



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichter Dr. Daniel Schwander, Handelsrichter Matthias Städeli, Handelsrichterin Dr. Esther Nägeli und Handelsrichter Stefan Vogler sowie der Gerichtsschreiber Rudolf Hug

**Beschluss und Urteil vom 6. September 2021**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

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

gegen

1. **B.\_\_\_\_\_ AG,**  
2. **C.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es seien die Beklagten zu verpflichten, der Klägerin für die in der Zeit vom 26. Januar 2008 bis mindestens 1. Februar 2019 auf ihren Datenbanken B.\_\_\_\_\_.ch und C.\_\_\_\_\_.ch genutzten 10'398 Artikel des 'D.\_\_\_\_s' unter dem Titel Schadenersatz einen nach gerichtlichem Ermessen festzusetzenden Betrag samt Zins von 5 % ab 26. Januar 2008 zu zahlen.
2. Es seien die Beklagten zu verpflichten, der Klägerin für die in der Zeit vom 26. Januar 2008 bis mindestens 1. Februar 2019 auf ihren Datenbanken B.\_\_\_\_\_.ch und C.\_\_\_\_\_.ch genutzten 10'398 Artikeln des 'D.\_\_\_\_s' unter dem Titel Gewinnherausgabe einen nach gerichtlichem Ermessen festzusetzenden Betrag samt Zins von 5 % ab 26. Januar 2008 zu zahlen.
3. Es sei der Rechtsvorschlag der Beklagten 1 in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 4 zu beseitigen und der Klägerin für die gemäss Ziff. 1 und Ziff. 2 zugesprochenen Beträge samt Zins zu 5 % seit 26. Januar 2008 definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
4. Es sei der Rechtsvorschlag der Beklagten 2 in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 4 zu beseitigen und der Klägerin für die gemäss Ziff. 1 und Ziff. 2 zugesprochenen Beträge samt Zins zu 5 % seit 26. Januar 2008 definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
5. Es seien die Beklagten zu verpflichten, sämtliche Informationen zum Umsatz (Ertrag), Netto-Gewinn und/oder zu anderen Erlösen (namentlich Einnahmen aus Downloads, Hits [Zugriffen], Einzelbezügen, Abogebühren, Gegengeschäften) herauszugeben, die sie in der Zeit vom 26. Januar 2008 bis mindestens 1. Februar 2019 mit B.\_\_\_\_\_.ch und C.\_\_\_\_\_.ch durch die in Ziff. 1 und 2 genannten Berichte erzielt haben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

## Inhaltsverzeichnis

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Rechtsbegehren .....</b>                       | <b>3</b>  |
| <b>Sachverhalt und Verfahren .....</b>            | <b>4</b>  |
| <b>A. Sachverhaltsübersicht.....</b>              | <b>4</b>  |
| <b>B. Prozessverlauf .....</b>                    | <b>5</b>  |
| <b>Erwägungen.....</b>                            | <b>6</b>  |
| <b>1. Prozessvoraussetzungen.....</b>             | <b>6</b>  |
| 1. <i>Rechtliches</i> .....                       | 6         |
| 2. <i>Zuständigkeit</i> .....                     | 7         |
| 3. <i>Bestimmtheit der Rechtsbegehren</i> .....   | 7         |
| <b>2. Schutzfähigkeit der Artikel .....</b>       | <b>9</b>  |
| 1. <i>Parteistandpunkte</i> .....                 | 9         |
| 2. <i>Rechtliches</i> .....                       | 10        |
| 3. <i>Würdigung</i> .....                         | 13        |
| <b>3. Aktivlegitimation der Klägerin .....</b>    | <b>16</b> |
| 1. <i>Parteistandpunkte</i> .....                 | 16        |
| 2. <i>Rechtliches</i> .....                       | 17        |
| 3. <i>Würdigung</i> .....                         | 18        |
| <b>4. Eigengebrauch der Beklagten 1.....</b>      | <b>20</b> |
| 1. <i>Parteistandpunkte</i> .....                 | 20        |
| 2. <i>Rechtliches</i> .....                       | 22        |
| 3. <i>Würdigung</i> .....                         | 24        |
| <b>5. Passivlegitimation der Beklagten 2.....</b> | <b>35</b> |
| 1. <i>Parteistandpunkte</i> .....                 | 35        |
| 2. <i>Rechtliches</i> .....                       | 36        |
| 3. <i>Würdigung</i> .....                         | 37        |
| <b>6. Zusammenfassung und Fazit.....</b>          | <b>41</b> |
| <b>7. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....</b>   | <b>42</b> |
| <b>Dispositiv .....</b>                           | <b>42</b> |

## **Sachverhalt und Verfahren**

### A. Sachverhaltsübersicht

a. Die *Klägerin* ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt namentlich die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Redaktion und Produktion von Medien-Produkten in der Kommunikationsbranche sowie deren Vermarktung (Syndication) und Verkauf sowie die Unternehmensberatung für Medien-Produkte und Internet-Produkte und deren Beschaffung (act. 3/2). Die Klägerin betreibt unter der Domain "D.\_\_\_\_.ch" seit August 2000 einen Online-Nachrichtendienst namens "D.\_\_\_\_" und produziert einen Online-Newsletter, der sechsmal pro Woche erscheint. Die Nutzung der Inhalte des Onlinedienstes und das Newsletter-Abonnement sind kostenlos. Das Portal finanziert sich zu 100% aus Werbeeinnahmen (Banner- und Textinserate; act. 1 Rz. 8; act. 14 Rz. 12).

b. Die *Beklagte 1* ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt den Betrieb einer Online-Mediendatenbank mit hauptsächlich in schweizerischen Printmedien erschienenen Artikeln und ist in erster Linie auf die Informationsbedürfnisse von Medienunternehmen ausgerichtet (act. 3/4). Sie ist ein im Mai 1996 gegründetes Gemeinschaftsunternehmen der E.\_\_\_\_ AG, der F.\_\_\_\_ AG und der G.\_\_\_\_ (G.\_\_\_\_). Die Datenbank der Beklagten 1 enthält den Volltext der Zeitungen und Zeitschriften der beteiligten Medienunternehmen, der meisten Schweizer Tages- und Wochenzeitungen sowie von ausgewählten internationalen Pressetiteln (act. 1 Rz. 9; act. 14 Rz. 13). Die Inhalte werden von den beteiligten Medienunternehmen sowie von Partnern zur Verfügung gestellt und stehen diesen bzw. deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern offen (act. 1 Rz. 12 f.; act. 14 Rz. 9, 16 f.).

c. Die *Beklagte 2* ist eine Tochtergesellschaft der Beklagten 1 mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt ebenfalls den Betrieb einer Online-Mediendatenbank (act. 3/7). Die Beklagte 2 bezieht die Inhalte (Medienartikel) direkt von jenen Unternehmen, die ihre Artikel durch die Beklagte 1 archivieren lassen (act. 1 Rz. 15; act. 14 Rz. 19). Die Datenbank der Beklagten 2 ist im Unterschied zur Datenbank der Beklag-

ten 1 gegen Bezahlung der Öffentlichkeit zugänglich (act. 1 Rz. 14; act. 14 Rz. 18).

d. Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, die Beklagten hätten zwischen 1. Oktober 2000 und 10. Oktober 2017 ohne ihr Einverständnis 10'398 Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_" in ihren Datenbanken erfasst und zum Verkauf angeboten. Ihr Einverständnis wäre aber erforderlich gewesen, da die Artikel urheberrechtlich geschützte Werke seien und ihr, der Klägerin, die Urheberrechte abgetreten worden seien. Indem die Beklagten ohne ihr Einverständnis gehandelt hätten, hätten sie das ihr vorbehaltene Recht auf Vervielfältigung und öffentliches Zugänglichmachen verletzt. Infolgedessen seien die "D.\_\_\_\_\_"-Artikel nicht ausschliesslich über ihre Webseite, sondern auch über die Datenbanken der Beklagten abrufbar gewesen. Dadurch seien ihr Werbeeinnahmen entgangen, weshalb die Beklagten zur Leistung von Schadenersatz zu verpflichten seien. Zudem hätten sie die durch die unerlaubte Nutzung der "D.\_\_\_\_\_"-Artikel erzielten Gewinne herauszugeben.

e. Die Beklagten 1 und 2 stellten sich auf den Standpunkt, die "D.\_\_\_\_\_"-Artikel seien einerseits keine geschützten Werke, andererseits seien sie Teil des Repertoires der H.\_\_\_\_\_. Die Beklagte 2 habe zu keinem Zeitpunkt auch nur einen einzigen klägerischen Artikel gespeichert oder verbreitet. Die "D.\_\_\_\_\_"-Artikel seien bis zu ihrer Löschung per 31. Dezember 2018 als Teil des G.\_\_\_\_\_-Medienspiegels in das Archiv der Beklagten 1 eingepflegt worden. Dies sei ebenso zulässig gewesen wie die Verbreitung im geschlossenen Nutzerkreis. Im Übrigen sei die Nutzung aufgrund eines Vertrags mit der H.\_\_\_\_\_ zulässig gewesen. Einen Gewinn habe die Beklagte 1 nicht erzielt. Die Beklagte 1 habe nur Kostendeckungsbeiträge erhalten, was nach Abzug der Gestehungskosten zu einem Nettoverlust geführt habe. Soweit die angeblichen Ansprüche der Klägerin nicht verwirkt seien, seien sie für die Zeit vor dem 26. Januar 2017 verjährt.

## B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 18. Oktober 2019 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage mit den eingangs genannten Begehren rechtshängig (act. 1). Den von ihr geforderten Kostenvorschuss leistete sie fristgerecht (act. 4; act. 6).

Innert Nachfrist (act. 7; act. 12) erstatteten die Beklagten 1 und 2 am 17. Februar 2020 die Klageantwort (act. 14). Der darin gestellte Antrag auf Schutzmassnahmen wurde mit Verfügung vom 20. März 2020 abgewiesen (act. 19). Nachdem eine Vergleichsverhandlung nicht zustande kam (Prot. S. 9), wurde mit Verfügung vom 27. Mai 2020 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 21). Die Klägerin replizierte mit Eingabe vom 31. August 2020 (act. 23). Die Duplik der Beklagten datiert vom 5. November 2020 (act. 28). Diese wurde mit Verfügung vom 10. November 2020 und unter dem Hinweis, dass damit der Aktenschluss eingetreten sei, der Klägerin zugestellt (act. 30). Letztere ersuchte am 30. November 2020 um Entscheidung über den prozessualen Antrags gemäss Klage vom 18. Oktober 2020 (act. 33). Weitere Eingaben erfolgten nicht. Mit Verfügung vom 16. August 2021 (act. 34) wurde den Parteien Frist angesetzt zur Erklärung, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten, was sowohl die Klägerin als auch die Beklagte mit Eingaben vom 17. August 2021 (act. 36) und vom 27. August 2021 (act. 37) taten. Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## Erwägungen

### 1. Prozessvoraussetzungen

#### 1.1. *Rechtliches*

Das Gericht tritt auf eine Klage ein, sofern die von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 f. ZPO). Prozessvoraussetzungen sind insbesondere ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin sowie die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. a f. ZPO). Die Liste der Prozessvoraussetzungen in Art. 59 Abs. 2 ZPO ist nicht abschliessend. Als Prozessvoraussetzung gilt auch die gehörige Verfahrenseinleitung mittels formell gültiger Klage. Demnach muss die Klage ein genügend bestimmtes Rechtsbegehren enthalten (Art. 221 Abs.1 lit. b ZPO; ZINGG in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012 [zit. BK ZPO], Art. 59 N 156 159; ZÜRCHER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016 [zit. ZPO-Komm], Art.

59 N 9, 59; MÜLLER in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016 [zit. DIKE-Komm-ZPO], Art. 59 N 81).

## 1.2. *Zuständigkeit*

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit sind gegeben: Die Parteien haben ihre Sitze in Zürich. Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist damit gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. b, Art. 18 und Art. 36 ZPO örtlich zuständig. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich ohne weiteres aus Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG.

## 1.3. *Bestimmtheit der Rechtsbegehren*

1.3.1. Die Klägerin verlangt mit Rechtsbegehren Ziffer 5, die Beklagten seien zu verpflichten, sämtliche Informationen zum Umsatz (Ertrag), Netto-Gewinn und/oder zu anderen Erlösen (namentlich Einnahmen aus Downloads, Hits [Zugriffen], Einzelbezügen, Abogebühren, Gegengeschäften) herauszugeben, die sie in der Zeit vom 26. Januar 2008 bis mindestens 1. Februar 2019 mit B.\_\_\_\_.ch und C.\_\_\_\_.ch durch die streitgegenständlichen Berichte erzielt haben (act. 1 S. 2).

1.3.2. Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung unverändert zum Urteil erhoben werden kann (BGE 142 III 102 E. 5.3.1 S. 107; 137 III 617 E. 4.3 S. 619). Der Grund hierfür liegt unter anderem darin, dass das gestützt auf das Rechtsbegehren zu fällende Urteil die Zwangsvollstreckung ermöglichen muss, ohne dass es dazu weiterer Abklärungen bedarf. Die Anforderungen an die Bestimmtheit sind im Einzelfall von den Besonderheiten des materiellen Rechts abhängig (BGer 4A\_686/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1; HGer ZH HG150130 vom 2. März 2017 E. 1.3). Unklare Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung ihres Wortlauts sowie der Klagebegründung auszulegen. Bleibt das Begehren nach einer Auslegung unklar oder unbestimmt, ist darauf nicht einzutreten (BGE 137 III 617 E. 6.2 S. 622 f.; BGer 5A\_1048 vom 4. Dezember 2018 E. 2.2). Im Rahmen einer Stufenklage muss der Kläger mit Blick auf die inhaltliche Konkretisierung des Zielanspruchs Angaben dazu machen, was Gegenstand der Informationspflicht ist. Die Anforder-

rungen an die Bestimmtheit des Informationsbegehrens sind aber nicht streng handzuhaben, da der Kläger noch gar nicht weiss, was genau der Inhalt der ihm zustehenden Informationen ist. Es genügt, wenn er mit seinem Antrag Klarheit darüber schafft, zu welchem Zweck er worüber Auskunft verlangt und für welchen Zeitraum und in welcher Form er dies begehrt (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.4 S. 328).

