

# **BGer 4A\_168/2023 vom 21. April 2023**

Bundesgericht, 2023-04-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_168\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_168_2023)

FR: TF 4A\_168/2023 du 21 avril 2023

IT: TF 4A\_168/2023 del 21 aprile 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der angefochtene Entscheid des Handelsgerichts hat eine Zivilrechtsstreitigkeit im Zusammenhang mit geistigem Eigentum gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO zum Gegenstand. Es ist ein Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer einzigen kantonalen Instanz im Sinne von Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG . Dagegen steht die Beschwerde in Zivilsachen offen, gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG unabhängig vom Streitwert. Vorbehältlich einer rechtsgenügenden Begründung ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ) ist demnach auf die Beschwerde einzutreten.

Nicht eingetreten werden kann allerdings auf den Beschwerdeantrag 3, soweit er die Neuverteilung der kantonalen Prozesskosten betrifft. In der Beschwerde wird ausgeführt, die Kosten- und Entschädigungsfolgen seien selbst dann neu festzulegen, wenn das Rechtsbegehren 1 abgewiesen werde. Mit anderen Worten ficht der Beschwerdeführer die kantonale Prozesskostenverteilung unabhängig vom Ausgang der Hauptsache an. Diesbezüglich stellt er aber kein hinreichendes Rechtsbegehren, wenn er bloss pauschal beantragt, die Prozesskosten seien "in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO neu zu verteilen", anstatt zu beziffern, wie hoch die den Beklagten aufzuerlegenden Kosten und Parteientschädigung seiner Ansicht nach sein sollen. Solches geht auch in keiner Weise aus der Beschwerdebegründung hervor. Der Beschwerdeführer verkennt die Anforderungen von Art. 107 Abs. 2 BGG , denn weder den Beschwerdeanträgen noch der Beschwerdebegründung lässt sich ein hinreichend bestimmter materieller Antrag auf Abänderung der vorinstanzlichen Prozesskostenregelung entnehmen, was die Beschwerde insoweit unzulässig macht ( BGE 143 III 111 E. 1.2; Urteile 4A\_510/2022 vom 22. Dezember 2022 E. 4.3; 4A\_398/2011 vom 1. Dezember 2011 E. 2.2.4; 4A\_164/2011 vom 10. November 2011 E. 1.3.2). Auf Rechtsbegehren 3 ist demnach nicht einzutreten, soweit damit die vorinstanzliche Prozesskostenverteilung unabhängig vom Ausgang in der Sache angefochten wird.

### **E. 2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 115 E. 2; 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein

sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur eingreift, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 144 II 281 E. 3.6.2; 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1; je mit Hinweisen). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkennt, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat ( BGE 144 II 281 E. 3.6.2; 140 III 264 E. 2.3; 137 III 226 E. 4.2). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen ( BGE 134 II 244 E. 2.2).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer beanstandet nicht, dass die Vorinstanz den Ausgleichsanspruch infolge der bejahten Urheberrechtsverletzung auf die Anspruchsgrundlage der ungerechtfertigten Bereicherung nach Art. 62 Abs. 2 OR stützte. Er wendet sich einzig gegen die Bemessung des Ausgleichsanspruchs auf bloss Fr. 55.-- und nicht, wie von ihm verlangt, auf Fr. 2'820.--.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz führte zutreffend aus, massgebend für die Bemessung des Ausgleichsanspruchs sei der objektive Wert des Erlangten, d. h. der Marktwert. Bei unberechtigter Nutzung eines Immaterialgüterrechts sei dies eine angemessene Lizenzgebühr. BGE 132 III 379, der für die Schadenersatzbemessung nach Art. 41 OR die Methode der Lizenzanalogie verwirft, sei im vorliegenden Fall, in dem es um die Bemessung des Vermögensvorteils aus ungerechtfertigter Bereicherung gehe, nicht einschlägig, zumal feststehe, dass vorliegend ein Lizenzvertrag hätte abgeschlossen werden können, der Beschwerdeführer mithin das Bild gegen eine Gebühr zur Verfügung gestellt hätte. Soweit geht der Beschwerdeführer mit der Vorinstanz einig.

Weiter führte die Vorinstanz aus, der Marktwert lasse sich ziffernmässig nicht strikt beweisen, weshalb der Richter den Marktwert in sinngemässer Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR aufgrund einer Schätzung als ausgewiesen erachten dürfe. Auch damit ist der Beschwerdeführer grundsätzlich einverstanden.

#### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer stützte die verlangten Fr. 2'820.-- für die Nutzung der Fotografie auf die Preisempfehlungen 2017 der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft der Bild-Agenturen und -Archive (SAB-Empfehlungen) und machte geltend, dass er sich auch sonst bei der Rechnungsstellung an den SAB-Empfehlungen orientiere. Die Beschwerdegegnerin bestritt, dass die vom Beschwerdeführer fakturierten Preise den Marktpreisen entsprechen.

