verlangen, wenn und soweit dies der Billigkeit entspricht.*

Zur Ermittlung des materiellen Schadens stehen gestützt auf § 97 Abs. 2 UrhG drei Berechnungsarten zur Verfügung: Erstens der Ersatz der erlittenen Vermögenseinbusse einschliesslich des entgangenen Gewinns (§ 249 ff. BGB), zweitens die Zahlung einer angemessenen Lizenz sowie drittens die Herausgabe des Verletzergewinns (WIMMERS, a.a.O., § 97 N. 259 f.). Der Verletzte hat dabei die freie Wahl, welche Berechnungsart er anwenden will. Bei den drei Berechnungsarten handelt es sich um Variationen bei der Ermittlung des gleichen einheitlichen Schadens und nicht um verschiedene Ansprüche mit unterschiedlichen Rechtsgrundlagen. Prozessual ist der Gegenstand des Begehrens demnach immer derselbe Anspruch, der lediglich unterschiedlich berechnet wird (WIMMERS, a.a.O., § 97 N. 262 f.).

#### 2.5.2. Schadensberechnung nach Lizenzanalogie

Der Beklagte wählt vorliegend die Berechnungsart der Lizenzanalogie (act. 9 S. 7). Die Schadensberechnung im Wege der Lizenzanalogie gemäss § 97 Abs. 2 Satz 3 UrhG ist die einfachste und gebräuchlichste Berechnungsart. Dabei wird der Abschluss eines Lizenzvertrages zu angemessenen Bedingungen fingiert (WIMMERS, a.a.O., § 97 N. 267 f.). Als angemessen gilt dabei die Lizenzgebühr, die verständige Vertragspartner vereinbart hätten. Bei der Bemessung einer angemessenen Lizenz als Entschädigungslizenz soll der Verletzer grundsätzlich nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt werden als ein vertraglicher Lizenznehmer (WIMMERS, a.a.O., § 97 N. 271 f.). Die Höhe des nach den Grundsät-

zen der Lizenzanalogie zu zahlenden Schadenersatzes bemisst sich danach, was bei vertraglicher Einräumung ein vernünftiger Lizenzgeber gefordert und ein vernünftiger Lizenznehmer gewährt hätte, wenn beide die im Zeitpunkt der Entscheidung gegebene Sachlage gekannt hätten (LG München I, Endurteil vom 17. Dezember 2014 – 37 O 8778/14 E. B II.2, m.H.a. BGH GRUR 1990, 1008 – Lizenzanalogie; WIMMERS, a.a.O., § 97 N. 271).

Die Mittelstandsgemeinschaft Foto-Marketing (MFM) stellt die Vergütungen im Fotobereich für Deutschland in einer Broschüre zusammen (vgl. WIMMERS, a.a.O., § 97 N. 277). Bei der Berechnung des Schadenersatzanspruches nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie kann jedoch nicht ohne Weiteres auf die Honorarempfehlung der Mittelstandsgemeinschaft Foto-Marketing (MFM) zurückgegriffen werden, da es sich insoweit lediglich um Empfehlungen eines Interessenverbandes handelt (LG München I, Endurteil vom 17. Dezember 2014 – 37 O 8778/14 E. B II.2 m.w.H.; sowie: RAUE, Die dreifache Schadensberechnung, Eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Immaterialgüter-, Lauterkeits- und Bürgerlichen Recht, 2016, S. 309). Beruft sich der Verletzte auf die Empfehlungen nach MFM, so hat er insbesondere darzulegen und zu beweisen, dass er in vergleichbaren Fällen für das streitgegenständliche Bild mit dem jeweiligen Lizenznehmer Lizenzen, die nach MFM berechnet wurden, vereinbart hat (Amtsgericht München, Endurteil vom 2. August 2018 – 161 C 8440/18 S. 5; LG München I, Endurteil vom 17. Dezember 2014 – 37 O 8778/14 E. B II.2).