1.3.3. Rechtsbegehren Ziff. 5 ist unklar. Auch eine Auslegung unter Berücksichtigung des Wortlauts (act. 1 S. 2) und der Klagebegründung (vgl. act. 1 Rz. 6, 71, 84, 92, 101, 1018) ergibt nicht genügend, was genau die Klägerin konkret verlangt bzw. worüber die Beklagten Rechenschaft ablegen sollen. Mit der von der Klägerin gewählten Formulierung "und/oder" bleibt offen, ob sich das Informationsbegehren auf den Umsatz und den Nettogewinn, auf 'andere Erlöse' oder auf beide beziehen soll. Damit stellt die Klägerin mehrere, sprachlich in einem Begehren zusammengefasste alternative Rechtsbegehren. Dies ist unzulässig (vgl. BK ZPO-HURNI, Art. 58 N 40). Die Alternativität bewirkt eine Unbestimmtheit, da nicht gewiss ist, welcher Verpflichtung die Beklagten nun nachzukommen hätten, bzw. wozu das Gericht die Beklagten nun zu verpflichten hätte. Genau so wenig wüsste ein Vollstreckungsgericht, ob die Beklagten mit der Offenlegung von Informationen zum Umsatz und zum Nettogewinn das Auskunftsbegehren erfüllt hätten, oder ob sie zur Erfüllung weitere Informationen betreffend "andere Erlöse" preisgeben müssten. Schliesslich bleibt auch unter Berücksichtigung der Klagebegründung unklar, für welche Artikel konkret die Beklagten die entsprechenden Informationen zu liefern hätten. Welches die "streitgegenständlichen Artikel" konkret sein sollen, ist ungewiss. Die Klägerin bezeichnet die Artikel weder im Rechtsbegehren noch in ihrer Klagebegründung (vgl. näher dazu unten, Erw. 2.3.1). Würde das Informationsbegehren gutgeheissen, könnte ein Vollstreckungsgericht eine allfällige Einrede der Erfüllung (vgl. Art. 341 Abs. 3 ZPO) nicht überprüfen. Im Übrigen macht die Klägerin auch keine Angaben zur Form, in welcher die Beklagten die gewünschten Auskünfte zu erteilen bzw. herauszugeben hätten. Zusammenfassend erweist sich das Informationsbegehren (Rechtsbegehren Ziffer 5) der Klägerin als unbestimmt, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

1.3.4. Auf das Informationsbegehren der Klägerin könnte indes selbst dann nicht

eingetreten werden, wenn es genügend bestimmt wäre. Die Stufenklage setzt einen materiellrechtlichen Anspruch der Klägerin auf Rechnungslegung voraus. Für den in seinen Schutzrechten verletzten Urheber wird ein solcher Anspruch aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben abgeleitet (Art. 2 Abs. 1 ZGB; vgl. HGer ZH HG020324 vom 13. Dezember 2007 E. IV.3.2.3; OGer ZH LK100006 vom 24. Januar 2013 E. II.11.3; BAECHLER, Die Stufenklage, sic! 2017 S. 1 ff.). Bedingung dafür ist, dass ein zivilrechtlich vorwerfbarer Eingriff des Verletzers in die Schutzsphäre des Berechtigten stattgefunden hat und der Verletzer deshalb schadenersatz- und gewinnherausgabepflichtig wird (Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 41 Abs. 1 OR bzw. Art. 423 Abs. 1 OR, vgl. BGer 4A\_1/2016 vom 25. April 2016 E. 2.3; BAECHLER, a.a.O., S. 9). Ist ein Eingriff nicht nachgewiesen, hat der Urheber kein rechtlich geschütztes Interesse an einem Informationsanspruch (vgl. LEUMANN LIEBSTER, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, S. 121). Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, fehlt es vorliegend an einer Urheberrechtsverletzung durch die Beklagten. Daher hat die Klägerin kein rechtlich geschütztes Interesse an der Informationsvermittlung, weshalb auch deshalb auf ihr Rechtsbegehren Ziffer 5 nicht einzutreten ist (Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. a ZPO e contrario).

## 2. Schutzfähigkeit der Artikel

### 2.1. *Parteistandpunkte*

2.1.1. Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, die Beklagten hätten zwischen 1. Oktober 2000 und 10. Oktober 2017 insgesamt 10'398 Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_" in ihren Datenbanken erfasst (act. 1 Rz. 18; act. 23 Rz. 83). Diese Artikel seien urheberrechtlich geschützte Werke. Sie seien individuell, recherchiert und würden keine vorgegebene Abfolge von Wörtern enthalten (act. 1 Rz. 32). Die Klägerin bezeichnet "[b]eispielhaft und repräsentativ" 18 Artikel (vgl. act. 1 Rz. 33), die sie Prof. Dr. I.\_\_\_\_ vorgelegt habe. Dieser sei in seinem Gutachten vom 19. Juli 2018 (act. 3/23) zum Schluss gekommen, dass die Texte individuellen Charakter hätten (vgl. act. 1 Rz. 34). Mit der Replik reichte die Klägerin zudem einen Artikel vom 9. August 2017 sowie "beispielhaft für die Zeit von 2006 - September 2017" weitere Artikel ins Recht (vgl. act. 24/5, 13-14). Diese, ebenso wie

die von den Beklagten mit deren Klageantwort eingereichten Artikel (vgl. act. 15/7) seien Werke (act. 23 Rz. 35). Sie macht geltend, dass diese auch als Werke zweiter Hand urheberrechtlichen Schutz geniessen würden (act. 23 Rz. 35f).

2.1.2. Die Beklagten bestreiten, dass die streitgegenständlichen Artikel den Werkbegriff erfüllen (act. 14 Rz. 35). Sie behaupten, die Klägerin verbreite vor allem "G.\_\_\_\_-bezogene SDA-Meldungen" und andere Meldungen, welche Dritte bereits zuvor herausgegeben hätten. Die Beklagten legen hierzu 16 Artikelpaare ins Recht (vgl. act. 15/7), wobei der eine Artikel die Ausgangsmeldung und der zweite Artikel der korrespondierende "D.\_\_\_\_"-Artikel der Klägerin sein soll (vgl. act. 14 Rz. 35.1 ff.). Die Beklagten erklären zusammengefasst, der Vergleich der Artikelpaare zeige, dass sich der jeweilige "D.\_\_\_\_"-Artikel nur unwesentlich von der Ausgangsmeldung unterscheiden würde. Bei den Abweichungen handle es sich um werkmässig irrelevante Paraphrasierungen, untergeordnete Änderungen, Ergänzungen und Umstellungen (act. 14 Rz. 35.1-35.16). Dies treffe auch auf die von der Klägerin ins Recht gelegte Artikelauswahl zu. Diese Texte seien banale Meldungen ohne eigenständige Prägung. Ihre Formulierung ergebe sich aus dem Gegenstand, um den es gehe, und entbehre jeder Originalität (act. 14 Rz. 37).

## 2.2. *Rechtliches*

2.2.1. Werke sind, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben (Art. 2 Abs. 1 URG). Dazu gehören insbesondere literarische, wissenschaftliche und andere Sprachwerke (Art. 2 Abs. 2 lit. a URG). Das entscheidende Kriterium liegt in der Individualität, wobei der individuelle Charakter im Werk selbst zum Ausdruck kommen muss (BGE 136 III 225 E. 4.2 S. 228 f.; 134 III 166 E. 2.1 S. 170). Das verlangte individuelle Gepräge hängt vom Spielraum des Schöpfers ab. Der Urheber muss den vorhandenen gestalterischen Spielraum ausnützen, um persönliche Entscheidungen zu treffen, die dem Werk seine Individualität verleihen (BGE 136 III 225 E. 4.2 S. 228 f.; HGer BE HG 15 39 vom 17. Juni 2015 in sic! 2016 S. 56 ff., S. 57 f.; CHERPILLOD in: Müller/Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz (URG), 2. Aufl. 2012 [zit. SHK URG], Art. 2 N 21). Bei Schöpfungen, bei denen die Funktion oder

die Bestimmung den Gestaltungsspielraum begrenzt, genügt bereits ein geringer Grad an individuellem Charakter (vgl. BGE 136 III 225 E. 4.2 S. S. 229; HGer BE HG 15 39 vom 17. Juni 2015 in sic! 2016 S. 56 ff., S. 58). Nicht genügend individuell sind banale und alltägliche Schöpfungen. Die Werkgestaltung muss sich vielmehr vom Üblichen abheben, so dass es unwahrscheinlich erscheint, dass bei gleicher Aufgabenstellung von einem Dritten das gleiche oder im Wesentlichen gleiche Werk geschaffen würde (statistische Einmaligkeit; BGE 136 III 225 E. 4.2 S. 229; 134 III 166 E. 2.5 S. 173). Ist ein Text zwar statistisch einmalig, erscheint er aber insgesamt doch als banale Zusammenstellung von Alltagsredewendungen oder als durch Sachlogik vorgegeben, so ist der Schutz ausgeschlossen (BGE 134 III 166 E. 2.5 S. 173; EGLOFF in: Barrelet/Egloff [Hrsg.], Das neue Urheberrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 2 N 21). Daher sind Nachrichten als in einer alltäglichen, nüchternen und schnörkellosen Sprache übermittelte Tatsachen urheberrechtlich nicht schützbar. Werden zu einer Nachricht weitere Informationen beschafft, bewertet, verarbeitet und zu einem Text zusammengefügt, so kann der so entstandene Artikel indes die erforderliche Schöpfungshöhe erreichen (vgl. VON BÜREN/MEER in: von Büren/David [Hrsg.], Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Bd. II/1, 3. Aufl. 2014 [zit. SIWR II/1], N 250 f.). Je mehr Informationen in einer Nachricht verarbeitet bzw. je mehr Selektionsentscheide gefällt werden, desto eher ist von einer Individualität eines Textes auszugehen. Zusammenfassend sind journalistische Beiträge urheberrechtlich geschützt, ausser es handelt sich um kurze Pressemeldungen, denen es an der individuellen Gestaltung mangelt. Entscheidend ist mithin, ob blossе Informationen und Nachrichten in individueller Form mit eigenen Äusserungen und Stellungnahmen zu einem eigenständigen Werk umgestaltet werden (vgl. AppHof BE I-0299/I/00 vom 21.05.2001 in sic! 2001 S. 613 ff., 613 f.).

2.2.2. Urheberrechtlich geschützt sind auch Werke zweiter Hand (Art. 3 Abs. 4 URG). Werke zweiter Hand sind geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter, die unter Verwendung bestehender Werke so geschaffen werden, dass die verwendeten Werke in ihrem individuellen Charakter erkennbar bleiben (Art. 3 Abs. 2 URG). Das Werk zweiter Hand muss selbst individuellen Charakter haben,

um unabhängig vom Originalwerk urheberrechtlichen Schutz zu erlangen (EGLOFF in: Barrelet/Egloff [Hrsg.], a.a.O., Art. 3 N 3; VON BÜREN/MEER, SIWR II/1, N 388). Keine Werke zweiter Hand sind Bearbeitungen, die nur durch geringfügige Änderungen und Umgestaltungen vom ursprünglichen Werk abweichen. Das Original muss qualitativ verändert werden. Blosser Kürzungen, Wiedergaben von Werkteilen, Erweiterungen und Abänderungen des Originalwerks erreichen nur selten Individualität. Sie sind in der Regel keine Werke zweiter Hand mit selbständigem Schutz (EGLOFF in: Barrelet/Egloff [Hrsg.], a.a.O., Art. 3 N 4; VON BÜREN/MEER, SIWR II/1, N 395). Auch eine reine nach festen Regeln vorgenommene Umgestaltung von Texten ist keine urheberrechtlich geschützte Bearbeitung, selbst wenn sie von qualifizierten Personen mit grossem Aufwand erbracht worden ist (ZivGP BS V 2003 2290 vom 20. Januar 2004 in: sic! 2004, S. 490 ff., 491). Wird jedoch in Anlehnung an einen bestehenden (geschützten) Text ein mit eigenen Worten formulierter (journalistischer) Artikel verfasst, kommt Urheberrechtsschutz eher in Betracht.

2.2.3. Die Anforderungen an den individuellen Charakter eines Sprachwerks sind in der Praxis regelmässig sehr tief (HILTY, Urheberrecht, 2. Aufl. 2020, N 165). Mangels einer Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> URG entsprechenden Ausnahme für Sprachwerke hat dennoch derjenige, der sich auf die Schutzfähigkeit eines Sprachwerks beruft, diese schlüssig – d.h. widerspruchsfrei und vollständig – zu behaupten und, wenn die Behauptung der Schutzfähigkeit (substantiiert) bestritten wird, zu substantiieren und eventuell zu beweisen (Art. 8 ZGB; ZPO-Komm-SUTTER-SOMM/ SCHRANK, Art. 55 N 21; vgl. BGE 127 III 365 E. 2b S. 368; BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.2; 4A\_204/2018 vom 31. August 2018 E. 2.2; HGer ZH HE180215 vom 18. August 2018 E. 8.3.1; OGP TG PO.2015.1 vom 26. Mai 2015 E. 3f; RAUBER, Lizenzierung von Software, Anwaltsrevue 2021, S. 35; MOSIMANN, Das Gutachten als Beweismittel im kunstrechtlichen Prozess, in: Fankhauser et al. [Hrsg.], Das Zivilrecht und seine Durchsetzung [...], 2016, S. 456 f.; vgl. ferner im deutschen Recht analog: BGH I ZR 199/00 vom 14. November 2002 S. 12; SCHULZE in: Dreier/Schulze [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz [...] Kommentar [UrhG], 4. Aufl. 2013, § 2 N 70; OBERGFELL in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, Kommentar, 2008, § 2 UrhG N 1). Der künstlerische oder

kommerzielle Wert spielt dabei ebenso wenig eine Rolle wie der Zweck des Werkes (vgl. Art. 2 Abs. 1 URG); darzutun ist, inwieweit das Sprachwerk die Schutzuntergrenze überschreitet (vgl. HILTY, a.a.O., N 165). Ist der individuelle Charakter eines journalistischen Textes zu substantiieren, kann dies getan werden, indem beispielsweise offengelegt wird, welche Informationen in welcher Form in den Text eingeflossen sind, inwieweit Selektions- und Anordnungsentscheide getroffen wurden oder welche Textteile eigene Äusserungen und Stellungnahmen sind. Zum Beweis dient dabei primär das Sprachwerk selbst.

