

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZK.2017.2 vom 12. November 2016**

BS Appellationsgericht, 2016-11-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZK.2017.2](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZK.2017.2)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZK.2017.2 du 12 novembre 2016

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZK.2017.2 del 12 novembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 2**

lit. b des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft [GOG, SG 154.100]).

#### **2 Feststellungsinteresse und Aktivlegitimation**

2.1 Die Beklagte wendet zunächst ein, den Klägern fehle es in Bezug auf die Rechtsbegehren 1 und 2 an einem hinreichenden Feststellungsinteresse. Aufgrund der Subsidiarität der Feststellungsklage zur Leistungsklage bestehe kein hinreichendes Feststellungsinteresse, weshalb auf die Rechtsbegehren 1 und 2 nicht eingetreten werden könne (Klageantwort, Rz. 8). Die Kläger machen dagegen geltend, dass im Urheberrecht die Feststellungsklage nicht per se subsidiär zur Leistungsklage sei (Replik, Rz. 10).

Nach der Rechtsprechung fehlt das Feststellungsinteresse in der Regel, wenn eine Leistungsklage zur Verfügung steht, mit der ein vollstreckbarer Entscheid erwirkt werden kann (BGE 135 III 378 E. 2.2 S. 380 mit weiteren Hinweisen). In der Rechtsprechung ist jedoch ebenfalls anerkannt, dass die Feststellungsklage nicht schlechthin der Leistungsklage nachgeht, so dass sie immer ausgeschlossen wäre, wenn auf Leistung geklagt werden kann. Vielmehr könne sich auch bei der Möglichkeit der Leistungsklage ein selbständiges Interesse an gerichtlicher Feststellung ergeben (BGer 4A\_589/2011 vom 5. April 2012 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen). Eine generell gültige Umschreibung, unter welchen Voraussetzungen ein solches selbständiges Feststellungsinteresse besteht, wurde von der Rechtsprechung nicht entwickelt (eingehend hierzu Weber, Die Feststellungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2013, Rz. 211 mit weiteren Hinweisen [nachfolgend: Weber, Feststellungsklage]). Die Subsidiarität der Feststellungsklage zur Leistungsklage wird in der neuen zivilprozessualen Lehre zum Teil kritisiert (vgl. Bessenich/Bopp, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 88 N 12 f.; Weber, Feststellungsklage, Rz. 214 ff.). Ebenfalls umstritten ist in der Lehre, ob die Rechtsprechung zur Subsidiarität der Feststellungsklage auf die im speziellen Sachzusammenhang im Bundesrecht ausdrücklich normierten Feststellungsklagen anzuwenden ist (vgl. hierzu Markus, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 88 N 12 ff.; Bessenich/Bopp, a.a.O., Art. 88 N 14 f.). Art. 61 des Urheberrechtsgesetzes (URG, SR 231.1) sieht die Möglichkeit einer Feststellungsklage im Bereich des Urheberrechts ausdrücklich vor. Auch in diesem Zusammenhang ist in der Lehre umstritten, ob der Feststellungsanspruch nach Art. 61 URG als subsidiär gegenüber allfälligen Leistungsklagen anzusehen ist (vgl. die Hinweise auf die verschiedenen Lehrmeinungen bei Müller, a.a.O., Art. 61 N 12). Die Gegner der Subsidiarität der Feststellungsklage nach

Art. 61 URG können sich hierbei auf die Entstehungsgeschichte berufen, da sich der Botschaft zum URG eindeutig entnehmen lässt, dass die Feststellungsklage mit anderen Klagen kumuliert werden kann (vgl. Botschaft URG, BBl 1989 III, S. 566).

Die Durchsetzung von Vergütungsansprüchen im Bereich des Urheberrechts erweist sich regelmässig als schwierig. Dies zeigt sich auch im vorliegenden Fall. Wird die Feststellungsklage als subsidiär behandelt, so besteht vorliegend ein erhebliches Risiko, dass auf die Feststellungsklage als Folge der Subsidiarität mangels Feststellungsinteresses nicht eingetreten wird und dass die Klage auf Gewinnherausgabe mangels Vorliegens eines Gewinns abgewiesen wird, obwohl eine (offensichtliche) Verletzung der Urheberrechte der Kläger vorliegt. Ob ein Gewinn vorliegt, der herausverlangt werden könnte, ist für die Kläger bei Einleitung des vorliegenden Verfahrens nicht abschätzbar, weshalb die Klage als Stufenklage eingereicht wurde. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die von der Rechtsprechung entwickelte Subsidiarität der Feststellungsklage bezweckt, mehrere aufeinanderfolgende Verfahren zu verhindern. Der Kläger soll nicht in einem Erstprozess die gerichtliche Feststellung einer dem Leistungs- oder Gestaltungsanspruch zugrundeliegenden Rechtsbehauptung verlangen und in einem nachfolgenden Zweitprozess den entsprechenden Leistungs- oder Gestaltungsanspruch geltend machen können, zumal dies mit der Prozessökonomie als unvereinbar erscheint (vgl. BGE 123 III 49 S. 51 f. E. 1.a.; Weber, a.a.O., Rz. 209). Vorliegend besteht die Gefahr solcher aufeinanderfolgender Verfahren nicht, da die Kläger Feststellungs- und Leistungsklagen im gleichen Verfahren eingereicht haben. Vielmehr hat das Gericht das Vorliegen einer Verletzung der Urheberrechte der Kläger im Rahmen der Beurteilung der Leistungsbegehren ohnehin zu prüfen, so dass die materielle Beurteilung der Feststellungsbegehren weder zu einem Mehraufwand im vorliegenden Verfahren noch zu einem nachfolgenden Zweitverfahren führt (vgl. allgemein Davidet al., SIWR I/2, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Basel 2011, N 328). Prozessökonomische Aspekte können vorliegend somit nicht gegen die Zulässigkeit der Feststellungsbegehren angeführt werden. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die Feststellung einen anders gearteten oder zusätzlichen Rechtsschutz neben der grundsätzlich möglichen Leistungsklage vermitteln kann, womit ein eigenständiges Feststellungsinteresse grundsätzlich gegeben ist (Markus, a.a.O., Art. 88 N 26). Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist vorliegend von einem hinreichenden Feststellungsinteresse der Kläger auszugehen, weshalb auf die Rechtsbegehren 1 und 2 einzutreten ist.