Der Beklagte führt vorliegend nicht aus, dass er die Lizenzhöhe für die streitgegenständlichen Bilder üblicherweise nach MFM berechne bzw. in vergleichbaren Fällen jemals entsprechende Lizenzen vereinbart hat (vgl. act. 9; act. 20). Vielmehr hat der Beklagte die streitgegenständlichen Bilder unstreitig kostenlos zur Verfügung gestellt, jedoch unter den Bedingungen der anwendbaren CC-Lizenz. Somit kann vorliegend keine übliche oder vergleichbare Lizenzpraxis herangezogen werden, und eine Berechnung in Anlehnung an die MFM-Empfehlungen scheidet daher aus (vgl. Oberlandesgericht Köln, Beschluss vom 29. Juni 2016 – 6 W 72/16 E. 9; Amtsgericht München, Endurteil vom 2. August 2018 – 161 C

8440/18 S. 5; LG München I, Endurteil vom 17. Dezember 2014 – 37 O 8778/14 E. B II.2).

Kann in einem Rechtsstreit keine übliche oder vergleichbare Lizenzpraxis herangezogen werden bzw. lassen sich keine üblichen Honorare ermitteln, ist die angemessene Lizenzgebühr gemäss § 287 der deutschen Zivilprozessordnung (nachfolgend: "ZPO-DE") unter Berücksichtigung aller Umstände in freier Beweiswürdigung zu schätzen. Dabei muss das Gericht alle Aspekte berücksichtigen, anhand derer am Markt die Vergütungshöhe bemessen wird (RAUE, a.a.O., S. 310; WIMMERS, a.a.O., § 97 N. 278.; LG München I, Endurteil vom 17. Dezember 2014 – 37 O 8778/14 E. B II.2; Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 13. April 2018 – 6 U 131/17 S. 9).

### 2.5.3. Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR

§ 287 ZPO-DE hält unter dem Titel "Schadensermittlung; Höhe der Forderung" Folgendes fest (abrufbar unter: [https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/\\_287.html](https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_287.html)):

*(1) Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. Das Gericht kann den Beweisführer über den Schaden oder das Interesse vernehmen; die Vorschriften des § 452 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 bis 4 gelten entsprechend.*

*(2) Die Vorschriften des Absatzes 1 Satz 1, 2 sind bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten auch in anderen Fällen entsprechend anzuwenden, soweit unter den Parteien die Höhe einer Forderung streitig ist und die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung in keinem Verhältnis stehen.*

Diesbezüglich gilt es jedoch Folgendes festzuhalten: Im internationalen Verfahrensrecht gilt der Grundsatz, dass ein Gericht nur sein eigenes (formelles) Verfah-

rensrecht anwendet (*lex processualis fori*; KREN KOSTKIEWICZ, IPRG/LugÜ Kommentar OFK, 2. Aufl., 2019, Art. 1 N. 5 m.w.H.; WALTER/DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl., 2012, S. 103, Urteil des Bundesgerichts 5A\_213/2013 vom 7. Oktober 2013 E. 3). Bei § 287 ZPO-DE handelt es sich um eine zivilprozessuale Norm, was sich bereits aus dessen Stellung in der deutschen Zivilprozessordnung ergibt. Demnach fällt die Anwendung von § 287 ZPO-DE durch ein Schweizer Gericht vorliegend ausser Betracht. Hinzu tritt, dass der Beklagte die Anwendbarkeit von § 287 ZPO-DE in seinen Rechtsschriften ohnehin nicht behauptet hat (vgl. act. 9; act. 20).

Die schweizerische Zivilprozessordnung enthält demgegenüber keine Norm zur richterlichen Schadensschätzung. Indessen hält Art. 42 Abs. 2 OR unter dem Titel "Festsetzung des Schadens" fest, dass der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen ist. Obschon diese Bestimmung im Obligationenrecht verankert ist, hat sie prozessrechtlichen Charakter. Dies lässt sich damit erklären, dass in der Schweiz das bisher kantonale Prozessrecht erst mit dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung per 1. Januar 2011 auf Bundesebene vereinheitlicht wurde, und der Bund bis dahin lediglich befugt war, zur Durchsetzung eines einheitlichen Bundesprivatrechts Normen zivilprozessualer Natur zu erlassen. Art. 42 Abs. 2 OR stellt eine solche Norm zivilprozessualer Natur dar (vgl. SCHWEIZER, in: Weber [Hrsg.], HAVE Personen-Schaden-Forum 2016, Methodische Aspekte der gerichtlichen Schätzung ziffernmässig nicht nachweisbarer Forderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR, Zürich, 2016, S. 163 f.; PERINI, Richterliches Ermessen bei der Schadensberechnung, unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 2 OR, Zürich, 1994, S. 26 f.). Vorliegend rechtfertigt es sich, die richterliche Schadensschätzung gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR vorzunehmen.