### 2.3. *Würdigung*

2.3.1. Noch bevor beurteilt werden kann, ob die 10'398 Artikel aus dem "D.\_\_\_\_", für welche die Klägerin die Schutzfähigkeit in Anspruch nehmen will, Werke im Sinne des URG sind, hätte die Klägerin schlüssig und vollständig behaupten müssen, um welche Artikel 10'398 es sich handelt. Hierzu hätte sie die Artikel in genügender Weise bezeichnen müssen. Dies tut die Klägerin nicht. Gemäss eigener Darstellung der Klägerin wurden die "D.\_\_\_\_"-Artikel zwischen dem 1. Oktober 2000 und dem 10. Oktober 2017 publiziert (vgl. act. 1 Rz. 18). Dem Gericht liegt indes lediglich ein Dossier vom 8. Oktober 2017, welches den Titel und das Erscheinungsdatum von über 9'700 Artikel aus dem Zeitraum vom 13. Januar 2005 bis 8. Oktober 2017 enthalten soll (act. 3/9), ein USB-Stick "betr. streitgegenständliche Artikel in der Zeit von 2006-2012" (act. 24/14), eine Sammelbeilage "betr. streitgegenständliche Artikel in der Zeit vom Januar 2013 - September 2017" (act. 24/15) sowie vereinzelt, als separate (Sammel-)Beilagen von den Parteien eingereichte Artikel aus dem Zeitraum vom 5. März 2008 bis zum 14. September 2017 (vgl. act. 3/22; act. 15/7/1b-16b und act. 24/5), vor. Damit kommt die Klägerin ihrer Behauptungslast nicht genügend nach. Es ist nämlich nicht die Sache des Gerichts, sich aus den Beilagen die Werke zusammenzusuchen, für welche die Klägerin urheberrechtlichen Schutz beanspruchen will. Für den Zeitraum vom 1. Oktober 2000 bis 31. Dezember 2005 reicht die Klägerin zudem weder Werke ein, noch bezeichnet sie diese. Sie bietet die Produktion der fehlenden Artikel im Bestreitungsfall zwar an (vgl. act. 23 Rz. 35f). Damit vermag sie ihre mangelhafte Behauptung aber nicht zu verbessern. Sind die streitgegen-

ständlichen Artikel nicht in den Rechtsschriften aufgeführt und ergibt sich deren Inhalt auch nicht aufgrund klarer Verweise auf 10'398 genau bezeichnete Beilagen, sind die Beklagten ausserstande, Stellung zu den einzelnen Artikel zu nehmen (vgl. BGer 4A\_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 6.2 f.; 4A\_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2). Zusammenfassend will die Klägerin zwar für 10'398 "D.\_\_\_\_\_"-Artikel, die sie im Zeitraum vom 1. Oktober 2000 bis 31. Dezember 2005 publiziert haben will, urheberrechtlichen Schutz beanspruchen. Indem sie diese Artikel aber nicht benennt, behauptet sie das Vorliegen eines Werkes nicht rechtsgenügend (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO).

2.3.2. Selbst wenn davon ausgegangen würde, die über 9'700 Artikel gemäss des von der Klägerin eingereichten Dossiers vom 8. Oktober 2017 seien ausreichend bezeichnet (vgl. act. 3/9), wären die Anforderungen an die Substantiierung nicht erfüllt. Die Klägerin behauptet in ihrer Klage pauschal, die "D.\_\_\_\_\_"-Artikel seien individuell, recherchiert und würden keine vorgegebene Abfolge von Wörtern enthalten (act. 1 Rz. 32). Dies bestreiten die Beklagten (act. 14 Rz. 35). In der Folge hätte die Klägerin substantiiert aufzuzeigen gehabt, aus welchen Umständen sich die Individualität ergeben soll und welche Recherchen sie angestellt hat. Dies hätte die Klägerin für jeden einzelnen Artikel tun müssen. Das ist bei mehreren tausend Artikeln zwar sehr aufwändig. Doch alleine die grosse Anzahl von angeblich betroffenen Werken ändert nichts daran, dass sich eine Urheberrechtsverletzung nur auf ein bestimmtes Werk beziehen kann und deshalb vorab jeweils zu prüfen ist, ob es sich beim fraglichen Text jeweils um ein Werk im Sinne des URG handelt. Dieser Substantiierungsobliegenheit ist die Klägerin nicht nachgekommen.

2.3.3. Die Klägerin reicht zwar diverse Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_" ein. Die Vorlage der Artikel allein ersetzt aber substantiierte Behauptungen zur Individualität nicht (vgl. BGer 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5). Das gilt namentlich auch für die 18 Artikel, welche die Klägerin mit ihrer Klage einreichte und die "beispielhaft und repräsentativ" für die von ihr publizierten Artikel sein sollen (vgl. act. 1 Rz. 33; act. 3/22). Welcher Bezug eine Auswahl von 18 auf mehrere tausend andere Artikel haben soll ist unklar und kann dahingestellt bleiben. Eine Stichprobe ist unabhängig von ihrer Grösse nicht geeignet, den individuellen Charakter eines jeden

Artikels zu beweisen. Jeder Artikel muss für sich alleine betrachtet werden. Will man sich auf die erwähnten 18 Artikel beschränken und ihren individuellen Charakter untersuchen, scheitert eine solche Prüfung wiederum an fehlenden substantiierten Behauptungen. Daran vermag auch das von der Klägerin eingereichte Gutachten von Prof. Dr. I. \_\_\_\_\_ nichts zu ändern (vgl. act. 3/23). Vielmehr zeigt das Gutachten im Gegenteil auf, dass es der Klägerin möglich gewesen wäre, substantiierte Behauptungen zum individuellen Charakter der Artikel aufzustellen. Prof. Dr. I. \_\_\_\_\_ hat die ihm vorgelegten Artikel in fünf Kategorien eingeteilt. Diese Kategorien fassen offensichtlich auf Tatsachen. Namentlich hält Prof. Dr. I. \_\_\_\_\_ fest, dass gewisse Texte auf anderen Texten oder Werken (Medienmitteilungen, Studien, Gerichtsentscheiden, Parlamentsdebatten und -abstimmungen), auf Recherchen oder Insiderwissen beruhen oder dass Drittwerte bzw. -texte mit einordnenden, kontextualisierenden Beschreibungen oder Zusatzinformationen angereichert wurden (vgl. act. 3/23). Die Klägerin zeigt aber für die fraglichen 18 Artikeln nicht im Einzelnen auf, welche Artikel weshalb welcher Kategorie zugeordnet wurden. Entsprechendes ergibt sich auch nicht aus dem Gutachten selbst. So benennt sie – soweit für die betreffende Kategorie einschlägig – beispielsweise nicht, welches Ursprungswerk bzw. welche Texte ihr als Grundlage für den jeweiligen Artikel dienten und welche Textteile eigene Schöpfungen des Artikelautors darstellen sollen.

2.3.4. Zu ergänzen ist, dass sich die mangelhaft dargelegte Schutzfähigkeit der Artikel auch nicht durch ein von der Klägerin einverlangtes gerichtliches Gutachten "zum urheberrechtlichen Werkcharakter der streitgegenständlichen Artikel" erstellen liesse (vgl. act. 23 Rz. 35f). Die Frage, ob ein Text ein geschütztes Sprachwerk im Sinne des URG ist, ist eine nach inländischem Recht zu beantwortende Rechtsfrage (BGE 125 III 328 E. 4d.aa. S. 332 f.; 117 II 466 E. 2 S. 468; ZR 114/2015 Nr. 70 E. 4.4). Diese ist dem Beweis nicht zugänglich (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO), weshalb von der Einholung des beantragten Gutachtens abzusehen ist, zumal der Beweisofferte auch keine hinreichenden Behauptungen zugrunde liegen.

2.3.5. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin die Behauptung der Beklagten, die Texte aus dem "D.\_\_\_\_\_" würden zu einem wesentlichen Teil auf vorbestehenden Werken basieren (act. 14 Rz. 35), nicht substantiiert bestreitet (vgl. act. 23 Rz. 35). Zwar trifft die Beklagten, die die fehlende Schutzfähigkeit der "D.\_\_\_\_\_"-Artikel einwenden, die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass bei der Schaffung eines Werkes auf Vorbekanntes zurückgegriffen wurde (vgl. Art. 8 ZGB, rechtsaufhebende Tatsache). Substantiierte Behauptungen machen die Beklagten aber nur für eine Auswahl von 16 Artikeln (vgl. act. 14 Rz. 35; act. 15/7). Das wäre ungenügend, um auf die fehlende Schutzfähigkeit *aller* 10'398 "D.\_\_\_\_\_"-Artikel zu schliessen. Vorliegend schadet dies den Beklagten aber nicht, da sich die Prüfung dieses Einwands mangels substantiiertes Darlegung des individuellen Charakters der Artikel durch die Klägerin erübrigt.

2.3.6. Zusammenfassend erweisen sich die Behauptungen der Klägerin zum individuellen Charakter der "D.\_\_\_\_\_"-Artikel als ungenügend substantiiert. Infolgedessen fehlt die tatsächliche Grundlage für den Entscheid darüber, ob die Artikel Werke im Sinne des URG sind bzw. ob die Schutzuntergrenze erreicht worden ist. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die "D.\_\_\_\_\_"-Artikel Werke im Sinne des URG sind. Dementsprechend verfügt die Klägerin auch nicht über Schadenersatz- und Gewinnherausgabeansprüche gestützt auf Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 41 bzw. Art. 423 OR. Die Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 der Klage sind daher abzuweisen. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die "D.\_\_\_\_\_"-Artikel geschützte Werke sind, führte dies zu keinem anderen Ergebnis, was sogleich mit den folgenden Eventualbegründungen (Erw. 3-5) aufzuzeigen ist.

### 3. Aktivlegitimation der Klägerin

#### 3.1. *Parteistandpunkte*

3.1.1. Die Klägerin behauptet im Wesentlichen, ihre festangestellten und freien Journalisten hätten ihre Urheberrechte in ihren Arbeits- und Arbeitsverträgen an sie abgetreten (act. 1 Rz. 37). Auch die Chefredakteurin J.\_\_\_\_\_, die die meisten Artikel verfasst habe, habe die Rechte an ihren Artikeln an die Klägerin über-

tragen (act. 1 Rz. 38). Im Übrigen hätten die Beklagten das Urheberrecht der Klägerin an den "D.\_\_\_\_"-Artikeln anerkannt, indem sie auf diesen den Copyright-Vermerk "© D.\_\_\_\_.ch" angebracht hätten (act. 1 Rz. 40; act. 23 Rz. 35d, 39b).

3.1.2. Die Beklagten bestreiten die Abtretung der Urheberrechte (act. 14 Rz. 40 f.). Insbesondere hätten K.\_\_\_\_, L.\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_, da sie Mitglieder bei H.\_\_\_\_ seien, ihre Urheberrechte gar nicht an die Klägerin abtreten können (act. 14 Rz. 40 f.; act. 28 Rz. 34). Das Anbringen des Copyright-Vermerkes auf den "D.\_\_\_\_"-Artikeln sei einzig aufgrund vertraglicher Vorgaben der H.\_\_\_\_ geschehen und nicht in Anerkennung eines Urheberrechts der Klägerin (act. 14 Rz. 40; act. 28 Rz. 35.2). Zudem weisen die Beklagten darauf hin, dass die Klägerin selbst kein Urheberrechtsvermerk angebracht habe (act. 14 Rz. 42; act. 28 Rz. 35).

### 3.2. *Rechtliches*

3.2.1. Die Berechtigung, einen Anspruch gestützt auf das Urheberrecht geltend zu machen (Aktivlegitimation) kommt dem Schutzrechtsinhaber zu (vgl. EGLOFF in: Barrelet/Egloff [Hrsg.], a.a.O., Art. 62 N 4; SHK URG-MÜLLER, Vorb. zu Art. 61-66 N 38). Originär kann das Urheberrecht an einem Werk nur eine natürliche Person, der Schöpfer, erwerben (Art. 6 URG). Juristische Personen können Urheberrechte nur durch derivativen Übergang erwerben (vgl. Art. 16 URG; EGLOFF in: Barrelet/Egloff [Hrsg.], a.a.O., Art. 6 N 1 ff.; SHK URG-HUG, Art. 6 N 3; VON BÜREN/MEER, SIWR II/1, N 408 ff.). Eine derartige Übertragung ist formlos möglich (EGLOFF in: Barrelet/Egloff [Hrsg.], a.a.O., Art. 16 N 6). Kommen natürliche Personen in Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten regelmässig einer schöpferischen Tätigkeit nach, ist es zwar naheliegend, dass sie ihre Urheberrechte rechtsgeschäftlich (beispielsweise durch eine entsprechende Klausel im Arbeitsvertrag) an den Arbeitgeber übertragen. Die schweizerische Gesetzgebung kennt im Unterschied zu den angelsächsischen Ländern das Prinzip "work for hire" aber nicht, wonach das Urheberrecht nicht beim Schöpfer, sondern direkt bei dessen Arbeit- oder Auftraggeber entsteht (REHBINDER/VIGANO, a.a.O., Art. 6 N 4, 11). Mangels einer derartigen automatischen Übertragung der Urheberrechte hat der Arbeitge-

ber, der die Verletzung von Urheberrechten geltend macht, die derivative Übertragung derselben hinreichend zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen.