2.2 Die Beklagte bestreitet sodann die Aktivlegitimation der Klägerin 2. Im Lizenzvertrag mit dem Kläger 1 seien der Klägerin 2 zwar Rechte eingeräumt worden. Diese wirkten aber nur im vertraglichen Verhältnis zwischen dem Kläger 1 und der Klägerin 2. Im ausservertraglichen Verhältnis ■ also gegenüber Dritten wie der Beklagten ■ könne sich die Klägerin 2 nicht auf den Lizenzvertrag berufen, weshalb sie nicht zur Abwehr von Eingriffen Dritter aktivlegitimiert sei. Die von den Klägern behauptete parallele Nutzungseinräumung an den Urheberrechten vermöge insbesondere keine Aktivlegitimation im Sinn von Art. 62 Abs. 3 URG zu begründen (Klageantwort, Rz. 21).

Dogmatisch ist es zutreffend, dass die Lizenznehmerin bloss vertraglich berechtigt und gegenüber Dritten grundsätzlich nicht aktivlegitimiert ist, um gegen eine Verletzung von Urheberrechten durch Dritte vorzugehen (vgl. zum Ganzen Hilty, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, S. 774 ff. [vor Inkrafttreten von Art. 62 Abs. 3 URG]; Müller, in: Müller/Oertli, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Bern 2012, Art. 62 N 24; vgl. BGE 113 II

190). Zu beachten ist jedoch zunächst, dass die Feststellungsklage nicht an das Schutzrecht gebunden ist (Hilty, a.a.O., S. 778). Einzige Voraussetzung für die Aktivlegitimation ist der Nachweis eines rechtlichen Interesses an der Feststellung (Art. 61 URG; Müller, a.a.O., Art. 61 N 15; Reh binder/Viganò, Urheberrecht, Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2008, Art. 61 N 3). In Bezug auf den exklusiven Lizenznehmer ist ein rechtliches Interesse regelmässig zu bejahen, wenn sein obligatorisches Recht sich auf ein Urheberrecht bezieht, dessen Bestand oder Nichtbestand gerichtlich festgestellt werden soll (BGer 4A\_55/2007 vom 29. August 2007 E. 5.2; Müller, a.a.O., Art. 61 N 16). Der Klägerin 2 wurden im Rahmenarbeitsvertrag vom 23. November 2011 umfassende und ausschliessliche Nutzungsrechte der in Erfüllung dieses Vertrags geschaffenen Werke und damit am streitgegenständlichen Artikel des Klägers 1 eingeräumt (Klagebeilage 7, S. 3), weshalb sie in Bezug auf das Rechtsbegehren 1 aktivlegitimiert ist.

Die Aktivlegitimation der Klägerin 2 in Bezug auf die Leistungsklagen ergibt sich sodann zwanglos aus Art. 62 Abs. 3 URG. Diese Bestimmung statuiert die Aktivlegitimation des ausschliesslichen Lizenznehmers ausdrücklich, wenn dessen Klageberechtigung im Lizenzvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde, und gilt für Verträge, welche nach Inkrafttreten des revidierten Urheberrechts per 1. Juli 2008 abgeschlossen oder bestätigt wurden (Müller, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 61 N 40 und Art. 62 N 23 ff.; Reh binder/Viganò, a.a.O., Art. 62 N 18). Wie erwähnt (vgl. oben E. 2.2 erster Absatz), wird im Rahmenarbeitsvertrag vom 23. November 2011 zwischen dem Kläger 1 und der Klägerin 2 ein Recht auf exklusive Nutzung statuiert, womit die Klägerin 2 ausschliessliche Lizenznehmerin ist. Die selbständige Klageberechtigung der Klägerin 2 wurde darin nicht ausgeschlossen (vgl. Klagebeilage 7). Die Klägerin 2 ist somit gemäss Art. 62 Abs. 3 URG grundsätzlich zur Erhebung von Leistungsklagen berechtigt.

### 3 Verletzung des Werkverwendungsrechts

3.1 Die Kläger sind zunächst der Ansicht, dass die Beklagte durch die Wiedergabe von ca. 70% des streitgegenständlichen Artikels des Klägers 1 in der H\_\_\_\_\_ das Werkverwendungsrecht des Klägers 1 und der Klägerin 2 verletzt habe (Klage, Rz. 75 ff.). Die Beklagte bestreitet nicht, den am 10. November 2016 in der I\_\_\_\_\_ publizierten Artikel des Klägers 1 mit einigen Kürzungen und Änderungen am 12. November 2016 in der H\_\_\_\_\_ veröffentlicht zu haben (vgl. Klageantwort, Rz. 23 ff.). Demgegenüber bestreitet die Beklagte unter Berufung auf das Zitatrecht Dritter (Art. 25 URG) eine Verletzung des Werkverwendungsrechts der Kläger (Klageantwort, Rz. 46 ff.).

3.2 Der Urheber eines Werks im Sinn des URG hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 Abs. 1 URG). Ratio legis dieser Bestimmung ist der Schutz der Verwertung von urheberrechtlich geschützten Werken durch deren vermögensrechtliche Nutzung (Reh binder/Viganò, a.a.O., Art. 10 N 1). Es ist unbestritten, dass das Werkverwendungsrecht der Kläger mit der weitgehenden Übernahme des Artikels durch die H\_\_\_\_\_ tangiert worden ist. Der Sachverhalt erinnert somit an jenen, welcher BGE 131 III 480, E. 2.2 zugrunde lag. Dort hatte die Zeitschrift ■J\_\_\_\_\_ einen Artikel des Klägers 1 aus dem K\_\_\_\_\_ quasi tel quel übernommen. Zu prüfen ist, ob dieser unautorisierte Abdruck vorliegend durch das Zitatrecht Dritter gedeckt ist. Demgemäss dürfen veröffentlichte Werke zitiert werden, wenn das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient und der Umfang des Zitats durch diesen Zweck gerechtfertigt ist (Art. 25 Abs. 1 URG). Das Zitat muss also einem bestimmten Zitatzweck dienen, nämlich der Erläuterung, als Hinweis oder zur Illustration.