Art. 42 Abs. 2 OR enthält eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, die einem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtern soll. Sie räumt dem Sachgericht für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen ist, einen erweiterten Ermessensspielraum ein, indem sie ihm gestattet, den Schaden auf-

grund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten. Die Schadens- bzw. Mehraufwandsbestimmung nach richterlichem Ermessen bildet indessen die Ausnahme gegenüber einer genauen Berechnung und ist daher nur zulässig, sofern eine zahlenmässige, auf reale Daten gestützte Berechnung für die beweispflichtige Partei tatsächlich nicht möglich oder unzumutbar ist. Entsprechend hat auch das Bundesgericht die Hürden zur Anwendung der richterlichen Schadensschätzung stets hoch angesetzt (vgl. statt vieler: BGE 128 III 271 E. 2b; KESSLER, in: Widmer/Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Art. 42 N. 10 und N. 10b). Schliesslich ist zu beachten, dass keine Berufung auf Art. 42 Abs. 2 OR möglich ist, wenn der Nachweis des konkreten Schadens bzw. Mehraufwands zwar unmöglich ist, diese Unmöglichkeit aber in der Verantwortung des Beweispflichtigen liegt (vgl. BGE 134 III 306 E. 4.3).

Kommt Art. 42 Abs. 2 OR zur Anwendung, so hat die beweispflichtige Partei alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens bzw. Mehraufwands sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten – Art. 42 Abs. 2 OR befreit auch nicht von der Substantiierungsobliegenheit – und zu beweisen (vgl. BGE 122 III 219 E. 3.a). Schliesslich hat die beweispflichtige Partei taugliche Beweisanträge zur bestmöglichen Feststellung des Schadens bzw. Mehraufwands zu stellen (KESSLER, a.a.O., Art. 42 Rz. 10b).

Wie bereits ausgeführt (siehe oben), bringt der Beklagte in seinem Rechtsschriften zum Schaden lediglich pauschal vor, als Urheber "des Bildes" habe er Schadensersatzansprüche gemäss § 97 Abs. 2 UrhG. Der Beklagte [recte: Die Klägerin] habe zumindest auch fahrlässig nach § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG gehandelt. Der Höhe nach seien die Ansprüche des Klägers [recte: des Beklagten] im Rahmen der Berechnung nach Lizenzanalogie nach der aktuellen Übersicht der marktüblichen Vergütung für Bildnutzungsrechte der Mittelstandsgemeinschaft Foto-Marketing, Ausgabe 2017, zu richten (act. 9 S. 7 f.). Da vorliegend 10 Aufnahmen zur Diskussion stünden, welche ohne valides Nutzungsrecht auf der Website der Klägerin überwiegend über ein Jahr lang genutzt worden seien, sei "der angesetzte Schadensersatz hier durchaus der Rechtsverletzung angemessen" (act. 9 S. 8). Konkrete Ausführungen zum Schaden lassen sich den beklagatischen

Rechtsschriften dagegen nicht entnehmen. Auch wird darin nicht erläutert, inwiefern vorliegend überhaupt ein Schaden vorliegen sollte. Der Beklagte hätte konkrete Anhaltspunkte ausführen müssen, welche darauf schliessen lassen würden, dass ein verständiger Vertragspartner eine Lizenzgebühr in verlangter Höhe bezahlt hätte. Sofern der Beklagte etwa allfällig entgangenen Gewinn schätzen lassen wollte, müsste er zumindest dartun, welche konkreten Einnahmen bzw. Lizenzgebühren er in ähnlichen Fällen bisher erzielt hat. Mit anderen Worten gelingt es dem Beklagten nicht, alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens bzw. Mehraufwands sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern würden, soweit möglich und zumutbar zu behaupten. Auch stellt der Beklagte vorliegend keine Beweisanträge zur bestmöglichen Feststellung des Schadens. Demnach bleibt die beklagte Schadenersatzforderung unsubstantiiert. Zusammenfassend hat der Beklagte somit keinen Anspruch auf Schadenersatz.