3.2.2. Als aktivlegitimierter Urheber gilt, solange nichts anderes nachgewiesen ist, wer auf den Werkexemplaren oder bei der Veröffentlichung des Werkes mit dem eigenen Namen, einem Pseudonym oder einem Kennzeichen genannt wird (Art. 8 Abs. 1 URG). Die Bezeichnung "Urheber" in Art. 8 Abs. 1 URG bezieht sich nur auf den Werkschöpfer. Eine juristische Person, die das Urheberrecht derivativ erworben hat, kann sich daher nicht auf die Rechtsvermutung von Art. 8 Abs. 1 URG berufen. Juristische Personen müssen, wollen sie sich erfolgreich auf das Urheberrecht berufen, den lückenlosen Rechtserwerb, beginnend beim Urheber, erstellen ("chain of title"). Immerhin stellt Art. 8 Abs. 2 URG die Vermutung auf, dass bei unbekannter Urheberschaft zunächst der Herausgeber des Werks zur Ausübung des Urheberrechts befugt ist. Wird auch der Herausgeber nicht genannt, so kann das Urheberrecht ausüben, wer das Werk veröffentlicht hat. Dies kann auch eine juristische Person sein (MARBACH/DUCREY/WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, S. 63 f.; HILTY, a.a.O., N 286, SHK URG-HUG, Art. 8 N 10 f.). Will sich eine juristische Person auf die Vermutung von Art. 8 Abs. 2 URG berufen und die Rechte des Urhebers in Prozessstandschaft geltend machen, muss sie als Vermutungsträger nur die Vermutungsbasis – das heisst den Umstand, dass die Urheberschaft unbekannt ist und sie das Werk herausgegeben bzw. veröffentlicht hat – behaupten und gegebenenfalls beweisen (vgl. LARDELLI/VETTER in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl. 2018, Art. 8 N 67). Die Vermutung von Art. 8 Abs. 2 URG ist widerlegbar. Sie fällt dahin, wenn der Urheber genannt wird (EGLOFF in: Barrelet/Egloff [Hrsg.], a.a.O., Art. 8 N 6).

### 3.3. *Würdigung*

3.3.1. Gegenstand dieses Verfahrens ist die behauptete Urheberrechtsverletzung an 10'398 Artikeln aus dem "D.\_\_\_\_\_" (act. 1 Rz. 18). Selbst wenn feststehen würde, dass die Artikel Werke im Sinne des URG darstellen würden, könnte die Klägerin nur dann Ansprüche gegen die Beklagten erheben, wenn sie aktivlegiti-

miert wäre. Die Behauptung der Klägerin, die Urheberrechte seien an sie abgetreten worden (act. 1 Rz. 37), erweist sich indes als ungenügend substantiiert.

3.3.2. Um die Aktivlegitimation hinsichtlich aller Artikel für sich beanspruchen zu können, hätte die Klägerin in einem ersten Schritt darlegen müssen, welche natürliche Person welchen Artikel geschrieben hat. Sodann hätte sie in einem zweiten Schritt aufzeigen müssen, inwieweit diese Autoren ihre Rechte jeweils an sie abgetreten haben. Aus den Ausführungen der Klägerin ergibt sich zwar, dass J.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_, L.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ Artikel für den "D.\_\_\_\_\_" verfasst haben. Ob die strittigen Artikel noch von weiteren Autoren verfasst wurden, erschliesst sich aber nicht. Der Umstand, dass die Klägerin drei Verträge als "Beispiel" für die erfolgte Abtretung bezeichnet, deutet darauf hin, dass noch weitere, nicht näher bekannte Autoren Artikel für den "D.\_\_\_\_\_" geschrieben haben. Ob diese unbekannteten Autoren ihre Urheberrechte an die Klägerin abgetreten haben, legt die Klägerin nicht substantiiert dar. Soweit die Autoren bekannt sind, zeigt die Klägerin zudem nicht auf, wer welchen Artikel geschrieben haben soll. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die genannten Autoren Artikel für den "D.\_\_\_\_\_" geschrieben haben, so bleibt damit noch immer ungewiss, ob sie auch die streitgegenständlichen 10'398 Artikel geschrieben haben, oder ob sie lediglich Autoren der restlichen rund 70'000 Artikel sind, die nicht Teil der Klage sind (vgl. act. 14 Rz. 5.2, 12; act. 15/6 S. 3).

3.3.3. Selbst wenn bekannt wäre, welcher Autor welchen Artikel verfasst hat, so bliebe die Behauptung der Abtretung durch J.\_\_\_\_\_ unsubstantiiert. Der Umstand, dass J.\_\_\_\_\_ Chefredakteurin, Gründerin und Herausgeberin des "D.\_\_\_\_\_"s" ist (vgl. act. 1 Rz. 8), legt zwar eine Abtretung ihrer Urheberrechte an die Klägerin nahe. Dies allein ersetzt aber substantiierte Ausführungen dazu, wann, unter welchen Umständen und in welcher Form J.\_\_\_\_\_ welche Rechte für welche Artikel an die Klägerin abgetreten hat, nicht. Schliesslich entstand das Urheberrecht an den von J.\_\_\_\_\_ geschriebenen Artikeln originär bei ihr (Art. 6 URG) und konnte nicht kraft ihrer Funktion auf die Klägerin übergehen.

3.4. Soweit die Autoren namentlich bekannt sind, könnte sich die Klägerin auch nicht auf die Vermutung von Art. 8 Abs. 2 URG stützen. Fraglich ist, ob die Kläge-

rin aktivlegitimiert ist, soweit sie nicht dartut, wer Autor der Artikel ist. Die Überprüfung ihrer Befugnis zur Geltendmachung von Rechten ungenannter Autoren scheitert aber auch hier an der fehlenden Differenzierung zwischen den Artikeln, für die der Autor bekannt ist, und den Artikeln, bei welchen dies nicht der Fall ist. Dies führt nämlich zunächst dazu, dass nicht gesagt werden kann, für welche Artikel die Klägerin ihre Aktivlegitimation aus Art. 8 Abs. 2 URG ableiten kann und für welche Artikel sich ihre Legitimation aus einer Rechteabtretung ergibt. Doch selbst wenn all dies bekannt wäre, scheiterte eine Berufung auf Art. 8 Abs. 2 URG, da die Klägerin gar nicht behauptet hat, dass die ungenannten Autoren unbekannt seien. Sie behauptet mithin das Vorliegen der Vermutungsbasis nicht rechtsgenügend, weshalb sie sich nicht auf die Vermutung von Art. 8 Abs. 2 URG stützen kann.

3.5. Gegenteiliges kann die Klägerin auch nicht aus dem Umstand ableiten, dass die Beklagte 1 den Vermerk "© D.\_\_\_\_.ch" auf den bei ihr gespeicherten Artikeln angebracht hat. Auf die Vermutung, wonach die auf dem Werk genannte Person Urheber ist, kann sich nur eine natürliche Person stützen (vgl. Art. 8 Abs. 1 URG). Ein Urheberrecht an einem Werk kann somit nicht dadurch entstehen, dass ein Dritter - hier die Beklagte 1 - einen Copyright-Vermerk anbringt. Dies würde dem Schöpferprinzip widersprechen. Der von der Beklagten 1 angebrachte Vermerk entbindet die Klägerin somit nicht vom Nachweis der Rechteabtretung an sie.

3.6. Zusammenfassend gelingt es der Klägerin nicht, ihre Berechtigung an den Urheberrechten an den Artikeln des "D.\_\_\_\_s" rechtsgenügend aufzuzeigen. Mangels ausgewiesener Aktivlegitimation der Klägerin sind die Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 der Klage daher auch aus diesem Grund abzuweisen. Die Begehren wären indes auch bei Bejahung der Aktivlegitimation der Klägerin abzuweisen, wie im Folgenden zu zeigen ist. Dies trifft sowohl für die Beklagte 1 (vgl. dazu Erw. 4) als auch für die Beklagte 2 (vgl. dazu Erw. 5) zu.

#### 4. Eigengebrauch der Beklagten 1

##### 4.1. *Parteistandpunkte*

4.1.1. Die Klägerin behauptet im Wesentlichen, die Beklagte 1 betreibe eine Datenbank. Diese stehe den Medienschaffenden der an der Beklagten 1 beteiligten Medienhäuser sowie weiteren Medienunternehmen offen. Diese rund 7'000 Zugriffsberechtigten würden die Datenbank als Rechercheinstrument zum Zweck der Herstellung und öffentlichen Verbreitung neuer Medienartikel nutzen (act. 1 Rz. 13; act. 23 Rz. 5b f., 45a, 76b, 77b, 83). Die Suche sei kostenlos, während für den Download eines Beitrages eine Gebühr erhoben werde (act. 1 Rz. 13). Die Beklagte 1, die Dritte im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG sei, habe im Zeitraum vom 1. Oktober 2000 bis 10. Oktober 2017 10'398 Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_" in ihrer Datenbank auf Vorrat erfasst, archiviert, mittels einer Suchmaske auffindbar gemacht und diese bis mindestens am 1. Februar 2019 genutzt, verwertet und verkauft bzw. zum gebührenpflichtigen Download angeboten, ohne dass die Klägerin hierzu ihr Einverständnis gegeben habe oder hierfür entschädigt worden sei (act. 1 Rz. 18 f., 30, 32, 59, 67, 95, 100, 122; act. 23 Rz. 5c, 40, 44a, 83). Die Beklagte 1 habe dadurch ihre Urheberrechte verletzt, namentlich ihr ausschliessliches Recht auf Vervielfältigung und Zugänglichmachen (act. 1 Rz. 19, 62 f., 66). Zudem sei es der Beklagten 1 durch die unzulässige Nutzung gelungen, Gewinne (act. 23 Rz. 20, 64 f., 66b) bzw. signifikante Einnahmen (act. 23 Rz. 16b) zu erwirtschaften. Sie, die Klägerin, habe dagegen aufgrund der Abrufbarkeit der Artikel über die Datenbank der Beklagten 1 weniger Besucher auf der Website "D.\_\_\_\_\_.ch" verzeichnen können. Daher habe sie die auf der Webseite zur Verfügung stehenden Werbeplätze nicht zu jenem Preis verkaufen können, wie dies möglich gewesen wäre, wären die Artikel einzig über ihre Webseite abrufbar gewesen (act. 1 Rz. 55 ff.). Ein zulässiger Eigengebrauch scheidet unter diesen Umständen aus. Dies ergebe sich auch nach einer Prüfung gemäss dem Dreistufentest (act. 1 Rz. 42 ff.).

4.1.2. Die Beklagten anerkennen, rund 10'000 Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_" in der Datenbank der Beklagten 1 bis Ende 2018 gespeichert zu haben, und dass einzig der Download kostenpflichtig ist (act. 14 Rz. 5.2 f., 12, 17, 22). Sie erläutern, Mitarbeiter der G.\_\_\_\_\_ hätten die Artikel zwecks Aufnahme in den G.\_\_\_\_\_-internen Medienspiegel "N.\_\_\_\_\_" selektioniert, heruntergeladen und als Bestandteil desselben in die Datenbank der Beklagten 1 eingepflegt (act. 1 Rz. 5.2, 32,

43, 48; act. 28 Rz. 5.4). Als Bestandteil der Datenbank seien die Artikel auch den übrigen Aktionären und Partnern der Beklagten 1 bzw. deren Mitarbeitern zur Verfügung gestanden (act. 14 Rz. 5.2, 12 f., 16 f., 21 f., 43 f.; act. 28 Rz. 54.1). Der Zweck der Beklagten 1 bestehe darin, ihren Nutzern ein effizientes Rechercheinstrument in die Hand zu geben. Die Archivierung und das Zugänglichmachen der Artikel habe einzig der internen Information der Mitarbeiter ihrer Aktionäre und Partner gedient. Damit seien die Artikel einem geschlossenen Nutzerkreis zur Verfügung gestanden. Es liege ein zulässiger Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG vor (act. 14 Rz. 5.2, 21, 34, 38-40, 43-47; 49 f., 92; act. 28 Rz. 5.2, 5.9, 6.2, 20, 40, 45, 54.1, 72). Im Übrigen habe die Beklagte 1 die Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_" nicht verkauft (act. 14 Rz. 17, 38). Die Beklagte 1 funktioniere nach dem Kostendeckungsprinzip. Sie erhebe Kostenanteile bei ihren Aktionären und Partnern, die sich nach der Inanspruchnahme ihrer Dienstleistung richten, jedoch nicht auf der Basis "Bezahlung per Zugriff". Es werde darauf geachtet, dass keine Gewinne erzielt würden (act. 14 Rz. 5.4.1; 17, 60, 71). Hätten sich einmal Überschüsse ergeben, seien diese völlig vernachlässigbar gewesen und jeweils reinvestiert worden (act. 14 Rz. 5.4.1; 17). Mit den Artikeln aus dem "D.\_\_\_\_\_" habe die Beklagte 1 jedenfalls keinen Gewinn erzielt. Vielmehr habe nach Abzug der Gestehungskosten ein Verlust resultiert (act. 14 Rz. 17, 71, 73, 78; act. 28 Rz. 52, 54.1, 60 ff.; 78).

#### 4.2. *Rechtliches*

4.2.1. Der Urheber hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 Abs. 1 URG). Der Urheber hat insbesondere das Recht, Werkexemplare herzustellen, anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten und das Werk direkt oder mit irgendwelchen Mitteln anderswo wahrnehmbar oder so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a-c URG). Ungeachtet dieser Ausschliesslichkeitsrechte dürfen veröffentlichte Werke zum Eigengebrauch verwendet werden (Art. 19 Abs. 1 URG). Als Eigengebrauch gilt namentlich das Vervielfältigen von Werkexemplaren in Betrieben für die interne Information und Dokumentation (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG). Wer zum Eigengebrauch be-

rechtigt ist, darf unter Vorbehalt von Art. 19 Abs. 3 URG die dazu erforderlichen Vervielfältigungen auch durch Dritte herstellen lassen (Art. 19 Abs. 2 URG). Vorausgesetzt ist hierzu, dass der zum Eigengebrauch Berechtigte selbst bestimmt, was vervielfältigt werden soll, da sich die Rechtfertigung für die Vervielfältigung aus dem Eigengebrauchsrecht des Berechtigten ergibt. Daher ist es einem Dritten untersagt, Werke auf Vorrat zu kopieren, um sie zu einem späteren Zeitpunkt einem Berechtigten zur Verfügung zu stellen (BGE 140 III 616 E. 3.4.2 S. 622; 133 III 473 E. 5.3 S. 484; 128 IV 201 E. 3.4 S. 213; BARRELET/EGLOFF in: dies., a.a.O., Art. 19 N 25).