Es darf nicht reiner Selbstzweck sein ■ es muss vielmehr Belegfunktion haben. Notwendig ist somit erstens ein inhaltlicher Bezug zwischen dem zitierten Werk und der eigenen Darstellung. Zweitens muss das Zitat von untergeordneter Bedeutung sein gegenüber der eigenen Darstellung (Rehbinder/Viganò, a.a.O., Art. 25 N 3; Macciachini/Oertli, in: Müller/Oertli, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Bern 2012, Art. 25 N 12). Wenn der zitierte Text verglichen mit der eigenen Darstellung das Hauptinteresse beansprucht, kann von einem Zitat nicht mehr die Rede sein (BGE 131 III 480 S. 487 f. E. 2.1).

3.3 Aus dem Vergleich zwischen dem Artikel des Klägers 1 in der I\_\_\_\_\_ vom 10. November 2016 und dem Artikel der Beklagten in der H\_\_\_\_\_ vom 12. November 2016 geht hervor, dass der Artikel in der H\_\_\_\_\_ eine abgeänderte Einleitung und einige hinzugefügte Überschriften aufweist. Ebenfalls wurden neben einigen kleineren Kürzungen fünf der 23 Abschnitte gestrichen, ein weiterer Abschnitt wurde zur Hälfte gekürzt. Im Übrigen stimmt der Artikel in der H\_\_\_\_\_ mit jenem des Klägers 1 in der I\_\_\_\_\_ wörtlich überein (vgl. Klagebeilagen 6, 8 und 9). Der Artikel in der H\_\_\_\_\_ vom 12. November 2016 erschöpft sich somit im Grossen und Ganzen in der Wiedergabe des Artikels des Klägers 1. Eine eigene Darstellung der H\_\_\_\_\_ liegt nicht vor, weshalb der Abdruck des streitgegenständlichen Artikels auch keine Belegfunktion beigemessen werden kann. Vielmehr beansprucht der zitierte Text das Hauptinteresse. Ein zitierender Text könnte höchstens in der hinzugefügten Einleitung erblickt werden, welche lediglich vier Sätze umfasst. Es kann somit in keiner Weise davon gesprochen werden, dass die zitierte Darstellung gegenüber der eigenen Darstellung eine untergeordnete Bedeutung aufweise. So erklärt die Beklagte denn auch, dass die ■ wesentlichen Inhalte ■ übernommen und nur ■ marginale Anpassungen ■ durchgeführt und ■ einige wenige Worte ■ gestrichen worden seien (Klageantwort, Rz. 24).

Zur Rechtfertigung führt die Beklagte aus, dass das Zitat den Zitatzweck durchaus erfülle ■ nämlich dann, wenn man es ■ in einem grösseren Zusammenhang betrachtet ■. Die Zitate bezögen sich auf die [ ]-Debatte, die in der H\_\_\_\_\_ geführt und von den Klägern weitergeführt worden sei; diese hätten ihrerseits einen ganzen Artikel der H\_\_\_\_\_ in ihren Artikel integriert: Die Kläger hätten ihren Artikel direkt mit einem für Abonnenten aufrufbaren Artikel aus der H\_\_\_\_\_ verlinkt ■ ohne Einwilligung der H\_\_\_\_\_ (Klageantwort, Rz. 18, 48 und 49). Die Beklagte rechtfertigt die weitgehende Übernahme des Artikels des Klägers 1 mit anderen Worten mit dem vorgängigen Verhalten der Kläger (Verlinkung mit ■ kostenpflichtigem H\_\_\_\_\_ -Artikel; zu dessen Rechtfertigung vgl. Replik, Rz. 20). Das vorgängige Verhalten der Kläger entbindet die H\_\_\_\_\_ jedoch nicht davon, sich an die Regeln des Zitierens zu halten und anzufragen, bevor ein ganzer Artikel mehr oder weniger vollumfänglich übernommen wird. Die Grenzen des Zitatrechts werden durch das vorgängige Verhalten des Zitierten nicht aufgelöst. Liegt also kein Zitat vor, liegt im Abdruck des Textes des Klägers 1 eine Verletzung des Werkverwendungsrechts der Kläger. Folglich ist das Rechtsbegehren 1 um Feststellung einer Verletzung des Werkverwendungsrechts der Kläger gutzuheissen.

#### 4 Verletzung des Rechts auf Werkintegrität

4.1 Die Kläger sind sodann der Ansicht, die Beklagte habe das Recht des Klägers 1 auf Werkintegrität verletzt. Sie machen geltend, die Beklagte habe zum einen den ursprünglichen Artikel unzulässigerweise abgeändert (Klage, Rz. 98 ff.) und zum anderen einen falschen Eindruck dieses Artikels erweckt (Klage, Rz. 102 ff.). Die Beklagte wendet

dagegen ein, dass die marginalen Änderungen das Recht der Kläger auf Werkintegrität nicht verletzen. Solange der Gehalt des Werks gewahrt sei, liege keine Verletzung des Urheberrechts vor, was vorliegend der Fall sei (Klageantwort, Rz. 25 ff. und 53 ff.). Die Frage der Zulässigkeit der Abänderung des Artikels (E. 4.2) und die Frage des Erweckens eines falschen Eindrucks des Artikels werden nachfolgend geprüft (E. 4.3).

4.2 Der Autor hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk geändert werden darf (Art. 11 Abs. 1 lit. a URG). Dieser Anspruch auf Werkintegrität ist Ausfluss des Urheberpersönlichkeitsrechts. Er wird durch das Zitatrecht nicht eingeschränkt ■ dies im Gegensatz zu den Werkverwendungsrechten (Barrelet/Egloff, Kommentar zum URG, 3. Auflage, Bern 2008, Art. 11 N 14; Pfortmüller, in: Müller/Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Bern 2012, Art. 11 N 9; vgl. Art. 11 Abs. 2 URG). Das Recht auf Werkintegrität gilt für grosse und kleine Änderungen (Barrelet/Egloff, a.a.O., Art. 11 N 5; Pfortmüller, a.a.O., Art. 11 N 3; vgl. auch Dessemontet, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Auflage, Basel 2014, N 597). Die Werkintegrität wird also grundsätzlich durch jede unbewilligte Änderung verletzt. Keine Änderung liegt nur dann vor, wenn ein Werk bloss technisch auf ein anderes Trägermedium umgewandelt wird (Pfortmüller, a.a.O., Art. 11 N 4).