#### 2.5.4. Eventualbegründung: Schadensschätzung nach § 287 ZPO-DE

Selbst wenn man die richterliche Schadensschätzung vorliegend – dies entgegen den obigen Ausführungen – nicht gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR, sondern gestützt auf § 287 ZPO-DE vornehmen würde, mithin davon ausgehen würde, bei § 287 ZPO-DE handle es sich um materielles Recht, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen.

Wie bereits ausgeführt (siehe oben), ist die angemessene Lizenzgebühr gemäss § 287 ZPO-DE unter Berücksichtigung aller Umstände in freier Beweiswürdigung zu schätzen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Beklagte die streitgegenständlichen Bilder kostenlos zur Verfügung gestellt hat, dies jedoch unter der Bedingung der anwendbaren CC-Lizenz. Dass dies nicht die damals praktizierte ständige Lizenzierungspraxis des Beklagten gewesen wäre, lässt sich seinen Parteivorbildern nicht entnehmen. Da die Bilder kostenfrei angeboten worden sind, hätten vernünftige Parteien für die Nutzung als solche offensichtlich weder eine Lizenz gefordert noch gezahlt (vgl. Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 13. April 2018 – 6 U 131/17 S. 9).



Bei der Lizenzanalogie kommt es zwar grundsätzlich nicht darauf an, ob der Verletzte überhaupt lizenziert hätte oder hätte können. Es handelt sich um eine fiktive Lizenz. Es ist auch nicht erforderlich, dass eine Lizenzierung üblich ist, sondern nur, dass das geschützte Recht seiner Art nach als Vermögenswert genutzt wird oder jedenfalls genutzt werden kann. Der Beklagte hat sich im vorliegenden Fall jedoch gerade dafür entschieden, die streitgegenständlichen Bilder nicht unmittelbar vermögenswert zu nutzen, indem er sie kostenfrei zur Verfügung gestellt hat (vgl. Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 13. April 2018 – 6 U 131/17 S. 10).

Wenn vorliegend Lichtbilder sowohl für kommerzielle wie nicht-kommerzielle Nutzungen kostenlos frei gegeben wurden und es am konkreten Vortrag fehlt, dass auch auf andere Weise als über die CC-Lizenz Lichtbilder des Beklagten lizenziert worden sind, ist kein wirtschaftlicher Wert der Namensnennung für den Beklagten ersichtlich (vgl. Oberlandesgericht Köln, Beschluss vom 29. Juni 2016 – 6 W 72/16 E. 13).

Auch aus (allfälligen) fehlenden Verlinkungen kann dem Beklagten kein Schaden entstanden sein, da solche elektronische Verweise lediglich zu weiteren kostenfreien Lichtbildern des Beklagten geführt hätten. Mit anderen Worten sind entgangene Folgeaufträge vorliegend nicht ersichtlich (vgl. dazu: Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 13. April 2018 – 6 U 131/17 S. 10 f. m.H.a BGH I ZR 148/13 vom 15. Januar 2015 – Motorradteile).

Zusammenfassend wäre die angemessene Lizenzgebühr gemäss § 287 ZPO-DE demnach mit EUR 0.– zu bemessen bzw. würde die beklagtische Schadenersatzforderung auch gestützt auf diese Norm ins Leere laufen.

## 2.6. Anspruch auf Aufwendungsersatz

Die Klägerin bestreitet das Vorliegen eines beklagtischen Anspruches auf Aufwendungsersatz (act. 1 Rz. 90 ff.). Somit hat der Beklagte alle Tatsachen, aus denen sich sein angeblicher Anspruch in Höhe von EUR 1'642.40 ableitet, darzulegen und zu beweisen (siehe oben).

Der Beklagte führt dazu aus, er habe die Klägerin durch seinen Prozessbevollmächtigten mit Schreiben vom 24. Januar 2018 auf die unberechtigte Nutzung des gegenständlichen Bildmaterials aufmerksam machen lassen. Der Prozessbevollmächtigte habe die Entfernung des Bildmaterials, die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, sowie die Bezahlung von Schadensersatz in Höhe von EUR 4'485.– und Aufwendungsersatz für die vorgerichtlich angefallenen Anwaltsgebühren in Höhe von insgesamt EUR 1'642.40 gefordert. Der Aufwendungsersatz setze sich zusammen aus den Positionen "1,3 Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG" in Höhe von EUR 1'622.40 sowie einer "Post- und Telekommunikationspauschale nach Nr. 7002 VV RVG" in Höhe von EUR 20.– (act. 9 S. 5). Der Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe resultiere aus § 97a UrhG (act. 9 S. 8). Als Beweismittel reichte der Beklagte das besagte Schreiben vom 24. Januar 2018 ein (act. 10/1; act. 9 S. 5).