4.2.2. Das Recht zum betriebsinternen Gebrauch gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c URG umfasst zunächst das Vervielfältigungsrecht. Im Rahmen von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG dürfen Werkexemplare für die interne Information oder Dokumentation kopiert bzw. elektronisch abgespeichert werden. Das Recht zum betriebsinternen Gebrauch schliesst auch die Befugnis ein, die angefertigten Kopien intern zu verbreiten und über betriebsinterne Netzwerke zugänglich zu machen (BGE 140 III 616 E. 3.4.3 f. S. 623 f.; 133 III 473 E. 3.1 S. 478 f.; SHK URG-GASSER, Art. 19 N 21; ders., Der Eigengebrauch im Urheberrecht, 1997 [zit. Eigengebrauch], S. 98; BARRELET/EGLOFF in dies., a.a.O., Art. 19 N 20). Zum internen Bereich gehören Personen, die aufgrund eines Angestellten- oder Mitgliedschaftsverhältnisses, verstanden in einem weiten Sinne, mit einer Einrichtung verbunden sind. Dazu werden Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Aktionäre und Vereinsmitglieder gezählt. Selbst juristische Personen wie Mitglieder von Wirtschaftsverbänden, Interessensgruppen oder internationalen Konzernen können Angehörige sein (GASSER, Eigengebrauch, 92 f.; CHERPILLOD, SIWR II/1, S. 277 f.; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 19 N 20; OGer ZH vom 21. März 2007 in sic! 2008, S. 105 ff.). Zu beachten ist indes, dass der interne Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 lit. c URG nicht unbeschränkt ist. Namentlich ist die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare nicht zulässig (Art. 19 Abs. 3 lit. a URG), es sei denn, es handle sich um Vervielfältigungen, die beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken hergestellt wurden (Art. 19 Abs. 3<sup>bis</sup> URG).

4.2.3. Ob eine Nutzung unter Art. 19 Abs. 1 lit. c URG subsumiert werden kann, ist durch Auslegung der Bestimmung zu ermitteln. Hierzu kann der in Art. 9 Abs. 2 RBÜ, in Art. 13 des TRIPS-Abkommens und Art. 10 Abs. 1 WCT festgeschriebene Dreistufentest hinzugezogen werden. Dieser sieht vor, dass (I) Beschränkungen und Ausnahmen von ausschliesslichen Rechten auf bestimmte Sonderfälle eingegrenzt werden, (II) die normale Verwertung des Werkes nicht beeinträchtigt werden darf und (III) die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht unangemessen verletzt werden dürfen. Die erste Teststufe schliesst generalklauselartige Beschränkungen aus. Es muss klar sein, welches Ziel mit der Beschränkung verfolgt wird. Die zweite Teststufe verlangt eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Hinblick auf die Verwertungsmöglichkeiten des Urheberrechts. Dabei bestimmt sich nach der Art des fraglichen Rechts und nach dem diesbezüglichen Absatzmarkt, was eine normale Verwertung ist. In der dritten Teststufe ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinn vorzunehmen. Ein unzumutbarer Eingriff in die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber liegt vor, wenn die Interessen Dritter diejenigen des Rechtsinhabers nicht zu überwiegen vermögen. Durch die Zahlung einer angemessenen Vergütung kann die durch eine Schranke verursachte Verletzung berechtigter Interessen so abgemildert werden, dass keine Verletzung der dritten Teststufe vorliegt (BGE 133 III 473 E. 6.1 S. 485 f.).

#### 4.3. *Würdigung*

4.3.1. Die Beklagte 1 hat rund 10'000 Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_" auf ihrer Datenbank erfasst und ihren Aktionären und Partnern bzw. deren Mitarbeitern zu Verfügung gestellt. Unter der Prämisse, dass die Artikel urheberrechtlich geschützte Werke sind, hätte die Beklagte 1 damit die Artikel vervielfältigt und zugänglich gemacht. Damit hätte sie dem Urheber bzw. dem Rechteinhaber gestützt auf Art. 10 Abs. 2 lit. a und lit. c URG ausschliesslich zustehende Rechte wahrgenommen. Dies wäre unzulässig, es sei denn, die Beklagte 1 konnte sich auf einen zulässigen Eigengebrauch oder einen anderen Rechtfertigungsgrund berufen.

4.3.2. Soweit die "D.\_\_\_\_\_"-Artikel als Teil des Medienspiegels "N.\_\_\_\_\_" der G.\_\_\_\_\_ für den internen Gebrauch innerhalb der G.\_\_\_\_\_ in die Datenbank der Beklagten 1 eingepflegt wurden, könnte grundsätzlich – aus Sicht der G.\_\_\_\_\_ –

ein zulässiger Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG vorliegen. Dies scheint die Klägerin nicht in Abrede zu stellen (vgl. act. 23 Rz. 5d). Die Klägerin behauptet zwar, die Beklagte 1 speichere die Artikel auf Vorrat (vgl. act. 23 Rz. 5c, 44a, 83). Diese Behauptung erweist sich indes - namentlich mit Bezug auf die G.\_\_\_\_\_ - als unzutreffend: Die Klägerin bestritt nämlich weder die Behauptung der Beklagten, dass lediglich ein Bruchteil aller "D.\_\_\_\_\_"-Artikel in der Datenbank der Beklagten 1 abgelegt wurde, noch die Behauptung, dass die Artikel vor ihrer Aufnahme in den "N.\_\_\_\_\_" selektioniert wurden (vgl. insb. act. 14 Rz. 5.2). Werden nicht unbesehen sämtliche Artikel abgespeichert, sondern lediglich eine Auswahl aufgrund einer Selektion, liegt keine Speicherung auf Vorrat vor. Schliesslich verheisst auch der Umstand, dass der Medienspiegel bzw. "D.\_\_\_\_\_"-Artikel über die Datenbank der Beklagten 1 der G.\_\_\_\_\_ bzw. deren Mitarbeitern zur Verfügung gestellt wurde, nicht ohne Weiteres, dass deswegen kein zulässiger Eigengebrauch durch die G.\_\_\_\_\_ mehr vorgelegen hat. Die elektronische Verbreitung über betriebsinterne Netzwerke ist grundsätzlich zulässig (BGE 133 III 473 E. 3.1 S. 478 f.).

4.3.2.1. Fraglich ist indes, ob die Datenbank der Beklagten 1 als Teil des internen Netzwerks der G.\_\_\_\_\_ gelten kann oder ob die Beklagte 1 Dritte im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG ist. Die Klägerin meint, die Beklagte 1 sei eine Dritte (act. 1 Rz. 44). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der oder die zum Eigengebrauch Berechtigte die hierfür erforderlichen Vervielfältigungen durch einen Dritten herstellen lassen darf (Art. 19 Abs. 2 URG). Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit Pressespiegeln erkannt, dass die Recherche und die Selektion einzelner Artikel urheberrechtlich irrelevante Handlungen sind, soweit der hierzu beauftragte Dritte dabei keine anderen Handlungen vornimmt, als sie der zum Eigengebrauch Berechtigte selber vornehmen dürfte (vgl. BGE 133 III 473 E. 5.4 S. 484 f.). Da sich der zulässige betriebsinterne Eigengebrauch über den Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG hinaus auch auf die betriebsinterne Verbreitung über elektronische Netzwerke erstreckt (BGE 133 III 473 E. 3.1 S. 478 f.), muss es über den Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 URG hinaus auch zulässig sein, dass der Dritte nicht nur zur Vervielfältigung, sondern auch zur internen Verbreitung beigezogen werden darf. Schliesslich wird dadurch, dass der Dritte die zum Eigengebrauch ver-

vielfältigten Werke auf seinem Netzwerk zur Verfügung stellt, nicht weitergehend in die Urheberrechte eingegriffen, als wenn dies der oder die zum Eigengebrauch Berechtigte selbst tun würde (indem er die zum Eigengebrauch vervielfältigten Werke auf den eigenen Servern abspeichern würde; vgl. BGE 133 III 473 E. 5.4 S. 484 f.). Das Gesagte gilt jedenfalls solange, als der Dritte durch technische Massnahmen sicherstellen kann, dass lediglich die zum Eigengebrauch Berechtigten auf die hierzu vervielfältigten Werke auf seinem Netzwerk zugreifen können (vgl. BERANEK ZANON/ DE LA CRUZ BÖHRINGER, Urheberrechtliche Beurteilung von IaaS- (und XaaS)- Cloud-Diensten für die betriebliche Nutzung gemäss Art. 19 URG, sic! 2013 S. 663 ff., S. 676 f.).

4.3.2.2. Wäre die Beklagte 1 aus der Optik der G.\_\_\_\_\_ als Dritte im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG zu qualifizieren, könnte sie das Abspeichern und Zur-Verfügung-Stellen von "D.\_\_\_\_\_"-Artikeln nach dem Gesagten *prima facie* kaum als Eigengebrauch rechtfertigen. Die Beklagte 1 gibt unumwunden zu, dass der Medienspiegel "N.\_\_\_\_\_" und die dadurch in ihre Datenbank gelangten Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_" nicht nur den Mitarbeitern der G.\_\_\_\_\_ zur Verfügung standen. Vielmehr konnten auch die übrigen Aktionäre der Beklagten 1 sowie ihre Partner auf diese Artikel zugreifen (vgl. act. 14 Rz. 12 f., 16, 21). Das Abspeichern und Zur-Verfügung-Stellen der Artikel wäre daher *e contrario* unter Art. 19 Abs. 1 lit. c URG nur zulässig, soweit die übrigen Aktionäre und Partner der Beklagten 1 ihrerseits zum Eigengebrauch Berechtigte wären. Da die Selektion der Artikel nach Angaben der Beklagten aber aufgrund von Kriterien der G.\_\_\_\_\_ und nicht im Auftrag der übrigen Aktionäre und Partner der Beklagten 1 erfolgte (act. 14 Rz. 5.2), könnte für Letztere eine unzulässige Speicherung auf Vorrat erfolgt sein. Insofern wäre die Berechtigung zum Eigengebrauch durch die übrigen Aktionäre und Partner der Beklagten 1 fraglich. Wie es sich damit abschliessend verhält, braucht nicht untersucht zu werden.

4.3.3. Ob ein interner Eigengebrauch vorliegt, ist vorliegend nämlich nicht aus der Optik der G.\_\_\_\_\_ zu beurteilen, sondern aus der Optik der Beklagten 1. Nicht der einzelne Aktionär (namentlich nicht die G.\_\_\_\_\_) oder der einzelne Partner der Beklagten 1 ist die massgebende Einrichtung, sondern die Beklagte 1.

4.3.3.1. In ihrer Eigenschaft als zum Eigengebrauch Berechtigte kann die Beklagte 1 auch nicht Dritte im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG sein. Solange die von ihr angefertigten Vervielfältigungen zum Zwecke der internen Information und Dokumentation erfolgen, ist daher auch ein Kopieren auf Vorrat zulässig.

4.3.3.2. Fraglich ist indes, wie weit sich der interne Bereich der Beklagten 1 erstreckt. Da der interne Bereich, wie gezeigt, in einem weiten Sinne zu verstehen ist, umfasst dieser zunächst nicht nur die Angestellten der Beklagten 1, sondern auch alle ihre Aktionäre. Letztere stehen in einem direkten Mitgliedschaftsverhältnis zur Beklagten 1 (vgl. BAUDENBACHER in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 620 N 18, 21a, 31; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl. 2015, § 7 N 9). Ähnliches gilt auch für die Partner der Beklagten 1. Sie halten zwar keine Beteiligung am Kapital der Beklagten 1. Ihr Verhältnis zur Beklagten 1 ist aber enger als die eines blossen Kunden oder eines nicht näher bestimmten Abnehmers. Schliesslich bedarf es der Aufnahme in die Partnerschaft, um als Nicht-Aktionär von den Dienstleistungen der Beklagten 1 profitieren zu können. Diese steht nicht jedermann offen. Vielmehr sind nicht näher bestimmte Aufnahmekriterien zu erfüllen (act. 14 Rz. 56). Letzteres hat die Klägerin nicht substantiiert bestritten (act. 23 Rz. 53). Eine Aufnahme in eine Partnerschaft ist mit der Aufnahme in eine Interessensgruppe vergleichbar. Eine derartige Bindung genügt, um den internen Bereich auf die so verbundenen Partner zu erstrecken (vgl. oben, Erw. 4.2.2). Daraus folgt, dass die Datenbank der Beklagten 1 einem geschlossenen Nutzerkreis zur Verfügung steht. Sodann scheint mit der Partnerschaft grundsätzlich einherzugehen, dass die Partner ihrerseits ihre Werke der Beklagten 1 zur Verfügung stellen (vgl. act. 1 Rz. 12; act. 28 Rz. 5.2; act. 29/1). Damit unterscheidet sich die Beklagte 1 von einer öffentlichen, jedermann zugänglichen Bibliothek entscheidend. Die Gesamtheit der Aktionäre und Partner der Beklagten 1 rücken somit vielmehr in die Nähe einer einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530 OR ff., die sich zum Zwecke des Betriebs einer gemeinsamen Recherchedatenbank zusammengeschlossen haben. Wie es sich damit abschliessend verhält, braucht nicht untersucht zu werden. Die Rechtsform der den internen Bereich definierenden Einheit ist bedeutungslos und eine Rechtspersönlichkeit ist

nicht vorausgesetzt (CHERPILLOD, SIWR II/1, S. 277 f.). Zusammenfassend ergibt sich, dass sich der Kreis, innerhalb dessen ein Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG zulässig ist, auf die Beklagte 1, ihre Aktionäre und ihre Partner erstreckt.