Vorliegend haben die Kläger den Artikel des Klägers 1 verändert und gekürzt (vgl. oben E. 3.3). Die Beklagte wendet dagegen ein, dass die Änderungen am Artikel nur marginal seien (Klageantwort, Rz. 25 ff. und 53). Das erscheint als unzutreffend: Aufgrund der abgeänderten Einleitung und der Streichung von fünf gesamten Abschnitten neben weiteren Streichungen und Ersetzungen, kann nicht von bloss marginalen Änderungen gesprochen werden. Die Frage, ob die vorliegenden Eingriffe marginal, klein oder gross sind, kann aber ■ wie die Kläger zu Recht ausführen (vgl. Replik, Rz. 75) ■ offengelassen werden, da bereits marginale Änderungen den Anspruch auf Werkintegrität verletzen. Die Beklagte bestreitet solche mindestens marginalen Änderungen zu Recht nicht. Damit ist erstellt, dass die Beklagte den Anspruch der Kläger auf Schutz vor unbefugten Änderungen im Sinn von Art. 11 Abs. 1 lit. a URG verletzt hat. Folglich ist das Rechtsbegehren 2 um Feststellung der Verletzung des Rechts des Klägers 1 auf Werkintegrität ebenfalls gutzuheissen.

4.3 Der Kläger 1 macht geltend, mit der weitgehenden Übernahme seines Artikels in der H\_\_\_\_\_ werde ein falscher Eindruck seines Werks erweckt. Sein Artikel werde in ■ entstellenden Zusammenhang ■ präsentiert (Klage, Rz. 102) und er sei gegen seinen Willen in das Umfeld der H\_\_\_\_\_ hineingezogen worden (Klage, Rz. 106). Auch damit werde sein Anspruch auf Werkintegrität verletzt. Die Beklagte hingegen bestreitet eine Entstellung der Zitate (Klageantwort, Rz. 54).

Ein verfälschendes Zitat oder ein aus dem Zusammenhang gerissenes und dadurch den Urheber in ein falsches Licht stellendes Zitat ist ebenso wenig zulässig wie die Verwendung in einem Kontext, welchen der Urheber ablehnt (Art. 11 Abs. 2 URG). In dieser Bestimmung findet der harte Kern des Urheberpersönlichkeitsrechts seinen Ausdruck, indem der Urheber in jedem Fall, also auch dort, wo sich ein Änderungsrecht aus dem Zitatrecht ergibt, sich gegen eine Entstellung des Werks zur Wehr zu setzen kann (Barrelet/Egloff, a.a.O., Art. 11 N 13 f.). Allerdings liegt eine Entstellung im Sinn von Art. 11 Abs. 2 URG nur vor, wenn es sich um eine erhebliche Veränderung mit negativen Auswirkungen handelt (BGE 142 III 387 E. 4.5 S. 397; Barrelet/Egloff, a.a.O., Art. 11 N 13; vgl. OGer ZH vom 14. November 2002, in: sic! 2003, S. 320 ff.; Morant, Das Zitat aus

urheberrechtlicher Sicht, Basel 2006, S. 114). Diese Bestimmung ist restriktiv auszulegen (BGE 142 III 387 E. 4.5 S. 397). Eine Entstellung setzt damit eine besonders schwerwiegende Form der Beeinträchtigung, eine krasse Verfälschung des in der Werkform zu Tage tretenden geistigen Ausdrucksgehalts als Entfaltung der eigenen Persönlichkeit voraus (BGE 120 II 65 E. 8b S. 69). Als Beispiel eines entstellenden Zitats wird in der Lehre der Fall genannt, bei dem das Zitat derart verändert oder aus dem Zusammenhang gerissen wird, dass ein bekanntermassen tiefgläubiger Autor als vehementer Atheist erscheint (Barrelet/Egloff, a.a.O., Art. 11 N 14; Morant, a.a.O., S. 114). Bei der Beurteilung eines solchen Eingriffs spielt der Charakter des Werkes eine massgebende Rolle. Zudem darf auf eine allfällige Überempfindlichkeit des konkreten Urhebers nicht abgestellt werden, sondern es muss unter Berücksichtigung der Eigenart des Einzelfalls ein möglichst objektiver Massstab angelegt werden (BGE 131 III 480 S. 493 E. 4.2).

Zutreffend ist, dass die Beklagte gewisse Elemente im Vergleich zum Original gestrichen hat (vgl. Klage, Rz. 30 f.; Replik, Rz. 33 ff.). Diese Streichungen mildern die im Artikel des Klägers 1 geäusserte Kritik an der H\_\_\_\_\_ teilweise ab, was unzulässig ist (vgl. E. 4.2.2). Diese Änderungen gehen aber nicht so weit, dass sie dazu führen, dass der Kläger 1 in ein falsches Licht gerückt wird, denn trotz dieser Streichungen behält der zitierte Text seinen ursprünglichen Charakter, indem die wesentlichen Kritikpunkte des Klägers 1 an der von der H\_\_\_\_\_ veröffentlichten Beiträgen genannt werden. Obwohl diese Änderungen nicht als bloss marginal bezeichnet werden können, wie dies die Beklagte behauptet (vgl. E. 4.2), kann nicht von erheblichen Veränderungen mit negativen Auswirkungen gesprochen werden, welche den harten Kern der Urheberpersönlichkeitsrechte des Klägers 1 tangieren. Insbesondere werden dem Kläger 1 durch die Änderungen keine unzutreffenden Aussagen unterschoben. Ebenfalls zu beachten ist der Umstand, dass der Kläger 1 durch die Veröffentlichung seines Artikels freiwillig einen Beitrag an die durch die H\_\_\_\_\_ initiierte Debatte geliefert hat (vgl. BGE 131 III 480 S. 493 E. 4.2). Insgesamt ergibt sich, dass die Beklagte den Artikel des Klägers 1 zwar in unzulässiger Weise abgeändert hat (vgl. E. 4.2), diese Änderungen jedoch nicht das Ausmass einer persönlichkeitsverletzenden Entstellung des Werks des Klägers 1 im Sinn von Art. 11 Abs. 2 URG annehmen.