§ 97a UrhG hält unter dem Titel "Abmahnung" Folgendes fest (abrufbar unter: [https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/\\_\\_\\_97a.html](https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/___97a.html)):

*(1) Der Verletzte soll den Verletzer vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens auf Unterlassung abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen.*

*(2) Die Abmahnung hat in klarer und verständlicher Weise*

- 1. Name oder Firma des Verletzten anzugeben, wenn der Verletzte nicht selbst, sondern ein Vertreter abmahnt,*
- 2. die Rechtsverletzung genau zu bezeichnen,*
- 3. geltend gemachte Zahlungsansprüche als Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche aufzuschlüsseln und*
- 4. wenn darin eine Aufforderung zur Abgabe einer Unterlassungsverpflichtung enthalten ist, anzugeben, inwieweit die vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht.*

*Eine Abmahnung, die nicht Satz 1 entspricht, ist unwirksam.*

*(3) Soweit die Abmahnung berechtigt ist und Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 bis 4 entspricht, kann der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangt werden. [...]*

Der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen setzt mit anderen Worten u.a. voraus, dass die Abmahnung die Rechtsverletzung in klarer und verständlicher Weise genau bezeichnet. Für den Verletzer muss erkennbar sein, was ihm in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vorgeworfen wird. Dabei muss insbesondere eine konkrete Darlegung des Rechts bzw. gegebenenfalls der Rechtekette erfolgen. Weiter müssen im Abmahnschreiben die Verletzungshandlung an sich sowie Ort und Zeit derjenigen bezeichnet werden (vgl. WIMMERS, a.a.O., § 97a N. 18).

Wie die Klägerin zu Recht festhält (act. 1 Rz. 97 ff.), wird im streitgegenständlichen Abmahnschreiben vom 24. Januar 2018 jedoch nicht genau bezeichnet, worin die Rechtsverletzung bestehen soll. So führt der beklagte Rechtsvertreter lediglich nichtssagend aus, dass die Bildnutzung "ohne die Billigung unserer Mandantschaft" erfolgt sei, so dass zumindest ein "nicht lizenziertes öffentliches Zugänglichmachen nach § 19a UrhG vorliege" (act. 10/1). Konkrete Ausführungen zur Verletzungshandlung an sich sowie zum verletzten Recht bzw. zur Rechtekette lassen sich dem besagten Abmahnschreiben dagegen nicht entnehmen. Insbesondere geht dieses mit keinem Wort auf die anwendbare CC-Lizenz ein bzw. wird darin nicht angegeben, welche Lizenzbestimmungen allenfalls verletzt sein sollten. Der Klägerin ist es dadurch nicht möglich, zu erkennen, was ihr in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vorgeworfen wird. Zusammenfassend entspricht die streitgegenständliche Abmahnung somit den Anforderungen von § 97a Abs. 2 Satz 1 Nummer 2 UrhG nicht, weshalb diese gestützt auf § 97a Abs. 2 Satz 2 UrhG unwirksam ist. Abschliessend behauptet der Beklagte auch nicht, dass er die Klägerin jemals anderweitig abgemahnt hätte als durch das besagte Schreiben vom 24. Januar 2018. Zusammenfassend hat der Beklagte somit keinen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen (vgl. § 97a Abs. 3 UrhG).

## 2.7. Fazit

Die Klägerin schuldet dem Beklagten weder Schadenersatz in der Höhe von EUR 4'485.–, noch Aufwendungsersatz im Betrag von EUR 1'642.40. Antragsgemäss ist somit festzustellen, dass die Klägerin dem Beklagten nichts schuldet, insbesondere, dass die vom Beklagten mittels Schreiben der Kanzlei X.\_\_\_\_\_, ...

[Adresse], ... C.\_\_\_\_\_, vom 24. Januar 2018 gestellte Forderung von EUR 6'127.40 nicht besteht.