4.3.4. Der Einwand der Klägerin, dass durch diesen Zusammenschluss mehrere Tausend Journalistinnen und Journalisten Zugriff auf die Datenbank der Beklagten 1 haben (act. 1 Rz. 14; 23 Rz. 6b), ändert am Umfang des internen Bereichs nichts. Die Zahl derjenigen, die dem internen Bereich angehören, ist für dessen Definition nicht ausschlaggebend. Dies wird offensichtlich, führt man sich vor Augen, dass selbst die Mitglieder eines internationalen Konzerns einen internen Bereich bilden können. Damit bleibt es bei der Feststellung, dass das Abspeichern und Zur-Verfügung-Stellen der "D.\_\_\_\_\_"-Artikel auf der Datenbank der Beklagten 1 zwar ein Vervielfältigen und ein Zugänglichmachen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. a und lit. c URG darstellt, diese Vorgänge jedoch innerhalb einer Einrichtung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. c URG stattgefunden haben.

4.3.5. Zulässig ist ein solches Vorgehen indes nur, soweit das Vervielfältigen und das Zugänglichmachen zum Zwecke der "internen Information und Dokumentation" erfolgt (Art. 19 Abs. 1 lit. c. URG). Selbst wenn der Klägerin gefolgt würde und die Datenbank der Beklagten 1 als Rechercheinstrument zum Zwecke der Herstellung und Verbreitung neuer Medienartikel angesehen würde (vgl. act. 23 Rz. 5c), wäre der Betrieb der Datenbank zulässig. Information ist die Vermittlung von Wissen, beim betriebsinternen Gebrauch die Weitergabe von Kenntnissen an die Angehörigen der Einrichtung. Der Zweck der Information muss sich dabei nicht in der Wissensvermittlung selbst erschöpfen. Er darf auch in der Arbeitserleichterung liegen (BGE 108 II 475 E. 3a S. 481 f.; GASSER, Eigengebrauch, S. 94). Bei der Datenbank der Beklagten 1 handelt es sich unbestrittenermassen um ein Rechercheinstrument. Ein Rechercheinstrument dient regelmässig der Arbeitserleichterung. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Medienschaffenden, die auf die Datenbank Zugriff haben, gestützt auf die dadurch erlangten internen Informationen *neue* Medienartikel herstellen und öffentlich verbreiten. Anders wäre die Sache zu beurteilen, würde die Datenbank der unveränderten Reproduktion

der "D.\_\_\_\_\_"-Artikel in Medienerzeugnissen der Aktionäre und Partner der Beklagten 1 dienen. Dass Entsprechendes zutrifft, behauptet die Klägerin indes nicht.

4.3.6. Zusammenfassend erfolgten die von der Beklagten 1 angefertigten Vervielfältigungen und das Zur-Verfügung-Stellen der "D.\_\_\_\_\_"-Artikel auf deren Datenbank zum betriebsinternen Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG. Anlass dazu war zwar in erster Linie ein Informationsbedürfnis der G.\_\_\_\_ und nicht der übrigen Aktionäre und Partner der Beklagten 1. An der Zulässigkeit des Vorgehens der Beklagten 1 ändert sich dadurch aber nichts. Der betriebsinterne Eigengebrauch setzt nämlich nicht voraus, dass sämtliche Betriebsangehörige der Information bedürfen, die durch das intern vervielfältigte und zur Verfügung gestellte Werk vermittelt wird.

4.3.7. Liegt ein betriebsinterner Eigengebrauch vor, ist dieser nur zulässig, soweit die Schranke von Art. 19 Abs. 3 URG beachtet wird. Die Klägerin wendet ein, die Beklagte 1 verletze Art. 19 Abs. 3 lit. a URG, weil die Nutzer der Beklagten 1 mit vollständigen Vervielfältigungen der "D.\_\_\_\_\_"-Artikel bedient würden (act. 1 Rz. 35, 57). Die Beklagten halten diesbezüglich dafür, dass es sich bei den einzelnen Artikeln gar nicht um Werkexemplare handle (act. 14 Rz. 39, 48 f.).

4.3.7.1. Gemäss Art. 19 Abs. 3 lit. a URG ist ausserhalb des privaten Kreises die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare nicht zulässig. Ob es sich bei den einzelnen "D.\_\_\_\_\_"-Artikeln je um eigene Werkexemplare handelt, kann offenbleiben. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass sich die Ausgangslage vorliegend erheblich von jener unterscheidet, die sich dem Bundesgericht in den von den Beklagten zitierten Fällen BGE 133 III 473 und BGE 140 III 616 präsentierte. Zwar erkannte das Bundesgericht, dass der einzelne Presseartikel grundsätzlich kein Werkexemplar darstellt (vgl. BGE 133 III 473 E. 3.1 S. 478; 140 III 616 E. 3.6.4 S. 631 f.). Anders als in jenen Fällen werden vorliegend die Artikel aber nicht physisch, sondern nur online vertrieben. Sie können damit nicht Teil einer gedruckten Zeitung oder Zeitschrift sein und als Auszug derselben kopiert werden. Schliesslich stellt das Bundesgericht klar, dass auch ein einzelner Artikel ein Werkexemplar sein kann, wenn die-

ser ausschliesslich als einzelne Verkaufseinheit angeboten wird (BGE 140 III 616 E. 3.6.5 S. 633).

4.3.7.2. Es kann indes auch offenbleiben, ob die "D.\_\_\_\_\_"-Artikel, die ausschliesslich und kostenlos von der Website "D.\_\_\_\_\_.ch" abrufbar sind, einzelne im Handel erhältliche Verkaufseinheiten darstellen. Das Abspeichern von "D.\_\_\_\_\_"-Artikeln auf der Datenbank der Beklagten 1 wäre so oder anders zulässig. Art. 19 Abs. 3<sup>bis</sup> URG erlaubt den integralen Download und das Abspeichern von Werkvervielfältigungen, die beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken hergestellt werden, sofern die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 URG erfüllt sind (EGLOFF, *Bezahlter Download zum Eigengebrauch?*, *medialex* 2011, S. 72 ff.). Dass die Artikel erlaubterweise im Internet zugänglich gemacht wurden, liegt auf der Hand. Schliesslich wurden die Artikel auf der von der Klägerin selbst betriebenen Website "D.\_\_\_\_\_.ch" publiziert. Im Übrigen sind auch die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG erfüllt (vgl. oben, Erw. 4.3.6).

4.3.7.3. Art. 19 Abs. 3<sup>bis</sup> URG bezieht sich zwar nur auf die integrale Vervielfältigung. Ein an die Vervielfältigung anschliessendes Zur-Verfügung-Stellen auf der Datenbank der Beklagten 1 wird deshalb aber nicht unzulässig. Nach dem Verständnis des Gesetzgebers wird die gesetzliche Lizenz von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG kraft Art. 19 Abs. 3<sup>bis</sup> URG ausgedehnt, damit das Werkexemplar erst einmal integral über den elektronischen Geschäftsverkehr beschafft werden kann (vgl. SHK URG-GASSER, Art. 19 N 48i). Inwieweit das derart zulässigerweise beschaffte Werkexemplar betriebsintern genutzt werden kann, richtet sich aber wieder nach Art. 19 Abs. 1 lit. c URG. Entsprechend ist innerhalb eines Betriebs auch das Zur-Verfügung-Stellen einer kraft Art. 19 Abs. 3<sup>bis</sup> URG rechtmässig heruntergeladenen vollständigen Vervielfältigung eines Werkexemplars zulässig (vgl. BGE 133 III 473 E. 3.1 S. 478; SHK URG-GASSER, Art. 19 N 48i).

4.3.8. Fraglich ist indes, ob das Vorgehen der Beklagten 1 noch als interner Gebrauch gelten kann, zumal sie die zum Eigengebrauch angefertigten Vervielfältigungen ihren Angehörigen nicht kostenlos zur Verfügung stellt (vgl. act. 1 Rz. 13; act. 14 Rz. 17). Die Klägerin macht nämlich geltend, sie würde dadurch konkur-

renziert (act. 1 Rz. 59). Hierzu ist Art. 19 Abs. 1 lit. c URG - soweit erforderlich unter Berücksichtigung von Art. 19 Abs. 3<sup>bis</sup> URG und des Dreistufentests - auszulegen (vgl. SHK URG-GASSER/OERTLI, S. 194 N 16).

4.3.8.1. Der Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG, wonach es sich um einen *internen* Gebrauch handeln muss, schliesst eine kommerzielle Nutzung der Vervielfältigungen aus. Gemäss GASSER verlangt zudem der Zweck von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG, dass mit den (betriebsinternen) Vervielfältigungen keine Einnahmen angestrebt werden (vgl. GASSER, Eigengebrauch, S. 96). Dem ist mit der Präzisierung beizupflichten, dass nicht massgebend sein kann, ob Einnahmen schlechthin angestrebt werden, sondern, ob mit den Vervielfältigungen *Gewinne* angestrebt werden (so bereits Art. 22 aURG). Betriebsinterne Dienstleistungen werden oft auch innerhalb eines Betriebes nach dem Verursacherprinzip weiterverrechnet, sei es an eine einzelne Person oder an eine Abteilung mit eigenem Budget (z.B. die durch den Arbeitnehmer selbst zu tragenden Kosten einer Mahlzeit in einer Betriebskantine, die Kosten eines internen Fahrzeugs oder die Leihgebühren einer internen Bibliothek). Solange a) lediglich die Gestehungskosten, die durch die Beschaffung der Vervielfältigungen und aus dem Unterhalt der internen Dokumentation entstehen, intern weiterverrechnet werden und insofern "Einnahmen" anfallen, und b) ungeachtet dieser internen Kostenverrechnung der den Eigengebrauch rechtfertigende Zweck der Vervielfältigung – nämlich die interne Information und Dokumentation – bewahrt bleibt (vgl. GASSER, Eigengebrauch, S. 92), ist das Erzielen von Einnahmen an sich nicht zu beanstanden. Eine interne Kostenverteilung kann und darf also namentlich nicht als Rechtfertigung dafür dienen, dass die Vervielfältigung den internen Bereich verlässt. Sind diese Voraussetzungen eingehalten, ist selbst ein interner gebührenpflichtiger Download unter Art. 19 Abs. 1 lit. c URG zulässig.

4.3.8.2. Massgebend ist nach dem Gesagten, ob die Beklagte 1 mit ihrer Dienstleistung Gewinne anstrebt. Die Beklagten behaupten, die Beklagte 1 würde lediglich Kostendeckungsanteile von ihren Aktionären und Partnern verlangen und trachte nicht danach, Gewinne zu erwirtschaften; allfällige Gewinne seien gering bzw. vernachlässigbar geblieben und reinvestiert worden (vgl. insb. act. 14

Rz. 5.4.1, 17). Diese Ausführungen hat die Klägerin nicht substantiiert bestritten (vgl. act. 23 Rz. 7, 20). Strittig geblieben ist einzig die Erzielung eines Gewinns aus der Nutzung der "D.\_\_\_\_\_"-Artikel (vgl. act. 14 Rz. 71; act. 23 Rz. 64). Selbst wenn man davon ausginge, die Beklagte 1 habe mit den "D.\_\_\_\_\_"-Artikeln Gewinne erwirtschaftet, so bleibt immer noch unbestritten, dass diese Gewinne gering bzw. vernachlässigbar blieben und reinvestiert wurden, dass die Beklagte 1 diese nicht zu erwirtschaften sucht und dass sie lediglich aus Kostendeckungsbeiträgen resultieren. Aufgrund dieser Umstände kann nicht davon gesprochen werden, dass die Beklagte 1 Gewinne geradezu anstrebt. Im Übrigen hat die Kostenüberwälzung nicht zur Folge, dass die Vervielfältigungen den internen Bereich verlassen. Gegenteiliges macht die Klägerin zumindest nicht geltend. Demgegenüber legen die Beklagten dar, dass der Datenbestand der Beklagten 1 den Berechtigten nur zu Informationszwecken für den Eigengebrauch zur Verfügung steht (act. 28 Rz. 5.2). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die interne Erhebung von Kostenanteilen, wie es die Beklagte 1 tut, mit Art. 19 Abs. 1 lit. c URG vereinbar ist. Entsprechend ist auch die erste Teststufe überwunden (Eingrenzung auf Spezialfälle; vgl. BGE 140 III 616 E. 3.6.6 S. 634; 133 III 473 E. 6.1 S. 485).

4.3.8.3. Nicht ersichtlich ist sodann, inwieweit die Klägerin dadurch, dass die Beklagte 1 Kostendeckungsbeiträge erhebt, in der normalen Auswertung der Artikel beeinträchtigt wurde (zweite Teststufe). Zwar ist ihr Argument, dass die Abrufbarkeit von "D.\_\_\_\_\_"-Artikeln von der Datenbank der Beklagten 1 zu Werbeeinnahmen infolge einer verringerten Anzahl Besucher auf ihrer Webseite geführt haben soll, nachvollziehbar. Nachdem die Beklagten aber bestreiten, dass die Klägerin Mindereinnahmen gewärtigen musste (vgl. act. 14 Rz. 49), entbindet auch diese Logik die Klägerin nicht davon, substantiiert darzutun, inwieweit sie tatsächlich Mindereinnahmen hinnehmen musste. Hierzu hätte sie zunächst für den Zeitraum, als "D.\_\_\_\_\_"-Artikel auf der Datenbank der Beklagten 1 abrufbar waren, dartun müssen, I) welche Besucherzahlen sie auf der Webseite "D.\_\_\_\_\_.ch" verzeichnete und II) wie hoch die dadurch erzielten Werbeeinnahmen waren. Sodann hätte sie aufzeigen müssen, III) welche Anzahl (zusätzlicher) Webseitenbesucher sie, seitdem die Beklagte 1 keine Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_"

mehr auf ihrer Datenbank hält (d.h. spätestens ab 20. August 2019, vgl. act. 1 Rz. 29) verzeichnet, und IV) inwieweit dies dazu geführt hat, dass sie seither ihre Werbefenster teurer vermarkten kann. All diese Angaben macht die Klägerin nicht. Zusammenfassend legt die Klägerin nicht substantiiert dar, dass sie durch die Beklagte 1 in der normalen Auswertung der "D.\_\_\_\_"-Artikel beeinträchtigt wurde. Damit ist die zweite Teststufe überwunden.