## 5 ■ Archivierungs- und Verbreitungsverbot

5.1 Die Kläger sind im Weiteren der Ansicht, dass das Verhalten der Beklagten eine künftige Verletzung der Urheberrechte der Kläger ernsthaft befürchten lasse, da die Beklagte die Widerrechtlichkeit ihres Handelns bestreite. Deshalb sei ihr diese drohende Verletzung zu verbieten (Rechtsbegehren 5; Klage, Rz. 118 ff.; Replik, Rz. 102 f.). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Kläger nicht substantiiert darlegten, inwiefern eine künftige Verletzung ernsthaft zu befürchten sei, weshalb mangels hinreichenden und aktuellen Rechtsschutzinteresses kein Anspruch auf Unterlassung bestehe (Klageantwort, Rz. 62; Duplik, Rz. 60).

5.2 Wer in seinem Urheberrecht verletzt oder gefährdet wird, kann verlangen, dass eine drohende Verletzung zu verbieten sei (Art. 62 Abs. 1 lit. a URG). Die Klage auf Unterlassung bevorstehender oder erneuter Störung setzt ein hinreichendes, aktuelles Rechtsschutzinteresse voraus. Dieses besteht bei konkreter Gefährdung des Schutzrechts, das heisst, wenn das Verhalten der Beklagten eine künftige Verletzung ernsthaft befürchten lässt (Davidet al., a.a.O., N 271; Rehbindler/Viganò, a.a.O., Art. 62 N 2). Eine solche Gefährdung wird namentlich angenommen, wenn bereits einmal eine Verletzung begangen wurde und die ernsthafte Gefahr einer Wiederholung besteht, wobei eine solche

Wiederholungsgefahr vermutet wird, wenn der Beklagte nach bereits erfolgter Verletzung die Rechtswidrigkeit nach wie vor bestreitet (Davidet al., a.a.O., N 273; vgl. BGE 128 III 96 E. 2.e S. 100; BGE 124 III 72 E. 2.a S. 74). Das trifft etwa zu, wenn der Verletzer zwar im Hinblick auf den Prozess das beanstandete Verhalten eingestellt hat, in den Rechtsvorträgen aber nach wie vor sein Verhalten als rechtmässig verteidigt (Davidet al., a.a.O., N 273; vgl. BGE 128 III 96 E. 2.e S. 100; BGer 4C.341/2005 vom 6. März 2007 E. 5.4).

Unterlassungsbegehren müssen sodann gegen konkrete Handlungen gerichtet sein, insbesondere gegen die gemäss Art. 10 URG dem Urheber ausschliesslich vorbehaltenen Handlungen. Unterlassungsbegehren sind so präzise zu formulieren, dass die verbotenen Handlungen für den Beklagten und die Vollzugsinstanz ohne Weiteres erkennbar sind (BGer 4A\_78/2011 vom 2. Mai 2011 E. 3.2; Müller, a.a.O., Art. 62 N 3).

5.3 Wie bereits ausgeführt, hat die Beklagte durch die Publikation des veränderten und gekürzten Artikels des Klägers 1 in der H\_\_\_\_\_ sowohl das Werkverwendungsrecht (vgl. oben E. 3.3) wie auch das Recht auf Werkintegrität (vgl. oben E. 4.2) der Kläger verletzt. Die Beklagte bestreitet sowohl vorprozessual (vgl. Klageantwort Rz. 30) wie auch in ihren Eingaben (vgl. Klageantwort, Rz. 53 ff.; Duplik, Rz. 49 ff.) die Widerrechtlichkeit des von den Klägern beanstandeten Verhaltens. Folglich ist das Bestehen einer Wiederholungsgefahr und damit eine konkrete Gefährdung der Urheberrechte des Klägers 1 grundsätzlich zu vermuten, womit ein hinreichendes, aktuelles Rechtsschutzinteresse in Bezug auf das Rechtsbegehren 5 zu bejahen ist.

Die Kläger beantragen, es sei der Beklagten unter Androhung einer Busse zu verbieten, den Artikel "[...]" in der H\_\_\_\_\_ vom Samstag, 12. November 2016 (in der Fassung H\_\_\_\_\_ -print [Seite 27] und E\_\_\_\_\_ -e-paper) zu archivieren, verbreiten sowie zugänglich zu machen. Das Unterlassungsbegehren ist mithin hinreichend präzise formuliert, womit die Voraussetzungen gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. a URG für das von den Klägern beantragte Archivierungs- und Verbreitungsverbot vorliegen. Folglich ist das Rechtsbegehren 5 gutzuheissen.

## 6 Publikation des Entscheiddispositivs

Mit ihrem Rechtsbegehren 3 beantragen die Kläger, dass das Dispositiv des vorliegenden Entscheids in der E\_\_\_\_\_ und der I\_\_\_\_\_ publiziert werde. Sie machen geltend, es bestehe ein Bedürfnis, dass ein über die Parteien hinausgehender Personenkreis über die Urheberrechtsverletzung informiert werde, damit die Störung vollständig beseitigt werde. Zudem sei die Publikation ein geeignetes Mittel, um sich von der in Frage stehenden Verwendung von urheberrechtlich geschützten Werken zu distanzieren. Schliesslich bestehe auch Wiederholungsgefahr (Klage, Rz. 123 ff.; Replik, Rz. 102 ff.). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass mangels aktuellen Rechtsschutzinteresses und Rechtsverletzung kein Anspruch auf Urteilspublikation bestehe (Klageantwort, Rz. 63; Duplik, Rz. 61).

Die primäre Funktion der Urteilspublikation im Bereich des Urheberrechts liegt darin, die Urheberrechtsverletzung zu beseitigen (BGE 126 III 209 E. 5a S. 219; Müller, a.a.O., Art. 66 N 1). Dem Gericht kommt bei der Frage der Anordnung der Urteilspublikation ein erhebliches Ermessen zu (BGE 126 III 209 E. 5b S. 217; 93 II 260 E. 8 S. 270). Bei der Ausübung dieses Ermessens, hat es die gegenseitigen Interessen der Parteien abzuwägen und sich am Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu orientieren (BGer 4C.101/2005 vom

2. Juni 2005 E. 2). Die Urteilspublikation setzt in erster Linie voraus, dass die Kläger an ihr ein Interesse haben. Ein solches kann im Bedürfnis bestehen, einen das unmittelbare Umfeld der Parteien übersteigenden Personenkreis auf die festgestellte Urheberrechtsverletzung aufmerksam zu machen und dadurch die Störung bzw. eine eingetretene Marktverwirrung zu beheben (Wiedergutmachungs- und Beseitigungsfunktion). Eine Publikation kann namentlich dann angezeigt sein, wenn der Verletzer die Rechtswidrigkeit seines Handelns bestreitet und deshalb weitere Verstösse befürchtet werden müssen. Gegen ein Interesse an der Veröffentlichung spricht, wenn die Verletzungen schon einige Zeit zurückliegen oder wenn die Angelegenheit überhaupt weder in Fachkreisen noch in der Öffentlichkeit Aufsehen erregt hat (BGer 4C.101/2005 vom 2. Juni 2005 E. 3.1).