Die Vorinstanz stellte nicht auf die SAB-Empfehlungen ab. Sie erwog, ohne eine individuelle Vereinbarung komme solchen Branchenempfehlungen, wie diejenigen der SAB, keine rechtserhebliche Bedeutung zu. Sie dienten allein der Orientierung und könnten nur herangezogen werden, sofern sie vom Markt auch tatsächlich befolgt würden. Letzteres bestreite die Beschwerdegegnerin und werde vom Beschwerdeführer nicht belegt. Er mache keine konkreten Ausführungen dazu. Als Nachweis dafür, dass er sich an die SAB-Tarife halte, habe er eine - wie er ausführe - nach dem Zufallsprinzip ausgewählte Rechnung eingereicht. In der eingereichten Rechnung finde sich kein Hinweis auf die SAB-Tarife bzw. es gehe daraus nicht hervor, inwieweit sich die Rechnung darauf stütze. Der Beschwerdeführer führe dies in seinen Eingaben auch nicht näher aus. Zudem behaupte er nicht, dass die SAB-Tarife in der Branche allgemein befolgt würden. Er führe dazu lediglich aus, dass der Verband "impresum" für die Berechnung der Publikation von Archivbildern die SAB-Tarife empfehle. Somit sei weder behauptet noch belegt, dass die SAB-Tarife in der Branche tatsächlich befolgt würden und es sich somit um Marktpreise handle.

### **E. 3.3**

Letztere Feststellung der Vorinstanz rügt der Beschwerdeführer als "unrichtig". Er verweist auf Randziffer 29 der Klage ("Gemäss SAB bieten die Honorar- und Konditionsempfehlungen [...] seit vielen Jahren allen am Bildermarkt Beteiligten eine wichtige Informations- und Orientierungshilfe. Sie sorgen für Transparenz und geniessen in der Werbe- und Medienbranche Beachtung und Anerkennung"), Randziffer 59 der Klage ("Die eingeklagten Lizenzgebühren entsprechen den Preisempfehlungen 2017 der SAB und können als übliche und angemessene Gebrauchschädigung gelten.") und auf Randziffer 50 der Replik ("Die SAB-Empfehlungen drücken die Marktpreise aus. Empfehlungen von Branchenverbänden sind analogiefähig").

Der Beschwerdeführer meint, mit Blick auf die zitierten Randziffern seiner Eingaben erweise sich die beanstandete Feststellung der Vorinstanz "ohne weiteres als unrichtig". Dem kann nicht gefolgt werden. Vielmehr unterstützen die zitierten Stellen aus Klage und Replik umgekehrt die Feststellung der Vorinstanz, dass er lediglich pauschal behauptet habe, dass die SAB-Tarife den Marktpreisen entsprächen, und weder behauptet noch belegt habe, dass die SAB-Tarife in der Branche allgemein auch tatsächlich befolgt würden. Jedenfalls ist die beanstandete Feststellung der Vorinstanz vor dem Hintergrund der sehr pauschal gehaltenen Vorbringen in Klage und Replik sicher nicht unhaltbar. Von einer willkürlichen Feststellung kann keine Rede sein.

### **E. 3.4**

Ohnehin bleibt auch die Schlussfolgerung der Vorinstanz intakt, dass eine tatsächliche Verwendung der SAB-Empfehlungen im Markt keineswegs

belegt sei. Sie erwog, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beschwerdeführers auf seiner Homepage verwiesen nicht auf die SAB-Tarife, sondern hielten fest, die Honorare entsprächen den im GAV 2000 für Journalistinnen/Journalisten und das technische

Redaktionspersonal vorgesehenen Mindestentgelten für Fotografen. Damit sei die Behauptung des Beschwerdeführers, dass er sich tatsächlich an den SAB-Tarifen orientiere, widerlegt. Er habe demzufolge bloss pauschal behauptet, aber nicht nachgewiesen, dass die SAB-Tarife den Marktpreisen entsprächen. Das wird vom Beschwerdeführer nicht als willkürlich ausgewiesen, indem er bloss auf seiner Meinung beharrt, die SAB-Empfehlungen müssten dennoch als Bemessungsgrundlage herangezogen werden. Es bleibt somit bei dieser Schlussfolgerung der Vorinstanz.

### **E. 3.5**

Die Vorinstanz verletzte demnach kein Bundesrecht, indem sie für die Bemessung des Ausgleichsanspruchs nicht auf die SAB-Empfehlungen abstellte. Folglich entbehren die Ausführungen des Beschwerdeführers, namentlich diejenigen zum Quantitativ, der Grundlage, soweit er sie auf die SAB-Tarife stützt und ihre Anwendung postuliert.

### **E. 4.1**

Mangels klägerischer Behauptungen und Belegen zu den Marktpreisen ging die Vorinstanz von den Beweismitteln aus, welche die Beschwerdegegnerin für die Marktpreise eingereicht hat. Diese Beweismittel zeigten, dass auf dem Markt für die Nutzung solcher Bilder wie die streitbetroffene Fotografie Preise zwischen Fr. 10.-- und Fr. 99.-- bezahlt würden. Mangels weiterer Angaben zur konkreten Preisbestimmung erscheine es sachgerecht, die Gebühr auf den Durchschnittspreis festzulegen, mithin gerundet auf Fr. 55.--.