4.3.8.4. Im Rahmen einer Interessensabwägung im engeren Sinne ist das Interesse der Klägerin, möglichst viele Besucher auf ihrer Webseite zu verzeichnen, angesichts ihres behaupteten Finanzierungsmodelles nachvollziehbar (Auswertung der Artikel durch Verkauf von Werbefenstern auf der Website "D.\_\_\_\_.ch", wobei der Preis für ein Werbefenster von der Anzahl Webseiten-Besucher abhängig sein soll). Somit besteht der "Preis" für einen "D.\_\_\_\_"-Artikel in der Wahrnehmung der Werbefenster durch den Webseitenbesucher. Der Klägerin ist aber entgegen zu halten, dass die Beklagte 1 zwecks Downloads der Artikel die Webseite der Klägerin besuchte und so entsprechende Besucherzahlen generierte. Insofern wurde die Klägerin – ökonomisch betrachtet – für die Vervielfältigungen ihrer Artikel durch die Beklagte 1 vergütet. Sodann führte die Klägerin selbst aus, die der Beklagten 1 angehörigen Medienschaffenden würden parallel zur Nutzung der Datenbank ohnehin noch weitere Recherchen anstellen und dadurch "zwangsläufig auf die Beiträge der Klägerin" stossen (act. 1 Rz. 61). Sollte diese Annahme zutreffen, ist nicht auszumachen, inwieweit die Interessen der Klägerin durch die Abrufbarkeit von "D.\_\_\_\_"-Artikeln von der Datenbank der Beklagten 1 überhaupt verletzt wurden. Würden die Medienschaffenden nämlich ohnehin "zwangsläufig" auf ihre Webseite gelangen, hätte die Klägerin durch den Betrieb der Datenbank der Beklagten 1 auch keine Minderzugriffe auf ihre Webseite zu gewärtigen gehabt. Sind keine Minderzugriffe vorhanden, musste die Klägerin ihre Werbefenster auch nicht günstiger verkaufen. Ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Betrieb der Datenbank durch die Beklagte 1 und den Zugriffszahlen auf der Webseite der Klägerin fehlt. Entsprechend wurden die Interessen der Klägerin nicht verletzt. Abgesehen von den finanziellen Interessen dürfte die Klägerin zudem auch ein Interesse daran haben, dass ihre Artikel eine möglichst breite Leserschaft finden.

4.3.8.5. Andererseits sind in der vorliegenden Interessensabwägung auch die Interessen der Beklagten 1 bzw. der ihr angehörigen Medienschaffenden zu berücksichtigen. Entgegen der Auffassung der Klägerin (vgl. act. 1 Rz. 61) kann angesichts der immer dichter werdenden, unstrukturierten Informationsflut aus der Recherchekompetenz der Medienschaffenden nicht abgeleitet werden, dass sie deshalb nicht auf Hilfsmittel angewiesen sind, die ihnen eine effiziente Arbeitserledigung ermöglichen. Schliesslich leisten die Medienschaffenden einen zentralen Beitrag zur Verwirklichung der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV), die ihrerseits die Grundlage des demokratischen Staates ist (vgl. BGE 96 I 586 E. 6 S. 592). Das öffentliche Informationsinteresse rechtfertigt es, dass die Medienschaffenden keine unverhältnismässigen Einschränkungen bei der Erfüllung ihrer staatstragenden Arbeit gewärtigen müssen.

4.3.8.6. Sodann ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der betriebsinterne Eigengebrauch nicht kostenlos, sondern nach Art. 20 Abs. 2 URG vergütungspflichtig ist. Will man dafürhalten, dass die "D.\_\_\_\_\_"-Artikel im Sinne von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG im Handel erhältliche Werkexemplare sind, wird zwar nur das betriebsinterne Zur-Verfügung-Stellen der Artikel über die gesetzliche Lizenz von Art. 20 Abs. 2 URG entschädigt, nicht aber die Vervielfältigung (vgl. Art. 19 Abs. 3<sup>bis</sup> URG). Dies führt indes nicht zu einem unzumutbaren Eingriff in die Rechte der Klägerin. Der Gesetzgeber beabsichtigte bei Erlass von Art. 19 Abs. 3<sup>bis</sup> URG die Vermeidung von Doppelbelastungen, die entstehen würden, wäre neben dem "bezahlten" Download zusätzlich die gesetzliche Vergütung von Art. 20 Abs. 2 URG zu bezahlen (vgl. Botschaft [...] zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 10. März 2006 BBl 2006 3389, S. 3429 und AB 2006 S 1203 f., N 2007 1198 f.). Die Beklagte 1 hat, wie bereits festgehalten, durch ihre produktionsbedingten Zugriffe auf die Webseite "D.\_\_\_\_\_.ch" die Klägerin bereits entschädigt, womit die wegfallende gesetzliche Vergütung für die Vervielfältigungen gerechtfertigt ist.

4.3.9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin dadurch, dass die Beklagte 1 für ihre Dienstleistung Kostendeckungsbeiträge erhebt, keinen unzumutbaren Eingriff in ihre Interessen hinnehmen musste. Die dritte Teststufe ist

überwunden. Demnach verbleibt es bei der Feststellung, dass es sich bei der von der Beklagten 1 angebotenen Dienstleistung um einen zulässigen Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG handelt. Die Klägerin verfügt daher auch deshalb über keine Ansprüche gegenüber der Beklagten 1 gestützt auf Art. 62 Abs. 2 URG, weshalb die Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 der Klage insoweit abzuweisen sind.

## 5. Passivlegitimation der Beklagten 2

### 5.1. *Parteistandpunkte*

5.1.1. Die Klägerin behauptet, die Beklagte 2 sei eine Tochtergesellschaft der Beklagten 1, deren Ziel es sei, "das einzigartige Knowhow der [Beklagten 1] auch Unternehmen, Verbänden, Organisationen und Privatpersonen zur Verfügung zu stellen" (act. 1 Rz. 10). Mit "Knowhow" seien die Inhalte der Beklagten 1 gemeint. Die Datenbanken der Beklagten 1 und 2 seien inhaltlich identisch. Der "D.\_\_\_\_\_" werde zwar nicht auf der Medienliste der Beklagten 2 geführt (act. 1 Rz. 11). Die "D.\_\_\_\_\_"-Artikel seien aber dennoch von der Datenbank der Beklagten 2 abrufbar gewesen: Aus dem Wikipedia-Eintrag zur Beklagten 1 ergebe sich, dass die Öffentlichkeit kostenpflichtig via die Beklagte 2 Inhalte der Beklagten 1 abrufen könne. Die diese Aussage belegende Fundstelle gemäss Fussnote 1 des Wikipedia-Eintrags habe die Beklagte 2 zwar gelöscht (act. 23 Rz. 4b ff.). Es entspreche aber auch der geschäftlichen Logik, dass die Beklagte 1 die "D.\_\_\_\_\_"-Artikel der Beklagten 2 zur Verfügung gestellt habe. Schliesslich hätten die Artikel so ohne signifikante Zusatzkosten breiter kommerzialisiert werden können (act. 23 Rz. 4e). Zudem hätten im Dezember 2017 die frühere Anwältin der Klägerin, Dr. X1.\_\_\_\_\_, die Verwaltungsrätin der Klägerin J.\_\_\_\_\_ sowie der ehemalige Mitarbeiter der Klägerin L.\_\_\_\_\_ Stichproben auf der Datenbank der Beklagten 2 gemacht. Dabei seien sie auf "D.\_\_\_\_\_"-Artikel gestossen. Auf einen Download der Artikel habe man aus Kostengründen verzichtet (act. 23 Rz. 4f f.). Es ergebe sich immerhin aus einem "Dossier mit C.\_\_\_\_\_-Dokumenten", dass in der Datenbank der Beklagten 2 ein "D.\_\_\_\_\_"-Artikel vom 9. August 2017 aufgeführt sei, der sich auch im Dossier der Beklagten 1 wiederfinde. Wie viele Artikel sich auf der Datenbank der Beklagten 2 befunden hätten, wann diese kopiert und archiviert wor-

den seien, wie lange die Artikel angeboten worden seien und wie häufig sie genutzt und verkauft worden seien, wisse nur die Beklagte 2 (act. 23 Rz. 4h f.).

5.1.2. Die Beklagten bestätigen, dass die Beklagte 2 eine Tochtergesellschaft der Beklagten 1 ist. Die Bestände der Beklagten 2 seien – im Unterschied zu jenen der Beklagten 1 – öffentlich zugänglich, wenn auch kostenpflichtig. Für alle Dokumente, welche die Beklagte 2 zugänglich mache, liege die Zustimmung der Rechteinhaber vor (act. 14 Rz. 10). "D.\_\_\_\_"-Artikel seien bei der Beklagten 2 nie abrufbar gewesen. Die Datenbestände der Beklagten 1 und 2 seien nicht identisch (act. 14 Rz. 5.1, 14 f.; act. 28 Rz. 4.3). Die Klägerin habe auf der Datenbank der Beklagten 2 zudem kein Dossier gefunden, sondern lediglich das Inhaltsverzeichnis eines Dossiers der "O.\_\_\_\_". Darin werde zwar ein Artikel aus dem "D.\_\_\_\_" vom 9. August 2017 aufgeführt. Der Artikel selbst sei aber von der Datenbank der Beklagten 2 nicht abrufbar gewesen. Aus der Oberzeile des als act. 24/5 eingereichten Artikels ergebe sich denn auch, dass der Artikel über die Webseite der Klägerin abgerufen worden sei. Im Übrigen sei der im besagten Inhaltsverzeichnis abgedruckte Abschnitt des Artikels vom 9. August 2017 vom Zitatrecht gedeckt und weise selbst keinen Werkcharakter auf (act. 28 Rz. 4.7.1 f.).

## 5.2. *Rechtliches*

Wer in seinem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzt oder gefährdet wird, kann insbesondere auf Schadenersatz, Genugtuung und die Herausgabe eines Gewinnes klagen (vgl. Art. 62 Abs. 2 URG). Passivlegitimiert ist diejenige natürliche oder juristische Person, welche die Schutzrechtsverletzung vornimmt oder an ihr mitwirkt (BGE 145 III 72 E. 2.2.1 S. 75 ff.; HILTY, a.a.O., N 825; SCHWENNINGER und FISCHER in: Fischer/Luterbacher [Hrsg.], Haftpflichtkommentar, 2016, Art. 62 URG N 10 bzw. Vorb. zu Art. 41–61 OR N 42). Die Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich des widerrechtlichen Verhaltens und dessen Urhebers obliegt dem Kläger (vgl. AppGer BS ZK.2015.9 vom 20. Mai 2016 E 2.2 in sic! 2016 S. 594 f.; EGLOFF/HEINZMANN in: Egloff, a.a.O., Art. 62 N 17; JUNGO, Zürcher Kommentar, Beweislast, Art. 8 ZGB, 3. Aufl. 2018, N 348; KESSLER und SCHULIN/VOGT in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Art. 41 N 54 bzw. Art. 62 N 41). Wird die Klage gegen

eine Person erhoben, die nicht passivlegitimiert ist, so führt dies zur Abweisung der Klage (BGE 142 III 782 E. 3.1.4 S. 786; 126 III 59 E. 1a S. 63 f.).

### 5.3. *Würdigung*

5.3.1. Die Klägerin wirft der Beklagten 2 im Wesentlichen dasselbe vor wie der Beklagten 1. Die Beklagte 2 soll die der Klägerin zustehenden Urheberrechte an "D.\_\_\_\_\_"-Artikeln – namentlich ihr ausschliessliches Recht auf Vervielfältigung und Zugänglichmachen (act. 1 Rz. 19, 62 f., 66) – dadurch verletzt haben, dass sie jene 10'398 Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_" aus dem Datenbestand der Beklagten 1 übernommen und verwertet habe, ohne dass die Klägerin hierzu ihr Einverständnis gegeben habe oder hierfür entschädigt worden sei (act. 1 Rz. 18 f., 32, 59, 67, 95, 100, 122; act. 23 Rz. 40, 44a, 83).

5.3.2. Damit die Beklagte 2 als Passivlegitimierte überhaupt in Frage kommt, müsste bewiesen sein, dass sie Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_" auf ihrer Datenbank gespeichert hatte bzw. dass solche abrufbar waren. Die entsprechende Behauptung der Klägerin (vgl. act. 1 Rz. 10 ff.; act. 23 Rz. 4) wird von den Beklagten substantiiert bestritten (vgl. act. 14 Rz. 5.1, 14 f.; act. 28 Rz. 4.3). Infolgedessen hätte es der Klägerin obliegen, substantiiert darzutun, welche Artikel des D.\_\_\_\_s von der Datenbank der Beklagten 2 abrufbar waren. Dieser Substantiierungslast kommt die Klägerin vorliegend nicht rechtsgenügend nach.