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, welche Interessen überwiegen. Für eine Publikation in der H\_\_\_\_\_ und der I\_\_\_\_\_ könnte der Umstand sprechen, dass die Beklagte die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens bestreitet, was künftige Verletzungen befürchten lassen könnte (vgl. oben E. 5.3). Gegen eine Publikation spricht, dass kaum ein Bedürfnis ersichtlich ist, einen grösseren Personenkreis über die vorliegend festgestellte Urheberrechtsverletzung in Kenntnis zu setzen. Die Debatte über die [ ] an der Universität Basel mag ein gewisses Aufsehen erregt haben. Das ist allerdings nicht entscheidend. Massgebend ist vielmehr, ob die Urheberrechtsverletzung für Aufsehen oder Verwirrung (ausserhalb der I\_\_\_\_\_ und der E\_\_\_\_\_) gesorgt hat. Das wurde nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Eine Verwirrung der Leser wäre vielleicht dann plausibel, wenn die E\_\_\_\_\_ den Text des Klägers 1 derart stark abgeändert hätte, dass die Leser sich fragen müssten, ob das wirklich die Meinung des Klägers 1 ist. Das war hier aber nicht der Fall (vgl. oben E. 4.3). Ist aber eine Verwirrung bei der Leserschaft nicht dargelegt, welche durch die Urteilspublikation beseitigt werden könnte, ist ein Publikationsinteresse grundsätzlich zu verneinen und das Rechtsbegehren 3 abzuweisen. Immerhin ist anzufügen, dass der Entscheid in anonymisierter Form auf der Gerichtshomepage publiziert wird.

## 7 Genugtuung

Die Kläger stellen sich auf den Standpunkt, dass durch die Übernahme und Änderung des Artikels des Klägers 1 bzw. des bewussten Plagiats durch die Beklagte das Urheberpersönlichkeitsrecht des Klägers 1 schwer verletzt worden sei, weshalb eine Genugtuungsforderung in der Höhe von CHF 1'000.00 geschuldet sei, Mehrforderung vorbehalten (Rechtsbegehren 4; Klage, Rz. 67 ff. und Rz. 114 f.; Replik, Rz. 57 f.). Nach Ansicht der Beklagten besteht mangels Verletzung der Urheberpersönlichkeitsrechte bzw. mangels immaterieller Unbill kein Anspruch auf Genugtuung (Klageantwort, Rz. 40 ff. und Rz. 60; Duplik, Rz. 58).

Nach Art. 62 Abs. 2 URG bleiben Klagen nach dem Obligationenrecht (OR, SR 220) auf Schadenersatz, Genugtuung und Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag vorbehalten. Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist (Art. 49 Abs. 1 OR). Die Genugtuung bezweckt den Ausgleich für erlittene seelische Unbill, indem damit das Wohlbefinden anderweitig gesteigert oder die Beeinträchtigung erträglicher gemacht wird (BGE 132 II 117 E. 2.2.2 S. 119; BGer 4A\_341/2008 vom 20. Januar 2009 E. 4.3). An Stelle oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen (Art. 49 Abs. 2 OR).

Eine finanzielle Genugtuung hat somit grundsätzlich subsidiären Charakter (Brehm, in: Berner Kommentar, 4. Auflage, 2013 Art. 49 OR N 7 f.). Voraussetzung für die Zusprechung einer Genugtuung ist stets eine schwere Verletzung der Persönlichkeit (BGer 4A\_341/2008 vom 20. Januar 2009 E. 4.2; ausführlich Brehm, a.a.O., Art. 49 OR N 12 und N 19 ff.).

Im vorliegenden Fall fragt sich, ob die Publikation des veränderten und gekürzten Artikels des Klägers 1 in der H\_\_\_\_\_ als schwere Verletzung seiner Urheberpersönlichkeitsrechte zu qualifizieren ist. Unter einer schweren Verletzung der Urheberpersönlichkeitsrechte fallen etwa die Nichtnennung des Namens des Urhebers bei Werken von einer gewissen Bedeutung oder auch die persönlichkeitsverletzende Entstellung eines Werks (Schwenninger, in: Fischer/Lauterbacher [Hrsg.], Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 62 N 20; Barrelet/Egloff, a.a.O., Art. 62 N 14). Die blosser Verletzung des Werkverwendungsrechts unter Nennung des Urhebers erfüllt diese Voraussetzung nicht. Dasselbe gilt auch in Bezug auf die durch die Beklagte erfolgte Verletzung des Anspruchs auf Werkintegrität des Klägers 1: Wie ausgeführt nehmen die von der Beklagten vorgenommenen Änderungen am Artikel des Klägers 1 nicht das Ausmass einer persönlichkeitsverletzenden Entstellung des Werks an (vgl. oben E. 4.3). Dementsprechend kann darin auch nicht eine schwere Verletzung der Urheberpersönlichkeitsrechte des Klägers 1 erblickt werden. Würde man der Argumentation des Klägers 1 folgen, wonach diese Handlung der Beklagten eine schwere Verletzung im Sinn von Art. 49 Abs. 1 OR begründe, wäre in den allermeisten Fällen einer Urheberrechtsverletzung stets auch eine Genugtuung geschuldet. Dies entspricht aber nicht dem Charakter dieser Bestimmung, wonach diese nur in aussergewöhnlich schweren Fällen zur Anwendung gelangt (vgl. Kessler, in: Honsell et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, 6. Auflage, 2015, Art. 49 OR N 11). Mangels schwerer Verletzung der Urheberpersönlichkeitsrechte besteht vorliegend kein Anspruch des Klägers 1 auf Zusprechung einer Genugtuung und ist das Rechtsbegehren 4 abzuweisen. Damit erübrigt sich die Prüfung, ob vorliegend nicht ohnehin durch die formelle Feststellung der Urheberrechtsverletzung eine hinreichende Wiedergutmachung erfolgt ist (vgl. hierzu BGer 4A\_341/2008 vom 20. Januar 2009 E. 4.2).