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### 3.1. Streitwert

Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin verlangt, es sei festzustellen, dass die Forderung des Beklagten in Höhe von EUR 6'127.40 nicht bestehe (act. 1 S. 2). Unter Zugrundelegung eines EUR/CHF Wechselkurses von 1.16206 am 12. Juni 2018 (Zeitpunkt der Klageeinreichung [Poststempel]; abgerufen unter: <https://www1.oanda.com/lang/de/currency/converter/>) errechnet sich hinsichtlich der Forderung von EUR 6'127.40 ein Betrag von CHF 7'120.40. Folglich beträgt der Streitwert CHF 7'120.40.

#### 3.2. Gerichtskosten

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). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 7'120.40. Die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte ordentliche Gerichtsgebühr beträgt CHF 1'346.– und ist angesichts des im Verhältnis zum Streitwert hohen Zeitaufwandes sowie der Schwierigkeit des Falls nach § 4 Abs. 2 GebV OG angemessen auf CHF 1'500.– zu erhöhen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die aufzuerlegenden Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Der Klägerin ist das Rückgriffsrecht auf den Beklagten einzuräumen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

#### 3.3. Parteientschädigung

Als Parteientschädigung gilt in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Die Klägerin wird vorliegend nicht berufsmässig vertreten, sondern

handelt durch einen Mitarbeiter ihres Rechtsdienstes (vgl. act. 1 Rz. 5; act. 2/1). Dennoch beantragt sie die Zusprechung einer vollen bzw. eventualiter einer reduzierten Parteientschädigung (act. 1 S. 2 sowie Rz. 112 f.). In der Regel wird derjenigen Partei, die nicht durch einen Anwalt vertreten ist, keine Entschädigung zugesprochen. Ausnahmsweise ist einer Partei jedoch gegebenenfalls eine Entschädigung zuzusprechen, wenn es sich um eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert handelt, wenn der getätigte Aufwand erheblich ist und zwischen dem betriebenen Aufwand und dem Ergebnis der Interessenwahrung ein vernünftiges Verhältnis besteht (vgl. URWYLER/GRÜTTER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2. Aufl., 2016, Art. 95 N. 25; sowie Urteile des Bundesgerichts 4A\_355/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 4.2; 5D\_229/2011 vom 16. April 2012 E. 3.3). Aufgabe der ansprechenden Partei ist es, die Entschädigung zu beantragen und dem Gericht sachlich überzeugende Gründe für die geltend gemachte Höhe der Umtriebsentschädigung vorzulegen (RÜEGG/RÜEGG, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl., 2017, Art. 95 N. 21). Ebenso wie für die Parteientschädigung gilt für die Umtriebsentschädigung der Dispositionsgrundsatz, d.h. zu entschädigende Kosten bzw. Umtriebe sind grundsätzlich zu substantiieren und gegebenenfalls auch zu belegen (SUTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 2016, Art. 95 N. 30). Zwar führt die Klägerin vorliegend aus, es handle sich um eine aufwändige Angelegenheit und der für sie handelnde Rechtsdienstmitarbeiter habe die deutsche Rechtslage sowie die Klageschrift weitgehend ausserhalb seiner regulären Arbeitszeit erarbeitet (act. 1 Rz. 112; act. 16 Rz. 7), was vier als Beweismittel eingereichte E-Mail Nachrichten belegen sollen (act. 17/31-34). Inwiefern aus diesen Ausführungen sowie den eingereichten E-Mail Nachrichten jedoch auf das Vorliegen eines begründeten Falles hinsichtlich der Klägerin geschlossen werden sollte, bleibt unklar. Auch unterlässt es diese, ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren substantiiert darzulegen und zu begründen. Zudem liegt vorliegend auch keine Streitigkeit mit hohem Streitwert vor. Zusammenfassend ist der Klägerin somit keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Es wird festgestellt, dass die Klägerin dem Beklagten nichts schuldet, insbesondere, dass die vom Beklagten mittels Schreiben der Kanzlei X.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], ... C.\_\_\_\_\_, vom 24. Januar 2018 gestellte Forderung von EUR 6'127.40 nicht besteht.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'500.–.
3. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird das Rückgriffsrecht auf den Beklagten eingeräumt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. 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 7'120.40.

Zürich, 6. Mai 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Marius Zwicky