5.3.2.1. Aus dem Umstand, dass die Beklagte 2 ihre Dienstleistungen damit bewirbt, das "einzigartige Knowhow" der Beklagten 1 einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich zu machen, kann nicht gefolgert werden, dass sie Artikel von der Datenbank der Beklagten 1 übernommen hat. "Knowhow" bezeichnet das Wissen, wie man eine Sache praktisch verwirklicht, anwendet o.Ä. (vgl. [https://www.duden.de/rechtschreibung/Know\\_how](https://www.duden.de/rechtschreibung/Know_how) [abgerufen am 11. August 2021]). Zu denken ist damit vorderhand an die Tätigkeit, eine Mediendatenbank zu betreiben. Einen Rückschluss auf den Inhalt der Datenbank der Beklagten 2 lässt sich dadurch aber nicht machen. Schliesslich spricht auch der Umstand, dass die Klägerin bzw. der "D.\_\_\_\_\_" nicht auf der Medienliste der Beklagten 2 verzeichnet ist, gegen die Speicherung und Abrufbarkeit von "D.\_\_\_\_\_"-Artikeln

von deren Datenbank. Gegenteiliges würde auch dann nicht zutreffen, ergäbe sich aus der mittlerweile nicht mehr abrufbaren Webseite der Beklagten <[https://C.\\_\\_\\_\\_\\_.ch/C.\\_\\_\\_\\_\\_.2/index.jsp?groupId=18&contentId=2](https://C._____.ch/C._____.2/index.jsp?groupId=18&contentId=2)> (vgl. act. 24/1) tatsächlich, dass über die Beklagte 2 Inhalte der Beklagten 1 abgerufen werden können. Aus dem Umstand, dass über die Beklagte 2 Inhalte der Datenbank der Beklagten 1 abgerufen werden können, lässt sich weder ableiten, a) dass *alle* Inhalte der Datenbank der Beklagten 1 über die Datenbank der Beklagten 2 abgerufen werden können, noch b) dass Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_" über die Datenbank der Beklagten 2 abrufbar waren.

5.3.2.2. Es kann der Klägerin zwar beigespflichtet werden, dass eine geschäftliche Logik dafür spricht, dass die Beklagte 1 daran interessiert sein könnte, sämtliche bei ihr verfügbaren Artikel der Beklagten 2 und damit allen möglichen zahlenden Nutzern zur Verfügung zu stellen. Die Beklagte 2 dürfte daran interessiert sein, der Öffentlichkeit ein möglichst breites Angebot an Artikeln anzubieten. Eine solche Vermutung kann aber nicht zu einer Umkehr der Behauptungs- und Beweislast dahingehend führen, sodass es nunmehr an der Beklagten 2 gelegen wäre, zu beweisen, dass sie keine "D.\_\_\_\_\_"-Artikel bei sich speicherte. Die Klägerin wird nicht davon entbunden, substantiiert dazutun, welche Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_" bei der Beklagten 2 tatsächlich abrufbar waren. Solche Behauptungen stellt die Klägerin aber gerade nicht auf. Sie räumt vielmehr ein, sie wisse gar nicht, wie viele Artikel sich auf der Datenbank der Beklagten 2 befunden hätten, wann diese kopiert und archiviert worden seien, wie lange die Artikel angeboten worden seien und wie häufig sie genutzt und verkauft worden seien (vgl. act. 23 Rz. 4h f.). Daraus ist zu schliessen, dass es sich bei der Behauptung der Klägerin, Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_" seien in der Datenbank der Beklagten 2 gespeichert und von da aus für deren Nutzer abrufbar gewesen, um eine blosser Vermutung handelt.

5.3.2.3. Die Klägerin versucht zwar, die zur Substantiierung notwendigen, fehlenden Informationen über ein Editionsbegehren erhältlich zu machen (vgl. act. 23 Rz. 4h). Diese Edition ist ihr jedoch zu verwehren, zumal dies auf eine unzulässige Beweisausforschung hinauslaufen würde. Die Klägerin kann ihre Obliegenheit

zur Beibringung der Beweismittel, welches sie für die Substantiierung ihrer Ansprüche benötigt, nicht auf die Beklagten abschieben. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, an Informationen zu gelangen, um damit auf blossen Vermutungen basierende Behauptungen überhaupt erst spezifizieren zu können (vgl. BGE 147 III 139 E. 1.7.2; 143 III 297 E. 8.2.5.4 S. 327; 132 III 291 E. 2.1 S. 297; BAUMANN WEY, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, S. 170). Die Urkundenedition dient mit anderen Worten nicht der Klärung eines Sachverhalts, sondern zu dessen Beweis (HGer ZH HE140508 vom 21. Mai 2015 in ZR 114/2015 S. 264 ff., 268). Entsprechend setzt eine Edition substantiierte Tatsachenbehauptungen voraus, die mittels der zu edierenden Urkunden nur noch bewiesen werden sollen.

5.3.2.4. Aus demselben Grund ist auch auf die von der Klägerin angebotenen Einvernahmen von Rechtsanwältin Dr. X1.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ zu verzichten (vgl. act. 23 Rz. 4f f.). Auch die Zeugeneinvernahme bzw. die Parteibefragung setzt substantiierte Behauptungen zu jenen Tatsachen voraus, die der Zeuge oder die Partei unmittelbar selbst wahrgenommen haben will (vgl. Art. 169 ZPO; BGE 143 III 624, E. 5.3.1 S. 637; ZPO-Komm-WEIBEL/WALZ, Art. 191 N 4; MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 191 N 14). Die pauschale Behauptung, Dr. X1.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ hätten anhand von "Stichproben" feststellen können, dass "D.\_\_\_\_\_"-Artikel von der Datenbank der Beklagten 2 abrufbar gewesen sein sollen, lässt indes die notwendige Substantiierung vermissen. Damit eine Zeugeneinvernahme oder eine Parteibefragung hätte durchgeführt werden können, hätte die Klägerin dartun müssen, welche konkreten "D.\_\_\_\_\_"-Artikel Dr. X1.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ wann von der Datenbank der Beklagten 2 abrufen konnten. Da die klägerischen Behauptungen ungenügend konkretisiert sind, kann die Beweisabnahme unterbleiben. Die offerierten Zeugeneinvernahmen und Parteibefragungen, welche ohnehin nur zum Beweis der anlässlich der (näher zu substantiierenden) an Stichproben wahrgenommenen Artikel taugen würde, erübrigt sich. Für die übrigen Artikel würde eine Zeugen- bzw. Parteibefragung nicht als Beweis ihrer Speicherung auf der Datenbank der Beklagten 2 taugen, da sie nicht Gegenstand der Wahrnehmung waren.

5.3.2.5. Schliesslich kann auch aus der Erwähnung des "D.\_\_\_\_\_"-Artikels vom 9. August 2017 im Inhaltsverzeichnis eines Dossiers der "O.\_\_\_\_\_" nicht abgeleitet werden, dass dieser oder weitere "D.\_\_\_\_\_"-Artikel bei der Beklagten 2 abrufbar war bzw. waren. Entsprechendes ergibt sich auch nicht aus dem Inhaltsverzeichnis selbst (vgl. act. 24/4). Das Werk, das die Beklagte 2 speicherte und über ihre Datenbank verbreitete, – soweit es als solches überhaupt qualifiziert werden könnte – ist ohnehin in erster Linie das Inhaltsverzeichnis selbst und nicht der darin erwähnte "D.\_\_\_\_\_"-Artikel. Soweit es sich beim Volltext-Artikel, den die Klägerin als act. 24/5 zu den Akten reicht, um denjenigen Artikel handelt, der über das "O.\_\_\_\_\_"-Inhaltsverzeichnis abgerufen werden konnte, ist den Beklagten sodann darin beizupflichten, dass sich aus der Kopfzeile der Urkunde ergibt, dass dieser Artikel von der Webseite "D.\_\_\_\_\_.ch" und nicht über die Webseite bzw. die Datenbank der Beklagten 2 abgerufen wurde.

5.3.3. Zusammenfassend gelingt es der Klägerin nicht substantiiert dazutun, dass auch nur ein einziger "D.\_\_\_\_\_"-Artikel im Volltext auf der Datenbank der Beklagten 2 gespeichert und von da abrufbar war. Infolgedessen konnte die Beklagte 2 keine Schutzrechtsverletzung begehen. Mangels Passivlegitimation der Beklagten 2 verfügt die Klägerin nicht über Schadenersatz- und Gewinnherausgabeansprüche gestützt auf Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 41 bzw. Art. 423 OR. Die Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 der Klage sind auch deshalb abzuweisen.

5.3.4. Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass lediglich ein Ausschnitt aus einem "D.\_\_\_\_\_"-Artikel vom 9. August 2017 als Teil eines Inhaltsverzeichnisses eines Dossiers der "O.\_\_\_\_\_" von der Datenbank der Beklagten 2 abrufbar war (vgl. act. 24/4). Insoweit wäre die Passivlegitimation der Beklagten 2 zwar zu bejahen. Es ist den Beklagten indes auch darin beizupflichten, dass der besagte Ausschnitt durch das Zitatrecht gedeckt ist (vgl. Art. 25 und Art. 28 URG). Daher kann der Beklagten 2 nicht vorgeworfen werden, sie habe die Urheberrechte der Klägerin an diesem Artikel verletzt, weshalb die Klage auch in Bezug auf den Artikel aus dem "D.\_\_\_\_\_" vom 9. August 2017 unbegründet ist.

## 6. Zusammenfassung und Fazit

6.1. Die Klägerin hat nicht substantiiert dargetan, dass es sich bei den Artikeln aus dem "D.\_\_\_\_\_" um Werke im Sinne des URG handelt. Daher kann die Klägerin keine Ansprüche gestützt auf Art. 62 Abs. 2 URG geltend machen, weshalb die Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 der Klage abzuweisen sind. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die "D.\_\_\_\_\_"-Artikel Werke im Sinne des URG sind, wären die Begehren Ziff. 1 und 2 mangels Aktivlegitimation der Klägerin abzuweisen. Mit Bezug auf die Beklagte 1 hat sich im Weiteren ergeben, dass sie die "D.\_\_\_\_\_"-Artikel im Rahmen eines zulässigen Eigengebrauchs im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG vervielfältigte und nutzte. Bezüglich der Beklagten 2 hat die Klägerin sodann nicht rechtsgenügend dargetan, dass "D.\_\_\_\_\_"-Artikel von deren Datenbank abrufbar waren. Insofern ist die Beklagte 2 nicht passivlegitimiert. Auch aus der Abrufbarkeit eines Ausschnitts eines "D.\_\_\_\_\_"-Artikels vom 9. August 2017 von der Datenbank der Beklagten 2 kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es handelt sich hierbei um ein zulässiges Zitat. Die Beklagten haben somit keine Urheberrechte verletzt. Die Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 der Klage hätten daher auch aus diesen Gründen abgewiesen werden müssen.

6.2. Demzufolge hat die Klägerin keine Ansprüche auf Schadenersatz und/oder Gewinnherausgabe (Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2). Ausführungen zu den weiteren Voraussetzungen dieser Ansprüche erübrigen sich deshalb ebenso wie zur Verjährung. Mangels Urheberrechtsverletzung hat die Klägerin kein schutzwürdiges Interesse an ihrem Auskunftsbegehren (Rechtsbegehren Ziff. 5), weshalb auf dieses nicht einzutreten ist, selbst wenn dieses genügend bestimmt gewesen wäre. Mangels Zusprechung eines Betrags haben letztlich auch die von den Beklagten 1 und 2 in den Betreibungen Nr. 1 und 2 des Betreibungsamts Zürich 4 (Zahlungsbefehle vom 30. Januar 2019, vgl. act. 3/19-20) erhobenen Rechtsvorschläge Bestand, weshalb sie nicht zu beseitigen sind (Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4).

6.3. Die Klage ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

## 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich in erster Linie nach dem Streitwert (vgl. Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG und § 2 Abs. 1 lit. a GebV OG); er bildet die Basis zur Berechnung der Grundgebühr (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Bei unbezifferten Forderungs- und Stufenklagen ist ein Mindeststreitwert anzugeben (Art. 85 Abs. 1 ZPO). Ist der angegebene Mindestwert offensichtlich unrichtig, kann das Gericht den Streitwert selber festsetzen (Art. 91 Abs. 2 ZPO; ZPO-Komm-BOPP/BESSENICH, Art. 91 N 19). Vorliegend hat die Klägerin den Streitwert vorläufig mit CHF 88'902.90 angegeben (act. 1 Rz. 5). Da sich dieser Betrag nur auf das Rechtsbegehren Ziff. 1 (Schadenersatz) bezieht (vgl. act. 1 Rz. 93), die Klägerin bezüglich Rechtsbegehren Ziff. 2 (Gewinnherausgabe) aufgrund einer konservativen Schätzung von Erträgen der Beklagten von CHF 2'173'182.00 bei 10 Bezügen pro Jahr ausgeht (act. 1 Rz. 100), sie die Beklagten im Übrigen für eine Forderung aus unerlaubter Handlung in der Höhe von je CHF 1'200'000.– betrieben hat (act. 3/13-14) und mit Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 die Beseitigung der entsprechenden Rechtsvorschlüsse für die gemäss Ziff. 1 und 2 zuzusprechenden Beträge samt Zinsen beantragt, ist der Streitwert in Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO auf CHF 1'200'000.– zu schätzen. Die Grundgebühr beträgt damit rund CHF 32'800.–. Diese erscheint angesichts des Aufwands angemessen. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

7.2. Ausgangsgemäss ist der Beklagten eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Deren Höhe richtet sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 AnwG ZH) und damit in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Vorliegend beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr rund CHF 33'400.–. Unter Berücksichtigung des Aufwandes für die zweite Rechtsschrift rechtfertigt sich eine Erhöhung um rund 25 % (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Angesichts des Gegenstands

der Klage sowie der Ausführungen der Parteien trägt der Umstand, dass es sich um zwei Beklagte handelt, welche vom selben Rechtsanwalt vertreten sind, nicht zu einer Erhöhung der Gebühr bei (vgl. § 8 AnwGebV). Die Klägerin hat den Beklagten daher eine Parteientschädigung von rund CHF 41'800.– zu entrichten. Da die Beklagten keine ausserordentlichen Umstände geltend machen, welche – in Anbetracht der Möglichkeit des Vorsteuerabzugs – eine zusätzliche Berücksichtigung der Mehrwertsteuer rechtfertigen würden (vgl. act. 14 Rz. 93; BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5; ZR 104/2005 Nr. 76), ist die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

**Das Handelsgericht beschliesst:**

1. Auf Ziffer 5 des Rechtsbegehrens wird nicht eingetreten.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**und erkennt im Übrigen:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 32'800.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 eine Parteientschädigung von CHF 41'800.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage einer Kopie von act. 33.
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 1'200'000.–.

Zürich, 6. September 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzende:

Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Rudolf Hug