## 8 Gewinnherausgabe und Schadenersatz

8.1 Die Kläger machen geltend, die Beklagte habe durch die unautorisierte Übernahme, Veränderung und Verbreitung des Artikels des Klägers 1 widerrechtlich in die Rechtssphäre der Kläger eingegriffen und dadurch einen noch zu beziffernden Gewinn erzielt, welchen sie herauszugeben habe. Da die Beklagte gewusst habe, dass sie ohne Rechtfertigungsgrund in die fremde Rechtssphäre eingreife, um sich den unrechtmässigen Vorteil (Abdruck eines Artikels ohne Eigenleistung in ihrer Zeitung) zu verschaffen, habe die Beklagte bösgläubig gehandelt, weshalb die Voraussetzungen für die Gewinnherausgabe unter dem Titel der unechten bösgläubigen Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben seien (Klage, Rz. 45 ff.; Replik, Rz. 48 ff. und Rz. 88 ff.). Da die Kläger nicht über die erforderlichen Informationen für die Berechnung des herauszugebenden Gewinns verfügten, habe die Beklagte die für die Berechnung erforderlichen Unterlagen herauszugeben (Klage, Rz. 107 ff.; Duplik, Rz. 90 ff.). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Voraussetzungen der unechten bösgläubigen Geschäftsführung ohne Auftrag mangels widerrechtlicher Urheberrechtsverletzung und damit mangels Eingriff in die Rechtssphäre der Kläger nicht gegeben seien. Zudem habe die Beklagte nicht bösgläubig gehandelt. Somit sei kein

Verletzergewinn geschuldet und das Auskunfts- und Herausgabebegehren erübrige sich (Klageantwort, Rz. 34 ff. und Rz. 58; Duplik, Rz. 33 ff. und Rz. 54).

8.2 Ein Anspruch auf Gewinnherausgabe gemäss Art. 423 OR setzt voraus, dass sich der Verletzer ein Geschäft anmass, das heisst, in die Rechtssphäre des Verletzten eingreift, und dass er daraus kausal einen Verletzergewinn erzielt (statt vieler David et al., a.a.O., N 416). Nach der neueren Rechtsprechung muss der Verletzer überdies bösgläubig gehandelt haben (BGE 129 III 422 E. 4 S. 425; BGer 4A\_474/2012 vom 8. Februar 2013 E. 8.1; 4A\_456/2010 vom 18. April 2011 E. 4; BPatGer O2013\_007 vom 19. März 2014 E. 4.3; Weber, in: Honsell et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, 6. Auflage, 2015, Art. 423 OR N 8). Wie dargelegt hat die Beklagte das Werkverwendungsrecht der Kläger verletzt, indem sie den Artikel des Klägers 1 in der H\_\_\_\_\_ publiziert hat (vgl. oben E. 3.3). Damit steht fest, dass die Beklagte in die Urheberrechte und damit in die Rechtssphäre des Klägers 1 eingegriffen hat. Sodann steht fest, dass diese Handlung kausal für den durch die Publikation des Artikels des Klägers 1 allenfalls erzielten Gewinn war.

Zu prüfen ist zunächst aber, ob die Beklagte bösgläubig gehandelt hat. Bösgläubig handelt, wer weiss oder wissen muss, dass er ohne Rechtfertigungsgrund in eine fremde Rechtssphäre eingreift, um sich selber oder Dritten die daraus resultierenden Vorteile zu verschaffen (BGE 126 III 72; BGer 4A\_594/2012 vom 28. Februar 2013 E. 2.1.1; Weber, a.a.O., Art. 423 OR N 8), insbesondere einen Gewinn zu erzielen (Müller, a.a.O., Art. 62 N 18). Dies setzt voraus, dass die Beklagte wusste bzw. wissen musste, dass es sich beim Artikel des Klägers 1 um ein urheberrechtlich geschütztes Werk handelt (Müller, a.a.O., Art. 62 N 18). Nur der schuldlose Verletzer entgeht den Rechtsfolgen von Art. 423 OR, also derjenige, der gemessen am Massstab von Treu und Glauben (Art. 2 des Zivilgesetzbuches [ZGB, SR 210]) nicht wissen musste oder wissen konnte, dass eine fehlerhafte Rechtsstellung vorliegt (BPatGer O2013\_007 vom 19. März 2014 E. 4.3). Die Kläger führen zu Recht aus, dass die Beklagte als professionelles Verlagshaus um den Urheberrechtsschutz des Artikels des Klägers 1 wusste oder habe wissen müssen (Klage, Rz. 49; Replik, Rz. 49). Zumind. hätte bei der Beklagten Unsicherheit hinsichtlich der Zulässigkeit ihres Vorgehens bestehen müssen. In diesem Fall wäre es Sache der Beklagten gewesen, sich über die Zulässigkeit ihres Vorgehens Gewissheit zu verschaffen (vgl. BGE 114 II 368 E. 2a S. 370; BPatGer O2013\_007 vom 19. März 2014 E. 4.3; Schweizer, Zivilrechtliches Verschulden bei der Verletzung von Schutzrechten, in: sic! 2015 S. 10). Damit steht fest, dass die Beklagte bösgläubig gehandelt hat.