### **E. 4.2**

Was der Beschwerdeführer gegen die gestützt auf die im Recht liegenden Beweismittel vorgenommene Schätzung der Vorinstanz vorbringt, verfängt nicht. Er übersieht, dass der Kläger auch im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR und unabhängig von der Schadensbemessungsmethode alle ihm zugänglichen Umstände darzulegen hat, anhand derer das Gericht den Schaden allenfalls abschätzen kann (vgl. BGE 144 III 155 E. 2.3 S. 160; 143 III 297 E. 8.2.5.2 S. 323; 132 III 379 E. 3.2). Solche Tatsachen und Belege hat der Beschwerdeführer indessen nicht vorgebracht, wie die Vorinstanz willkürfrei feststellte (vgl. Erwägung 3).

Ebenso wenig hilft ihm weiter, wenn er in der Beschwerde an das Bundesgericht die von der Beschwerdegegnerin eingereichten Beweismittel für die Marktpreise erneut kritisiert und dabei bisweilen in unzulässiger Weise über den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt hinausgeht. Ohnehin hat sich schon die Vorinstanz mit seinem Einwand, dass es sich dabei um qualitativ nicht vergleichbare Bilder handle, befasst, ihn aber mit überzeugenden Erwägungen verworfen. Inwiefern die vorinstanzliche Würdigung willkürlich sein soll, wird in der Beschwerde nicht aufgezeigt. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, dass sich die Vorinstanz bei der Schätzung von sachfremden Überlegungen habe leiten lassen. Ein Ermessensfehler ist nicht dargetan.

Daran ändern auch die in der Beschwerde aufgelisteten Umstände nichts, welche die Vorinstanz angeblich zu Unrecht ausser Acht gelassen habe, wie die Preisempfehlungen der SAB, die Tarife "Bildrechte" von Pro Litteris und die "frühere Rechnung des Beschwerdeführers (KB 18)". Erstere wurden zu Recht ausgeschieden (dazu Erwägung 3). Betreffend die Tarife "Bildrechte" von Pro Litteris wird nicht mit konkreten Aktenverweisen belegt, dass der Beschwerdeführer sich prozesskonform vor der Vorinstanz darauf berufen hat. Die "frühere Rechnung des Beschwerdeführers" hat die Vorinstanz

berücksichtigt, sah in ihr aber in willkürfreier Würdigung gerade umgekehrt einen Beleg dafür, dass der Beschwerdeführer seine Bilder selber zu tieferen Preisen als zu den SAB-Empfehlungen, auf die er sich für seine Klageforderung stützte, anbot.

Weshalb sodann das automatische Einfügen des "firmeneigenen" Wasserzeichens zu einem höheren Marktwert der Nutzung des Bildes führen soll, wie der Beschwerdeführer postuliert, bleibt unerfindlich. Darin liegt vielmehr ein Aspekt der Urheberrechtsverletzung, aber nicht der Bemessung des Ausgleichsanspruchs.

Gleiches gilt für das Argument des Beschwerdeführers, dass bei einer unautorisierten Nutzung tendenziell ein höherer Wert zu veranschlagen sei, weil der Urheber hier keine Einflussmöglichkeit auf die Einzelheiten der Nutzung nehmen könne. Die Einzelheiten der Nutzung betreffen wiederum die Frage, inwiefern eine Verletzung des Urheberrechts vorliegt, ändern aber nichts am Marktwert der zu entschädigenden Nutzung.

Eine Verletzung von Art. 4 ZGB und von Art. 42 Abs. 2 OR ist nicht dargetan.

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, die vorinstanzlich zugesprochene Ausgleichszahlung von Fr. 55.-- widerspreche den Grundsätzen von Art. 2 Abs. 3bis und Art. 62 URG sowie von Art. 26 Abs. 1 BV .

Diese Rüge geht von vornherein fehl. Wie der Beschwerdeführer selber angibt, will er aus diesen Bestimmungen ableiten, es solle dem Urheber eine angemessene Vergütung für sein kulturelles Schaffen ermöglicht werden. Nachdem sich vorliegend ergeben hat (vgl. Erwägungen 3 und 4), dass die Vorinstanz den Ausgleichsanspruch in willkürfreier und rechtskonformer Weise auf angemessene Fr. 55.-- bemessen hat, ist der Rüge der Boden entzogen. Ohnehin ist sie, soweit verfassungsrechtlich argumentiert wird, nicht rechtsgenügend begründet ( Art. 106 Abs. 2 BGG ), weshalb darauf nicht einzugehen ist.

#### **E. 6**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Eine Parteientschädigung ist nicht zu sprechen, da der Beschwerdegegnerin mangels Einholung einer Antwort kein entschädigungspflichtiger Aufwand erwachsen ist.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.