Schliesslich stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Beklagte durch diese Handlung einen Gewinn erzielt hat. Massgebend für den Gewinnherausgabeanspruch gestützt auf Art. 423 OR ist der Nettogewinn. Vom durch die Verletzungshandlung erzielten Bruttogewinn sind daher die Gestehungskosten abzuziehen (BGE 134 III 306 E. 4.1.1 S. 308 f.). Hierbei trägt der Verletzte die Beweislast für den erzielten Bruttogewinn (plus Zinsen) und der Verletzer die Beweislast für die erbrachten Aufwendungen (Kosten), welche vom Bruttogewinn abzuziehen sind (BGE 134 III 306 E. 4.1.2 S. 309). Die Kläger verfügen indes nicht über die erforderlichen Informationen zur Feststellung des Vorliegens und der Höhe des (Brutto-)Verletzergewinns. Diese Informationen befinden sich im Herrschaftsbereich der Beklagten. Folglich machen die Kläger zu Recht geltend (Klage, Rz. 53 f.), dass in einer derartigen Situation den Geschäftsherrn in analoger Anwendung von Art. 400 OR eine Rechenschaftspflicht tritt (BGE 112 II 450 E. 5 S. 458; BGer 4A\_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 5.2; Weber,

a.a.O., Art. 419 OR N 20 und Art. 423 OR N 15). Die Kläger stellen dementsprechend mittels Stufenklage zunächst ein entsprechendes Begehren um Auskunft und Herausgabe der erforderlichen Informationen. Da sich aus dem Ausgeführten ergibt, dass die Voraussetzungen eines Gewinnherausgabeanspruchs gestützt auf Art. 423 OR ■ unter Vorbehalt des Vorliegens eines Veletzergewinns ■ vorliegen, ist der auf Stufe 1 geltend gemachte Anspruch auf Rechenschaftsablegung begründet. Folglich ist die Beklagte zur Erteilung der Auskunft hinsichtlich des Bruttogewinns aus dem Verkauf der print- und e-paper-Ausgabe der H\_\_\_\_\_ vom 12. November 2016 unter Angabe des prozentualen Anteils des Artikels "[...]", jeweils separat ausgewiesen für die print- und e-paper-Ausgabe, zu verurteilen.

Zu klären bleibt, ob der Kläger 1 (als absolut berechtigter Urheber) oder die Klägerin 2 (als relativ berechnigte exklusive Lizenznehmerin) zur Geltendmachung der Gewinnherausgabe und damit zur Geltendmachung des Anspruchs auf Rechenschaftsablegung berechnigt ist. Diesbezüglich ist zu beachten, dass sich die Lizenz von der Rechtsübertragung unterscheidet. Selbst bei einer Exklusivlizenz entspricht es nicht dem Sinn der Lizenz, dem Lizenznehmer eine dem Lizenzgeber entsprechende Position einzuräumen. Der Lizenznehmer ist bloss obligatorisch berechnigt (vgl. oben E. 2.2) und kann sich daher nicht aus eigenem Recht einen an das Schutzrecht gebundenen Gewinnherausgabeanspruch gegen den Verletzer geltend machen (eingehend Hilty, Entscheidbesprechung, in: sic! 1997 S. 465 ff.; so bereits BGE 92 II 279 S. 280; KGer SG, in: sic! 1999 S. 631 ff. E. 2). Demgemäss kommt bei Immaterialgüterrechtsverletzungen nur dem Inhaber des betreffenden Schutzrechts die Geschäftsherreneigenschaft zu (Schmid, in: Zürcher Kommentar, 3. Auflage, 1993, Art. 423 OR N 97; Hofstetter/Wiegand, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/6, 2. Auflage, Basel 2000, S. 269 Anm. 7; vgl. BGE 113 II 190 S. 192 ff.). Das Rechtsbegehren 6 ist somit in Bezug auf den Kläger 1 gutzuheissen und in Bezug auf die Klägerin 2 abzuweisen.

8.3 Für den Fall dass die Klägerin mit ihrer Forderung auf Gewinnherausgabe nicht durchdringen, beantragen sie die Zusprechung von Schadenersatz. Sie machen geltend, aus der unautorisierten Verwendung des Artikels des Klägers 1 sei ihnen ein Gewinn in Höhe von je mindestens CHF 2■000.■ entgangen, da sie im Sinn der Lizenzanalogie nicht schlechter gestellt werden dürften, als wenn sie der Beklagten im Voraus eine branchenübliche Lizenz erteilt hätten (Klage, Rz. 55 ff.; Replik, Rz. 54 ff.). Die Beklagte bestreitet eine unautorisierte Verwendung des Artikels des Klägers 1. Zudem erachtet sie die Argumentation der Kläger als widersprüchlich, da sie einerseits behaupteten, die Beklagte wisse, dass der Kläger 1 nicht in der H\_\_\_\_\_ erscheinen möchte, und andererseits behauptete, auch der Beklagten wäre eine Lizenz gewährt worden. Ein Schaden könne bereits vor diesem Hintergrund nicht vorliegen (Klageantwort, Rz. 37; Duplik, Rz. 37 und 55 ff.).

Der Schutzrechtsinhaber kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur dann Schadenersatz in der Höhe der Vergütung für einen Lizenzvertrag verlangen, wenn feststeht, dass ein Lizenzvertrag über das Schutzrecht hätte abgeschlossen werden können. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn davon auszugehen ist, dass eine Partei den ihr angebotenen Abschluss eines Lizenzvertrags ■ aus welchen Gründen auch immer ■ abgelehnt hätte (sog. Lizenzanalogie, vgl. BGE 132 III 379 E. 3.3.3 S. 384). Zu beachten ist jedoch, dass die Lizenzanalogie eine Methode zur Schadenersatzberechnung darstellt. Sie entbindet die Kläger nicht davon, die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Schadenersatzes nachzuweisen, also unter anderem das Vorliegen eines Schadens (BGE

132 III 379 E. 3.3 S. 383). Ein Schaden liegt aber nur vor, wenn die Vermögenseinbusse oder der entgangene Gewinn unfreiwillig erfolgt sind (statt vieler Brehm, in: Berner Kommentar, 4. Auflage, 2013, Art. 41 OR N 70b), weshalb ein blosser Nutzungsausfall noch keinen Schaden darstellt. Im vorliegenden Fall wäre somit insbesondere zu prüfen, ob unter Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen den Klägern und der Beklagten davon ausgegangen werden kann, dass die Kläger der Beklagten eine solche Nutzung erlaubt hätten. Da auf vorliegender Stufe 1 jedoch nicht festgestellt werden kann, ob die Kläger mit ihrem Anspruch auf Gewinnherausgabe durchdringen, erfolgt diese Prüfung allenfalls auf Stufe 2 und ist somit nicht Gegenstand des vorliegenden Teilentscheids.

## 9 Sachentscheid und Kostenentscheid

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